

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO DIREITO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

JUDICIALIZATION OF POLITICS AND
POLITICIZATION OF LAW: AN ANALYSIS FROM THE
PERSPECTIVE OF SYSTEMS THEORY BY NIKLAS LUHMANN

DANIEL WAGNER HADDAD¹

RESUMO

Conforme se extrai da Teoria dos Sistemas fundamentada por Niklas Luhmann, os sistemas político e jurídico são sistemas separados, independentes, operando sob códigos próprios. Contudo, isso não quer dizer que tais sistemas ignoram a existência do outro, nem do ambiente que os cerca. O objetivo do presente artigo é analisar de que forma o sistema jurídico e o sistema político se provocam e interagem, bem como de que forma o fazem. A Constituição, conforme será observado, representa o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político. Foi utilizada a revisão bibliográfica para tal mister, com resultados conclusivos acerca dessa análise de interação. Conclui-se, assim, que por meio de irritações mútuas e de seu acoplamento estrutural, os sistemas interagem e justificam essa interação.

Palavras-chave: Luhmann; teoria dos sistemas; acoplamento estrutural; constituição.

ABSTRACT: As extracted from the Systems Theory founded by Niklas Luhmann, political and legal systems are separate, independent systems, operating under their own codes. However, this does not mean that such systems ignore the existence of the other, or the environment that surrounds them. The purpose of this article is to analyze how the legal system and the political system provoke and interact, as well as how they do so. The Constitution, as will be seen, represents the structural coupling between the legal and political systems. The literature review was used for this task, with conclusive results about this interaction analysis. It is concluded, therefore, that through mutual irritations and their structural coupling, the systems interact and justify this interaction.

Keywords: Luhmann; systems theory; structural coupling; constitution.

¹ Advogado, Doutorando em Direito Político e Econômico (MACKENZIE, 2019-atual), Mestre em Direitos Difusos e Coletivos (UNIMES, 2010), Especialista em Direito e Processo do Consumidor e Direito Processual Civil (UNISANTOS, 2007), Graduado em Direito (UNISANTA, 2004). Tem experiência em Direito Civil, Processual Civil, Consumidor, Empresarial, Tributário, Econômico e Direitos Humanos. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3585-2831>.

1. INTRODUÇÃO

A análise proposta neste artigo é justificada pela necessidade de se verificar, do ponto de vista da sociologia jurídica, de que forma os sistemas político e jurídico se comunicam, tendo em vista a crescente e atual judicialização da política e também da politização do Direito.

A hipótese levantada é que o sistema jurídico e o sistema político, apesar de se comunicarem e inclusive se acoplarem estruturalmente, com base na Teoria dos Sistemas de Luhmann, não podem operar com outro código a não ser o seu próprio código, sob pena de corrosão do sistema. O objetivo é fazer essa demonstração com base no método do levantamento bibliográfico da obra de Luhmann e dos seus comentadores.

A teoria de Luhmann deve ser lida como “sociologia primeira”, do mesmo modo que a “filosofia primeira” foi impulsionada por Aristóteles, uma ciência que se ocupa das realidades que se encontram por cima das realidades físicas, posteriormente chamada de metafísica toda tentativa de pensamento humano dirigida a transcender o mundo empírico para alcançar a realidade metaempírica. Luhmann pretende que a sociologia (ciência que aborda o fenômeno social) indague os princípios primeiros e supremos da ordem social; analise a operação constitutiva da sociedade; estude a comunicação, considerada a substância da socialidade e investigue a sociedade, fenômeno omnicompreensivo de tudo que se designa como social (NAFARRETE apud SILVA, 2016, p. 10-11).

Assim, a primeira observação que se faz nesse sentido é que, na perspectiva luhmanniana da teoria dos sistemas, sociedade é comunicação. A sociedade seria um sistema social cuja autopoiese se opera baseado na comunicação. O ser humano, nessa matriz teórica, deixa de ter na sociedade a dupla função de observador/observado, e passa a ser o ambiente da sociedade, conforme será verificado adiante. O homem é, portanto, um sistema psíquico, não um sistema social, e sua autopoiese é baseada na consciência.

Desse modo, sociedade é um sistema fechado e dentro dela só ocorre comunicação. A comunicação possui três etapas em seu itinerário, que são a expressão (o ato de comunicar), a informação e a compreensão. A sociedade é, portanto, um grande sistema social que compreende, no seu interior, todas as formas de comunicação.

Segundo Campilongo (2002, p. 69), a comunicação é a operação específica do sistema social, pois

para observar seriamente os indivíduos, nenhum ser humano pode ser parte de um sistema. Ao deslocar os indivíduos para o ambiente da sociedade, Luhmann encontra o caminho para definir o tipo de operação que confere unidade a um sistema social. Essa operação é a comunicação. Operação é a reprodução de um elemento do sistema fechado a partir dos elementos que compõem esse mesmo sistema. A comunicação é a operação específica do sistema social, isto é, a operação interna ao sistema social. Não existe comunicação entre o sistema e o ambiente. Toda comunicação sintetiza três seleções: 1) emissão (ou ato de comunicar); 2) informação; 3) compreensão. O conjunto ou o processo de sucessivas comunicações forma uma rede recursiva que define a unidade do sistema social. Os sistemas sociais usam a comunicação como seu ato de reprodução. Tudo o que não é comunicação – por exemplo, a vida orgânica ou a consciência – pode ser observado pelo sistema social e transformado em tema da comunicação. Vista como uma

operação, a comunicação não pode estar fora da sociedade. Desse modelo resulta o conceito de sociedade como um sistema fechado de comunicações conectadas que reproduzem comunicação por meio de comunicação.

Com relação ao sistema jurídico, Luhmann propõe utilizar a teoria dos sistemas como forma de acoplamento estrutural entre teorias auto-reflexivas do sistema jurídico (que expressam a autodescrição de tal sistema) e descrições externas, provenientes da sociologia (VILLAS BOAS FILHO, 2010, p. 565).

É por isso que se extrai da ideia de Luhmann que toda convivência humana é direta ou indiretamente cunhada pelo direito. Da sociologia luhmanniana se observa essa análise minuciosa do sistema jurídico, especialmente pela formação em Direito de Luhmann.

2. A SOCIEDADE EM LUHMANN E O SER HUMANO

A pergunta que deve ser feita é a de que – e aqui residem as maiores críticas à teoria luhmanniana por parte de quem a analisa apenas de modo superficial – se sociedade é comunicação, qual o papel do ser humano? O ser humano teria um papel reduzido, ou até mesmo inexpressivo, nessa teoria social? Na verdade, na teoria dos sistemas, os seres humanos, enquanto sistemas psíquicos e orgânicos, são o ambiente necessário e indispensável da sociedade.

O ser humano é, portanto, expressão que abarca tanto o sistema psíquico quanto orgânico. Para a tradição humanista, o ser humano estava no interior, não no exterior, da ordem social. Era considerado um elemento da própria sociedade, chamado de indivíduo porque, para a sociedade, era considerado o elemento último, não mais divisível. Nessa concepção “jusnatural”, era preciso conceber a própria natureza como normativa, o nível de realidade, o “ser natural”, não podia ser alcançado, a sociedade era concebida como coexistência de seres humanos desenvolvida urbanamente, como constituída de corpos corporalmente desconectados, sendo a totalidade de seres humanos chamada de humanidade (LUHMANN, 2016b, p. 238-239).

Na Teoria dos Sistemas de Luhmann, foi, desse modo, dado um passo em direção à reconstrução semântica nas teorias contratuais jusnaturalistas tardias, que registram alterações estruturais na sociedade que demandam mais mobilidade, afrouxando vínculos pressupostos. A sociedade é vista como um contrato, a máxima “livre, mas preso”, máxima essa que acabou com as revoluções política e industrial e o desenvolvimento da ciência, com a separação da biologia, psicologia, sociologia, com as próprias ciências distanciando-se das regulações normativas do direito, das representações religiosas, dos valores e objetivos políticos. O humanismo retira-se da natureza em direção à mente e a sociologia questiona os fundamentos não contratuais do efeito vinculante do contrato. O ser humano, por si só, não é mais sequer capaz de contrato, deve sua sociabilidade à sociedade (LUHMANN, 2016b, p. 239-240).

Considerar o ser humano como parte do ambiente da sociedade, em vez de parte da própria sociedade, altera as premissas de todos os questionamentos da tradição. A Teoria dos Sistemas parte da unidade da diferença entre sistema e ambiente, sendo o ambiente fator constitutivo dessa diferença. Para o sistema o ambiente não é menos importante que o próprio sistema. Nesse estado de abstração, a disposição teórica está plenamente aberta.

O ambiente pode conter algo mais importante para o sistema do que os componentes do próprio sistema (a recíproca também é apreensível na teoria). Com a distinção entre sistema e ambiente ganha-se a possibilidade de conceber o ser humano como parte do ambiente da sociedade de um modo ao mesmo tempo mais complexo e desvinculado do que seria possível se ele fosse concebido como parte da sociedade. Isso porque, em comparação com o sistema, o ambiente é justamente aquele domínio da distinção que apresenta complexidade mais elevada e menor existência ordenada (LUHMANN, 2016b, p. 240).

Por isso, na Teoria dos Sistemas, ao ser humano é concedida mais liberdade em relação ao seu ambiente, especialmente liberdades em relação a comportamentos irracionais e imorais. Ele não é mais a medida da sociedade. Assim, percebe-se que a própria divisão entre sistema/ambiente dá a ambos a mesma importância, somando-se ao entendimento de que o ambiente sempre é mais rico e cheio de possibilidades que o sistema.

Seguindo, é necessário mais uma distinção nos conceitos de sistemas da teoria dos sistemas de Luhmann: ele distingue três tipos de sistemas, os sistemas vivos, os sistemas psíquicos e os sistemas sociais. Os sistemas sociais das sociedades modernas são funcionalmente diferenciados em diversos sistemas parciais, como por exemplo, os sistemas econômico, jurídico e político.

Nas palavras de Campilongo (2002, p. 66), elucidando esses conceitos preliminares da teoria, cada sistema parcial (v.g., o jurídico e o político) possui seu código (esquema binário que caracteriza a comunicação do sistema, por exemplo, o sistema jurídico possui o código lícito/ilícito, enquanto o político o código governo/oposição), suas operações específicas de reprodução, ou seja, sua clausura operativa (ou fechamento operativo) e sua abertura ao ambiente. A questão que se coloca, portanto, é saber como aplicar todas essas referências conceituais na descrição dos sistemas político e jurídico.

Necessário atentar que um sistema processa e responde às demandas do ambiente (vale lembrar, as demandas dos homens) com suas estruturas internas e que todos os sistemas parciais e especializados da sociedade moderna funcionam simultaneamente.

E nesse ponto reside a importância, na teoria luhmanniana, do fechamento operacional do sistema. Somente um sistema operacionalmente fechado poderia produzir unidade a esse sistema. Além disso, o sistema se auto-observa, nascendo o paradoxo de que o fechamento operacional do sistema é condição para sua abertura, ou seja, o sistema só pode observar o seu ambiente com base nos próprios elementos internos.

Desse modo, o ambiente irrita, perturba, o sistema por meio de informações, pois todo sistema, apesar de fechado operacionalmente, é aberto cognitivamente para o ambiente, ou seja, recebe informações e observa o ambiente.

O sistema também “irrita/perturba” o ambiente, por conta dessa característica. Essas “irritações/perturbações”, interferências, são constantes, mas o sistema, por ser operacionalmente fechado, autopoietico, operando suas próprias operações, se auto-observa, opera recursivamente, conforme sua auto-referência, quer dizer, somente opera mediante seu código próprio.

É importante lembrar que Luhmann utiliza em sua teoria dos sistemas conceitos de diversas áreas, como cibernética e biologia, vindo dessa última a noção de “autopoiese”, cunhada pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, que buscam explicar a reprodução celular, concebendo esse processo como a capacidade de cada unidade celular se repro-

duzir, baseando-se em seus próprios processos constituintes. Por isso, não há intervenção desde fora, mas causalidade canalizada. Os sistemas, nesse sentido, deixam de ser abertos operacionalmente ao ambiente e são, assim, concebidos como sistemas fechados.

O sistema opera sempre reduzindo possibilidades, selecionando ruídos do entorno, dotando-os de sentido ao incorporá-los aos seus processos internos. O sistema é reprodutor de sentido, transformando ruídos internos e externos em informação dotada de sentido. O sistema reduz complexidade (possibilidades de ação).

O direito traduz a comunicação social geral em termos de licitude/ilicitude. Já a política traduz a comunicação no código poder/não poder. Esses são os códigos binários dos dois sistemas e somente operam internamente aos seus respectivos sistemas.

3. O SISTEMA POLÍTICO E O SISTEMA JURÍDICO NA TEORIA DOS SISTEMAS

Uma Teoria dos Sistemas autopoieticos, inclusive pela própria autopoiese e fechamento operacional de cada subsistema da sociedade, deve considerar o sistema jurídico como distinto do sistema político. O próprio sistema distingue entre si mesmo e outros sistemas da sociedade. Obviamente no caso dos sistemas jurídico e político existe uma certa dificuldade nessa distinção, especialmente pelo próprio conceito de Estado que é ao mesmo tempo jurídico e político.

Entretanto, apesar desse conceito jurídico-político de Estado, é necessário reconhecer que mesmo antes da consolidação política do Estado moderno, já existia direito presente, seja como costumes locais, seja como direito formalmente elaborado, como por exemplo, direito feudal, direito das cidades, direito do rei, e separação entre direito canônico e direito civil secular. O Estado territorial do início da era moderna identificou como primordial a unificação do direito vigente no âmbito de suas fronteiras, com a organização da administração da justiça, com unificação e centralização de controle servindo à sua finalidade de própria unidade como Estado, Estado soberano e com consolidação política (LUHMANN, 2016a, p. 546-547).

O direito de resistência, que mergulhou a Europa em cem anos de guerra civil, tão bem trabalhado por Hobbes no Leviatã, deixou evidente as diferenças operacionais entre comunicação jurídica e política, pois o sistema político moderno do Estado territorial não podia aceitar o fato de os súditos se imiscuírem na política invocando o direito e, assim, perturbando a paz. O sistema político exigia fechamento com referência a tudo o que, quanto a código e função da política, fosse qualificado como político, ao mesmo tempo que o sistema jurídico não aceita nenhum estatuto de exceção. Apesar disso, fez-se esforço para vincular política e direito no esquema Estado de Direito: a um só tempo uma instituição de direito e uma instância de responsabilidade política que olhava para o direito pela imposição e pelo subsequente desenvolvimento jurídico mediante adaptações às mutáveis circunstâncias sociais e aos fins políticos realizáveis (LUHMANN, 2016a, p. 550-556).

A política tem por função tomar decisões coletivamente vinculantes. O uso do poder permite à política desempenhar essa função. O sistema político, como todos os demais sistemas, constrói, reproduz e delimita seus elementos a partir de códigos e operações próprias. A diferenciação hierárquica das relações de poder entre superiores e inferiores, que recebe uma formulação técnica na distinção governo/oposição, integra essas fórmulas de reprodução da comunicação política. A utilização desses códigos (superior/inferior; governo/oposição) é uma regra de atribuição e conexão interna ao sistema político que permite sua reprodução autopoiética. A continuidade da comunicação política depende da constante variação, seleção e estabilização de decisões coletivamente vinculantes (CAMPILONGO, 2002, p. 71).

Na Teoria dos Sistemas de Luhmann, por sistemas não se entende uma interconexão de determinadas regras, mas uma interconexão de operações factuais, que como ações de comunicação operacionais, devem ser comunicações, independentemente do que essas comunicações afirmem com respeito ao direito, ou seja, “não buscamos o ponto de partida nem na norma, nem na tipologia dos valores, mas na distinção entre sistema e ambiente” (LUHMANN, 2016a, p. 54-55).

Desse modo, uma teoria sistema/entorno exige que se distinga com relação às teorias tradicionais que remetem que a estrutura (regras, normas, textos) são o direito. Nessas teorias, a questão sobre o que é direito e o que não é firma-se tendo em vista regras específicas. Contudo, se se quiser seguir estímulos da Teoria dos Sistemas, deve-se operar uma inovação e pensar em operações em vez de estruturas.

O sistema jurídico limita-se a produzir, antes de tudo, a distinção, para sustentar a sua orientação em direção à própria unidade (direito é direito), mediante a orientação para o código binário lícito/ilícito (positivo/negativo) do sistema. Tal código vincula cada operação entre o lícito e o ilícito. O sistema jurídico não faz outra coisa senão desenvolver a sua função de distinguir mediante contínuas operações o direito do não-direito. A referência a esse código atribui ao sistema uma estrutura de comunicação. O eventual uso de um outro código não seria inadmissível, mas a operação deixaria de ser uma operação interna do sistema jurídico. O sistema jurídico, sob esse perfil, sanciona-se, por assim dizer, na execução factual de suas operações mediante inclusão e exclusão (LUHMANN, 1990, p. 8).

Conforme observa King e Thornhill (2003, p. 35) sobre o termo “Rechtssystem” e sua tradução, o “sistema legal” ou “sistema jurídico” para Luhmann não são as instituições, como os Tribunais, os escritórios, aquilo que tem existência física, nem as pessoas que estão envolvidas profissionalmente nessas operações, como juízes e advogados. Conforme observamos anteriormente, os indivíduos são necessários para o sistema por formarem o ambiente. Contudo, “Rechtssystem” não se refere a eles, nem às instituições. O direito, aqui generalizado por, sistema jurídico, para Luhmann, não está sujeito a limites físicos, geográficos ou pelo estatuto dos indivíduos. O sistema jurídico, reproduz King, é um sistema de comunicações que se identifica como direito e é capaz de distinguir entre aquelas comunicações que são parte dela e aquelas que são não. Assim, sistema jurídico se refere apenas a um sistema de comunicações, a nenhuma outra instituição. O direito consiste na comunicação e nada além de comunicação.

O próprio King e Thornhill (2003, p. 36) exemplifica que tipo de comunicação seria reconhecida como comunicação jurídica pelo sistema. Desse modo, indaga,

mas que tipo de comunicação, pode-se perguntar, conta como direito? A resposta inevitavelmente circular a esta pergunta é: todas as comunicações que são reconhecidas pelo direito como pertencente ao ordenamento jurídico, apenas para o ordenamento jurídico pode dizer o que é e o que não é o direito (KING; THORNHILL, 2003, p. 36).

Na sequência, King (*idem*) questiona novamente,

uma pergunta de acompanhamento óbvia é: 'Como o sistema reconhece as comunicações como comunicações jurídicas?' Aqui a resposta é mais específica. Uma comunicação jurídica é qualquer comunicação que se baseia ou se relaciona com a distinção legal/ilegal ou lícito/ilícito (KING; THORNHILL, 2003, p. 36).

Destaque-se que para fins de tradução para o português, a maioria da doutrina entende que a melhor tradução para o código binário do sistema jurídico é lícito/ilícito.

Desse modo, conforme se extrai da reflexão de King (*ibidem*), o direito se estende a todas as comunicações que são entendidas como diretamente relacionadas à questão do lícito/ilícito. Inclusive o autor exemplifica algumas situações corriqueiras, como, por exemplo, motoristas discutindo sobre qual deles cometeu o erro de julgamento que resultou em um acidente; um cliente insistindo em seus direitos como consumidor para que uma loja o reembolse por produtos defeituosos, ou um homem recusando pagar alimentos para uma criança alegando que o pai pode ser outra pessoa. Ao fornecer esses exemplos, afirma que em todos eles, o que é invocado é o direito, em vez de algum outro sistema de comunicação. O sistema jurídico reconheceria as comunicações em todos esses exemplos como comunicações jurídicas. Desse modo, o direito em cada exemplo é usado como uma forma de dar significado ou importância para os eventos. Uma vez que os eventos tenham sido comunicados em termos que fazem sentido para o direito, essas comunicações tornam-se parte do sistema jurídico e também da sociedade. O que foi usado como estrutura para compreender e dar sentido para o evento foi o direito.

Finaliza King (*ibidem*) essa observação esclarecendo que o ponto de partida para a abordagem sociológica de Luhmann é sempre o sistema social consistindo em comunicações que se referem exclusivamente a outras comunicações do mesmo tipo e que constroem seus próprios significados desta forma. É a interpretação comunicada do evento pelo direito como tendo significado para o direito por meio de sua atribuição de seus valores binários, lícito/ilícito, o que o coloca dentro dos limites do sistema e sociedade. Decidir se uma comunicação é legal é possível, portanto, apenas através da observação das próprias operações do sistema jurídico.

Conforme destaca Silva (2018, p. 36), na relação entre direito e sociedade Luhmann aplica a gnosilogia da cibernética, portanto a circularidade reflexiva em lugar da linearidade causal e da circularidade tautológica, viabilizando uma teoria social cujas dicotomias (seus paradoxos) são desparadoxizadas. O desafio está em lidar com o direito sem ser pela via de uma ótica normativista. Isso porque a ciência do direito não reduz seu objeto às normas, ela tem por objeto o direito mesmo, portanto, seu objeto é o como é possível as comunicações do direito serem tais quais e como são. Assim, Silva afirma que essa relação

adquire contornos outros quando se parte da concepção de sociedade como sistema de comunicação, pois, nessa concepção, direito é um dos sistemas sociais de comunicação, aquele sistema que observa comunicações pautadas pelo código binário de referência lícito/ilícito, afinal, é exclusivamente no

interior do sistema do direito que se dá a produção de sentido sobre lícito e ilícito, o que significa que as irritações dos demais sistemas da sociedade (política, economia, religião, arte, educação, ciência etc.) influenciam, interferem, afetam o sistema do direito, mas não o constituem. Direito e sociedade se diferenciam, mas não se apartam, afinal o direito se reproduz e se altera em hetero e autorreferência (SILVA, 2018, p. 36).

Afirma Luhmann (2016a, p. 561), que chega a ser impossível inserir questões políticas – como por exemplo, o momento e as condições para a reunificação da Alemanha – para o sistema jurídico e apresentar uma decisão. O mesmo se aplica a controvérsias acadêmicas, religiosas etc. Problemas devem ser transformados em uma forma “judicializável” para que se franqueie acesso ao direito. O direito não pode ser usado como uma máquina para a investigação de verdades ou para a descoberta de mirabolantes soluções para problemas.

O Direito é visto como um sistema comunicativo que produz normas de conduta tanto para suas próprias operações como para a sociedade em geral (KING, 2009, p. 88), representando o seu fechamento operacional e também seu acoplamento operacional com o ambiente e outros sistemas. O fechamento operacional dos sistemas, aqui se falando particularmente do sistema jurídico, impede o sistema de produzir algo que não seja Direito, o que não quer dizer que fatores políticos ou econômicas não possam irritar, influenciar a comunicação do Direito, como as legislações, decisões, jurisprudências.

O que é refutado pelo sistema jurídico é a possibilidade de questões econômicas e políticas, por exemplo, determinarem o conteúdo da comunicação jurídica, de forma direta e previsível (KING, 2009, p. 88).

Assim, afirma Luhmann (2016a, p. 588) que a separação dos sistemas pode ser vista como condição para o aumento da interdependência dos sistemas jurídico e político, bem como a própria sociedade, como sistema, pode ser vista como condição para a possibilidade dessa conexão.

4. O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE OS SISTEMAS POLÍTICO E JURÍDICO

Analisando a questão a partir da Teoria dos Sistemas, Luhmann afirma que a

Constituição, contrariamente ao que parece à primeira vista, é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à consequente necessidade de uma religação entre eles (LUHMANN, 1990, p. 4).

É preciso lembrar que, para Luhmann, tanto o subsistema jurídico quanto o político são sistemas autopoieticos que apresentam fechamento operacional e, por isso, há a necessidade de acoplá-los estruturalmente.

Observa-se que do acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político surge a Constituição, que aproxima os sistemas, diante da necessidade dos sistemas em algum momento se interligarem.

Conforme definem Gonçalves e Villas Bôas Filho (2013, p. 139), ao analisar o subsistema funcional do direito e suas relações com os demais subsistemas, Luhmann enfatiza que o mecanismo do acoplamento estrutural é responsável pela manutenção da integridade do direito e, obviamente, também dos demais subsistemas sociais. Sem tal mecanismo a inter-relação entre os subsistemas ou não ocorreria ou, ocorrendo, acarretaria a corrupção destes.

Luhmann afirma que

Na consciência europeia as Constituições valem não apenas como instituições do sistema jurídico, mas também e, sobretudo, como instituições do sistema político. E também esse fato tem a sua justificativa. Não obstante, o sistema político e o sistema jurídico serem e permanecem sistemas diferentes. Esses sistemas seguem códigos distintos, precisamente, por um lado, o código lícito/ilícito, e por outro, o código poder/não-poder. Esses sistemas servem para funções diferentes e assim projetam códigos e funções de modo diverso. São reciprocamente competentes, mas cada um em um sentido diferente. As suas respectivas autorreproduções (autopoíesis) são assim realizadas em redes, networks, em tudo muito diferentes. Um mínimo de rigor teórico impede a sua identificação. Se, no entanto, como na autopoíesis sistêmica, também as estruturas que lhes servem para reunir operações em operações são diversas entre si, como é possível conceber a Constituição como uma instituição de ambos os sistemas? (LUHMANN, 1990, p. 13)

Um paradoxo parece se formar: ao mesmo tempo que os sistemas operam sob seus códigos próprios e, portanto, se separam, a constituição reforça essa separação, mas, ao mesmo tempo, os aproxima, por meio do acoplamento estrutural. É exatamente essa aproximação que mantém íntegros os sistemas. O acoplamento entre os sistemas jurídico e político ocorre na Constituição e não fora dela. Portanto, na verdade há uma desaparadoxização de um paradoxo.

A Constituição, quer sob o seu aspecto jurídico, quer sob o político, não é senão um dispositivo destinado a diferenciar a auto-referencialidade da hetero-referencialidade nas operações internas ao sistema. A certeza da validade da Constituição pode ser compreendida, desenvolvida, portanto, pelo fato de que a reversibilidade das estruturas internas do sistema, que é funcional, eleva outros problemas (por exemplo, os problemas “e substituição” das soluções dos problemas) relativos aos de um observador externo que se encontre em condições de se consagrar exclusivamente às suas próprias ideias (LUHMANN, 1990, p. 18).

Os acoplamentos irritam o sistema, mas são incapazes de operar nele sem a sua auto-seleção. Existe um contraste informacional entre sistema e ambiente, essa é a condição sob a qual o sistema opera e para a qual só existe uma saída, a redução da complexidade, através de seus próprios processos. Além da sociedade, todo sistema parcial pode observar outros sistemas parciais. É por isso que se pode afirmar que o acoplamento estrutural tanto separa quanto vincula os sistemas (RODRIGUES; NEVES, 2017 p. 142).

Na concepção de Luhmann:

Os acoplamentos estruturais são aquisições evolutivas. A sua formação não pode ser reconduzida a causas específicas. De um determinado modo, pressupõem a si próprios enquanto ser e vinculam às descontinuidades do ambiente, e para cujas estabilizações contribuem. O que vale também para o acoplamento estrutural entre consciência e comunicação por meio da linguagem, como para o acoplamento estrutural entre o sistema educativo e o econômico

mediante os diplomas, bem como para o acoplamento estrutural entre o sistema de saúde e o econômico por intermédio dos atestados médicos e de inumeráveis outros casos em uma sociedade em alto desenvolvimento. No que toca às relações entre o sistema jurídico e o político, as Constituições seguem esse modelo (LUHMANN, 1990, p. 23).

De acordo com Gonçalves e Villas Bôas Filho:

a constituição separa os subsistemas ao mesmo tempo que lhes acopla estruturalmente, ou seja, os distingue ao mesmo tempo que não os isola. É nesse sentido que Luhmann afirma que a constituição desempenha a dupla função de incluir e excluir irritações recíprocas das operações políticas e jurídicas. Sua forma de influência a partir de dois lados, que inclui e exclui, mantém a separação dos sistemas e permite a reprodução autopoietica separada, sem nenhuma sobreposição confusa. Ela também expressa as maneiras pelas quais o sistema jurídico (e no outro lado da forma, o sistema político) evita o isolamento (que significaria entropia), construindo em seu âmbito interno o que pode lhe servir de informação. Portanto, pode-se afirmar que o conceito de acoplamento estrutural torna factível a descrição do subsistema jurídico como fechado normativamente e aberto cognitivamente, garantindo a sua possibilidade de inter-relação com os demais subsistemas funcionais. Mediante o conceito de acoplamento estrutural (que se encontraria numa relação ortogonal com o conceito de autopoiese), a teoria dos sistemas obtém, no plano teórico, uma descrição factível e coerente acerca da inter-relação do sistema jurídico com os demais subsistemas sociais que compõem seu ambiente (GONÇALVES; VILLAS-BOAS FILHO, 2013, p. 141-142).

A importância de se identificar a Constituição como o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político significa que os códigos próprios dos sistemas são mantidos íntegros em sua operação, os sistemas não se sobrepõem na Constituição. Ao contrário, quando uma decisão judicial é proferida ao analisar, por exemplo, um caso que se discute uma lei ordinária, identificando uma comunicação política erroneamente como jurídica, o sistema se corrompe.

Considerando-se, portanto, a Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, sua interpretação deve se dar considerando-se os dois sistemas, pois “uma vez que com a interpretação a soberania é transferida do legislador constituinte para o intérprete, tanto mais quanto mais livre essa seja” (Luhmann, 1990, p. 28), de modo a transcender a política e o direito.

Por isso, afirma Luhmann que

A diferenciação funcional entre sistema jurídico e sistema político não pode ser controlada nem por uma parte, nem pela outra. A partir do momento que o sistema político resolve com a Constituição os problemas de sua própria referenciabilidade, esse emprega, portanto, o direito. Esse emprego do direito só pode funcionar, no entanto, porque os sistemas não são congruentes, porque não se sobrepõem nem mesmo em uma medida mínima, mas, ao contrário, o sistema político pode se servir do sistema jurídico mediante hetero-referenciabilidade e, assim, mediante o recurso a um outro sistema funcional. O conceito de Estado, do mesmo modo, assinala a um só tempo uma organização e uma pessoa jurídica - segundo o sistema a partir do qual se o considera. Analogamente, a imensa amplitude do âmbito de aplicação que o poder político alcança com a dúplici codificação jurídica de todas as decisões políticas é condicionada pela nítida diferenciação dos sistemas. (LUHMANN, 1990, p. 18)

A Constituição é, assim, a forma mediante a qual o sistema jurídico reage à sua própria autonomia. Ainda, Luhmann (1990, p. 20) esclarece:

O sistema jurídico, graças a esse acoplamento, tolera um sistema político que tende para o Estado regulador e que não deixa passar o que possa submeter as suas próprias operações. Também o sistema político, graças a esse acoplamento, tolera um sistema jurídico que dá curso continuamente a processos próprios, protegidos da interferência política logo que a questão direito / não-direito, lícito / ilícito, se apresente. O que conduz definitivamente a uma teoria dos sistemas operativamente fechados sensíveis apenas a perturbações mais do que a determinações recíprocas e obriga a que se recorra à respectiva linguagem sistêmica para se poder reagir. A relação entre o sistema político e o jurídico assemelhasse mais com a das bolas de bilhar que, apesar da contínua frequência com que se entrechocam, cada uma continua a percorrer o seu caminho separado, do que com a de gêmeos siameses somente capazes de se moverem conjuntamente. (LUHMANN, 1990, p. 20).

Verifica-se, portanto, que a Constituição é o acoplamento estrutural entre o sistema político e jurídico, entre política e direito. Conforme mencionado, por ser o subsistema jurídico fechado normativamente e aberto cognitivamente, por meio desse acoplamento estrutural pode-se esperar o desempenho da dupla função de incluir e excluir irritações recíprocas das operações políticas e jurídicas, expressando as maneiras pelas quais esses sistemas evitam o isolamento.

Evidentemente, é possível ocorrer a autoprovação, a inclusão do entorno/ambiente no sistema, ocorrendo maiores probabilidades de o sistema jurídico registrar decisões políticas em forma jurídica, bem como de a política utilizar o sistema jurídico para alcançar seus objetivos.

Isso porque as comunicações normativas de outros sistemas não podem ser reproduzidas diretamente pelo sistema jurídico como comunicação jurídica (KING, 2009, p. 88-89). Só Direito produz Direito. O sistema jurídico, ao receber comunicação de outros sistemas (como por exemplo, do sistema político), por meio do acoplamento estrutural, têm de se reconstruir como Direito, ou seja, como comunicação jurídica. Evidentemente, tal processo de reconstrução pode dar origem a distorções e reduções que não eram previstas no sentido original da comunicação política.

É por isso que o sistema psíquico tem de ser reconstruído para o sistema jurídico, quando julgadores e legisladores aplicam preconceitos e inclinações pessoais. Esses sistemas podem influenciar o Direito e o sistema jurídico, mas devem ser reconstruídos pelo sistema jurídico (KING, 2009, p. 89).

Destarte, afirma Luhmann (2016a, p. 451) que nenhum argumento, seja lei, contrato, testamento ou uma decisão jurídica provida de força legal, é capaz de mudar o direito vigente, ou seja, o símbolo de validade do direito. Nenhum argumento pode conferir validade a novos direitos e obrigações. Com isso, a validade faz com que a argumentação jurídica se restrinja ao Direito filtrado pelo Direito e não possa, assim, resvalar nos preconceitos morais ou de outra ordem (CAMPILONGO; PEREZ, 2019, p. 10).

Conforme Luhmann (2016a, p. 569-570), o Direito, visto do sistema político, é um instrumento que possibilita a realização de fins políticos, ou seja, o sistema político, tal qual conhecemos, sequer existiria se o sistema jurídico não mantivesse uma diferença entre meio e forma, na qual a forma, afirmada como direito válido, pudesse ser modificada com base em ímpetus

políticos. Ainda que o direito funcione de maneira autônoma, com seu código próprio, fazendo o que só ele faz, a forma ainda é a precondição mais importante que se pode imaginar para o fazer político, à parte o dinheiro vindo da economia.

Desse modo, fazer política é decidir politicamente qual direito deve ser direito vigente, ou, paralelo a isso, que uso fazer de uma renda política alocada. Sem isso, a política como sistema entraria em colapso. Por isso, de nada adiantaria a existência de um grande número de partidos políticos, como o que acontece no país, com todos os lobbies existentes, em especial do poder econômico, somente para decidir como e onde aplicar a força física, a coerção estatal. A política deve o seu grande campo de possibilidades ao direito e ao dinheiro. Ao mesmo tempo, o direito só pode se desenvolver onde a paz esteja politicamente garantida.

É por isso que a Constituição representa esse acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político. Esse fato reafirma a operação própria de cada sistema: à parte desse acoplamento, onde as comunicações jurídicas e política se encontram, a comunicação jurídica somente pode ser absorvida pelo sistema jurídico e a comunicação política somente pelo sistema político.

5. CONCLUSÃO

É pressuposto do Estado de Direito a análise da política pelo direito. Contudo, judicializar, no sentido de se oferecer ao direito questões puramente políticas, não se confunde com aplicar o código lícito/ilícito do sistema jurídico a questões que ele realmente possa ser aplicável.

O momento em que os sistemas político e jurídico se acoplam estruturalmente é a Constituição, onde os sistemas servem-se um do outro, não se isolam, possibilitando, por exemplo, o Estado de Direito. Fora da Constituição não ocorre acoplamento entre tais sistemas. Cada sistema, repita-se, opera com seu código próprio. É por isso que, uma decisão judicial, deve abordar a análise jurídica (lícito/ilícito) e não incluir a comunicação política.

A judicialização da política, no sentido de se promover perseguições, implementação de ideologia, condenações com fins escusos, ocorre na esfera do ambiente e provoca o sistema. Resulta, do mesmo modo, na politização do direito. Conforme verificado, o sistema jurídico não pode operar por outro código que não seja o seu, lícito/ilícito. Na prática, contudo, o que se observa é o ambiente provocando o sistema jurídico a operar sob outros códigos, o que deve ser rejeitado pelo próprio sistema jurídico por meio de seu código binário. O poder, na modernidade, pela sua natureza, muda de lado constantemente.

Desse modo, somente se for colocado ao lado do código do sistema político governo/oposição o código do sistema jurídico lícito/ilícito (poder lícito/poder ilícito) é que se pode afirmar tal poder diante das pressões de seu ambiente. No Estado de Direito, segundo a perspectiva de Luhmann, todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao direito.

A interação entre os sistemas sociais, conforme observado, é possível por meio dos acoplamentos estruturais e das próprias irritações do ambiente, tendo em vista a abertura cognitiva dos sistemas e apesar de seu fechamento operacional. Isso porque à comunicação jurídica somente deve ser aplicado o código binário do sistema jurídico. O mesmo vale à política, cuja

comunicação somente deve aplicar o código binário do sistema jurídico. Entretanto, tais interações e acoplamentos não justificam a manipulação na utilização do sistema. Tal fato, quando ocorre, significa a corrosão e corrupção do sistema e, em consequência, da própria sociedade.

REFERÊNCIAS

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e diferenciação social**. São Paulo Saraiva, 2010.
- CAMPILONGO, Celso; PEREZ, Ane Elisa. A validade da norma e o fechamento operativo do sistema em Kelsen e Luhmann. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 22 n. 43. 2019. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/20821>. Acesso em: 20 out 2020.
- GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- KING, Michael. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law**. Palgrave Macmillan, 2003.
- LUHMANN, Niklas. **Direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral**. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.
- LUHMANN, Niklas, **Sociologia do Direito: vol 1**. Tempo Brasileiro, 1983. (Coleção Biblioteca Tempo Universitário).
- LUHMANN, Niklas. 1990. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. [Tradução realizada a partir do original ("Verfassung als evolutionäre Errungenschaft". In: *Rechthistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220)]. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4907085/mod_resource/content/1/SEMIN%C3%81RIO%2011.%20LUHMANN.%20A%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20como%20aquisi%C3%A7%C3%A3o%20evolutiva.pdf Acesso em: 15 abr. 2020.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Os paradoxos do Direito e da Democracia. **Revista da Faculdade Mineira de Direito, PUC Minas**, v.22, n.43, 2019. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/20806>. Acesso em: 14 abr 2020.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabricio Monteiro. **A Sociologia de Niklas Luhmann**. Petrópolis: Vozes, 2017.
- SILVA, Artur Stamford da. **Niklas Luhmann: 20 anos do sociedade da sociedade**. O lugar do ao mesmo tempo na teoria do direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 10, n. 1, jan./abr. 2018. Disponível:<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.101.03>. Acesso em: 12 maio 2020
- SILVA, Artur Stamford da; NAFARRETE, Javier Torres (Prefácio). **10 Lições sobre Luhmann**. Petrópolis: Vozes, 2016.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 105, p. 561-593, 2010. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67914>. Acesso em: 22 set. 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 28/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/04/2022
- Avaliação 1: 06/04/2022

- Avaliação 2: 21/05/2022
- Decisão editorial preliminar: 21/05/2022
- Retorno rodada de correções: 05/07/2022
- Decisão editorial/aprovado: 10/07/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2