

## A Autopoiese da Política e do Direito em Luhmann e o Papel do Julgador

### The Autopoiesis of Politics and Law in Luhmann and the Role of the Judge

Gabriela Soares Balestero<sup>a\*</sup>

#### Resumo

A finalidade do presente estudo é analisar o direito como um sistema autopoietico, baseado na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, bem como discutir o papel do julgador ao utilizar referências externas na tentativa de equilibrar o Direito e a Política em meio às decisões judiciais, sob o prisma constitucional. A Constituição traz diretrizes jurídicas e principiológicas a serem respeitadas pelo aplicador do direito, garantindo assim a autonomia entre o direito e a política. Esse é o objetivo principal do presente artigo.

**Palavras-chave:** Teoria dos Sistemas. Equilíbrio entre o Direito e a Política. Respeito aos princípios constitucionais.

#### Abstract

*The purpose of this study is to examine the law as an autopoietic system based on the theory of systems by Niklas Luhmann, and discuss the role of the judge regarding his use of external references in an attempt to balance law and policy in the midst of the judgments, under a constitutional point of view. The Constitution provides legal guidelines and principles to be respected by the law agents, thus guaranteeing the autonomy between law and politics. This is the main objective of this article.*

**Keywords:** *Theory of Systems. The balance between law and policy. Respect for constitutional principles.*

<sup>a</sup> Mestranda em Direito Constitucional - Faculdade de Direito do Sul de Minas. E-mail: gabybalestero@yahoo.com.br

\* Endereço para correspondência: Rua Coronel Portugal, 96, sala 02. Centro. CEP. 37546-970. Cachoeira de Minas. MG.

#### 1 Introdução

A teoria trazida por Niklas Luhmann busca uma reestruturação sócio – jurídica sob a ótica da autopoiese, quebrando com uma ciência categórica e cartesiana, através da observação das funções exercidas por cada sistema social<sup>1</sup>.

Luhmann em sua teoria dos sistemas propõe uma revolução epistemológica. A decisão jurídica é construída por meio da análise das diferenciações, nas operações de indicação e de distinção. Não é tratada a diferença entre argumentos bons e maus.

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann procura dar uma resposta para a questão de como ocorrem às decisões jurídicas

e como seriam introduzidos os argumentos baseados em valores exteriores ao direito e como incidem paradoxalmente na formação de uma decisão jurídica.

O Luhmann sempre trabalha com as diferenciações. Ele parte da pergunta, o que uma argumentação muda. Nenhum argumento é capaz de mudar o direito vigente. A dependência de validade é uma condição.

No presente artigo será analisado o sistema jurídico dentro da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, tendo em vista que ele está aberto às influências do meio externo, através do código binário direito/não direito, jurisdicizando os elementos do meio, adequando os fatos do meio social que devem ser considerados como integrantes da ordem jurídica.

Ademais, será estudado o papel do julgador na tomada de decisões jurídicas, ao trazer um referencial externo ao sistema jurídico, o “décimo segundo camelo”<sup>2</sup>. Eis o objetivo deste artigo.

1 Ao empregar os sistemas autopoieticos ao direito, Luhmann consegue reduzir a complexidade social. De tal modo, os estudos de Luhmann apregoam que o direito, em seu viés autopoietico, se (re)cria com base nos seus próprios elementos. Sua auto – referência permite que o direito mude a sociedade e se altere ao mesmo tempo, movendo-se com base em seu código binário (direito/não – direito). Tal característica permite a construção de um sistema jurídico dinâmico mais adequado à hipercomplexidade da sociedade atual (TRINDADE, 2008).

2 No mundo prático e profissional dos juristas é uso comum discutir questões difíceis a partir de casos concretos. O caso atenderá satisfatoriamente sua finalidade. Um rico beduíno estabeleceu a sucessão por testamento a seus três filhos. A partilha foi estabelecida em torno de seus camelos. O filho mais velho, Achmed, deveria receber a metade. O segundo filho, Ali, ficaria com um quarto do previsto. O filho mais novo, Benjamin, teria apenas um sexto. Essa disposição parece resultar numa divisão desigual, arbitrária e injusta., mas corresponde ao valor proporcional dos filhos sob a perspectiva histórica de perpetuação do clã, e esta corresponde precisamente à alegria do pai com o nascimento de cada um deles: o segundo filho seria privilegiado somente no caso de o primeiro morrer sem deixar descendente varão etc. Daí a proporção de diminuição das partes. Entretanto, e devido a imprevistos, o número de total de camelos foi reduzido consideravelmente antes da morte do pai. Assim, restavam apenas onze camelos. O conflito foi levado ao juiz, o qual fez a seguinte oferta: eu ponho um camelo meu à vossa disposição, e vocês restituir-me-ão, se Alá quiser, o mais rápido possível. Com doze camelos a divisão ficou simples. Achmed recebeu a metade, quer dizer, seis. Ali recebeu seu quarto, ou seja, três. Benjamin não foi prejudicado, recebendo seu sexto, ou seja, dois. Assim os 11 camelos foram divididos e o décimo segundo pôde ser devolvido (LUHMANN, 2004).

## 2. O Direito como um Sistema Autopoietico

Niklas Luhmann<sup>3</sup> pode ser incluído como um dos importantes representantes da sociologia contemporânea. Para Trindade (2008) a denominação “autopoiese” é a fusão de dois termos “auto” que se refere ao próprio objeto e “poiese”, que diz respeito à reprodução/criação. Sendo que tal expressão foi utilizada por dois biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela para designar os elementos característicos de um sistema vivo e sua estrutura.

Nesse sentido, verifica-se o entendimento de Gunther Teubner (apud TRINDADE, 2007, p.118):

A autonomia e constância de uma determinada organização das relações e os elementos constitutivos desse mesmo sistema, organização essa que é auto-referencial no sentido de que a sua ordem interna é gerada a partir da interação dos seus próprios elementos e auto – reprodutiva no sentido de que tais elementos são produzidos a partir dessa mesma rede de interação circular e recursiva.

Tal expressão passou a ser difundida e usada em outros ramos até ser introduzida por Niklas Luhmann nas ciências sociais por volta da década de 80.

A reorganização permanente e a autopoiese constituem categorias aplicáveis a toda ordem biológica e, a fortiori, à ordem sociológica humana. Uma célula está em autoprodução permanente por meio da morte de suas moléculas. Um organismo está em autoprodução permanente por meio da morte de suas células (que etc); uma sociedade está em autoprodução permanente por meio da morte de seus indivíduos (que etc); ela se reorganiza incessantemente por meio de desordens, antagonismos, conflitos que minam sua existência e, ao mesmo tempo, mantém sua validade (TRINDADE, 2007, p.72).

Para ele o papel da Constituição seria a resolução dos problemas, o estabelecimento um elo de comunicação entre o Direito e a Política, de maneira a possibilitar estímulos e intervenções recíprocas.

Seguindo a perspectiva teórica de Niklas Luhmann, a forma de organização da sociedade contemporânea tem como primado a diferenciação funcional. Diferentemente das sociedades segmentárias e estratificadas, a sociedade funcionalmente diferenciada é policêntrica, policontextual.

E isso significa que se trata de uma forma de sociedade que não tolera mais um centro de controle ou de direção para um fim dado como suposto de racionalidade. Os ideais de emancipação do iluminismo burguês, por exemplo, ainda inflam discursos jurídicos e políticos sobre a Constituição. Mas esses ideais, depositados em um futuro constantemente diferido na modernidade, encontram-se agora submetidos a uma multiplicidade de referências sistêmicas, as quais já não apresentam nenhuma perspectiva de mediação. Quer dizer, a sociedade contemporânea constitui-se por uma multiplicidade de referências possíveis, que já apresentam contingencialmente incompatíveis entre si (SIMIONI, 2008, p. 80-81).

Na teoria dos sistemas de Luhmann os sistemas sociais se auto – regulam, pois o indivíduo, sofrendo a influência do meio em que vive passa a exercer a reflexão, ostentando uma reação externa, de maneira a refletir no meio ambiente em que vive. Desta forma, ocorre uma reação externa diante do exercício da reflexão. Tratam-se, na verdade de subsistemas, dentro de um sistema chamado sociedade.

Proclama-se, nesse sentido, que as características determinantes de um sistema autopoietico são a sua autonomia em relação ao meio que o circunda e a sua clausura operacional no que diz respeito às comunicações com esse mesmo meio. A autonomia faz referência à observância do código binário que determina quais elementos pertencem ao sistema e quais são considerados alienígenas a esse. Esse código funciona na dualidade interno/externo, excluindo os elementos que não possuam as características necessárias para serem aceitos pelo sistema. Essa seleção é feita por uma espécie de membrana que classifica quais conteúdos são, conforme as características intrínsecas do sistema, pertencentes à esse mesmo sistema (TRINDADE, 2007, p. 120).

Para Maturana e Varela (apud TRINDADE, 2008, p. 72-73), tendemos a viver num mundo de certezas, de solidez perceptiva não contestada, em que nossas convicções provam que as coisas são somente como as vemos e não existe alternativa para aquilo que nos parece certo. Essa é a nossa situação cotidiana, nossa condição cultural, nosso modo habitual de ser humanos.

According to Luhmann's system – theory approach, the world (as the horizon of possible descriptions) is expressed by means of a network of contingent distinctions and labels that always have to be understood in context<sup>4</sup>

3 Antes de prosseguir com essa discussão, é importante desfazerem-se alguns preconceitos que existem sobre a teoria da sociedade de Luhmann. Podendo identificar duas fases – e mais uma terceira bastante útil – no pensamento de Luhmann, cujas mudanças, contudo, implicaram pouquíssimas retratações e autocorreções. Na primeira fase – funcional – estruturalista – Luhmann está preocupado em criar as bases teóricas de sociologia adequada à descrição da sociedade moderna, que se caracteriza pela complexidade. Luhmann já supera, nessa fase, os problemas da sociologia dos papéis e da ação teleológica. A questão é descrever como a sociedade mantém a sua ordem (estrutura) em um ambiente sempre muito complexo, onde a função que cada subsistema social desempenha para o sistema total da sociedade passa a ser o critério de orientação. As implicações disso para a sociologia foram enormes: orientado à função, um sistema social pode modificar por si mesmo as suas estruturas. E a terceira fase, pode ser observada já no início da década de 90, onde a teoria da evolução foi substancialmente aperfeiçoada através da distinção “meio/forma”. A forma “meio/forma” é um esquema conceitual que foi constantemente aperfeiçoado ao longo da produção científica de Luhmann. Pode-se observar que até e inclusive na obra “Sistemas Sociais”, a noção de “meio” desempenhava uma função descritiva mais tímida, frequentemente ofuscada pela maior importância conferida ao problema da absorção estrutural da complexidade e da dupla contingência nas expectativas. Nas últimas produções de Luhmann, no entanto, a noção “meio/forma” ganhou maior amplitude: passou a ser uma unidade hologramática da teoria dos sistemas autopoieticos. Em relação ortogonal à distinção entre auto-referência e hetero-referência (SIMIONI, 2007)

4 De acordo com Luhmann, teoria dos sistemas, o mundo (como o horizonte de possíveis descrições) é expresso por meio de uma rede de contingente distinções e rótulos que sempre tem de ser entendido no contexto (BECHMANN; STEBR, 2002).

O Direito é considerado como um sistema decorrente da especialização do sistema social, que, por intermédio do código binário “direito/não direito”<sup>5</sup>, filtra os elementos que fazem parte desse mecanismo de auto – reprodução, de auto – referencialidade dos elementos que compõem o sistema jurídico, de forma a permitir que o Direito crie o direito.

O sistema jurídico, sob a ótica da autopoiese, e seguindo os ditames dessa, pode ser considerado como um sistema ao mesmo tempo aberto e fechado. Aberto às influências do meio externo que passam pelo processo de seleção realizado pelo código direito/não direito, juridicizando os elementos do meio que passam a integrar sua estrutura e servem de aparato para a manutenção da sua auto – referencialidade. Fechado no sentido de auto – referencialidade operativa, isso é, o direito se auto – regula através da sua identidade (código binário) (TRINDADE, 2007, p.124).

Dentro dessa sociedade, formada por tais subsistemas, verifica-se a importância da comunicação, pois, é a comunicação que torna a operação apropriada para produzir e para reproduzir o sistema jurídico. O homem é retirado do centro da figura social, passando-se a incluir a comunicação.

First, communication is a reality *sui generis* that can no longer be attributed to something else. Second, communication is the mechanism that constitutes society as an autopoietic system and processes it in these terms. The negation of communication is itself communication, and hence the expression of society. Third, is communication means autopoietic reproduction, this means that society is a self-substitutive order that can only change in itself and through itself.<sup>6</sup>

Nesse sentido, o direito utiliza o seu código binário para relacionar-se com outros elementos e outros sistemas externos, se adaptando ao meio social, porém, mantendo a sua independência e autonomia. Nessa relação autopoietica, nessa troca comunicativa chamada de “acoplamento estrutural” (TRINDADE, 2007, p.128) passa a existir a necessidade da existência de uma Constituição na tentativa de catalizar todas essas necessidades humanas, tanto no aspecto social, quanto político e jurídico.

Na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a política é entendida como um sistema de comunicação dotado de cláusula operativa, auto – referência e autopoiese. Ao lado de sistemas como o direito, a ciência, a economia, a arte e a religião, a política produz operações sociais específicas, que promovem a sua diferenciação funcional. A especificidade do sistema político da sociedade está no tipo de comunicação que ela produz, qual seja, a comunicação do poder.

Política, poder, força, Estado, são todos conceitos muitas vezes utilizados como sinônimos. Na perspectiva da teoria dos sistemas, é preciso distinguir rigorosamente esses conceitos. A força é um – e apenas um entre vários outros – dos recursos do poder. O poder é meio de comunicação da política. É a unidade de uma diferença específica que constitui a referência das operações políticas. O Estado é o sistema de organização do poder político. O Estado é o símbolo que designa as organizações que atualizam o primado funcional do sistema político da sociedade. E a política é o sistema que produz e reproduz todas essas operações (SIMIONI, 2008, p.120).

O sistema jurídico, mantém a sua autonomia e liberdade quanto aos demais subsistemas, contudo, permite ao julgador uma liberdade maior quanto aos critérios que devem ser observados na tomada de decisões. Nesse passo, a teoria de Luhmann (2007)<sup>7</sup> descreve não apenas o “lado bom” do Direito, mas também abre espaço para o “lado ruim”, como a possibilidade de ocorrência de arbitrariedades, de um discricionarismo exagerado do intérprete e aplicador da norma.

A teoria luhmanniana é baseada em dois aspectos: de um lado há a sociedade e de outro o ambiente. É a reflexão e a reação do indivíduo em relação ao meio ambiente que gera a teoria dos sistemas de Luhmann.

Tais sistemas sociais se situam em um sistema mais abrangente, que seria a sociedade. Nesse sentido, a sociedade seria um sistema de comunicação entre os diversos subsistemas nela existentes.

O sistema jurídico sob a ótica da autopoiese<sup>8</sup> pode ser considerado ao mesmo tempo como um sistema aberto e

5 Sin embargo, todo esto debe ser comprendido como un hecho interno al sistema del derecho, ya que tanto la incertidumbre como el no poder prescindir de contactos específicos con el derecho, son consecuencias de la codificación binaria, y sólo se presentan así cuando se plantea la pregunta jurídica. La clausura operativa del sistema se confirma precisamente por el hecho de que existen diferentes perspectivas dentro del sistema y que por eso puede haber, en el interior, una observación organizada de los observadores. El sistema está, utilizando la expresión de Heinz von Foerster acerca de la motivación, “codificado indiferenciadamente”; O tal vez mejor: “indiferentemente codificado. No existe por lo tanto ningún input de comunicación jurídica en el sistema del derecho, porque no hay absolutamente ninguna comunicación jurídica fuera del sistema del derecho. Esta es una de las consecuencias de las transición de las input type descriptions hacia las closure type descriptions (Varela). Y, además, esta es una de las consecuencias de la tesis de que solamente el sistema del derecho puede originar su clausura, reproducir sus operaciones, definir sus límites: no existe ninguna otra instancia en la sociedad que pudiera determinar lo que es conforme (o discrepante) con el derecho (LUHMANN, 2007, p. 46.)

6 A comunicação é uma realidade *sui generis* que já não pode ser atribuída a qualquer outra coisa. Em segundo lugar, a comunicação é o mecanismo que constitui a sociedade como um sistema autopoietico e se processa nestes termos. A negação da própria comunicação é comunicação e, portanto, a expressão da sociedade. Em terceiro lugar, é a comunicação significa reprodução autopoietica, isto significa que a sociedade é uma auto-substitutiva da ordem que só pode mudar em si própria e através de si mesma (BECHMANN; STEBR, 2002).

7 Una teoría del sistema jurídico -autopoietico y clausurado operativamente-, presupone que este sistema se distingue de todos los demás sistemas de funciones de la sociedad

8 O conceito de autopoiese transfere a unidade de autoprodução, das estruturas, para os elementos do sistema. Como a estrutura de um sistema autopoietico também é produto de si mesmo e, portanto, contingente, a estrutura é constituída apenas por processos, apenas por operações. E a função passa a ser, então, uma autofunção e por isso deve ser distinguida das prestações que um sistema realiza para os demais sistemas que se encontram em seu ambiente. Aqui Luhmann teve que tomar uma decisão teórica importante: a ação, como tradicional unidade analítica da sociologia, foi substituída por uma unidade muito mais complexa: a comunicação – que passa a abranger a ação, a informação e a compreensão, sendo a ação, por sua vez, a unidade da diferença entre ação e vivência (SIMIONI, 2007, p. 280).

fechado. Ele é aberto devido às influências do meio externo, que pelo código ‘direito/não direito’, jurisdiciza os elementos do meio, que passam a integrar a sua estrutura. É também um sistema fechado, pois o direito se auto – regula por intermédio de seu código binário, ou seja, do “direito/não direito”.

Atualmente, quizás se pueda llegar al acuerdo mínimo de que no merece la pena polemizar acerca de la “naturaleza” o del “ser” del derecho que la pregunta decisiva es la de los límites del derecho. Aquí nos enfrentamos al famoso problema de si estos límites se establecen de modo analítico o de modo concreto; es decir, si se establecen mediante un observador o mediante el objeto mismo. Si se responde: “de modo analítico” -y algunos creen erróneamente estar obligados a ello por razón de que están situados en la teoría científica-, entonces se concede a cualquier observador el derecho a su propia objetividad. De esta manera nos encontramos otra vez ahí en donde se constata la imposibilidad de una conversación interdisciplinaria. Por eso nosotros respondemos: “por medio del objeto”. Esto lleva directamente a afirmar: el derecho mismo determina cuáles son los límites del derecho. El derecho mismo determina, por lo tanto, qué es lo que pertenece al derecho y qué es lo que no. Las divergencias de opiniones se trasladan, entonces, hacia la pregunta: cómo ocurre esto (LUHMANN, 2003, p.7).

Gunther Teubner (*apud* TRINDADE, 2008, p.85) sustenta que

a cláusula autopoética do sistema jurídico não implica necessariamente uma espécie de autismo sistêmico do mundo jurídico, mas funciona justamente como condição de sua abertura aos eventos produzidos no respectivo meio envolvente.

Nesse sentido, o direito através do uso de seu código binário se relaciona com os sistemas externos<sup>9</sup>, adaptando-se ao meio social, sem, contudo, perder a sua autonomia e suas características.

### 3 Direito e Política

Conforme já analisado, para que ocorra o processo autopoietico é necessário a comunicação intersistêmica, ou seja, a troca de comunicação entre os vários sistemas como, direito, religião, política, etc.

O sistema jurídico é autônomo em relação aos demais subsistemas, permitindo ao julgador uma liberdade maior quanto aos critérios que devem ser observados na tomada de decisões, gerando a possibilidade a ocorrência de decisões arbitrárias, oriundas de um discricionarismo exagerado do intérprete e aplicador da norma ao julgar o caso concreto.

El código, -conforme con el derecho/no conforme con el derecho-, solamente puede ser manejado en el plano de la observación de segundo orden, es decir, en el nivel de la observación de los observadores. Esta observación es indiferente respecto al hecho de si los observadores de primer orden -actores o víctimas-, clasifican su relación con el mundo de acuerdo al derecho o en desacuerdo a él. Si se imaginan que a ellos les asiste la justicia o que son víctimas, el observador de segundo orden puede juzgar eso mismo de otra manera. Y si en absoluto han pensado una referencia al derecho, el observador de segundo orden puede aplicar para ellos los valores: conforme a derecho/no conforme a derecho. A diferencia de la normatividad de las expectativas (indiscutiblemente indispensable en la operación) y a diferencia de las estructuras históricamente existentes, interpretables como derecho, el código tiene dos particularidades: es universalmente manipulable independientemente del contenido presente de cada comunicación, y posibilita la clausura del sistema por medio de la reformulación de su unidad como diferencia (LUHMANN, 2007, p. 470).

Na teoria dos sistemas, essa observação é feita por um terceiro que é atraído para julgamentos, condenações e ações. Nesse sentido, no caso do Direito, o juiz possui esse papel, pois sendo este um desconhecido, passaria a não ser influenciado, trazendo uma estabilização pela indiferença.

Deve ver-se que, desse modo, o paradoxo da constituição do direito é afastado apenas na união intersistêmica entre direito e política – que fica numa “terra de ninguém” (Niemandsland) por assim dizer. A política pode criar o direito, sob a condição de que ela proceda segundo ele. Dessa forma, tem-se uma tautologia desenvolvida como hierarquia de normas: o direito pode ser mudado [ mas somente] dentro do quadro constitucional. Este pode ser mudado, por sua vez, somente dentro de seus próprios limites. Estes limites são protegidos por regulamentos internos do parlamento, os quais não permitem que as propostas (Anträge) sejam tratadas de uma forma tal que violem a autolimitação da mudança constitucional (LUHMANN, 2004, p.39).

Segundo Trindade (2008, p.89),

como exemplo desse acoplamento estrutural pode-se citar a Constituição. Ela serve de elo entre o sistema jurídico e o político, juridicizando relações políticas e mediatizando juridicamente interferências da Política no Direito.

Portanto, a arbitrariedade está identificada com a figura do Estado. Para a resolução do paradoxo desse poder soberano e na tentativa de impor limites a ele foi criada a Constituição.

O Estado Constitucional possibilitou converter o Direito positivo em um meio de conformação política e, ao mesmo tempo, em um instrumento jurídico para a implantação de

9 Segundo Clam (*apud* TRINDADE, 2008) Se o sistema tem sua base autoprodutora nas operações, elas e os relacionamentos que elas representam e nos quais elas entram são a matéria imediata a partir da qual se constituem as estruturas sistêmicas. Uma vez constituídas, as estruturas se tomam os elementos sobre o qual se orientam as operações em sua continuação uma a outra, ou, sua geração uma a partir da outra. Ora, como vimos, os sistema não possui nenhuma parte, nem nele, nem fora dele, de apoio, nem de critérios para governar a geração das operações e são variáveis a partir delas. O agenciamento operativo do sistema, que o faz oscilar entre estruturas e operações, transfere-o, sem interrupção sobre ele mesmo – ou seja, sobre seus elementos (as operações). Essa transferência estrutural é permanente sobre si mesmo. Essa apreensão de apoio sobre o fluxo operativo que o constitui é a recursividade. Isso significa, por exemplo, para o sistema social, que não há saída fora de suas próprias operações e que essas procuram, sempre, apoio sobre elas mesmas para se modificar.

disciplinas políticas. Segundo Luhmann, “essa forma de acoplamento estrutural [entre direito e política] através do Estado Constitucional fez possível em ambos os lados (no sistema político e no sistema jurídico), a realização de graus de liberdade superiores, assim como uma notável aceleração da dinâmica própria de cada um desses sistemas.” A partir do momento em que o Direito se fecha sobre si mesmo e que isso acontece também com o sistema político, ambos os sistemas conquistam a liberdade de desenvolvimento com autonomia (SIMIONI, 2008, p. 84).

A Constituição, portanto, se transforma em um mecanismo de limitação das influências recíprocas entre o Direito e a Política<sup>10</sup>, sendo que o Direito pode ser usado pela política como instrumento de realização dos objetivos políticos e ao mesmo tempo a política pode ser utilizada pelo Direito como fonte para as decisões judiciais.

No âmbito da comunicação política<sup>11</sup> (situação versus oposição), os poderes do governo e da oposição se organizam e a política<sup>12</sup> conquista a autoipoiese, pois adquire a possibilidade de produzir operações de poder baseadas nas pré existentes, de maneira a proporcionar a sua própria abertura para os programas sociais e políticos de bem estar da coletividade e de gestão estratégica das organizações empresariais.

A política enquanto sistema tem características específicas distintas dos demais sistemas. Seu principal objetivo é atribuir aos indivíduos a característica – democrática – de construção de um ambiente de legitimação e aceitação das condutas generalizadas. Segundo Luhmann, “o processo democrático da política tem que incluir mecanismos que possibilitem supor que os atingidos pelas decisões as assimilem, ou seja, que eles incorporem as decisões como premissas do seu comportamento subsequente”. A união da política e do direito é transferida pelos textos constitucionais que fazem um acoplamento estrutural de seus elementos comuns, criando ambientes seletos para o debate de suas estruturas (TRINDADE, 2008, p.103).

Nesse sentido, compreende - se que as mudanças bruscas

na política alteram o Direito e as alterações na aplicação do Direito geram transformações na política.

Todavia, a Constituição não pode realizar uma total juridicalização da política. Se for tarefa da política adaptar a ordem social a exigências variáveis, ela necessita então de uma área de atuação que a Constituição pode delimitar de maneira diferenciada, mas não suprimir totalmente. A política como produtora do direito positivo transcende necessariamente este. Por conseguinte, a Constituição não elimina a política, apenas lhe coloca uma moldura. Em contrapartida, uma política totalmente juridicalizada estaria no fundo despida de seu caráter político e por fim reduzida à administração. No entanto, a regulamentação da política pelo direito constitucional também se encontra limitada em seu alcance. As Constituições podem fixar condições para decisões políticas, mas não lhes é possível normatizar antecipadamente também o insumo para o processo decisório. Convicções, interesses, problemas e iniciativas precedem à volição organizada pelo direito constitucional. O direito constitucional só os canaliza a partir de um determinado estágio, mas influencia com isso, diretamente, também as etapas decisórias precedentes (GRIMM, 2006, p.10-211).

No atual contexto, os tribunais devem se limitar a examinar o caso em concreto dentro das balizas constitucionais, nem que para isso tenha que interferir na política, porém, pautado sempre no Direito e não o criando como se legislador fosse<sup>13</sup>.

Nesse sentido, apesar do fenômeno do “ativismo judicial” ser considerado para alguns como a mola propulsora das mudanças sociais, pode, se mal direcionado, ocasionar a tirania do julgador na tomada de decisões.

Portanto, o Poder Judiciário deve representar um efetivo contrapeso com a função desempenhada pelos demais poderes, possuindo limites à aplicação da norma, na tentativa de não violar a Constituição Federal<sup>14</sup>.

Para Dworkin (2002, p.127), somente diante dos casos mais difíceis surge para o juiz a faculdade de um julgamento discricionário; “quando uma ação judicial específica não pode

10 Nos quadros do Estado Democrático (s Social) de Direito, parece já fazer parte da tradição (no sentido hermenêutico da palavra) a assertiva de que o direito é hoje um instrumento de transformação a sociedade, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além de prever um imenso catálogo de direitos fundamentais – sociais. Em síntese, o fenômeno desse novo constitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição com característica compromissória e dirigente, que atravessa vertical e horizontalmente as relações sociais (STRECK, 2008, p. 91).

11 Assim, o Estado deixa de “fazer política” no sentido tradicional e passa a orientar-se a seus ambientes criados em seu próprio interior: a opinião pública e a política. E isso significa que, diferentemente da estrutura hierárquica da política da Idade Média, o Estado Moderno tem que orientar-se, ao mesmo tempo, segundo a comunicação política da sociedade, de um lado, e segundo a opinião pública, de outro (SIMIONI, 2008).

12 Política e direito têm sido conciliados sob a fórmula do Estado de Direito. Isto tem permitido ao direito externalizar seu próprio paradoxo e o esquecer no caminho da política. Tem-se partido do princípio que criação do direito politicamente motivada é “justificada” dentro do quadro da constituição, de forma tal que a questão reside em saber se o direito não é mais estabelecido pela introdução da distinção direito e não – direito (Recht und Unrecht) [feita] por si próprio no interior do sistema jurídico (ARNAUD; LOPES JUNIOR, 2004).

13 Isso provocou inovação significativa no Direito, pois a partir das Constituições o Direito mesmo dispõe das regras da própria modificação e torna-se autônomo em relação ao direito divino e ao direito natural. O Direito não tem mais que encontrar fundamento na vontade e em Deus ou em normatividade da natureza. Com Constituição, o Direito passa a fundamentar-se a si mesmo e, pode incorporar princípios capazes de colidir com valores ou princípios morais. Porque do ponto de vista jurídico valores e princípios morais só são permitidos sob a condição de estarem autorizados em normas jurídicas válidas, como, por exemplo, no princípio da dignidade humana (SIMIONI, 2008).

14 Quero indagar, porém, se os juízes devem decidir casos valendo-se de fundamentos políticos, de modo que a decisão seja não apenas a decisão que certos grupos políticos desejariam, mas também tomada sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos. Um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária. Não decide a favor da interpretação buscada pelos sindicatos porque é membro do Partido Trabalhista, por exemplo. Mas os princípios políticos em que acredita que a igualdade é objetivo político importante, podem ser mais característicos de um partido político que de outros (DWORKIN, 2005)

ser submetida a uma regra clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir de uma forma ou de outra”.

Entretanto, apesar de, inicialmente entender-se que tanto os princípios constitucionais como argumentos políticos, sociais e econômicos possam servir de embasamento para as decisões judiciais, somente decisões pautadas nos primeiros<sup>15</sup> devem compor um sistema jurisdicional democrático.

Obviamente, conforme afirmado anteriormente, o Direito e a Política se relacionam de maneira intensa em uma relação que deveria ser de complementariedade, na qual o controle de constitucionalidade pelos tribunais é justificado pelo Direito, contudo, o Poder Judiciário, baseado nesse controle, utiliza critérios políticos como argumentos de justificação de suas próprias decisões, quando não muito cria o próprio Direito, de maneira a proporcionar a geração de insegurança jurídica.

Como questiona Streck (2008) como construir um discurso capaz de dar conta e tais perplexidades, sem cair em decisionismos e discricionariedades do intérprete (especialmente os juízes)<sup>16</sup>?

Em Luhmann, cada sistema social possui as suas operações de decisão, direito, política, economia, religião, etc. Haveria a corrupção na tomada de decisões, quando a motivação das decisões é baseada em outros códigos, como, por exemplo, uma decisão jurídica ter como motivação argumentos políticos, econômicos, fugindo à aplicação de seu código binário “direito/não direito” bem como aos limites

constitucionalmente estabelecidos.

No âmbito do Poder Judiciário, as decisões das causas baseadas em outros códigos representam um problema, como o que atualmente se fala em judicialização da política, da ciência, da economia, pois, se um juiz decide um caso concreto fazendo política pública ao invés de se ater à diferença entre “direito e não direito”, simplesmente tomou uma decisão política e não jurídica. O uso de outros códigos pelos tribunais na tomada de decisões, gera o fenômeno do ativismo judicial, tão debatido atualmente.

No Estado Democrático de Direito o constitucionalismo possui força normativa, porém, ao colidir com aspectos sociais, econômicos e políticos da sociedade gera o problema da inefetividade<sup>17</sup> da Constituição, ou a denominada “baixa constitucionalidade” ou “desconstitucionalização”, na qual, na aplicação do direito verificam-se a ocorrência de violências, afrontas à própria Constituição Federal.

Com o ativismo judicial há o enfraquecimento da força normativa dos textos constitucionais e via de regra, da própria justiça que deveria ser garantidora da Constituição Federal<sup>18</sup>.

A Constituição, além de ser o elo conteudístico que une “política e direito” em um determinado Estado, é também um (eficiente) remédio contra maiorias, circunstância que, de modo algum, coloca um abismo entre democracia e constitucionalismo. E, ao se constituir em remédio contra maiorias (eventuais ou não), tem-se que a Constituição traz insito um núcleo político que somente pode ser extirpado a partir de uma ruptura institucional (STRECK, 2008, p.101).

15Então, diante do paradoxo da Constituição que se afirma a si mesma como constitucional e, por isso, subtrai-se de si mesma, um observador tem que assimetrizá-lo de modo criativo. Tem que introduzir referências externas ao paradoxo – tem que suplementá-lo – como, por exemplo, mediante uma assimetria temporal entre a ordem constitucional anterior e a ordem constitucional posterior, com a introdução da referência externa ao valor do princípio do não – retrocesso social. Ou também simplesmente com a introdução da referência externa ao valor vontade do povo, como na famosa fórmula *we the people*. Assim, entre o constitucional e o inconstitucional, a própria Constituição excepciona a si mesma dessa diferença por meio das referências simbólicas à vontade do povo, à soberania, à política ou ao princípio do não – retrocesso social (SIMIONI, 2008).

16Não é fácil a tarefa de indicar/classificar as diferentes posturas que, de um modo ou de outro, aceitamos a interpretação/aplicação do direito implica um grau maior ou menor de discricionariedade (que conduz à arbitrariedades e decisionismos). Aqui parece adequada a noção ‘forte’ de discricionariedade cunhada por Dworkin (*Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984), para criticar as posturas positivistas. Isto é, a tese da discricionariedade forte é indicador dos diferentes graus de ‘delegação em favor da subjetividade do intérprete’. De qualquer modo, assim como é difícil fazer um quadro acerca de (todas) as modalidades de positivismo, também é complexo delinear as posturas decisionistas, que vão desde o normativismo kelsiano, que atribui ao juiz, nos casos difíceis, um poder absoluto, até as teses da escola de direito livre e do realismo norte – americano, passando por Hebert Hart alvo principal das críticas de Dworkin. Considere-se, ademais, as teorias da argumentação, que concedem, no âmbito da ponderação, um acentuado grau de discricionariedade ao juiz. A partir de tais autores e posturas, forjou-se um enorme contingente de concepções, que tem no esquema sujeito – objeto o seu suporte epistemológico (STRECK, 2008).

17Explicando melhor: a chave da crise do Direito e dessa ‘baixa efetividade da Constituição’ talvez se deva ao fato de que o pensamento jurídico dominante continua acreditando que o jurista primeiro conhece, interpreta, para então aplicar; ou, de forma mais simplista, que interpretar é desvendar o sentido unívoco da norma que interpretar é desvendar o sentido e o alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos que interpretar é buscar o verdadeiro sentido da norma, ou que os métodos de interpretação são caminho seguro para alcançar corretos sentidos, e que os critérios usuais de interpretação constitucional equivalem aos métodos e processos clássicos, destacando-se, dentre eles, o gramatical, o lógico, o teleológico objetivo, o sistemático e o histórico, e, finalmente, para total desespero dos que, como eu, são adeptos da hermenêutica filosófica, que é possível descobrir a vontade da norma e que o legislador possui espírito! Tais teses acerca da interpretação estão ainda atreladas à relação sujeito – objeto, que sustentou tanto a metafísica clássica como a metafísica moderna. Para os adeptos de tais ideias, a interpretação é processo reprodutivo, por interiorizar ou traduzir para a sua própria linguagem objetivações da mente, através da realidade que é análoga a que originou forma significativa. Em síntese, com algumas exceções, é este o estado da arte daquilo que se entende por “interpretação da lei no Brasil”, cujas conseqüências não são muito difíceis de perceber (STRECK, 2007).

18Na medida em que não resolvemos essas três violências – e essa questão aparece dramaticamente na realidade de países como Brasil, Colômbia, Venezuela, Argentina, para falar apenas destes -, mostra-se equivocado falar em desregulamentação do Estado e enfraquecimento da força normativa dos textos constitucionais e, conseqüentemente, da própria justiça constitucional no seu papel de garantidor da Constituição. Na verdade, a pretensão é que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição. A Constituição não é simples ferramenta e tampouco é uma terceira coisa que se ‘interpõe’ entre o Estado e a Sociedade (STRECK, 2008, p. 100).

Nesse passo, é necessária a imposição de limites, controles, sobre o produto final da interpretação e aplicação do direito pelos juízes e tribunais de maneira a dar efetividade às normas constitucionais.

Consoante o entendimento de Lênio Streck (2008, p.102) “parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é”.

Os tribunais estão bastante habilitados para fazer julgamentos sobre o processo justo, mas muito mal habilitados para fazer julgamentos políticos substantivos, e que julgamentos feitos em tribunal sobre processos são compatíveis com a democracia, ao passo que julgamentos feitos em tribunal sobre substância não são (DWORKIN, 2005)<sup>19</sup>.

As decisões do julgador<sup>20</sup> em cada caso concreto devem ser sustentadas por justificação baseada em fundamentos jurídicos, havendo a reconstrução do direito de forma a não afrontar a Constituição Federal, o que, infelizmente, não vem ocorrendo no caso concreto.

Para Luhmann, dentro da teoria dos sistemas, diante da implicação simultânea entre os diversos subsistemas, poderia haver uma espécie de “empréstimo operacional”, ou seja, tanto operações políticas, jurídicas, econômicas, religiosas, poderiam ser emprestadas entre si, para a tomada de decisões.

No caso, do Direito, a questão não seria como o juiz decide, mas como o sistema jurídico produziria as decisões na forma de operações de distinção, dentro daquilo que já foi por ele distinguido. Ou seja, dentro daquilo que seria distinguido pelo seu código binário bem como das interferências e empréstimos operacionais intersistêmicos. Esse é o diferencial em Luhmann.

Como infelizmente, as decisões judiciais estão sendo baseadas em critérios políticos<sup>21</sup>, não em grau de

complementariedade entre a política e o direito, não existiria em si uma decisão jurídica pura, pois em casos em que haveria a impossibilidade de tomada de decisão pelo julgador, a introdução de uma diferença (do décimo segundo camelo) deve produzir uma variação tolerada, assimilada pela própria estrutura do sistema.

Nesse sentido, uma decisão inovadora deve ser sempre uma decisão esperada pelo sistema, com suas variações toleradas e assimilares por ele, sem desequilíbrio.

Chega-se, portanto, a uma contradição, ao ápice de uma *não – democracia*, o direito sendo transformado em política, o que gera um contra-senso, pois se o direito é usado para salvaguardar a democracia, não pode se transformar na própria política (STRECK, 2008).

A alternativa mais cabível seria o respeito ao dever fundamental de cada cidadão em obter uma prestação jurisdicional adequada à Constituição Federal e nela fundamentada, mais precisamente, a obtenção de uma resposta hermeneuticamente adequada à Constituição Federal.

Diante dessa convivência política entre o Direito e a Política, passa-se a ter a noção de que a Constituição Federal deve ser protegida em face dos abusos contra ela cometidos, consagrando o princípio da supremacia constitucional<sup>22</sup>.

Nesse passo, a explicitação de cada resposta dada pelo julgador ao caso concreto deve estar sustentada em uma justificação consistente, reconstruindo o direito, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, dando uma fundamentação jurídica adequada ao Estado Democrático de Direito.

A afirmação da clausura operacional tem antes a ver com a necessidade, segundo Luhmann, de se distinguir o Direito da Moral. Aqui toma o autor ‘Moral’ em sentido diferenciado

19Mas agora precisamos de uma medida do poder político adequado para servir a essa concepção igualitária de democracia, e não está claro qual devemos usar. Poderíamos considerar primeiro a seguinte sugestão: a igualdade de poder político consiste em ter as mesmas oportunidades que os outros de influenciar decisões políticas; as mesmas oportunidades que os outros de influenciar decisões políticas; as mesmas oportunidades de votar, escrever para congressistas, reivindicar reparação, expressar-se a respeito de questões políticas, e assim por diante. Se há um mecanismo de influência disponível para alguns, ele deve estar disponível para todos. Isso levanta imediatamente a questão de se a igualdade nessas oportunidades é ameaçada quando alguém rico pode comprar anúncios em jornais, prometer contribuições substanciais em campanhas políticas etc., enquanto outros não têm recursos para influenciar a política de nenhuma dessas maneiras. Poderíamos deixar essa questão de lado, porém, distinguindo um direito e o valor desse direito. Poderíamos dizer, provisoriamente, que a igualdade política exige pelo menos que todos tenham a mesma oportunidade de influenciar as decisões políticas, de modo que quaisquer impedimentos jurídicos se apliquem a todos, deixando de lado a questão de se a igualdade política também exige que as oportunidades de todos tenham o mesmo valor para cada um deles (DWORKIN, 2005).

20Embora os avanços ocorridos na teoria do direito e as rupturas paradigmáticas nela produzidas pelas duas grandes revoluções copernicanas ocorridas no século XX (o constitucionalismo de perfil transformador e o linguistic turn), há ainda uma resistência à essa viragem hermenêutico-ontológica, instrumentalizada em uma dogmática jurídica (que continua) refratária a uma reflexão mais aprofundada acerca do papel do direito nesta quadra a história (claro que a crítica à dogmática não significa que esta não possa ser crítica). Sejam os claros: no campo da interpretação do direito, não houve ainda, com a necessária suficiência, a invasão da filosofia pela linguagem. E não há como esconder essa evidência: inserido nessas crises, o jurista (ainda) opera com as conformações da hermenêutica clássica, vista como pura técnica (ou técnica pura) de interpretação (Auslegung), na qual a linguagem é entendida como uma terceira coisa que se impõe entre um sujeito cognoscente (o jurista) e o objeto (o direito) a ser conhecido. Sempre sobre, pois, a realidade! Esse modo – de – ser encobre o acontecer propriamente dito do agir humano, objetivando-o na linguagem e impedindo que se dê na sua originariedade, enfim, na sua concreta faticidade e historicidade (STRECK, 2008).

21Por isso, mesmo sendo evidente que o direito devia prevalecer sobre o poder, tem de se resignar à evidência de que, na realidade, acontece o contrário, que é sempre o poder que prevalece sobre o direito e se lhe impõe e o subjuga, até que o direito, por sua parte, consegue acumular ao seu serviço a quantidade suficiente de poder para esmagar o poder do desaforo e da arbitrariedade (LASSALE, 2008).

22Por isso o acerto de Dworkin, ao exigir responsabilidade política dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Daí a necessidade de ultrapassar o modo-positivista-de-fundamentar as decisões; é necessário justificar, detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo ‘Defiro, com base na lei x ou na súmula y (STRECK, 2007).

de Habermas: enquanto a Moral para este pode ser entendida, em síntese, como sistema de saber de normas válidas com base em um princípio da universalização, para Luhmann a Moral se apresenta como sendo algo particular, embora ambos reconheçam – ainda que de ponto de vista diferenciados – que na Modernidade a Moral não é capaz de cobrar cumprimento imediato – e Luhmann vai afirmar que esta impossibilidade se dá, justamente, dentro do sistema do Direito como maneira de forçar o reconhecimento da clausura operacional: o Direito deve consistentemente decidir juridicamente e não moralmente [...] Somente quando se toma o Direito, como funcionalmente diferenciado, enfim, enquanto sistema dotado de unidade e fechamento operacional é que se pode permitir levar adiante uma delimitação entre Direito e seu ambiente (CHAMON JUNIOR, 2007, p. 60).

Na teoria dos sistemas de Luhmann (2004), os suplementos de uma decisão jurídica é a metáfora do décimo segundo camelo, no sentido de introduzir uma referência externa para completar a ausência da possibilidade da decisão. Para ele, esse terceiro incluído de forma paradoxal na decisão está e não está ao mesmo tempo na decisão, é e não é, ao mesmo tempo, parte da decisão.

Cabe ressaltar que esses suplementos utilizados nas decisões judiciais devem ser valores e princípios constitucionais importantes para a sociedade, devendo a decisão judicial estar limitada pela Constituição e de acordo com os parâmetros formais e materiais nela estabelecidos.

#### 4 Considerações Finais

A teoria dos sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann possibilita dividir os vários sistemas sociais de acordo com as características específicas de suas funcionalidades.

O estudo do direito em seu caráter autopoietico, se cria e recria baseado em seus próprios elementos, ou seja, o direito, através de seu código binário “direito/não direito” permite uma mudança social bem como a sua própria alteração.

Nesse passo, a supremacia dos valores e princípios constitucionais<sup>23</sup> resultaria do fato de que, estabelecendo uma relação de mútua implicação entre o direito e a política<sup>24</sup>, a Constituição representaria uma estrutura normativa superior a todas as demais no interior da ordem jurídica, dando relevância à sua força normativa<sup>25</sup>.

Portanto, o princípio da supremacia constitucional que é a afirmação do constitucionalismo moderno, possibilita

a convivência harmônica do direito com a política, possibilitando, devendo essa referência externa trazida pelo aplicador do direito, ou seja, o décimo segundo camelo, encontrar amparo nos valores e princípios constitucionais.

Desta forma, conclui – se que a Constituição do Estado garante a autonomia do direito e da política<sup>26</sup> na qual traz diretrizes jurídicas e principiológicas a serem respeitadas pelo aplicador do direito.

#### Referências

- ARNAUD, A.-J.; LOPES JUNIOR, D. (Org.). Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- BECHMANN, G.; STEBR, N. The legacy of Niklas Luhmann. Society, 2002.
- CHAMON JÚNIOR, L.A. Filosofia do Direito na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- \_\_\_\_\_; OLIVEIRA, M.A.C. (Coord.). Jurisdição e hermenêutica constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- DWORKIN, R. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GRIMM, D. Constituição e Política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- LASSALE, F. O que é uma Constituição? Belo Horizonte: Líder, 2008.
- LUHMANN, N. El derecho de la sociedad. México: Universidad Autónoma de México, 2007.
- \_\_\_\_\_; Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- \_\_\_\_\_. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- \_\_\_\_\_. Sociologia do Direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MÜLLER, F. Quem é o povo? 4. ed. São Paulo: RT, 2008.
- OLIVEIRA, M.A.C. Direito, Política e Filosofia. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2007.
- \_\_\_\_\_. Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- \_\_\_\_\_. Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

23Ou seja, para cada problema (real ou imaginário), em todo e qualquer ramo jurídico, o Direito concorre integralmente para sua solução, através do filtro constitucional (PEREIRA, 2007).

24A exigência de integridade e coerência no julgamento importa considerar o Direito como um todo e não como uma série desconexa de decisões que possam ser tomadas de modo desvinculado, para com isso requerer que ‘nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios (PEREIRA, 2007)

25Cabe ressaltar que Dworkin divide os argumentos das decisões judiciais em argumentos políticos e argumentos de princípios para solucionar os casos difíceis. Contudo, entendemos que os argumentos devem ser sempre jurídicos, de forma a proteger o indivíduo em face das pretensões do corpo coletivo, uma das características basilares do constitucionalismo moderno.

26Para o Direito, a Constituição do Estado é uma lei suprema, fundamental, enquanto para o sistema político, ela é um instrumento da política usado tanto para modificar situações (política instrumental) como para mantê-las (política simbólica). Os sentidos jurídico e político da Constituição são, portanto, diferentes. E isso permite um desenvolvimento autônomo da política e do direito da sociedade. Permite, por exemplo, que o sistema político se valha do Direito para justificar seu poder e, ao mesmo tempo, que o Direito se valha do poder político para impor coletivamente suas decisões (SIMIONI, 2008, p. 95).

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

SIMIONI, R.L. *Constituição, estado constitucional e paradoxo*. Minas Gerais: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007.

\_\_\_\_\_. *Poder e autopeiose da política em Niklas Luhmann*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas Pouso Alegre, v. 27, p. 119-129, jul/dez. 2008.

STRECK, L.L.; MORAIS, J.L.B. *Ciência política & teoria do estado*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 40.

\_\_\_\_\_. *Decisionismo e discricionariedade judicial em termos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil*. *O Direito e o Futuro, o*

*Futuro e o Direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. *Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto*. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica, Constituição, autonomia do direito e o direito fundamental a obter respostas adequadas (corretas)*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 23, n. 25, jul/dez. 2007.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

TRINDADE, A. *Para entender Luhmann e o Direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoiética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

