

DISSONÂNCIAS ENTRE POLÍTICA E DIREITO: REFLEXÃO SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA DA DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL

Ulisses Schwarz Viana¹

RESUMO: O objetivo deste texto é a observação teórico-descritiva de possíveis sintomas de dissonância sistêmica entre o sistema de direito e a política na Jurisdição Constitucional. Perspectivas de análise são colocadas a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos na Sociologia e na Sociologia do Direito. A judicialização da política e a politização do direito são investigadas. As conclusões são apresentadas.

Palavras-chave: Política. Certo. Judicialização. Politização. Sistemas sociais. Autopoiese. Alopoiese. Ativismo Jurídico.

ABSTRACT: The objective of this text is the theoretical-descriptive observation of possible symptoms of a systemic dissonance between the legal system and the political system in the Constitutional Jurisdiction. Analysis perspectives are presented based on the theory of autopoietic social systems in Sociology and Sociology of Law. The judicialization of politics and the politicization of law are investigated. Conclusions are presented.

Keywords: Politics. Law. Judicialization. Politicization. Social systems. Autopoiesis. Allopoiesis. Judicial activism.

1 Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor da Graduação e em Direito do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP/Brasília); Professor da Pós-graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP/Brasília). Professor do Programa de Mestrado Acadêmico e Doutorado em Direito do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP/Brasília). Membro da Comissão Especial de Defesa da Federação do Conselho Federal da OAB; Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. E-mail: ulisses.schwarz@idp.edu.br.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Este breve texto tem por objetivo fazer uma observação a partir da sociologia do direito dos fenômenos conhecidos como “judicialização da política” e “politização do direito”, que podem ser analisados como duas faces de uma mesma moeda.

O percurso analítico desenvolvido no texto toma suporte teórico na teoria dos sistemas, na formulação de Niklas Luhmann.

Tal opção teórica parte da percepção de que o pensamento luhmanniano seja apto a servir de instrumento de observação descritiva da imagem confusa do nosso tempo, em que a crise do sistema político, como crise de legitimidade e representatividade, tem levado a disfuncionalidades sistêmicas da política no ambiente social contemporâneo.

Esse horizonte surge como consequência de percepção teórica de crescente politização da atividade jurisdicional.

No Brasil, a situação de conflito atingiu níveis que não podem ser ignorados, com tentativas de promover no Congresso Nacional a destituição, via processo de *impeachment*, de Ministros do Supremo Tribunal Federal, por supostas acusações da prática de atos decisórios que gerariam interferência judicial indevida em questões que são vistas, por agentes políticos, como primária e ‘tipicamente’ sujeitas ao processo de tomada de decisão política, no modelo democrático representativo.

Por outro lado, o destaque dado ao ‘crescimento’ do poder da jurisdição constitucional tem origem em percepções de paralisia do sistema político (legislativo), derivada da ausência de produção legislativa satisfatória que confronte questões controversas no campo dos direitos fundamentais como relações homoafetivas (entre elas, o casamento entre pessoas do mesmo sexo), aborto, educação domiciliar e proteções legais para grupos minoritários ou minorizados. O destaque da jurisdição constitucional no preenchimento de espaços de aparente inação legislativa tem sido identificado como forma de protagonismo judicial, o que se tem denominado de modo bem impreciso de ativismo judicial.

Nesse contexto, com vista a atingir o propósito deste breve artigo e dentro dos limites do necessário para o estabelecimento de pressupostos minimamente claros para sua compreensão, algumas das ideias fundamentais da teoria sistêmica de Niklas Luhmann devem ser delineadas.

2. DIRETRIZES CONCEITUAIS

Enquanto se fala da sociedade como se se cuidasse de um “organismo” aparentemente unitário, Niklas Luhmann (Luhmann, 1993:494-495) propõe que a so-

cidade se realiza através de sistemas sociais parciais (*Teilsysteme*) que diferenciam (*Ausdifferenzierung*) para o cuidado de funções sociais especializadas, guiados pela necessidade de produzir soluções especializadas para problemas sociais específicos, como forma de reduzir a alta complexidade dos tempos atuais.

Contudo, na concepção sociológica luhmanniana estes problemas se constituem, antes de mais nada, por meio da **comunicação**, e, por meio dela, a sociedade é apresentada como um abrangente **sistema de comunicações**.

Aliás, convivemos hoje com *vários conteúdos comunicativos complexos* que necessitam ser diferenciados e organizados, na busca de sentidos compreensíveis em várias esferas sociais. Daí porque cada *temática comunicativa* se relaciona com núcleos produtores e organizadores de sentido (*Sinnbegriff*), ou seja, por meio de sistemas [sociais] funcionais que se especializam em certos aspectos e temas comunicativos, como no caso de questões relacionadas à legalidade e ilegalidade ou constitucionalidade e inconstitucionalidade, nas quais surge o sistema jurídico ou o sistema funcional [social] de direito, permitindo *funcionalidade* em torno das mais heterogêneas expectativas sociais normativas da sociedade.

Ao mesmo tempo, em questões relacionadas com o exercício e aquisição do poder, tais como questões de governo *vs.* oposição, questões relacionadas com a eleição democrática dos representantes do Povo (sistema eleitoral), para as quais o temos o sistema de política organizando os sentidos em torno da ideia da *legitimidade do exercício do poder*.

Também na sociologia sistêmica luhmanniana surge o termo autopoiese, que resulta da união de duas palavras gregas $\alpha\upsilon\tau\omicron$ (para si) + $\pi\omicron\iota\eta\sigma\iota\varsigma$ (produção ou criação), utilizadas para postular teoricamente que os sistemas sociais se autoproduzem e se reproduzem (Luhmann, 1984:40) em torno de *núcleos produtores de sentido* especializados sobre inúmeros temas comunicativas da sociedade moderna, juntamente com o termo reprodução.

Elemento central da reprodução autopoietica dos sistemas sociais reside na distinção entre sistema (*System*) e ambiente (*Umwelt*). Tanto assim é que Luhmann chega a afirmar que: „obviamente, a reprodução autopoietica não pode acontecer sem o ambiente (Luhmann, 1997:67) ².

A informação (emissão comunicativa) que pode constituir objeto de comunicação tornou-se tão multiforme e segmentada na sociedade moderna que deu origem à necessidade de sistemas sociais funcionalmente diferenciados (especializados) como subsistemas da sociedade para o processamento e redução da crescente complexidade (comunicativo-estrutural) do ambiente social.

² Original: „selbstverständlich kann diese autopoietische Reproduktion nicht ohne Umwelt geschehen”.

Temos assim a emergência de uma concepção de sociedade funcionalmente diferenciada e *acêntrica*. Isso porque a partir dessa constatação se indagaria se haveria ainda sentido em saber se é a política, o direito, a economia, a religião, a educação ou sistema sanitário (saúde), o *sistema central protagonizador da função comunicativa geral da sociedade*.

A partir do referencial teórico luhmanniano, já não faria mais sentido partir-se de uma concepção ontológico-orgânica (biológico-organicista como a de Aristóteles) porque a sociedade complexa contemporânea passou a se constituir e a atuar por meio de sistemas funcionais (diferenciação sistêmica), estabelecidos pela necessidade de processar e filtrar as “informações” multiformes de um ambiente social altamente complexo, dando-lhes sentido a partir de quadros “**policontexturais**”, com diversificados ‘horizontes de sentido’, fazendo inevitável a redução das cargas de informação de infinitas para finitas (Luhmann, 1998:1) e, desse modo, tornar compreensíveis eventos sociais em contextos *específicos/especializados* (jurídico, político, religioso, econômico, entre outros). Portanto, os subsistemas sociais atuam como núcleos de processamento de informações, como núcleos de significado (Sinn).

A partir dessa contextualização teórica, passamos a pensar se a denominada *judicialização da política*. Para alguns, essa questão tem se apresentado como fator contributivo significativa para o aumento da demanda decisória do sistema jurídico. Em outros termos, os problemas que podem ser gerados ao submeter-se indiscriminada e com excessiva frequência ao crivo de racionalidade jurídica as disputas tipicamente políticas, de polêmicas que conduzem a visões ideológicas e polêmicas que demandariam um debate com abertura *cognitiva ampla* sobre temas relevantes para a produção de soluções *legitimamente* políticas.

Essa realidade pode representar, como supomos, sintoma de incapacidade operacional (problemas na autopoiese, como fechamento operacional) do sistema político na resolução de questões políticas por meios autorreferenciais (internos) por eventuais impossibilidades de formação de ‘consensos’ políticos majoritários, ainda que precários, observando-se a regra da maioria. O sistema não consegue operacionalizar meios adequados de tomada de decisão sobre questões atribuídas constitucionalmente afetadas ao trabalho legislativo, dentro da fórmula da separação de poderes (artigo 2º da Constituição Brasileira).

A crise funcional do sistema político possivelmente se manifesta de forma mais aguda na ausência de (auto)reconhecimento e (auto)observância dos seus próprios processos internos de tomada de decisão, bem como da legitimidade *interna* de seus procedimentos e decisões, legitimidade que passa a ser questionada pelos

próprios atores internos do sistema político-representativo (parlamentares) *fora dos procedimentos legislativos*, em ações e medidas judiciais apresentadas às cortes constitucionais, como, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal.

Descortina-se, assim, o horizonte de *negação* funcional da política de sua prontidão para produzir decisões coletivamente vinculantes (Luhmann, 2000:83-84), o que passaria a ser socialmente percebido como um déficit de legitimação devido às suas dificuldades de autorreferência e de autorreconhecimento de sua racionalidade operacional.

Observa-se que o funcionamento dos órgãos político-legislativos segue a racionalidade decisória submetida ao princípio da maioria, que pressupõe sempre uma dissonância aberta e pública sobre ideias e opiniões (como nas opções ideológicas, por exemplo), que em por sua vez também não é absoluto porque é *contrabalançado por mecanismos internos* de proteção às minorias parlamentares (como visto na norma do § 1º do art. 58 da Constituição Brasileira de 1988).

Mas a judicialização da política, pelos próprios membros dos órgãos político-legislativos, pode consubstanciar processo de corrosão interna da atividade política, podendo ser percebida como um fenômeno de perda progressiva de autorreferência do sistema da política, ou também como sintoma grave da sua crescente paralisia e disfunção sistêmica, uma vez que não cumpre a sua função de estar atento à produção de decisões coletivamente vinculantes (Luhmann, 2000:83-84), por meio do estabelecimento das regras abstratas e gerais (leis) que ponham em marcha os objetivos públicos e políticos, exigidos inclusive pela ordem constitucional, o que tipicamente coloca diretivas para a atuação da administração pública, como subsistema da política.

Por outras palavras, o problema da autopoiese e do seu fechamento operacional em torno de uma racionalidade política fundada nos elementos binários oposição *vs.* governo, maioria política *vs.* minoria política ou partidário *vs.* oponente (Carl Schmitt: amigo *vs.* inimigo), levanta sérias dificuldades na manutenção da diferenciação da sua racionalidade funcional em relação a outras racionalidades funcionais dispersas no meio social, como a jurídica, a religiosa e a estritamente econômica, com procedimentos próprios.

Os partidos políticos ou membros de órgãos político-legislativos, apresentando questões essencialmente políticas perante a Jurisdição Constitucional, através de diversas ações e medidas judiciais, promovem o movimento autocorrosivo de sua capacidade funcional, pela sua incapacidade de resolver *os seus assuntos internos*, ou seja, *judicializando em algumas situações a própria decisão política*, o

que representa uma forma de renúncia à ‘autoridade’ dos seus processos internos, prevista na constituição dentro do seu espaço de autonomia

A ‘busca’ por soluções *externas* para as suas dificuldades *internas* (políticas) também pode ser interpretada como uma forma de oportunismo que se caracteriza pela transferência de responsabilidades decorrente da não assunção dos *riscos* gerados por decisões, transferindo-as para outro sistema da sociedade, neste caso o sistema jurídico, mais precisamente ao judiciário.

Apresentamos como exemplo atual no Brasil a questão constitucional submetida ao Supremo Tribunal Federal (Supremo Tribunal Federal) na ADO nº 26 (ação por omissão constitucional). No caso, discutia-se a omissão do Congresso Nacional brasileiro em produzir legislação para proteger grupo homoafetivos, transexuais e outros grupo minorizado, ou seja, medidas legislativas contra a homofobia, o que não foi alcançado devido à pressão de grupos políticos de religiosos contrários a inovações sociais na esfera da questão de gênero e da sexualidade, entendidas equivocadamente como ‘não-convencional’ por setores conservadores da sociedade.

Detalhe importante, a ADO nº 26 foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal por um partido político, o Partido Popular Socialista. Isso mostra que mais uma vez a impossibilidade de “consenso” majoritário no Congresso Nacional leva um integrante do sistema político (partido) a ‘bater às portas’ da jurisdição constitucional.

Será isso uma dissonância que apenas demonstra, como pensamos, que a judicialização da política começa como resultado de um mau funcionamento e de um certo grau de autorrenúncia ou incapacidade de cumprir a sua função de sua atenção e prontidão para produzir decisões coletivamente vinculativas (Luhmann, 2000:83-84) por parte do sistema político? Possível resposta encontramos na percepção da ausência de produção de decisões dotadas da necessária abstração e generalidade, para estabelecer objetivos políticos e agendas sociais, que, por outro lado, quando judicializados podem colocar a lei, no nosso caso na jurisdição constitucional, diante do problema de sua legitimidade para fazê-lo (substitutivamente), provocando debates infundáveis sobre o modelo representativo de democracia, centrado no ideal dos representantes eleitos pelo povo para exercer o ‘poder político’ (*politische Macht*) (Luhmann, 2002:118-168).

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O RISCO DISFUNCIONAL DA POLITIZAÇÃO DO DIREITO

Podemos pensar agora a partir do cenário descritivo acima delineado, como reflexo da judicialização da política, em identificar outro fenômeno que se relacionaria à percepção social de que, em certa medida, ocorreria uma ‘politização do direito’?.

Em primeiro lugar, cabe observar que, ao menos *a priori*, a ‘politização’ não deve ser confundida com decisões jurídicas baseadas na ideia de revisão judicial (*judicial review*), ou, em outra tradição, de controle judicial da constitucionalidade e da legalidade dos atos legislativos, como, por exemplo, de normas jurídicas relativas à estrutura do sistema eleitoral e político-legislativo na Constituição e na legislação eleitoral.

Esta percepção provavelmente se deve ao facto de ser necessário, *funcionalmente*, que o sistema do direito se restrinja (*self-restraint*) ao espaço regido pela racionalidade jurídica delimitada pelos códigos binários seletivos do que é *direito vs. não-direito*, dando-se realce ao meta-código (Teubner, 2012) **constitucional vs. inconstitucional**. Ou seja, aqui o sistema de direito e o seu sistema judicial permanecem no campo da comunicação sobre o **constitucional** e do **legal** (programação condicional) dirigida a outros sistemas sociais e, finalmente, ao todo da sociedade.

O tema se torna mais sensível quando a opinião pública começa a nutrir e difundir a percepção de que o **sistema judicial** pode ser **politicamente decisivo** em supostas questões **essencialmente políticas** ou, então, que seria reconhecer quão aceitável e possível o exercício de decidir intrinsecamente questões políticas com o pretexto de simplesmente promover a ‘aplicação’ da Constituição e da legislação.

Tal hipótese formada a partir do pensamento luhmanniano, permitiria questionar se as percepções dos observadores sociais acima descritas não são, em certo grau, justificáveis, quando elas sejam analisadas pelo aspecto de que em alguma medida as operações decisórias na jurisdição constitucional e do poder judiciário, em certos casos, poderiam sim conduzir à superação de limites da autorreferência operacional do direito que, ao decidir sobre dissensos sociais e políticos profundos, poderia deixar-se ‘contaminar’ por racionalidades do sistema político, ao decidir a partir de observações regidas por oposição *vs* Governo que demonstrem oscilações decisórias *não congruentes*.

Mudanças de sentidos decisórios sem *irritações sistêmicas* provocadas por **alterações estruturais**, sem mudanças em quadros fáticos e sociais, correspondentes no ambiente social, tais como, por exemplo, somente por mudanças na composição de cortes constitucionais por meio da nomeações de novos juizes constitucionais

que, hipoteticamente, estariam mais alinhados com as visões ideológicas do governo de plantão, como propõem Steven Levitski e Daniel Ziblatt (2018, 118-119; 130-132) ao falarem dos riscos do *'court-packing scheme'*.

Nesta perspectiva, deve ser posta toda a atenção e o cuidado ante reais riscos de politização do sistema jurídico, a qual, se efetivada, conduziria a um problema de disfunção autopoiética (como a perda de autorreferência e da diferenciação funcional entre direito e política).

Um problema muito delicado coloca-se no que diz respeito às cortes constitucionais, precisamente quando produzem decisões constitucionais (*the last word on constitutionality*), ocasião em que é necessário ser mais zeloso e estar mais alerta sobre os 'limites operacionais', ante o fato a própria Constituição se apresentar como um complexo acoplamento estrutural (**conexão estruturante**) entre política (sistema político) e direito (sistema jurídico) (Luhmann, 2002:391). Daí a percepção do risco de politização das decisões em cortes constitucionais, por sua capacidade de criar ambiente favorável a percepções, nem sempre plausíveis, de perda da imparcialidade "política" tão esperada dessas instituições sociais.

Ran Hirschl (2007), em relevante obra monográfica, estuda as origens e consequências do neoconstitucionalismo e, partir daí, propõe a ideia de que caminharíamos para uma *juristocracia* focada nas funções cada vez mais 'pervasivas' de um papel de proatividade política (auto-)assumida por tribunais constitucionais de vários países.

Nesse horizonte, as cortes constitucionais passariam a assumir protagonismo em questões polêmicas que exigiriam soluções talvez prioritariamente legislativas, que por produzirem produzem consenso político, tal como se deu, no Brasil, sobre a questão da omissão legislativa na 'criminalização' da homofobia, decisão do Supremo Tribunal Federal que atraiu atenção e reações de diversos setores, inclusive de alguns que chagaram a questionar a ocorrência de usurpação das funções legislativas e, por outro lado, provocaram manifestações de apoio, principalmente de setores mais progressistas. O que, a nosso ver, demandaria um estudo sobre o papel proativo das cortes constitucionais na esfera dos direitos fundamentais, que não caberia neste breve texto.

Além disso, podemos refletir sobre o alcance de decisões judiciais que envolvem questões de interpretação de regimento interno de casas legislativas, as quais podem ser percebidas pelo sistema político como intervenção indevida do Judiciário em questões *interna corporis*, com reações negativas e acusações de violação à 'separação dos Poderes do Estado'.

Do ponto de vista teórico, a percepção de casos de dissonância sistêmica entre política e direito nos faz concordar com alguns dos diagnósticos de Hirschl (2007) sobre os efeitos da crescente proeminência das cortes constitucionais em questões ‘políticas’ que deveriam ser reguladas pela atividade legislativa, ou seja, pela autopoiese do sistema político.

Para nós o tema causa certa preocupação, pois não se pode deixar de trabalhar com a percepção de que fenômeno da *proatividade jurídica* pode vir a representar um problema sistêmico-funcional, o que exige cautela por parte do sistema jurídico. porque a aproximação excessiva a temas que demandariam uma atuação política podem acabar, se não houver um forte grau de *self-restraint* (autocontenção), a flexibilizar arriscadamente os limites da função social do direito de estabilização **congruente** de expectativas normativas. Sempre estará presente o risco para o sistema ao atuar como ‘legislador positivo’ à guisa de, em todo caso, estar promovendo a interpretação de ‘princípios’ constitucionais, ‘substituindo’ por sua vez o legislador e o administrador público em decisões que representam responsabilidade e assunção dos riscos funcionais próprio do sistema político. O sistema jurídico, bom advertir, passa a ser o ‘garante’ funcional da efetividade de políticas públicas de alta complexidade que não são aptas a ser operacionalizadas por meio e estruturas e racionalidades exclusivamente jurídicas.

Na perspectiva da teoria dos sistemas, em sua versão luhmanniana, talvez possamos chegar a diagnósticas, a depender de cada caso, de um arriscada ocorrência de evento de *alopoiese*, em episódio de tomada de decisão que denotem a perda da autorreferência e da lógica reguladora do funcionamento do sistema jurídico ao passar a estabelecer objetivos políticos abstratos e gerais, que possam colocar o direito diante do problema de sua legitimidade para fazê-lo, e de substituir a política pondo diante dos riscos da decisão ‘*substitutiva*’.

No Brasil, por exemplo, ponto de visto a ser sempre levado em consideração é o modelo de democracia representativa (parágrafo único do artigo 1º da Constituição Brasileira de 1988), com representantes eleitos pelo povo, para o exercício do poder justamente político (Luhmann, 2002:118- 168).

Complexa a questão, como vemos, mais ainda quando se observa o risco sistêmico para o direito de eventual ‘politização’ (em sentido sistêmico). O contexto aponta para a necessidade de avançarmos em estudos e reflexões sobre situações que possam ser traduzidas como substituição (interferências?) indevidas do sistema judicial na tomadas de decisões que constitucionalmente seriam típicas da política, soando talvez ainda mais grave quando isso possa representar interferência judicial

em questões *interna corporis* das estruturas políticas institucionais estabelecidas na Constituição (legislativa e executiva).

Não sem sentido, nesse cenário, a importância da doutrina da autocontenção judicial (autocontenção) do poder judiciário no sistema de *common law* norte-americano, que tem em Oliver Wendell Holmes Jr.³ um de seus maiores defensores.

Uma coisa é o controle judicial da constitucionalidade e da legalidade dos produtos legislativos, outra coisa é a substituição da legitimidade eleitoral da política por decisões da jurisdição constitucional, principalmente quando o sistema político-legislativo atua dentro dos *limites das opções toleráveis*, em termos constitucionais. A substituição da decisão político-legislativa por decisões ‘melhores’, produzidas em decisões judiciais, faz pensar onde se encontra o limite do que é compatível com o modelo de separação e harmonia dos Poderes do Estado (artigo 2º do Constituição Brasileira de 1988).

Resta apenas a percepção ou intuição de problemas sintomáticos de possibilidades reais de politização do sistema jurídico, que merecem ser pensados porque podem ser causa de graves disfunções no sistema jurídico, no que chamamos de ativismo judicial alopoiético (Viana, 2017:451-452).

Por outro lado, apesar de todos os possíveis fatores negativos que têm contaminado atualmente a atividade política, há que ter em conta a relevância da função social tipicamente política relacionada com a produção legislativa, como bem sustenta Jeremy Waldron (1999), pois ao falar da dignidade da legislação, o autor salienta que visões negativas da atividade legislativa (política) traz consigo outro cenário problemático, a idealização desmedida da atividade judicial (Waldron, 1999: 2).

Isso merece ser questionado pela teoria do direito, pois a visão idealizada da atividade judicial não pode perder contato com a *funcionalidade autopoietica (limitada)* do direito que se deve centrar na função sistêmica de generalizar *consistentemente* as expectativas normativas na sociedade, com a devida cautela (*self-restraint*) de não ultrapassar a fronteira que separa direito e política.

Paralelamente, cabe à política redescobrir-se e assumir de modo eficiente sua função de, em última análise, produzir *boas* decisões coletivamente vinculativas (Luhmann, 2002:83-84), sempre dentro da perspectiva da *democracia inclusiva*, na qual todos, inclusive grupo minoritários ou minorizados têm seu espaço e devem ser contemplados no momento do estabelecimento de objetivos políticos abstratos e gerais, na perspectiva representativa (Luhmann, 2002:118- 168), evitando-se,

3 Por cierto, es de interesse la lectura de la reseña de Brian Z. tal en el libro de Frederic Kellog en Holmes Jr, accesible en < <http://ndpr.nd.edu/news/oliver-wendell-holmes-jr-legal-theory-and-judicial-restraint/> >.

desse modo, que haja sobrecarga social sobre a função do direito. Uma das fontes importantes de dissonâncias sistêmicas, como vimos no texto.

4. NOTAS FINAIS

Pela necessária concisão do presente texto, não é possível explorar com grande profundidade a complexa questão da judicialização da política e da politização do direito na complexa e difícil relação entre o Legislativo e o Poder Constitucional, mas esperamos ter conseguido despertar o leitor para o fato de que dissonâncias entre a política e o direito pode representar problemas intersistêmicos, que pode ser observados a partir de novas perspectivas teóricas, como as da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

A conclusão que propomos aqui é que a judicialização da política e a politização do direito são fenômenos que estão hoje em relação direta nas democracias ocidentais, como faces de uma mesma moeda, que trazem à tona a discussão dos limites funcionais e operacionais do sistema social. sistemas que constituem a sociedade moderna, bem como o problema da paralisia de um sistema político que parece incapaz de processar o aumento da complexidade e da contingência das suas próprias funções constitucionais e sociais.

E por outro lado, o questão da jurisdição constitucional tão **(auto)submetida** à sobrecarga de demandas que não se lhe sobra para auto-observar-se a partir das limitações jurídicas, estruturais e semânticas, acabando por assumir riscos inerentes a decisões políticas que não estão dentro de suas funções sistêmicas (típicas), atitude que pode contribuir para evitar a canalização de insatisfações sociais ao sistema judicial, tendo em conta a fase atual da sociedade caracterizada pela fragmentação e diversificação (alta complexidade) das expectativas políticas. Levanta-se, desse modo, o problema das soluções ‘judiciais’ para questões e problemas sem solução possível no domínio social, económico e político. Enfim, dissonâncias de dissonâncias, na forma de um *regressum ad infinitum*.

Em resumo, a judicialização da política e a politização do direito apresentam-se como sérios riscos de disfunções para dois dos sistemas sociais de grande significância para a sociedade, o da política e o do direito, com consequências para a sociedade que ainda não são totalmente compreendidas.

REFERÊNCIAS

- ANDREWS, Alex M. (1981). *Autopoiesis, a theory of living organizations*. Nueva Iorque: Elsevier North Holland.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequence of the new constitutionalism*. Harvard University Press: Cambridge.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATI, Daniel (2018). *How Democracies Die*. Nova Iorque: Crown.
- LUHMANN, Niklas (1984). *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Suhrkamp Verlag: Frankfurt.
- _____ (1993) *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp Verlag: Frankfurt.
- _____ (1997) *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Suhrkamp Verlag: Frankfurt.
- _____ (1998). *Observations on modernity*. Stanford: Stanford University Press.
- _____ (2000) *Die Politik der Gesellschaft*. Suhrkamp Verlag: Frankfurt.
- _____ (2010) *Politische Soziologie*. Suhrkamp Verlag: Frankfurt.
- NEVES, Marcelo (2007). *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes.
- TEUBNER, Gunther (2012). *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Trad. De Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press
- WALDRON, Jeremy (1999) *The dignity of legislation*. Cambridge University Press: Cambridge.
- VIANA, Ulisses Schwarz (2017) *A jurisdição constitucional e seus limites autopoieticos*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; NERY JR, Nelson (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional: em homenagem a Lenio Streck*. GZ Editora: Rio de Janeiro.