

SOBRE A MIGRAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA JURÍDICO PARA O SISTEMA POLÍTICO

Willis Santiago Guerra Filho (willisguerra@hotmail.com)

UNIRIO / PUC-SP

RESUMO: As Cortes Constitucionais estão na fronteira do sistema jurídico, saíram de seu centro e migraram para lá, não sendo mais, propriamente, parte integrante do judiciário em um sistema jurídico autopoietico. Elas passam a integrar o sistema político, devendo se submeter aos mesmos critérios de legitimação, tal como as demais unidades desse sistema, passando a dispor do mesmo código e da mesma fórmula de contingência, que, apesar de vazia, ou justamente por isso mesmo, mostra-se capaz de conferir significação imediata e sentido último em casos de maiores dúvidas. Daí que entendemos ser a proporcionalidade, o princípio constitucional da proporcionalidade, que se apresenta como melhor candidata a fórmula de contingência do sistema direito empregada no exercício da jurisdição constitucional já como integrante do sistema da política.

Palavras-chave: teoria dos sistemas; cortes constitucionais; princípio da proporcionalidade.

A teoria social sistêmica elaborada por Niklas Luhmann, com a publicação dos dois volumes de *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, atingiu seu ponto culminante. Trata-se de uma teoria holística, de aplicação generalizada no âmbito de ciências formais e empíricas, tanto naturais como sociais, e que toma como distinção fundamental, justamente, aquela entre “sistema” e seu “meio-ambiente”, para explicar tudo a partir dessa distinção, entre o que pertence a determinado sistema e o que está fora, no ambiente circundante, como elemento de outros sistemas – ou não.

A teoria em apreço pretende se desenvolver a partir de um conceito de sociedade que não é nem “humanista” nem “regionalista”. Isso significa que para ela a sociedade não é formada pelo conjunto de seus integrantes, os seres humanos, assim como não há para ela uma sociedade delimitada por critérios geopolíticos – a “sociedade brasileira”, “latino-americana”, “europeia” etc. Sociedade para a teoria de sistemas luhmanniana é a “sociedade mundial” (*Weltgesellschaft*), que se forma modernamente. O que a compõe não são os seres humanos que a ela pertencem, mas sim a comunicação entre eles, que nela circula de várias formas, nos diversos subsistemas funcionais (direito, economia, política, ética, mídia, religião, arte, ciência, educação etc.).

A teoria social sistêmica, tal como desenvolvida, principalmente, por Luhmann, assume, portanto, os seguintes pressupostos: (1^o) substitui a contraposição entre sujeito e

objeto, enquanto princípio heurístico fundamental, pela “diferenciação sistêmica”, no mundo (*Welt*), entre o que é “sistema” e seu meio ambiente (*Umwelt*). Com isso, não apenas oferece uma abordagem “desubstancializada”, pois o sistema não é um *hypoukeimenon*, como foram as coisas (*rei*) na Antiguidade e o sujeito na modernidade, mas também (2ª) “desumanizada”, não-antropocêntrica, já que os seres humanos, enquanto sistemas biológicos, dotados de uma consciência, não fazem parte dos sistemas sociais integrantes do sistema global que é a sociedade, e sim do seu meio ambiente – e o “antropocentrismo”, a visão que fundamenta um apartamento dos seres humanos de seu ambiente natural, justificando a oposição a ele, conhecendo-o para nele intervir e a ele se impor, pode ser considerado um dos motivos centrais de uma crise que é “epistemo-ecológica”, a qual tanto e cada vez mais nos ameaça, como sabe qualquer um minimamente informado, hoje em dia.

A diferenciação sistêmica entre "sistema" e "meio ambiente", então, é o artifício básico empregado pela teoria para se desenvolver em simetria com aquilo que estuda, como seu “equivalente funcional”. Essa diferenciação é dita sistêmica por ser trazida "para dentro" do próprio sistema, de modo que o sistema total, a sociedade, aparece como meio ambiente dos próprios sistemas parciais, que dele (e entre si) se diferenciam por reunirem certos elementos, ligados por relações, nas operações do sistema, formando uma unidade.

Uma "unidade", além de diferenciada no sistema do meio ambiente, também pode aparecer como meio ambiente para outras unidades, permitindo, assim, que por ela se aplique, recorrentemente, um número mais ou menos grande de vezes, a diferença sistema/meio ambiente, sem com isso perder sua organização. A "organização" é o que qualifica um sistema como complexo ou como uma simples unidade, com características próprias, decorrentes das relações entre seus elementos, mas que não são características desses elementos. A unidade de elementos de um sistema é mantida enquanto se mantém sua organização, o que não significa que não variem os elementos componentes do sistema e as relações entre eles. Essas mudanças, porém, se dão na estrutura do sistema, que é formada por elementos componentes do sistema relacionados entre si. Os elementos da estrutura podem sempre ser outros; o sistema se mantém enquanto permanecer invariante a sua organização, com uma complexidade compatível com aquela do meio circundante e demais sistemas ali existentes. Note-se que para a organização o que importa é o tipo peculiar de relação, circular e recorrente, entre os elementos, enquanto para a estrutura o que conta é que há elementos em interação, ação e reação mútua, elementos esses que podem ser

fornecidos pelo meio ambiente ao sistema, sem que por isso a ele não se possa atribuir o atendimento de duas condições gerais, para que se tenha "sistemas autopoieticos", como Luhmann propõe que se considere os sistemas sociais: a autonomia e a clausura do sistema.

Sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, onde há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização, pela relação reiterativa, circular ("recursiva") entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas sim por sua própria organização, formada por seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser "fechado", do ponto de vista de sua organização, não havendo "entradas" (*inputs*) e "saídas" (*outputs*) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele – não se trata, portanto, de uma "autarquia" do sistema, pois ele depende dos elementos fornecidos pelo ambiente (cf. GUERRA FILHO, 1997, p. 69 e seg., p. 82 e seg.; 2018, p. 47 ss., p. 53 ss.).

Só a comunicação autoproduz-se, donde se qualificarem como autopoieticos os sistemas de comunicação da sociedade. O sentido da comunicação varia de acordo com o sistema no qual ela está sendo veiculada e as pessoas são meios (*media*) dessas comunicações, assim como computadores, *faxes*, telefones, etc. Esses componentes, contudo, não pertencem aos sistemas sociais, e sim ao seu meio ambiente. Os seres humanos, enquanto seres biológicos, são sistemas biológicos autopoieticos e, enquanto seres pensantes, são também sistemas psíquicos autopoieticos. Sem a consciência decorrente do aparato psíquico, é claro, não haveria comunicação e logo também não haveria sistemas sociais. Sem a rede neuronal não haveria pensamentos. O que não há é uma relação causal entre imagens e pensamentos como os que temos, enquanto seres humanos, como demonstra o fato de que os demais seres portadores de redes neuronais não dispõem de uma elaboração simbólica como nós. É a linguagem, então, a primeira condição para que se dê o acoplamento (estrutural) entre sistemas auto(conscientes) e sistemas sociais (autopoieticos) de comunicação (cf. LUHMANN, 1997, p. 101). Os sistemas sociais, como todo sistema, se mantêm sem dissipar-se no meio-ambiente em que existem enquanto se mantêm sua estrutura e enquanto for apto para diferenciar-se nesse meio ambiente, com o qual "faz fronteira". Sistemas psíquicos (biológicos) e sistemas de comunicação (sociais), por mais que estejam cognitivamente abertos para o meio ambiente, para dele se diferenciarem fecham-

se em um operar, o que significa reagir ao (e no) ambiente por autorreferência, sem contato direto com ele.

A estrutura dos sistemas sociais fica no seu centro, sendo nele onde se determina o tipo de comunicação produzida pelo sistema. Em volta do centro, protegendo-o, tem-se a chamada periferia do sistema, através do qual ela entra em contato com o meio ambiente e demais sistemas ali existentes. Desde as fronteiras de um dado sistema até o seu centro – em uma periferia, portanto – forma-se o que Münch (1992, p. 65) denominou “zona de interpenetração”, onde os sistemas, nos termos de Luhmann, “irritam-se” em decorrência de seu “acoplamento estrutural” com outros sistemas (cf. LUHMANN, 1987, p. 291 e seg.).

Esse acoplamento necessita ser viabilizado por certos meios (*media*). O meio principal de acoplamento entre o sistema do direito e o sistema da política, por exemplo, segundo Luhmann (1990a, p. 204 e segs.), são as constituições. Para entendermos isso, é necessário ter em mente que o judiciário é a organização que ocupa o centro do sistema jurídico, pois é quem determina em última instância o que é e o que não é direito. Da mesma forma os demais poderes do Estado, legislativo e executivo, ocupam o centro do sistema político, mas, assim como o judiciário, têm na constituição as pautas mais importantes de balizamento da ação de seus componentes.

Em sendo assim, onde se situam as Cortes Constitucionais, que pronunciam a última palavra sobre o que está escrito e prescrito nas constituições?

A doutrina reconhece que tais cortes exercem um poder de legislação negativa, e que podem apreciar o mérito de decisões administrativas, quando as mesmas apresentam defeitos do ponto de vista da manutenção da integridade dos princípios e direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, ao pronunciarem a última palavra sobre o que é e o que não é direito, situam-se no “centro do centro” do sistema jurídico. Este “centro do centro”, então, é onde se daria o acoplamento estrutural do sistema jurídico com outros, e não só com o sistema político. Também a educação, a ciência, a arte, a religião, a economia, a mídia e todos os demais sistemas sociais penetram no direito e são por ele penetrados (ou “irritados”), principalmente, por via de interpretações a partir do que se acha disposto na constituição, interpretações essas que são feitas por juristas, juízes e demais operadores jurídicos e, mesmo, por jornalista, padres, cientistas, enfim, todos os cidadãos, e essas interpretações todas influenciam (“irritam”) os membros das Cortes Constitucionais, mas a interpretação que prevalece, em um sistema jurídico autopoietico – e, logo, autônomo – é desses últimos.

Considerando as características da fronteira dos sistemas, referidas por M. Bunge (1990, p. 219), tem-se que: (1º) periférico em um sistema é o que ocorre em suas fronteiras; (2º) uma função específica das fronteiras dos sistemas é proceder trocas entre o sistema e o meio; (3º) na fronteira encontramos os elementos do sistema que estão diretamente acoplados com componentes do meio-ambiente. Isso nos leva a concluir, por exemplo, que uma Corte Constitucional situar-se-ia na fronteira entre os sistemas jurídicos e políticos, sendo um dos componentes mais importantes no acoplamento estrutural dos dois sistemas. Com isso, tem-se de admitir que as Cortes Constitucionais estão na fronteira do sistema jurídico, saíram de seu centro e migraram para lá, não sendo mais, propriamente, parte integrante do judiciário em um sistema jurídico autopoiético (cf. LUHMANN, 1990b; GUERRA FILHO, 1997, p. 75 e segs.). Elas passam a integrar o sistema político, devendo se submeter aos mesmos critérios de legitimação, tal como as demais unidades desse sistema, passando a dispor do mesmo código e da mesma fórmula de contingência, que, apesar de vazia, ou justamente por isso mesmo, mostra-se capaz de conferir significação imediata e sentido último em casos de maiores dúvidas. Como esclarece Marcelo Neves, a função da justiça, enquanto fórmula de contingência do sistema jurídico, é a de ali motivar a ação e a comunicação e isso sob duas perspectivas: uma autorreferencial, garantindo a tomada de decisões juridicamente consistentes, e outra heterorreferencial, de molde a que ela seja adequada à complexidade do ambiente social (NEVES, 2013, p. 223). Em obra publicada postumamente, Luhmann (2002, p. 123 e seg.) sustenta que o sistema jurídico, em face de seu "*hohen Rechssicherheitsinteressen*" (altos interesses na segurança jurídica), não pode descartar sua fórmula fundamental, de decidir casos iguais igualmente e desiguais desigualmente, passando a fundamentar decisões com referências a valores e ao bem comum, fórmula de contingência da política, a exigir a abertura democrática, mas os tribunais constitucionais derrapam (*gleitet*) continuamente, afastando-se da observância da diferença entre as duas fórmulas de contingência, e, logo, também entre os sistemas do direito e da política, para lançar mão da fórmula desta última para se legitimar, e isso procedimentalmente, a fim de se posicionarem em face de um futuro desconhecido, abrindo caminho por entre valores que se contrapõem. Daí que entendemos ser a proporcionalidade, o princípio constitucional da proporcionalidade, que se apresenta como melhor candidata a fórmula de contingência do sistema direito empregada no exercício da jurisdição constitucional já como integrante do sistema da política.

Conclui-se, então, que a fronteira do sistema jurídico e, por simetria, também dos demais sistemas sociais, não passa apenas por sua periferia, mas também por seu centro. É por isso que, com H. v. Foerster, podemos dizer, tal como H. Willke (1996, p. 65), que o Estado está em uma sociedade funcionalmente policêntrica, formada por subsistemas sociais diferenciados (interdependentes) que se estruturam não de forma hierárquica, mas sim “heterárquica”, pois nenhum subsistema goza, *a priori*, de primazia em relação aos demais – nem o subsistema de economia, como é ainda hoje bastante divulgado e como foi dito pelo próprio Luhmann, em uma versão mais antiga de sua teoria (LUHMANN, 1981, p. 149). Na última versão dessa teoria, não se fala mais em primazia da função de nenhum subsistema, a não ser em relação a si mesmo (LUHMANN, 1997, p. 747 e seg.), já que “cada sistema funcional só pode cumprir com a própria função” (LUHMANN, 1997, p. 762).

Postular que a sociedade contemporânea, organizada em escala mundial, “globalizada”, é o produto da diferenciação funcional de diversos (sub)sistemas, como os da economia, ética, direito, mídia, política, ciência, religião, arte, ensino etc. – sistemas autopoieticos, que operam com autonomia e fechados uns em relação aos outros, cada um com sua própria “lógica” –, postular isso não implica negar que haja influência (ou “perturbações”) desses sistemas uns nos outros. Entre eles dá-se o que a teoria de sistemas autopoieticos denomina “acoplamento estrutural” (cf. LUHMANN, 1997, p. 776 ss.). Assim, o sistema da política acopla-se estruturalmente ao do direito através das constituições dos Estados, enquanto o direito se acopla à economia através dos contratos e títulos de propriedade, e a economia, através do direito, com a política, por meio dos impostos e tributos, e todos esses com a ciência, através de publicações, diplomas e certificados, cabendo a uma corte constitucional, em última instância, deliberar sobre a “justeza” desses acoplamentos, em caso de dúvidas ou contestações, que os ameacem, ameaçando, assim, a autopoiese do sistema global e, logo, sua permanência, sua “vida”.

REFERÊNCIAS

BUNGE, Mario. System Boundary. **International Journal of General Systems**, London, vol. 20, 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade informacional: introdução a uma teoria social sistêmica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Anais do IX Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABraSD). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018.

LUHMANN, Niklas. **Die Politik der Gesellschaft**. Editado por André Kieserling. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.

_____. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. vol. II.

_____. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal**, Frankfurt am Main, vol. 9, 1990a.

_____. Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem. **RECHTSTHEORIE**, Berlin, vol. 21, 1990b.

_____. **Soziale Systeme**. Grundriß einer allgemeinen Theorie. 3 ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.

_____. Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft. In: _____. **Ausdifferenzierung des Rechts**: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.

MÜNCH, Richard. The Dynamics of Societal Communication. In: COLOMY, P. (Ed.). **The Dynamics of Social Systems**. London: Sage, 1992.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

WILLKE, Helmut. **Ironie des Staates**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.