

01 a 04 de outubro de 2018

**Evento:** Bolsistas de Iniciação Científica e Iniciação Tecnológica da Unijuí

**O JUDICIÁRIO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DE NIKLAS LUHMANN:  
ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL<sup>1</sup>  
THE BRAZILIAN JUDICIARY UNDER THE LENS OF NIKLAS LUHMANN: A  
ANALYSIS OF THE RELATION BETWEEN LAW AND POLITICS IN BRAZIL**

**Carlos André De Brum De Almeida Padilha<sup>2</sup>, Mateus De Oliveira Fornasier<sup>3</sup>**

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido a partir da bolsa de iniciação científica PIBIC/CNPq

<sup>2</sup> Aluno da Graduação em Direito pela Unijuí e Bolsista de Iniciação Científica pelo PIBIC/CNPq.  
carlos.almeidapadilha@gmail.com

<sup>3</sup> Doutor em Direito pela UNISINOS. Professor e Pesquisador nos Programas de Pós-Graduação "stricto sensu" (Mestrado) em Direitos Humanos e da Graduação em Direito da UNIJUI. Líder do grupo de pesquisa "Direitos Humanos, Inovação e Regulação".

**Resumo**

A principal dificuldade enfrentada pelo Direito nas sociedades modernas está relacionada à falta de efetividade de seu processo de tomada de decisões, consequência de uma nefasta crise de legalidade. Neste contexto, exsurge um protagonismo judiciário nas discussões políticas, sociais ou morais de assuntos controvertidos, com a transferência do poder de deliberação do campo da política majoritária, cujos atores são democraticamente eleitos, para os juízes. Devido a isso, o presente estudo busca analisar a relação entre os sistemas político e judiciário no Brasil, utilizando-se da teoria sociológica dos sistemas sociais de Niklas Luhmann como instrumento para tal tarefa.

**Palavras-chave:** Sistemas sociais; Judiciário; Política; Códigos; Acoplamentos Estruturais.

**Abstract**

The main difficulty faced by law in modern societies is related to the lack of effectiveness of its decision-making process, the consequence of a nefarious crisis of legality. In this context, there exsurges a judicial role in the political, social or moral discussions of controversial issues, with the transfer of the power of deliberation from the field of majority politics, whose actors are democratically elected, to the judges. Due to this, the present study seeks to analyze the relationship between the political and judicial systems in Brazil, using Niklas Luhmann's sociological theory of social systems as an instrument for such a task.

**Keywords:** Social systems; Judiciary; Policy; Codes; Structural couplings.

**Introdução**

01 a 04 de outubro de 2018

**Evento:** Bolsistas de Iniciação Científica e Iniciação Tecnológica da Unijuí

O presente estudo busca analisar a relação entre os sistemas político e judiciário no Brasil, utilizando-se da teoria sociológica dos sistemas sociais de Niklas Luhmann como instrumento para tal tarefa. A observação e compreensão de tal tema demonstra ter grande importância para o entendimento das decisões proferidas por todo o judiciário. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, instituindo o Estado de direito, os poderes constituídos e fazendo a distinção entre legislar, administrar e julgar.

A atuação de juízes e tribunais é preservada do contágio político por meio da independência do Judiciário em relação aos demais Poderes e por sua vinculação ao direito, que constitui um mundo autônomo, tanto do ponto de vista normativo quanto doutrinário. Essa visão, inspirada pelo formalismo jurídico, apresenta inúmeras insuficiências teóricas e enfrenta boa quantidade de objeções, em uma era marcada pela complexidade da interpretação jurídica e por forte interação do Judiciário com outros atores políticos relevantes. A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema.

A Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Sendo fundamental entender como isso ocorre e quais os impedimentos a uma sobreposição de um sistema sobre o outro.

### **Metodologia**

O estudo pretende, por meio da teoria social sistêmica de Niklas Luhmann, estabelecer as conexões existentes entre o direito e a política, a fim de delinear parâmetros para o protagonismo judicial, que legitimem as decisões jurídicas na seara da concretização de direitos fundamentais. Com isso, pretende-se estabelecer parâmetros para a compreensão adequada da relação entre direito e política, de modo a permitir o controle da legitimidade e da razoabilidade dessa interação, em busca do equilíbrio desejável em uma sociedade democrática entre razão e vontade.

Para isso, utilizando-se de um método de pesquisa sistêmico-constructivista, consistindo em uma relação de fatos observados sobre o funcionamento das comunicações entre os códigos de ambos os sistemas, abordados a partir de um método monográfico para a obtenção da compreensão dos fatos observados, a serem buscados em fontes sociológicas e jurídicas diversas, caracterizando uma técnica de pesquisa bibliográfico-documental.

### **Resultados**

Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na

01 a 04 de outubro de 2018

**Evento:** Bolsistas de Iniciação Científica e Iniciação Tecnológica da Unijuí

judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstando-se de sobrepor a eles sua própria valoração política.

Cada vez mais, questões centrais para a sociedade são decididas no âmbito deste poder em detrimento das instâncias majoritárias, palco tradicional destes debates, por, em tese ao menos, representar a vontade popular. Assim, exsurtem questionamentos sobre a legitimidade do protagonismo judicial, que se tentou solucionar por meio da abordagem sociológica de Niklas Luhmann sobre o direito e a política.

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

### **Considerações Finais**

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

O direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é

01 a 04 de outubro de 2018

**Evento:** Bolsistas de Iniciação Científica e Iniciação Tecnológica da Unijuí

essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. Essa autonomia, todavia, será sempre relativa. Reconhecer este fato não envolve qualquer capitulação, mas antes dá transparência a uma relação complexa, na qual não pode haver hegemonia nem de um nem de outro. A razão pública e a vontade popular - o direito e a política, se possível com maiúscula - são os dois polos do eixo em torno do qual o constitucionalismo democrático executa seu movimento de rotação.

### Referências

BARROSO, Luís Roberto. **CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO**. RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>.

BORGES SILVA, Juvêncio; MALTA SALIM, Jacqueline. **Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política do Judiciário**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) [online] 8(1):94-107, janeiro-abril 2016 Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2016.81.10

LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. 1<sup>o</sup> ed. Oxford University Press, Nova Iorque, 2004.

MIRANDA, José Alberto Antunes de and RIBEIRO, Douglas Cunha. **Globalização do direito e os tribunais: o transconstitucionalismo como diálogo orientado pela diferença**. RSTPR [online]. 2016, vol.4, n.8, pp.246-264. ISSN 2304-7887. <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a4.n8.p246>.