

AUTOPOIESE E CONSTITUIÇÃO: OS LIMITES DA HIERARQUIA E AS POSSIBILIDADES DA CIRCULARIDADE*

AUTOPOIESE AND CONSTITUTION: THE LIMITS OF HIERARCHY AND THE POSSIBILITIES OF CONTINUITY

GERMANO SCHWARTZ*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O presente artigo pretende analisar a Constituição a partir do instrumental oferecido pela teoria dos sistemas sociais autopoieticos. Com isso, intenta demonstrar que uma visão circular do sistema jurídico possibilita uma melhor compreensão do papel da Constituição na sociedade.

Palavras-chave: Constituição. Autopoiese. Circularidade. Hierarquia.

Abstract: The present article intends to analyze the Constitution from the instrumental offered for the theory of the autopoietics social systems. With this, it intends to demonstrate that a circular vision of the legal system makes possible one better understanding of the paper of the Constitution in the society.

Key words: Constitution. Autopoiese. Continuity. Hierarchy.

1. Por que a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos?

A tentativa luhmanniana da elaboração de uma superteoria social possibilita uma nova mirada a respeito da, em linguagem *autopo(i)ética*, interpenetração entre os subsistemas sociais diferenciados. É a tentativa da humanização, da persecução da vida (*bio*), que torna o resgate da noção da *poiesis* da biologia¹ para os sistemas sociais, algo valioso para o intento de uma melhor descrição da Constituição.

Nesse sentido, como relembra Clam², a autopoiese não é algo que nasce do nada e que acaba em si mesma. É, ao contrário, um processo de co-ligação entre as estruturas e os acontecimentos, transmutando-se em uma continuação temporal dos programas e particularidades específicas de cada

subsistema. Uma verdadeira auto-fundação factual, dirigida à diminuição entre o tempo dos sistemas sociais e o tempo do sistema social em si. A idéia básica de um sistema social autopoietico parte do pressuposto de que um sistema é capaz de se auto-reproduzir por intermédio de seus próprios elementos em uma lógica recursiva. Assim sendo, o fato de os sistemas serem, ao mesmo tempo, autônomos e independentes, depende, basicamente, dos elementos componentes do sistema. Lembra Nicola³ que um sistema autopoietico *é autônomo porque a produção de novos elementos depende das operações precedentes e constitui pressupostos para as operações posteriores.*

É a auto-referência. A referência é dada pela observação sobre a distinção, ao passo que a “auto” está voltada para o fato

* Toma-se emprestado o título da obra coletiva por mim organizada a respeito do tema, por entender que se adapta sobremaneira ao assunto abordado. É ela: SCHWARTZ, Germano André Doederlein (Org). *Autopoiese e Constituição: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade*. Passo Fundo: UPF Editora, 2005.

* Doutor em Direito (UNISINOS – PARIS X/NANTERRE). Coordenador Geral dos Cursos de Direito da Universidade de Passo Fundo – RS. Professor do Mestrado em Direitos Fundamentais da ULBRA/CANOAS.

de que a operação resulta incluída naquilo que a designa⁴. Dessa premissa decorre que a clausura operativa de um sistema social autopoietico é o que possibilita, justamente, sua abertura cognitiva⁵.

Quando se pensa em um sistema autopoietico do Direito torna-se necessário, pois, referir que tipos de operações caracterizam sua unidade. Essa diferenciação possibilita a cada subsistema tornar-se ambiente para os demais subsistemas. Com isso, resta diminuída a complexidade inerente aos sistemas sociais, tornando-se factível uma análise conjugada com a realidade de paradoxos.

Exsurge, nesse contexto, a importância da observação. Nessa lógica, a grande contribuição de Luhmann reside na proposição de que a única realidade é a realidade das observações, ou, em outras palavras, a pergunta sobre o que é real somente é possível porque existe um observador que a faça, e o “real” somente existirá enquanto observação.

É, portanto, por intermédio da teoria dos sistemas que se amplia o observável, uma vez que a tomada de análise das funções equivalentes aos problemas do sistema deve ser estabelecida mediante uma diferenciação (confrontação) entre sistema e ambiente, a ser feita pela figura do observador. Ainda, a teoria dos sistemas sociais de Luhmann permite compreender a totalidade da sociedade, porém não indica como tais elementos devem ser (dever-ser jurídico kelseniano). Apenas procura compreender e descrevê-los a partir de um instrumental teórico poderoso, mas que não esgota o social e não pretende dar a observação última.

2. Centro e Periferia no Sistema Jurídico

Dentro dos pressupostos da abordagem de uma teoria dos sistemas sociais autopoieticos aplicada ao Direito, deve-se

perquirir sob que formas distintas o sistema jurídico forma sua dinâmica interna própria e, ao mesmo tempo, coloca-se em abertura cognitiva com o ambiente nos quais os ruídos comunicativos circulam advindos dos demais subsistemas sociais. Com isso, após, será possível verificar o papel da Constituição observada por esse instrumental teórico.

Nesse sentido, e a diferenciação entre legislação e jurisdição é fundamental para a distinção e diferenciação interna dos casos justiciáveis que chegam à análise do Poder Judiciário. É dizer: a dicotomia legislação/jurisdição é um pressuposto para a decisão a ser dada no caso concreto⁶.

A consequência dessa diferenciação se faz notar na organização do sistema jurídico e nas funções ocupadas pelas estruturas componentes de sua auto-referência interna. Passa-se de uma noção hierárquica, advinda de uma base kelseniana, para uma circularidade interdependente, como defende Teubner⁷. Nessa nova concepção, a distinção centro/periferia é pressuposto da necessária diferenciação que dá unidade ao sistema jurídico.

Dentro dessa idéia, o binômio legislação/jurisdição é observado com base na diferenciação interna entre o centro e a periferia do sistema jurídico. Para Luhmann⁸, a centralidade é ocupada pela jurisdição, que interliga os tribunais e suas decisões. A posição central dos tribunais é determinada dessa maneira porque somente os Tribunais têm o condão de proferir decisão com *enforcing power* final⁹. Logo, se o sistema jurídico tem a função de decidir, aquela estrutura que pode dar uma decisão final aloja-se em seu centro. Dessa maneira, há uma hierarquização central, mas não no resto do sistema, que é circular. Com isso, as decisões dos tribunais se irradiam perante todo o sistema, alimentando e reprocessando a periferia, ao mesmo tempo

em que ela influencia e irrita as decisões dos tribunais.

De outra banda, assinala-se que a jurisdição também tem um papel político. Esse papel é paradoxal, pois reside na manutenção da diferença entre o sistema jurídico e o sistema político, ou seja, na diferenciação funcional seletiva e decisória entre ambos os sistemas. Dito de outra forma: a função política da jurisdição é apolítica. A respeito, assevera Luhmann¹⁰:

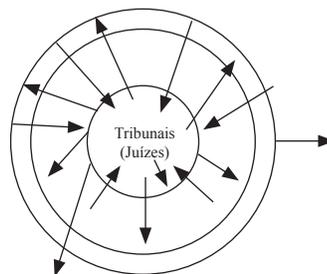
“La funzione política della giurisdizione si fonda quindi, per dirla in modo paradossale, sulla sua neutralizzazione politica, intendendo l’aggettivo *politica* dapprima in senso lato, e successivamente nel senso stretto della politica dei partiti. Il paradosso scompare se si prendi in considerazione la differenziazione del sistema político; appare quindi ovvio definire la funzione politica della giurisdizione come mantenimento di questo sistema differenziato di selezione e di attività decisionale”.

Nessa lógica, a *distinción en términos de centro/periferia* ocorre como resultado de la diferenciación del centro. El centro es mucho más dependiente que la periferia de esta forma de diferenciación¹¹. A periferia (legislação) tem condições de experimentar novas diferenciações mediante contato com o centro. No entanto, no centro, produzem-se diferenciações mais importantes do que aquelas ocorridas na periferia. Dessa forma, por exemplo, a consequência imediata de uma decisão proferida por um tribunal para concessão de remédios é maior do que a feitura de uma lei, atuante no caso em tese e de forma abstrata. Decidir é ação. Decidir é dar ação ao Direito e, portanto, a jurisdição tem papel fundamental na diferenciação do sistema jurídico¹².

A legislação, por seu turno, é a membrana do sistema jurídico, o ponto onde há a abertura cognitiva e pelo meio do qual se mantém a unidade interna, situando-se em

sua periferia como verdadeiro *borderline* entre o sistema jurídico e o sistema político, visto que é produzido pelo último, mas decidido pelo primeiro, em sua lógica codificada própria.

Como ponto fronteiro do sistema, a legislação, conforme Luhmann¹³, responde à irritação do entorno mediante regras genericamente válidas, positivando expectativas de expectativas. Como ato político, a promulgação de uma lei no âmbito jurídico torna-se um mecanismo de compensação da desarmonia temporal do direito em relação à sociedade. O programador (legislador) reage e dá ao decisor (tribunal e juizes) elementos suficientes para que se possa, mediante a contrafaticidade normativa, regular o tempo. Exemplificando, pode-se ilustrar o sistema jurídico da seguinte maneira:



Jurisdição

Circularidade Decisoral (Norma-Ato-Norma¹⁴)

Baseando-se no gráfico, pode-se deduzir o papel de outro importante elemento da organização do sistema jurídico: a jurisprudência. Canaris¹⁵ já defendia a essencialidade da jurisprudência em uma concepção de Direito como sistema, apontando-a como a única parte circular do processo. Entretanto, para que se compreenda o papel da jurisprudência, torna-se necessário analisar o papel da legislação, pois ambas estão interligadas, tanto que, para

Luhmann¹⁶, o objeto da jurisprudência é a aplicação do Direito por intermédio das decisões aplicadas aos casos particulares.

Com isso, ocupa a legislação parte indissociável da jurisprudência, constituindo-se em elemento recíproco de autoalimentação das decisões judiciais (jurisprudência). Dessa forma, mesmo que inovadora, a jurisprudência baseia-se, no Direito, isto é, na legislação (*feedback*). Ainda que contra a lei, a decisão deve nela se basear (paradoxo) para que seja considerada válida, sob pena de extrapolação da função sistêmica do Direito.

Por outro lado, como já referido, a distinção entre legislação e jurisprudência importa na posição dos tribunais no sistema jurídico. Na interface de comunicações entre o sistema jurídico – onde se encontram os tribunais – e o sistema político (local do Poder Legislativo), é que surge a função decisional dos tribunais: central e circular. Desse modo, as decisões jurídicas não possuem um único ponto de vista, o que confere ao sistema autopoietico do Direito as seguintes características apontadas por Luhmann¹⁷:

(1) O fundamento de vigência do sistema jurídico ainda é a Constituição, mas vista sob outro ponto de vista, o da escala decisional última. Logo, os Tribunais só são competentes para decidir se agem de acordo e em conformidade com a Constituição;

(2) A vigência do Direito é ampliada, não se restringindo unicamente à legislação. No sistema *Common Law*, os precedentes ocupam lugar de destaque. Já no sistema romano-germânico, a jurisprudência, como explicitado, possui necessário *feedback* com a legislação;

(3) Os Tribunais não fazem parte do sistema político, devendo se orientar por critérios jurídicos (Direito/Não-Direito). Dessa maneira, via de regra, os Tribunais não podem ser responsabilizados por suas

decisões e, por isso, podem transformar o Direito autoconstitutivamente;

(4) Com isso, os Tribunais não se apóiam única e exclusivamente no Direito vigente¹⁸ (ao mesmo tempo em que devem afirmá-lo¹⁹), reconhecendo pontos em que se devem utilizar critérios positivados pelo Direito, mas que, em verdade, não são jurídicos, como é o caso do art. 4 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Logo, inexistem lacunas, mas sim, *problemas de decisão não regulamentados por lei*²⁰;

(5) Os contratos repousam em fundamentos não-contratuais (paradoxo), mas os Tribunais os reconhecem como lei válidas para as partes contratantes. Com isso, o privado passa a ser conceito jurídico e, portanto, objeto de análise pelos métodos próprios do sistema do Direito;

(6) A Constituição se torna o lugar por excelência de ocorrência do acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e os demais subsistemas funcionalmente diferenciados da sociedade.

Nessa linha de raciocínio, cada Tribunal possui uma especificidade própria dada por sua competência decisória²¹ em casos justiciáveis, ou seja, casos que possam ser abarcados pelo código Direito/Não-Direito. Ainda, os Tribunais podem ser vistos como um subsistema parcial do sistema jurídico. Quando o Direito se bifurca internamente em legislação/ jurisprudência, há uma unidade distintiva que diferencia seu interior de forma recursiva. Isso assume particular relevo porque o problema não reside nessa diferenciação, mas sim, no sistema que já resta diferenciado e que reage à sua auto-referencialidade.

Seguindo, tem-se que as decisões dos tribunais são centrais no sistema jurídico, conforme demonstrado. É preciso atentar novamente para o fato de que uma decisão é algo complexo, visto que pressupõe alternativas várias de escolha ante a possibilidade do reconhecimento da diferença.

E é a diferença que constitui a alternativa²² e que pode reorientar a jurisprudência dominante em um Tribunal, reconstruindo o Direito, mesmo que haja um paradoxo da transformação da coerção em liberdade²³, pois quem se vê coagido por uma decisão judicial pode garantir liberdade com base em uma coercitividade anterior.

De outra banda, essa estrutura anti-hierárquica é uma nova forma de percepção daquele que deposita uma expectativa em torno de uma decisão judicial. Pode-se, inclusive, dizer que é uma nova forma de liberdade política, como assevera Luhmann²⁴: “La struttura antigerarchica: non c'è piu alcun univoco sopra o sotto, ma più forse parallele, giuridicamente equivalenti. Ciò significa, al tempo stesso, una nuova forma di libertà política garantita dal fatto che non esiste più per il cittadino un rapporto autorità-suddito, ma più rapporti di comunicazione com le forze politiche, che possono essere differenziati nella separazione di diritti e doveri senza che sia pregiudicata la capacità di prendere decisioni.”

Recorde-se, todavia, que todas essas novas possibilidades, tornadas realizáveis pela unidade distintiva enclausurada do sistema jurídico, baseiam-se na circularidade entre decisão e legislação, cabendo, portanto, verificar-se a função da Constituição (Lei) na auto-referência do Direito.

3. O Papel da Constituição em um Sistema Jurídico Autopoietico

A lei, sob o ponto de vista da transformação da política em Direito e também como ponto de diferenciação entre esses subsistemas, tem tomado para si a função de compensar a temporalidade da sociedade em seu conjunto²⁵. Daí decorre a necessidade de o programador (legislador) dar respostas mais rápidas e eficientes para a inevitável comunicação dos sistemas so-

ciais, de forma a permitir o acoplamento entre o tempo da sociedade ao tempo do Direito.

Uma das principais formas de proteção às expectativas normativas é aquela fornecida pela Constituição, pois esse diploma, em sua versão clássica, seria o topo último de hierarquia do ordenamento jurídico. Dessa forma, inexistiria garantia maior à unidade hierárquica do sistema jurídico. No entanto, essa é uma não-realidade no mundo contemporâneo, especialmente em países periféricos, como é o caso do Brasil.

A idéia da Constituição como elemento pertencente única e exclusivamente ao sistema jurídico somente pode ser vista a partir de uma idéia sistêmico-autopoietica, ou seja, ela só surge quando se exclui a concepção da unidade entre Direito e Política, que vigorava nos séculos XVIII e XIX, posteriormente rechaçada por Kelsen²⁶. A Constituição somente pode ser compreendida a partir da diferenciação funcional entre o sistema político e o sistema jurídico²⁷, visto que se apresenta como uma aquisição evolutiva da sociedade, pois substitui o direito natural pelo direito da razão, tornando-os operacionalizáveis²⁸.

Nesse sentido, a aquisição evolutiva da Constituição pode ser sugerida como um processo inter-organizativo que pode vir a desencadear um texto constitucional mais próximo dos estágios societários atuais. Esse é o caso, por exemplo, da Comunidade Européia e do próprio Mercosul. A necessidade de integração demandada pelo sistema social forçará a Constituição a se adaptar e a ser (re)criada. Essa idéia é bem explicada por Canotilho²⁹, ao abordar as fases da teoria luhmanniana: “Luhmann continuou depois a abordar algumas questões constitucionais, além das questões teóricas que estão sempre no centro do seu pensamento. Foi apontando para a idéia de Constituição evolutiva, porque era uma

idéia interessante a nível de inter-organizatividade. E esta é uma das premissas básicas de Luhmann, que veria na idéia de Constituição evolutiva uma possibilidade da própria evolução do constitucionalismo europeu. Não é por acaso que o Tribunal de Justiça das Comunidades começou a falar (antes do tempo, no meu entender) de “Constituição Européia”, sem haver um poder constituinte a criá-la.”

Luhmann vê, na Constituição, portanto, algo dinâmico, separado das tradicionais concepções longevas de Estado que possibilitavam a manutenção temporal de uma Constituição. E isso somente é conseguido, paradoxalmente, por seu isolamento clausal em relação aos demais sistemas, pois somente dessa maneira a Constituição consegue um nível tal de organização que lhe possibilita avançar em direção ao futuro. Ademais, a diferenciação entre Constituição e Política carrega uma série de vantagens, assinaladas por Alcóver³⁰:

(1) Se, no sistema jurídico e também no sistema político, as decisões programadas e as programáveis estão diferenciadas e atribuídas a diversos órgãos do Estado, essa organização permite uma maior racionalidade na divisão de tarefas e, com isso, a separação das responsabilidades pela manutenção ou modificação dos programas, a partir de sua relação com o entorno;

(2) Também permite separar a coercibilidade, o uso do monopólio da força física e potencializar aquela em detrimento desta. Permite, também, separar as formas utilizadas pelo sistema jurídico para proteger contemporaneamente a seguridade das expectativas normativas e sua adaptação à realidade;

(3) A especificação funcional do Direito não impede a observação da importância das funções desempenhadas por determinadas instituições e normas jurídicas para a própria manutenção da diferenciação funcional da sociedade (esse é o caso,

por exemplo, dos direitos fundamentais – direito fundamental à saúde).

Desse modo, sob o viés da teoria dos sistemas, não significa dizer que a Constituição não mantém contato com os demais subsistemas sociais. De fato, ela é o acoplamento estrutural entre Direito e Política³¹, o momento por excelência onde há a comunicação do sistema jurídico com o entorno. Esse acoplamento fica nítido quando se reconhece, por exemplo, que a democratização da política (governo/oposição) *exige, finalmente, todavia más protección jurídica al particular, en lo especial en lo concerniente a sus derechos constitucionales*³². A diferença é que, quando decidida pelo sistema do Direito, deverá haver justicialidade para as decisões fornecidas por seu código próprio (Direito/Não-Direito). Já os políticos não devem interpretar a Constituição. Devem cumpri-la, uma vez que o objeto de sua ciência é diverso da especificidade jurídica³³.

No mesmo sentido, a Constituição utiliza-se de conceitos políticos tais como povo, eleitor, partidos políticos e Estado e se remete, com isso, ao sistema político. Mas, quando positivados em um texto constitucional, esses conceitos passam a ser analisados/perscrutados como Direito e assim serão justicializados. A lição de De Giorgi³⁴ é esclarecedora:

“Mediante a constituição *o direito reage à sua autonomia*, na medida em que dispõe de clausura, e, por conseguinte, de autocontrole. Por outro lado, a política garante a sua independência e pode conter as pressões involutivas dos estratos e canalizar as imposições dos privilégios. A constituição *fecha o sistema jurídico porque o regula como um âmbito no qual ela mesma reaparece*: a constituição é direito que trata da conformidade do direito consigo mesmo.”

Nessa esteira, tem-se, portanto, que a autopoiese constitucional é baseada em

sua auto-referencialidade. No momento da operação jurídica, que toma por base a Constituição, o Direito produz sentido a partir de suas próprias especificidades e de sua unidade distintiva própria. Logo, não se confunde a auto-referência produzida pelo sistema político com relação à Constituição com a *self reference* constitucional do sistema jurídico, pois, como refere Hespanha³⁵, são sistemas distintos *em que se envolvem as referências das pessoas ou dos grupos que as experenciam*.

Contudo, é essa mesma distinção auto-referencial que dá possibilidade de uma abertura exógena e cognitiva da Constituição ao entorno que a cerca³⁶. Nessa dinâmica permanente de comunicação com os demais subsistemas sociais, a Constituição vai-se auto-regulando e, cada vez mais, distinguindo-se do exterior, formulando uma unidade referencial própria de estruturas, princípios e operações específicos.

Nessa lógica, os princípios constitucionais, por exemplo, são pré-requisitos de decisão, e não condições de justiça. São esquemas operativos de natureza condicional-limitados pela função estrutural dada pelo sistema no qual estão inseridos (o Direito – decisão). As pré-condições dos princípios são fornecidas pela diferenciação funcional, pois é ela que dá a individualização dos modos de comportamento.

Aliada à individualização dos princípios via diferenciação, a generalização das expectativas normativas, via Constituição, torna-se base e requisito estrutural do Direito. Como assinala De Giorgi³⁷, *ambos são garantidos e estabilizados através do direito e no sistema do direito pelos princípios constitucionais*.

Nessa linha, por exemplo, o princípio constitucional do direito à saúde (art. 196, da CF/88) é uma estrutura auto-referente que transforma o direito à saúde a partir do próprio direito à saúde. Ele vai garantir a

generalização e a individualização da proteção sanitária no sistema jurídico, ao mesmo tempo em que possibilita a abertura externa e a clausura interna de tal direito.

Disso decorre que a idéia de Constituição é uma idéia paradoxal. A positividade e a operatividade interna da Constituição são possibilitadas pela sua necessária abertura cognitiva aos demais subsistemas funcionais da sociedade. Dito de outra forma: a positividade constitucional nada mais é do que a expressão de autodeterminação do sistema jurídico.

Ademais, a própria Constituição, quando auto-observada, reforça a idéia de entrelaçamento auto-referencial de suas partes componentes. Ora, os princípios remetem aos direitos fundamentais que, por sua vez, se conectam à organização do Estado. A organização estatal está ligada à organização dos Poderes. Em um movimento cíclico-recursivo, ocorre a auto-referência possibilitadora da intracomunicação e intraprodução constitucional.

Após o movimento intra-recursivo da Constituição, ela, mediante decisões, comunica-se com as demais normas e estruturas componentes do sistema jurídico, de tal forma que as *normas de Direito reproduzem outras normas de Direito, no contexto das próprias referências do sistema constitucional*³⁸. Usando-se o conceito de Teubner³⁹, poder-se-ia dizer, na esteira do raciocínio expendido, que a Constituição constitui-se em parte integrante do sistema autopoietico de segundo grau denominado Direito⁴⁰.

Por outro lado, quando a Constituição, após sua auto-referência, coloca-se em movimento e influencia os demais subsistemas sociais há o momento de seu contato com tais subsistemas, notadamente, o político. Tome-se como exemplo o caso da saúde: no sistema jurídico, cabe decidir com base no código Direito/Não-Direito, espelhado, no caso brasileiro, na base

constitucional fornecida pelo artigo 196 da Carta Magna⁴¹. Já no sistema político, deve-se tomar a decisão de direcionamento de verbas públicas sanitárias, obedecendo-se aos programas políticos elaborados a partir da unidade distintiva governo/oposição. Dito de outra forma: a Constituição, na linguagem de Teubner⁴², faz-se presente e atuante nos demais subsistemas sociais por força de sua interlegalidade. Dessa forma, a Constituição pode ser observada como o *locus* de construção do novo a partir das descrições oferecidas pelas vários subsistemas nos quais atua como fator condicionante de decisão comunicacional no interior dos subsistemas funcionais e diferenciados, e também no intermédio de comunicação limitativo estabelecido no entorno do sistema social do qual se insere a miríade comunicativa autopoiética.

Nessa esteira, uma nova realidade jurídica passa também pela autopoiese constitucional que constitui sua formação. Como afirma Hespánha⁴³: “a autopoiese do sistema constitucional concretiza a construção positiva da juridicidade dos princípios, das regras e das instituições que regulam o político por meio de um processo aberto à sociedade.”

Dessa maneira, a decisão novamente toma lugar de relevo. A questão é quem deve decidir a respeito da Constituição, dando-lhe continuidade e efetividade. Se a lei e a jurisprudência atuam na decisão judiciária, tem-se que o problema é diferente do “grau superior” e “inferior” das leis⁴⁴. Como já delineado, a tarefa decisória a respeito da Carta Magna cabe ao órgão constitucional do Poder Judiciário – no Brasil, o Supremo Tribunal Federal. Com isso, a intra-superioridade circular e central da Constituição é dada pelo fato de que os Tribunais responsáveis por sua guarda são a escala última da jurisdição, lugar onde se fecha o sistema e do qual não há mais possibilidade de busca de outra decisão.

Porém, não se afasta a hipótese de que toda a legislação deve conformidade em relação à Constituição, inclusive porque a dinâmica ato-norma-ato faz com que as decisões dos Tribunais Constitucionais reafirmem que *todo o Direito pode estar de acordo com ou contrário à Constituição*⁴⁵. São as decisões de cunho constitucional que dão continuidade à abertura da Constituição, ou, como quer, Canotilho, à constitucionalização fundamental da sociedade⁴⁶.

Disso decorre a necessidade de uma organização interna ao sistema jurídico que pugne pela observância e respeito à Constituição. Logo, é conexa ao pensamento luhmanniano a noção de controle de constitucionalidade que filtre e verifique as normas legais permissíveis. Desse modo, autopoieticamente, “un sistema debe crear por si mismo un complejo de normas de control formal, por ejemplo en la forma de una Constitución que regula el procedimiento y proporciona una preseleccion abstracta de normas legales permisibles”⁴⁷.

Nesse sentido, quando Luhmann fala em pré-seleção abstrata de normas, há uma evidente conexão com o controle concentrado de constitucionalidade, onde se produz exame de (in) constitucionalidade de uma lei, que é dirigida a todos, para o caso em tese e feita de forma abstrata. No caso brasileiro, esse controle é de competência do Supremo Tribunal Federal, quer por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, quer por Ação Declaratória de Constitucionalidade, ou, ainda, por Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O legislador deve combater a corrupção da Constituição⁴⁸, muito embora seja sua inobservância que a reafirme como lei fundamental. Corrupção no sentido de ser corrompida, violada. Essa idéia deve partir do próprio processo legislativo, que deve produzir normas conforme a Carta Magna, a fim de que a recursividade do Direito seja

afirmada e, assim, torne-se possível sua abertura ao entorno. Dito de outra maneira: todo o Direito está sujeito ao exame de constitucionalidade⁴⁹.

Nessa linha de raciocínio, também deve haver uma decisão anterior de constitucionalidade⁵⁰, ou seja, o equivalente às Comissões de Constituição e Justiça existentes em cada casa do Poder Legislativo brasileiro. Mesmo que tomadas em outro sistema, essa operação é justificável, visto que a decisão é dada com base na fórmula Direito (Constituição)/ Não-Direito (Não-Constituição).

De outra banda, assim como todas as outras questões, a Constituição (e sua função) depende do observador. Caso o sistema político lançasse a observa-se, enxergá-la-ia unicamente como uma pré-condição decisória estabelecida pelo Poder Constituinte Originário, isto é, um meio programático para a tomada de decisões políticas. No entanto, a observação feita por um Tribunal deve tomar em conta seu papel de assegurar expectativas normativas. Dessa maneira, o Poder Judiciário *não deve exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte Originário. Ele deve ser o garante da Constituição*⁵¹ mediante o programa (legislação) oferecido pelo Poder Legislativo, mas dele se diferenciando, de forma a reconstruir o sentido da Constituição.

Dito de outra forma: para ambos os sistemas (político e jurídico), a Constituição amalha a influência do entorno⁵². Para o sistema político, a Constituição traz a legitimação ordenadora de seus atos, uma regulação que o vincula. Já para o sistema jurídico, a Constituição aumenta a possibilidade, por intermédio do Direito, da concretização das políticas públicas ali enunciadas. Como refere Navarro⁵³:

“La Constitución, a modo de ejemplo, es una estructura presente, con características distintas, tanto en el sistema político

cuanto en el jurídico. En ambos, cumple la misión de introducir el entorno en el sistema a través de la autorreferencia. El sistema político, con la interpretación que lleva a cabo los textos constitucionales, se representa la ilusión de un acoplamiento y una regulación ordenadora del Derecho en sus asuntos internos... Por su parte, el sistema jurídico, a través de la Constitución, se ve confrontado con la necesidad de elaborar de continuo las iniciativas políticas que se presentan. Paralelamente, se incrementan sus posibilidades de presentar estas iniciativas políticas en forma jurídica.”

A Constituição é, portanto, o *medium*, o acoplamento estrutural da Política e do Direito. Nessa interpretação, a Constituição formula (vide cláusulas pétreas e o procedimento legislativo estabelecidos no art. 59 e seguintes da CF/88) o modo pela qual se modifica e o método que o Poder Legislativo possui para modificar a norma. Com isso, jurisdicizam-se relações políticas e intermedeiam-se razões políticas de transformação da norma jurídica⁵⁴.

4. Considerações Finais

Dos argumentos expostos, pode-se concluir que a hierarquia constitucional kelseniana não mais responde aos anseios de uma sociedade de risco e de indetermiinação⁵⁵. A circularidade decisional se adapta e transforma a Constituição a partir de seus próprios elementos jurídicos e com base em uma nova lógica, mais apta a responder às influências comunicacionais dos demais subsistemas sociais.

Dessa forma, o Direito também pode ser observado como unidade de diferença entre o direito constitucional e o restante do Direito⁵⁶. O Direito está orientado conforme a Constituição. Ou está de acordo, como já dito, ou está em desacordo⁵⁷ com o texto constitucional. Na primeira hipótese, a auto-referencialidade segue seu ciclo nor-

mal, e as decisões de caráter constitucional permeiam o sistema, reconstruindo-o. Na segunda, também ocorrerá a autopoiese, porém de forma negativa: o que está em desacordo com a Constituição reafirma o Direito por não ser Direito.

Nessa linha de raciocínio, a superioridade da Constituição e seu caráter de lei fundamental não são dados por uma definição estática. Tais características são (re)construídas no interior do sistema a partir de sua lógica interna própria. Significa, como aponta Luhmann⁵⁸, “que l’immutabilité, la vulnérabilité, le caractère de valeur suprême, etc., doivent être construits dans le système du droit lui-même”. Nessa esteira, as características da Constituição, em um sistema autopoietico, levam a algumas considerações⁵⁹:

(1) É a Constituição, por intermédio de seus princípios e normas, que possibilita sua própria auto-referência;

(2) Com isso há simetria infraconstitucional a partir da assimetria interna do texto fundamental;

(3) A Constituição regula a produção do Direito e ela mesma prevê sua revisão, atualizando as normas inferiores e ela mesma;

(4) A Constituição possibilita, ela mesma, a distinção entre direito constitucional e o restante do Direito;

(5) A Constituição independe do sistema político no momento de sua aplicação no sistema jurídico, mas sofre sua influência no momento de sua feitura;

(6) Disso decorre que a autopoiese jurídico-constitucional necessita de sua auto-referencialidade para sua (re)criação constante;

(7) Logo, o fundamento da validade da Constituição implica unicamente na necessidade de dar à Constituição uma unidade sistêmica, que lhe possibilite se (re)criar a partir da distinção sistema/entorno dentro do sistema social.

REFERÊNCIAS

- ALCOVER, Pilar Giménez. *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993.
- CAMPILONGO, Celso. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *El Sistema en la Jurisprudencia*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 1ª Parte – Videoconferência – 21/02/02 – UFPR. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CLAM, Jean. *A Autopoiese no Direito*. In: ____; ROCHA, L.S.; SCHWARTZ, G.A.D. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DE GIORGI, Rafaella. *Direito. Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- HESPANHA, Benedito. *A Autopoiese na Construção do Jurídico e do Político de um Sistema Constitucional*. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo. n. 28 – julho/setembro, 1999.
- LUHMANN, Niklas. *A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico*. Traduzido por Peter Naumann e revisado pela Profª Vera Jacob de Fradera. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, 1990, n. 49.
- LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona : Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana 1996
- LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Surkhampff, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Madrid: Iberoamericana, 2000.
- LUHMANN, Niklas. *La Constitution comme Acquis Évolutionnaire*. *Droits – Revue Française de Théorie Juridique*, n.22, Paris: PUF, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Poder, Política y Derecho. Metapolítica*, vol. 5, n. 20, 2001. Mexico DF.
- LUHMANN, Niklas. *Stato di Diritto e Sistema Sociale*. *Introduzione all’edizione italiana di Alberto Febbrajo*. Napoli: Guida Editori, 1990.

MANSILLA, Darío Rodríguez. *La Teoría de la Sociedad: invitación a la sociología de Niklas Luhmann. Metapolítica*, vol. 5, n. 20, 2001. Mexico DF.

MATURANA, Humberto R; VARELA, Francisco J. *A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MATURANA, Humberto R; VARELA, Francisco J. *De Máquinas e Seres Vivos: Autopoiese – a Organização do Vivo*. São Paulo: Palas Athena 1997

NAVARRO, Evaristo Prieto. *El Derecho y la Moderna Teoría de Sistemas*. In: DOMÍNGUEZ, José Luis; ULGAR, Niguel Angel (Coords.). *La Joven Sociología Jurídica en España: aportaciones para una consolidación*. Oñati Papers – 6. Oñati: IISJ, 1998.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. *Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann*. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein (Org). *Autopoiese e Constituição: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade*. Passo Fundo: UPF Editora, 2005.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein Schwartz. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEUBNER, Gunther. *Diritto Policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*. Napoli: La Città del Sole, 1999.

TEUBNER, Gunther. *Evolution of Autopoietic Law*. In: ____ (Ed.) *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Berlin: New York: Walter de Gruyter, 1988.

TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

WARAT, Luis Alberto. *A Pureza do Poder*. Santa Catarina: UFSC, 1983.

que é do ramo do saber biológico que a idéia da auto-criação é transplantada para o sistema social. São Varela e Maturana, biólogos chilenos, os autores da autopoiese conforme concebida em sua concepção inicial (vide, para tanto, MATURANA, Humberto R; VARELA, Francisco J. *A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001, ou, dos mesmos autores, *De Máquinas e Seres Vivos: Autopoiese – a Organização do Vivo*. São Paulo: Palas Athena 1997).

2 Para maiores detalhes, veja-se CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. In: ____; ROCHA, L.S; SCHWARTZ, G.A.D. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 103.

3 NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba : JM Editora, 1997, p. 228

4 NICOLA, Estrutura e Função..., 1997, p. 225.

5 Consulte-se, a respeito, LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt : Surkhampff, 1995, p. 38-54.

6 Nesse sentido, assinala LUHMANN, A Posição dos Tribunais..., 1990, p. 148: “A posição dos tribunais no sistema jurídico é determinada preponderantemente pela distinção entre legislação e jurisdição.”

7 Ver em especial TEUBNER, Gunther. *Diritto Policontesturale...*, 1999. p. 71-112.

8 LUHMANN, A Posição dos Tribunais..., 1990, p. 165

9 Por exemplo: no sistema econômico, que tem como função o lucro, somente o banco poderá ocupar a função central, visto que é de sua exclusividade a redistribuição do lucro.

10 LUHMANN, Niklas. *Stato di Diritto e Sistema Sociale. Introduzione all'edizione italiana di Alberto Febbrajo*. Napoli : Guida Editori, 1990. p. 59.

11 MANSILLA, Darío. *Metapolítica*, p. 45-46.

12 Cf. LUHMANN, Stato di Diritto e Sistema Sociale, 1990. p. 58.

13 LUHMANN, A Posição dos Tribunais..., 1990, p. 165

14 Utiliza-se aqui a noção de Teubner para demonstrar o que ele mesmo denomina de “dança

NOTAS

1 Muito embora deveras sabido, não se incorre em tautologismos, por necessidade de uma recuperação maiêutica da autopoiese, relembrar

sem fim” da autorreferencialidade jurídica. Para maiores detalhes ver TEUBNER, *Evolution of autopoietic law*, 1988.

15 CANARIS, Claus-Wilhelm. *El Sistema en la Jurisprudencia*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. p. 175.

16 LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Madrid: Iberoamericana, 2000. p. 244.

17 Cf. LUHMANN, A Posição dos Tribunais..., 1990, p. 151.

18 A respeito, recorda LUHMANN, *El Derecho de la Sociedad*, 2000, p. 250: “Los Tribunales no se pueden apoyar en el derecho vigente, incuestionable, sino que deben crear, postular y presuponer ese derecho sin que lleguen a garantizar que mas allá de la fuerza jurídica de la decisión del caso la decisión se válida en calidad de programa.”

19 Dessa maneira, quanto mais complexa a sociedade, “quanto maiores as dúvidas, conflitos e discrepâncias sobre as normas, maiores também as exigências de que os tribunais operem desconsiderando variáveis do tipo governo/oposição, rico/pobre, autoridade/cidadão. Estabiliza-se, ao mesmo tempo, um tratamento às desilusões de expectativas restrito à variável legal/ilegal.” CAMPILONGO, *O Direito na Sociedade Complexa*, 2000, p. 99.

20 LUHMANN, A Posição dos Tribunais..., 1990, p. 161.

21 No caso brasileiro, por exemplo, a hierarquia dos tribunais tem em seu topo o Supremo Tribunal Federal, pois é ele o guardião precípua da Constituição Federal, podendo as decisões de todos os tribunais inferiores serem revistas por ele mediante recurso e também porque é o último momento decisional, o último grau de jurisdição. Após, segue-se o Superior Tribunal de Justiça para a Justiça Comum e os Tribunais Superiores para a Justiça Especial (Justiça Militar, Justiça Eleitoral e Justiça do Trabalho), restando, na última linha hierárquica, os tribunais de segundo grau (Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal, Tribunal de Justiça Militar e Tribunal Regional do Trabalho).

22 Cf. LUHMANN, *El Derecho de la Sociedad*, 2000, p. 245.

23 LUHMANN, A Posição dos Tribunais..., 1990, p. 163.

24 LUHMANN, *Stato di Diritto e Sistema Sociale*, 1990. p. 56.

25 Cf. LUHMANN, *Poder, Política y Derecho*, 2001, p.30.

26 Nesse sentido ver WARAT. Luis Alberto. *A Pureza do Poder*. Santa Catarina: UFSC, 1983.

27 Conforme LUHMANN, *La Constitution comme Acquis Évolutionnaire*, 1995, p. 106: “Le concept de constitution réagit à une différenciation du droit et de la politique, et plus encore: à la séparation totale de ces deux systèmes fonctionnels, ainsi qu’au besoin de liaison qui en résulte”.

28 Cf. DE GIORGI, *Direito, Democracia e Risco...*, 1998, p. 118-119.

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 1ª Parte – Videoconferência – 21/02/02 – UFPR. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 23.

30 ALCÓVER, *El Derecho en la Teoria...*, 1998, p. 344.

31 Sobre o tema assinala LUHMANN, *La Constitution comme Acquis Évolutionnaire*, 1995, p.118: “La constitution constitue (Konstituiert) et rend en même temps invisible le couplage structurel du droit et de la politique.”

32 LUHMANN, *Poder, Política y Derecho*, 2001, p. 21.

33 Nesse sentido observa HESPANHA, *A Auto-poiese na Construção...*, 1999. p. 60: “É necessário que se parta de uma premissa autopoietica que assegure a auto-identificação dos componentes da matéria política que fundamenta a auto-regulação e o autoconhecimento das unidades normativas do Direito Constitucional sem confundi-las com o objeto que disciplina a ciência política.”

34 DE GIORGI, *Direito, Democracia e Risco...*, 1998, p. 119.

35 HESPANHA, *A Auto-poiese da Construção...*, 1999, p. 60.

36 Sobre a necessidade da diferenciação funcional entre o sistema político e o sistema jurídico, ressalta LUHMANN, *La Constitution comme Acquis Évolutionnaire*, 1995, p. 125: “Si le système politique résout le problème de sa propre autoréférence par la constitution, il a alors besoin du droit. Ce qui ne peut fonctionner que parce que ces systèmes ne concordant pas, n’ont pas la moindre intersection, mais que le système politique ne peut se servir du système du droit que par hétéro-référence, c’est-à-dire

par la prise en consideration d'un autre syst' me fonctionnel. Corrélativement, le concept d'Etat caractérise à la fois une organization et une personne juridique – selon le syst' me où il en est fait usage. Corrélativement encore, l'extension immense du doimaine d'application du pouvoir politique acquis grace au codage secondaire juridique de toutes les decision politiques, est conditionnée par la différenciation Claire des deux syst' mes.”

37 DE GIORGI, *Direito, Democracia e Risco...*, 1998, p. 118.

38 HESPANHA, *A Autopoiese da Construção...*, 1999, p. 60.

39 Cf. TEUBNER, *O Direito Como Sistema Autopoietico*, 1989.

40 Afirma HESPANHA, op. cit., p. 61: “O Direito Constitucional é um sistema jurídico autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema (social) autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-reguladora de seus próprios componentes sistêmicos e à articulação de seus elementos num hiperciclo.”

41 Para uma maior especificidade sobre saúde, autopoiese e Direito, veja-se SCHWARTZ, Germano André Doederlein Schwartz. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

42 Cf. TEUBNER, *O Direito como Sistema Autopoietico*, 1989.

43 HESPANHA, *A Autopoiese da Construção...*, 1999, p. 75.

44 Cf. LUHMANN, *A Posição dos Tribunais...*, 1990, p. 157.

45 LUHMANN, *A Posição dos Tribunais...*, 1990, p. 158.

46 Em palestra proferida no dia 18/10/2002, na PUCRS, o Professor José Joaquim Gomes Canotilho defendeu a idéia de que as teorias da diferenciação possibilitam à Constituição a comunicação com os demais sistemas sociais. No mundo globalizado, o professor defende que ao invés de uma economização fundamental ocorre uma constitucionalização fundamental, de modo a espalhar os valores constitucionais aos mais longínquos quadrantes da Terra.

47 LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana 1996, p. 115.

48 Diz LUHMANN, *La Constitution comme Acquis Évolutionnaire*, 1995, 106: “Ce que signifie *constitution* es determine dans le miroir de as corruption. L'on s'en remet dans cette vue au législateur et il ne vient pas à l'esprit de distinguer la législation simple et la révision constitutionnelle. On attend du législateur (mais il est lui-même corrompu) un combat perpétuel contre la corruption de la constitution (Verfassung). Et c'est pourquoi: *It's not every public law an innovation on our constitution?*”

49 Afirma Ibidem, p. 118; “Tout droit es exposé à l'examen de constitutionnalité, et l'ancien droit est promptement rendu obsolète par un droit constitutionnellement institué.”

50 Refere LUHMANN, *Poder, Política y Derecho*, 2001, p. 25: “esto se puede examinar con anterioridad y, por lo general, así se examina. Pero este examen preliminar realizado por juristas, es entonces ya una operación interna del sistema jurídico independientemente del contexto organizativo e institucional en el cual se efectúa.”

51 CAMPILONGO, *O Direito na Sociedade Complexa*, 2000, p. 86.

52 Como exemplo dessa relação pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito é a consequência de tal interdependência. A respeito, afirma LUHMANN, *Poder, Política y Derecho*, 2001, p. 26: “La fórmula Estado de derecho expresa una relación parasitaria entre política y derecho. El sistema político se beneficia con el hecho de que en otra parte (en el derecho) se encuentra codificada y administrada la diferencia entre lo que es conforme a derecho y lo discrepante. *A la inversa, el sistema jurídico se beneficia con el hecho de que la paz – la diferencia de poderes claramente establecida y el hecho de que las decisiones se pueden imponer por la fuerza – está asegurada en otra parte: en el sistema político. El término “parasitario” no expresa otra cosa, aquí, que la posibilidad de crecer gracias a una diferencia externa.*”

53 NAVARRO, *El Derecho en la Moderna...*, 1998, p. 123-124.

54 Como bem observa GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciencia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 194: “É nesse contexto que a Constituição se revela como grande responsável pelo acoplamento estrutural entre os (sub)sistemas jurídico e político, jurisdici-

zando relações políticas e mediatizando juridicamente interferências da política no direito, ao condicionar transformações nas estruturas de poder a procedimentos de mutação constitucionalmente previstos.”

55 Assevera LUHMANN, *La Constitution comme Acquis Évolutionnaire*, 1995, p. 113-114: “La validité de la constitution ne peut plus guère mais n’a pas non plus besoin d’être fondée de l’extérieur. La validité hypothétique, dessinée à partir d’une analogie scientifique, d’une norme fondamentale (Kelsen). Il s’agit en tout cas d’une construction inutile. Il n’est pas difficile de comprendre qu’il y ait peu de sens à reposer toujours de nouveau la question du commencement ou du fondement de validité, de l’arché ou du principium. Abandonner cette problématique ne

fait nullement le lit de l’arbitraire (Beliebigkeit) ou, comme on le craint facilement en Allemagne, n’ouvre la porte aux nationaux-socialistes. On acquiert ainsi plutôt la possibilité d’analyser plus précisément les exigences auxquelles un texte partiellement autologique doit satisfaire au sein d’un système autoréférentiel, opératoirement clos.”

56 Cf. Ibidem, p. 114

57 Conforme Idem, a idéia de Constituição “transforme l’idée déjà possible selon laquelle tout droit pourrait être conforme ou contraire au droit en l’idée selon laquelle tout droit est ou bien conforme à la constitution ou bien lui est contraire.”

58 LUHMANN, *La Constitution comme Acquis Évolutionnaire*, 1995, p. 112.

59 Apontadas por Ibidem, p. 116.