

ESTADO DE DIREITO E CONSTITUIÇÃO: A UNIDADE DA DIFERENÇA ENTRE DIREITO E POLÍTICA

RULE OF LAW AND THE CONSTITUTION: THE UNITY OF THE DIFFERENCE BETWEEN LAW AND POLICY

Joice Graciele Nielsson¹

Resumo

O presente texto tem como pressuposto teórico a teoria dos sistemas, a partir da obra de seu maior expoente, Niklas Luhmann. Sob tal fundamento, realiza uma análise do processo histórico de formação, constituição e diferenciação entre os sistemas do direito e da política. Nesta caminhada, foram muitas vezes considerados como um só sistema, no entanto, neste artigo, considera-se primordialmente a diferenciação funcional entre ambos, estabelecendo como seus principais pontos de contato: o conceito de Estado Constitucional (formado pela convergência da ideia de Estado de Direito e de Constituição). Neste sentido, Estado e Constituição simbolizam a unidade da diferença entre direito e política.

Palavras-Chave: Direito; política; sistemas; Luhmann; Estado; Constituição.

Abstract

This paper has the theoretical assumption systems theory, based on the work of its greatest exponent, Niklas Luhmann. Under such a plea, performs an analysis of the historical process of formation, incorporation and differentiation between system of law and system of policy. On this walk, have often been regarded as a single system, however, in this article, we consider primarily the functional differentiation between them, setting as its main contact points: the concept of Constitutional State (formed by the convergence of the idea of state law and Constitution). In this sense, the State Constitution and symbolize the unity of the difference between law and politics.

Keywords: Law; policy; systems; Luhmann; State; constitution

1. Introdução

A dogmática tradicional prevalecente na modernidade contribuiu para a afirmação de uma estrutura de poder que identificou o direito como o resultado de um conjunto de procedimentos objetivamente destinados à afirmação da supremacia da lei, enquanto expressão da vontade do parlamento.

¹ Doutoranda em Direito - DINTER UNISINOS/FURB, Mestre em Desenvolvimento – UNIJUI. Professora do DCJS UNIJUI.

Do ponto de vista da aplicação do direito, os mitos de neutralidade e imparcialidade do juiz, levaram à compreensão de que a interpretação do direito obedece a padrões essencialmente racionais, frutos de uma neutralidade objetiva. Esta estratégia ideológica contribuiu para certa blindagem que impediu a crítica e dificultou uma compreensão correta das relações entre política e direito.

No contexto desta formatação teórica, importava a limitação do poder criativo dos juízes e tribunais, para que não viessem a, eventualmente, desestabilizar e comprometer os interesses dominantes. Daí a progressiva associação entre direito e lei, que passam a ser compreendidos como sinônimos, e a redução da atuação do poder judiciário a uma função de mero intérprete, cabendo a ele unicamente desvelar o sentido da lei estabelecido previamente pelo legislador.

Apesar de dominante no imaginário jurídico da modernidade, tal concepção não contribuiu para uma real compreensão do potencial de relacionamento entre política e direito, sobretudo diante das demandas e desafios contemporâneos. No atual momento histórico, a complexificação das estruturas sociais, comprometeram a homogeneidade que em certa medida legitimava a manutenção da lei como expressão de juridicidade, bem como a própria capacidade do direito em corresponder às expectativas de reduzir complexidade.

Com este novo cenário, marcado pela fragmentação dos interesses, a identificação de uma “vontade geral” a partir de uma expressão legislativa torna-se problemática, resultando em uma perda da capacidade em dar respostas consistentes às demandas sociais por parte do parlamento. Neste sentido, a ampliação do papel criativo do juiz e o exercício de uma jurisdição criativa, e o reconhecimento de uma atuação política, vêm emergindo de modo significativo no sistema jurídico.

Diante disso, o presente estudo tem como objetivo contribuir no debate acerca dos limites e distinções entre política e direito, apesar da existência de várias perspectivas teóricas que negam tal diferenciação, tratando política e direito como um só sistema, identificado por meio da ideia de Estado. Com efeito, o fato de o Estado receber tradicionalmente um conceito ao mesmo tempo jurídico e político, ao contrário de provar uma falta de diferenciação, designa precisamente o paradoxo da unidade da diferença entre os sistemas.

Para uma compreensão adequada de tais fenômenos, neste texto, utiliza-se a matriz sistêmica², vinculada a teoria dos sistemas sociais, e tendo como autor principal Niklas

² Ou, o que seria mais correto, da matriz teórica pragmático-sistêmica (interpretação feita por Leonel Severo Rocha da obra de Niklas Luhmann. Em relação a este tema, pode ser consultada a obra *Epistemologia Jurídica e Democracia* (1998).

Luhmann. Sob tal base teórica, realiza-se uma análise histórica da evolução do sistema político e jurídico, sustentando, que direito e política são diferentes subsistemas que compõem o sistema chamado sociedade, havendo entre ambos uma nítida diferença, mas alguns conceitos convergentes.

2. Um Breve Olhar sobre a Teoria dos Sistemas

A contribuição de Niklas Luhmann no sentido da compreensão do direito na modernidade é fruto de suas reflexões acerca da complexificação social e da contingencialização do agir na sociedade moderna. Segundo Teixeira (2009, p. 318), Luhmann se esforça por explicar o fenômeno da complexificação social na modernidade e a importância do recurso a mecanismos de seletividade que tornem possível a convivência em um mundo marcado pela multiplicação exponencial das possibilidades de ação.

A sociedade moderna é, para Luhmann, caracterizada pela complexidade e pela contingência. Contingência significa que as possibilidades são sempre maiores do que aquelas que podem ser efetivamente atualizadas. Em outras palavras, segundo André Trindade (2008) contingente é algo que nem é necessário e nem impossível, pairando sempre como possibilidade.

O processo de crescente contingencialização do viver é acompanhado do desaparecimento de “crenças em comum”, ou de “fronteiras externas da sociedade como um todo” (LUHMANN, 1983, p. 225). A sociedade passa a ser enxergada como um grupo de sistemas, horizontalmente relacionados, cada qual correspondendo a um âmbito de atuação do indivíduo.

Passa-se então a lidar com vários sistemas parciais em relacionamento recíproco, multiplicando-se ao infinito as possibilidades de ação. Daí justifica-se o recurso a “processos de seleção consciente” das diversas expectativas comportamentais (LUHMANN, 1983, p. 225). Neste sentido, para a compreensão correta do fenômeno da diferenciação dos diversos subsistemas na modernidade, a noção de autopoiese dos sistemas sociais adquire grande relevância.

Na Teoria dos Sistemas, a noção de autopoiese é inspirada na Biologia dos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. A autopoiese de um sistema pode ser compreendida, em última instância, como a sua capacidade de auto-reprodução. Assim, um sistema será dito autopoietico quando for capaz de se reproduzir de acordo com os seus próprios mecanismos e

operações, importando, conseqüentemente, em uma autonomia sistêmica. (TRINDADE, 2008).

Se há bloqueios dos critérios de reprodução intra sistêmicos, devido a interferências externas, não há autopoiese. Para que dependências do meio passem a integrar o sistema, é necessário que seja efetuado um processo de ‘leitura’ do meio-ambiente, a partir do próprio código binário do respectivo sistema. E, como explica Teixeira (2009), para que uma determinada informação encontrada no âmbito econômico, por exemplo, seja integrada ao sistema jurídico, é necessário passar pelos critérios de ‘leitura’ e absorção do sistema, de acordo com o código licitude/ilicitude.

A principal diferença entre a autopoiese biológica e a autopoiese social está em que na primeira, há segundo Luhmann, uma concepção radical de fechamento, visto que, para a produção de relações entre sistema e meio ambiente, é exigido um observador fora do sistema, ou seja, outro sistema. No caso de sistemas constituintes de sentido, ao contrário, a ‘auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica.

Assim, os subsistemas sociais diferenciam-se com o advento da modernidade a partir do desenvolvimento de seus próprios critérios internos de seletividade. A partir do desenvolvimento do código binário, o subsistema afirma-se diante dos demais como subsistema verdadeiramente autônomo. Isto nos leva a concluir que, neste cenário, os subsistemas sociais são simultaneamente abertos e fechados, uma vez que os subsistemas autopoieticos são operacionalmente fechados, porém cognitivamente abertos. É esta dúplex condição que os torna permanentemente abertos às “irritações” oriundas do meio-ambiente, permitindo a sua auto-reprodução.

Diante disso, Luhmann (2005) afirma que, do ponto de vista da teoria dos sistemas, uma teoria de um sistema jurídico – autopoietico e operativamente fechado -, pressupõe que este sistema se distinga de todos os demais sistemas de funções da sociedade.

3. O Sistema Jurídico e Sistema Político: Uma Perspectiva Histórica

Partindo-se da perspectiva sistêmica, direito e política constituem diferentes subsistemas do sistema chamado sociedade. Há, portanto, uma diferenciação radical entre tais sistemas na modernidade, cuja unidade se mantém, conforme Simioni (2009), por meio da simbolização simultaneamente política e jurídica do Estado Constitucional (Estado de Direito e Constituição).

Trata-se apenas de um modo de observação, de uma forma de entendimento desta complicada relação entre direito e política contemporânea, tendo o Estado como símbolo, ou como ponto em que se realiza o acoplamento estrutural entre ambos.

Não há como ignorar a existência de perspectivas teóricas que negam a separação entre direito e política, tratando ambos como um só sistema, identificado por meio da ideia de Estado. Luhmann (2005) já alertava para tal fato, lembrando que uma larga tradição, consolidada a partir da recente Idade Moderna, nos levava a considerar o político e o jurídico como se se tratassem de um sistema unitário. Em grande medida, isto se deve ao conceito simultaneamente político e jurídico do Estado.

No entanto, ao contrário de provar uma falta de diferenciação, o conceito de Estado, entendido como um sistema de organização do poder político acaba, de acordo com Simioni, (2009), simbolizando precisamente a unidade da diferença entre os dois sistemas.

Obviamente há relações de interdependência entre política e direito, admitidas pelo próprio Luhmann, como por exemplo, o fato de que a aplicação das decisões judiciais dependa dos aparatos políticos organizados pelo Estado, e ao mesmo tempo, que a pretensão de vinculação coletiva das decisões políticas depende da concentração do poder mediante a sua legitimação jurídica. No entanto, seguindo a perspectiva sistêmica, a diferença entre política e direito pode ser observada precisamente no tipo de comunicação que cada um desses sistemas produz na sociedade.

A política utiliza o poder como seu meio de comunicação, enquanto o direito utiliza para tanto, as normas jurídicas. Ambos têm como questão central a correspondência entre ações, referindo-se, portanto, à comunicação de expectativas comportamentais. No entanto, o poder ou a política resolve tal questão através do uso simbólico da ameaça de força física e outros recursos para vincular coletivamente, ou seja, “produz vinculação”, o direito resolve tal questão simbolizando expectativas normativas imunes a frustrações, ou seja, generalizando “simbolicamente essa vinculação na forma de expectativas comportamentais”. (SIMIONI, 2009, p. 331).

E, precisamente, essa combinação da comunicação política com a comunicação jurídica possibilita à política produzir decisões coletivamente vinculantes, e ao direito a produção de expectativas normativas simbolicamente generalizadas.

3.1. Fundamentação da Política e do Direito: da Idade Média à Modernidade

Se considerarmos que a diferenciação entre política e direito pode ser observada através do tipo de comunicação que cada um destes sistemas produz na sociedade (LUHMANN, 2005), fica claro que tal diferença se manteve bastante precisa na Idade Média, e a fundamentação da validade do direito na ideia de direito natural foi a responsável por isso.

Fundamentada no direito natural, a validade do direito não poderia depender do poder político do Império, da Igreja ou de outras autoridades terrenas (LUHMANN, 2007). Por isso, a sociedade medieval não dispunha das condições de possibilidade para simbolizar a unidade da diferença entre o direito e a ordem política dos Impérios.

Apesar das consolidações do direito romano, o sistema jurídico convivia nesse período com uma multiplicidade de direitos que, diferentemente de hoje, não se aplicavam para todos os estratos sociais. Havia um direito feudal, um direito das cidades, um direito dos reis, um direito canônico e também um direito civil profano, que correspondia também a jurisdições específicas para cada tipo de direito. Mas de forma nenhuma, de uma perspectiva jurídica existia, no século XVI, algo próximo a um ‘direito público’, ou a um conceito comum de direito que pudesse representar a pretensão de unidade do poder territorial (LUHMANN, 2005).

No entanto, tal situação começou a ser questionada durante o próprio século XVI, quando a complexidade crescente da sociedade exigiu dos Estados do início da Idade Moderna a unificação do direito válido em seus respectivos territórios, tornando possível a unificação também daquela multiplicidade de jurisdições. Só assim, aponta Simioni (2009), pode-se resolver o problema da soberania, pois a manutenção de direitos diferentes para estratos diferentes, submetidos também a jurisdições diferentes, tornava impossível um controle central e, portanto, uma submissão generalizada à soberania do império.

De acordo com Luhmann (2005), foi em vista da rápida e crescente complexidade e insegurança jurídica ligada a este fato, que o Estado territorial da passada época moderna viu como sua tarefa primordial a unificação do direito válido em seus territórios, bem como da organização e administração da justiça.

Este processo levou à uma acentuada unificação entre direito e política, de modo que na segunda metade do século XVI podia-se falar, politicamente, da unidade, no direito natural, entre política e direito. Unidade esta cujo pressuposto considerava que apenas dessa maneira o indivíduo se constituiria em um sujeito jurídico e que apenas assim se alcançaria a condição para o surgimento de uma economia apoiada na divisão do trabalho e do contrato.

Deste modo, segundo Luhmann (2005), o indivíduo deve sua individualidade à unidade entre direito e política, e esta unidade está indissolúvelmente ligada a individualidade

do indivíduo. Ao final deste movimento semântico que organizou e integrou a política e o direito, se encontram as grandes codificações dos séculos XVIII e XIX, e finalmente, a ideia de que a função do Estado consistia na garantia de uma liberdade conforme o direito; a saber, dentro dos limites deste.

E o motivo central, apontado pelo autor, para esta fusão entre política e direito pode ter sido o problema do direito de oposição. Já em Hobbes (1988), o direito à resistência encontrava fundamento na necessidade da paz. Viver-se-ia até então em um “estado de natureza”, e a solução foi então construída na forma de uma autorização, conferida pelos súditos ao poder soberano de impor o direito de modo arbitrário. Sobre a semântica do direito à resistência, afirma Simioni (2009) Hobbes esconde precisamente o paradoxo da fundamentação recíproca entre política e direito.

A arbitrariedade e os abusos do poder são essenciais para compreender este período, pois para Luhmann (2005), a unidade entre direito e política satisfaz também a necessidade de legitimar os desvios do direito, na forma de dispensas, privilégios e até mesmo violações à lei. O paradoxo da diferença auto-constitutiva de direito/não direito já não se externalizará em relação à constelação de poder faticamente dada, mas em relação a uma unidade entre direito e política, personificada na pessoa do soberano.

Para superar tal paradoxo, a questão de como o direito pode justificar pretensões jurídicas opostas sem recorrer a uma validade politicamente assegurada continuou presente na época, e justamente em razão do “arbitrário” no poder soberano de Hobbes, no século XVIII e XIX vai surgir a ideia de que a função do Estado está na garantia da liberdade conforme ao direito: o Estado de Direito.

É precisamente a oposição entre direito válido e razão política que constitui o problema fundamental do Estado Moderno (LUHMANN, 2005). É por isso que, a diferença entre política e direito é concebida, nesta semântica política do início da Idade Moderna, sob a forma do problema da justificação dos atos de resistência contra o exercício do poder político soberano.

Portanto, conclui Simioni (2009), o pano de fundo das construções do início da Idade Moderna está sob o problema mais fundamental da unidade da diferença entre o direito e a política. O ‘soberano’ personificou uma referência simbólica para justificar tanto a razão do poder político quanto a validade do direito, mas a fragilização desta ideia exigiu um deslocamento significativo da referência simbólica do fundamento de ambos.

Neste sentido, a partir do século XVIII, já não é mais necessário recorrer ao ‘natural’ para fundamentar o direito e, por isso, inicia-se o processo de uma diferenciação funcional

radical do sistema jurídico. Houve, assim, “um impulso de isolamento operacional entre os assuntos políticos e os jurídicos como solução para o paradoxo da fundamentação recíproca entre direito e política” (SIMIONI, 2009, p. 337).

O valor da segurança jurídica exigia um isolamento operativo do direito em relação à política, e o valor da razão política exigia um isolamento operativo da política em relação ao direito (LUHMANN, 2007). Mas ao mesmo tempo, o direito continuava a depender da política para o poder de imposição de suas decisões, enquanto a política também dependia do direito para conquistar legitimidade. Esta complexa oposição interdependente foi denominada, a partir de então, de Estado de Direito.

Como sintetiza Luhmann, a compreensão adquirida para vincular política e direito se resumiu e foi superada finalmente no esquema “Estado de Direito”. Neste esquema foi fixado o contexto de condições de direito e liberdade e, com isso, também de capacidade mútua de aumento simultâneo do direito e da liberdade. Agora como Estado de Direito, o Estado era ao mesmo tempo uma instituição de direito e uma instância de responsabilidade política, que observava e agia através do direito: pela imposição e o subsequente desenvolvimento jurídico; pela adaptação às circunstâncias sociais instáveis, e aos fins políticos realizáveis.

A organização política do poder, agora como Estado de Direito, passou a ser representada por uma instituição simultaneamente guiada por objetivos políticos e por normas jurídicas. Os desdobramentos desta situação fizeram com que, no século XX, o conceito de política estivesse fortemente vinculado à ideia de Estado, e como a ideia de Estado simbolizava também o direito, a estruturação da política do Estado pôde ser realizada por meio de leis jurídicas.

É esta convergência que permite o surgimento do conceito de Estado de Direito. A formulação deste conceito foi o que permitiu, segundo Luhmann (2005), à política utilizar o direito como seu principal meio de comunicação, ou instrumento para realizar seus objetivos, e ao direito utilizar o poder político estatal para garantir a efetividade de suas decisões.

De acordo com ele (2005), simultaneamente o direito oferece um acúmulo de possibilidades de estruturação da política: ao lado do pressuposto de que é financiado por meio de tributos e impostos, o direito se converte no instrumento para a obtenção dos fins políticos. A isto corresponde a ideia de uma relação de ordenação hierárquica entre legislação e jurisdição, tendo como resultado um forte incremento do material normativo.

As normas jurídicas se converteram em sedimento da política que já aconteceu, e que cada vez apresenta maiores dificuldades para alcançar suas novas ambições. O que existe como direito, já não é mais resultado da presença de conflitos para cuja solução devem

desenvolver regras gerais. Em seu lugar, o direito acaba por criar, por meio da busca de realizar fins políticos, os conflitos cuja solução dependerá da própria competência. E, conforme Luhmann (2005), uma vez que a ativação da política para modificar o direito se reproduz continuamente na comunicação social, e uma vez que o direito legitima essa ação legalizando a atividade legislativa parlamentar, na prática resulta, para o direito, na necessidade de distinguir entre a origem das modificações jurídicas através da interpretação ativa do direito, e a espera pela formação de uma nova opinião política.

Diante deste processo, Simioni (2009, p. 338) questiona como é possível entender a limitação jurídica da política e a dotação de força impositiva política do direito? Apontando logo em seguida que a resposta para este problema de unidade de uma diferença entre política e direito foi o Estado de Direito, que ocultou o paradoxo da fundamentação recíproca entre direito e política. Desta forma, a questão da origem das modificações do direito pôde ser tratada sob a fórmula das fontes do direito. E a questão da origem do poder político pôde ser tratada sob a fórmula da soberania do povo.

Deste modo, quando o direito passa a tratar sua validade exclusivamente na questão de fontes válidas de produção do direito, e a questão da razão política passa a ser um problema especificamente de soberania política, nem o direito precisa estabelecer qualquer dependência política para justificar suas normas simbolicamente generalizadas, nem o sistema político precisa do direito para legitimar suas decisões coletivamente vinculantes.

No final, a positivação do direito e a democratização da política se apoiam mutuamente e impregnaram de modo tão forte o que hoje conhecemos por sistema político e sistema jurídico, que se torna difícil perceber neles dois sistemas diferentes. (LUHMANN, 2005).

O direito já não pode mais ser entendido apenas como um instrumento para a realização de programas políticos, nem a política pode ser suficientemente entendida como um vetor de racionalidade na interpretação das normas jurídicas (SIMIONI, 2009, p. 339). Precisamente, a partir desse momento, **a política e o direito conquistam clausura operativa**. Para o direito, passa a importar apenas a distinção entre direito e não direito. E, para a política, passa a importar a distinção entre governo e oposição.

3.2.A Clausura Operativa: A Positivação do Direito

Como vimos, contrariando a tradição, Luhmann (2005) afirma categoricamente a ideia de que direito e política não formam um único sistema, designado pelo conceito de Estado,

mas sim dois sistemas diversos: operativamente fechados, com formas próprias, respectivas codificações e respectivos programas.

A percepção de unidade, concebida graças ao conceito de Estado, e principalmente graças ao esquema do “Estado de Direito”, é compreensível historicamente. Esta percepção foi adequada para a fase em que se impôs, dentro do sistema jurídico, a positivação do direito através da doutrina das fontes do direito que remetiam ao Estado. Neste contexto, o sistema político ganhou um campo de ação e de impulso contra as estruturas estabelecidas, para que a política pudesse ser praticada como um processamento contínuo de decisões coletivamente vinculantes.

Mas na medida em que este objetivo foi sendo alcançado, a ideia de unidade perde força e convicção. O sistema jurídico pode prescindir do soberano e também da forma do Estado de Direito; e mais ainda, de nenhuma forma necessita dele, uma vez que o direito passa a resolver seus paradoxos de outros modos mais próprios. (LUHMANN, 2005).

Por isso, pode-se afirmar que, no mundo ocidental, esse momento histórico a partir do qual direito e política conquistam clausura operativa pode ser encontrado precisamente no início daquilo que hoje entendemos por positivação do direito.

Precisamente a imposição do positivismo da lei (LUHMANN, 2005) no século XIX, e o aumento frenético da promulgação de novas leis, indicadores, a primeira vista de um predomínio crescente do sistema jurídico sobre o político, levaram a desenvolvimentos que tornaram visível essa separação.

A positivação do direito deslocou o problema da validade transcendente do direito para o problema das fontes. O jusnaturalismo procurava fundar a validade do direito em ideais transcendentais (Deus, justiça, moral, ética). Mas a imutabilidade desses fundamentos de validade do direito, segundo Simioni (2009), logo se tornou incompatível com as exigências de uma sociedade industrial, quer dizer, uma sociedade que exigia um direito seguro e ao mesmo modificável para se adequar às constantes mudanças sociais.

A positivação do direito acabou, assim, por resolver o problema das fontes. A validade do direito positivo não precisaria mais estar fundada em princípios morais ou em valores materiais, porque, uma vez positivo, é o próprio direito que passa a estabelecer as condições de validade de si mesmo.

Em outras palavras, como bem diz Simioni (2009) o positivismo jurídico transforma o problema das fontes do direito em um problema secundário. Pois, no positivismo, só existe – positivamente – o direito positivo. E a questão da validade material, social ou da legitimidade do direito se resolve então pelo próprio direito positivo. Agora é o próprio direito que diz o

que pode ser considerado direito existente e válido, esvaziando-se as fontes do direito de conteúdos materiais e substituindo-se por fontes formais.

E a forma com a qual o direito passa a produzir-se a si mesmo são os processos legislativos e judiciais, naquilo que Luhmann (1980) denomina de legitimação pelo procedimento. Em outras palavras, no paradigma do positivismo jurídico, o problema das fontes do direito se desloca das referências transcendentais ao direito para o problema dos processos jurídicos de criação/aplicação do direito, pois fonte de direito válido é aquilo que o direito válido diz que é fonte de direito válido. E a saída dessa tautologia só pode ser, então, a introdução de uma diferenciação temporal.

Estabelece-se, assim, uma sequencialização de atos, organizados na forma de procedimentos que vão constituindo a validade das decisões sobre a validade das normas. As decisões validam as normas e as normas validam as decisões, desde que estejam presentes as condições para que isso aconteça: um processo juridicamente válido de criação/aplicação do direito.

Neste sentido, a separação de ambos os sistemas funcionais se mostra particularmente marcante em suas diferentes codificações. Segundo Luhmann (2005), se considerarmos que para a imposição do direito importava a codificação político-hierárquica dos cargos públicos e que, deste modo o direito e a política encontrariam sua própria liberdade na forma do Estado, seria obvio que no sistema jurídico nada equivaleria à codificação democrática do poder: o esquema governo/oposição. Tal esquema se converte na fórmula do sistema político. Em contraposição, no sistema jurídico as alternativas são tratadas de maneira completamente diversas: as alternativas estão dispersas e dependem do caso particular e das regras. Não há neste caso os mais mínimos elementos de uma oposição consolidada e, se existisse, não se reconheceria como forma de direito, mas sim como forma de política.

Assim, os sistemas da política e do direito se diferenciam funcionalmente na medida em que passam a produzir modos diferentes de comunicação: a política comunica expectativas mediante o poder de vinculação coletiva, enquanto o direito comunica expectativas por meio da generalização simbólica de um caráter normativo a determinadas expectativas sociais.

Aqui, cabe ressaltar a relevância que a LEI passou a adquirir como fonte principal do direito, como forma de resolução das desarmonias temporais entre política e direito na sociedade moderna (LUHMANN, 2005). No sistema político moderno, a política se encontra sob forte pressão de tempo, em questões que envolvem um amplo aspecto de temas, objetivamente ilimitado. A política reage ao manejo desta diferença acelerando ou retardando,

apoiada em um conjunto próprio de conhecimento, e de forma dependente dos interesses do poder.

Em contrapartida, o sistema jurídico, no que se refere à atividade dos tribunais é, segundo Luhmann, muito lento, e muitas vezes freado frente as exigências de escrupulosidade e fundamentação. Isto se reflete não apenas na resolução de casos, mas interfere nos efeitos estruturais do sistema, principalmente quando se pretende modificar o direito mediante uma decisão dos tribunais. A necessidade de conformação com a tradição na questão de conceitos e regras é um processo que leva séculos. Além disso, no direito, o aspecto temático é também muito amplo, e a repetição dos casos similares vai se tornando rara, na medida em que aumenta a complexidade.

Se apenas comparássemos a autointerpretação corrente da política (acelerada pelos meios de comunicação de massas), com o desenvolvimento do direito dos juízes, seriam evidentes as insuperáveis discrepâncias de tempo entre ambos os sistemas, o que levaria praticamente ao rompimento no contato entre estes sistemas. Naturalmente, segundo o próprio Luhmann esclarece, isto não acontece porque o direito é, talvez, um dos elementos mais importantes da configuração política, e porque as situações novas de outros sistemas, permanentemente estão confrontando a política para que decida com rapidez.

Neste sentido, a legislação se converte em um mecanismo importante de compensação de tempo para a sociedade em seu conjunto. A legislação se colocará em marcha e chegará ao fim com relativa rapidez, sempre que houver suficiente pressão política, de modo que a promulgação de uma lei (que segundo Luhmann nada mais é do que a reação do sistema jurídico na direção desejada pela política) é um símbolo de êxito político, o triunfo do grupo que nesse momento, se encontra no poder.

O sistema jurídico praticamente não opõe resistência às novas leis, porque nelas, não se trata de processar experiências próprias, ou de transformação do direito válido, mas sim de um novo direito. O mecanismo de aceleração da legislação (e também, se as leis serão utilizadas ou não) depende do desconhecido, e daquilo que acontecerá com a lei na prática do direito. Isto porque o legislador terá suas próprias ideias sobre os efeitos possíveis da lei; mas isto são ideias, não informações. Aqui vale a premissa essencial de todas as acelerações: que o futuro não se pode conhecer. (LUHMANN, 2005).

O fator tempo dirige (e distorce) com consideráveis consequências, a observação e descrição dos sistemas. Especialmente na era dos meios de comunicação de massas, existe uma inclinação contínua da população da busca pela novidade, apenas ela interessa, e sobre a

vida cotidiana nada se informa. Por isso não podemos saber que efeitos terá uma lei depois de promulgada, o que incluiria saber quem aproveitará as possibilidades desta configuração.

A criação de novas leis é um procedimento contínuo, o que sugere que o sistema jurídico é reconhecido preferencialmente pela legislação, ou por uma relação hierárquica entre legislação e jurisprudência. E este fato fez com que ocorressem dificuldades de ótica para considerar estes sistemas como sistemas separados. Neste sentido pode contribuir a tese de Luhmann de que “la legislación -como lugar de transformación de política en derecho y como lugar de la delimitación jurídica de la política-, ha tomado a su cargo la decisiva función de compensar la temporalidad de la sociedad en su conjunto” (2005, p. 306).

4. O Papel do Conceito de Estado de Direito

O que foi exposto até o momento não pode, de modo algum, nos levar a negar as interdependências entre os sistemas, ou considerá-las insignificantes. Pelo contrário, apenas há que se encontrar formas mais específicas de descrição que expressem com maior clareza como e porque na sociedade moderna, direito e política se complementam mutuamente e, ao mesmo tempo, ocasionam que suas estruturas sejam tão diversas.

Veja-se o caso daquilo que Luhmann denomina de parênteses conceitual chamado Estado de Direito. Este conceito serve de esquema que possibilita – e seja tomado como conquista civilizatória – o fato de duas perspectivas diversas sejam designadas por uma unidade: a força pública manejada juridicamente e, o instrumental político do direito.

Nessa perspectiva de diferenciação radical entre política e direito – que é uma perspectiva comum a todas as concepções sistêmicas – o Estado de Direito é entendido como um símbolo, uma organização do poder político que simboliza a unidade de duas perspectivas diferentes: a perspectiva do direito e a da política. (SIMIONI, 2009).

Assim, “na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, o Estado de Direito é um sistema de organização do poder político que simboliza a unidade da diferença entre política e direito”. E a simbolização da unidade dessa diferença está no fato de que o Estado de Direito organiza a força pública através da imposição de limites juridicamente definidos e, ao mesmo tempo, organiza o uso dos recursos políticos da força pública para a aplicação do direito. (SIMIONI, 2009, p. 345).

A partir do ponto de observação do direito e de sua função, não deve haver espaços que não estejam ocupados pelo direito, nenhuma situação que o direito não possa cobrir, nenhum entrave arbitrário e violento. Da perspectiva do direito, o Estado de Direito é a

consequência da universal relevância social do direito, ou de sua autonomia, ou ainda da diferenciação do sistema jurídico.

Já a política se move em um terreno totalmente diverso, condensando a formação das opiniões de tal maneira que seja possível tomar decisões que vinculem coletivamente. Estas decisões buscam sua forma no meio politicamente possível, isto é, de acordo com critérios políticos com os quais a política resolve seus problemas: desfazendo-se deles. Graças a sua positividade o direito disponibiliza a determinação da forma e a despolitização dos problemas, consolidando esta dialética no Parlamento.

Visto da perspectiva do sistema jurídico, a fórmula do Estado de Direito pode ser comparada a uma grande tautologia (Luhmann, 2005), uma vez que, embora se dirija contra as intervenções da política, visto do ponto de vista do sistema político, nada mais é do que um instrumento que possibilita a realização de fins políticos, de modo que nem sequer existiria a política, na forma que a conhecemos, se não fosse o sistema jurídico. Segundo o autor o direito é, ao lado do dinheiro a condição de possibilidade mais importante da atividade política, uma vez que, segundo ele, se eliminássemos da política a possibilidade de decidir sobre qual direito é válido, ou de forma equivalente, sobre como gastar o dinheiro disponível, a derrubaríamos enquanto sistema.

Em outras palavras, o Estado de Direito organiza a comunicação do poder na forma do monopólio da força pública, realizando essa organização através da imposição de limites definidos pelo direito. E ao mesmo tempo, ele instrumentaliza o direito com o monopólio da força pública.

Desta forma, o Estado de Direito, como símbolo da diferença entre política e direito, não permite que haja espaços não ocupados pelo direito. O mundo pode ser reconstruído pela comunicação jurídica sob a forma da diferença entre direito e não direito e, por isso, do ponto de vista do direito o Estado de Direito é concebido como uma organização do poder político segundo os limites pré-estabelecidos pelo direito. Mas enquanto isso, na perspectiva da política, ele é entendido como uma organização das formas de distinção entre opiniões divergentes, que torna possível a tomada de decisões coletivamente vinculantes.

Isso significa que, conforme se transita de um sistema de referência para outro, o mesmo Estado de Direito se “reconstrói com sentidos totalmente diferentes, que paradoxalmente encontram seus respectivos fundamentos um no outro: para a política, o Estado de Direito tem um fundamento jurídico; para o direito, o mesmo Estado de Direito tem um fundamento político”. (SIMIONI, 2009, p. 346).

Portanto, qual seja o sistema que tomamos como referência, a fórmula 'Estado de Direito' significa diferentes coisas. "La expresión anuda lo diverso en una fórmula, (en un esquema -se podría decir), y permite expresar también que tanto el sistema jurídico como el político no serían lo que son sin el otro correspondiente" (LUHMANN, 2005, p. 304).

De forma resumida, pode-se dizer que a fórmula 'Estado de Direito', de acordo com a expressão usada por Luhmann, representa uma relação parasitária entre política e direito. O sistema político se beneficia com o fato de que em outro lugar (no direito) está codificada e administrada a diferença entre o que é conforme ou não ao direito. Inversamente, o sistema jurídico se beneficia com o fato de que a paz está assegurada em outro lugar: no sistema político, lembrando que "parasitário" para o autor não expressa nada além do que a possibilidade de crescimento graças a uma diferença externa.

Sob tal premissa, temos claro que a indiscutível densidade da relação entre política e direito não justifica, depois de todo o exposto que se fale em apenas um sistema. Pelo contrário, sua representação apropriada exige partir de dois sistemas diversos. Tornando-se claro também que nada poderá alterar esta não-identidade de ambos, cuja razão se encontra em sua autopoiese: cada sistema define, por meio do emaranhado de suas próprias operações, aquilo que pode participar como elemento especificamente próprio.

As operações dos sistemas são identificadas separadamente, uma vez que são estes mesmos que, ao se reproduzirem, decidem sobre os seus próprios limites, e isto ocorre com a ajuda de um código próprio e específico. No sistema jurídico isto ocorre por meio da respectiva distinção do poder e seus subordinados (governantes/governados), ou no código do poder: governo/oposição (LUHMANN, 2005).

Já no sistema jurídico a codificação se assenta em uma distinção diferente, o que é conforme ao direito/o que é discrepante do direito. Divergem também, segundo Luhmann, os programas que regulam a distribuição dos valores positivos e negativos do código, e correspondentemente divergem tanto as condições com as quais se reconhece o que pertence ao sistema, como o estabelecimento do que para o sistema é seu entorno.

Ao fim, Luhmann alerta para o fato de que, se esta capacidade de distinguir e de incluir os sistemas não funcionasse, as consequências seriam o caos e a simplificação extrema. Cada decisão jurídica, cada quebra de contrato seria uma ação política e, ao contrário, cada derrota política, com suas comunicações, apenas poderiam ser interpretadas ou modificadas situações jurídicas, o que o obrigaria a adotar uma cautela excessiva.

Por tudo isso, temos que, quando a doutrina clássica do Estado soberano concebeu o direito, e subsequentemente sua versão positivista como fundados politicamente, tal

perspectiva deve ser problematizada. Historicamente tais descrições simplistas foram plausíveis na época e realidade de seu tempo. Mas se adotarmos uma descrição baseada na teoria dos sistemas, para observarmos nossa sociedade atual, é inevitável partir de uma concepção de separação entre os sistemas.

4.1 A distinção estrutural

Na teoria dos sistemas, Política e Direito constituem subsistemas funcionalmente diferenciados. Apesar de acoplados estruturalmente ao nível da Constituição, as preocupações e operações internas de ambos os sistemas são sensivelmente distintos.

Neste cenário, temos claro que a contribuição de Niklas Luhmann no sentido da compreensão do direito na modernidade é fruto de suas reflexões acerca da complexificação social e da contingencialização do agir na sociedade moderna. Segundo Teixeira (2009, p. 318) Luhmann se esforça por explicar o fenômeno da complexificação social na modernidade e a importância do recurso a mecanismos de seletividade que tornem possível a convivência em um mundo marcado pela multiplicação exponencial das possibilidades de ação.

Estruturado a partir de expectativas normativas, o **direito** será progressivamente institucionalizado, posto por uma decisão que não se identifica com a vontade individual de ninguém, representando de acordo com o ideal contratualista, a vontade *a priori* da maioria, a *vontade geral*. (TEIXEIRA, p. 318).

Considera Luhmann que a modernidade traz uma contingencialização do agir que demanda a construção de mecanismos capazes de reduzir a hipercomplexificação do agir em sociedade. Tais mecanismos são construídos fundamentalmente em torno do conceito de expectativa.

Nestas sociedades complexas, a tarefa do subsistema político é garantir um potencial de decisões coletivamente vinculantes, ao mesmo tempo em que reproduz esta garantia em um nível elevado de complexidade. Auxilia na tarefa de manutenção da complexidade sistêmica e a manutenção da disponibilidade da contingência, a distinção governo/oposição, os mecanismos democráticos que consagram as garantias da minoria, a autolimitação do poder, a alternância entre governo e oposição, a periodicidade das eleições, etc. (CAMPILONGO, 2002, p. 71-72).

A democracia, segundo o autor, aparece neste contexto como pressuposto para a manutenção da complexidade, ao reproduzir continuamente as possibilidades de escolha. O

controle da instabilidade específica do sistema político depende da manutenção de uma complexidade interna assimétrica, viabilizada pela distinção entre centro e periferia.

O sistema político, para dar conta da complexa tarefa de organização das decisões coletivamente vinculantes compreende, segundo Campilongo (2002, p. 74), um centro, cuja principal manifestação é o Estado, e uma periferia, consequência da existência de instâncias extra-estatais representados por organizações políticas diversas que atuam num grau de complexidade sistêmica significativamente mais elevada que o centro.

A função da periferia é “preparar e encaminhar” as decisões a serem tomadas pelo centro, cuja função, por sua vez, é a de ordenar e subordinar as relações e elementos do sistema, mantendo a estabilidade do sistema ao mesmo tempo em que a complexidade assimétrica entre o centro e a periferia é assegurada. É ainda tarefa do centro do sistema político operar as distinções entre governo/oposição, governante/governado, superior/inferior. (TEIXEIRA, 2009, p. 322).

O direito, por sua vez, diante do elevado grau de incerteza decorrente da contingência da sociedade moderna, é visto por Luhmann como decorrência da necessidade de redução de complexidade, estabelecendo um horizonte de congruente generalização de expectativas normativas. Contudo, esta operação de redução de complexidade acaba gerando mais complexidade, já que as decisões tomadas neste âmbito são recursivamente incorporadas ao sistema, representando também irritações para os demais sistemas, complexificando as relações.

Este chamado paradoxo da auto-referência (FERRAZ JR. 1989, p. 282) promove assim a impossibilidade de admitirmos, por exemplo, que conflitos sociais submetidos à apreciação do poder judiciário sejam “resolvidos” ou “solucionados”. Mais adequadamente as respostas dadas pelo direito aos conflitos sob sua apreciação, são institucionalizados ou domesticados, na medida em que são levados para um horizonte de suportabilidade social.

Neste processo, importante é o papel representado pelo código binário utilizado pelo subsistema jurídico, uma vez que sua afirmação e a forma de atuação específica representa condição de autonomia do subsistema. O código intra-sistêmico, desta forma, atua proporcionando o fechamento operacional do subsistema ao mesmo tempo em que proporciona a sua abertura cognitiva. Este processo, segundo Teixeira (2009, p. 330) precisa ser compreendido enquanto um processo com implicações recíprocas, já que a condição de fechamento operacional do subsistema é a sua abertura cognitiva e vice-versa. Em outras palavras, “cada subsistema tem nos demais subsistemas o seu entorno, com informações

passíveis de serem incorporadas ao subsistema, desde que passem pelo seu crivo específico de seletividade”.

Portanto, como aponta o prof. Leonel Severo Rocha, (2006, p. 184) o sistema do Direito é um sistema social parcial que, a fim de reduzir a complexidade apresentada por seu ambiente, aplica uma distinção específica, qual seja, seu código binário Direito/Não-Direito, através da formação de uma comunicação peculiar, qual seja, a comunicação jurídica. Com isso, a operacionalidade desse sistema parcial tem por condição de possibilidade a formação de uma estrutura seletiva que, reflexivamente, pretende apreender situações do mundo real (meio envolvente) para o sistema parcial funcionalmente diferenciado, que é o Direito.

O Direito apresenta-se, assim, como um código comunicativo (a unidade da diferença entre Direito e Não Direito), no sentido manter sua estabilidade e autonomia – mesmo diante de uma imensa complexidade (excesso de possibilidades comunicativas) – através da aplicação de um código binário. (ROCHA, 2006, P. 184)

Há que se destacar contudo, que em Luhmann não há qualquer preocupação com uma fundamentação material do direito. Não há propriamente uma fundamentação do direito, mas o resultado de um processo evolutivo que culmina com a afirmação do código binário, que atua como crivo de seletividade e estabilização de expectativas normativas. Percebe-se claramente uma recusa em admitir a possibilidade de fundamentação conteudística do direito, não havendo conteúdos que possam ser considerados como a essência específica do direito.

Sob outra perspectiva, porem, Teixeira (2009) ressalta a importância do debate sobre em que medida a noção de licitude/ilicitude trazida pelo código binário intra-sistêmico pode ser confundida com a ideia de fundamento de validade do modelo kelseniano tradicional. Esta afirmação, além de equivocada, parece partir de uma simplificação perigosa da teoria sistêmica, segundo o autor. Em Kelsen (1987), a norma fundamental determina e condiciona verticalmente todo o direito válido. Em Luhmann, ao contrário, a noção de licitude/ilicitude não pode jamais ser reduzida à noção de legalidade, enquanto adequação formal a uma norma superior. Mais adequadamente a relação é de circularidade entre subsistema jurídico e o entorno, mediada pela atuação do código binário intra-sistêmico.

Para Kelsen, a noção de justiça pode ser compreendida simplesmente como validade formal e adequação às normas superiores do ordenamento jurídico. Para Luhmann a noção de “justiça” decorre, sobretudo, de uma consistência adequada do subsistema jurídico na sua tarefa de generalização congruente de expectativas normativas.

Por outro lado, aponta Campilongo (2002) as noções de licitude e ilicitude podem ser compreendidas em Luhmann como resultado de um permanente processo de comunicação realizado no interior do subsistema a partir das irritações provenientes do entorno. O subsistema jurídico tem na lei apenas uma das suas referências. Em outras palavras, o subsistema jurídico não é integrado apenas pelas decisões legislativas (lei), e judiciais (jurisprudência), mas sim sobre o conjunto das comunicações estabelecidas a partir do código licitude/ilicitude.

5. O Papel do Conceito de Constituição

Do ponto de vista histórico, das relações entre o sistema do direito e do sistema da política, há ainda uma questão relevante que deve ser destacada a partir de uma observação sistêmica, qual seja, a questão constitucional.

As Constituições, de acordo com Simioni (2009), surgem para resolver o paradoxo do poder submetido à soberania do próprio poder (Estado), um poder soberano que se fundamenta em si mesmo para limitar-se a si mesmo. Claro que este paradoxo necessitava ser parametrizado por um valor externo que lhe permitisse justificar o exercício deste poder. E como esse valor externo não poderia mais ser a vontade de Deus nem uma ideia normativa da natureza, surgiram as Constituições.

Desta forma, de acordo com Simioni (2009, p. 343), as Constituições resolveram de modo satisfatório o paradoxo do poder soberano do Estado, “Diferenciando competências e atribuições funcionais, uma Constituição limita a arbitrariedade do poder soberano sobre si mesmo”.

O Estado passa a ser descrito, a partir de então, como “Estado Constitucional, e somente sob esta fórmula, a sociedade pôde converter o direito positivo em um meio de conformação política e, ao mesmo tempo, em um instrumento jurídico para a implantação de objetivos políticos” (LUHMANN, 2005, p. 540). É neste momento, em que o direito se fecha sobre si mesmo, da mesma forma que o sistema político, ambos conquistam a liberdade de desenvolvimento com autonomia.

O aparecimento das constituições no contexto do Estado Moderno representa uma evolução que realiza um duplo papel, o de distinguir e também aproximar o direito e a política. A Constituição, para Luhmann representa uma reação à total separação entre ambos os sistemas, atuando como um vínculo estrutural entre os sistemas jurídico e político, e na

medida em que a mesma funcionava como mecanismo de limitação das influências recíprocas entre direito e política, elas se tornam conquistas reais da sociedade.

Neste sentido, as Constituições acabavam resolvendo dois problemas de justificação: de um lado, o problema da justificação jurídica do direito secularizado, isto é, do direito positivo, que não mais se fundamentava na vontade de Deus ou no direito natural; e de outro, o problema da canalização das arbitrariedades na divisão dos poderes do Estado, já que com as Constituições, cada Poder do Estado só poderia tomar decisões vinculando aos demais Poderes se observasse as condições do direito (LUHMANN, 1994, p. 36).

Canalizando e restringindo as possibilidades de influências políticas sobre o direito e, ao mesmo tempo, as possibilidades de influências jurídicas sobre a política, as Constituições permitiram graus maiores de liberdade recíproca na política e no direito. Isto porque, na condição de vínculo estrutural entre política e direito, permite, segundo Teixeira (2009), que cada sistema mantenha sua operatividade funcional na exata medida em que cada um dos sistemas permanecem como realidades complexas para o outro, a despeito de a Constituição representar para ambos um elemento comum.

No entanto, ao mesmo tempo em que limitam as influências recíprocas entre direito e política, as Constituições, segundo Luhmann (2005, p. 541) também “oportunizam aumentos recíprocos de irritabilidade”, como por exemplo, uma maior possibilidade jurídica de se registrarem decisões políticas em forma jurídica (forma de leis válidas) e, ao mesmo tempo, uma maior possibilidade política de servir-se do direito para a realização concreta dos objetivos políticos.

Para o direito, a Constituição é política. Para a política, a mesma Constituição é jurídica. E assim, o paradoxo da autoconstituição da Constituição – ou o paradoxo da Constituição sem um fundamento além de si mesmo – torna-se inofensivo tanto para o direito quanto para a política (LUHMANN, 2005). Para o sistema jurídico a Constituição representa elemento de ordenação do código licitude/ilicitude. Para a política, por sua vez, a Constituição representa elemento articulado à noção de decisão vinculante, enquanto problema relativo à soberania.

Enfim, segundo Rocha (2006, p. 01), a Constituição é a forma estruturada nas sociedades diferenciadas, características da modernidade, utilizam para a operacionalização/observação das relações entre o Direito e a Política. Neste sentido o autor aponta a diferença entre a concepção de Constituição normativista de Kelsen e a autopoiética de Luhmann. Na primeira versão neo-kantiana, a validade do Direito somente pode ser obtida

de forma hierárquica, “ocultando-se todos esses aspectos paradoxais de uma visão do Direito desde um tempo cíclico como apontamos acima”. (ROCHA, 2006, p. 188).

Luhmann, por sua vez, ao caracterizar a função dos tribunais no subsistema jurídico, supera o modelo de subordinação do judiciário ao legislativo, admitindo a criação judicial do direito. Não faz sentido assim, recorrer a noções típicas do pensamento jurídico tradicional que ancoram as decisões judiciais em uma suposta “completude do ordenamento jurídico” ou em uma “racionalidade do legislador”, ou ainda em um “espírito da lei” (CAMPILONGO, 2002, p. 162).

Desta forma, no contexto da expansão da jurisdição brasileira, a jurisdição constitucional tem sido considerada uma importante esfera destinada a realização dos direitos fundamentais. Em certa medida, tal fenômeno se explica frente aos indicadores sociais que apontam uma profunda situação de desigualdade, que apresenta, conseqüentemente, uma crescente expectativa no sentido de uma postura ativa da jurisdição em direção a realização dos direitos sociais. Neste sentido, é preciso assegurar que a eventual expansão da jurisdição constitucional não signifique que o subsistema jurídico venha a assumir as funções específicas da política.

Tal risco fica evidente se considerarmos que a abertura cognitiva do sistema jurídico o confronta permanentemente com “irritações” provenientes do ambiente, neste caso específico, as demandas sociais e políticas. No entanto, é condição de funcionalidade do sistema jurídico que as respostas oferecidas por ele sejam mediadas pelo código lícito/ilícito. Isto significa que as demandas políticas e econômicas, traduzidas em irritações sistêmicas só podem ser funcionalmente respondidas pelo sistema jurídico a partir da atuação do código sistêmico.

O direito então, diante de problemas políticos e econômicos, só pode oferecer respostas jurídicas. A ele, não dispendo dos critérios de seletividade operacional da política e da econômica, não é dada a possibilidade de responder politicamente ou economicamente às demandas do ambiente. Tal possibilidade, segundo Teixeira (2009), resultaria na impossibilidade de diferenciação funcional do próprio direito.

Isto faz com que, mesmo que as decisões jurídicas sejam tomadas levando-se em conta finalidades políticas, a referência da decisão à diferença entre direito e não-direito garante a inserção dessa decisão na comunicação jurídica. E ainda, mesmo que as decisões políticas sejam tomadas levando-se em conta as regras do direito, a referência da decisão à diferença entre governo e oposição mantém essa decisão no âmbito da comunicação política. (SIMIONI, 2009).

Desta forma, política e direito, como dois sistemas funcionalmente diferenciados, já não podem mais ser utilizados para resolver problemas que escapam de seus respectivos âmbitos de competência funcional. O direito, por exemplo, já não pode mais ser utilizado para resolver problemas políticos – a não ser para sublimá-los da política por meio do seu deslocamento ao judiciário, em a política pode ser utilizada para resolver problemas jurídicos.

Desta forma, a judicialização da política ou a politização da jurisdição, assuntos tão comentados na doutrina jurídica atual, só podem ser considerados e analisados sob a previa suposição da diferença funcional entre direito e política. Isto faz com que a interpretação das leis ou da Constituição aconteça sob a forma de teorias especificamente jurídicas de argumentação, a partir das quais o recurso à vontade ou à intenção do legislador tem um papel secundário na concreção do sentido normativo de um texto legal ou Constitucional. E também as estratégias de concretização das políticas públicas do Estado obedecem a programas políticos que têm o direito apenas como um instrumento de legitimação das decisões.

6. Considerações Finais

Como vimos, o pensamento jurídico moderno está alicerçado nos mitos de neutralidade e imparcialidade do juiz, o que levou a uma interpretação do direito essencialmente racional e objetiva. Tal situação ocasionou uma dissimulação ideológica, que pautou a afirmação de uma estrutura de poder, considerando o direito como resultado de um conjunto de procedimentos destinados à afirmação da supremacia da lei, enquanto expressão da vontade do parlamento. Tal situação dificultou, durante muito tempo a compreensão total e profunda das relações existentes entre política e direito.

No contexto desta visão teórica predominante, o poder criativos dos juízes e tribunais deveria ser sempre limitado, de modo a não promover ou desestabilizar os interesses ali representados. Daí a progressiva associação entre direito e lei, que passam progressivamente a ser compreendidas como expressões correlatas e a redução do poder judiciário a uma função de mera “boca da lei”, e o sentido do direito e do dever-ser como algo dado, em oposição a algo que possa ser visto como um processo de construção.

No entanto, esta lógica não pode mais contribuir para a compreensão do real potencial de relacionamento entre política e direito, sobretudo diante das demandas e desafios contemporâneos. A sociedade deste início de século XXI, chamada de globalizada, pós-

moderna, modernidade reflexiva, modernidade líquida, tem como uma das características fundantes a dissolução da noção de tempo/espaço tradicionais (ROCHA, 2006).

As transformações e a crescente complexificação das estruturas sociais, comprometeram a homogeneidade que em certa medida legitimava a manutenção da lei como expressão de juridicidade por excelência. Com este novo cenário, a identificação de uma vontade geral que pudesse ser representada na lei torna-se problemática e a fragmentação de interesses se faz sentir com intensidade na própria esfera parlamentar.

Disto, resulta uma “perda generalizada da capacidade parlamentar em dar respostas consistentes às emergências sociais. A ampliação do papel criativo do juiz e o exercício de uma jurisdição criativa e reconhecimento de uma atuação política encontram aqui um quadro amplamente favorável à sua legitimação” (TEIXEIRA, 2009, p. 314). Tais fenômenos necessitam de novos olhares e teorias capazes de observar e compreender a sua totalidade e abrangência.

A teoria do direito e a dogmática jurídica tradicionais estão comprometidas com a reprodução do sistema jurídico, visando ocultar e anular os paradoxos. Neste ponto, as análises sociológicas traçadas por Luhmann representam um grande avanço no sentido de possibilitar a visualização do paradoxo em que o próprio Direito está fundado: “a irresistível vocação e tentação à aplicação da distinção (código binário - que repercute na própria “identidade/não-identidade” do sistema) à própria distinção (código binário)” (ROCHA, 2006, p. 188).

Por isso, para Rocha, a auto-observação de como a práxis jurídica oculta/anula/trabalha esses paradoxos, com a finalidade de permitir a tomada de decisões jurídicas em contextos altamente complexos, remete a uma “tautologia construída auto-referencialmente, onde os Tribunais se encontram no centro do Sistema Jurídico”. Reforça-se, assim, o cunho pragmático desta epistemologia sistêmica que, de forma construtivista, presume e admite a realidade circular do Direito. (ROCHA, 2006, p. 188).

Em Luhmann, a Constituição torna-se a forma estruturada nas sociedades diferenciadas características da modernidade darem conta da operacionalização/observação das relações entre o Direito e a Política. Neste sentido, percebe-se a diferença entre a concepção de Constituição normativista de Kelsen e a autopoietica. Na primeira versão neokantiana ligada a noção tradicional de tempo, a validade do Direito somente pode ser obtida de forma hierárquica. Assim, ocultam-se todos esses aspectos paradoxais de uma visão do Direito desde um tempo cíclico como apontamos acima. (ROCHA, 2006, p. 188).

Ao caracterizar a função dos tribunais no subsistema jurídico, Luhmann supera o modelo de subordinação do judiciário ao legislativo, admitindo a criação judicial do direito. Assim, a obrigação de decidir nada mais representa do que uma escolha entre alternativas possíveis, através da qual o direito é criado. Não faz sentido assim, recorrer a noções típicas do pensamento jurídico tradicional que pretendem ancorar decisões judiciais em uma suposta completude do ordenamento jurídico ou em uma racionalidade do legislador, ou ainda em um espírito da lei.

Tal pressuposto teórico pode representar um importante suporte para a compreensão dos fenômenos da expansão da jurisdição, da politização do direito ou da judicialização da política que marcam o contexto brasileiro.

Neste contexto, ressalte-se, a jurisdição constitucional tem sido considerada como importante esfera destinada a realização dos direitos fundamentais. Em certa medida, tal fenômeno é explicável diante dos indicadores sociais que apontam uma profunda situação de desigualdade. Como consequência, é crescente a expectativa no sentido de uma postura ativa da jurisdição em direção a realização dos direitos humanos. É preciso, contudo, que a eventual expansão da jurisdição constitucional não signifique que o subsistema jurídico venha a assumir as funções específicas da política.

Aqui, a importância de uma compreensão histórica correta das relações entre o sistema do direito e da política, ambos diferenciados subsistemas que compõem o sistema social.

Por tudo isso, não podemos ignorar que a sociedade está mudando numa velocidade muito grande, forçando que o jurista tenha consciência de que só seremos sujeitos da construção do tempo histórico se tivermos a velocidade, a capacidade de decidir, a partir de teorias que levem em conta essa complexidade: os paradoxos e os riscos que começam a surgir a partir daí.

Deste modo, como afirma Rocha (2006, p. 105), o tempo parece estar escapando das nossas mãos, e talvez amanhã já não seja mais o tempo do direito. É preciso que se tenha mecanismos efetivos de tomada de decisões para se poder produzir futuro, controlando os riscos de ampliação da complexidade se ampliam. As decisões jurídicas não podem correr o risco de não terem capacidade de enfrentar os problemas que pretendem temporalizar, perdendo o controle dos processos de desinstitucionalização e reinstitucionalização da sociedade. (ROCHA, 2006).

A pós-modernidade, com sua velocidade impressionante rompe com a distinção tradicional entre tempo e espaço e desestabiliza os seus pressupostos fundantes, como o intervencionismo estatal. As visões tradicionais acabam demonstrando grande dificuldade em

acompanhar a agilidade e a transposição dos paradoxos apresentados e decorrentes da auto-referência do Direito dogmático, obstaculizando a tomada de decisões.

Dessa forma, a teoria autopoietica fornece um instrumental de valor, mediante a observação da práxis jurídica para que o sistema mantenha sua operacionalidade e funcionalidade específica, ante uma sociedade extremamente complexa e contingente como a sociedade pós-moderna. A racionalidade adquirida na modernidade não é mais suficiente para gerir e pensar um sistema jurídico inserido num ambiente tão repleto de possibilidades comunicativas e tão repleto de complexidade e contingência. Continuemos a reflexão.

Referências Bibliográficas

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1989.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LEITE, Glauco Salomão. **A “politização” da Jurisdição Constitucional**: Uma análise sob a perspectiva da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Disponível www.ibec.inf.br/politi.pdf, acesso em 03 abril de 2014.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate et al. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna**. Barcelona: Paidós, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el estado de bienestar**. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza, 1994.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1998.

ROCHA, Leonel Severo. **Tempo e Constituição**. In: Revista Direitos Culturais, v 1, n.1, dezembro de 2006.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Direito e Política na Teoria dos Sistemas**. In: Silva, Artur Stanford; Santos, Gustavo Ferreira. (Org). Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009.

TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou a Matéria, forma e Poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Nova Cultural, 1988.