A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS PARA A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Flavio Quinaud Pedron

RESUMO

Examina o papel desempenhado pelos chamados "tribunais constitucionais" no sistema do Direito, utilizando a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, a qual considera instrumento essencial à autocompreensão do Direito e uma resposta adequada aos desafios da sociedade contemporânea.

Delineia os principais conceitos da Teoria e descreve as características dos sistemas do Direito e da Política, que têm na Constituição seu elemento de diferenciação funcional. Afirma que os tribunais responsáveis pelo controle da constitucionalidade das leis, diferentemente da concepção de teorias clássicas, como as de Kelsen e Schmidt, não guardam a Constituição; seu papel é gerar decisões a partir do código direito/não-direito. Tais decisões, além de interpretarem o próprio código, fornecem referenciais para as decisões posteriores e atuam como instância primária de diferenciação entre o Direito e seu ambiente.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria dos Sistemas; Direito; Política; Constituição; Controle da constitucionalidade; tribunal constitucional; Direito Constitucional; Sociologia do Direito.

1 INTRODUÇÃO

Observando as transformações da vida moderna, percebemos que a sociedade atual se mostra bem mais complexa que outrora. Em razão desse aumento de complexidade, diversos subsistemas surgem a partir de um processo de especificação e de diferenciação funcional, formando o que Niklas Luhmann denominará de "subsistemas sociais", cuja característica primordial é o seu fechamento operacional e sua subseqüente autonomia em relação aos outros subsistemas.

O Direito e a Política são alguns dentre outros subsistemas e, por isso mesmo, capazes de desenvolver códigos próprios para desempenhar suas funções recíprocas na sociedade. O primeiro, como se verá, utilizando-se do código direito/não-direito, funciona como estabilizador de expectativas de comportamento, ao passo que o segundo, ao fazer uso do código governo/oposição, atua para condensar a formação das opiniões públicas de tal maneira que seja possível a tomada de decisões que vinculem coletivamente[1].

É a partir de tais premissas que a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann se desenvolve e ganha relevância. Mediante um olhar bastante arguto, essa Teoria mostra-se como um instrumento de vital importância para a autocompreensão do Direito.

Sendo assim, o presente trabalho utiliza os conteúdos da Teoria dos Sistemas para responder a uma questão: **Como se pode compreender o papel desempenhado pelos chamados "Tribunais Constitucionais" no Sistema do Direito?**

Devido à complexidade da teoria luhmanniana, para que seja possível responder à indagação acima, primeiro faz-se necessário delinear seus conceitos principais, sem referência a um sistema social específico, demonstrando sua aplicabilidade a todos, simultaneamente para, assim, oferecer uma visão panorâmica do pensamento de Luhmann.

Em seguida, busca-se responder à questão propriamente dita, iniciando-se com uma explicação e descrição das características do Sistema do Direito e do Sistema da Política. Depois, tratar-se-á do aclaramento do que Luhmann entende por Constituição, tida pelas teorias clássicas como o objeto da jurisdição constitucional, que seria exercida, em sua modalidade concentrada, pelos tribunais constitucionais. Mas será realmente isso?

Partindo dessa dúvida, verificar-se-á se o Tribunal Constitucional representa para a Teoria dos Sistemas a figura de um "guardião" da Constituição, como restou fixado quando do notório debate sobre o tema, travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Será, portanto, necessário reconstruir parte de tais argumentos para, ao confrontá-los, tornar mais clara a concepção luhmanniana de Constituição e a atividade dos Tribunais para o Sistema do Direito.

2 A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN: ALGUMAS ACLARAÇÕES CONCEITUAIS

Como demonstrado por Juliana Neuenschwander Magalhães, a entrada para a modernidade[2], principalmente a partir do desenvolvimento da concepção de indivíduo, marca um período de incremento de complexidade sem precedentes. Assim, *o que conhecemos com o nome de modernidade começa quando desaparece a idéia de uma ordem universal – seja ela imanente ao cosmos ou transcendente a ele. Em outras palavras, a modernidade começa quando termina a idéia de "mundo" (espaço infinito, dotado de centro e de periferia e de "lugares" naturais) e de hierarquia natural dos seres, cedendo para as idéias de universo infinito, desprovido de centro e de periferia, e de indivíduo livre, átomo no interior da Natureza e para o qual já não possuímos a definição prévia de seu lugar próprio e, portanto, de suas virtudes políticas. (...) A modernidade afasta a idéia (medieval e renascentista) de um universo regido por forças espirituais secretas que precisavam ser decifradas para que com elas entrássemos em comunhão. O mundo se desencanta – como escreveu Weber – e passa a ser governado por leis naturais racionais e impessoais, que podem ser conhecidas por nossa razão e permitirão aos homens o domínio sobre a Natureza*[3].

É por isso que, na antigüidade clássica, poderia ser observada uma distinção entre **gregos**, de um lado, e **bárbaros**[4], de outro, que funcionava como critério único de separação e que, ao mesmo tempo, sintetizava todos os reflexos produzidos no contexto social, político, econômico, jurídico e cultural da época, ao passo que, na modernidade, a figura do indivíduo traz em si uma complexidade muito maior. Inexiste o referencial único, pois, se for tomada a distinção entre **católico** e **pagão**, esta já se mostra insuficiente devido ao universo de particularidades englobadas pela classificação de (pagão) não-católico – como exemplo, temos, hoje, toda uma constelação de doutrinas surgidas no movimento da reforma protestante (luteranos, anglicanos, calvinistas), além de agnósticos, espíritas, budistas etc. Também é insuficiente a separação entre nobre e plebeu, tendo em vista toda a mudança e perda dos estratos sociais que eram estanques na idade média. Assim, para usar uma expressão do sociólogo polonês Zygmunt Bauman[5], estamos no tempo da liquidez.

Desse modo, aliado a esse aumento de complexidade, pode ser observado um processo de diferenciação funcional da sociedade, que passou a reagir de modo diverso aos diferentes estímulos existentes.

Por esse motivo, o pensamento de Niklas Luhmann ganha relevo, já que *la complejidad, que en la perspectiva luhmanniana no es vista como un obstáculo ni una dificultad para la construcción de un sistema, se constituye en la condición que hace posible al sistema. Un sistema surge en un proceso de reducción de complejidad. Es menos complejo que su entorno y sus limites respecto de él no son físicos, sino de sentido* [6].

Por meio de um olhar sociológico[7], Luhmann desenvolve sua Teoria dos Sistemas e da Sociedade, que compreende os diferentes tipos de sistemas, bem como as condições distintivas, a partir da complexidade que se tenta reduzir. Apresenta-se como um poderoso instrumental analítico que permite a compreensão do funcionamento da sociedade[8] e de seus subsistemas – Direito, Política, Economia, Religião, entre outros –, cada qual operando segundo um código próprio, o que permite sua identificação e separação, bem como a conseqüente redução de complexidade, já que o sistema é sempre menos complexo que seu ambiente.

É por isso que a Teoria dos Sistemas começa com uma afirmação: *os sistemas existem!* [9].

Conforme Luhmann, *se puede hablar de sistema cuando se tiene ante los ojos características que, si se suprimieran, pondrían en cuestión el carácter de objeto de dicho sistema. A veces, también se llama sistema al conjunto de dichas características. En el mismo sentido entonces: La afirmación "hay sistemas" solo*

quiera decir que hay objetos de investigación con tales características que justifican el empleo del concepto de sistema. Así como al contrario: el concepto de sistema nos sirve para abstraer hechos que son comparables entre si, o hechos de carácter distinto bajo el aspecto igual/desigual[10].

Sistema é, então, um *conjunto de elementos inter-relacionados, cuja unidade é dada por suas interações e cujas propriedades são distintas da soma desses elementos*[11]. Assim, a teoria dos sistemas começa a ser construída pela distinção entre sistema e ambiente. É a identificação de uma igualdade em uma diferença que projeta tal distinção[12]. Desse modo, o sistema se constitui e se conserva mediante a criação e a recriação dessa diferença.

Tal processo permite ao sistema desenvolver o que Luhmann chamará de "auto-referência"[13], isto é, *a capacidade de estabelecer aquelas relações entre si ao mesmo tempo em que diferenciam essas relações das relações mantidas com seu ambiente* [14], e que permitem o fechamento operacional do mesmo sistema.

Por operativamente clausurados deben definirse los sistemas que, para la producción de sus propias operaciones, se remiten a la red de sus propias operaciones y en este sentido se reproducen a si mismos. Con una formulación un poco más libre se podría decir: el sistema debe presuponerse a si mismo, para poner en marcha mediante operaciones suyas su propia reproducción en el tiempo; o con otra palabras: el sistema produce operaciones propias anticipando y recurriendo a operaciones propias y, de esta manera, determina qué es lo que pertenece al sistema y qué al entorno[15].

Cabe, então, aclarar o que se entende por **operação**. Esse termo é definido como acontecimentos, isto é, atualizações de possibilidades de sentido da comunicação que ocorre no interior do sistema. Isso porque Luhmann compreende os sistemas como fechados operacionalmente, ou seja, **não há comunicação entre sistema e ambiente**. O ambiente apenas funciona irritando[16] o sistema, fazendo com que este interprete o elemento comunicativo externo à luz de sua própria linguagem.

O fechamento operacional traz para o sistema a necessidade de auto-regulação. Destarte, ele lança mão de um código próprio. O código[17] é o elemento que, em última instância, ordena a totalidade do processo, em torno do qual os outros elementos gravitam e estabelecem configurações variáveis.

Esteves[18] afirma que, para Luhmann, o código é o elemento que permite as operações no interior do sistema, produz informações e identifica ruído. Ele é capaz de separar o que é sistema do ambiente e tem como característica ser formado por um binarismo que faz com que o sistema funcione assimetricamente e, com isso, oculte os paradoxos existentes em seu interior, bem como as tautologias. Daí decorre seu caráter eminentemente funcional. Deve ainda ser destacado que é o próprio sistema que produz seu código. Com isso, Luhmann, conforme Alvarez, afirma que os sistemas são autopoiéticos: *A este nivel de discusión el concepto de autopoiesis de Humberto Maturana significa un elemento nuevo. Los sistemas autopoiéticos son los que producen por sí mismos no sólo sus estructuras, sino también los elementos de que están compuestos, precisamente en la trama de estos elementos*[19] .

Diante do que foi afirmado, Álvarez[20] pergunta: Como se configura o sistema e suas relações com o ambiente, se não são capazes de manter relações recíprocas? Vislumbra-se, então, a necessidade de esclarecer o que seja o **acoplamento estrutural**, para a teoria dos sistemas e como ele funciona na relação entre sistema e ambiente. Afirma Luhmann: *Volviendo al pensamiento de Humberto Maturana, hablaremos de "acoplamiento estructural". Este concepto presupone que todo sistema autopoiético opera como sistema determinado por la estructura, es decir, como un sistema que pueda determinar las propias operaciones sólo a través de las propias estructuras. El acoplamiento estructural, entonces, excluye el que los datos entorno puedan especificar, conforme a las propias estructuras, lo que sucede en al sistema. Maturana diría que el acoplamiento estructural se encuentra de modo ortogonal con respecto a la autodeterminación del sistema. No determina lo que sucede en el sistema, pero debe estar presupuesto, ya que de otra manera la autopoiesis se detendría y el sistema dejaría de existir. En este sentido, todos los sistemas están adaptados a su entorno (o no existirían), pero hacia el interior del radio de acción que así se les confiere, tienen todas las posibilidades de comportarse de un modo adaptado, y para ver muy claramente el resultado de estas posibilidades, basta considerar los problemas ecológicos de la sociedad moderna* [21].

É o acoplamento estrutural, então, que permitirá uma convivência entre sistema e ambiente, sem que o sistema se veja agredido pelo ambiente, apenas irritado, e até mesmo ameaçado de existência. É o que poderia acontecer com a Religião e a Política, caso a primeira fosse capaz de corromper o código da política (**poder e não-poder**) a ponto de dissolver a segunda em seu interior.

Assim, o acoplamento estrutural permite o duplo efeito de inclusão e exclusão, além de concentrar e selecionar as irritações do ambiente, o que gera o efeito paradoxal de torná-las imperceptíveis[22].

As irritações surgem como uma confrontação da ordem interna do sistema com os eventos externos. Dessa forma, pode-se afirmar que se tra-

(...) o código é o elemento que permite as operações no interior do sistema, produz informações e identifica ruído. Ele é capaz de separar o que é sistema do ambiente e tem como característica ser formado por um binarismo que faz com que o sistema funcione assimetricamente e, com isso, oculte os paradoxos existentes em seu interior, bem como as tautologias. Daí decorre seu caráter eminentemente funcional. Deve ainda ser destacado que é o próprio sistema que produz seu código.

ta sempre de uma **auto-irritação**, pois o sistema encontra em si mesmo as causas da irritação e aprende com isso, quer para imputar a irritação ao ambiente e, com isso, tratá-la como casual, quer para buscar sua origem e eliminá-la[23].

Após os presentes esclarecimentos, com os pressupostos básicos que delineiam a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, pode-se avançar, de modo a centrar nosso estudo no sistema do Direito. Conforme declarará Luhmann, ele terá a função de estabilizar expectativas de comportamento na sociedade, utilizando-se para tanto do código direito/não-direito e estabelecendo um acoplamento estrutural com o sistema da Política por meio da Constituição.

3 A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NO SISTEMA DO DIREITO

3.1 O QUE É A CONSTITUIÇÃO PARA A TEORIA DOS SISTEMAS? UMA REFLEXÃO SOBRE O SISTEMA DO DIREITO E O SISTEMA DA POLÍTICA

Após breve introdução ao pensamento luhmanniano, o presente estudo centrará sua atenção no Direito, enquanto sistema social. Para tanto, torna-se imprescindível um debate sobre a acepção luhmanniana de Constituição. Primeiro, porque o tema em discussão remete à compreensão do papel dos Tribunais Constitucionais no Sistema do Direito, sendo necessário desfazer alguns equívocos, como, por exemplo, a afirmação de que tais tribunais se destinariam à **guarda** da Constituição. Em segundo lugar, devido ao papel vital desempenhado pela Constituição como elemento de acoplamento estrutural entre o Sistema do Direito e o Sistema da Política.

Dois importantes escritos serão tomados como guias nesta investigação. São os textos de Luhmann, cuja tradução para o vernáculo poderia ser:

1. A Constituição como Aquisição Evolutiva [24], de 1996; e

2. O Direito da Sociedade [25], publicado em sua versão original na Alemanha, em 1993.

Uma vez que se é capaz de compreender a sociedade como um problema altamente complexo, resultante de diversos processos de diferenciações, pode-se perceber que *el problema de referencia de la función del Derecho lo definimos en un plano más abstracto que como lo hace el Derecho mismo. Los lógicos, quizás, describirán esto como la apertura de la tautología, es decir, como la disolución del círculo autorreferencial en identidades que son diferenciables. La hipótesis señala: el Derecho resuelve un problema temporal que se presenta en la comunicación social, cuando la comunicación en proceso no se basta a sí misma (ya sea como expresión, ya sea como "práctica") y tiene que orientarse y expresarse en expectativas de sentido que implican tiempo* [26].

É por isso que a função do Direito está relacionada a expectativas, isto é, com a possibilidade de comunicação de expectativas de comportamento e, com isso, ao reconhecimento da comunicação. Isso porque ele tem uma função *de prepararse, al menos en el nivel de las expectativas, ante un futuro incierto – genuinamente incierto. Por eso con las normas varían la medida en que la sociedad produce un futuro acompañado de inseguridad* [27]. Ganha relevância, assim, a questão da repetição, a fim de tentar estabilizar tal insegurança, pois, uma vez que a comunicação necessita da figura do tempo para que, mediante a repetição, sejam possíveis afirmações, reduz-se com isso a arbitrariedade na relação entre signo e significado.

Mas a relação entre tempo e estabilização de expectativas dá-se por meio contrafático, mantendo uma permanente contradição com o âmbito social, uma vez que neste as conexões temporais normativas produzem novas oportunidades de consenso e dissenso, isto é, são situações nas quais a própria decisão deve tomar partido contra ou a favor de uma determinada expectativa[28]. As conexões temporais, portanto, produzem tanto a conformidade quanto o desvio de condutas. Há, então, uma permanente tensão entre a dimensão temporal e a dimensão social, o que faz com que a norma fique sempre aberta para possibilidades de seu descumprimento.

Por tudo isso, Luhmann afirma que uma das conseqüências mais importantes da forma normativa e da função do Dreito é permitir sua diferenciação com o Sistema da Política[29].

Para su aplicación, el Derecho depende de la Política, y sin la perspectiva de esta imposición no existe ninguna estabilidad normativa convincente que sea atribuible a todos. La Política, a su vez, utiliza el Derecho para diversificar el acceso al poder concentrado políticamente[30].

Mas isso não quer dizer que ambas se confundam, pois preexiste a diferenciação funcional entre Direito e Política. A Política, distintamente do Direito, faz uso do poder, de modo que o poder político se articule como um poder indicativo superior que ameaça com seu caráter obrigatório. *En cuanto las tendencias políticas de una decisión que vincula colectivamente se integran a un interruptor que y transforma las luchas de planeación en decisiones realizables, entonces se puede obligar a su cumplimiento. El "deber" de la norma, sin embargo, no presupone ninguna superioridad del poder; es más: ninguna superioridad por parte de quien articula las expectativas correspondientes* [31].

É a partir de tais premissas que a Teoria dos Sistemas coloca o que se compreende por **Constituição**, que não é vista como o resultado de um planejamento intencional, pois, *ainda que se admita que as intenções dos atores exerçam qualquer papel na evolução sócio-cultural, se se trata da evolução em geral, os atores só exercem o papel do caso (um papel ocasional, vinculado ao caso). É possível que os atores se deixem guiar por critérios racionais, mas se se trata da evolução em geral, não é possível que daí se possa derivar qualquer conclusão sobre o resultado total* [32].

Mas, então, por que a Teoria dos Sistemas deveria voltar seus olhos para a Constituição, se, como bem reconhece Giancarlo Corsi, a *Sociologia raramente ocupou-se da Constituição* [33]? O mesmo autor já adianta uma resposta, ao lembrar a complexidade que envolve o tema: *Se perguntarmos aos juristas o que é a "Constituição", encontraremos respostas bastante heterogêneas, mas que compartilham a idéia de que a Constituição é importante, sobretudo, porque marca a imposição do Direito positivo sobre o Direito natural, porque vincula de forma completa o poder, também porque é universal: nisso se encontra sua novidade e sua ruptura com as representações normativas do passado*[34].

Partindo de uma análise das revoluções norte-americana e francesa, respectivamente, a Sociologia, pelo prisma de uma Teoria dos Sistemas, passa a compreender a Constituição de maneira completamente diversa do que faz o Direito – no sentido de que este a considera fundamento ou vínculo último do Direito[35]. Como dirá Luhmann[36], *a minha tese será a de que o conceito de Constituição, contrariamente ao que parece à pri-*

meira 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 conseqüente necessidade de uma religação entre eles. Ou seja, segundo Corsi, trata-se de um "*acoplamento estrutural de Direito e Política", entendendo-se estes como dois diferentes subsistemas da sociedade atual. Com essa formulação – muito abstrata, como sempre, quando se trata da Teoria dos Sistemas – , pretende-se descrever a situação na qual dois sistemas são completamente autônomos e, mediante uma estrutura comum (no caso, a Constituição), especificam, de modo extremamente circunscrito e seletivo, as possibilidades de "se irritarem" reciprocamente; no nosso caso, basta pensar na legislação como constante fator de irritação do Direito por parte da Política. Diversamente do que pode parecer à primeira vista, portanto, a invenção da Constituição é, sobretudo, uma reação à diferenciação (moderna) entre Direito e Política e uma tentativa de resolver (ou esconder!) os seus problemas: o problema da soberania popular e o problema da positivação (autodeterminação) do Direito*[37].

Sobre como se deu esse processo, esclarece Luhmann: *Em 1789, a França recepciona o conceito inglês de* Constitution *conjuntamente com todas as suas imprecisões e, sobre essa matriz, limita-se simplesmente a discutir as dimensões da redistribuição sempre necessária dos pesos. Na América, ao contrário, em contraposição à situação jurídica inglesa, acentuava-se a unidade do texto constitucional redigido de forma escrita. O que requeria uma determinação conceitual que introduzisse uma distinção entre a* Constitution *e os demais Direitos, em clara discrepância com o uso lingüístico inglês. Tal como freqüentemente se compreende, também neste caso, é uma distinção que possibilita que se deixe na indeterminação aquilo que se distingue. A Constituição não é senão este texto e nenhum outro. É de se acrescentar ainda que a ocasião da revolução política conduz à pretensão de se limitar juridicamente as possibilidades de ação de qualquer órgão do Estado, ou seja, à ruptura da onipotência do próprio Parlamento. O que, por sua vez, produz efeitos posteriores e contrirnge a que se conclua que a Constituição deva ser supraordenada em relação a todos os demais Direitos. Essa idéia só parece haver surgido após a Declaração da Independência de 1776. Portanto, ela deve ser compreendida como uma inovação de origem política no interior do próprio Sistema do Direito: no passado, havia, é certo, a idéia de leis particularmente importantes e fundamentais, mas não a idéia de que houvesse uma lei que servisse de medida da conformidade ou não-conformidade ao Direito de todas as outras leis e atos jurídicos. Essa posição particular, no entanto, encontra a sua expressão no fato de que a Constituição, por sua vez, relaciona-se com os demais direitos e contém uma regra de colisão para a hipótese de uma contradição entre ela e os demais Direitos. A Constituição atribui a si própria a primazia e rompe com a regra segundo a qual* lex posterior derogat legi priori. *Essa estrutura "autológica, "que se autoinclui no próprio âmbito de regulamentação, evidencia como a Constituição encontra-se destinada a se tornar Direito velho*[38].

Todo o Direito é posto, agora, em uma situação de problematicidade, de contingência, pois, mesmo o legislador sendo capaz de criá-lo, isso não quer dizer que ele possa ser lícito. A Constituição passa a ser o vetor de ordenação do código direito/não-direito e, com isso, atua para a fundação da validade do Direito. É então que o Direito, como sistema auto-referencial, adquire as características dadas pela Teoria dos Sistemas: *Todos os sistemas auto-referenciais são caracterizados* ***por uma circularidade fundamental e pela impossibilidade de se reintroduzir operativamente a unidade do sistema em seu interior****. A cada tentativa de se descrevê-lo, a circularidade fundamental surge como uma tautologia e, negativamente, como paradoxo. Quem distingue sistema e ambiente – da perspectiva do sistema ou do ambiente – deve antes de tudo completar tal distinção e utilizá-la operativamente e, então, não pode mais recomparecer na distinção como quem distingue a distinção. Eles atuam a um só tempo como Ulisses e como a invisível Atena. Em ambos os lados da distinção, as condições reais para se poder diferenciar (no âmbito de nosso tema: a factualidade da comunicação social) não são reproduzíveis. A impossibilidade lógica de se fazer ressurgir novamente de alguma parte, não importa se do sistema ou do ambiente, a unidade do sistema, revela a inadequação de todas as autodescrições. Se, como o resultado de uma longa evolução sócio-cultural, o Direito se diferencia na forma de um sistema auto-referencial fechado, e se isso pode ser adequadamente descrito tanto do ponto de vista interno quando do externo, tornar-se-á agora necessário que se faça as contas com ambos os problemas anteriormente citados, ou seja, com a tautologia e o paradoxo*[39]. (Grifo nosso)

O Direito pode produzir seu próprio elemento de distinção dos demais sistemas por meio da orientação de seu código binário específico: direito/não-direito. Assim, o recurso à positivação permite ao Direito sua unidade e sua autofundação.

Com efeito, positividade não significa senão que o Direito só possa ser criado pelo próprio Direito, e não ab extra*, pela natureza ou pela vontade política. Em outras palavras, o termo "positividade" não faz mais do que expressar em uma linguagem datada a autodeterminação operativa do Direito e não, como se afirma*

Todo o Direito é posto, agora, em uma situação de problematicidade, de contingência, pois, mesmo o legislador sendo capaz de criá-lo, isso não quer dizer que ele possa ser lícito. A Constituição passa a ser o vetor de ordenação do código direito/não-direito e, com isso, atua para a fundação da validade do Direito.

freqüentemente, a fundação da validade do Direito através de um ato de arbítrio político. Dito de outro modo, se se objetiva conhecer o Direito vigente, é o Direito, e não a Política, que é de se observar [40].

Desse modo, a Constituição permite o fechamento do Sistema do Direito mediante o seu reingresso no sistema.

Em outros termos, a Constituição deve deslocar aqueles sustentáculos externos que haviam sido postulados pelo jusnaturalismo. Ela substitui quer o Direito natural, em sua versão cosmológica mais tradicional, quer o Direito racional, com o seu concentrado de teoria transcendental que se auto-refere a uma razão que julga a si própria. No lugar dessa última, subentra um texto parcialmente autológico. Isto é, a Constituição fecha o sistema jurídico ao disciplinálo como um âmbito no qual ela, por sua vez, reaparece [41].

Já com relação ao Sistema da Política, a necessidade de uma Constituição é justificada à luz do problema da soberania, caracterizada como a unidade do sistema a partir de um problema de decisão, ou seja, quais decisões podem ser vinculantes e quais não. Conforme Luhmann, *no Sistema Político,* mutatis mutandis*, são reconhecíveis os problemas de autoreferenciabilidade que também irritam o Sistema Jurídico. Na fórmula da soberania se expressa uma tautologia: eu decido como decido. Se se acrescenta uma negação, emerge um paradoxo: eu decido sem vínculos com efeitos vinculantes para todos, inclusive também para mim mesmo, a partir do momento em que faço parte do sistema: eu me vinculo e me desvinculo. Além do mais, é evidente que esse "privilégio" só pode ser praticado em um lugar, ou seja, apenas em operações específicas. O sistema soberano requer o soberano – ainda que esse seja o "povo". No sistema, o decidir soberanamente é não apenas respeitado e dotado de poder de ação, mas também observado. Sob esse aspecto, a soberania define não mais o direito a um arbítrio incondicionado (o que no plano empírico seria dificilmente imaginável), mas apenas um indirizzo, uma diretriz, daí a regra: observa o observador que exerce a soberania no sistema* [42].

É justamente mediante o acoplamento estrutural entre o Sistema do Direito e o Sistema da Política que se pode encontrar uma estabilidade de ambos os sistemas.

A partir do momento em 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 heteroreferenciabilidade 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 dúplice codificação jurídica de todas as decisões políticas é condicionada pela nítida diferenciação dos sistemas [43].

Tomando por base toda a discussão até aqui desenvolvida, Araújo Pinto[44] ressalta a importância do controle da constitucionalidade – característico das constituições modernas, ao lado da supremacia da própria Constituição – como mecanismo de manutenção desse acoplamento estrutural e conseqüente fator de diferenciação entre o Sistema do Direito e o Sistema da Política.

No tópico seguinte será examinado o papel que a Teoria dos Sistemas coloca para os tribunais, principalmente para os Tribunais Constitucionais já que, como lembra Juliana Neuenschwander Magalhães[45], são eles os responsáveis pela distribuição dos códigos direito/não-direito, tomando, para tanto, a validade do Direito estabelecida, principalmente, pela Constituição.

3.2 MAS, ENTÃO, O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL GUARDA O QUÊ?

Após a descrição de como a Teoria dos Sistemas compreende a Constituição, torna-se mais simples perceber o papel que os Tribunais Constitucionais deverão assumir. Já de início, salta aos olhos que sua visão em nada se compara com as concepções clássicas, quer como a entende a Teoria Positivista do Direito, a exemplo da versão normativista de Hans Kelsen[46], na qual a Constituição era posta no ápice do escalão do Direito positivo, quer como a posição defendida por Carl Schmitt (1996), no sentido de decisão política fundamental de um povo.

Como Luhmann irá criticar, a concepção kelseniana de Constituição ainda carece de apoio em uma fundamentação última, que somente encontra respaldo mediante a pressuposição de uma norma fundamental hipotética[47].

A validade da Constituição não pode e não deve mais ser fundada ab extra*. Também a validade hipotética de uma norma fundamental (Kelsen), modelada por analogia com os procedimentos da ciência, tampouco satisfaz. Na melhor das hipóteses, é uma construção supérflua. Podemos agora compreender como toda reproposição do problema da origem ou do fundamento de validade, da* arché *ou do* principium*, tinha pouco sentido. O abandono desse enfoque, de fato, não significa a abertura para a arbitrariedade ou, como se costuma temer na Alemanha, o retorno dos nacionais-socialistas. Abre-se, ao contrário, a possibilidade de se analisar mais de perto quais requisitos um texto parcialmente autológico deve cumprir em um sistema auto-referencial operativamente fechado* [48].

Essa criação – sem dúvida engenhosa – é, porém, inútil aos olhos da Teoria dos Sistemas, já que ignora por completo a dimensão semântica que a Constituição adquire para o Sistema da Política.

De igual modo, uma teoria como a schmittiana, que acaba por diluir o Sistema do Direito no Sistema da Política por meio da compreensão de Constituição como decisão política fundamental[49], também mostra-se ineficiente.

Mas, fato curioso, foi principalmente o debate entre ambos que propiciou a afirmação histórica do Judiciário como o "guardião" da Constituição, para usar a expressão que ficou consagrada[50].

Schmitt, de um lado, defendia que tal papel somente poderia ser desempenhado pelo Monarca ou pelo Presidente do Reich, no caso alemão. Isso porque, em sua teoria, somente o Chefe do Executivo poderia ocupar uma posição neutra, mediadora e reguladora dentro do Estado, uma vez que era o escolhido de uma nação – como lembra Chantal Mouffe[51], compreendida como uma unidade homogênea – que, em uma única voz, aclama o Presidente que irá representá-la[52]. Destarte, o ponto inicial do pensamento de Schmitt estava na questão da decisão[53] do Estado. Ele rejeita a limitação imposta à decisão judicial, pois afirma, contrariamente a

Kelsen, que *normas não caem do céu*, por isso não podem ser baseadas em um Direito natural, racional ou mesmo em normas hipotéticas, mas são, sim, fruto da vontade do soberano, o Estado. Como lembra Arruda, *o Estado não é somente aquele que tem o monopólio do poder, mas também que detém o monopólio das decisões morais* [54].

A Constituição, por sua vez, não foge à mesma regra. Como lembra Vanessa Oliveira Batista[55], o próprio conceito de Constituição, para Schmitt, já deriva da idéia de decisão, pois é nada mais que documento produto de decisão conjunta de um povo sobre sua existência política. Portanto, o Estado não tem uma Constituição, mas, sim, deve-se dizer que ele é a própria Constituição, ou seja, é a unidade e a ordem[56]. Desta forma, o Estado schmittiano segue de perto as concepções da Igreja Católica, principalmente no tocante à questão da representação[57].

Por sua vez, Kelsen é enfático em afirmar que um Tribunal Constitucional é plenamente o mais indicado a assumir o papel de guardião. Assim, nega que tal papel possa ser desempenhado pelo Judiciário como um todo, como acontece no modelo norte-americano[58], devendo ter tal função um órgão que centralizaria toda a controvérsia constitucional.

A vantagem dessa solução – dirá Kelsen – *consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões deferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição* [59].

Devido a tal posição, concebe-se que o procedimento de julgamento seria, então, tido como **objetivo**, ou seja, independente do pedido da parte requerente – que, no caso kelseniano, limitar-se-ia à pessoa do promotor geral. Mas tal afirmação, em si mesma, não acrescenta novidades ao pensamento de Kelsen, já que o magistrado sempre tem um espaço de discricionariedade, no qual poderá aplicar o Direito utilizando-se, para tanto, de uma moldura das interpretações possíveis, ou, segundo a edição francesa da "Teoria Pura do Direito", ele ainda poderia valer-se de interpretações que não estivessem dentro de tal moldura interpretativa[60]. Como lembra Cattoni de Oliveira[61], tal posicionamento acaba por colocar em "pane" a própria teoria, abrindo margem para um decisionismo jurídico, que subverte a distinção, até então estabelecida, entre **ser** e **dever-ser**.

Do ponto de vista da Teoria dos Sistemas, esta poderia ler o posicionamento kelseniano como **autorização** para a corrupção do código do Direito por outros códigos, como o código da Política, por exemplo. Dessa forma, indaga-se: como poderia o Tribunal Constitucional ser o "guardião" de uma Constituição, em Kelsen, se nem ao menos devesse submeter-se a suas normas[62]? Ingeborg Maus[63] irá denunciar que o reconhecimento, por parte do Tribunal Constitucional, de uma competência ampla acaba por permitir que seus membros passem a analisar, inclusive, o "Direito *supra* positivo", possibilitando, assim, o controle da própria Constituição e, dessa forma, determinar a fixação da interpretação "devida". Com isso, o Judiciário subverte a ótica da separação dos Poderes, invadindo a competência típica do Legislativo[64].

E mais, passa a ser o Tribunal Constitucional o elemento produtor do código jurídico, desestabilizando o acoplamento estrutural que antes havia entre Direito e Política. Vê-se, então, a total impossibilidade de sustentar essa tese à luz de uma teoria luhmanniana – que, além de tudo, atribui à Constituição significado diverso dos atribuídos pelas teorias correntes, como visto.

É, necessário, portanto, compreender a distinção entre legislação e jurisdição a partir da Teoria dos Sistemas.

Con ayuda de la relación asimétrica entre legislación y jurisprudencia y con la ayuda de medios conceptuales derivados (por ejemplo la doctrina de las fuentes del Derecho), se intenta evitar la circularidad que resultaría de admitir que el tribunal "crea" el mismo Derecho que "aplica". (...) *El círculo no tendría lugar si los tribunales en el momento en que no dieran con el Derecho, en lugar de decidir se contentaran con aseverar que no está claro* ("non liquen"). *Esto, sin embargo, no se permite desde el punto de vista del Derecho. El hecho de que el sistema internamente se vea en la necesidad de decidir no es más que la consecuencia que corresponde al desacoplamiento del sistema con respecto a toda participación directa del entorno (clausura operativa del sistema). El estado del sistema no es un resultado del estado del mundo. La distinción sistema/entorno se experimenta en el sistema como un problema abierto y, al final de una larga experiencia con esta clausura y después del desarrollo de ordenamientos jurídicos que hacen esto posible, el sistema mismo se coacciona a decidir* [65].

Contudo, uma dúvida ainda permanece: O Tribunal Constitucional guarda o quê? Dito de outro modo: Sobre o que decidem esses Tribunais, já que a decisão é um comportamento de qualquer sujeito cognoscente?

La decisión tiene siempre que ver con una alternativa: uno o más senderos elegibles – los que, a su vez,

(...) decisões sobre Constituição ganham relevo para o Sistema do Direito, pois têm duas importantes conseqüências: uma é reafirmar que a Constituição traz em si uma garantia procedimental[71] sobre o modo como se deverão estruturar as decisões, sem, contudo, afirmar quem ela irá favorecer, o autor ou o réu. Isso é representado, por exemplo, pelos princípios do acesso ao Judiciário e pela exigência de imparcialidade das decisões, bem assim pela noção do devido processo legal.

contienen situaciones, acontecimientos y también subsecuentes decisiones que resultan de esa primera decisión. Por consiguiente las decisiones subsecuentes no se podrían realizar sin una primera. Estas decisiones subsiguientes son previsibles dentro de márgenes muy restringidos, y si se trata de una pluralidad de decisiones son, en definitiva, imprevisibles. Sin embargo, la decisión misma no es un componente de la alternativa: no es uno de los senderos. Por eso hay que suponer que la decisión es el tercio excluso de la alternativa de a alternativa. Es la diferencia que constituye la alternativa, o, con más precisión: es la unidad de esta diferencia [66].

Dessa forma, a Teoria dos Sistemas nos remete a um **paradoxo**. Este somente pode ganhar contornos cognoscíveis a partir de um ponto cego, que atua como elemento que rompe com essa assimetria, que será a **dimensão temporal** apresentada pelo Direito. *Como esto* [a dimensão temporal do Direito] *es posible, entonces se puede utilizar el presente como momento de la decisión: solidificar lo ya-no-cambiable (con relación al pasado) y lo todavía-cambiante (con relación al futuro) para introducir en el mundo (que es simultáneo) la forma de una alternativa. (...) Con este comportamiento selectivo se puede construir una alternativa que, por su parte, permite aprehender la situación como situación de decisión. Una decisión de lleva a cabo tan sólo si se temporaliza de esa manera. Por lo demás queda al libre albedrío experimentar el presente del mundo tal como se muestra* [67].

Assim, a decisão passa a operar, no presente, dentro de sua própria construção, não estando presa ao passado, mas lançando pretensões de determinar o futuro, considerando, para tanto, as conseqüências advindas dessas decisões. Tal colocação acaba por nos conduzir *à questão de sabermos se os efeitos do Direito podem ser considerados como critérios para a determinação do próprio Direito: em outras palavras, se o Direito pode ser orientado por suas conseqüências* [68]. É por isso que *todo sistema de função necessita de um nível decisório dotado de uma elevada capacidade de agregação, que possa ser referência para um grande número de decisões, não obstante os detalhes de cada caso. Em se tratando do Sistema do Direito, esse nível mais abstrato vai ser constituído, em parte, pela dogmática jurídica (através de seus conceitos e de suas teorias) e, em parte, no interior da casuística relativa aos princípios derivados da jurisprudência dos tribunais superiores* [69].

Mas os tribunais somente podem decidir com base no código jurídico – direito/não-direito –, abandonando qualquer enfoque moralista, político ou utilitarista, isto é, com vistas ao benefício econômico da sociedade[70].

É por isso que decisões sobre Constituição ganham relevo para o Sistema do Direito, pois têm duas importantes conseqüências: uma é reafirmar que a Constituição traz em si uma garantia procedimental[71] sobre o modo como se deverão estruturar as decisões, sem, contudo, afirmar quem ela irá favorecer, o autor ou o réu. Isso é representado, por exemplo, pelos princípios do acesso ao Judiciário e pela exigência de imparcialidade das decisões, bem assim pela noção do devido processo legal.

Outra conseqüência é que as decisões, por serem frutos das próprias questões e controvérsias dirimidas pelos Tribunais, transformam-se em referência para a interpretação do próprio código em decisões subseqüentes, permitindo, de tal sorte, certa margem de previsibilidade, que contribui para a redução da complexidade do sistema e reafirma a função do Direito como elemento estabilizador de expectativa de comportamento.

Isso explica por que o Judiciário ocupa o centro do Sistema do Direito, como afirma Luhmann[72], e permite que se vislumbre que o Tribunal Constitucional, em todo caso, apresenta-se como o núcleo desse sistema. Seu papel, portanto, não é de proteção da Constituição, mas o de fornecimento de decisões a partir do código direito/não-direito, as quais, além de interpretarem o próprio código, fornecem referenciais para as decisões posteriores e atuam como instância primária da diferenciação do Direito e do seu ambiente.

REFERÊNCIAS

1 LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002. (Colección Teoría Social).

2 De acordo com Chauí, *A modernidade, nascida com a Ilustração, teria privilegiado o universal e a racionalidade; teria sido positivista e tecnocêntrica, acreditando no processo linear da civilização, na continuidade temporal da história, em verdades absolutas, no planejamento racional e duradouro da ordem social e política; e teria apostado na padronização dos conhecimentos e da produção econômica como sinais de universalidade*. (CHAUÍ, Marilena. Público, privado, despotismo. In: NOVAES, Adalto (Org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p.346).

3 Idem, p. 350.

4 Eram chamados de bárbaros por não falarem a língua grega, o que os fazia ser vistos como aqueles que falavam *bar-bar,* isto que balbuciavam, como explica MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Evolução e semântica dos direitos humanos*. Tese de doutorado apresentada à Università degli Studi di Lecce, Facoltà di Giurisprudenza. Lecci, 2004.

5 Na visão de Bauman, *os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividade humana, de outro*. (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 12).

6 ÁLVAREZ, Emilio Geraldo Arringa. La Teoría de Niklas Luhmann. In: *Convergência,* México, n. 32. maio-ago.2003. p. 277-312. Em sentido coincidente posiciona-se RODRIGUEZ, Dario. Invitación a la Sociologia de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, *op. cit*., p. 28-29.

7 O Pensamento de Luhmann foi inicialmente influenciado pela Teoria Estruturalista-Funcional de Tacott Parsons, de quem foi aluno no início da década de 60. *Os seus seminários eram seguidos com enorme interesse por estudantes de todo o mundo, e Luhmann não fugiu à regra. Aí nasceu uma afinidade intelectual que podemos hoje considerar a mais consistente do seu pensamento. Se quisermos arriscar uma caracterização geral da proposta de Luhmann, podemos considerá-la na direta continuidade da Sociologia estrutural e funcional de Parsons; isto significa que ele toma essa proposta como ponto de partida, e apenas isso, para desenvolver um modelo intelectual próprio que, em múltiplos aspectos, se afasta da referência original.* (ESTEVES, João Pissara. Nicklas Luhmann – uma apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *A Improbabilidade de comunicação*. Lisboa: Veja, 1993. p.1). Outra menção obrigatória é aos trabalhos dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, que revolucionaram as Ciências Biológicas com sua teoria autopoiética. Por meio de pesquisas neurofísicas, perceberam que um sistema vivo é dotado de um circuito interno que permite uma interação fechada de seus elementos constituintes, possibilitando sua auto-organização e a autoprodução dos elementos que constituem o mesmo sistema. Com isso, *o sistema interage com seu ambiente, mantendo um processo de acoplamento, através de uma espécie de decodificação das irritações causadas pelo ambiente, efetuadas mediante a utilização de suas próprias interações internas, circularmente organizadas em resposta ao*

ruído externo (order from noise) *e operacionalmente fechado*. (CARVALHO, Délton Winter. *O Direito como um a sistema social autopoiético:* auto-referência, circularidade e paradoxos da teoria e prática do Direito. Disponível em: <http://www.ihj.org.br/artigos/professores/delton.pdf. Acesso em: 20 de jul. de 2004. p.4).

8 Como destaca o próprio Luhmann, *apud* ÁLVAREZ, *op. cit*., p. 289, *Las investigaciones (de Luhmann) buscan dar paso a un concepto de sociedad radicalmente antihumanístico y radicalmente antiregionalístico. Naturalmente que no se niega que haya hombres y no se ignoran tampoco las grandes diferencias que marcan las condiciones de vida de cada región del globo terrestre. Son investigaciones que renuncian a deducir de estos hechos un criterio para la definición del concepto sociedad y para la determinación de los límites del objeto que corresponde a tal objeto*. (…) *A los modelos de normas y a los valores que se encuentran en las relaciones entre los individuos se les considera como ideas reguladoras o como componentes del concepto de comunicación*.

9 ÁLVAREZ, *op. cit*., p. 281.

10 Idem.

11 CHAI, Cássius Guimarães. *Descumprimento de preceito fundamental*: identidade constitucional e vetos à democracia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

12 ÁLVARES, *op. cit*., p. 281.

13 Conforme o próprio Luhmann, *el concepto de autoreferencia designa la unidad constitutiva del sistema consigo mismo: unidad de elementos, de procesos, de sistema. 'Consigo mismo' quiere decir independiente del ángulo de observación de otros. El concepto no sólo define, sino que también incluye la afirmación de un estado de cosas, ya que sostiene que la unidad sólo pueda llevar a cabo mediante una operación relacionante. En consecuencia, la unidad tiene que efectuarse, y no está dada de antemano como individuo, como sustancia o como idea de la propia operación*. (LUHMANN, Niklas *apud* ÁLVAREZ, *op. cit*., p. 303).

14 CHAI, *op. cit*., p.50.

15 LUHMANN, *El Derecho*..., *op. cit*., p. 99-100.

16 Segundo Giancarlo Corsi, *o termo "irritação" é entendido aqui como capacidade de reação a situações ou eventos gerados por fatores externos; no nosso caso, basta pensar na legislação como constante fator de irritação do Direito por parte da Política*. (CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Trad. de Juliana Neuenschwander Magalhães. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 35., p. 173, jan.-jun.2001).

17 No caso específico do Direito, como mais adiante será mostrado, o código opera por meio da distinção entre **direito** e **não-direito**. Alguns autores chegam a firmar que o código jurídico também pode ser identificado como sendo dividido entre **lícito** e **ilícito**, como o caso de Lúcio Chamon Jr. CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação e risco no direito penal*: lineamentos de uma dogmática em termos de teoria do discurso. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2003.

18 ESTEVES, *op. cit*.

19 ÁLVAREZ, *op. cit*., p. 304.

20 Idem, p. 293.

21 LUHMANN, Niklas apud ÁLVAREZ, *op. cit*., p. 293.

22 ÁLVAREZ, *op. cit*., p. 294.

23 Idem.

24 LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.) *et al. Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. Contudo, o presente trabalho fará uso da tradução não-oficial produzida pelo Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto para fins didático-pedagógicos, em suas aulas de *Tópicos em Teoria da Constituição*, estando o material disponível aos alunos de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

25 LUHMANN, *El Derecho*..., *op. cit*.

26 Idem, p. 182.

27 Idem, p. 187.

28 Idem.

29 Idem, p. 207.

30 Idem, p. 208.

31 Idem.

32 LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto. (La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.). *et al. Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.) p. 1.

33 CORSI, *op. cit*., p. 169.

34 Idem, p. 171,

35 Como esclarece Corsi (*op. cit*., p. 173), para *a Constituição, não é colocada a questão do vinculo último ou do fundamento dos ordenamentos jurídicos. Pelo contrário: aqui o Direito é entendido como um sistema social que se vincula e se funda, por si mesmo, de modo contingente (isto é, sem a necessidade de normas externas ou moralmente superiores)*.

36 LUHMANN, *A Constituição como aquisição*..., *op. cit*., p. 2.

37 CORSI, *op. cit*., p. 172-173.

38 LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição*..., *op. cit*., p. 3.

39 Idem, p. 4.

40 Idem.

41 Idem, p. 5.

42 Idem, p. 8.

43 Idem p.10.

44 PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo:* um estudo a partir da teoria da diferenciação do Direito. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerias. Belo Horizonte, 2004.

45 MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Sobre a Interpretação Jurídica. *Revista de Direito Comparado,* Belo Horizonte, v. 3., p. 429-450, maio 1999.

46 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

47 Idem, p. 9.

48 LUHMANN, A *Constituição como aquisição*..., *op. cit*., p. 5.

49 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad, 1996.

50 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003; SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Trad. de Manuel Sanchez Sarto. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

51 MOUFFE, Chantal. Pensando a Democracia Moderna com e contra Carl Schmitt. *Caderno da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, p. 90, jul.-dez. 1994.

52 *Do ponto de vista político, a homogeneidade não pode conviver com os sistemas eleitorais liberais, pois, ainda que as opiniões sejam acordes, a opinião de centenas de milhares de* ***particulares*** *não é a vontade do povo e nem ao menos a opinião pública. A* ***verdadeira democracia****, para Schmitt, é mais que cálculos aritméticos e registro de votos secretos. O conceito de povo vem do Direito Público e, portanto, o voto melhor exprimiria sua vontade se fosse expresso por aclamação, não de modo secreto. Destarte, o povo aclama um* ***Führer****, um exército, o imperador. A democracia direta se funda sobre a* ***aclamação*** *e se contrapõe aos procedimentos da democracia liberal, tais como o voto secreto e a representação parlamentar*" (BATISTA, Vanessa Oliveira. Elementos de Teoria da Constituição: de Carl Schmitt aos dias de hoje. In: *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte. Curso de Pós-Graduação em Direito da UFMG e Mandamentos. v. 3. mai./1999. p. 178-179). (Grifos no original)

53 Segundo Arruda (ARRUDA, José Maria; SCHMITT, Carl. Política, Estado e Direito. In: OLIVEIRA, Manfredo *et. al*. (Orgs). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 60), Schmitt é famoso por sua posição decisionista, que pode se subdividir em três formas básicas: a política, como negação da Idea de que a Política seja uma discussão racional dos indivíduos, para afirmar o conceito de soberania como fundamental; a jurídica, como crítica ao legalismo e ao normativismo, para ter compreender que o Direito é válido porque sancionado pelo Soberano, não pelo seu conteúdo racional; e a moral e teológica, que considera as decisões como fontes de fundamentação de normas e valores morais.

54 ARRUDA, *op. cit*., p. 78.

55 BATISTA, *op. cit*., p. 173-174.

56 Idem, p. 180.

57 Para maior aprofundamento da questão, recomenda-se a leitura de SCHMITT, *Catolicismo romano e forma política*. Lisboa: Hugin, 1998.

58 Assim, consagrou-se nos Estados Unidos um modelo difuso de controle da constitucionalidade, no qual as decisões passam por períodos de debates junto aos Tribunais inferiores, sejam eles estaduais ou federais, antes de o caso chegar à Suprema Corte.

59 KELSEN, *Jurisdição*..., *op. cit*., p. 303

60 KELSEN, *Teoria pura*..., *op. cit*., p. 393.

61 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

62 Como bem alerta Maus (MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na

sociedade órfã. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, nov.2000.), a afirmação de superioridade intelectual dos magistrados permitiu, no momento de enfraquecimento dos demais Poderes, que eles assumissem, por transferência, o papel do superego de um macro sujeito social. Assim, mais que **guardiões** da Constituição, os membros do Tribunal Constitucional se tornaram **guardiões** de tudo o que fosse anterior a ela, o que inclui compreensões meramente axiológicas. Tal retorno aos valores da nação alemã acaba funcionando como mecanismo de integração da sociedade, que até antes era ocupado pelo Monarca, e que perde sua força com o fortalecimento do Parlamento.

63 MAUS, *op. cit.*, p. 191.

64 Todas essas críticas podem hoje ser aplicadas ao pensamento de Robert Alexy, que é tributário da postura adotada pela Corte alemã (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993), bem como as críticas apresentadas em HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. Trad. de George Speiber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

65 LUHMANN, *El Derecho*..., *op. cit.*, p. 368-369.

66 Idem, p. 369-370.

67 Idem, p. 368-369.

68 MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 444.

69 Idem, p. 445.

70 LUHMANN, *El Derecho*..., *op. cit.*, p. 380.

71 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 130.

72 LUHMANN, *El Derecho*..., *op. cit.*, p. 383.

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado,* Belo Horizonte, v. 3., p. 473-486, mai.1999.

GARCÍA, Jesús Ignácio Martinez. Para ler a Luhmann: aviso para juristas. In: LUHMANN, *El Derecho*..., *op. cit.*, p. 13-22.

Artigo recebido em 16/1/2005.

ABSTRACT

The author examines the role performed by the so-called "constitutional courts" within the Law system, making use of Niklas Luhmann's Systems Theory, which he considers an essential instrument to self-comprehension of Law and a suitable response to current society's challenges.

He outlines the main concepts of the Theory and describes the features of Law and Policy systems, which have their principle of functional differentiation set forth in the Brazilian Constitution. Moreover, he states that the courts in charge of controlling the constitutionality of laws, unlike the conception of classical theories, such as Kelsen's and Schmidt's, do not follow the Constitution; their role is to base their rulings on the law/no law code. These rulings, besides interpreting the code itself, provide references to the succeeding decisions and act as a primary jurisdiction of differentiation between Law and its environment.

KEYWORDS – Systems Theory; Law; Policy; Constitution; Constitutionality control; constitutional court.

Flávio Quinaud Pedron é mestrando em Direito Constitucional na UFMG.