



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Ricardo Moreira Lacerda

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: ANÁLISE DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN**

BRASÍLIA

2023

RICARDO MOREIRA LACERDA

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: ANÁLISE DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina Redação de Monografia (FDD-0269), do Curso de Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira

BRASÍLIA

2023

Avaliação:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira (FD-UnB) Orientador

Prof. Dr.. Guilherme Scotti Rodrigues (FD-UnB) Examinador Interno

Profa. Dra. Erica Fernandes Teixeira (FD-UnB) Examinadora Interna

Brasília, ___ de _____ de 2020

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar os impactos e desafios decorrentes da judicialização da política, utilizando a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (1927-1998) como base teórica. Para tanto, será explorado o lugar do direito na teoria dos sistemas, a função da Constituição e o controle de constitucionalidade, como mecanismo de acoplamento estrutural entre direito e política. Ademais, será apresentado um estudo de caso específico: o "estado de coisas inconstitucional" do sistema carcerário brasileiro, a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, através da ênfase nas questões de judicialização e acoplamento entre direito e política à luz da teoria de Luhmann. Nas considerações finais, destaca-se a relevância das contribuições de Luhmann para a compreensão da interseção entre o Judiciário e o poder político, bem como os desafios e perspectivas futuras nesse campo de estudo. Em resumo, o intuito é compreender os impactos da judicialização da política, utilizando a teoria dos sistemas de Luhmann como base teórica, explorando a relação entre direito, política e sociedade, com enfoque na função do sistema jurídico, especialmente no contexto da jurisdição constitucional.

Palavras-chave: 1. Judicialização da política; 2. Teoria dos sistemas, 3. Niklas Luhmann; 4. Controle de constitucionalidade

ABSTRACT

This work aims to analyze the impacts and challenges arising from the judicialization of politics, using Niklas Luhmann's (1927-1998) theory of systems as a theoretical foundation. To do so, the role of law in the theory of systems and the function of the Constitution and constitutional control as a mechanism of structural coupling between law and politics in the Luhmannian perspective will be explored. Additionally, a specific case study will be presented: the "unconstitutional state of affairs" in the Brazilian prison system, analyzing the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, with a focus on the issues of judicialization and coupling between law and politics in light of Luhmann's theory. In the final considerations, the main results and conclusions of the research will be presented, highlighting the relevance of Luhmann's contributions to the understanding of the intersection between the Judiciary and political power, as well as the challenges and future prospects in this field of study. In summary, the aim is to comprehend the impacts of the judicialization of politics, using Luhmann's theory of systems as a theoretical foundation, exploring the relationship between law, politics, and society, with a focus on the function of the legal system, particularly in the context of constitutional jurisdiction.

Keywords: 1. Judicialization of politics; 2. Theory of systems; 3. Niklas Luhmann; 4. Constitutional control.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1. TEORIA DOS SISTEMAS EM NIKLAS LUHMANN.....	9
1.1 Conceito de autopoiese e autorreferenciação.....	10
1.2 O direito na teoria dos sistemas	13
1.3_A função da Constituição na teoria de luhmanniana	18
CAPÍTULO 2. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O A INTERSEÇÃO ENTRE O JUDICIÁRIO E O PODER POLÍTICO.....	23
2.1 Breve contextualização e a definição da judicialização da política nas democracias contemporâneas	23
2.2 O papel desempenhado pelos Tribunais Constitucionais no sistema do direito	28
2.3 Autopoiese e jurisdição constitucional: uma análise do controle de constitucionalidade no contexto brasileiro	32
CAPÍTULO 3. ESTUDO DE CASO: O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO (ADPF Nº 347/DF)	37
3.1 Aspectos introdutórios	37
3.2 Relatório e análise Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF	38
3.3 Judicialização e acoplamento: direito e política na teoria de Luhmann	43
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

No constitucionalismo atual, a relação entre direito, política e sociedade tem sido objeto de intensos debates e reflexões, especialmente no que diz respeito à judicialização da política e ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário nesse contexto, especialmente no controle normativo pela revisão judicial.

Nesse sentido, o objetivo do trabalho é analisar os impactos e desafios decorrentes do fenômeno da judicialização da política, utilizando a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann como fundamentação teórica. Através da utilização do aparato teórico do autor alemão e de seus comentadores, é possível apresentar uma análise do fenômeno da judicialização da política e o ativismo judicial, a partir dos aspectos teóricos intrínsecos a cada sistema, e compreender como isso se reflete nas diferentes formas de controle judicial.

As relações entre os sistemas jurídico e político na sociedade moderna, analisados através da lente da teoria dos sistemas, estabelecem fronteiras em relação ao ambiente circundante; Cada sistema organiza suas próprias seleções de acordo com suas características distintas. Desse modo, indaga-se de que maneira a análise dos sistemas autopoéticos pode contribuir para a compreensão desse problema?

O pressuposto desse trabalho é que as relações entre política e direito se tornaram cada vez mais completa a partir da supremacia constitucional, operada por meio do controle de constitucionalidade, o que engendra o fenômeno da judicialização da política e suas consequências no sistema jurídico, para compreender qual o impacto das operações políticas dentro do sistema judiciário, ocorridas principalmente por meio do controle de constitucionalidade..

Torna-se cada vez mais essencial abordar o papel do direito na democracia, suas potencialidades e seu poder normativo. Em outras palavras, na sociedade contemporânea, um sistema jurídico só pode ser considerado válido se estiver legitimado pelo selo inconfundível da democracia, incluindo a salvaguarda dos direitos humanos.

Ademais, a análise proposta neste trabalho é justificada pela necessidade de se verificar, do ponto de vista da sociologia jurídica, de que forma os sistemas político e jurídico se comunicam, tendo em vista a crescente e atual judicialização da política e também da politização do Direito.

No Capítulo 1, será apresentada a Teoria dos Sistemas em Niklas Luhmann, destacando-se o conceito de autopoiese e autorreferenciação como fundamentais para compreender a

dinâmica dos sistemas sociais, incluindo o sistema jurídico. Além disso, será explorado o lugar do direito na teoria dos sistemas, bem como a função da Constituição na perspectiva luhmanniana.

No Capítulo 2, será realizada uma breve contextualização sobre a judicialização da política nas democracias contemporâneas, buscando definir e compreender esse fenômeno que tem ganhado cada vez mais relevância. Será examinado também o papel desempenhado pelos tribunais constitucionais dentro do sistema do direito, considerando sua função de guarda da Constituição e de interpretação normativa. Por fim, será realizada uma análise da relação entre a autopoiese e a jurisdição constitucional, especialmente no contexto brasileiro.

No Capítulo 3, será apresentado um estudo de caso específico: o "estado de coisas inconstitucional" do sistema carcerário brasileiro, analisando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Será feita uma exposição detalhada do caso, incluindo um relatório e análise da ADPF, destacando-se as questões de judicialização e acoplamento entre direito e política à luz da teoria de Luhmann.

Por fim, nas considerações finais, serão apresentados os principais resultados e conclusões obtidos ao longo da pesquisa, ressaltando a relevância das contribuições de Luhmann para a compreensão da interseção entre o Judiciário e o poder político, bem como os desafios e perspectivas para o futuro nesse campo de estudo.

Entende-se que a judicialização tem como consequência fazer o sistema jurídico deixar de cumprir sua função de generalizar de forma coerente as expectativas na sociedade e passa a produzir decisões coletivamente vinculantes, ocasionando disfuncionalidades.. Essas decisões estabelecem, de maneira abstrata e geral, finalidades políticas, o que pode levantar questionamentos sobre a legitimidade do direito para fazê-lo, especialmente quando confrontado com um modelo de democracia representativa, onde os representantes eleitos pelo povo exercem o poder político de forma precisa.

Dessa forma, este trabalho pretende contribuir para o aprofundamento do debate sobre a judicialização da política, utilizando as ferramentas analíticas oferecidas pela teoria dos sistemas de Luhmann para compreender as dinâmicas complexas que envolvem o direito, a política e a sociedade contemporânea.

CAPÍTULO 1. TEORIA DOS SISTEMAS EM NIKLAS LUHMANN

O conceito de sistema e autopoiese de Niklas Luhmann (1927-1998) é fundamental para a compreensão da complexidade da realidade social e de suas estruturas, como o direito, pois, além de ser uma nova metodologia de observação da realidade social, ajuda a entender como o sistema jurídico funciona e como ele se diferencia de outros sistemas sociais.

Ao compreender o direito a partir desses conceitos, é possível perceber que o sistema jurídico é um sistema fechado e autônomo, que se relaciona com outros sistemas sociais apenas por meio de suas operações próprias.

Cumprido ressaltar, que os sistemas não operam isolamento ou em solipsismo sistêmico (VIANA, 2018). Em outras palavras, apesar do necessário fechamento operativo dos sistemas, para a reprodução autopoietica feita pelas operações do próprio sistema (concepção luhmanniana de *autopoiese* inserida na Teoria dos Sistemas), não se pode olvidar que os sistemas funcionais parciais – inclusive o jurídico e o político – são capazes de perceber os efeitos recíprocos das operações que envolvem valores mútuos e complementares.

Nessa perspectiva:

(...) a concepção luhmanniana de que apesar de os sistemas sociais se desenvolverem dentro de uma autorreferência fechada operacionalmente (autopoiese), como faz o direito em torno de sua *normatividade*, ao criar e recriar programações decisórias (*modelos decisórios* judicialmente estabelecidos a partir de princípios e de regras *jurídicas*). [...] pelos acoplamentos estruturais, nos quais se viabiliza a criação de estruturas sociais coordenadas e de adaptações do sistema social para promover a inclusão de novas formas de operações e de modos de vivência. (VIANA, 2018, p. 278).

Isso implica, por exemplo, que as decisões judiciais não são determinadas por fatores políticos, econômicos ou sociais, mas sim pela própria lógica do sistema jurídico, o qual apresenta regras próprias de reprodução e intercomunicação com a realidade social.

A teoria de Niklas Luhmann funciona como um instrumental analítico que proporciona uma compreensão do funcionamento da sociedade e de seus subsistemas, como o direito, a política, a economia e a religião. Cada subsistema opera de acordo com seu próprio código, o que permite sua identificação e separação, contribuindo para a redução da complexidade. É importante destacar que o sistema é sempre menos complexo do que o ambiente em que está inserido.

Desse modo, apresenta-se a concepção de sistema e autopoiese de Luhmann é importante para compreender o direito como um sistema social complexo e autônomo, que se diferencia de outros sistemas sociais por sua capacidade de produzir decisões vinculantes e lidar com conflitos normativos.

1.1 Conceito de autopoiese e autorreferenciação

O pensamento de Niklas Luhmann é caracterizado pela construção teórica da teoria dos sistemas, a qual por meio da subdivisão da sociedade em núcleos com características específicas e com funcionamento próprio atuam de forma conjunta para a estruturação do todo social. Essa teoria parte da premissa de que a sociedade é um sistema complexo e que os seres humanos são agentes que operam dentro desse sistema, sendo, assim, a sociedade explicada como um sistema social complexo.

Publicada pela primeira vez em 1984, a obra “Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral” (2016, p. 24), possui fundamento teórico na Teoria dos Sistemas, que se desenvolveu nas ciências biológicas e foi transportada para a sociologia, o autor compreende a contemporaneidade como uma contínua divisão em sistemas, e que os subsistemas e seus entornos possuem delimitação própria, com características e funções próprias que se aplicam para compreender a realidade social.

De acordo com essa teoria, o foco principal está nas relações e interações entre os elementos de um sistema, em vez de se concentrar exclusivamente nos elementos individuais que compõem o sistema. Trata-se de uma mudança no paradigma dos sistemas abertos para uma perspectiva formada pelo sistema autopoietico ou fechado, no qual a estrutura interna do sistema encontra-se operacionalmente fechado, e cuja perspectiva funciona como método para reduzir a compreensão de uma sociedade extremamente complexa.

Trindade (2008, p. 32) afirma que:

A grande contribuição de Luhmann foi adaptar a teoria de Parson para a sociologia. Segundo a teoria sistêmica, a sociedade um sistema social que possui o mais elevado grau de autossuficiência em relação ao meio ambiente, uma vez que serve de base para a estruturação dos demais subsistemas sociais.

A análise da sociedade a partir de sistemas e subsistemas, e não por indivíduos, constitui o método adotado pelo pensamento luhmanniano, no sentido de compreender conceitos específicos para diversas áreas, bem como a confrontação dos sistemas com seu entorno, pois

cada sistema desenvolve uma função específica, contribuindo para a preservação da ordem no sistema social.

Luhmann sustenta que, ao adotar a perspectiva sistêmica, o ponto de partida muda e passa a ser composto de uma diferença: sistema e entorno, como premissa de operações auto-referenciais do sistema mesmo. Um sistema social seria para Luhmann um sistema distinto de um entorno e operacionalmente fechado, ou seja, capaz de produzir por si mesmo os seus elementos próprios e suas estruturas próprias. (SAAVEDRA, 2006, p. 31)

Com esse entendimento, a sociedade é um sistema complexo que emerge a partir das interações entre seus componentes e que é caracterizado por sua própria lógica interna. Dentro da Teoria dos Sistemas abordada por Luhmann (op. cit., 24), destaca-se o conceito de autorreferência/autopoiese, o qual dispõe que

uma diferenciação de sistemas somente pode ocorrer mediante autorreferência, quer dizer, somente porque os sistemas na constituição de seus elementos e de suas operações elementares se referem a si mesmo (seja aos elementos do mesmo sistema, seja a operações do mesmo sistema, seja à unidade do mesmo sistema).

Os sistemas autopoieticos são capazes de gerar não apenas suas próprias estruturas, mas também os elementos que compõem essas estruturas, a partir de seus próprios componentes. Por meio desse processo contínuo de interação entre seus componentes, eles produzem operações fechadas e autônomas, tornando-se, assim, verdadeiras unidades autônomas, capazes de operar de forma independente e fechada.

A ideia da autopoiese, em um primeiro momento, cuida da relação entre o sistema e seu ambiente Umwelt (ambiente)¹⁰. O sistema que tenta reproduzir em menor escala em seu interior um mundo compreensível para si, promovendo deste modo a redução da crescente complexidade em que o mundo exterior ao sistema se apresenta como emaranhado impensável de possíveis comunicações de novos sentidos, de novos conflitos, de novas lides constitucionais. (VIANA, 2018, P. 280)

Nesse sentido, Luhman afirma que os sistemas autorreferenciais produzem relações consigo mesmos e são capazes de se diferenciar dos demais sistemas, portanto, funcionam de modo a depender de fatores externos para sua manutenção. Trata-se de princípio fundamental dos sistemas sociais, pois ela permite que esses sistemas se adaptem às mudanças do ambiente e mantenham sua estabilidade e continuidade.

A teoria dos sistemas de Luhmann leva ainda em consideração a relevância da comunicação entre seus elementos e os sistemas, visto que é somente a comunicação que permite a formação e a integração do sistema social, conspirado complexo e marcado pela incerteza das expectativas (TRINDADE, 2008, p. 41).

Assim, Luhmann adota como premissa o fato de que a sociedade é composta por uma multiplicidade de sistemas interconectados, cada um com suas próprias regras e procedimentos, que operam de forma autônoma e se comunicam com o mundo exterior através de um processo de observação mediado pela linguagem.

Para a teoria sistêmica, o que deve ser levado em conta em uma sociedade são as comunicações entre os sistemas e seus elementos. O indivíduo não pode ser considerado como o elemento formador do sistema social. O que gera o sistema social são as comunicações. O indivíduo apenas congrega dois sistemas em um: o sistema orgânico e o nervoso. O sistema nervoso é que responde pela interação social através do processo comunicativo. Esse processo de interação intersubjetivo é o responsável pela construção de expectativas compartilhadas entre os indivíduos. (Ibid., p. 34)

Nesse contexto, de acordo com Niklas Luhmann, a sociedade é concebida como um sistema complexo que se autorreproduz por meio de seus próprios elementos, tendo a comunicação como seu elemento constitutivo fundamental. A base da sociedade é composta pela comunicação, sendo os sistemas sociais construídos a partir dela. Dessa maneira, compreende-se a sociedade como um sistema de comunicação, no qual as instituições sociais, tais como economia, direito, educação, política e religião, são consideradas subsistemas.

Portanto, a sociedade é comunicação. E tudo o que se comunica faz parte da sociedade ou é sociedade. As comunicações desempenham um papel fundamental na formação e no funcionamento do sistema social, pois através dela, os indivíduos trocam informações, compartilham significados e constroem uma compreensão compartilhada do mundo ao seu redor. Pode-se entender, portanto, que a intersecção entre os sistemas é mediada pela linguagem, que permite a comunicação entre os diferentes sistemas sociais e entre os indivíduos que operam dentro desses sistemas.

Ademais, a comunicação entre os sistemas sociais é essencial para a estabilidade e a continuidade da sociedade, uma vez que permite a coordenação de ações e a manutenção das expectativas sociais. Essas expectativas compartilhadas resultantes dessas interações são fundamentais para a coesão social e a coordenação de atividades dentro de uma sociedade.

Por fim, cabe ressaltar, que apesar o enfoque dado à comunicação enquanto elemento fundamental de reprodução e estabilização da sociedade, a teoria de Luhmann não retira a importância do indivíduo de sua análise, na medida em que, conforme argumenta Trindade (Ibid., p. 36), o indivíduo deve ser considerado através de sua interação com os demais agentes, mediante a interação comunicativa.

1.2 O direito na teoria dos sistemas

Para reduzir a complexidade da sociedade moderna, Luhmann (1984) entende que o direito é caracterizado como sistema operacionalmente fechado. Assim, há uma independência para sua análise, que o diferencia de seu entorno formado por outros subsistemas sociais que conservam sua própria autonomia e características próprias, como a política e a economia e a moral, por exemplos, mesmo que haja comunicação entre eles.

Segundo Trindade (2008, p. 40), a teoria sociológica de Luhmann tem como pressuposto o fato de que a sociedade moderna necessita de fatores de integração devido às expectativas comportamentais dos seus agentes, por isso exige que sejam criados mecanismos para mitigar a complexidade do ambiente social.

A teoria dos sistemas interpreta o fenômeno jurídico de uma forma específica, no qual o ordenamento jurídico se diferencia na forma de um sistema autopoético, portanto, distinto do sistema político. Assim, o Direito, enquanto sistema funcionalmente fechado em sua autorreferência e recursividade, ou seja, um sistema autopoético que funda a si mesmo.

A organização social é o objetivo da sociedade e deve ser pautada por comportamentos coordenados, mediante adoção de padrões normativos. Diante disso, conforme Luhmann (Ibid.), a contingência é uma característica fundamental dos comportamentos sociais, que se refere à imprevisibilidade e incerteza das interações sociais e das situações em que essas interações ocorrem.

Num mundo altamente complexo e contingente, o comportamento social, para Luhmann, requer, portanto, reduções que irão possibilitar expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas, a partir das expectativas sobre tais expectativas. A consecução disso reside então em harmonizar as dimensões, através de reduções que irão se dar cada uma delas, por intermédio de mecanismos próprios. (ROCHA, SCHAWARTZ, CLAM, 2005, p. 31-32)

Isso significa que os comportamentos humanos não podem ser completamente determinados ou controlados, e que sempre existem várias possibilidades de ação em uma determinada situação social.

Em um mundo altamente complexo, com inúmeras variáveis e interações, é impossível para os indivíduos considerarem todas as informações e possibilidades ao tomar decisões sociais. Portanto, eles usam reduções para simplificar e tornar o comportamento social mais previsível. Essas reduções são baseadas nas expectativas que eles têm sobre como

os outros irão se comportar, o que permite que eles antecipem e ajustem suas próprias ações de acordo.

A harmonização das dimensões mencionadas refere-se à coordenação e adaptação das ações individuais em relação às expectativas comportamentais recíprocas. Isso implica em encontrar um equilíbrio entre a complexidade do mundo social e a capacidade limitada dos indivíduos de processar todas as informações relevantes.

Desse modo,

A forma adotada pelo sistema social para reduzir essas infindáveis quantidades de possibilidades é o emprego de sínteses comportamentais, embasadas em expectativas comportamentais. Essas sínteses almejam reduzir a complexidade da sociedade permitindo ao indivíduo seguir uma generalização de expectativas que simplifica o convívio social e dá sentido ao sistema social. (Ibid., p. 43)

Tal constatação significa que as sociedades modernas precisam desenvolver mecanismos para lidar com a incerteza e a imprevisibilidade das interações sociais, criando sistemas de normas e valores que orientam os comportamentos dos indivíduos em diferentes contextos. A partir desse entendimento, cada dimensão social possui mecanismos próprios de redução. Isso significa que diferentes áreas da vida social, como política, economia, educação ou relações interpessoais, desenvolvem formas específicas de simplificação que permitem o funcionamento eficiente em cada contexto.

O direito é compreendido como um sistema de operações que realiza operações com regras e lógica próprias, denominado de autopoiese, que por meio da capacidade de autorreprodução a partir de manutenção de suas próprias características, possibilita a sua diferenciação dos demais sistemas que compõem a sociedade.

De acordo com Viana (apud. Cit., p. 18), o método funcional-estruturalista de Luhmann, compreende o direito como subsistema autopoietico da sociedade, com função especializada e regido pelo código binário comunicativo próprio, traduzido em direito x não direito.

Luhmann enfatiza a importância do direito como um mecanismo de redução de complexidade, destacando como ele estabelece regras, normas e procedimentos para orientar o comportamento humano, a partir da criação de padrões normativos que fornecem previsibilidade, limites e expectativas claras para as ações individuais e coletivas. Trata-se, portanto, de um sistema autopoietico, que se reproduz a partir de regras próprias.

De acordo com Saavedra (2006, p. 17)

Segundo a perspectiva luhmanniana, a sociedade moderna é caracterizada por uma formalização funcional de todos os seus âmbitos. Em sociedades como esta, funcionalmente diferenciadas, o direito se especializa em generalizar consensualmente expectativas de acordo com o seu código interno. Então o sistema jurídico é visto por Luhmann como um círculo fechado de comunicação. Dessa forma, ele se delimita auto-referencialmente em relação aos seus mundos circundantes de tal forma que passa a desenvolver as suas relações com o exterior apenas através de observações.

É a partir da contingência e das expectativas dos atores sociais que exige não somente certa previsão do comportamento dos outros, mas também que os atores tenham expectativa das expectativas dos demais, fenômeno denominado por Luhmann (1984, p. 47-48) como “dupla contingência”, ou “expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele”.

Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro. Para o controle de uma complexidade de interações sociais não é apenas necessário que cada um experimente, mas também que cada um possa ter uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele.

Essa contingência dos comportamentos sociais exige que as sociedades organizem amplas possibilidades em termos de expectativas e comportamentos, a fim de lidar com a imprevisibilidade e incerteza das interações sociais.

Segundo sua tese central, os diversos atores que podem dar um sentido individualmente subjetivo à sua ação, sempre que desejem atuar entre si em uma certa situação, tem de integrar as expectativas recíprocas de comportamento, e essa integração ocorre com o recurso à estabilidade de normas duráveis, compreensíveis e assimiláveis. (Ibid., p. 31)

Para Luhmann (Ibid.), isso é feito por meio da criação de sistemas normativos autônomos que orientam o comportamento dos indivíduos em diferentes contextos sociais. O direito é visto como estrutura que define os limites e as interações da sociedade e neutraliza a contingência das ações individuais permitindo que cada ser humano possa esperar com o mínimo de garantia eu compro comportamento do outro

Além disso, é a partir do código jurídico que é decidido o que é legal e ilegal, certo e errado, justo e injusto, proporcionando um quadro de referência para que as pessoas possam ajustar suas expectativas em relação às ações e comportamentos dos outros, funcionando como um redutor de complexidade.

Assim, o direito desempenha seu papel de equilíbrio diante das inúmeras possibilidades complexas e contingentes disponíveis para os indivíduos. Isso significa que o direito estabelece as normas e os critérios pelos quais os membros de uma sociedade devem orientar seu

comportamento, por meio da reprodução do código binário direito/não direito, juridicizando os elementos do meio social, sem perder, assim, sua autonomia e independência autorreferencial.

O Sistema do Direito é um sistema social parcial que, a fim de reduzir a complexidade apresentada por seu ambiente, aplica uma distinção específica (codificação binária: Direito/Não-Direito) através da formação de uma comunicação peculiar (comunicação jurídica). Com isso. A operacionalidade deste sistema parcial tem por condição de possibilidade a formação de uma estrutura seletiva que, reflexivamente, pretender apreender situações do mundo real (meio envolvente) para o sistema parcial funcionalmente diferenciado que é o Direito. (ROCHA, SCHAWARTZ, CLAM, 2005, p. 42)

Essa concepção, ainda, ressalta a importância do direito como uma ferramenta fundamental para a estabilização social, por meio da garantia de que as expectativas e as ações das pessoas sejam regidas por princípios de justiça e equidade.

Essas características permitem que o direito desempenhe seu papel de equilíbrio, assegurando que as normas e os princípios sejam capazes de se ajustar às demandas da sociedade e promover a justiça e a harmonia em meio às inúmeras possibilidades e contingências enfrentadas pelos indivíduos.

Entretanto, cabe destacar que, apesar do sistema do direito ser diferenciado dos demais sistemas sociais, por meio da autorreprodução de suas próprias delimitações específicas, sobretudo por seu código binário que estabelece a distinção entre direito e não-direito, também se encontra em contato com o sistema social, sofrendo demandas e influências por meio da argumentação. Isso implica que o direito precisa ser flexível e adaptável para lidar com as complexidades e as mudanças constantes da sociedade, pois é através deste sistema que se estabelece.

O direito não é determinado por si próprio ou a partir de normas ou princípios superiores, mas por sua referência à sociedade (...) O direito surge então como elemento codeterminante e codeterminado desse processo de desenvolvimento. Essas necessidades, porém, apontam para uma maior complexidade e variabilidade social: a sociedade torna-se mais rica em possibilidades; com isso seu direito tem que ser estruturalmente compatível com um número maior de possíveis situações e eventos (Luhmann, apud. Cit., p. 33-34)

À medida que a sociedade se torna mais complexa e diversificada, o direito precisa ser adaptado para lidar com uma ampla gama de situações e eventos possíveis. Essa visão enfatiza a necessidade de uma estrutura jurídica flexível e compatível com a dinâmica social.

Nesse contexto, o sistema jurídico a partir de seus tribunais, procedimentos legais específicos ajudam a lidar com conflitos e garantir a igualdade e a proteção dos direitos individuais. Essas estruturas institucionais contribuem para a redução da complexidade social, proporcionando meios formais de resolver disputas e estabelecer limites claros para o

comportamento dos indivíduos e instituições, proporcionando a reprodução autpoiética do sistema jurídico, por meio da filtragem de seus códigos internos.

Por sua vez, no prisma de seu ‘funcional-estruturalismo’, Luhmann apresenta o sistema jurídico como subsistema autopoietico da sociedade, que executa função social especializada, regida por código binário simbólico-comunicativo próprio – que se manifesta fundamentalmente como direito x não direito e lícito x ilícito. (VIANA, 2015, p. 39)

Dessa forma, o direito, apesar de ser operacionalmente fechado, deve estar aberto cognitivamente para recebimento de irritações dos demais subsistemas sociais presentes no ambiente social, mas também deve operar de forma fechada, a partir de seus códigos internos. “Desse modo, o ambiente irrita, perturba, o sistema por meio de informações, pois todo sistema, apesar de fechado operacionalmente, é aberto cognitivamente para o ambiente, ou seja, recebe informações e observa o ambiente”. (HADDAD, 2022, p. 21)

As irritações no sistema jurídico referem-se a eventos externos presentes no ambiente que afetam a sua operação e desencadeiam processos internos de seleção e interpretação de informações. Essas irritações são fundamentais para o desenvolvimento e adaptação do sistema jurídico às demandas e mudanças da sociedade em que está inserido.

Viana (ibid., p. 66, grifo nosso) afirma que

A relação entre sistema (*System*) e ambiente (*Umwelt*) coloca, em dados momentos, **a necessidade de comunicação de sentido entre as irritações (*Irrationen*) dirigidas ao sistema, provenientes do ambiente**. Essas irritações ambientais são mudanças de estado ocorridas no ambiente que acabam por gerar – em grau variável – perturbações nas operações do sistema. Todo processo decorre, afinal, da necessidade de redução da hipercomplexidade.

Assim, as irritações provenientes do ambiente externo são filtradas pelos subsistemas, os quais decodificam essas informações e escolhem aquelas que são relevantes para si. Ao selecionar essas informações, elas são interpretadas de acordo com a linguagem própria de cada subsistema.

Em síntese, o direito pode ser compreendido como o sistema social que serve como padrão para equilibrar as expectativas sociais, diante das inúmeras possibilidades complexas e contingentes das quais dispõem os indivíduos.

Além disso, é um sistema que deve assegurar certa abertura cognitiva às irritações provindas dos demais sistemas, até mesmo para que seu sistema decisório esteja suscetível de permitir o desenvolvimento de novos horizontes. Assim, “são chamados de sistemas

operacionalmente fechados; entretanto, por exigirem troca de dados entre os ambientes distintos de outros sistemas, são classificados de sistemas cognitivamente abertos”. (LIMA, 2011, p. 9)

Assim, Campilongo (2002, p. 22) afirma que o direito funciona

Como sistema auto-referencial – organizado com base num código comunicativo específico (ilícito/lícito), que implementa programas condicionais (do tipo se/então) e desempenha função infungível (generalização congruente de expectativas normativas) - o direito positivo deve resolver, de modo circular, tautológico e paradoxal, o problema de seu fundamento.

Assim, a garantia de um sistema jurídico autônomo, imparcial e reflexivo, capaz de equilibrar os interesses em conflito, promover a justiça e proteger os direitos fundamentais. Esse modelo de regulação contribui para uma sociedade mais justa, democrática e respeitosa dos valores e princípios estabelecidos na legislação.

A função da Constituição na teoria de luhmanniana

As Revoluções Francesa e Norte-Americana, ocorridas em 1789 e 1787, respectivamente, tiveram um impacto significativo na organização política e jurídica do Ocidente. Inspiradas pelos princípios iluministas e pelas Declarações de Direitos, essas revoluções foram marcadas pelo movimento liberal constitucionalista, que buscava combater o absolutismo monárquico e os privilégios do Antigo Regime.

Após a queda das Monarquias Absolutistas, surgiu uma nova forma de organização do poder político, baseada na criação de uma Constituição. Essa Constituição estabelecia os princípios e direitos fundamentais que regeriam o Estado, consolidando assim o Estado de Direito. Essa transformação representou uma ruptura com a estrutura anterior, na qual o poder absoluto estava concentrado nas mãos do monarca, e introduziu um sistema jurídico que limitava o poder do Estado e protegia os direitos individuais dos cidadãos.

Dessa forma, as Revoluções Francesa e Norte-Americana foram marcos históricos que promoveram mudanças significativas na organização política e jurídica do Ocidente, estabelecendo os alicerces do Estado de Direito e influenciando o desenvolvimento dos sistemas constitucionais em todo o mundo.

Neste século XVIII de mudanças significativas nos regimes políticos tradicionais, novos valores e ideias foram adotados e a crença numa participação cívica universal e na nova ideia de Democracia, onde todos pudessem estabelecer os limites e os objetivos do Estado que deveria para o povo e pelo povo, onde os estadistas deveriam sacrificar o governo

pelo povo e não o povo pelo governo, como afirma Rousseau, a noção de participação plena e efetiva nos assuntos públicos vigoram novamente e são estabelecidas em todo Estado que pretenda ser “democrático”.

Na modernidade tardia, conforme argumentam Carvalho Netto e Scotti (2012, p. 12), a questão paradigmática que orienta a compreensão da Constituição não se refere mais especificamente ao que é a Constituição, mas sim, o que a Constituição constitui. Por conseguinte, de acordo com os autores, a Constituição pode ser compreendida como o elemento que institui uma comunidade fundamentada na reciprocidade, liberdade e igualdade, que se constitui como um sujeito com base em princípios compartilhados. Essa comunidade possui a capacidade de analisar criticamente a ética transmitida pelas gerações anteriores, submetendo-a aos valores dos direitos fundamentais. Desse modo, a Constituição institui

“[...] comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais na concretude de suas vivências cotidianas, em suma: uma determinada comunidade de princípios que se assume como sujeito constitucional, capaz de reconstruir permanentemente de forma crítica e reflexiva a eticidade que recebe como legado das gerações anteriores, precisamente restritos àqueles usos, costumes e tradições que, naquele momento histórico constitucional, acredita possam passar pelo crivo do que entende ser o conteúdo da exigência inegociável dos direitos fundamentais” (MENELICK; SCOTTI, 2011, p. 14)

Menelick e Scotti (ibid. p. 92) também consideram que o caráter supralegal da Constituição é resultado de uma aquisição evolutiva no processo de modernização da sociedade, sendo resultante do processo iniciado no final do século XVIII, a partir da revolução norte-americana.

A constituição de um sistema social envolve a criação e a manutenção de um conjunto complexo de regras, normas e procedimentos que orientam o comportamento dos atores sociais dentro desse sistema.

Porém, segundo Niklas Luhmann (1996), além de ser compreendida como um conjunto de normas e um documento legal, a Constituição também é resultante de um processo evolutivo constante, um processo dinâmico que opera internamente para regular as interações e as relações entre os diversos elementos que compõem a sociedade.

Essa perspectiva reconhece que as constituições não são criadas de uma só vez, mas são resultado de um processo contínuo de mudança e adaptação às necessidades e demandas

da sociedade. “Desse modo, a Constituição é o resultado de um desenvolvimento evolutivo, uma aquisição evolutiva que nenhuma intenção pode apreender com precisão” (Ibid., p. 26)

Ademais, Luhmann também entende que a Constituição possui a função de conexão entre as esferas do direito e da política. Nesse sentido,

(...) a Constituição utiliza conceitos como povo, eleitor, partidos políticos, Estado remetendo-se assim à política. Esses conceitos, no entanto, enquanto conceitos do texto constitucional, não podem ser outra coisa senão conceitos jurídicos eventualmente redutíveis a conteúdos judiciáveis (...) **As referências ao sistema político estabelecem ao mesmo tempo um acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político que se coloca "ortogonalmente" em relação às operações internas ao sistema e que não pode ser por ele apreendido.** (Ibid., p. 13, grifo nosso)

A Constituição, portanto, define as regras e os princípios que regem a atuação dos órgãos políticos e estabelece mecanismos para garantir a independência e a imparcialidade do sistema jurídico.

Por um lado, o sistema político lida com a tomada de decisões e o exercício do poder político, de outro, o sistema jurídico se concentra na regulação normativa das relações sociais. Assim, Luhmann (Ibid., p. 19) traduz a seguinte fórmula: “a Constituição torna possível, a um só tempo, uma solução jurídica para o problema da autorreferenciabilidade do sistema político e uma solução política para o problema da referenciabilidade do sistema jurídico”

Portanto, o acoplamento estrutural possui um efeito de inclusão e exclusão, ao mesmo tempo em que concentra e seleciona as perturbações do ambiente. Esse processo gera um efeito paradoxal, tornando essas perturbações imperceptíveis.

Pode-se compreender, destarte, que a união entre o direito e a política ocorre por meio do texto constitucional que faz o acoplamento estrutural de seus elementos comuns, ou seja, funciona como o mecanismo que institui o elo entre o funcionamento do sistema político e jurídico.

A partir do momento que o sistema político resolve com a Constituição os problemas de sua própria referenciabilidade, esse emprega, portanto, o direito. Esse emprego do direito só pode funcionar, no entanto, porque os sistemas não são congruentes, porque não se sobrepõem nem mesmo em uma medida mínima, mas, ao contrário, o sistema político pode se servir do sistema jurídico mediante heteroreferenciabilidade e, assim, mediante o recurso a um outro sistema funcional. O conceito de Estado, do mesmo modo, assinala a um só tempo uma organização e uma pessoa jurídica – segundo o sistema a partir do qual se o considera. Analogamente, a imensa amplitude do âmbito de aplicação que o poder

político alcança com a dúplice codificação jurídica de todas as decisões políticas é condicionada pela nítida diferenciação dos sistemas. (LUHMANN: 1996, p. 10)

Apesar disso, cumpre registrar, que o sistema político e o jurídico permanecem diferentes, com suas funções, identidades e códigos específicos, apesar da existência do acoplamento. No entanto, essa separação não implica um completo isolamento entre direito e política, pois há interações e influências mútuas entre eles.

Embora cada sistema mantenha sua autonomia e características distintas, eles ainda estão sujeitos a influências mútuas. Isso significa que há uma troca contínua de influências, ideias e decisões entre o direito e a política, que podem impactar o funcionamento e a evolução de ambos os sistemas.

Mas isso não quer dizer que ambas se confundam, pois preexiste a diferenciação funcional entre direito e política. A política, distintamente do direito, faz uso do meio do poder, de modo que o poder político se articule como um poder indicativo superior que ameaça com seu caráter obrigatório. (PEDRON, 2009, p. 128)

Ademais, Neves (2016, p. 89) afirma que as decisões políticas são subordinadas ao controle jurídico, porém, próprio direito necessita da legislação construída politicamente. Essa interação entre direito e política é essencial para compreender como os sistemas sociais operam em conjunto. Ela revela a complexidade das relações entre os diferentes aspectos da sociedade e como as normas jurídicas e as decisões políticas se entrelaçam para moldar o funcionamento e a evolução do sistema social como um todo.

A Constituição Federal, o acoplamento estrutural (*strukturelle Kopplung*) entre os sistemas político e jurídico, age como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os mencionados sistemas sociais. Possibilita, pois, a constante troca de influências recíprocas entre os subsistemas, filtrando-as. Ao mesmo tempo em que inclui, exclui. (LIMA, 2011, p.20)

Ao estudar essa interação, é possível ter uma compreensão mais abrangente dos processos sociais, políticos e legais, bem como identificar os desafios e as oportunidades que surgem nesse contexto.

À medida que a sociedade se transforma, surgem novos desafios e demandas, e a constituição precisa se adaptar para refletir essas mudanças e garantir a continuidade do sistema jurídico e político.

Ao permitir que a constituição evolua, a sociedade pode enfrentar novos problemas, garantir a proteção dos direitos fundamentais e promover a estabilidade e a legitimidade do

sistema jurídico e político. Essa interação entre direito e política é essencial para entender a dinâmica da sociedade e como os sistemas sociais operam em conjunto.

A perspectiva luhmanianna permite uma análise mais completa da dinâmica da sociedade e contribui para a reflexão sobre possíveis aprimoramentos e ajustes nos sistemas jurídico e político, visando uma maior eficácia e justiça na governança da sociedade. Portanto, essa abordagem permitir reconhecer a adaptabilidade dos sistemas jurídico e político às transformações sociais, visando melhorar a qualidade da democracia, a proteção dos direitos dos cidadãos e a equidade na distribuição do poder político.

CAPÍTULO 2. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O A INTERSEÇÃO ENTRE O JUDICIÁRIO E O PODER POLÍTICO

Nos últimos anos, observa-se uma crescente tendência em todo o mundo, inclusive no Brasil, a discussão sobre a judicialização da política, considerada como uma forma específica de tensão entre o direito e política, na medida em que questões políticas e governamentais fundamentais são levadas aos tribunais em busca de decisões e resoluções, despertando, assim, debates acalorados e impactos significativos nos sistemas jurídicos e políticos.

A partir da teoria do sociólogo alemão Niklas Luhmann, o presente capítulo apresentará a questão da judicialização da política em relação ao equilíbrio de poderes e ao desafio da tradicional separação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, principalmente considerando a autopoiese dos sistemas político e jurídico.

O objetivo é explorar os motivos e as consequências desse fenômeno, bem como suas implicações para a democracia e a governança. Investigaremos as razões por trás da crescente procura pelos tribunais como arena de disputas políticas, bem como as possíveis vantagens e desvantagens desse movimento.

Além disso, consideraremos os impactos da judicialização da política no sistema jurídico e na legitimidade das instituições democráticas, sobretudo à luz da teoria dos sistemas sociais do Luhmann.

2.1 Breve contextualização e a definição da judicialização da política nas democracias contemporâneas

A expansão do protagonismo Poder Judiciário nas democracias contemporâneas é fenômeno que tem chamado cada vez mais atenção de pesquisadores da Ciência Política, sobretudo, no Brasil após a redemocratização em 1988, onde o poder judicial manifesto na instituição do controle de constitucionalidade foi profundamente fortalecido.

Com a evolução das instituições político-jurídico-sociais, expandiu-se a atuação desse poder, com o discurso político permeado pela retórica jurídica, com os tribunais desempenhando marcante papel na elaboração de políticas públicas com nova postura de magistrados – regulamentar o procedimento político e impor o respeito a determinados comportamentos chancelados por partidos políticos, servidores públicos, autoridades do governo, políticos e grupos de interesses particulares. (ARAGÃO, 2009, p. 47)

Apesar da aparente diferenciação que ocorre entre a política e o direito, conforme a teoria dos sistemas, no qual o direito passa a se autorrealizar e a política seria a afirmação de opções fundamentais da sociedade, nos últimos anos, cada vez mais encontra-se a tendência de confluência entre essas perspectivas, seja no campo teórico ou no prático,

com decisões jurisdicionais suscitando discussões intensas na sociedade.

Através da difusão dos sistemas de controle de constitucionalidade em diversas democracias contemporâneas, as questões entre os limites e relações entre o direito e a política e a necessidade de compreensão entre as relações de equilíbrio entre os poderes são cada vez mais corriqueiras no âmbito das ciências sociais. Cada vez mais o desenvolvimento da revisão judicial (*judicial review*) dos atos normativos dos demais poderes tornou-se um pressuposto amplamente adotado nos regimes democráticos liberais, sobretudo nas recentes democracias que surgiram após a derrocada de regimes autoritários do século XX. (AVRITZER; MORONA; 2010, p. 77-78).

O poder de interpretar as leis, em última análise, confere aos juízes uma posição estratégica, revestindo ao caráter da instituição como verdadeiro órgão soberano, na medida em que essa atividade interpretativa pode, muitas vezes, alterar profundamente os valores e disposições normativas expressas no texto constitucional.

O processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma judicialização da política, levando o Judiciário a exercer controle sobre a vontade do soberano, resulta [...] de se ter adotado o **modelo de controle abstrato de constitucionalidade** das leis com a intermediação de uma —comunidade de intérpretes!, e não, como em outros casos nacionais, da assunção de novos papéis por parte de antigas instituições. (VIANNA, 1999, p. 47, grifo nosso)

É importante frisar que além do controle de constitucionalidade, a ampla possibilidade de diversos atores da sociedade civil e demais agentes políticos de ajuizarem ações diretas no Supremo Tribunal Federal, possibilitou que houvesse um enorme crescimento da judicialização da vida social. Desta forma,

O processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma judicialização da política, levando o Judiciário a exercer o controle sobre a vontade do soberano, resulta, [...], de se ter adotado o modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis como a intermediação de uma —comunidade de intérpretes!, e não, como em outros casos nacionais, de assunção de novos papéis por parte de antigas instituições. (VIANNA, 1999, p. 47)

Conforme Vianna (1999), a "comunidade de intérpretes" mencionada surge da possibilidade de um considerável número de agentes legitimados a recorrer ao sistema judiciário para fazer valer suas demandas. Especialmente os grupos minoritários, que enfrentam dificuldades para efetivar seus direitos nos espaços políticos representativos tradicionais, devido à predominância da lógica majoritária nessas estruturas. Assim, esses grupos encontram na esfera judicial uma nova arena de disputa.

Em decorrência disso, o poder judiciário passa a desempenhar um papel cada vez mais proeminente na atividade legislativa e até mesmo no processo de implementação de políticas públicas, indo além de sua função clássica de aplicar a lei

em conflitos entre indivíduos e instituições. Essa expansão de atuação fortalece a autoridade do judiciário como instância legítima de resolução de conflitos sociais.

Ao assumir uma nova e fundamental posição no controle dos atos normativos dos demais poderes, especialmente do poder legislativo, e ao desempenhar um papel cada vez mais central na influência do processo político, emerge o fenômeno conhecido como judicialização da política.

Desse modo, a judicialização da política é um fenômeno de natureza complexa, que pode se manifestar de maneiras diversas, dependendo do contexto institucional e das influências comportamentais dos juízes em um determinado período. De acordo com Barroso (2009, p. 3),

A judicialização da política é um fenômeno de natureza complexa, que pode se manifesta Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. r de maneiras diversas, dependendo do contexto institucional e das influências comportamentais dos juízes em um determinado período.

O autor explora três principais causas que impulsionaram a judicialização da política nas democracias contemporâneas, com ênfase no contexto brasileiro: o processo de redemocratização em 1988, a ampla abrangência dos direitos constitucionalizados e o sistema de controle de constitucionalidade (BARROSO, op. cit., p. 3-4). A combinação desses três elementos permitiu o aumento da relevância do poder judiciário nas decisões políticas.

No pioneiro trabalho intitulado *The global expansion of judicial power*, Tate e Vallinder (1995, p. 13) descrevem a judicialização como um fenômeno em que o poder judiciário se infiltra no processo decisório, alcançando a esfera política, que não seria tradicionalmente sua área de atuação.

Segundo os autores, as causas precisas que influenciam o desenvolvimento da judicialização da política variam em cada país. No entanto, certos eventos, como a queda de regimes totalitários após a Segunda Guerra Mundial e a subsequente necessidade de prevenir os horrores resultantes da violação dos direitos humanos nos regimes fascista e nazista, desempenharam um papel determinante na expansão do poder judiciário.

A democracia não é necessariamente a causa do desenvolvimento da judicialização, mas certamente é uma condição essencial para esse fenômeno ocorrer. Em um regime autoritário, onde o soberano não está sujeito ao controle do povo nem

das instituições, atuando exclusivamente com base em sua vontade, não seria possível ter juízes controlando os atos do governo.

Além disso, os autores identificam outros fatores relacionados ao surgimento da judicialização, que incluem: (I) a valorização e a positivação das Declarações de Direitos, criadas para proteger formalmente os direitos das minorias e outros grupos de interesse; (II) o uso dos tribunais por grupos de interesse, considerando que a judicialização não ocorre isolada das questões sociais e econômicas relevantes. Minorias e oposições podem recorrer ao tribunal constitucional se sentirem que estão sendo prejudicadas no processo majoritário do parlamento; (III) a inefetividade das instituições representativas, que frequentemente não conseguem oferecer respostas adequadas às demandas da sociedade. Além disso, partidos políticos e governos de coalizão estão cada vez mais fracos e enfrentam dificuldades para construir uma base social e política sólida capaz de implementar políticas públicas; por fim, identificam (IV) a separação de poderes, sendo uma condição necessária. (VALLINDER; TATE, 1995, p. 28 – 32).,

Vallinder (ibid. p. 13) também argumenta que a judicialização pode se manifestar claramente de duas formas. A primeira refere-se à expansão da autoridade dos juízes em detrimento dos políticos e administradores tradicionais, alcançando assim a esfera política, que normalmente não seria o campo de atuação específico do judiciário. A segunda forma seria a disseminação dos métodos judiciais e até mesmo da linguagem própria do processo judicial nas esferas políticas de tomada de decisão. Dessa forma, representantes e administradores passariam cada vez mais a utilizar mecanismos anteriormente restritos ao litígio judicial para resolver questões políticas.

É importante também fazer uma breve, porém essencial, distinção entre a judicialização e o ativismo judicial. Conforme explicado por Barroso (2009, p. 6), esses dois fenômenos não se confundem e não são gerados pelas mesmas causas. O ativismo judicial requer uma postura proativa por parte dos juízes, buscando não apenas efetivar direitos fundamentais, mas também modificar a realidade e interferir no processo político.

A judicialização envolve a ampliação do papel do Judiciário na interpretação e aplicação das leis, muitas vezes envolvendo temas constitucionais e direitos fundamentais. É um fenômeno mais amplo que abrange a atuação do Judiciário na esfera política.

Por outro lado, o ativismo judicial representa uma abordagem mais ativa por parte dos intérpretes, expandindo o sentido e o alcance das normas constitucionais para

além do que foi estabelecido pelo legislador ordinário. Ele serve como um mecanismo para contornar o impasse ou a inércia do processo político majoritário, quando este se mostra incapaz de produzir consenso (Barroso, *ibid.*, p. 17).

Assim, o ativismo requer uma participação mais intensa do judiciário na efetivação das normas constitucionais, com o objetivo de modificar a realidade e assumir os compromissos estabelecidos pelo poder constituinte, mas que, de alguma forma, não foram implementados pelos poderes legislativo e executivo. (Barroso, 2010, p. 11)

Silva (2010, p. 5) ressalta que

O ativismo judicial se resume num comportamento cometido pelo poder judicante ofensivo ao princípio democrático, mas retoricamente preocupado com a efetividade do princípio da supremacia constitucional, segundo a última e própria interpretação realizada pelo Poder Judiciário.

Assim, a estrutura constitucional das democracias modernas, que estabeleceu o sistema de revisão judicial e a garantia dos direitos fundamentais, pode dar origem a um ativismo judicial orientado pela vontade política dos juízes em efetivar os compromissos assumidos pelo poder constituinte, atuando na efetivação de direitos e implementação de políticas públicas que, anteriormente, não seriam alcançadas somente pelo processo político majoritário.

Em suma, a judicialização da política é o fenômeno em que o Judiciário assume um papel mais relevante na esfera política, enquanto o ativismo judicial é a postura adotada pelos juízes ao interpretar as leis, sendo uma forma de atuação mais proativa e expansiva do Judiciário na defesa de determinados valores e objetivos. O ativismo judicial pode ser uma das formas de manifestação da judicialização, mas nem toda judicialização implica necessariamente em ativismo judicial.

Embora cada juiz possua suas próprias convicções e ideologia pessoal, é importante ressaltar que as decisões judiciais não devem refletir meramente esse subjetivismo. O juiz deve fundamentar suas decisões com base em argumentos de princípio, em vez de recorrer a considerações políticas, morais ou quaisquer outras.

Cabe destacar ainda que a judicialização e o ativismo são manifestações que se tornam cada vez mais problemáticas à medida em que se percebe crise nas democracias contemporâneas. Conforme assinala Miguel (2003,p.123),

É possível detectar uma crise no sentimento de estar representado, que compromete os laços que idealmente deveriam ligar os eleitores a parlamentares, candidatos, partido e, de forma mais genérica, aos poderes constitucionais.

Ainda de acordo com Garapon (2001), em seu livro "O juiz e a democracia: o guardião das promessas", o aumento do papel do judiciário nas democracias contemporâneas está estreitamente ligado à perda de confiança nas instituições políticas, principalmente na representação parlamentar.

Nesse contexto, o judiciário emerge como o legítimo local para a resolução de conflitos sociais e assume a responsabilidade de preservar a moralidade pública nos estados democráticos. Em um mundo onde a estrutura de um senso comum e os valores republicanos de participação são enfraquecidos, o poder judiciário desempenha um papel fundamental.

Acrescente-se a isso o fato de que, muitas vezes, o parlamento pode se tornar ineficiente para apresentar soluções legislativas diante de demandas sociais complexas, o que resulta em um processo moroso e conflituoso. Por conveniências políticas, o parlamento pode se tornar inerte nessas situações, o que leva grupos minoritários a buscar a arbitragem do tribunal constitucional para resolver questões quando o parlamento é omissivo ou age de forma prejudicial aos seus interesses (VIANNA, 1999, p. 43).

Assim, o fortalecimento dos mecanismos jurídicos como instâncias legítimas de resolução de conflitos políticos, favorece o fortalecimento dos mecanismos jurídicos como instâncias legítimas de resolução de conflitos políticos, impulsionando um processo que não apenas aumenta a judicialização da vida política, mas também promove uma politização da lógica judiciária. Um processo que aumenta não apenas a judicialização da vida política, mas também uma politização da lógica judiciária.

2.2 O papel desempenhado pelos Tribunais Constitucionais no sistema do direito

O avanço e a disseminação dos sistemas de controle de constitucionalidade em diversas democracias contemporâneas têm levantado questões cruciais sobre os limites e as relações entre o direito e a política. Essas questões têm se tornado cada vez mais frequentes no campo das ciências sociais, exigindo uma compreensão mais aprofundada do equilíbrio entre os poderes.

A jurisdição constitucional possui como base o princípio da supremacia da Constituição, enquanto fundamento do direito político. Não obstante os Estados contemporâneos adotarem em sua organização o controle de constitucionalidade, a partir do século XX, houve o surgimento de um foco de tensão entre o poder judiciário e o

legislativo.

Isto se deve pelo fato de a magistratura exercer cada vez mais sua autoridade e interferências no processo político decisório dos demais poderes e ao mesmo tempo receber críticas em relação a ausência de legitimidade democrática na sua organização, devido ao fato de cargo dos juízes não possuir origem pela escolha popular.

Se não houvesse um sistema eficaz para garantir a supremacia constitucional, restaria comprometida a supremacia e a superioridade da força normativa da Constituição. Assim, de acordo com Cunha Júnior, (2015, p. 218)

Dito d'outro modo: em razão da supremacia constitucional, todas as normas jurídicas devem compatibilizar-se, formal e materialmente, com a Constituição. Caso contrário a norma lesiva a preceito constitucional, através do controle de constitucionalidade é invalidada e afastada do sistema jurídico positivado, como meio de assegurar a supremacia do texto magno.

A revisão judicial, por meio do controle de constitucionalidade, é uma das funções da jurisdição constitucional do ordenamento jurídico brasileiro ao qual se propõe a manter a supremacia da Constituição e integridade da ordem jurídica.

No entanto, a revisão judicial também suscita debates acerca da legitimidade e dos limites do poder judiciário. Afinal, os tribunais estão incumbidos de tomar decisões que afetam o funcionamento dos outros poderes e influenciam diretamente a agenda política.

Para Vianna (1996, p. 268), “[...] o judiciário, por meio do controle da constitucionalidade das leis, especialmente no que se refere à declaração dos direitos fundamentais, passa a fazer parte, ao lado do Legislativo, da sua formulação”. Isso levanta a questão sobre o equilíbrio adequado entre os poderes e a necessidade de garantir a responsabilidade e a accountability do judiciário.

O marco histórico na evolução do poder judiciário como poder político ocorreu no célebre caso judicial de *Marbury v. Madison*, em 1803, nos Estados Unidos. Esse caso representou uma inovação da Corte Suprema norte-americana ao estabelecer, pela primeira vez, a capacidade do judiciário atuar como poder político dentro do sistema constitucional. Nessa decisão histórica, reconheceu-se que o poder judiciário possui a prerrogativa de revisar e anular normas que estejam em desacordo com os princípios e regras constitucionais.

O caso de *Marbury v. Madison* permitiu a anulação incidental e abstrata de uma lei inconstitucional no sistema jurídico dos Estados Unidos. Isso significa que o órgão responsável pela aplicação do direito, ao julgar um caso concreto, pode declarar a

invalidez de uma lei que esteja em contradição com a Constituição.

Essa decisão representou um avanço significativo na consolidação do poder judiciário como um contrapeso aos demais poderes, permitindo-lhe exercer um papel político na defesa da supremacia constitucional. A partir desse precedente, o judiciário passou a desempenhar um papel ativo na revisão das leis, garantindo a conformidade delas com a Constituição, e assim desempenhando um papel fundamental na proteção dos direitos individuais e na manutenção do Estado de Direito. (ZAFFARONI, 1995, p. 46-47)

Em relação ao debate doutrinário, o século XX foi marcado pelo embate teórico entre o austríaco Hans Kelsen, na obra “Jurisdição constitucional” de 1928, e o alemão Carl Schmitt, na obra “O guardião da constituição”, publicada em 1929.

Kelsen (2007, p. 242) defendia a tese de que a garantia de constitucionalidade só pode ser assegurada por um tribunal constitucional que seja independente do poder legislativo e do executivo, uma vez que são esses os poderes fundamentais responsáveis pela elaboração das normas gerais.

Na perspectiva da teoria dos sistemas, as concepções clássicas de constituição, defendidas tanto por Hans Kelsen (1999) quanto por Carl Schmitt (1996), revelam-se insuficientes. No artigo *A posição dos tribunais no sistema jurídico* (1990), Niklas Luhmann afirma que os tribunais por não serem responsabilizados politicamente, seriam excluídos da participação na ação política, a partir do século XVIII. Assim, a distinção entre legislação e jurisdição

[Ela] fornece, na sua ação conjunta com outras distinções, sobretudo nas distinções entre codificação binária e programação, igualmente, na diferença entre Direito e não-Direito, por um lado, e normas jurídico-positivas, de outro lado, o pressuposto para que o próprio sistema jurídico se possa diferenciar do seu mundo circundante e para que ele possa, enquanto sistema operativamente fechado, reproduzir suas próprias operações através da rede de operações próprias. (LUHMANN, 1990, p. 155)

Além disso, o autor adota o fundamento de que apenas o sistema jurídico exerce coerção sobre os tribunais, ou seja, nem o legislador nem as partes privadas contratantes têm essa capacidade. Com base nessa premissa, os tribunais são o núcleo central do sistema jurídico, enquanto todas as demais instâncias, incluindo a legislação, representam a periferia.

Dessa forma, o tribunal constitucional funciona como um sistema operacional fechado, uma vez que precisa realizar suas próprias operações internas. No entanto,

paradoxalmente, é um sistema aberto para o mundo ao seu redor, pois deve estar disposto a reagir a proposições externas.

No entanto, Luhmann (ibid., p. 168) afirma que esse funcionamento só pode ser compreendido por meio de uma argumentação racional e, dessa forma, ser devidamente canalizada e disciplinada por meio de códigos próprios do sistema jurídico.

Os tribunais constitucionais têm a tarefa de proteger e preservar a coerência e a consistência do sistema jurídico, garantindo que as decisões e ações tomadas dentro desse sistema estejam em conformidade com as normas e princípios estabelecidos na Constituição.

Nas atuais condições de complexidade, diferenciação e evolução do sistema jurídico, os tribunais não possuem capacidade nem legitimidade para adotar procedimentos decisórios semelhantes aos utilizados pelo sistema político.

O sistema jurídico e o sistema político possuem dinâmicas distintas e requerem abordagens decisórias diferentes. Luhmann argumenta que, devido à sua complexidade e especialização, o sistema jurídico demanda procedimentos específicos para lidar com questões jurídicas e disputas. Os tribunais, como componentes do sistema jurídico, não possuem a mesma capacidade e legitimidade que os órgãos políticos para tomar decisões políticas ou legislativas, pois sua função é interpretar e aplicar as normas jurídicas existentes.

Conforme argumenta Campilongo (2002), os tribunais devem operar dentro dos limites da sua função jurisdicional, utilizando procedimentos adequados e seguindo a lógica do sistema jurídico, enquanto o sistema político é responsável por tomar decisões políticas e legislativas com base em processos próprios.

Ademais, o autor (ibid., p. 165) afirma que os tribunais são responsáveis por interpretar e aplicar as leis, exercendo a autoridade para determinar se uma determinada ação ou situação está de acordo com o direito estabelecido, o que confere, desse modo, ao sistema jurídico a capacidade de autodefinição e autorregulação. Essa capacidade de decisão dos Tribunais é um elemento essencial para a manutenção do funcionamento do sistema jurídico, bem como para a resolução de disputas e a garantia da justiça.

Nesse sentido, a reflexão sobre a autonomia e a especificidade dos sistemas sociais, reconhecer que suas dinâmicas e procedimentos não podem ser simplesmente sobrepostos ou equiparados. Cada sistema tem sua própria lógica e operacionalidade, adaptadas às suas funções e necessidades.

Portanto, nas relações entre os sistemas político e jurídico, a Constituição e os

tribunais desempenham um papel importante ao permitir o acoplamento estrutural entre esses sistemas.

2.3 Autopoiese e jurisdição constitucional: uma análise do controle de constitucionalidade no contexto brasileiro

O judiciário desempenha um papel central no sistema jurídico, sendo considerado o núcleo desse sistema. No contexto das constituições modernas, o controle de constitucionalidade se torna uma salvaguarda importante para a manutenção do equilíbrio entre o poder político e o poder jurídico.

O constitucionalismo possibilita a análise das relações entre as decisões judiciais e o sistema político, não apenas considerando a divisão dos poderes, mas também por meio do controle jurisdicional sobre as ações do Legislativo e do Executivo. No entanto, é exatamente nesse ponto, no controle jurisdicional dos poderes governamentais, que reside o caráter eventualmente político das decisões judiciais.

Luhmann considera o controle de constitucionalidade como característica marcante das constituições modernas, o qual atua como um mecanismo de manutenção do acoplamento estrutural e, conseqüentemente, como um elemento diferenciador entre o sistema jurídico e o sistema político, de acordo com Araújo Pinto (2004, p. 149).

As competências do Supremo Tribunal Federal são estabelecidas nos artigos 101 e 102 da Constituição. Assim, este constitui o órgão de cúpula do poder judiciário, com jurisdição em todo território nacional, composto por onze ministros, indicados entre cidadãos maiores de trinta e cinco e menores de sessenta e cinco anos de idade, escolhidos pelo Presidente da República e aprovado por maioria absoluta do Senado Federal. (BRASIL, 1988, p. 78)

O Supremo Tribunal Federal desempenha o papel de guardião da Constituição, conforme estabelecido no artigo 102 da Constituição. Sua função é exercer o controle de constitucionalidade sobre os atos normativos dos poderes legislativo e executivo. De acordo com Barroso (2009, p. 4), o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é um dos mais abrangentes do mundo, combinando dois modelos distintos de revisão judicial: o controle concentrado/abstrato, influenciado pelos sistemas europeus continentais e pela tradição kelseniana, e o modelo difuso/incidental, baseado no sistema norte-americano.

Conforme observado por Arantes (2015, p. 39), as alterações promovidas em 1988 ampliaram e tornaram mais acessível o controle de constitucionalidade abstrato, devido à ampla gama de entidades legitimadas a acionar diretamente a Corte constitucional por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). O artigo 103 da Constituição estabelece nove entidades autorizadas a propor a ADI:

[...] I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III- a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa, ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 1988, p .80).

Além da ação direta por inconstitucionalidade, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, outros instrumentos destacam-se como mecanismos de tutela do judiciário sobre a ordem constitucional, entre eles estão a ação declaratória de constitucionalidade – ADC, ação direta de inconstitucionalidade por omissão- ADO, a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. (MENDES, 2011).

Pela generosa lista dos agentes legitimados a participarem do processo de observância constitucional das leis e demais atos normativos dos poderes públicos e os diversos instrumentos constitucionais estabelecidos para tal fim, Medeiros (2013, p. 192) destaca que essa condição provoca um expressivo aumento na quantidade dessas ações e também favorece uma ascendência do controle de constitucionalidade concentrado em detrimento do controle difuso.

Nesse contexto, é relevante ressaltar que, de acordo com Vilhena (2008, p. 444), o Supremo Tribunal Federal desempenha não apenas o papel de Corte constitucional, mas também atua em um sistema jurídico complexo que garante uma ampla gama de direitos e dispositivos de regulação da vida social. Nesse sentido, o constitucionalismo contemporâneo enfatiza a importância de considerar a Constituição não apenas como um documento que protege os direitos individuais, mas também como um instrumento que molda a unidade política e social e estabelece metas coletivas a serem alcançadas.

Além disso, o controle concentrado foi fortalecido pela Emenda Constitucional nº 45/2005, que conferiu efeito vinculante às Súmulas emitidas pelo tribunal, após reiteradas decisões sobre questões constitucionais.

Assim, diante do notável fortalecimento do tribunal constitucional enquanto órgão responsável pela efetivação do texto constitucional, e, portanto, pela revisão de atos normativos em conflito com a Constituição, e considerando também a significativa expansão dos direitos e garantias individuais e dos direitos de cidadania após a consolidação do regime democrático, observa-se o crescimento e o protagonismo do poder judiciário no Brasil

Nesse contexto, o sistema judiciário brasileiro passou por um verdadeiro processo de ampliação de sua agenda de atuação, enquanto as liberdades, os processos de participação e as reivindicações da sociedade em relação ao Estado democrático também se intensificaram.

Cumprir registrar que sua função não se resume à proteção da constituição, mas sim ao fornecimento de decisões com base no código direito/não-direito. Além de interpretar esse código, o Tribunal também fornece referenciais para decisões futuras e atua como uma instância primária na diferenciação entre o direito e o seu ambiente.

Entretanto, as decisões no âmbito da jurisdição constitucional estão sendo objeto de questionamento devido à possibilidade de gerarem disfuncionalidades nas prestações do sistema jurídico em uma sociedade complexa.

Os intérpretes do texto constitucional, na perspectiva da teoria dos sistemas, devem atuar de acordo com a lógica jurídica. No entanto, o texto constitucional é bastante abstrato, o que permite uma ampliação dos limites interpretativos no sistema jurídico. No entanto, para manter a integridade e a funcionalidade do direito, é necessário que as operações realizadas, especialmente na interpretação em julgamentos constitucionais, não se afastem dos fundamentos próprios da linguagem e do código jurídico.

A abstração constitucional possibilita que os intérpretes analisem e apliquem as disposições constitucionais de maneira flexível, levando em consideração o contexto social, político e histórico. No entanto, é essencial que as operações interpretativas, especialmente nos julgamentos constitucionais, se mantenham ancoradas nos fundamentos próprios da linguagem jurídica e no código normativo.

Assim, para o julgador, não é razoável que se pretenda substituir o legislador por meio de uma hermenêutica que ultrapasse o sentido do direito e se envolva nos domínios da política.

Por esse panorama, coloca-se na exposição o problema do elemento eficaz da jurisdição constitucional e a delimitação argumentativa (jurídica) dos limites textuais e factuais na interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais, sem

adentrar a tormentosa questão da diferenciação entre regras princípios, mas situando o problema na perquirição em torno dos geradores de coevolução harmônica do direito com a sociedade e seus outros subsistemas de função, por meio das prestações (decisórias) do subsistema social do direito, na esfera da jurisdição constitucional, que por meio de decisões judiciais deve atuar para produzir, por meio da operação de seus programas condicionais (normas e princípios constitucionais), uma comunicação normativa em torno de temas constitucionais, como conflito entre expectativas sociais divergentes, colocando-as no crivo analítico das operações autopoieticas² do sistema jurídico. (VIANA, 2018, p. 276)

A interpretação do texto constitucional deve buscar um equilíbrio entre a flexibilidade necessária para adaptar o direito às demandas da sociedade complexa e a preservação dos princípios e fundamentos jurídicos que garantem a coerência e a estabilidade do ordenamento jurídico.

No entanto, Luhmann ressalta a importância de evitar que os tribunais constitucionais se envolvam em questões políticas, a fim de preservar a autonomia e a funcionalidade do sistema jurídico.

Se cada subsistema opera e observa tanto o seu interior como o seu exterior a partir de sua distinção constitutiva que é levada a efeito mediante um código próprio (lícito/ilícito para o direito; verdadeiro/Falso para a ciência; governo/oposição para a política etc.), não será possível que um desses subsistemas venha a ter preponderância, nem mesmo qualquer forma de regulação direta, sobre os demais, pois isso significaria a sobreposição de seu código ao dos outros subsistemas, o que, por sua vez, faria com que eles se corrompessem. (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 176)

Dessa forma, o controle de constitucionalidade é exercido dentro dos limites do subsistema jurídico, respeitando a autonomia e a integridade dos demais subsistemas, sem buscar uma regulação direta sobre eles, de forma que esse controle não deve levar a uma sobreposição do código jurídico sobre outros subsistemas sociais.

É necessário que cada subsistema opere dentro de seus próprios limites e respeite as distinções e códigos dos outros subsistemas. No sistema jurídico, o controle de constitucionalidade é a função que opera de forma a garantir a validade do direito à luz da Constituição. Trata-se, portanto, de uma operação interna do direito que se desenvolve a partir da clausura operacional do direito. “A validade é um ‘valor próprio’ do sistema do direito, um valor que surge da execução recursiva das operações do próprio sistema e que não pode ser utilizado em nenhuma outra parte” (LUHMANN, 2016, p. 81).

A afirmação de que a validade é um "valor próprio" do sistema do direito sugere que a validade das normas jurídicas é uma característica intrínseca desse sistema e não pode ser aplicada a outras áreas ou sistemas.

Essa perspectiva destaca a autonomia e a autopoiese do sistema jurídico, ou seja, sua capacidade de se autorregular e se reproduzir por meio de suas próprias operações. A validade dessas normas é estabelecida dentro desse sistema, por meio de procedimentos e critérios específicos, como a observância das formalidades legislativas, a conformidade com a Constituição ou a jurisprudência.

O direito, caracterizado como subsistema autopoietico de uma sociedade funcionalmente diferenciada, deve ser dotado de clausura operacional, a qual permite sua reprodução a partir de um circuito autorreferencial que, embora pressuponha a existência do entorno, não pode ser determinada diretamente por ele. Sem clausura operacional não é sequer possível considerar um sistema como sendo autopoietico. (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 197)

Assim, a clausura operacional é apresentada como uma condição essencial para que um sistema seja considerado autopoietico, ou seja, capaz de se autorregular e se reproduzir por meio de suas próprias operações internas. Sem essa clausura, o sistema não seria capaz de se manter e funcionar de forma independente.

Essa abordagem contribui para a manutenção da integridade e da funcionalidade de cada subsistema, permitindo que eles cumpram suas respectivas funções na sociedade de forma autônoma e coerente.

CAPÍTULO 3. ESTUDO DE CASO: O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO (ADPF Nº 347/DF)

3.1 Aspectos introdutórios

A arguição de descumprimento de preceitos fundamentais (ADPF) foi introduzida no direito brasileiro pela Constituição de 1988 e regulamentada pela Lei no 9.882/99.1 Trata-se de instrumento de controle concentrado, reservada a competência para o processo e julgamento ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, § 1.º. A ação possui caráter subsidiário, descabendo quando existir qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade (Lei 9.882/1999, art. 4º § 1º).

A ADPF possui caráter subsidiário, descabendo quando existir qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade (Lei 9.882/1999, art. 4.º, § 1.º). Novelino (2022, p. 256) ainda a subsidiariedade da ADPF pressupõe a ausência de outro instrumento processual-constitucional capaz de resolver a questão jurídica com a mesma efetividade, imediatidade e amplitude.

Ademais, a ADPF é cabível somente quando há violação de um preceito fundamental, ou seja, uma norma (princípio ou regra) da Constituição que seja essencial para preservar a identidade ou o regime adotado (Lei 9.882/1999, art. 1º, caput). Entre os preceitos que possuem caráter fundamental, podem ser mencionados, a título exemplificativo, os princípios fundamentais (Título I), os direitos e garantias fundamentais (Título II), as normas que conferem autonomia aos entes federativos, os princípios constitucionais sensíveis (CF, art. 34, VII) e as cláusulas pétreas.

A legitimidade para propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental é idêntica àquela das demais ações de controle concentrado (Lei 9.882/1999, art. 2º, § 1º). Trata-se, portanto, de um mecanismo processual constitucional concebido com o objetivo de possibilitar a impugnação, por meio de controle normativo abstrato, de atos estatais que anteriormente não eram passíveis de serem diretamente apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

Uma das manifestações de judicização da política pode ser evidenciado a partir da ADPF nº 347/DF, para abordar o chamado "estado de coisas inconstitucional" do sistema carcerário. A ação foi ajuizada com o objetivo de enfrentar a problemática do sistema penitenciário brasileiro, que apresenta uma realidade marcada por condições degradantes, superlotação, violência e ausência de políticas efetivas de ressocialização.

Esse caso emblemático suscita uma questão altamente controversa, na medida em que uma decisão política foi levada ao Judiciário para decisão, demonstrando a busca por soluções jurídicas para problemas que antes eram predominantemente discutidos no âmbito político.

Ao enfrentar essas questões, o Judiciário adquire um protagonismo relevante na formulação e implementação de políticas públicas, interferindo no processo de tomada de decisões políticas que tradicionalmente caberia ao Executivo e ao Legislativo.

3.2 Relatório e análise Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com devida representação no Congresso Nacional, ajuizou peça inicial de arguição de descumprimento de direito fundamental em face do poder público, com pedido de concessão de liminar, no Supremo Tribunal Federal, no dia 27/08/2015, objetivando que fosse reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, e, diante disso, imponha a adoção de uma série de medidas voltadas à promoção da melhoria das condições carcerárias do país e à contenção e reversão do processo de hiperencarceramento no país.

De antemão, cabe ressaltar que a doutrina do estado de coisas inconstitucional é alienígena ao direito brasileiro, tendo surgido a partir da decisão da Suprema Corte da Bolívia, no ano de 1997, diante da violação massiva de direitos sociais naquele país. Naquela ocasião, professores municipais reivindicam direitos previdenciários e de saúde. Conforme relatam Andrade e Teixeira (2016, p. 23)

A Corte Constitucional Colombiana utilizou-se do Estado de Coisas Inconstitucional por omissão para determinar as modificações sistêmicas e generalizadas que deveriam ser feitas para um pleno respaldo aos direitos fundamentais a serem supridos. Por uma grande quantidade de órgãos e entidades estatais, que se recusava a fazer o que a lei determina como necessário e fundamental para todas as pessoas da sociedade sem distinção ou discriminação, quando a situação financeira, social ou cultural.

Na arguição do Partido Socialismo e Liberdade, que foi distribuída para relatoria do ministro Marco Aurélio, há o pedido de que sejam adotadas as devidas providências para que sejam sanadas as ‘gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal’, em relação ao sistema carcerário brasileiro.

Na inicial, destaca-se que as prisões brasileiras se assemelham a verdadeiros infernos dantescos, diante das violações sistemáticas de direitos fundamentais dos presos

decorrentes do quadro revelado no sistema carcerário brasileiro. De acordo com a petição (p. 2):

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado.¹

Além desse calamitoso quadro, que sem dúvidas mostra-se incompatível com a Constituição e com as demais normas infralegais, o partido alega que as prisões estão dominadas por facções criminosas, bem como é possível perceber que o sistema funciona de forma altamente seletiva ao atingir majoritariamente homens pobres e negros.

O texto demonstra que há um descaso e total negligência do Estado brasileiro em relação à situação extrema das penitenciárias, o que leva as pessoas a sofrerem penas cruéis que não estão previstas no Código Penal. E mesmo diante de escalabro, a petição aponta como um dos mais graves problemas do sistema prisional a superpopulação, ao qual leva, inclusive, presos provisórios a ficarem encarcerados com demais presos condenados de alta periculosidade, tornando praticamente impossível a perspectiva de ressocialização e, assim, criando uma verdadeira “escola do crime”, que coloca em xeque a segurança da sociedade como um todo.

Diante desse quadro dramático, o texto aponta que a situação de estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário revela uma afronta à Constituição de 88, considerando as sistemáticas violações ao princípio da dignidade humana (art. 1º, III), a proibição da tortura e do tratamento desumano e degradante (art. 5º, III), a vedação às sanções cruéis (art. 5º, XLVII, e), a imposição de pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (5º, XLVIII), viola o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e também a presunção de inocência (art. 5º, LVII). Além desses direitos, cita que outros inúmeros direitos fundamentais, como os direitos sociais, são gravemente afetados pela realidade dos cárceres brasileiros. Cita ainda que o quadro é flagrantemente incompatível com diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ofendendo, ainda, a Lei de Execução Penal.

¹Petição inicial ADPF 347 disponível em < <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf> >

Levando em consideração esse quadro massivo de violação de direitos fundamentais, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas, a peça solicita que a Corte reconheça o estado de coisas inconstitucional (ECI) que assola o sistema carcerário, a fim de obrigar aos poderes do Estado a adoção de medidas para superar as violações graves e massivas de direitos fundamentais, e, além disso, supervisionar a sua efetiva implementação. Dessa forma, ao juiz constitucional competiria a imposição aos demais poderes de tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações de direitos fundamentais.

Cabe destacar, que a petição sustenta algumas condições necessárias para o cabimento da doutrina do ECI, tais como: (i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

Em suma, a inicial argui a existência de um quadro crônico de violação de direitos fundamentais, resultante de atos comissivos e omissivos de diversas instituições públicas em cumprir suas obrigações. Assim, considerando a existência de um bloqueio institucional para implementação e efetivação dos direitos fundamentais da população carcerária, o que gera o atual caso de generalizada afronta aos direitos fundamentais, a ADPF, com pedido cautelar, indica uma série de violações de preceitos fundamentais da Constituição de 1988, bem como solicita uma série de ações a serem tomadas pelos poderes políticos, inclusive ao próprio judiciário:

- a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;
- b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;
- c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;
- d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;

e) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção;

f) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal;

g) ao Conselho Nacional de Justiça – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”;

h) à União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

A ação não foi apreciada ainda quanto ao mérito, tendo como última ação a manifestação da Procuradoria Geral da República no dia 05/09/2019. Assim, não há ainda o reconhecimento do ECI em relação ao sistema carcerário brasileiro. Entretanto, no julgamento da cautelar, ocorrido no dia 09/09/2015, foi aceito parcialmente os pedidos, com determinação para que sejam realizadas audiências de custódia, com base nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e para que a União descontencie os recursos orçamentários do Fundo Penitenciário Nacional (itens *b* e *h* do pedido).

No contexto da realidade das condições do sistema carcerário brasileiro, percebe-se a ausência na construção de políticas públicas destinadas a melhorar a realidade do sistema penitenciário do país.

Ao mesmo tempo em que se adota uma política de encarceramento, na qual o Poder Judiciário é um dos grandes responsáveis, nota-se que, ao combinar uma política que negligencia a dignidade e os direitos humanos dos detentos com a criação de novos tipos penais, estabelecimento de prisões provisórias e restrição ao acesso a instrumentos processuais, o Estado brasileiro cria uma verdadeira política de morte e controle sobre a população mais vulnerável.

Isso configura uma verdadeira necropolítica, na qual a própria vida das pessoas se torna objeto de controle de um Estado ineficiente e indiferente em relação à defesa da dignidade e dos direitos fundamentais dos presos. A noção de "necropolítica" foi cunhada pelo filósofo camaronês Achille Mbembe (2018) para descrever a forma como o poder político e o controle são exercidos sobre certos grupos e populações, resultando em uma política de morte. A

necropolítica não se limita apenas à morte física, mas também abrange a morte social, política e psicológica, através de práticas de exclusão, repressão e violência sistemática.

Apesar da gravidade das condições do sistema carcerário, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, embora pareça à primeira vista uma solução adequada para minar a ineficiência do Estado, quando analisado mais profundamente, torna-se uma quimera impossível de transformar o Judiciário, principalmente a mais alta Corte do país, em agentes responsáveis pelo controle permanente das políticas públicas e das ações dos outros poderes.

Embora se reconheçam alguns aspectos positivos nesse tipo de atuação do Poder Judiciário, é importante destacar que o enfraquecimento do modelo da separação dos Poderes resultou em uma judicialização da política que tem impactos negativos na democracia.

A crescente intervenção judicial em questões políticas tem levado a um desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos, colocando em risco a autonomia dos poderes Executivo e Legislativo. A transferência de poder decisório para o judiciário pode minar a representação popular e limitar o espaço para a deliberação política, uma vez que as decisões são tomadas por juízes não eleitos, que podem se tornar agentes responsáveis pela definição e implementação de políticas públicas.

Quando o judiciário começa a assumir um papel político, definindo e implementando políticas públicas, ele pode exceder sua esfera de atuação, alterando sua própria autorreferencialidade, além de contribuir para desequilibrar o sistema político como um todo, o que contribui para distorção das funções e no desvio do sistema jurídico de sua finalidade primordial.

Ademais, tal postura da Corte Constitucional pode ser considerada problemática à luz da autopoiese e da teoria dos sistemas de Luhmann. Isto ocorre, pois como visto acima, o judiciário tem uma tendência a operar com base em critérios legais e precedentes, em código próprio, porém, com decisões que extrapolam sua competência, isso pode levar a uma desconexão entre as decisões judiciais e as necessidades e aspirações da sociedade.

Além do questionamento sobre submeter os demais poderes a uma tutela do judiciário, é importante ressaltar que essa medida viola o núcleo fundamental do princípio da separação dos poderes, ao transformar os juízes não apenas em aplicadores da lei, mas também em agentes responsáveis por definir e implementar políticas públicas no país. O estado de coisas inconstitucional abre espaço para uma atuação politizada dos magistrados, não como defensores

da supremacia constitucional, mas como operadores de políticas públicas e responsáveis por definir a alocação de recursos orçamentários, uma atribuição que pertence principalmente ao Executivo e ao Legislativo.

Embora não se verifique uma total ausência de atuação dos poderes políticos para resolver o problema, eles têm buscado minimizar a situação. Aceitar um judiciário como executor e condenador de políticas públicas, especialmente diante da inexistência de norma jurídica que lhe dê suporte, abre brechas discutíveis para transformá-lo em uma instância única de representação política, enfraquecendo a própria representação popular e relativizando a separação dos poderes, conforme preceituado no artigo 2º da nossa Constituição.

Por fim, o presente caso expõe claramente como o Poder Judiciário ganha destaque e assume um papel de protagonismo a partir de instrumentos e decisões heterodoxas, o que suscita uma série de discussões e questionamentos em relação à judicialização da política, bem como implicações críticas sobre o problema do acoplamento estrutural entre política e direito, como se verá na seção a seguir.

3.3 Judicialização e acoplamento: direito e política na teoria de Luhmann

Conforme exposto na primeira parte do trabalho, à medida que a sociedade se torna cada vez mais complexa, os sistemas sociais, como o sistema jurídico e o sistema político, tornam-se mais diferenciados e autônomos.

Apesar da diferenciação entre os sistemas, observa-se, na teoria de Luhmann, que a Constituição promove o acoplamento entre direito e política, enquanto forma de coordenação entre eles, permitindo que compartilhem informações, através de irritações, e, além disso, se influenciem mutuamente dentro dos limites de suas funções.

As questões da legitimidade da validade do direito são entendidas na teoria de Luhman acessíveis somente o nível interno do sistema jurídico. Segundo Saavedra (2006, p. 17), essa concepção a legitimidade passa surge da própria legalidade ou seja o direito se diferencia como sistema autônomo que produz o seu próprio direito sua própria legitimidade dessa forma não existe relação do sistema jurídico com o sistema político ou com o processo de formação democrática da legislação que se realiza na esfera pública;

O problema da judicialização da política ocorre quando a decisão judicial vai além de sua competência legal e passa a interferir de maneira inadequada no âmbito político. Assim, quando uma decisão judicial extrapola essa competência e busca resolver problemas políticos ou tomar decisões de natureza política, ocorre uma confusão entre os papéis dos sistemas jurídico e político.

Em teoria, o sistema jurídico opera sob um código binário, baseado na distinção entre o lícito e o ilícito. No entanto, na prática, observa-se que o ambiente externo acaba influenciando o sistema jurídico a operar com base em outros códigos, o que vai contra sua natureza essencial.

Quando o ambiente provoca o sistema jurídico a operar sob outros códigos, isso pode minar sua imparcialidade e comprometer sua função de garantir justiça e equidade. É necessário um equilíbrio delicado para garantir que o poder não seja usado de maneira inadequada, distorcendo a função e a integridade do sistema jurídico.

É necessário que o sistema jurídico mantenha sua autonomia e atue dentro dos limites estabelecidos pelo seu código binário, resistindo à politização e à interferência indevida. Noronha (1988) define esse processo de intercomunicação entre os sistemas por meio do processo de *inputs* (entradas), que impulsionam o sistema para produzir *outputs* (saídas), que se voltam para o meio. De acordo com o autor,

Isto quer dizer que, além dos processos de intercâmbio internos, ele está permanentemente envolvido em processos de interação com seu meio externo. Os sistemas fechados não suportam intromissões ambientais; os abertos, respondem às alterações ambientais com alterações em sua estrutura, para, deste modo, não só perdurarem, como se desenvolverem. Quanto maior for a capacidade de resposta do sistema a estímulos ambientais, mais possibilidades ele terá de perdurar e se desenvolver. (NORONHA, *ibid.*, p. 58)

Especificamente, em relação ao sistema jurídico, isso contribui para a estabilidade e a confiança na justiça, assegurando que o poder seja exercido de forma imparcial e que o sistema jurídico cumpra seu papel de promover a ordem, a equidade e a proteção dos direitos individuais e coletivos. Assim, Noronha (*ibid.*, p.78)

O judiciário receberia inputs constituídos pelas hipóteses concretas a solucionar, aos quais responderia com os outputs de suas sentenças, impondo "direitos e obrigações *in the interests of efficient organization*" (sublinhado no original); com o sistema político, trocaria o input da "determinação legislativa de política", ou seja, os "padrões pelos quais avaliar as pretensões conflitantes e os efeitos previstos para uma decisão" (sentença), pelo output da interpretação das normas, e trocaria ainda o output da legitimação, que estaria fazendo, do poder político, pelo input da realização coativa (pelo poder político) da sentença proferida; finalmente com o sistema de manutenção de padrões trocaria fundamentalmente "estima" por "justiça" – "é preciso, escreve, que as pessoas sejam motivadas a

voltar-se para a lei para a proteção dos seus interesses, e isso implica que devam sentir que a lei lhes dará, de fato justiça.

Essa abordagem destaca a dinâmica do processo judicial, no qual o judiciário recebe casos concretos como inputs e emite sentenças como outputs. Essa troca de *inputs* e *outputs* implica uma alteração na forma como são estabelecidos os critérios para avaliar as pretensões conflitantes e os efeitos de uma decisão.

O problema ocorre, segundo Haddad (op. Cit., p. 227) quando o sistema jurídico interpretar erroneamente uma comunicação política como jurídica envolve a confusão entre o discurso político e o discurso legal, o que engendra a judicialização da política e a politização da justiça.

Uma interpretação errônea desse tipo pode levar a consequências negativas para o regime democrático, como a criminalização indevida de atividades políticas legítimas, ingerência do judiciário em políticas públicas, limitação da liberdade de expressão política ou a criação de precedentes legais que restringem os direitos políticos dos cidadãos.

Além disso, quando o Tribunal Constitucional tem seus poderes ampliados, seja por meio do estabelecimento de competências abrangentes ou pela adoção de códigos que não estão alinhados com a lógica do sistema jurídico, adotando qualquer enfoque moralista, política ou utilitarista, isso pode desestabilizar o acoplamento estrutural entre o direito e a política. (PEDRON, 2009)

A substituição da autonomia dos sistemas quando ocorre a politização das decisões judiciais se dá pela definição de programas finalísticos de natureza política. Isso significa, que o direito passa a ser a esfera que define aspectos da realização de políticas públicas, como a administração do sistema carcerário.

O processo crescente de judicialização de temas de interesse do sistema social, como consequência do aumento da contingência e da complexidade da própria sociedade, traz sobrecarga à autopeiose do Direito e impõe ao subsistema jurídico tomar parte em novos acoplamentos estruturais e produzir novas e recursivas decisões judiciais. (VIANA, 2018, P . 283)

O protagonismo judicial no Estado de direito esvazia a política e seus procedimentos dialéticos e contraditórios, onde há contraposição de interesses e argumentos de distintos atores na esfera parlamentar.

Nesse processo, a política e seus códigos próprios assumem uma posição hierárquica superior em relação ao direito, dominando o sistema jurídico e se sobrepondo ao seu

funcionamento regular. Isso implica que as decisões políticas passam a ter mais influência e poder do que as normas jurídicas estabelecidas. Com isso, o processo normativo, que deveria ser baseado em critérios jurídicos e objetivos, perde sua caracterização adequada.

Assim, a judicialização quando realizada de forma no qual o tribunal constitucional passa a dotar parâmetros que não estão previstos no direito, incentiva a preponderância da política sobre o direito, o que leva ao desvirtuamento do código jurídico que opera em sua clausura e, assim, leva à corrosão do sistema jurídico.

Nesse processo, a política e seus códigos próprios assume posição de relevo hierárquico em relação ao direito, dominando o sistema jurídico e se sobrepondo ao funcionamento regular desse sistema.

O direito possui diversos e evidentes pontos de contato com a política e a moral. No entanto, se o sistema jurídico abandonar seu código próprio, que distingue entre direito e não-direito, e começar a operar com os códigos da política, ciência ou moral, certamente perderá suas referências internas e suas formas de distinção do ambiente.

Por isso, a dogmática e a teoria jurídica, como reflexões do direito, e os Tribunais, como organizações com competências decisórias diretamente ligadas ao código do sistema jurídico, devem desempenhar suas funções de forma consistente e adequada às operações internas do direito.

A judicialização tem o condão de incentivar a descaracterização do processo normativo, portanto, o direito apresenta falhas em sua função de estabilização das expectativas, o que gera crise em sua legitimidade e coloca em xeque o funcionamento adequado e a validade das normas jurídicas, na medida em que o procedimento de verificação de sua adequação com o sistema normativo passa a ser operado de forma subordinada aos processos políticos.

Essa distorção no funcionamento do sistema jurídico acarreta falhas em sua função de estabilização das expectativas. O direito é responsável por estabelecer regras claras e previsíveis, de modo a garantir a segurança jurídica e a estabilidade nas relações sociais. No entanto, quando a política assume um papel dominante, as expectativas dos indivíduos em relação ao cumprimento e à aplicação das normas jurídicas são comprometidas, gerando uma crise na legitimidade do sistema jurídico.

A diferenciação entre direito, moral e política deve ser mantida, mas isso se torna possível justamente pela tradução dos princípios morais e dos objetivos políticos na linguagem propriamente jurídica, internalizando e ressignificando, assim, seus conteúdos no direito positivo (MENELCIK, SCOTTI 2012, P. 58)

A judicialização da política apresenta uma relação paradoxal, pois está associada tanto à distorção das garantias jurídicas dos cidadãos - como ocorre em regimes totalitários em que o sistema jurídico é "politizado" - quanto à expansão das liberdades democráticas - onde nas democracias a independência judicial e a criatividade dos juízes ganham espaço. A teoria dos sistemas, ao enfatizar as diferenças funcionais, estruturais e operacionais entre os sistemas jurídico e político, não nega as conexões evidentes e inevitáveis entre política e direito - eles estão estruturalmente acoplados e influenciam um ao outro. Ao destacar o fechamento operacional dos sistemas, não se ignora o ambiente externo, e muito menos se sugere que os sistemas operam em simultaneidade, como salienta Luhmann.

Apesar das relações institucionais compartilhadas pela política e pelo direito com a Constituição, a lei e o aparato coercitivo, a seletividade dos sistemas político e jurídico é bastante diversa. Compreender essa assimetria é fundamental para entender o processo de diferenciação dos sistemas, suas identidades e suas limitações estruturais. Muitos dos problemas relacionados à "judicialização da política" e à "politização do direito" surgem da falta de percepção dessas diferenças.

Em decorrência disso, é mais simples para o sistema político, que é inclusivo, lidar com questões de justiça distributiva envolvendo múltiplos demandantes, enquanto para as estruturas do sistema jurídico, que são menos inclusivas, é mais fácil lidar com problemas de justiça corretiva envolvendo duas partes.

A judicialização, portanto, sobrecarrega o sistema jurídico e aumenta a liberdade e a discricionariedade do juiz diante das decisões. A diferenciação do direito, nesse sentido, incorpora uma variedade estrutural que amplia as situações "juridicizáveis".

A ampliação da discricionariedade do juiz e o peso crescente do sistema jurídico na tomada de decisões políticas levantam questões sobre a separação adequada de poderes e sobre a legitimidade democrática das decisões judiciais.

A jurisdição constitucional deve estar centralmente vinculada à própria função social do sistema jurídico, sem ser interpretada como uma autorização para o exercício de

discricionarieidade judicial expansiva. Ao invés disso, é um dever da jurisdição constitucional promover a evolução criativa e adaptativa do direito em sua relação com a sociedade. O juiz constitucional não deve se sentir livre para colonizar de forma disfuncional o sistema jurídico com lógicas operativas e racionalidades não jurídicas (extra metajurídicas), submetendo o sistema do direito a lógicas operativas próprias de outros sistemas, como o sistema econômico ou político.

É necessário um equilíbrio cuidadoso entre o papel do judiciário e dos processos políticos na governança democrática, buscando garantir a participação cidadã e a representatividade nas decisões que afetam a sociedade como um todo. Em outras palavras, é inaceitável permitir uma atividade decisória que se limite ao decisionismo, servindo apenas para criar a percepção na sociedade de que a jurisdição constitucional é ineficaz na prática, colocando suas decisões de forma disfuncional diante de uma contingência social desestruturada e sem possibilidade de tratamento jurídico adequado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contribuição de Luhmann nos campos da teoria e da sociologia do direito é vasta, dinâmica e diversificada ao longo do tempo. É desafiador resumir de forma abrangente a complexa rede de conceitos que ele desenvolveu nesses campos.

A judicialização da política e a teoria dos sistemas de Luhmann fornecem perspectivas importantes para entender a complexa interação entre o direito e a política nas sociedades modernas.

Apesar de a teoria dos sistemas apresentar um alto grau de abstração, especialmente quando aplicada à teoria do direito, rompe com os padrões da dogmática jurídica, principalmente a abordagem positivista.

Assim a proposta de Luhmann oferece um modelo sólido, complexo e refinado para qualquer tentativa de reexaminar os problemas atuais da relação entre o direito e a política, especialmente quanto ao fenômeno da judicialização da política.

Além disso, o sistema jurídico, que está constantemente em interação com outros sistemas sociais, como a economia, a política e a cultura. Essa abertura ocorre por meio da comunicação e influência mútua entre esses sistemas. As decisões judiciais, por exemplo, podem ter impacto na economia, política e cultura de uma sociedade.

A judicialização da política refere-se ao aumento do papel dos tribunais na tomada de decisões políticas, muitas vezes assumindo funções que tradicionalmente eram atribuídas aos órgãos políticos eleitos. Esse fenômeno pode ser compreendido à luz da teoria dos sistemas de Luhmann, que enfatiza a interação entre os sistemas sociais e sua capacidade de influenciar uns aos outros.

O que Luhmann enfatiza, com notável genialidade, é que não é possível abandonar o aparato evolutivo consolidado pelo sistema jurídico e substituí-lo por referências diretas a outros sistemas, como o econômico e o político, ou pelas reflexões de outros sistemas, como a teoria econômica e a teoria política.

A abordagem de Luhmann não está diretamente ligada à teoria clássica da separação dos poderes do constitucionalismo e da teoria política. Luhmann desenvolveu uma perspectiva teórica original, baseada em fundamentos metodológicos distintos.

Retomando a discussão sobre o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, deve-se mencionar que exatamente por meio desse acoplamento é possível oferecer ao sistema um contínuo influxo de desordem contra a qual ou o sistema mantém-se ou se modifica. É por meio dessa interação que é possível observar a manutenção ou alteração do sistema jurídico, em seu próprio código e na sua autorreferencialidade, por meio da resposta e processamento do influxo que recebe do sistema político.

O mecanismo paralelo de acoplamento entre o sistema jurídico e o sistema político é a Constituição. Dada a dependência dos dois sistemas a legislação positiva, ao aparato coercitivo e a Constituição - tudo associado aos conceitos de Estado e soberania política -, é muito difícil perceber claramente conceitos de Estado e soberania política -, é muito difícil perceber claramente a distinção entre a política e o direito. Contudo, são dois sistemas fechados, autopoéticos e estruturalmente acoplados.

O sistema jurídico não pode abarcar indiscriminadamente todos os problemas estruturais da sociedade contemporânea. Mesmo ao conferir normatividade aos princípios e ao considerar a função social do ordenamento jurídico, a jurisdição constitucional deve respeitar os limites das possibilidades jurídicas na tomada de decisões. Nesse sentido, os acoplamentos estruturais desempenham um papel crucial como instrumentos para garantir a adaptação das decisões da jurisdição constitucional à função de direito em relação ao ambiente social, onde encontramos a figura sistêmica do 'jurisdicionado'.

Essa perspectiva contribui para a compreensão da natureza multifacetada e interconectada do sistema jurídico em uma sociedade moderna. O sistema jurídico é simultaneamente aberto e fechado reflete a visão de Luhmann de que o direito opera em uma interação complexa com outros sistemas sociais, ao mesmo tempo em que possui sua própria estrutura e dinâmica interna.

Enquanto a teoria clássica da separação dos poderes e do constitucionalismo destaca a divisão de poderes entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário como um princípio fundamental para a estabilidade e a governança democrática, a abordagem de Luhmann se concentra em compreender a complexidade e a autopoiese dos sistemas sociais, incluindo o sistema jurídico, sem necessariamente se ater aos princípios da separação de poderes.

O poder do judiciário de interpretar a constituição não deve ser utilizado para inovar ou modificar constantemente a esfera normativa que é de competência do legislador. Sua

atuação deve ser guiada pela proteção dos valores democráticos, a defesa da ordem constitucional e a salvaguarda dos direitos individuais.

Exemplo paradigmático da atuação do sistema jurídico que ultrapassa sua legitimidade foi exposto na ADPF nº 457, julgada pelo STF, a qual contribuiu para a judicialização da política, pois, nesse contexto, tem sido uma estratégia para obrigar o poder público a adotar medidas efetivas para solucionar os problemas do sistema carcerário, exigindo do Executivo um papel ativo na proteção dos direitos dos detentos, a partir da determinação da realização de obras, o aumento de vagas, a melhoria das condições de saúde e a implementação de políticas de ressocialização.

A referida decisão estabeleceu, de maneira abstrata e geral, finalidades políticas, o que pode levantar questionamentos sobre a legitimidade do direito para fazê-lo, especialmente quando confrontado com um modelo de democracia representativa, onde os representantes eleitos pelo povo exercem o poder político de forma precisa.

No entanto, é importante ressaltar que a judicialização da política não é uma solução definitiva para a crise do sistema carcerário. Ela pode aliviar a situação temporariamente, mas é fundamental que o poder público assuma a responsabilidade de enfrentar estruturalmente os problemas, por meio da implementação de políticas públicas eficazes, do investimento em alternativas penais e da promoção de um debate amplo sobre a reforma do sistema carcerário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANTES, Rogério B. Judiciário: entre a justiça e a política, em: AVELAR, L.; CINTRA, A. O. (orgs.). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. 3ª edição. São Paulo: UNESP, 2015, p. 29-69.
- ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da política no Brasil [recurso eletrônico] : influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade: o guardião da constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 164, p. 87-103, out/dez. 2004
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”. Brasília: *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, nº 4, janeiro e fevereiro de 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Secretaria especial de editoração e publicações, 2010. 544 p.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte : Fórum, 2012.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2015.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. [2. ed.]. Rio de Janeiro: Revan, 2001
- HADDAD, Daniel Wagner. Judicialização da política e politização do direito uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista jurídica Meritumv*. 17, Nº 2 - maio/agosto 2022
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LIMA, Fernando Rister Sousa. Constituição Federal: Acoplamento Estrutural entre os Sistemas Político e Jurídico. v. 7 n. 32 (2010): *Direito e Política nas Decisões do Poder Judiciário*
- LUHMANN, N. *O Direito da sociedade*. Martins Editora Livraria Ltda., São Paulo, 2016
- _____. *Teoria dos sistemas na prática*. Petrópolis : Editora Vozes, 2018.
- _____. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas*. 2011. Disponível em < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf >. Acesso em 28 de jun. 2023
- MIGUEL, Luís Felipe. Representação Política em 3-D: elementos para uma teoria ampliada da representação política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol.18, nº 51, p. 123-140, 2003.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã : uma relação difícil : o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo : Martins Fontes, 2016.

NORONHA, Fernando. *Direito e sistemas sociais. A jurisprudência e a criação de direito para além da lei*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1988.

PEDRON, Flávio Quinaud. A Função dos Tribunais Constitucionais para a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. *Revista Direito Público* nº 11 – Jan-Fev-Mar/2006

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. São Paulo : Livr. do Advogado, 2006.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TATE, C. N.; e VALLINDER, T (org.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para entender Luhmann: e o direito como sistema autopoiético*. Imprensa: Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, “positivação” do direito natural e história. *Revista Estudos Históricos*, v. 9, n. 18, p. 263-282, 1996.

_____ *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANA, Ulisses Schwarz. *O direito e a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann -- A justiça e sua formulação conceitual na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Imprensa: Porto Alegre, S.A. Fabris, 2015.

Villas Bôas Filho, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo : Max Limonad, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.