

# LUHMANN E A CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUTO PARA UMA ANÁLISE PLURICONTEXTUAL DO ESTADO DE DIREITO<sup>295</sup>

PEDRO FERREIRA BEREZOVSKY<sup>296</sup>

**Resumo:** O presente artigo apresenta a compreensão da Constituição enquanto *acoplamento estrutural* entre o sistema jurídico e o sistema político e *aquisição evolutiva* da sociedade funcionalmente diferenciada segundo o arcabouço metodológico da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Para tanto, introduz os fundamentos da descrição sistêmica e perpassa as funções desempenhadas pela constitucionalização em relação ao Direito e à Política no tratamento de seus paradoxos constitutivos e no desenlace das duas faces da moderna fórmula do Estado Democrático de Direito. Destarte, apresenta uma interpretação do fenômeno constitucional como um esquema que possibilita definir duas perspectivas reversas como uma unidade, celebrado como uma conquista ambígua ao promover simultaneamente o agrilhoamento jurídico da força política e a exploração política do direito.

**Palavras-chave:** Constituição; Luhmann; Teoria dos Sistemas; Direito; Política.

## 1. PRESSUPOSTOS

Com a pretensão de ser uma porta de entrada às ideias de Luhmann e ao seu modo de pensar a sociedade contemporânea, o presente trabalho busca apresentar os *insights* do autor sobre como podemos hoje analisar o Direito, a Política e o papel de uma Constituição em relação a esses sistemas no tratamento de seus paradoxos constitutivos e no desenlace do que se denominam as duas faces da moderna fórmula do Estado Democrático de Direito na Teoria dos Sistemas.

Por linhas gerais, aderir ao vasto arcabouço da Teoria de Luhmann implica principalmente abandonar certos obstáculos epistemológicos contra os quais o autor se insurge. O mais importante, o pressuposto de que a sociedade seria constituída de homens/indivíduos concretos, ou de relações intersubjetivas. Estruturando seu pensamento à luz da distinção sistema/ambiente pela qual cada sistema reproduz sua unidade e identidade com base na sua diferença em relação ao ambiente, Luhmann propugna uma separação nada convencional entre Sociedade e Ser humano que classifica consoante suas respectivas unidades operativas, de forma a diferenciar sistemas psíquicos de sistemas biológicos e sistemas sociais.

---

<sup>295</sup> A ideia para este artigo surgiu de uma iniciação científica realizada no período de agosto de 2021 a julho de 2022, com apoio financeiro do PIBIC-CNPq, e em conjunto com Hannah Ito, a quem agradeço pelos comentários e sugestões ao texto final.

<sup>296</sup> Advogado. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2023). Tem experiência em Direito Constitucional e Teoria do Direito. E-mail: [pedro.b.f7@gmail.com](mailto:pedro.b.f7@gmail.com)

Daí a incongruência entre eles no nível operacional: o sistema social opera através de comunicação, já o indivíduo se destrincha entre sistema psíquico (pensamento/consciência) e sistema biológico (vida). Não há indivíduos na sociedade, mas apenas cadeias de comunicação diferenciada; enquanto unidades autônomas estes diferentes *sistemas* operam somente *acoplados*, não sobrepostos.

Sob o primado do que Luhmann denomina “diferenciação funcional” da sociedade moderna, sistemas parciais então se autonomizam no sistema social geral por meio da especialização no tratamento de formas de comunicação específicas e no desempenho de uma função particular, desenvolvendo um código binário próprio como mecanismo de seleção e indiferença - uma espécie de filtro de absorção e mediação de informações provenientes de seu ambiente circundante -, que será alocado segundo seus programas. Mais ainda, temos sistemas “autopoieticos”, quer dizer, sistemas auto-referenciais no sentido de que a sua ordem interna é gerada a partir da interação de seus próprios elementos e autoproduzida no sentido de que tais elementos são produzidos e reproduzidos a partir dessa mesma trama de operação circular e recursiva.

Cada sistema somente é capaz de apreender e traduzir informações à sua maneira particular, segundo sua racionalidade e discurso próprios, mas justamente por essa autonomia operativa é que podem permanecer em constante interação uns com os outros. Sistemas marcados por um radical fechamento operativo num *perpetuum mobile* de comunicação que gera nova comunicação, simultaneamente a uma abertura cognitiva como condição de manutenção de sua autonomia perante o ambiente. Entre conexões mais ou menos fortes e constantes, aparece então o que Luhmann descreve por “acoplamentos estruturais”:

O conceito pressupõe que todo sistema autopoietico opera (...) como um sistema que só pode determinar as próprias operações mediante estruturas específicas. O acoplamento estrutural exclui, portanto, a possibilidade de que dados existentes no meio especifiquem, conforme as próprias estruturas, o que ocorre no sistema. (...) se situa de maneira ortogonal à operação do sistema: ele seleciona o que pode acarretar efeitos no sistema e filtra aquilo que não convém que nele produza efeitos. (LUHMANN, 2009, p. 274-275).

Já que o Sistema Político somente pode operar politicamente e o Sistema Jurídico juridicamente, Luhmann descreve a Constituição como o acoplamento estrutural entre ambos os sistemas que canaliza a sua irritação mútua na forma de uma “solução artificial que permite observar o direito desde o ponto de vista da política e a política desde o ponto de vista do direito” (LUHMANN, 2009, p. 390), atuando singularmente em cada um desses sistemas.

Sob esse panorama, os próximos parágrafos perpassam as funções desempenhadas pela constitucionalização em relação ao Direito e a Política, apresentando-se, finalmente, uma descrição do fenômeno constitucional como um esquema que possibilita definir duas perspectivas reversas como uma unidade.

## 2. SOBRE O APARATO CONSTITUCIONAL

Na abordagem sistêmica,

a teoria da evolução se recusa a dar explicações sobre o princípio da evolução. Esclarece as conquistas evolutivas (por exemplo, o domínio político) não a partir de um princípio de desenvolvimento, não a partir de um ‘*initial kick*’, senão de maneira circular. Os inícios são, na

medida em que não existe sistema que os observem, mitos sobre o início inventados pelo mesmo sistema (LUHMANN, 2009, p. 408).

Em outras palavras, são apenas observações parciais de cada sistema social, limitadas à realidade observável segundo as estruturas internas de cada um destes e sempre inadequadas e insuficientes à compreensão do todo. Assim, a “intenção pragmática de evitar os paradoxos o que possibilita, na realidade, é evitar a pergunta pela primeira distinção: portanto, o que possibilita é colocar um “não” em um sítio estratégico”. (LUHMANN, 2009, p. 345), pois “todos os sistemas autorreferenciais são caracterizados (1) por uma circularidade fundamental e (2) pela impossibilidade de se reintroduzir operativamente a unidade do sistema em seu interior (...)” (LUHMANN, 2013, p. 07).

Abandonar a abordagem do “pontapé inicial”, ou seja, de um início causal, acarreta certas dificuldades singulares quando se trata do começo de uma nova forma de operação autopoiética, ou no caso específico do marco do Estado de Direito ou do Estado Constitucional, da diferenciação de Direito e Política. O que temos na passagem de uma sociedade estratificada para uma sociedade funcionalmente diferenciada é a mudança na descrição de seu problema fundamental e o modo de sua moderação ou, se formos colocar em termos *lubmannianos*, de seu paradoxo constitutivo e a forma de sua “desparadoxização”.

O paradoxo da unidade na diferença – que é o que identifica o sistema – é substituído por uma distinção mais fácil de manejar. Do ponto de vista do Direito, podemos remeter esse marco evolutivo à renúncia de que seu fundamento de validade “vá em direção à natureza” ou à história, aceitando-se no lugar o direito positivo caracterizado pelo binômio decidibilidade/alterabilidade e do ponto de vista do domínio da aplicação do Poder Político, por sua vez, ao problema da soberania.

### 3. A CONSTITUIÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO – POSITIVAÇÃO DO DIREITO

Em direção a uma análise do processo de diferenciação do direito, importa antes de tudo entender o que se compreende por “positivação” que, para Luhmann, não significa nada mais do que a autonomia do sistema jurídico, ou seja, “que o direito só possa ser criado pelo próprio direito e não *ab extra* pela natureza ou pela vontade política” (2013, p. 08).

Como já dissemos, “a positividade do direito implica o duplo problema lógico (*Zwillingsproblem*) da circularidade operativa (autopoiesis) e da inadequação (portanto também da pluralidade) de toda autodescrição do sistema jurídico”, mas desse impasse não deve decorrer invariavelmente que se busque o fundamento de validade do direito em um ato de arbítrio político ou que por detrás do direito positivo só se possa esperar um encontro paralisante com a “Górgona do Poder”<sup>297</sup>. A Constituição atua primordialmente suspendendo a percepção dessa arbitrariedade intrínseca vinculada à fundação do direito e “conduz o observador a ver apenas um sistema jurídico em que o que ali ocorre pode ser tudo menos arbitrário” (LUHMANN, 2013, p. 08).

Tal como na conjuntura pós-revolucionária dos Estados Unidos da América no final do século XVIII, acaba por surgir a “questão sobre *se e como* um texto jurídico pode se encarregar do problema, ao

<sup>297</sup> Recusando qualquer admissão de circularidade, Hans Kelsen (2011, p. XX) considera que “o problema do direito natural é o eterno problema daquilo que está por trás do direito positivo. E quem procura uma resposta encontrará – temo – não a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta um direito natural. Quem levanta esse véu sem fechar os olhos vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da Górgona do poder”.

lhe dar uma forma constitucional e ao destituí-lo de qualquer violência” (LUHMANN, 2013, p. 04). Entra em causa a transformação “do direito de resistência do povo contra o Parlamento, que mal se conseguia praticar, em um ordenamento jurídico hermético que exclui precisamente essa possibilidade para os casos futuros” (2013, p. 05).

Assim, o processo de constitucionalização aparece como “a forma mediante a qual o sistema jurídico reage à sua própria autonomia”, enfeitando quaisquer sustentáculos externos em troca de uma (re)formulação conceitual que introduz uma distinção entre a Constituição e os demais “direitos” (LUHMANN, 2013). Rompe-se, naturalmente, com o paradigma do Parlamento incondicionado, e torna-se necessário separar o direito constitucional do direito infraconstitucional, apenas este último ao alcance do legislador, de modo que o critério da temporalidade (*lex posterior derogat legi priori*) não mais se aplica em relação à própria Constituição ou resta adstrito a direitos de mesma hierarquia.

A distinção entre o lícito e o ilícito ou entre direito/não-direito resulta supraordenada a todo o direito com exceção da lei constitucional, já que toda norma jurídica passa ao status contingente de poder ser direito, mas direito potencialmente inconstitucional e, portanto, não direito – isso não mais apenas na medida em que o legislador pode criá-lo ou modificá-lo (LUHMANN, 2013). E o sistema desenvolve um mecanismo, assegurado pela auto-exceção, para pronunciar a si mesmo como ilegal, a partir de uma operação autológica do sistema.

Por isso é decisivo que a introdução de uma assimetria na relação entre dois tipos distintos de texto, a Constituição e o outro direito, venha vinculada à interrupção do regresso infinito na resposta à questão da fundação. Não pode afinal ser inconstitucional a própria Constituição<sup>298</sup>, se não, por exemplo, a partir de uma nova distinção que separe o direito constitucional originário daquele aditivo, fruto de emenda, ou uma diferenciação entre constituição formal e a sua materialidade essencial intangível.

Segundo Luhmann (2013, p. 11) “a própria Constituição deve interromper o círculo da autorreferenciabilidade, deve traduzir a simetria na assimetria. E alcançar esse resultado ao regular a produção do direito, inclusive a revisão da própria Constituição”. Constitui uma hierarquia de fontes jurídicas que endereça a inacessibilidade do sistema na forma de problemas de atribuição solucionáveis ou a unidade invisível do sistema em distinções. “Do ponto de vista jurídico, um texto com esse status só pode ser um texto autológico, ou seja, um texto que se prescreve como parte do direito” (LUHMANN, 2004, p. 406).

Temos então uma “hierarquia entrelaçada” (*tangled hierarchy*) que traduz a circularidade essencial do sistema: “O direito é, portanto, a unidade da diferença de dois tipos de texto: o direito constitucional e o outro direito” (LUHMANN, 2013, p.09), e o sistema pode determinar-se e perpetuar-se ele mesmo por sua auto-referência, baseando-se na sua própria positividade. A estabilidade não reside no fundamento em si, mas na própria distinção entre ambos os níveis, o que permite ao sistema se adaptar à passagem do tempo conservando sua arquitetura (LUHMANN, 2004).

Nas palavras do autor, “em suma, portanto, o código direito/não direito gera a Constituição para que a Constituição possa gerar o código direito/não direito” (LUHMANN, 2019, p. 10) e, nesse sentido, cabe concluir que “a positividade não se limita, pois, ao deslocamento dos problemas de fundamentação (...), significa a *eliminação* da problemática da fundamentação (NEVES, 2012, p. 84), proclamando-se que

---

<sup>298</sup> Não se ignoram os diferentes estudos sobre o tema, inclusive o grande ensaio de Otto Bachof (1994) sobre normas Constitucionais Inconstitucionais, mas qualquer formulação nesse sentido é excluída aprioristicamente por uma questão epistemológica. Se não há direito antes da Constituição, não há parâmetro possível contra o qual suas normas possam se chocar.

a responsabilidade por todo o direito reside apenas no interior do sistema jurídico.

#### 4. A CONSTITUIÇÃO DO SISTEMA POLÍTICO – A LIMITAÇÃO DO ARBÍTRIO

No que concerne ao sistema político, a função da Constituição direciona-se ao manejo do paradoxo da soberania ou do problema dos limites a um poder ilimitado. Mais uma vez podemos ilustrar a questão a partir da Revolução Americana e o debate travado entre a independência das 13 colônias inglesas e a posterior conformação de sua soberania individualizada aos “Estados Unidos da América”.

Do caminho da Confederação até a Federação (ou à União), o que houve foi a transição da semântica de soberania do *Estado* para a soberania do *povo*, o que possibilitou em essência a superação do problema da (in)divisibilidade da soberania que tivera primazia na guerra pela independência. Assim como a Coroa britânica não poderia admitir as exigências dos colonos contra a taxaço sem oportunidade de representação perante o Parlamento em Londres (“no taxation without representation”), sob pena de levar a uma divisão de sua soberania que contradiria o próprio conceito, também os agora livres e independentes Estados recusavam entregá-la aos Estados Unidos.

A solução encontrada foi realocar o problema à questão de quem detinha de fato a soberania ou quem era soberano no final das contas: o povo. E no caso norte-americano a resposta ofertada foi no sentido da transferência da soberania do povo dos estados individuais para o povo dos Estados Unidos (GRIMM, 2015).

Nem os órgãos dos estados nem os órgãos dos Estados Unidos são soberanos; nem os Estados Unidos ou os estados são soberanos, mas apenas o povo [americano] sozinho é soberano. Ao mesmo tempo, contudo, parece claro que o povo não poder governar a si mesmo e o novo impasse desemboca no problema da representação que passa a consubstanciar a própria estrutura do sistema político (LUHMANN, 2009, p. 350).

Destarte,

‘a vontade do povo’ e a ‘soberania do povo’ são tão somente fórmulas que refletem a experiência de que a política está permanentemente ocupada com as mudanças de suas próprias decisões. A intensa variação (...) teria de ficar fixada com os novos mecanismos políticos que outorgam a estabilidade: a Constituição. Se trata então, se se segue um juízo de Friedrich Schlegel, de uma revolução permanente: de instabilidade, de contingência. (LUHMANN, 2009, p. 415).

O que de um lado os pais fundadores da Constituição americana consideraram a relação entre delegado (*agent*) e delegatário (*principal*), na França Revolucionária será tratado como a distinção entre Poder Constituinte (*pouvoir constituant*) e Poder Constituído (*pouvoir constitué*). O Poder Constituinte pertence integral e unicamente ao povo soberano, que o exerce de maneira incondicionada. Restrições criadas pelo poder constituinte não são restrições sobre si mesmo, ou limitações a sua soberania ilimitada, mas restrições sobre seus representantes ou sobre os poderes constituídos. Soberania não era apenas ‘imprescritível e inalienável’, era ‘una e indivisível’ e a Constituição não o contradiz, atuando antes como fator de mediação dessas duas instâncias de poder – pré e pós momento constituinte.

A soberania se resguarda sob o poder constituinte e se expressa apenas no ato de constituição da Constituição. Enquanto a constituição estiver em vigor, ela permanece *latente* e torna-se invisível. “A soberania popular não é uma realidade, mas uma atribuição. O soberano permanece apenas um assunto abstrato para a atribuição de atos de autoridade pública” (GRIMM, 2015, p 73), e o paradoxo da

soberania não é acolhido em detrimento do direito positivo, mas, ao contrário, é resolvido por seu intermédio (LUHMANN, 2013, p. 16), conforme se vincula a autoridade soberana ao direito.

Uma vez que a limitação da autoridade pretendida pela Constituição requer que ninguém esteja acima da lei, a reivindicação é abrangente no sentido de que nem os portadores *extraconstitucionais* de poderes governamentais, nem as formas e meios *extraconstitucionais* de exercer o poder público são permitidos (GRIMM, 2015). Opera-se, por consequência o que Luhmann denomina de *codificação secundária* da política que, além da orientação em torno do meio do poder (poder/não poder), deve submeter-se ao direito e especialmente à Constituição.

Desse instante, sobre a distinção originária que orienta a circulação generalizada de poder político, insere-se o esquematismo lícito/ilícito (aqui entendida também a distinção constitucional/inconstitucional) como filtro indicador do meio legítimo de expressão de poder. Passa-se a distinguir o poder lícito do poder ilícito, que muito além de denunciar irrupções arbitrárias, serve à afirmação autônoma do meio de comunicação da política democrática perante pressões particularistas e fatores de intrusão de seu ambiente circundante (NEVES, 2012, p. 89).

Nas palavras de Juliana Neuenschwander:

Soberania de fato (...) é reconhecida como uma modalidade de autolimitação do poder fundado no direito: a soberania do Estado moderno será representada como qualidade de um poder absoluto e arbitrário para servir de fundamento ao sistema político de um Estado que não será nem arbitrário, nem absoluto, nem exclusivo. (2016, p. 237).

Seja sob seu aspecto jurídico, seja sob seu aspecto político, a Constituição não é senão um dispositivo destinado a diferenciar a autorreferência de heterorreferência nas operações internas ao sistema (LUHMANN, 2013).

## 5. A CONSTITUIÇÃO E O ESTADO DE DIREITO:

Como a Teoria dos Sistemas busca demonstrar, há paradoxos em todos os lugares, sempre que buscamos por fundações (LUHMANN, 1988, p. 154). As descrições se resumem então às semânticas de supressão ou disfarce dos paradoxos que um observador externo poderia ver e denunciar a qualquer tempo, mas que o sistema não ousa (e nem pode!) questionar. Segundo tentamos ilustrar brevemente,

a novidade do projeto de Constituição do século XVI reside no fato de que a Constituição torna possível, a um só tempo, uma solução jurídica para o problema da auto-referencialidade do sistema político e uma solução política para a referenciabilidade do sistema jurídico (LUHMANN, 2013, p. 10).

Em sentido jurídico, é um estatuto supremo, uma lei fundamental que determina se e por quem será examinada a conformidade das leis à Constituição. O direito constitucional e seus conceitos particulares emancipam a si mesmos das cadeias escalonadas de fundação a que se prendia o direito e, paradoxalmente, “a constituição tem seu destaque em pontos em que se torna informulável se deve sua validade ao sistema ou ao ambiente” (LUHMANN, 2004, p. 409).

Politicamente, é um instrumento e um limite, no sentido duplo de política instrumental (que muda o estado das coisas) e simbólica (que não muda). Nos dois espectros a Constituição é a “aquisição evolutiva” que garante as condições de possibilidade de um sistema jurídico direcionado à generalização de

expectativas normativas e um sistema político especializado funcionalmente à tomada de decisões que vinculam a coletividade. Nessa toada, a crescente complexidade do ordenamento do Estado constitucional instituído requer a passagem de uma arquitetura *hierárquica* para uma *heterárquica* que renuncie às descrições de tipo “supra e infra”, “sobre e sob”, e que agora só lide com sistemas sociais parciais e acoplados apenas em limitada medida (LUHMANN, 2013, p. 20).

A Constituição pode ser descrita como o nó górdio que desata na fórmula moderna do Estado de Direito, mais propriamente em suas *duas caras*. Conforme aponta Luhmann: “esse conceito funciona como um esquema que torna possível definir duas perspectivas reversas como uma unidade e celebrá-lo como uma aquisição da civilização: o agrilhoamento jurídico da força política e a exploração política do direito” (2004, p. 368).

Primeiro falamos de Estado de Direito (*Rechtsstaat*) ou de vinculação à Lei (*Rule of Law*) no sentido clássico e difundido de forma generalizada no interior do Sistema Jurídico de “limitações ao exercício do poder”. Substancialmente, o Estado de Direito compreende o fato de que “a lei é válida porque é válida”, e isso se estende mesmo para a Política. Até a Política deve se sujeitar ao Direito. Como destaca o sociólogo,

a nova era do liberalismo político celebrou o triunfo da constituição que submete o estado, que cria o direito do direito e, nessa maneira, situa o paradoxo político em seu interior. Na teoria do direito o conceito de estado – originalmente concentrado na descrição do sistema político – finalmente tornou-se um conceito jurídico. O foco na política no estado então significava que a vontade política deveria assumir forma jurídica para obter aplicabilidade em relação ao estado. Nessa interpretação o estado é uma pessoa jurídica, uma criação do sistema jurídico. E as ações de políticos que não entendem isso não produzem nenhum efeito, ou ao menos nenhum efeito jurídico. (LUHMANN, 1990, pp. 192-193).

A Constituição enquanto preceito jurídico atua na “domesticação” da política, pois mesmo quando não obtém êxito, no mínimo possibilita a tradução de excessos em termos de “inconstitucionalidades”. Atua, sob essa ótica, no plano de exclusão daquilo que não pode ser decidido politicamente, de delimitação de fronteiras entre o politizável e o não politizável. “O sentido e a função das constituições são caracterizados pelo uso explícito de negações, negações de negações, delimitações, impedimentos” (LUHMANN, 2019, p. 20). Em sentido formal, é uma negação das mudanças ilimitadas no direito ou “dominância do negativo”, e o “constitucional” das negações se expressa através do tratamento operado pelo modelo de separação de poderes e pela positivação dos direitos fundamentais – pilares do constitucionalismo liberal.

Através da garantia dos direitos fundamentais, antes de assegurar uma distinção entre público e privado ou sociedade e estado, preserva-se na semântica das liberdades a diferenciação funcional da sociedade moderna ou, em outras palavras, a autonomia dos outros âmbitos da sociedade em relação ao sistema político ou mais propriamente em relação ao poder político – tal e qual a própria autonomia do sistema político, em sentido contrário. De acordo com Luhmann,

o Estado é — algo que sempre se esquece — condição para toda liberdade; não porque o Estado a garanta parcialmente ou com pré-formas elementares, mas porque, para a organização estatal, a liberdade torna-se racionalmente regulável na forma de um programa-de-decisão. O Estado reúne a ameaça potencial — disseminada na sociedade de forma difusa e inapreensível — da liberdade e com isso a torna decidível — o que no caso pessoal pode significar ganho ou perda de liberdade (2010, p. 144).

Nesse sentido, a *decidibilidade* dos direitos fundamentais, quer dizer, sua delimitação ou distinção, se expressará tanto politicamente, na efetiva regulação (ou programação), quanto juridicamente na adjudicação que questione determinado programa político perante a inviolabilidade constitucional dos direitos fundamentais que, enquanto tal, demandam a interpretação de juízes e Tribunais para declarem (ou não) eventuais violações. Daí apontar-se que de fato as verdadeiras garantias se encontram no direito da organização do Estado, ou na separação de poderes.

Sob o signo da “separação de poderes” cristaliza-se imediatamente a separação entre política e direito e se impede a manutenção de uma visão hierárquica entre legislação e jurisdição. O crescente potencial da interpretação judicial e o desenvolvimento do próprio controle de constitucionalidade, somados à criação de normas sobre a proibição de denegação de justiça (*non liquet*)<sup>299</sup> e a exigência de que se decidam todos os casos levados aos Tribunais conduzem gradualmente à percepção de que a conexão entre a legislação e a jurisdição não pode ser encarada como assimétrica e linear, mas sim como circular, num sentido de mútua limitação para o âmbito de decisões nos sistemas político e jurídico.

Com mais direito legislado desenvolve-se também mais direito judicial. e a diferença entre um e outro é deslocada para uma questão temporal não hierarquizada (LUHMANN, 2004, p. 279). Sabe-se que os Tribunais têm um tempo próprio, guiados por seus imperativos internos de correção e consistência, e, mais ainda, não podem iniciar processos ou prolatar decisões por iniciativa própria, mesmo quando diante de verdadeiras calamidades. Vem então ao resgate a legislação que, com estímulos políticos suficientes, é capaz de ser iniciada e concluída em tempo hábil, balanceando as expectativas da sociedade.

Obviamente, porém, isso depende de que não se saiba exatamente o que ocorrerá com um diploma normativo aprovado na prática jurídica. A condição por trás do processo é de que o futuro permaneça aberto e incerto: “a legislatura tem suas próprias ideias sobre os “resultados” de um estatuto; mas são conjecturas e não informação” (LUHMANN, 2004, p. 372) e o sistema jurídico em seu lugar não pode resistir amplamente à nova legislação (novo direito), mas que naturalmente deve se amoldar ao direito que o precede. O direito é por excelência o meio do politicamente possível e a forma através da qual a política pode solucionar problemas na medida em que provê a possibilidade de fixação de formas jurídicas e a consequente despolitização de problemas.

Internamente ao sistema político diferenciam-se também política e a administração enquanto subsistemas autônomos especializados segundo uma posição distinta em relação ao planejamento, ou à perspectiva de abertura para o futuro e para o “público”. O subsistema político, de um vértice, trata da formação do poder que goza de apoio político, com o tratamento de símbolos legitimadores e ideologias, estruturada em torno da elaboração de temas e programas capazes de alcançar maiorias no processo de legislação. Atua em condição de alta sensibilidade ao ambiente e grande pressão em matéria de tempo, decidindo politicamente qual direito será o direito válido sob elevadíssimo grau de contingência.

A administração, por outro, é muito mais fortemente fragmentada por estruturas organizacionais e programas de decisão prévios, reproduz competências para decisões obrigatórias e tem de pressupor a capacidade de realização da política - tal como a política pressupõe uma administração que funcione, que realiza o que é politicamente possível:

A politização do Legislativo é completamente aceita. A politização do executivo é em parte reconhecida, em parte bloqueada através do imperativo da legalidade da administração,

<sup>299</sup> Nessa linha, prescreve o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 a inafastabilidade do controle jurisdicional: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

permanece, portanto, variável e dependente da temática e do grau hierárquico do processo de decisão. A politização da justiça é, mesmo em disputas de direito público, constitucionalmente bloqueada, pelo que a Justiça torna-se, por assim dizer, a espinha dorsal da administração frente a política e, nessa função, momento irrenunciável desse esquema de diferenciação. (LUHMANN, 2019, p. 9).

Nesse contexto, a distinção fornece uma grande oportunidade de incremento de poder ou, mais propriamente, de cadeias maiores e mais heterogêneas de aplicação de poder sobre poder:

Cadeias de decisão mais longas, com efeitos obrigatórios para situações distantes, sob condições especiais ainda desconhecidas e sem poder direto sobre os participantes precisam estar ligadas à forma do direito e, através disso, tornam-se asseguradamente transmissíveis. Nesse sentido, a separação de poderes ganha uma função para a produção e ampliação de poder; a adoção de uma forma adequada e a longas cadeias de poder torna-se, como uma condição de integração entre os órgãos estatais, mais ou menos inevitável. (LUHMANN, 2019, p. 10).

Isso tudo depende do suporte na Constituição e somente se torna factível a partir da positivação de um princípio da legalidade que fixa os limites e estabelece um filtro entre política e administração, removendo a própria mediação entre os subsistemas da politização corrente. Pressupõe um direito variável segundo o procedimento fixado constitucionalmente, mas cuja modificação despolitiza o problema, ainda que momentaneamente – e permite que a aprovação da legislação possa ser encarada como o sucesso e finalização de um processo que desincumbindo imediatamente o parlamento apenas transfere a questão.

Tendo em conta essa reestruturação da dinâmica política, exsurge finalmente a segunda “cara” do Estado de Direito no fato de que embora aparente, de início, apenas uma restrição contra a arbitrariedade, “poder submetido ao direito” representa na verdade uma imensa extensão da aplicação do poder político. Em razão da aceitação da vinculação ao direito ou da codificação secundária do poder, sob a forma constitucional, o poder assume um alcance potencial sem precedentes na história recente, com possibilidades de regulação e normatização que desafiam os próprios limites da autopoiese de cada sistema parcial da sociedade.

Dentro do processo legislativo formal e respeitados os direitos fundamentais assegurados nas Constituições modernas, não sobram obstáculos externos oponíveis de forma legítima contra a autoridade dos parlamentos democráticos. Direito de resistência e estado de exceção abolem-se reciprocamente: se o sistema político teria de estar vinculado ao direito para bem de inibir o uso ilícito do poder político, agora ele se encontra atrelado ao direito pelo fato de que o tem à sua disposição.

## 6. CONCLUSÃO:

A partir da transição ao Estado de Direito, a constitucionalização acentua o caráter descentralizado e pluricontextual da sociedade contemporânea que, por sua vez, implica a definitiva impossibilidade de que o sistema político – ou qualquer outro – logre dominar o seu ambiente circundante. Pressupõe a superação absoluta do dogma do Estado como supraordenador da sociedade, afinal, segundo a Teoria dos Sistemas, “qualquer mudança social só pode conceber-se como processo enquadrado na ‘evolução eufuncional’ do sistema; caso contrário ela será um elemento conflitual patológico” (CANOTILHO, 1986, p. 273).

Entretanto, excluído o que a Constituição afasta explicitamente da arena política, todo o resto pode ser politizado e decidido em formas jurídicas por maiorias legislativas respaldadas periodicamente por eleições livres. Como consequência principal diminuem exponencialmente as chances de agradar e toda inovação legislativa traz aqueles que se beneficiam e outros que se prejudicam. Estimula-se esperança e insatisfação política. Apoiada pelo direito, a política cria descontentamento que alimenta novamente o sistema como impulso adicional para novas operações e (re)politização dos mais diversos temas.

A dinâmica é de indiferença e seletividade reforçadas por toda a sociedade e a descrição da Teoria dos Sistemas oferece paradoxalmente certos incômodos e alentos. É quase uma solução maximizadora que concilia por um breve momento as pretensões dos distintos sistemas parciais: temos um sistema jurídico independente e um sistema político efetivamente dominante. Mas a que preço? Segundo Luhmann, a circunscrição a seus limites, à sua própria insignificância, e o risco permanente de incompreensão e cegueira generalizadas.

A título de exemplo, a crescente democratização do sistema político conduz ao Estado de Bem-Estar Social que traduz o incontável número de questões que passam a poder ser tematizadas enquanto objetivos politizáveis. A abertura e o fechamento do sistema se convertem em um problema permanente e desde as demandas elaboradas nos pleitos eleitorais chega-se ao ponto em que “o sistema político se entende como o garante que pode equilibrar tudo o que seja produzido pelos golpes do destino. (...) e se parece a um depósito de água que precisa bombear o líquido para dali reparti-lo a todos que estão conectados” (LUHMANN, 2009, p. 417).

Com um sistema econômico globalizado, o problema do Estado de Bem-Estar acaba reduzido às finanças públicas e, nesse ponto, a política tem de se curvar às dinâmicas do mercado. Há certo ceticismo quanto à realização do projeto de inclusão além da base de *standarts* mínimos que assegurem a preservação da própria diferenciação funcional da sociedade. De acordo com Luhmann:

Na medida em que se chega aos limites do bem-estar, os problemas se depositam de novo da política à economia. E então os problemas da política se reduzem à pergunta: que tanto capital internacional pode ser atraído e conservado? Mas sobretudo: que tanto trabalho se pode criar em território nacional? (2009, p. 373).

Nesse pano de fundo, o que instiga na abordagem luhmanniana parece justamente o desafio de manter a teoria de pé e encontrar maneiras de preservar – ou pelo menos enxergar – cada sistema dentro de suas fronteiras sem comprometer a autonomia uns dos outros. Num esforço contínuo de concessões mútuas, a gramática sistêmica oferece pelo menos novas oportunidades para traduzir e enfrentar os múltiplos problemas com os quais nos defrontamos.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *A Constituição de 1976 dez anos depois: do grau zero de eficácia à longa marcha através das instituições*. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, na 18/19/20, fevereiro de 1986.
- GRIMM, Dieter. *Sovereignty: the origin and future of a political concept*. 1ª edição. Nova Iorque: Columbia University Press, 2015.
- KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. 1ª edição. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *A Constituição como Aquisição Evolutiva*. 2013. Disponível em: <https://bityli.com/YYp7o>. Acesso em: 23/08/2022.
- LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. 1ª edição. México: Universidad Iberoamericana, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *La Política como Sistema*. 1ª edição. México: Universidad Iberoamericana, 2009.
- LUHMANN, Niklas. *Political Theory in the Welfare State*. N. Iorque, EUA: de Gruyter, 1990.
- LUHMANN, Niklas. *Constituições Políticas no Contexto da Teoria da Sociedade*. 2019. Disponível em: <https://bityli.com/acAjE>. Acesso em: 23/08/2022.
- LUHMANN, Niklas. *The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History*. *Journal of Law and Society, Inglaterra*, volume 15, número 2, 1988, p. 153-165.
- MAGALHÃES, Juliana N. *Formação do Conceito de Soberania*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2012.