

CONSTITUIÇÃO, ESTADO CONSTITUCIONAL E PARADOXO:

**Centro de controle e direção de uma
sociedade policêntrica**

CONSTITUTION, CONSTITUTIONAL STATE AND PARADOX:

**Control Center and management
of a polycentric society**

Rafael Lazzarotto Simioni*

RESUMO

Para Luhmann, a idéia de Constituição desempenha, desde seu surgimento, uma função específica de resolução dos problemas de auto-referência no Direito e na política. As Constituições sempre se colocaram sob a forma de um paradoxo: elas conferem fundamento político para o Direito e, ao mesmo tempo, conferem fundamento jurídico ao poder político. Assim, as Constituições reconstroem-se de modo contingente na relação entre Direito e política. E isso significa que o sentido dos princípios da Constituição muda conforme se transita entre os diversos contextos comunicativos possíveis. Por isso, torna-se necessário repensar o sentido do Estado Constitucional como o centro de controle e direção da sociedade contemporânea, quer dizer, de uma sociedade globalizada, que não tolera mais um único centro de controle e direção.

79

Palavras-chave: Constituição; Estado Constitucional; paradoxo; teoria dos sistemas; Niklas Luhmann.

ABSTRACT

For Luhmann, the idea of Constitution has, from its beginning, a specific function of solving the problems of self-reference in Law and Politics. The Constitutions have always been put under the form of a paradox: they give a political basis to Law, and, at the same time, they give juridical basis to

* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS), professor e pesquisador da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM).

political power. So, the Constitutions rebuild themselves in a contingent way in the relationship between Law and politics. It means that the sense of the Constitution principles changes according to what transits between the many different possible communicative contexts. So, that's why it's necessary to rethink the sense of Constitutional State as the center controlling and direction of a contemporaneous and globalized society, that does not tolerate anymore only one center of control and direction.

Keywords: Constitution; Constitutional State; paradox; systems theory; Niklas Luhmann.

1. INTRODUÇÃO

O campo do Direito Constitucional é um lugar privilegiado para a observação das relações entre política, Direito e sociedade. Sob a tensão entre igualdade constitucional e desigualdades reais, o Direito Constitucional apresenta-se como um dos melhores parâmetros para a sociedade refletir sobre sua unidade. Tanto a lista de problemas sociais que se inscrevem nas agendas políticas quanto os problemas de coerência e consistência nas decisões jurídicas dos tribunais encontram no Direito Constitucional um meio de comunicação em comum, isto é, um meio que possibilita a produção condicionada de estímulos recíprocos entre política e Direito.

80

Mas pensar as Constituições na perspectiva das teorias jurídicas tradicionais pode apresentar alguns problemas de entendimento a respeito da função que o Estado Constitucional desempenha nessa relação entre Direito e política da sociedade. Como também pensar a política do Estado de Bem-Estar Social como a função de um modelo de Estado Constitucional central, baseado no conceito grego de política, pode igualmente apresentar problemas de entendimento a respeito da dinâmica da política nas sociedades contemporâneas.

Seguindo a perspectiva teórica de Niklas Luhmann, a forma de organização da sociedade contemporânea tem como primado a diferenciação funcional¹. Diferentemente das sociedades segmentárias e estratificadas, a sociedade funcionalmente diferenciada é policêntrica, policontextural. 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 racionalidade². 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

¹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007.

² LUHMANN, Niklas. *Limits of steering. Theory, culture & society*, vol. 14, n. 1, p. 41-57, 1997.

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 se apresentam contingencialmente incompatíveis entre si.

O que acontece, então, quando se desloca o âmbito de referência das Constituições, do Direito, para a política? E o que acontece quando se o desloca para uma referência sociológica? Essa é a questão que Luhmann coloca para o entendimento da origem e função das Constituições. Somente para o Direito as Constituições têm o sentido de lei fundamental. Para a política, o sentido dos princípios constitucionais desempenha outra função. A questão que Luhmann coloca, portanto, é a das condições de possibilidade de se continuar a pensar na idéia de um Estado Constitucional como o centro de responsabilidade pela condução de uma sociedade que não tolera mais um único centro. E a forma como Luhmann desenvolve essa questão é bastante original se comparada com as teorias tradicionais da política e do Direito.

A partir da idéia de Constituição, torna-se possível observar tanto as relações entre Direito e política, como as relações entre Direito e sociedade. Mas embora haja um certo consenso sobre a necessidade de se relacionar o Direito com a política e com a sociedade, a dificuldade dessa relação em uma perspectiva pragmática constitui um problema sério na Teoria do Direito³. No campo do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição, as soluções indicadas para o problema da relação entre Direito, Estado e sociedade ilustram a existência de uma série indefinível de problemas implicados. E as soluções são sempre soluções provisórias. Algumas vezes se exige mais democracia, mais políticas públicas de inclusão social, mais rapidez nas soluções jurídicas dos conflitos sociais. Ao mesmo tempo, porém, produzem-se mais efeitos colaterais, mais risco, mais imprevisibilidade.

A perspectiva da teoria dos sistemas de Luhmann tem a vantagem de não ser uma teoria “amigável” ao Direito ou à política. Ela não se cinge a ver e descrever apenas o “lado bom” do Direito e da política, mas também o lado ruim, o lado da arbitrariedade, da insegurança, da autoprodução da contingência e da falta de controle sobre os resultados e da ilusão de controle autoconstruída pelos conceitos normativos. A teoria dos sistemas de Luhmann, por isso, não utiliza conceitos normativos, uma vez que se baseia sempre nas distinções que, ao designarem algo, sempre colocam o outro lado da distinção como um valor reflexivo, presente, inclusivo, como a justiça e a injustiça, o consenso e o dissenso, a validade e a invalidade, a constitucionalidade e a inconstitucionalidade, o governo e a oposição, o poder e a submissão, o poder de dizer “não” e o dever de dizer “sim” etc.

³ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 15.

Nessa perspectiva, objetiva-se descrever a origem, o conceito e a função das Constituições e do Estado Constitucional segundo a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, bem como a forma paradoxal sobre a qual as Constituições se justificam. A partir do paradoxo da Constituição, torna-se possível observar como o Direito e a política da sociedade compartilham-na de modo a condensar as interferências possíveis entre esses sistemas e como a Constituição mesma se torna um texto com sentidos contingentes, conforme a observação transita de um sistema de referência para o outro. O conceito de acoplamento estrutural então se torna útil para observar como o Direito e a política se relacionam e como, apesar desse relacionamento, o Direito e a política conquistam um paradoxal incremento de autonomia e de interdependência recíprocas.

2. O SURGIMENTO DAS CONSTITUIÇÕES E DOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS

Do ponto de vista do Direito, desde o século XI a relação entre Direito e sociedade procurava resolver o problema das transferências de bens. O contrato e a propriedade foram os meios pelos quais a economia encontrou uma base sólida para resolver o problema das trocas econômicas. Para a economia, no entanto, não importava quem praticava trocas econômicas⁴. Importava quem tinha moeda. Mas, para a política, a titularidade dos direitos era algo importante.

Nesse contexto, surge a diferença entre Direito privado e público. O Direito privado resolvia a questão das trocas econômicas. O Direito público surgiu, então, com a pretensão de resolver o problema político da nobreza, qual seja, a questão de quem pode ter o direito de participar das trocas econômicas. Assim, o Direito privado garantiu a jurisdicionalidade do contrato e da propriedade, enquanto o direito público garantiu o poder de participar disso.

A partir do século XVI surgem desenvolvimentos que começam a enfraquecer a unidade semântica “política-Direito-sociedade”. O processo de diferenciação funcional da sociedade – e o conseqüente deslocamento do primado estratificado para um primado funcional como forma de organização da sociedade⁵ – começa a romper com a unidade desta. E, assim, inicia-se um processo de diferenciação funcional de sistemas, para os quais todo o resto passa a ser atribuído ao ambiente. Em outros termos, para cada sistema diferenciado funcionalmente, todos os demais

⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Flipe Segura. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 539.

⁵ LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Josetxo Berrian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998, p. 79; _____. DE GIORGIO, Raffaele. *Teoria della società*. 11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003, p. 303.

sistemas passam a constituir ambiente. Os problemas financeiros da nobreza, por exemplo, foram sintomas da diferenciação entre economia e política que, como resultado, fizeram surgir o Estado Constitucional como a forma de acoplamento estrutural entre política e Direito⁶.

Por outro lado, do ponto de vista da política a partir da Idade Média, os problemas estavam na questão da soberania. Esta não era mais um problema de independência do imperador ou do Papa em assuntos políticos, mas também um problema de autoridade sobre um território⁷. Um Estado soberano tinha que ser soberano não apenas em relação a outros Estados soberanos, mas também soberano sobre si mesmo. A arbitrariedade dos juízos particulares da nobreza era oposta à arbitrariedade dos juízos dos plebeus. O problema da soberania colocava-se, portanto, como um problema de dupla arbitrariedade: a da nobreza e a dos plebeus. O resultado desse paradoxo só poderia ser uma arbitrariedade transcendentalizada como “arbitrariedade soberana”⁸. E o único lugar onde essa arbitrariedade poderia ser aceitável seria o Estado.

O Estado surge, assim, como o lugar no qual a dupla arbitrariedade do poder nobre/plebeu encontra uma estabilidade. A soberania do Estado passou a ser o valor que desparadoxa a arbitrariedade recíproca entre nobres e plebeus, porque agora existe uma arbitrariedade soberana e, logo, uma outra não soberana que lhe confere fundamento. E se trata de uma relação de fundamentação circular: a arbitrariedade soberana fundamenta-se na arbitrariedade não-soberana e, ao mesmo tempo, a arbitrariedade não-soberana fundamenta-se na soberana, na forma da resistência ou da desobediência. Tal como a insegurança do estado de natureza justificou o contrato social de Hobbes⁹, também aqui existe uma relação circular de justificação recíproca entre arbitrariedades. Resultado: o paradoxo da arbitrariedade soberana que se fundamenta na arbitrariedade não-soberana se desloca, então, para o Estado.

83

A arbitrariedade soberana ficou identificada com a figura do Estado, a partir da qual todas as demais arbitrariedades ganharam o sentido de arbitrariedade não-soberana. Mas essa transcendentalização do paradoxo pelo “valor-Estado” não o

⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 540.

⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 546.

⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 546.

⁹ HOBBES, Thomas. *Leviatā ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beariz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 208. O *Leviatā* foi publicado em 1651, no contexto das lutas sociais e econômicas da Inglaterra. Importante salientar que, na França, no mesmo século de Hobbes, Pascal deixa o seguinte fragmento (fragmento 273): “Indubitavelmente, a igualdade dos bens é justa; mas, como não se podia fazer com que fosse forçoso obedecer à justiça, fez-se com que fosse justo obedecer à força; como não era possível fortalecer a justiça, justificou-se a força, a fim de que se juntassem o justo e o forte e se estabelecesse a paz, que é o sumo bem” (PASCAL, Blaise. *Pensamentos*. Trad. Pietro Nassetto. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 165).

resolveu, apenas deslocou o paradoxo para outros níveis. Quer dizer, a resolução de um paradoxo só pode ser feita pela criação de outro: o da sujeição de um poder necessariamente não sujeitável¹⁰. Entre o arbítrio soberano e o não-soberano, surge o Estado como o lugar no qual o poder poderia se submeter à soberania do próprio poder. Surge, assim, a nova configuração do paradoxo do poder soberano: um poder soberano que se fundamenta em si mesmo para limitar-se a si mesmo.

Naturalmente, esse paradoxo do poder submetido à soberania do próprio poder precisava de uma assimetriação, quer dizer, o Estado precisava de algo que lhe permitisse “saltar fora” do paradoxo. Algo exterior, um valor externo ao poder soberano, que lhe permitisse justificar o exercício desse poder sem recorrer ao poder mesmo. O problema é que esse valor externo não poderia mais ser a vontade de Deus nem uma idéia normativa da natureza. Assim, as Constituições puderam resolver satisfatoriamente o paradoxo do poder soberano do Estado.

Diferenciando competências e atribuições funcionais, uma Constituição limita a arbitrariedade do poder soberano sobre si mesmo. O arbítrio do poder soberano do Estado encontra agora, na Constituição, uma programação condicional do tipo “se isso-então isto”, quer dizer, encontra na Constituição uma conformação jurídica, que absorve a pressão explosiva da circularidade que fundamenta o poder soberano¹¹. O Estado passa a ser descrito, a partir daí, como Estado Constitucional.

84

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 disciplinas políticas¹². 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”¹³. 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 autonomia¹⁴.

Mas foi no final do século XVIII, na periferia européia e nos Estados norte-americanos, que surgiu a nova forma de acoplamento estrutural entre a política e o Direito da sociedade, qual seja, a Constituição¹⁵. Na medida em que as Constituições

¹⁰ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 546.

¹¹ LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Trad. Fenando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994, p. 36.

¹² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 540.

¹³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad* (trad. livre).

¹⁴ LUHMANN, Niklas. The self-reproduction of law end its limits. In: _____. *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990, p. 229.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996, p. 150; _____. *El derecho de la sociedad*, p. 540.

funcionam como mecanismos de limitação das influências recíprocas entre Direito e política, elas se tornam conquistas reais da sociedade. Assim, a partir do final da Revolução francesa essa idéia já aparecia como politicamente aceitável¹⁶. Até porque as Constituições resolveriam 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, resolia também o problema da canalização das arbitrariedades (palavra-chave: autonomia) na divisão dos Poderes do Estado, já que com as Constituições, cada Poder do Estado só poderia tomar decisões vinculando os demais Poderes se observasse as condições do Direito¹⁷.

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. Em outras palavras, as Constituições excluíam todas as possibilidades que não se conformavam nelas, como, por exemplo, a possibilidade de usar o direito de propriedade para obter poder político, como também a possibilidade de usar o poder político para obter direitos de propriedade. As Constituições, em outros termos, produziam barreiras para a conversão direta do poder em dinheiro ou do dinheiro em poder¹⁸.

Com as Constituições, a riqueza econômica já não poderia ser, ao mesmo tempo, fato gerador de influência política, nem a influência política deveria depender da riqueza econômica. Depois das Constituições, a corrupção política do soberano já poderia ser vista como um problema de inconstitucionalidade¹⁹. Mas ao mesmo tempo em que limitam as influências recíprocas entre Direito e política, as Constituições também oportunizam aumentos recíprocos de irritabilidade, como, por exemplo, uma maior possibilidade jurídica de se registrar 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 políticos²⁰.

Logo se pode ver, então, que as Constituições, ao mesmo tempo em que restringem possibilidades de contato entre Direito e política, amplificam outras possibilidades. O Direito agora pode ser utilizado, pela política, como instrumento de realização dos

¹⁶ LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar*, p. 36.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar*, p. 36.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Poder*. Trad. Mónica Talbot y Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos; Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1995, p. 143.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996, p. 151.

²⁰ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 541.

objetivos políticos. E ao mesmo tempo, a política pode ser utilizada, pelo Direito, como fonte de direito para decisões jurídicas – situação que se confirma até hoje, por exemplo, na distinção realizada por Dworkin entre orientação à *policy* e orientação a princípios como estratégia de decisão em *hard cases*²¹. Mas essa relação de mutualismo entre a política e o Direito também gerava problemas. A política usava o Direito para produzir uma vinculação coletiva de suas decisões, e o Direito usava a força de vinculação coletiva da política para afirmar-se como direito²². Resultado: uma mudança nos objetivos políticos altera automaticamente o Direito, e alterações na aplicação do Direito provocam mudanças nos objetivos políticos. Surge, então, o problema da determinação das formas estruturais para a superação desse incremento recíproco de variedade entre o Direito e a política da sociedade²³. E a forma estrutural para a superação desse problema se chamará “Constituição”, tal como a conhecemos hoje.

Luhmann chama a atenção para o fato de que esses desenvolvimentos não resultaram de planejamentos. A Constituição norte-americana, por exemplo, surgiu como uma conquista evolutiva decorrente, principalmente, do vazio normativo deixado pela independência dos EUA em relação à Coroa inglesa. “Em comparação com o desenvolvimento de dois milênios de direito civil, esta mutação teve lugar de improviso e na forma de uma inovação conceitual”²⁴. Aquelas terminologias políticas e jurídicas que se entendiam por editos imperiais, estatutos, decretos de princípios e ordenações, passaram a encontrar no conceito “Constituição” uma unidade, “como princípio de sustentação da ordem jurídica e política do país”²⁵. Desde as revoluções americanas e européias se entende por Constituição “uma lei positiva que serve de fundamento ao direito positivo mesmo e que determina, por isso, como pode ser organizado o poder político e como ele pode ser exercido em forma jurídica e com restrições desta mesma índole”²⁶.

3. O PARADOXO DAS CONSTITUIÇÕES

Do ponto de vista jurídico, a Constituição é um texto autológico²⁷. Autodenomina-se “Carta Magna”, “lei maior do direito”, sendo um texto que se prevê a

²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129.

²² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 129.

²³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 541.

²⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, (trad. livre).

²⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 542 (trad. livre).

²⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad* (trad. livre).

²⁷ Autologias são conceitos que podem ser aplicados a si mesmos e que só necessitam de si mesmos para existir. São conceitos, portanto, paradoxais, porque eles não se referem a algo exterior a si mesmos. (FOERSTER, Heinz Von. *Principios de Autoorganización en un Contexto Socioadministrativo*.

si mesmo como parte do sistema jurídico. A autologia é evidente: a Constituição fundamenta o Direito afirmando-se a si mesma como parte do sistema que é por ela fundamentado. Ou seja, a Constituição confere fundamento ao Direito fundamentando-se a si mesma. A Constituição mesma regula as próprias possibilidades de modificação, excepciona a si mesma do princípio da legalidade, afirma os critérios de conformação jurídica infraconstitucional e mais: ela mesma contém a proclamação de si mesma e resolve esse paradoxo apelando à vontade de Deus ou à vontade do povo²⁸. As Constituições, assim, permitem o abandono da hierarquia normativa entre direito divino, direito natural e direito positivo, porque agora, com as Constituições, existe a diferença entre Direito Constitucional e outros Direitos (infraconstitucionais), mas todos com caráter positivo.

Isso provocou uma inovação significativa no Direito, pois a partir das Constituições o Direito mesmo dispõe das regras da própria modificação e torna-se, assim, autônomo em relação ao direito divino e ao direito natural²⁹. O Direito não tem mais que encontrar fundamento na vontade e em Deus ou em uma normatividade da natureza. Com uma Constituição, o Direito passa a fundamentar-se a si mesmo e, desse modo, pode incorporar princípios capazes de colidir inclusive com valores ou princípios morais³⁰, porque do ponto de vista jurídico valores e princípios morais só são permitidos sob a condição de estarem autorizados em normas jurídicas válidas³¹, como, por exemplo, no princípio da dignidade humana.

Ainda do ponto de vista do sistema jurídico, a Constituição cria a diferença entre algo constitucional e algo inconstitucional e também diferencia essa distinção

In: _____. *Las semillas de la cibernetica*. 2. ed. Trad. Marcelo Pakman. Barcelona: Gedisa, 1996, p. 140).

²⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 543.

²⁹ LUHMANN, Niklas. Operational clausure and structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, vol. 13, p. 1419-1441, 1992.

³⁰ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 544.

³¹ Nesse aspecto, inclusive a teoria rival – a teoria discursiva do direito de Habermas – concorda que os valores e princípios morais não são instâncias hierarquicamente superiores aos princípios do Estado Democrático de Direito. Diferentemente das *tanner lectures* (HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, s/d, p. 119 e ss.), Habermas vê a relação entre Direito e moral como uma relação de co-originariedade, incompatível, portanto, com a idéia de uma moral corretiva, superior ao Direito (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. I, p. 138; _____. *Débat sur la justice politique*. Trad. Catherine Audard et Rainer Rochlitz. Paris: CERF, 1997, p. 186; _____. *Passado como futuro*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, p. 106; _____. *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1999, p. 188; _____. *Más allá del Estado nacional*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1997, p. 162). Segundo Luhmann, “uma das mais importantes contribuições [logros] da teoria do direito de Jürgen Habermas foi precisamente ter reconhecido este caráter de anacronismo de todo o recurso à história natural, aos princípios morais ou à razão prática” (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 612, trad. livre).

“constitucional/inconstitucional” da distinção entre legalidade e ilegalidade³². Assim, não apenas os fatos – que só poderiam ser tratados na forma legal/illegal –, mas agora também todas as normas jurídicas, inclusive as próprias emendas constitucionais, podem ser constitucionais ou inconstitucionais. Isso significa que a diferença genérica entre “conformidade ao direito/desconformidade ao Direito” passa a poder ser aplicada ao próprio Direito. Nessas condições, este conquista reflexividade e adquire o poder de refletir sobre a própria correção normativa e a própria validade formal. Sob a distinção entre constitucional e inconstitucional, as Constituições permitem o julgamento do “direito/não-direito” do próprio Direito.

Mas como toda forma de distinção³³, a distinção entre o constitucional e o inconstitucional tem um ponto cego, já que ela não permite ver a unidade de si mesma, não admitindo, por exemplo, decidir se a Constituição mesma é constitucional ou inconstitucional. A aplicação de uma distinção a si mesma – Spencer-Brown chama essa operação de *re-entry into the form*³⁴ – produz o paradoxo: a Constituição é constitucional ou inconstitucional? Ou, fazendo-se um diálogo com o pós-estruturalismo de Derrida, que pergunta pela “estruturalidade da estrutura”³⁵, pode-se também questionar: onde está a constitucionalidade da Constituição? Então, 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* assimetralhar de modo criativo. Isto é, tem que introduzir referências externas ao paradoxo – tem que suplementá-lo³⁶ – 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.

Obviamente isso não resolve o paradoxo. A Constituição continua a se afirmar como parte do direito que ela mesma confere fundamento, mas ao mesmo tempo a distinção entre constitucional e inconstitucional que ela introduz não pode ser aplicada a ela mesma. Em outros termos, ao mesmo tempo em que a Constituição

³² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 545.

³³ Adotamos aqui a perspectiva da forma de SPENCER-BROWN, George. *Laws of forms*. New York: Dutton, 1979, p. 1.

³⁴ SPENCER-BROWN, George. *Laws of forms*, p. 69.

³⁵ DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. 3. ed. Trad. Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2002, p. 232.

³⁶ DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. 2. ed. Trad. Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 203.

se afirma como direito, ela se subtrai dessa afirmação. Ao mesmo tempo em que a Constituição submete todo o direito aos seus preceitos, ela – que também é direito – não pode se submeter a si mesma. Daí a referência à vontade do povo, à soberania do Estado, ao princípio do não-retrocesso social ou à política como valores desparadoxantes. O paradoxo mesmo produz e exige esse “saltar fora” do sistema de referência, sempre incompleto, para completá-lo com valores externos de justificação.

Para Luhmann, é exatamente o desconhecimento dessa especificidade jurídica paradoxal da Constituição que permite um controle de constitucionalidade pelos tribunais sem que isso signifique uma assunção da direção do Estado ou do poder de legislar pelo Judiciário³⁷: a própria Constituição, fundamentada simbolicamente na política, atribui esse poder na forma de uma função especificamente judicial³⁸. Em outras palavras, o fundamento político da Constituição permite delegar o controle de constitucionalidade para a função judicial e, ao mesmo tempo, o fundamento jurídico da Constituição permite que a política altere o Direito na medida e segundo os procedimentos jurídicos³⁹. Nessas condições, o paradoxo da Constituição que se fundamenta a si mesma e que se excepciona a si mesma torna-se inofensivo.

Assim, do ponto de vista do Direito, a Constituição tem um fundamento político. E do ponto de vista da política, a Constituição tem um fundamento jurídico, por essa razão o paradoxo da Constituição se torna inofensivo tanto na política como no Direito. Para o Direito, o poder de controle jurisdicional de constitucionalidade fundamenta-se, politicamente, no próprio Direito Constitucional. E para a política, o poder de controle de constitucionalidade dos tribunais fundamenta-se, juridicamente, no próprio poder político do Estado Constitucional. É preciso entender isso com precisão: a Constituição é a mesma, mas o fundamento aponta para referências diferentes conforme o contexto a partir do qual se a observa. Do ponto de vista do Direito, o fundamento da Constituição está na política. E do ponto de vista da política, o fundamento da Constituição é jurídico. Assim, o controle de constitucionalidade pelos tribunais justifica-se, no Direito, pela própria leitura jurídica da Constituição (cujo fundamento é a política). E o mesmo controle de constitucionalidade pelos tribunais justifica-se, na política, pela própria leitura política da Constituição (cujo fundamento é o Direito). Existe

89

³⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 545.

³⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 546.

³⁹ LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Trad. Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 39.

aqui uma *tangled hierarchie* (Hofstadter), uma “autotranscendência” (Dupuy), uma “lógica do suplemento” (Derrida)⁴⁰.

Na medida em que o pensamento clássico da estrutura está, ao mesmo tempo, “*na estrutura e fora da estrutura*”, comandando a estrutura, o pensamento estruturalista escapa à estruturalidade: “a totalidade tem seu centro em outro lugar”⁴¹. E do mesmo modo, também a Constituição escapa à própria constitucionalidade. A Constituição está, ao mesmo tempo, dentro do Direito e fora dele. Mas fundamentando o Direito como unidade, a Constituição mesma subtrai-se da própria constitucionalidade. Contudo, Luhmann vai além do desestrutivismo: diante do paradoxo da Constituição que está, ao mesmo tempo, dentro e fora do Direito, pode-se observar como a sociedade opera assimetrias para tornar inofensivo esse paradoxo. Para o Direito, a Constituição é política, mas para a política, a Constituição é jurídica. E assim, o paradoxo da autoconstituição da Constituição – ou o paradoxo da Constituição sem um fundamento além de si mesma –, torna-se inofensivo tanto para o Direito como para a política.

4. MEIO SIMBÓLICO DE COMUNICAÇÃO E POLICONTEXTURALIDADE

O paradoxo da Constituição que se fundamenta a si mesma é resolvido, *no sistema jurídico*, por meio da transcendentalização política do Direito Constitucional. Em outros termos, para o Direito, o fundamento da Constituição está na referência à política, ou seja, a Constituição tem um fundamento político. Do mesmo modo, o paradoxo da Constituição se resolve, *no sistema político*, pela transcendentalização jurídica da Constituição. Para a política, o fundamento da Constituição está na referência jurídica. *A Constituição serve, assim, de fundamento*

⁴⁰ Os conceitos têm íntimas relações. A hierarquia entrelaçada ou encavalitada de Hofstadter designa relações nas quais a hierarquia, como estrutura de organização, não é nem suprimida, nem invertida, mas distribuída em diversos níveis autônomos de referência, que são externos uns para os outros, e que por isso “there is some new variation on the theme of jumping out of the system which requires a kind of creativity to spot” (HOFSTADTER, Douglas R. *Gödel, Escher, Bach: an eternal golden braid*. New York: Basic Books, 1999, p. 688). A autotranscendência de Dupuy “indica o movimento de auto-exteriorização pelo qual uma estrutura produz, de maneira puramente endógena, exactamente aquilo que a ultrapassa infinitamente, uma exterioridade que o não é, visto que está sempre pressuposta na própria constituição da estrutura” (DUPUY, Jean-Pierre. *Aux origines des sciences cognitives*. Paris: La Découverte, 1999, p. 109 e 173; _____).

Introdução às Ciências Sociais: lógica dos fenómenos colectivos. Trad. Ana Maria Rabaça. Lisboa: Portugal, 2001, p. 303). E a lógica do suplemento de Derrida diz que “a metafísica consiste desde então em excluir a não-presença ao determinar o suplemento como *exterioridade simples*, como pura adição ou pura ausência. É no interior da estrutura da suplementariedade que se opera o trabalho de exclusão. O paradoxo é anular-se a adição ao considerá-la uma pura adição. *O que se acrescenta não é nada, pois se acrescenta a uma presença plena a que é exterior*” (DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*, p. 203).

⁴¹ DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*, p. 230.

político para o Direito e, ao mesmo tempo, de fundamento jurídico para a política. Por isso, a Constituição constitui um elo entre Direito e política, quer dizer, constitui um meio de comunicação que recepciona formas de acoplamento estrutural.

A Constituição ganha, assim, um sentido de meio simbólico de comunicação entre a política e o Direito. E como todo meio simbólico de comunicação, a Constituição é o lugar que permite o cruzamento da linha de fronteira que separa o sistema jurídico do sistema político. Por meio da Constituição, o paradoxo da política resolve-se com a introdução do valor exterior “direito”. E ao mesmo tempo, o paradoxo do Direito resolve-se com a introdução do valor exterior “política”. Quer dizer, a Constituição serve como referência externa para dois sistemas e participa da autopoiese de ambos, mantendo a auto-referência operativa e, ao mesmo tempo, possibilitando incursões hetero-referenciais. Assim, com base na Constituição, tanto as decisões políticas como as jurídicas podem “saltar fora” dos respectivos paradoxos. Podem buscar, o direito na política e a política no direito, o valor externo, o “terceiro incluído”, que uma vez incluído no sistema de referência, dissolve o paradoxo.

Como se vê, a Constituição confere fundamento jurídico à política e, ao mesmo tempo, fundamento político ao direito. E esse caráter ambíguo da Constituição impede qualquer tipo de diferenciação hierárquica entre política, direito e a própria Constituição. Isso significa que, em termos lógicos, o fundamento da Constituição não pode ser encontrado nem na política, tampouco no direito. A Constituição é uma regra não-formulável⁴², pois sua validade não pode ser formulada nem com referência ao sistema, nem com referência ao seu ambiente externo. Em outras palavras, não se pode formular se a Constituição deve a sua validade ao sistema ou ao ambiente. Trata-se de “uma ambigüidade que adquire sentido diverso no sistema jurídico e no sistema político, de acordo com o modo através do qual os sistemas normalizam esse ponto de acesso às irritações”⁴³. E isso significa que os princípios se convertem em algo que depende do sistema de referência que se elege como contexto de observação.

Assim, do ponto de vista da política, o sentido dos princípios da Constituição se constituem de modo diferente do sentido jurídico. Os mesmos princípios, o mesmo texto Constitucional, ganham um sentido diferente conforme a observação parte do sistema político ou do sistema jurídico. Institui-se, desse modo, uma policontextualidade⁴⁴ na qual as diversas contexturas do real são igualmente essenciais, embora contingencialmente incompatíveis entre si. Em outras palavras,

⁴² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 547.

⁴³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 547 (trad. livre).

⁴⁴ Conceito de GÜNTHER, Gotthard. Life as poly-contexturality. *Vordenker*, fev/2004. Disponível em <http://www.vordenker.de>. Acesso em 2 abr. 2007.

os princípios se convertem em algo contingente, porque a constituição do sentido sempre depende do sistema a partir do qual eles são observados. Por isso que, enquanto a dignidade da vida humana aparece como um princípio programático de políticas públicas no sistema político, no sistema jurídico trata-se mais de uma regra de argumentação para fundamentar a constitucionalidade/inconstitucionalidade de leis ou de atos.

E ultrapassando as referências aos sistemas jurídico e político, pode-se observar como o sentido da Constituição se constitui de modo diferente conforme se passa de um sistema de referência para outro. Assim, do ponto de vista da economia, o sentido da Constituição já aparece sob a distinção custo/oportunidade. Uma decisão econômica, orientada cognitivamente (hetero-referência) à Constituição, não vê a Constituição tal como o sentido que a ela se atribui no campo do Direito. Enquanto na contextura jurídica a Constituição é a lei fundamental, na econômica a mesma Constituição aparece apenas como um elemento externo ao sistema econômico, que deve ser levado em consideração a partir de uma relação entre custo e oportunidades. E a mesma Constituição, do ponto de vista da ciência, aparece já sob o sentido constituído a partir do código “verdade/falsidade”. A policontextualidade está nisto: dependendo do sistema/função a partir do qual se observa a Constituição, seu sentido muda. E muda de modo contingente, quer dizer, os diversos sentidos possíveis da Constituição não são necessariamente incompatíveis entre si.

Distinguindo-se entre problemas de código e problemas de referência, torna-se visível como a sociedade articula o sentido das Constituições: a partir do problema de atribuição dos valores dos códigos binários de cada um dos sistemas/função da sociedade, os problemas de referência podem se especificar em programas, a partir dos quais o sistema mesmo pode aplicar seu código para observar tanto as próprias operações (auto-referência) como as operações alheias (hetero-referência)⁴⁵. Assim, a partir do código “direito/não-direito” do sistema jurídico, um observador pode aplicar essa distinção a eventos da economia, da política, da ciência e ver, aí, a produção de lícitos e ilícitos. Como também um observador pode partir do código “ter/não-ter” da economia e ver os eventos da sociedade como oportunidades de lucro ou de prejuízo. Ou ainda, em um contexto político (código “governo/oposição”), um observador pode adjudicar os eventos do ambiente do sistema político como motivos tanto para a tomada de decisões coletivamente vinculantes, como para a oposição à política do governo.

Essa contingência do sentido da Constituição, que se produz na multiplicidade das suas referências, torna-se ainda mais aguda se se considerar que todos

⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997, p. 32.

esses sentidos possíveis podem ser construídos de modo simultâneo. As diferentes perspectivas da Constituição são diferentes contextos comunicativos de referência que existem de modo simultâneo. E isso significa que os diferentes sentidos dos princípios da Constituição se constroem de modo simultâneo na sociedade. Ao mesmo tempo em que a Constituição é a lei fundamental para o Direito, ela é também o instrumento jurídico das políticas públicas do governo, a referência para os cálculos de oportunidade da economia, a referência para os planos estratégicos das organizações, enfim, toda essa contingência de sentidos se produz de modo simultâneo. E simultaneidade é sinônimo de incontrolabilidade: não se pode controlar o que ocorre de modo simultâneo. Ao se pensar juridicamente na Constituição como a lei fundamental, isso não significa que as decisões tomadas em contextos comunicativos regidos pelo código da economia observarão a Constituição igualmente como lei fundamental, já que para a economia a lei fundamental é a da relação entre oferta e demanda.

A incontrolabilidade da simultaneidade, contudo, não significa que a Constituição perde a função social de *loix fondamentales*, mas sim que as decisões tomadas na sociedade têm a liberdade de constituir o sentido das Constituições segundo a referência sistêmica na qual elas estão inseridas. Significa, por exemplo, que uma alteração política na Constituição produz impactos imediatos no Direito e na economia, como também uma alteração jurídica na interpretação da Constituição produz impactos na política e na economia, mas esses impactos não são controláveis. A resposta de um sistema autopoético às interferências do ambiente são respostas do sistema, são respostas produzidas na forma da resonância intersistêmica, na forma da auto-irritação⁴⁶. Cada sistema da sociedade constrói para si uma imagem interna do ambiente externo. Cada sistema reconstrói a sociedade na forma de uma imagem interna que já não corresponde mais às imagens internas da sociedade sob as quais cada um dos demais sistemas realiza suas respectivas autopoieses.

93

Na relação entre Direito e economia, Teubner destacou que “A economia, por exemplo, reconstrói a ‘sociedade’ através da linguagem dos preços; ela interpreta o ‘direito’, não em termos de código de orientação imperativa das condutas, mas sim integrando-o nos seus cálculos como mais um fator de custo (montante e probabilidade das sanções)”⁴⁷. Ainda segundo Teubner, a “comunicação econômica constrói para si uma imagem do direito e condiciona seus programas de auto-regulação, por exemplo, minimização de custos, orientando-se com base nessa imagem”⁴⁸,

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990, p. 180.

⁴⁷ TEUBNER, Günther. *O Direito como sistema autopoético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 206.

⁴⁸ TEUBNER, Günther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Trad. Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 42.

que obviamente não corresponde à imagem que o Direito constrói da sociedade. Na relação entre Direito e sustentabilidade ecológica, observamos como o Direito utiliza estruturas de codificação secundária para poder reconstruir internamente o ambiente ecológico da sociedade de modo drasticamente seletivo⁴⁹. Por isso que, no campo da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, tem-se que observar as relações entre sistemas mediante o conceito de acoplamento estrutural.

5. ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE POLÍTICA E DIREITO: O ESTADO CONSTITUCIONAL

Utilizando-se de uma terminologia construída a partir da teoria biológica da autopoiésis de Maturana e Varela⁵⁰, Luhmann observa que um acoplamento é um meio pelo qual dois ou mais sistemas compartilham os mesmos elementos de sentido (comunicação), influenciando-se reciprocamente. Mas por meio do acoplamento, não se compartilha o sentido dos elementos. Compartilham-se apenas os elementos, cujo sentido é sempre uma reconstrução interna própria de cada sistema⁵¹. Podem existir tanto acoplamentos operacionais como acoplamentos estruturais. Os operacionais são aqueles momentâneos, que não têm uma duração considerável. Uma notícia pode produzir repercussões simultâneas em diversos sistemas/função da sociedade e logo ser esquecida. Uma sentença que produz uma decisão inusitada também produzir irritações de pequena duração em sistemas funcionais. Nesses casos, trata-se de acoplamentos operacionais, nos quais as operações de um sistema produzem repercussões momentâneas nas operações de outros sistemas. Por outro lado, acoplamentos estruturais ocorrem quando dois ou mais sistemas compartilham uma “estrutura” de irritação recíproca, quer dizer, no acoplamento estrutural há um meio de comunicação/operação que mantém uma duração considerável.

Para Luhmann, o Estado Constitucional desempenha a função de “acoplamento estrutural” entre a política e o direito da sociedade. Como meio de acoplamento estrutural entre a política e o Direito, Luhmann observa que “a Constituição produz soluções políticas para o problema da auto-referência do direito e soluções jurídicas para o problema da auto-referência política”⁵², mas se trata sempre da

⁴⁹ SIMONI, Rafael Lazzarotto. *Direito ambiental e sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 215.

⁵⁰ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Trad. Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001; _____; _____. *De máquinas e seres vivos*. Autopoiese: a organização do vivo. Trad. Juan Acuña Llorens. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Trad. de Silvia Pappe, Brunhile Erder y Luis Felipe Segura, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: ITESO y Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1996, p. 28.

⁵² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 548 (trad. livre).

Constituição de um Estado. Um Estado que requer uma Constituição. Por isso, “não é só o texto em si mesmo, mas sim unicamente o Estado Constitucional que cumpre a função de acoplamento”⁵³.

E essa função de acoplamento independe de que o Estado Constitucional se conceba como povo, como instituição, como organização ou ainda como governo⁵⁴. Até porque o Estado Constitucional, tal como os princípios constitucionais, ganha um sentido diferente em ambos os sistemas. Para 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.

Assim, o mesmo Estado Constitucional, com todos os seus princípios, é, para a política, o meio de realização de suas políticas públicas, enquanto o mesmo Estado Constitucional é, para o Direito, o meio para a justificação da “validade/invalidade” do Direito. Por isso que, como observado anteriormente, o sentido da Constituição muda conforme a observação se desloca de um sistema para o outro; porque o sentido da Constituição é reconstruído internamente em cada sistema de referência, com autonomia suficiente para criar uma contingência recíproca de sentidos. O elemento “Constituição” compartilhado é o mesmo, mas o sentido “Constituição” é o resultado de uma reconstrução interna de cada sistema.

Em outras palavras, a Constituição do Estado realiza o acoplamento estrutural que garante a autonomia recíproca entre Direito e política. E mesmo nos países subdesenvolvidos como o Brasil, nos quais as Constituições servem quase exclusivamente de instrumento de políticas simbólicas⁵⁵, também é possível observarem-se acoplamentos estruturais, ainda que “unicamente como aparência verdadeira, ou seja, que funciona”⁵⁶. As Constituições dos Estados, como meios de acoplamento estrutural entre política e Direito, só são possíveis quando há diferenciação funcional e clausura operativa entre política e Direito. E segundo Luhmann, foi exatamente o desconhecimento dessa premissa que permitiu o surgimento das Constituições como uma conquista evolutiva. Em outros termos, as Constituições foram inventadas exatamente sob a ilusão de que a política se fundamenta no Direito e

95

⁵³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 548 (trad. livre).

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 548.

⁵⁵ Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 257.

⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 549 (trad. livre).

de que este se fundamenta na política, quando na realidade o fundamento de um sistema autopoietico é seu estado imediatamente anterior a cada pergunta pelo fundamento.

6. RESSONÂNCIA INTERSISTÊMICA

A questão que se coloca agora é a dos efeitos das irritações recíprocas entre política e Direito. Se a Constituição realiza o contato entre as operações do Direito e da política, uma alteração política da Constituição produz irritações imediatas no Direito, como também uma alteração jurídica do sentido da Constituição produz irritações imediatas na política.

Para Luhmann, “a positivação do direito representa um imenso potencial para a ação política”⁵⁷. Mas ao mesmo tempo, as limitações Constitucionais da política criam exigências de conformação normativa que restringem as possibilidades de realização dos objetivos políticos⁵⁸. A positivação do direito concentra o politicamente realizável no Estado Constitucional. Por isso, “suscitar uma modificação jurídica é fazer política”⁵⁹. E do ponto de vista do Direito, toda modificação política das leis o expõe a uma constante pressão de variação. O resultado dessas pressões no Direito, sublinha Luhmann, “é a deformação das formas tradicionais do exame de consistência baseadas em decisões casuísticas dos tribunais e na resistente dogmática jurídica em desenvolvimento”⁶⁰. Em outras palavras, a consistência das decisões jurídicas e a coerência do sistema jurídico como um todo tornam-se um problema, que parece poder ser resolvido unicamente apelando-se à estabilidade dos princípios constitucionais.

No contexto da política do Estado de Bem-Estar Social, contudo, esse problema se agrava. Os próprios princípios tornam-se provisórios e, então, surgem as cláusulas de ponderação como forma de resolução dos problemas de consistência e coerência no Direito. Quer dizer, a indecidibilidade dos conflitos de interesses no nível das operações jurídicas de atribuição dos valores a um ou ao outro lado do código jurídico “direito/não-direito” torna-os decidíveis no nível da argumentação jurídica. A distinção entre argumentação formal (baseada em conceitos) e argumentação substantiva (baseada em interesses) constitui, assim, a argumentação jurídica como a unidade na qual os interesses encontram conceitos jurídicos

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 549 (trad. livre).

⁵⁸ LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise socio-lógica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Trad. Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 89; _____. *El derecho de la sociedad*, p. 550.

⁵⁹ Ibidem (trad. livre).

⁶⁰ Ibidem (trad. livre).

para justificarem-se como legítimos e, ao mesmo tempo, os conceitos jurídicos encontram interesses para justificarem-se como relevantes.

Por esse motivo, para Luhmann, embora a ponderação de interesses seja um “cavalo de tróia do direito”, ela não merece a qualidade de princípio jurídico: “Tanto dogmáticamente como metódicamente, a partir de estas reflexiones, se sigue que la fórmula ‘ponderación de intereses’ debe ser desechada como principio de derecho”⁶¹, isto é, a ponderação de interesses deve ser *descartada* como princípio jurídico. Afinal, se o Direito mesmo não prevê qual dos interesses em colisão deve se sobrepor aos outros, como se poderia encontrar nele – que não prevê qual dos interesses em colisão deve prevalecer – a resposta para a questão de qual interesse deve prevalecer?

Como se vê, a ponderação de interesse é uma autologia que cria, ao mesmo tempo, uma estratégia argumentativa de buscar fora do Direito uma razão para justificar um interesse, preterindo outros. Se os interesses que merecem proteção são apenas os interesses jurídicos, então “só os interesses juridicamente dignos de proteção desfrutam de proteção jurídica”⁶². E ao se buscar fora do Direito essa razão para a ponderação, a decisão já não é mais uma decisão jurídica. Basta observar que, na prática das decisões judiciais, a decisão na qual se pratica a ponderação de interesses não indaga o valor de cada um dos interesses em jogo, mas sim a regulamentação do Direito. Essa é a passagem da ponderação de interesses para a ponderação de valores. Mas mesmo a ponderação de valores esbarra com uma premissa fática que lhe retira qualquer fundamento empírico: a decisão que substitui os interesses pelos valores jurídicos a serem postos sob juízo de ponderação, na prática, está mais submetida às exigências organizacionais da jurisdição do que aos valores a serem ponderados, quer dizer, está mais submetida às pressões organizacionais de cumprimento de prazos, metas – enfim, despachar para livrar-se de mais um processo – do que às exigências de ponderação de valores jurídicos.

97

A Constituição, como o meio de acoplamento estrutural entre a política e o Direito, reforça a irritação recíproca entre os sistemas, mas, ao mesmo tempo, exclui outras inúmeras possibilidades de irritação. Por isso, paradoxalmente, o efeito de exclusão do acoplamento estrutural, isto é, a indiferença recíproca genérica entre os sistemas, é ao mesmo tempo a única possibilidade de aumento das dependências recíprocas específicas⁶³. Uma combinação recíproca de indiferença genérica e dependência específica que, utilizando uma terminologia de

⁶¹ Ibidem, p. 461 (trad. livre).

⁶² LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997, p. 35.

⁶³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 551.

Spencer-Brown, condensa interferências e confirma irritações⁶⁴. A Constituição dos Estados Constitucionais figura, assim, como o elo, como o *attractor*, como o ponto de contato, entre Direito e política da sociedade.

7. POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Por meio da Constituição, o Direito e a política podem transcender a estrutura circular de suas auto-referências para externalizarem-se no ambiente. Isso significa que, por meio desse acoplamento estrutural, a auto-referência dos sistemas políticos e jurídicos “toma a via indireta que passa pela inclusão do ambiente no sistema”⁶⁵. O Direito, por exemplo, passa a poder se ver exposto a influências políticas, como também a política, especialmente com a democratização, “expõe-se aos atrativos de decidir iniciativas para a modificação do direito”⁶⁶. E no Estado de Bem-Estar Social, esses problemas agravam-se: “cada vez se modificam em maior medida as concepções sobre o sentido e a função dos direitos fundamentais em direção a um programa geral de valores que se devem entender como linhas diretrizes da política”⁶⁷.

Assim, na medida em que o Estado de Bem-Estar Social transforma a Constituição em um conjunto de objetivos e metas de suas políticas públicas, os problemas já não estão mais nos limites jurídicos da política, mas, sobretudo, na solução dos conflitos de valores que se apresentam de modo permanente e em constante renovação. Em outros termos, na medida em que a Constituição, no Estado de Bem-Estar Social, não prima pela limitação do poder político, mas sim pela implementação de políticas públicas de compensação das desigualdades sociais, os problemas constitucionais deslocam-se, dos *checks and balances* da separação dos Poderes, para a questão de como solucionar juridicamente aqueles conflitos de valores que, atualmente, não têm nenhuma perspectiva séria de solução pacífica, como é o caso dos conflitos étnicos e religiosos⁶⁸.

⁶⁴ SPENCER-BROWN, George. *Laws of forms*. New York: Dutton, 1979, p. 10.

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 551 (trad. livre).

⁶⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 551 (trad. livre).

⁶⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 551 (trad. livre).

⁶⁸ Os conflitos étnicos caracterizam-se por disputas envolvendo identidades culturais. Esses conflitos surgem na forma da discriminação entre quem é membro de uma etnia e quem não é. E a partir dessa discriminação, os não-membros da etnia são excluídos com base na justificativa da ameaça à identidade cultural dos membros. Surge, então, uma relação de intolerância recíproca entre etnias diferentes, na qual as diferentes etnias se discriminamumas as outras, sem nenhuma perspectiva de entendimento. Por outro lado, os conflitos religiosos caracterizam-se por disputas fundamentalistas. A intolerância religiosa, tal como a étnica, justifica normativamente a exclusão de não-membros, que por sua vez justifica a intolerância religiosa. Como se vê, há aqui uma circularidade, uma *self-full-filling prophecy* (Merton), na qual a diversidade justifica a discriminação, que justifica a diversidade. Um círculo vicioso para o qual qualquer tentativa de saída já está pré-definida, pelo círculo mesmo, como coisa de não-membro, quer dizer, como ameaça à identidade étnica ou religiosa.

Uma Constituição transformada em objetivos e metas políticas transforma também o controle de constitucionalidade dos tribunais em tribunais políticos. A judicialização da política torna-se, então, algo evidente. Cada vez mais os tribunais responsáveis pelo controle de constitucionalidade intervêm na política, “determinando, por exemplo, gastos onde o arrocho seria mais conveniente”⁶⁹. Sob a utilização de conceitos intimidatórios como “dano social”, a força política persuasiva do Estado de Bem-Estar Social pode ser facilmente verificada na aceitação geral de que as desigualdades sociais merecem ser compensadas por políticas públicas.

Recorrendo aos conceitos platônicos e aristotélicos de política, a teoria do Estado de Bem-Estar Social recoloca o problema político de se atribuir a um centro – o Estado Constitucional – a responsabilidade global pela condução de uma forma de sociedade que não tolera mais um único centro⁷⁰. Quer dizer, de uma forma de sociedade na qual “nenhum sistema é capaz de controlar por si mesmo todas as causas de sua existência”⁷¹, mas com isso já se perde a função original das Constituições, qual seja, a de limitar a política⁷². Isso não significa que uma Constituição deve cumprir a função de se opor às políticas públicas de bem-estar social. Para Luhmann, “uma adaptação da Constituição às características de um Estado de Bem-Estar teria, por exemplo, que consistir mais em garantir a independência do Banco Central e de impor estritos limites ao endividamento do Estado”⁷³, porque a efetivação das políticas públicas desse modelo de Estado depende mais de recursos econômicos do que de recursos jurídicos.

99

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As descrições de Luhmann a respeito da Constituição apresentam um tom de ceticismo se comparadas com a expectativa que as teorias jurídicas tradicionais depositam na idéia de lei fundamental. No nível da paradoxologia da teoria dos sistemas de Luhmann, a análise parte de uma distinção entre operação e observação, na qual a última, como unidade da diferença entre distinção e indicação, é ela mesma uma operação; e a questão de onde começa e termina esse cálculo se resolve pelo conceito de autopoiese.

Por esse motivo, a reconstrução sistêmica de Luhmann não deixa muita margem para expectativas de atualização contemporânea dos conceitos gregos

⁶⁹ Ibidem (trad. livre).

⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar*, p. 44.

⁷¹ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos; México, DF: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 104 (trad. livre).

⁷² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 552.

⁷³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 552 (trad. livre).

de política. Sob a ótica da teoria dos sistemas auto-referentes, as descrições não caminham rumo a soluções ou rumo a um “final feliz dos conflitos”⁷⁴. Trata-se de um intento de teoria pós-ontológica, isto é, um intento de teoria que permite a observação de um mundo que não existe objetivamente com independência do sistema que o observa⁷⁵. E que, por isso, distancia-se da problemática filosófica do fundamento ou do princípio, para caminhar sobre a “tensão mais forte possível entre a consistência do problema e a operacionalização de uma solução para o problema”⁷⁶. Em síntese, a descrição de Luhmann não é a descrição de uma teoria normativa, que diz como *deve ser* algo para atingir-se algum objetivo dado como supostamente racional, mas sim como a sociedade diz como deve ser algo, para a partir dessa posição – posição do observador de segunda ordem – poder ver que as distinções utilizadas na observação de primeira ordem são contingentes e que, por isso, poderiam sempre ser diferentes.

Com base nessa perspectiva teórica, Günther Teubner pôde, de modo inovador, pensar em um Constitucionalismo Societário sem Estado, um Constitucionalismo heterárquico. Levando à sério a progressiva diferenciação funcional da sociedade contemporânea, Teubner vê a respectiva descentralização dos procedimentos de produção do direito, dos Estados-nação, para as *global villages*⁷⁷. Em outras palavras, Teubner vê, na globalização, a formação de ordens jurídicas globais emergentes, à margem de qualquer regulação política centralizada no Estado, que também merecem legitimidade. Essas ordens jurídicas globais, sublinha Teubner, não se cingem à *lex mercatoria*, como tentam fazer crer seus críticos. Existem diversos exemplos dessa formação espontânea de ordens jurídicas globais também no campo dos direitos humanos, da ecologia e do esporte.

Assim, para Teubner, a produção difusa do direito na globalização deveria ser aproveitada como uma oportunidade de se estabelecer novas relações entre o direito, o Estado e todos os demais sistemas da sociedade. A relação de concorrência entre o direito oficial e os direitos não-oficiais, que é vista tradicionalmente como um enfraquecimento do poder normativo dos Estados e das Constituições perante o poder econômico transnacional, ganha outro sentido: a possibilidade de auto-desconstrução das ordens jurídicas hierárquicas tradicionais e a sua substituição

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker; coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontifícia Universidad Javeriana, 1998, p. 354 (trad. livre).

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, p. 57; _____. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, p. 40.

⁷⁶ CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-eftuaçao*. Trad. Nélido Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 311.

⁷⁷ TEUBNER, Günther. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: _____ (ed.). *Global law without a State*. Brookfield: Dartmouth, 1997, p. 3-28.

por ordens jurídicas heterárquicas, baseadas em relações transjuncionais e, assim, capazes de ensejar a autoprodução do direito sob uma lógica de compatibilidade entre redes globais de autoprodução do direito⁷⁸. Desse modo, institucionaliza-se uma dinâmica de autovalidação dos direitos sob uma relação de constante tensão entre ordens legais oficiais e ordem legais não-oficiais, entre produção ordenada e produção espontânea do direito. E a tensão que se estabelece nas dinâmicas globais de autoprodução e autovalidação dos direitos pode permitir uma abertura do direito, na forma de esferas públicas, para o exercício dos papéis políticos das organizações sociais.

Existem várias críticas a esse tipo de reconstrução sistêmica do problema do Estado Constitucional nas sociedades globais. A maioria delas parte do argumento de que uma dotação de normatividade a essas novas esferas de produção de direito à margem do Estado pode levar o direito a funcionar como um meio de organização social baseado predominantemente na lógica econômica⁷⁹. Uma convergência em comum dessas críticas se encontra desde a crítica reconstrutiva da sociedade de Habermas⁸⁰. E até o próprio Luhmann discorda do uso normativo dos conceitos de “autopoiese” e “acoplamento” em Teubner⁸¹.

⁷⁸ Relações transjuncionais são o resultado de operações que estabelecem referências múltiplas, de modo simultâneo e assimétrico, entre vários níveis, constituindo uma estrutura heterárquica: “la gerarchia viene ‘ripiegata’ in una molteplicità di relazioni circolari tra i livelli in gioco, che si osservano reciprocamente” (ESPÓSITO, Elena. *L'operazione di osservazione: costruttivismo e teoria dei sistemi sociali*. Milano: Franco Angeli, 1992, p. 184). Esses desenvolvimentos no campo da lógica devem-se a Gottard Günther. E a expressão “hierarquia entrelaçada” vem de HOFSTADTER, Douglas R. *Gödel, Escher, Bach: an eternal golden braid*. New York: Basic Books, 1999, p. 688.

⁷⁹ ROTH, André-Noël. O Direito em crise: fim do Estado moderno. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. Trad. Margaret Cristina Toba e Márcia Maria Lopes Romero. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 24; FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 332; NEVES, Marcelo. *Entre Témis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, p. 268; COELHO, Luiz Fernando. *Direito Constitucional e Filosofia da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 302.

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales*. 3. ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 1996, p. 309.

⁸¹ Para Luhmann, “A la pregunta de cómo se puede pensar realmente en una evolución de los sistemas autopoéticos (¡clausurados en su operación!), yo busco, con ello, una respuesta diferente a la de Gunther Teubner. El concepto de Teubner de hiperciclo transfiere el problema, a mi parecer, tan sólo hacia la cuestión de cómo puede entonces evolucionar el cierre de un hiperciclo de esa naturaleza” (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 127). E a respeito do resgate, feito por Teubner, da idéia de uma possibilidade, ainda que restrita, de condução da sociedade através do direito, Luhmann observa que “Estas ideas fueron recibidas críticamente y con mucho interés. A una mayor distancia histórica, llama la atención que la discusión ya no se refiere a la pregunta por la función del derecho – como si fuera obvio que ésta puede cumplirse mediante una ‘conducción social’” (ibidem, p. 212). E a propósito da tese do “gradualismo autopoético” de Teubner, Luhmann sublinha: “Günther Teubner ha sugerido dejar de lado el constringimiento (o esto/o lo otro) del concepto de autopoiesis y más bien utilizar un concepto gradual con el cual

O fato é que o Estado Constitucional já não pode mais ser adequadamente entendido como a instância central de controle e direção da sociedade. A emergência de esferas públicas e de organizações sociais do assim chamado terceiro setor demonstra a exigência de se repensar a função do Estado e da Administração Pública para além do modelo do Estado de Bem-Estar Social. A questão não é mais só decidir entre intervir ou não-intervir, segundo a velha idéia da autonomia pública sobre a privada. O Estado Democrático exige que todos os possíveis atingidos pelas decisões públicas possam participar ativamente dessas decisões, atribuindo a responsabilidade pela formação e concretização das agendas políticas a diversas instâncias sociais de participação política.

A questão que Luhmann coloca para a teoria política, contudo, continua em aberto. Ela não pergunta pelo modelo de Estado Constitucional mais adequado às sociedades contemporâneas globalizadas – como se houvesse apenas um problema de ilusão teórica atrás do qual haveria uma realidade exigindo adequação. Mas sim, pergunta pelas condições de possibilidade de se continuar depositando, como antes, em um poder central a responsabilidade pela condução de uma sociedade que, atualmente, não tolera mais um centro ou uma autoridade, quer dizer, uma sociedade globalizada, diferenciada funcionalmente, policêntrica, policontextural. Como relembra Habermas, as sociedades contemporâneas são “demasiado complexas para ainda poderem ser ‘revolucionadas’”⁸². Que caminho seguir continua uma questão em aberto e mais: sequer se sabe se um caminho colocado *normativamente* pode mesmo condicionar a *faticidade* dos desenvolvimentos histórico-evolutivos de uma sociedade que já não tolera mais um único caminho.

REFERÊNCIAS

- CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade*: contingência, paradoxo, só-efetuação. Trad. Nélia Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- COELHO, Luiz Fernando. *Direito Constitucional e Filosofia da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2007.
- DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. 3. ed. Trad. Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2002.
- _____. *Gramatologia*. 2. ed. Trad. Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- DUPUY, Jean-Pierre. *Aux origines des sciences cognitives*. Paris: La Découverte, 1999.

poder resolver este problema – o a la mejor tan sólo graduarlo. Pero entonces se dejarían escapar las ventajas esenciales de este concepto – y a mi parecer, de manera innecesaria” (LUHMANN, Niklas. *El arte de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 387).

⁸² HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*: estudos filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 221.

- _____. *Introdução às Ciências Sociais*: lógica dos fenómenos colectivos. Trad. Ana Maria Rabaça. Lisboa: Portugal, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESPÓSITO, Elena. *L'operazione di osservazione: costruttivismo e teoria dei sistemi sociali*. Milano: Franco Angeli, 1992.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FOERSTER, Heinz Von. *Principios de Autoorganización en un Contexto Socioadministrativo*. In: _____. *Las semillas de la cibernetica*. 2. ed. Trad. Marcelo Pakman. Barcelona: Gedisa, 1996.
- GÜNTHER, Gotthard. Life as poly-contexturality. *Vordenker*, fev/2004. Disponível em <http://www.vordenker.de>. Acesso em 02 abr. 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Trad. Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- _____. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. I.
- _____. *Direito e moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, s/d.
- _____. *Débat sur la justice politique*. Trad. Catherine Audard e Rainer Rochlitz. Paris: CERF, 1997.
- _____. *La constelación posnacional*: ensayos políticos. Trad. Pere Fabra Abat. Barcelona: Paidós, 2000.
- _____. *La inclusión del otro*: estudios de teoría política. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1999.
- _____. *La lógica de las ciencias sociales*. 3. ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 1996.
- _____. *Más allá del Estado nacional*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1997.
- _____. *Passado como futuro*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- _____. *Verdade e justificação*: estudos filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beariz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- HOFSTADTER, Douglas R. *Gödel, Escher, Bach: an eternal golden braid*. New York: Basic Books, 1999.
- LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (org). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Trad. Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 33-107.
- _____. *Complejidad y modernidad*: de la unidad a la diferencia. Trad. Josexto Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998.

- _____. *El arte de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005.
- _____. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Flipe Segura. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.
- _____. *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990.
- _____. *La ciencia de la sociedad*. Trad. Silvia Pappe, Brunhilde Erder y Luis Felipe Segura (Coord. Javier Torres Nafarrate). Guadalajara: ITESO y Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1996.
- _____. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad y Cátedra G. A. Humboldt, 2007.
- _____. Limits of steering. *Theory, culture & society*, vol. 14, n. 1, p. 41-57, 1997.
- _____. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997.
- _____. Operational clausure and structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, vol. 13, p. 1419-1441, 1992.
- _____. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos; México, D.F.: Universidad Iberoamericana, 2005.
- 104 _____ . *Poder*. Trad. Mónica Talbot y Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos; Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1995.
- _____. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker (Coord. Javier Torres Nafarrate). Rubí (Barcelona): Anthropos; Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.
- _____. *Sociologia del rischio*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996.
- _____. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003.
- _____. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Trad. Fenando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- _____. The self-reproduction of law end its limits. In: _____. *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990, p. 227-245.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A Árvore do Conhecimento*: as bases biológicas da compreensão humana. Trad. Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.
- _____; _____. *De Máquinas e Seres Vivos*. Autopoiese: a organização do vivo. Trad. Juan Acuña Llorens. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
- NEVES, Marcelo. *Entre Témis e Leviatã*: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Constituição, estado constitucional e paradoxo

- PASCAL, Blaise. *Pensamentos*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ROTH, André-Noël. O Direito em crise: fim do Estado moderno. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização económica: implicações e perspectivas*. Trad. Margaret Cristina Toba e Márcia Maria Lopes Romero. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito Ambiental e Sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006.
- SPENCER-BROWN, George. *Laws of forms*. New York: Dutton, 1979.
- TEUBNER, Günther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Trad. Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Unimep, 2005.
- _____. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: _____ (ed.). *Global law without a State*. Brookfield: Dartmouth, 1997, p. 3-28. Disponível também em http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/dokumente/Bukowina_english.pdf, acesso em 20 mar. 2007.
- _____. *O Direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

