

# CONSTITUIÇÕES POLÍTICAS NO CONTEXTO DA TEORIA DA SOCIEDADE<sup>1</sup>

## (1ª PARTE)

De Niklas Luhmann, Bielefeld

### I.

Seguindo as representações jurídicas do direito constitucional, uma constituição parece uma complicação de normas jurídicas positivadas, prioritárias e superiores às demais normas jurídicas. Em termos jurídicos, a superioridade organizacional (*Überordnung*) pode ser expressa por normas que orientam as decisões dos conflitos de normas em favor da constituição. Também poderia ser, embora com um pouco menos de exigência, o fato de que o Direito Constitucional apenas dificulta (*erschwert*) a sua alteração ou em alguns aspectos não é legalmente cambiável. Entretanto, tais provisões formais não fornecem informações sobre a materialidade e conteúdo da constituição. Elas são improdutivas para o objetivo de uma constituição política (*verfassungspolitische*). Ninguém pode dizer se (*ob*)<sup>2</sup> e por que deve haver uma constituição, e o que nos permite considerá-la a lei mais elevada ou como "*Grundgesetz*". Poderia ser que estávamos iludidos (*täuschen*) quanto a este ponto? Que a mera recordação da hierarquia legislativa (*Legeshierarchie*) da idade medieval nos desencaminhe (*in die Irre führen*).

A técnica do direito se realiza com certa utilidade (*sinnvoll*), mas o nosso interesse não se satisfaz apenas quanto às provisões formais da constituição. Desde a motivação de George Jellinek, na particular escola tradição de ensino alemão do "*Staatslehren*", projeta-se o respectivo conceito básico do estado na constituição. A constituição será parte de ensinamentos, como por exemplo, como ordem de tomada de decisão (*Willensbildung; decision-making*) dos Estados (Jellinek); ou como esquema de integração (Smend), ou como unidade dialética da vontade (*Wille*) e da norma (Heller; Schindler), ou como a decisão coletiva sobre a natureza e a forma da unidade política do povo (Schmitt). Mesmo hoje, os ensinamentos do primeiro terço do século ainda estão vivas nas faculdades como um costume de definições inócuas, que podem ser aceitas<sup>3</sup> ou se pode listá-las lado a lado<sup>4</sup>. Eles mesmos não vêem mais nenhum problema na própria persistência a respeito de que as ciências sociais não possuem nenhuma alternativa. As pesquisas das ciências sociais têm enfrentado de forma escassa a natureza da constituição, particularmente com o que é destinado como texto, a não ser um esforço para lançar luzes sobre texto constitucional e realidade. Para isto não há necessidade de um conceito de constituição (*Verfassungsbegrif*) ou uma teoria, mas apenas uma comparação entre textos dados e um realidade dada, fornecida. Uma teoria constitucional que

---

<sup>1</sup> Tradutores - ordem alfabética: Ary Araújo, Bruno Campilongo, Octaviano Padovese. Coord. Prof. Tit. Celso Campilongo

<sup>2</sup> a conjunção *ob* na língua alemã é empregada quando se espera do interlocutor uma resposta sim ou não.

<sup>3</sup> Por exemplo, Reinhold Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1971.

<sup>4</sup> Por exemplo, Theodor Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, 17. Aufl. 1969, S. 35

corresponda ao nível de evolução (*Entwicklungsstande*) sociológico e científico-político de uma análise sistêmica é ainda um desiderato impenhido da "realidade constitucional" (*Verfassungswirklichkeit*), o qual permanece um termo jurídico<sup>5</sup>.

Se alguém tomar as definições oferecidas da ciência do direito, teoria do estado e da doutrina constitucional de maneira literal, então as constituições atuam como normas hipotéticas fundamentais (*Grundordnungen*), como conceitos normativos de ordem que fixam as características elementares do estado ou mesmo da vida social em premissas comportamentais exequíveis, e que por isto pode alegar estar entre o nível das mais elevadas normas<sup>6</sup>. Este é um conceito extremamente pretensioso. Se pressupõe até mesmo que na nossa sociedade se constitui estruturas que podem tomar forma para manter um comportamento. Assim, o interesse na instrumentalidade da realidade constitucional advém de uma perspectiva que pergunta sobre uma norma conforme (*normkonformem*) ou de um comportamento desviante.

Esta imagem da constituição (*Verfassungsbild*) necessita de uma revisão. Ela poderia de fato ser - e as impressões históricas tanto quanto as impressões superficiais do comportamento político nas capitais reforçam as suspeitas - que a realidade constitucional passa distante deste conceito, tanto que a realidade não advém de uma teoria constitucional que prevalece, e nem com uma diferença (*Abweichung*) é adequadamente compreendida<sup>7</sup>. Konrad Hesse<sup>8</sup> corretamente observou que o reconhecimento de uma realidade constitucional inconstitucional (*verfassungswidrigen*) estabelece alegações normativas (*normative Ansprüche*) quanto à justificativa da constituição. Além disso, poderia-se dizer, que as estruturas reais e o procedimento de uma orientação constitucional no sentido de uma norma conforme, ou da diferenciação de um comportamento diferente, e que neste sentido, o qual nos levaria de volta à Max Weber<sup>9</sup>, uma perda de validade ocorreria de uma forma quase que imperceptível.

## II.

---

<sup>5</sup> Conf. Franz Ronneberger, *Verfassungswirklichkeit als politisches System: Der Staat* 7(1968), S. 409 - 429.

<sup>6</sup> Conf. como representação típica desta pretensãoerner Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich o.J. (1945); Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 5. Aufl. 1972, S. 3 - 20. Este conceito também goza de um amplo reconhecimento internacional e pode atuar como um denominador comum da compreensão constitucional entre o ocidente e o oriente, como lido em Paolo Biscaretti di Ruf fia/ Stefan Rozmarýn, *La Constitution comme loi fondamentale dans les états de l'Europe Occidentale et dans les états socialistes*, Turin-Paris 1966.

<sup>7</sup> Também Wilhelm Hennis, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit. Ein deutsches Problem*, 1968, crítica esta questão da norma e do comportamento desviante - mas por quê apenas como uma questão alemã?

<sup>8</sup> a.a.O., S. 20. Ver também Ernst-Hasso Ritter, *Die Verfassungswirklichkeit - eine Rechtsquelle?: Der Staat* 7 (1968), S. 352 - 370.

<sup>9</sup> Ver Max Weber, *Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, in: ders., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3. Aufl. 1968, S. 427 - 474 (443 f.); ders., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 3. Aufl. 1947, S. 16 f. Sobre "Depreciação" (Entwertung) e "Queda de Prestígio" (Prestigeverfall) da constituição ver Loewenstein, a.a.O., S. 157 ff.

Mais do que costumeiramente assumido<sup>10</sup>, o pensamento constitucional moderno também se baseia em questões medievais, principalmente o problema da relação entre poder político (*politischer Gewalt*) e a sua conexão (*Bindung*) com direito. A materialidade da constituição procura estabelecer aquilo que deve ser excluído, e pretende excluir com base nos direitos fundamentais, como a parte organizada de abuso do poder político. A evolução da sociedade moderna, inicialmente não modifica este problema, mas apenas, pontualmente, devido o seu objetivo se serve com um meio de solução. Embora tenha elevado o nível de abstração e, assim, a uniformidade de uma linha de direitos aplicáveis (*Rechtseingriffe*), acaba se formando uma ordem jurídica que se diferencia em sua totalidade do sentido da constituição, distanciando-se do violento nascimento histórico dos direitos adquiridos<sup>11</sup> - porém a constituição se articula em princípio como uma instituição de proteção dos direitos contra o poder político. Precisamente por conta da continuidades deste problema, falta à sociedade moderna um teoria constitucional destacada apenas para isto, embora se pode suspeitar que a sua constituição é bem diferente (não apenas abstratamente) na aplicação do seu sentido e em necessidade em relação aos tipos mais antigos de sociedade.

A moderna forma textual estabelecida pelas constituições, que são distintas dos direitos originados em determinados períodos, o novo modelo de sociedade que foi alcançado e consolidado, é normalmente chamado de "sociedade civil". Uma conexão entre a evolução da sociedade com a nova meio econômico, tornou-a um subsistema dominante<sup>12</sup>, obviamente devido à evolução das novas constituições estatais. Assim, as características do momento da origem nos séculos XVIII e XIX podem ser lidas na constituição; soma-se a isso as consolidações (*Ausbauten*), os aperfeiçoamentos, e as variações das interferências não sistêmicas (como por exemplo as cláusulas do estado social (*Sozialstaatsklausel*), cujo sistema reage às disfunções visíveis. Um rompimento radical no contexto constitucional e na compreensão das operações e de suas instituições das instituições constitucionalmente estabelecidas, o quais podem ser comparadas com a constitucionalização do estado constitucional civil, jamais aconteceu novamente.

O rompimento para o estado constitucional civil teve em princípio a quebra com as vetustas tradições de uma sociedade ético-político (*societas civilis*), também convincentes, e assim, sistematicamente modificou toda a essência das posições políticas e sociais: a justiça que foi corretamente balanceada (*ausgeglichen*) se tornou um direito subjetivo<sup>13</sup> abstrato e

---

<sup>10</sup> mas harles H. Mcilwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*. 2. Aufl., Ithaca N.Y. 1947.

<sup>11</sup> Sobre tudo isso Bernhard Schmidt- Aßmann, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus*, 1967.

<sup>12</sup> Para isto Niklas Luhmann, *Wirtschaft als soziales System*, in: ders., *Soziologische Aufklärung*, 2. Aufl. 1971, S. 204 - 231; ders., *Knappheit, Geld und die bürgerliche Gesellschaft*: Jb. f. Sozial wiss. 23 (1972), S. 186 - 210.

<sup>13</sup> Ver a respeito do período tradicional Michel Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris 1957, S. 249 ff.; ders., *Le droit de l'individu chez Hobbes*, in: R. Koselleck/R. Schnur (Hrsg.), *Hobbesforschungen*, 1969, S. 173- 197; Avelino Folgado, *Evolución historia del concepto del derecho subjetivo*. Estudio espectral en los teólogos-juristas Españoles del siglo XVI : Annario Juridico Escorialense 1 (1960), S. 17 - 330; Hans Erich Troje,

assimétrico; os "regimes commixtum" politicamente e justamente avaliados foram transformados em princípios da separação dos poderes<sup>14</sup>, e de acordo com a opção da forma de estado, foram passados e substituídos por normas obrigatórias para uma política democrática<sup>15</sup>. O contexto destas reinterpretações podem ser compreendidas como um processo de abstração e redução, cujas teorias contemporâneas têm se motivado pela diferenciação (*Unterscheidung*) entre estado e sociedade. A diferenciação formula um modelo de realidade do qual resenhas são redesenhadas e reinterpretadas. Mesmo para o atual entendimento da constituição, prevalece de maneira decisiva se e como a diferenciação entre estado e sociedade é criticada.

A diferenciação entre estado e sociedade tem reagido às mudanças evolucionárias no sistema social, no qual o curso da tradicional da primazia da política foi superada pela primazia da economia. Ao mesmo tempo, a sociedade enquanto tal, ou seja, a totalidade das relações humanas, ainda era caracterizada pelo seu subsistema dominante (político), como era (*so wie einst von*), de uma perspectiva política sobre fundamentação econômica e voltada a ações (*Zweckhandlungen*). A transformação do conceito de sociedade, da política para a econômica, foi acompanhada por uma percepção de que a havia perdido a sua qualidade como um corpo moral, como uma coletividade capacidade para agir. De forma excepcional, como uma forma de conexão do processo econômico, a sociedade civil é e permanece como um sistema social, no entanto, não mais em nome de um bem comum que poderia ser firmado e posto para a ação (*gehandelt*). A capacidade de agir (*Handlungsfähigkeit*) teve que ser reconstruída, como dizem, externamente a si mesmo (*außerhalb ihrer selbst*), como um estado. Como uma operação para conectar e reintegrar o estado e a sociedade se recomenda a dialética, seja lá o que isso for. Especialmente por meio da conexão do processo econômico, a sociedade civil é e permanece um sistema social.

Aqui é localizado o motivo que oferece o suporte, já que a distinção entre o estado e a sociedade não pode ser entendido como um sistema diferenciado - e, de fato nem entendido e criticado ou refutado. O conceito comum é de que a "separação" do estado da sociedade foi superada pelo vetusto aumento de interdependência é falho. A oposição entre estado e sociedade se baseou muito mais de maneira imediata no entendimento de que o problema da incompletude do novo conceito de uma sociedade econômica-burguesa. O estado obteve a sua unidade como oposição e como compensação da sociedade. Sua identidade não requer nenhuma reflexão além disso. E se for necessário, pode se retornar a tradição ético-político, como também para século XIX<sup>16</sup>.

---

*Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jh.*, in: J. Blühdorn/ J. Ritter (Hrsg.), *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 1969, S. 63 - 88 (81 ff).

<sup>14</sup> Ver Max Imhoden, *Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung*, 1959.

<sup>15</sup> Ver Luhmann, *Komplexität und Demokratie*, in: ders., *Politische Planung*, 1971, S. 33 - 45.

<sup>16</sup> Ver por exemplo Manfred Riedel, *Der Staatsbegriff der deutschen Geschichtsschreibung des 19. Jahrhunderts in seinem Verhältnis zur klassisch-politischen Philosophie: Der Staat 2* (1963), S. 41 - 63.

Qualquer tentativa de se desenvolver uma nova tentativa de pensar em uma distinção entre estado e sociedade como um sistema diferenciado, inevitavelmente remove o pensamento tradicional; portanto falta para a diferenciação do estado e da sociedade um conceito de unidade de diferenciação (*denn der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft fehlt für die Einheit des so Differenzierten ein Begriff.* - intraduzível). Estas considerações forçam ao retorno de uma teoria geral (*umfassenden*) dos sistemas sociais, o qual não possui o estado externo a si mesmo, mas em si mesmo. Este sistema social é diferenciado em subsistemas econômico, político, científico, função da família, religioso, assim por diante. A relação entre sistema político com o econômico se baseia em um nível diferente de relação daquele que faz parte, o sistema geral da sociedade. No lado de fora do sistema político não existe uma sociedade como um todo, mas unicamente subsistemas diferenciados da sociedade (e, sob as condições dos dias cutias da sociedade mundial e do outros sistemas políticos da sociedade) cujo contexto é constituído pela sociedade e pelo sistema político<sup>17</sup>. Por causa da sua versatilidade, precisam (*müssen*) os sistemas de referência da constituição a serem avaliados (*beurteil*).

Um retorno para uma teoria da sociedade com sistema social geral não necessariamente implica um restabelecimento (*Wiederaufnahme*) do antigo conceito europeu de um sistema social auto-suficiente e autárquico (*autarken*). Os conceitos de sistemas sociais (baseados em ação) e sistema de capacidade agir (*handlungsfähiges*) (o qual deve atuar como unidade) não são congruentes (*deckungsgleich*). Na teoria dos sistemas sociais, portanto, pode-se fornecer uma expressão conceitual para um estado sistêmico (*Systemzustand*), no qual a sociedade não age por si mesma, embora, como um sistema social compreensível, ela prescreve de forma estrutural as condições de compatibilidade para os seus respectivos subsistemas. Embora seja funcionalmente diferenciados, a sociedade pode assumir uma variedade de diferenciações, mas não pode jamais adotar arbitrariamente qualquer que seja a diferenciação<sup>18</sup>. Existem diversos exemplos, porém não é qualquer exemplo que trata da possibilidade de uma sociedade industrializada com decisões políticas. Pertencendo a uma sociedade que determina os sistemas parciais a uma própria função e variação sob a condição estrutural de compatibilidade, para a função da constituição de um sistema político, tal condição social de compatibilidade para uso interno significa: decidibilidade! - em outras palavras. Nós voltaremos a este tema adiante.

Uma revisão da história demonstra primeiramente, que uma conexão entre uma sociedade diferenciada e o desenvolvimento constitucional é passível de ser comprovado de maneira real; não no sentido da continuidade de uma co-variação, mas no sentido de uma

---

<sup>17</sup>A consequência da reorganização é ninguém mais pode classificar a escolha política ou as influências políticas em um sentido desconhecido da sociedade (ao contrário do estado), mas atribuí-los á próprio sistema político tanto quanto o papel público do processo decisório. Para isto verificar Luhmann, *Soziologie des politischen Systems*, in: ders., *Soziologische Aufklärung*, S. 154 - 177.

<sup>18</sup> Para isso ver Josef A. Schumpeter, *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, Berna 1946.

correspondência geral das condições de desenvolvimento e aquisições (*Errungenschaften*)<sup>19</sup>. Isto vale tanto quanto para antigas sociedades relativamente desenvolvidas do mediterrâneo, quanto para a nova sociedade civil. Em ambos os casos, o sistema político responde na forma de uma evolução estrutural, especialmente no campo da economia. Em ambos os casos, portanto, necessita-se de fórmulas e de condições sociais de compatibilidade dos sistemas políticos. Para as antigas cidades estados era na forma da justiça. Para a constituição do estado da sociedade civil é na forma da representatividade.

Neste ínterim, a sociedade se desenvolveu em um tempo bem rápido de forma avançada em direção de uma única, altamente complexa, orientada para o futuro, sociedade mundial<sup>20</sup> não mais integrável por meio normativo. Surge a questão se esta sociedade pode ser justa? E se pode ser representada? Ou se alguém com outras fórmulas para uma compatibilidade dos sistemas políticos poderá surgir?

### III.

Pode-se retratar realidades a partir de níveis de análise diferentes (e mutuamente inconsistentes)<sup>21</sup>. A interpretação das positizações do direito constitucional e os conceitos da sua dogmática parecem sob o ponto de vista de outros níveis como reduções, simplificações, ficções com a função de premissas de decisões. As considerações seguintes partem do entendimento do sistema político como um subsistema da sociedade e utilizam, portanto, a teoria da diferenciação de sistemas como instrumento analítico. Disto advém uma perspectiva modificada em relação às mudanças na realidade constitucional, o que será mostrado a seguir, antes que voltemos ao conceito de constituição. Com essa teoria sociológica, pode-se evitar e relativizar a autocompreensão exegeticamente atualizável da constituição, sem com isso negar à exegese constitucional o seu significado próprio ou mesmo sua faticidade. Pretendemos fazer isto com ajuda de análises curtas, cujo intuito é de servir como casos exemplares, e para tal escolhemos como exemplos (1) a separação de poderes, (2) o percurso temporal dos processos político-administrativos, (3) a garantia da propriedade e (4) a relação entre direito e planejamento.

1. Tendo em vista a *separação e balanceamento* dos poderes estatais, prevista na constituição, tem-se observado há muito tempo e em vários países um considerável deslocamento do foco

---

<sup>19</sup> Porém em Talcott Parsons, *Societies. Evolutionary and Comparative Perspectives*, Englewood Cliffs N.J. 1966, und ders., *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs N.J. 1971, embora também em Parsons há a possibilidade de diferenciar o significado entre sistema sociais e (handlungsfähiger) e coletividade. Ver também a importante referência M. H. Lessnoff, *Parsons' System Problems: The Sociological Review* 16 (1868), S. 185 - 215 (186), que Parsons junta o seu entendimento da sociedade como coletividade ao um patamar de uma sociedade regional politicamente constituída, dessa forma obstruindo o fenômeno da sociedade mundial.

<sup>20</sup> Para isto Luhmann, *Die Weltgesellschaft: ARSP* 57 (1971), S. 1 - 35.

<sup>21</sup> A inconsistência destes níveis deve ser, então, "suprassumida" [*aufgehoben*] em uma teoria da ciência em si consistente. Nesse sentido aponta o dinamismo evolutivo do "novel esprit scientifique" de um Gaston Bachelard. Cf. particularmente *La philosophie du non: Essai d'une philosophie du novel esprit scientifique*, 3 Ed. Paris 1962.

principal, o que tem sido sentido como uma perturbação do equilíbrio esperado. Acima de tudo trata-se de deslocamentos de função e exercício do poder do Legislativo para o Executivo; diante de uma jurisdição ampliada em disputas de direito público, por vezes reclama-se também de um deslocamento do Legislativo e do Executivo em direção à Justiça. Essas transferências de função e poder, as quais aparecem no visor do direito constitucional como desvio de um plano previsto, não são suficientemente compreendidas pela doutrina do direito constitucional<sup>22</sup>. Elas são efeitos de muitas mudanças mais abrangentes, mais especificamente, consequências do aparecimento de dois macrossistemas no interior do sistema político, os quais sequer foram previstos no esquema da divisão de poderes, quais sejam, os macrossistemas da *política* e da *administração*<sup>23</sup>.

Por um lado, forma-se, parte no interior, parte no exterior do agir juridicamente tangível dos "órgãos do estado", uma rede de processos políticos que se condensaram com ajuda de partidos políticos e grupos de interesse em um sistema com funcionalidade própria, no qual são determinados o caráter político de situações e as condições do que é politicamente possível em cada caso. Claramente diferente deste (o que não exclui interdependências intensas, sobreposições e deslocamentos de fronteiras, mas sim as faz necessárias), há, por outro lado, um subsistema especializado na administração, no qual decisões são preparadas e produzidas sob condições prévias de correção ou utilidade<sup>24</sup>. Os detalhes variam enormemente de Estado para Estado. De imediato, entretanto, deve-se apontar que a complexidade dos sistemas políticos cresceu tanto em dimensão, variedade e interdependência, que a ordens de grandeza que se tinham em vista na concepção do esquema de separação de poderes foram extrapoladas<sup>25</sup>. São antes de tudo processos de crescimento desse tipo, desencadeados na sociedade como um todo, que forcem diferenciações internas variadas e, com isso, estruturas variadas<sup>26</sup>. A diferença entre política e administração tem por assim dizer "maior grau de

---

<sup>22</sup> A discussão teórica do princípio da separação dos poderes oscila entre os pontos de vista da separação dos *poderes* e da diferenciação das *funções* e os pontos de vista da *inibição* controladora e da necessária *cooperação*, sem que por *estas* alternativas possa-se refletir a partir da mudança fática da função da separação de poderes.

<sup>23</sup> As mais antigas discussões sobre estes fenômenos são ao mesmo tempo aquelas em que a discrepância em relação ao esquema da separação dos poderes foi vista com mais clareza. Cf. Frank J. Goodnow, *Politics and Administration. A study in Government*, New York/London 1900. Além disso, já Woodrow Wilson, *The Study of Administration: Political Science Quarterly* 2 (1887), S. 197 – 222; Albert Schäfle, *Über den wissenschaftlichen Begriff der Politik*, *ZgStW* 53 (1897), S. 579 – 600.

<sup>24</sup> Sobre a diferenciação entre política e administração como subsistemas do sistema político, mais detalhadamente Luhmann, *Polische Planung*, especialmente S. 74 e seguintes, 165 e seguintes, cf. também idem, *Theorie der Verwaltungswissenschaft*, 1966, S. 73 e seguintes. Crítico a respeito disso, com base em um entendimento da política mais fortemente voltado à teoria do planejamento Fritz W. Scharpf, *Verwaltungswissenschaft als Teil der Politikwissenschaft: Schweizer. Jb. f. Pol. Wiss.* 1971, S. 7 – 23.

<sup>25</sup> Cf. sobre isso também Julius Stone, *Social Dimensions of Law and Justice*, Stanford Cal. 1966, S. 696 e seguintes. A separação de poderes referia-se a "government" em um sentido que hoje não existe mais.

<sup>26</sup> De acordo com perspectivas muito gerais da teoria dos sistemas, sistemas complexos não podem crescer sem mudanças estruturais. Também liga-se a isso que, com o crescimento em tamanho e complexidade, torne-se em regra mais difícil definir elementos e relações no sistema de forma unívoca e independente de contextos de funções específicos (ou seja, cambiantes!). Cf. sobre ambos pontos de vista Knut Erick Tranöy, *Wholes and Structures*, Kopenhagen 1959. A partir disto em diante deve-se esperar que a diferenciação entre política e administração, que

agregação" que o esquema da separação dos poderes e é, portanto, compatível com uma maior complexidade. Ela não pode ser compreendida adequadamente a partir da posição distinta de processos de decisão em relação ao direito, mas sim somente a partir de sua posição distinta em relação ao planejamento, ou seja, apenas em vista de um futuro aberto.

Que a diferenciação interna primária do sistema político tenha se imposto como diferença entre política e administração denota que esses dois pontos de vista funcionais atuam de forma sistematizante e estabelecem diferentes condições e restrições do possível. Com isso, o potencial de eficácia e desenvolvimento de um sistema político depende principalmente de como harmoniza-se, no campo político, de um lado, e no campo administrativo, de outro, a relação entre estrutura e processo, concepção de possibilidades e seleção e se as formas encontradas são compatíveis umas com as outras – por exemplo, se permitem cadeias de seleção [*Selektionsketten*] entrecruzadas. Ao mesmo tempo aumenta a auto-determinação desses campos, os quais só agora abrem-se gradualmente à pesquisa sociológica. A política, por exemplo, trabalha sob condição de alta sensibilidade ao ambiente. Ela poderia modificar tudo, portanto não tem quaisquer razões legítimas para rejeitar desejos. Ela permanece além disso sob enorme pressão em matéria de tempo. Sob essas condições, processos de decisão ocorrem em grande medida sob códigos de conduta informais e priorizam premissas de decisão relativamente concretas, as quais deixam-se facilmente associar a lugares-comuns de fácil compreensão. O poder constitui-se principalmente na forma de aparatos de dominação que se deixam centralizar no sentido de uma responsabilização integrada pelo poder estatal somente com dificuldade, somente temporariamente e somente sob condições especiais. A administração é muito mais fortemente fragmentada por estruturas organizacionais e programas de decisão prévios. Um sistema como esse tende, por exemplo, a projetar inovações a partir de seus projetos e programas e rejeitá-las a partir de outros projetos e programas<sup>27</sup>. Guerras de posições – *micropolitics* no sentido de Tom Burns<sup>28</sup> – são portanto, em grande medida, fortemente entrelaçadas com estruturas formalizadas, utilizam uma esfera de "meta-comunicação" em relação ao comportamento em serviço e não são juridificáveis ou responsabilizáveis nessa esfera. Pode-se somente supor que através, desse jogo de estratégias, considerações e conflitos relativos a posições, o gargalo da eficácia seja fixado bem abaixo de possíveis motivações e da possível complexidade cognitiva.

O fato de que a política e a administração tenham tornado-se macrossistemas autônomos relaciona-se de forma complicada com as normas organizacionais da constituição, mas não pode ser controlado de forma suficiente por elas somente. A separação de poderes

---

transforma o esquema dos poderes, não possa mais ser estabelecida de modo unívoco e juridicamente compreensível da mesma forma, pois ela deve ser compatível com uma maior complexidade. Daí surgem questões em relação ao regramento constitucionalmente válido dessa diferenciação primária do sistema político.

<sup>27</sup> Sobre isso cf. James Q. Wilson, *Innovation in Organization*, in: James D. Thompson (Org.), *Approaches to Organizational Design*, Pittsburgh 1966, S. 193 – 218.

<sup>28</sup> *Micropolitics. Mechanisms of Institutional Change: Administrative Science Quarterly* 6 (1961), S. 257 – 281.

mantida na organização só ganha sua nova função de servir como um regulador da relação entre política e administração quando ela, de forma variada, legitima a influência da rede de comunicação política sobre a administração no sentido de uma verdadeira produção de decisões obrigatórias. 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, 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 à política e, nessa função, momento irrenunciável desse esquema de diferenciação.

Essa mudança de função do esquema de separação de poderes necessitaria de uma análise mais exata e aguçada. Ela mostra que a diferenciação de órgãos da área governamental que nos foi legada não deve ser simplesmente substituída por um outro princípio, mas sim que ela foi incorporada a outro princípio e funciona agora a partir de sua determinação. A compreensão central de bloqueio de poder, o qual mantém o sistema nos trilhos do direito através do filtramento do exercício ilegal do poder, mantém-se preservada e eficaz. Entretanto, ela muda de função no sistema, o qual tornou-se mais complexo. O consumo de poder nas operações internas da política e da administração é, de toda forma, alto<sup>29</sup>, de modo que o sistema em seu estado normal não é, dito paradoxalmente, poderoso o suficiente para o seu poder, já que a efetividade de sua seletividade na sociedade como um todo não pode ser controlada por cadeias de seleção suficientemente longas e complexas<sup>30</sup>. O esquema da separação de poderes soluciona, segundo sua intenção e efeitos, um problema de *distribuição* do poder, enquanto o gargalo cada vez mais parece estar na *produção* de poder.

Também nesse ponto de vista parece ter ocorrido uma mudança de função. A própria diferenciação da política e da administração possibilitou aumentos de poder de novo tipo, mais especificamente, cadeias maiores e mais heterogêneas de aplicação de poder sobre poder, minorando-se compreensões valorativas comuns e critérios de racionalidade. O risco ligado a isso – não apenas de "abuso" de poder, mas mais ainda de ruptura da cadeia, de bloqueio nos subsistemas, de intransmissibilidade de premissas de decisões, de produção de um contrapoder na esfera da metacomunicação – deve ser controlado a partir de precauções no

---

<sup>29</sup> Existem diversas causas para isso, cuja descoberta e análise depende da teoria do poder que seja utilizada como base. Nós entendemos, aqui e no que segue, o poder não como um tipo de força ou causa, mas como um meio de comunicação que através de um meio simbólico generalizado regra a transferência de processos de seleção [*Selektionsleistungen*] na forma de decisões. A partir desse conceito de poder, o problema acima mencionado da "micropolitics" na política e na administração adquire relevância para tais perdas de poder. Micropolitics requer e estimula "meta-comunicação" e isto significa que muitíssimos problemas de comunicação tornam-se problemas de código.

<sup>30</sup> No contexto de uma crítica da teoria parsoniana dos meios, esse mesmo problema do aumento da seletividade através da formação de cadeias é também encontrado por Robert R. Blain, *An Alternative to Parsons' Four-Function Paradigm as a Basis for Developing General Sociological Theory: American Sociological Review* 36 (1971), S. 678 – 692.

código do poder. Através da separação de poderes, o código do poder é apenas em princípio levado pelo caminho do direito. O exercício ilegal do poder não pode ser eficazmente excluído, permanece, porém, dependente do contexto. 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. Isso acontece no esquema da separação de poderes a partir de que a comunicação entre os órgãos separados do estado baseie-se no direito. Nesse sentido, a separação de poderes ganha uma função para a produção e ampliação do poder; a adoção de uma forma adequada a longas cadeias de poder torna-se, como uma condição de integração entre os órgãos estatais, mais ou menos inevitável<sup>31</sup>.

Ambas funções acrescidas à separação de poderes - a função de filtro entre política e administração e a função de prolongamento do poder - dependem, por sua vez, de um ancoramento na constituição. A mediação da diferença entre política e administração precisa ela mesma ser removida da politização corrente, portanto deve ser protegida pelo direito constitucional. O prolongamento das cadeias de poder através da forma do direito exige um fundamento no direito constitucional, porque pressupõe um direito variável e porque ele afeta o código, conseqüentemente as condições de possibilidade do poder, e não somente os pontos de vista do exercício do poder nos processos em execução. Como resultado, não se pode então negar a posição constitucional do princípio da separação dos poderes, mas sim reconfirmá-la - obviamente orientando-se por estruturas fundamentais e problemas centrais, que não são enquanto tais regulados pela constituição.

2. Pertence à crítica da constituição a idéia de que o alcance de estruturas constitucionais não necessariamente corresponde a sua proeminência. Em relação à separação de poderes, temos diante de nós uma figura clássica, de primeira ordem, do direito constitucional. A pergunta pelo *percurso temporal de processos político-administrativos* leva-nos a áreas da vida estatal de grande importância prática ainda pouco esclarecidas teórica e dogmaticamente<sup>32</sup>. É inquestionavelmente evidente o pressuposto atual de que eleições políticas devem ser repetidas em intervalos periódicos previamente determinados. O prazo temporal das posições ocupadas através de eleições serve para normalizar a alternância de poder no sistema político e garantir a responsabilidade perante os eleitores. Que tal idéia também abranja, direta ou indiretamente, justamente as mais altas posições no legislativo e no executivo é de se avaliar como uma conquista evolucionária de primeira ordem<sup>33</sup>. Internamente,

---

<sup>31</sup> Nessa função, a separação de poderes apoia-se em uma respectiva diferenciação de procedimentos. Sobre isso Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969.

<sup>32</sup> Há pouco esclarecimento também em outros aspectos, por exemplo, em relação ao princípio da atribuição [*Ressortprinzip*]. Sobre isso Luhmann, *Verfassungsmäßige Auswirkungen der elektronischen Datenverarbeitung: Öffentliche Verwaltung und Datenverarbeitung* 2 (1972), S. 44 – 47.

<sup>33</sup> O significado dessa conquista pode ser reconhecido, acima de tudo, em uma comparação histórica e cultural. Cf. em geral Carl Joachim Friedrich, *Politik als Prozeß der Gemeinschaftsbildung*, 1970, S. 360 e seguintes, e

ela força uma diferenciação entre política e administração (ocupada por funcionários públicos permanentes), exteriormente, força um alto grau de diferenciação do sistema político.

Deve-se exatamente à improbabilidade dessa conquista e à interligação entre preocupações contrárias, como abertura de outras possibilidades e vinculação a decisões ou como estabilização de mudanças, que para isso só se tenha achado uma solução *adaptada para o sistema político*, a qual se *harmoniza mal com o meio ambiente social*<sup>34</sup>. A discrepância pode ser descrita de forma exata. Ela relaciona-se com o fato de que o sistema político precisa estabelecer seu próprio ritmo periódico de curta duração de forma *unificada*, sem considerar os temas a serem decididos em cada caso; portanto, sem considerar as exigências sociais e contextos de interesses por trás de detalhes; portanto, sem considerar a urgência social, os tempos de preparação e adaptação sociais e sem considerar o tempo necessário para os próprios processos de planejamento e decisão. Os períodos eleitorais impedem (ou de todo modo dificultam) escolhas temporais baseadas em horizontes temporais sociais e em diferentes durações de processos sociais. Para preservar a possibilidade de alternância de poder em posições de cúpula, que só pode ocorrer de forma unificada, prazos são estabelecidos que, para o meio ambiente do sistema e para os processos de decisão, são eles mesmos arbitrários.

Essa arbitrariedade dispensa – e isto é o interessante na questão – uma decisão estrutural sobre o privilegiamento ou penalização de interesses específicos. Períodos temporais não são aqui algo como natureza, mas sim tecnologia social. Eles servem para neutralizar problemas sociais e práticos às custas da dimensão temporal. Os "custos" dessa solução devem ser esperados na própria dimensão temporal ou mediados através dela. Eles surgem em grande número, de fato, de um lado como pressão de tempo "sem sentido", de outro pela ampla dispersão de pessoas e temas que são submetidos a um mesmo ritmo temporal, como uma igualização de questões que necessitam de diferentes durações temporais. A problemática em si é transportada para a estrutura e com isso adiada para depois dos conflitos tematizáveis e decidíveis sobre necessidades e interesses; ela assume a forma de uma descoordenação entre a

---

para análises mais específicas, por exemplo, Jack Goody (Org.), *Succession to High Office*, Cambridge Engl. 1966; John H. Herz, *The Problem of Successorship in Dictatorial Regimes*: *Journal of Politics* 14 (1952), S 19 – 40; Caderno Especial 1 sobre "Statesmen and Succession" do *Journal of International Affairs* 18 (1964). A improbabilidade e problemática dessa conquista pode ser vista na forma como ela depende da formação do sistema do partido ou dos partidos e de uma pluralidade de redes de relações pessoais nos partidos. Eleições periodicamente repetidas, assim como a perspectiva de simplesmente sobreviver à alternância de poder são apenas condições mínimas de normalização. Cf. sobre isso Rudolf Wildenmann, *Macht und Konsens als Problem der Innen- und Außenpolitik*, 2 Ed. 1967; Myron Rush, *Political Succession in the USSR*, New York-London 1965; Zbigniew Brzezinski, *The Soviet Political System. Transformation or Degeneration: Problems of Communism* 15 (1966), S. 1 – 15; Peter Christian Ludz, *Parteielite im Wandel*, 2 Ed. 1968; Klaus Günther, *Der Kanzlerwechsel in der BRD. Adenauer-Erhard-Kiesinger*, 1970.

<sup>34</sup> Aliás, também essa compreensão só é formulável quando se abandona a diferença entre Estado e sociedade, a qual atribuiu à sociedade os processos políticos, incluindo a eleição política, e quando em vez disso parte-se de um sistema político que contempla como partes que o integram tanto os papéis e funções de eleição ou outras formas de influência sobre a política, como também papéis e funções de destinatários das decisões. Cf. também acima nota 16.

dimensão temporal e a dimensão objetiva, entre periodização e temáticas. O período da legislatura interrompe e desencoraja processos de planejamento e decisão a longo prazo; isso acontece sem pré-julgamentos - e mesmo, portanto, também ali onde só haveria esperança se o fim do período não chegasse.

Com isso não se exclui que a periodicidade do sistema político, enquanto estrutura, opere seletivamente, ou seja, dê diferentes oportunidades para temáticas, interesses e necessidades de acordo com a situação de concorrência com outros candidatos a atenção prioritária, de acordo com a conectabilidade em cadeias de prazos e processos em andamento. A própria imposição de prazos atua de modo seletivo<sup>35</sup>. Essa forma de seletividade resulta, por assim dizer, obrigatoriamente da constituição e não precisa ser responsabilizada de forma política, ainda que se utilize dela taticamente. Ela permanece uma seletividade estrutural, de todo modo modificável através de decisões. A recusa constitucional à própria elasticidade temporal alivia portanto o sistema político de exigências de planejamento e decisão, porém leva ao mesmo tempo a uma discordância artificial entre os horizontes temporais do sistema político e do resto da sociedade, a qual pode ter consequências incalculáveis.

3. Nosso terceiro exemplo será a garantia constitucional ao direito de propriedade. Com ele, ao mesmo tempo que alcançamos a área dos Direitos Fundamentais, escolhemos um exemplo de relações externas ao sistema político, a saber, a relação entre política e economia<sup>36</sup>. A intenção da Constituição é, a partir de um específico e moderno entendimento, proteger os direitos subjetivos individuais de distribuição desigual, como acima já indicado (página 3). Isto corresponde ao paralelo entre Estado e sociedade, e permite que a dogmática constitucional estenda a ideia de propriedade a sociedades concebidas sem a presença do Estado. Isso permite que a propriedade não seja tratada como uma entidade invariável na esfera estatal, o que, de um nível analítico diferente, é uma ficção.

Escondem-se por trás desta ficção as consequências estruturais por trás de posições jurídicas assimétricas e da distribuição desigual de riquezas. A Constituição reage, na melhor das hipóteses, a algumas consequências, garantindo, por exemplo, a liberdade de associação ou até mesmo o direito de greve, deixando o manejo dos problemas remanescentes para o restante da política e da legislação. O risco estrutural de se garantir direitos subjetivos altamente abstraídos é, desta forma, suportado ao nível das normas constitucionais, mas não de forma totalmente equilibrada. Por outro lado, desde que se possa confiar em suficiente sensibilidade política para solucionar problemas posteriores, não há grandes objeções a esta estrutura.

---

<sup>35</sup> Sobre isso Luhmann, *Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten*, in: idem, *Politische Planung*, S. 143 – 164.

<sup>36</sup> Refiro-me à minha exposição em: *Grundrechte als Institution*, 1965, p. 108 e segs.

Mais importante é um segundo aspecto, o qual a Constituição não torna visível. Na categoria propriedade, vale dizer, não está suficientemente compreendida a relação condicional entre o sistema político e o sistema econômico, uma vez que a característica estrutural do sistema econômico da sociedade civil moderna não está na propriedade em si, mas na diferenciação e autocontrole da economia por meio do mecanismo de preços<sup>37</sup>. Pela primeira vez na história do mundo, alcançou-se um ponto em que, com a ajuda de um meio de comunicação unificado, o dinheiro é capaz de alcançar todos os processos de produção e consumo, sendo economicamente seletivo e racionalizado. Chegamos a um estado em que não apenas mercadorias, mas também imóveis e a força de trabalho são monetizados e, portanto, disponíveis, comparáveis, mobilizáveis e sistematicamente controláveis através do mecanismo de preços, residindo, neste ponto, a diferença crucial em relação às economias monetárias já altamente desenvolvidas da Antiguidade<sup>38</sup>. Assim, somente é capaz de deter propriedade aquele que tem dinheiro, e neste bojo surge como questão de disputa se, e até que ponto, deve ser permitido ganhar dinheiro com a propriedade. Após estas mudanças estruturais, a garantia ao direito de propriedade assegura, no contexto do binário ter/não ter, oportunidades de se participar de uma economia controlada pelo mecanismo de preços, condicionando esta participação às regras próprias do sistema econômico<sup>39</sup>. Propriedade é dinheiro, assim como o trabalho é dinheiro. – Neste contexto, entende-se por dinheiro não somente a moeda em caixa ou a moeda escritural, mas, em geral, a possibilidade de se comunicar de acordo com diretrizes de códigos econômicos, especializados e simbólicos, de avaliação e compensação<sup>40</sup>.

“Propriedade” ainda é a palavra da moda, com a qual se produziu, e continuou-se produzindo, a autocrítica da sociedade civil no debate das divisões político-administrativas do século passado. Isso permite opiniões a favor e contra “o sistema” e, portanto, serve como

---

<sup>37</sup> *Luhmann*, Knappheit, Geld und die bürgerliche Gesellschaft, Ibid.

<sup>38</sup> Por toda essa complexidade e pela extensa discussão, especialmente na antropologia econômica, há ricas referências em *S. C. Humphreys*, History, Economics, and Anthropology. The Work of Karl Polanyi: History and Theory 8 (1969), p. 165-212.

<sup>39</sup> *Thomas Raiser*, em Einführung in die Rechtssoziologie, 1972, p. 75-76, tem duas objeções a esta tese que, em minha opinião, baseiam-se em mal-entendidos: as altas interdependências entre o sistema político e o sistema econômico não refutam, mas justificam, a tese da diferenciação do sistema, pois as interdependências só podem surgir com base em separações e leis autônomas. A restrição à expropriação através da cláusula “no interesse público” não designa a matéria protegida, também não refuta a tese de que somente a oportunidade participação (na economia) intermediada pelo dinheiro foi protegida, mas significa apenas uma condição de transgressão, ou seja, a transição do valor do poder para o valor monetário. A costumeira não arbitrariedade da transformação de valores de poder em valores monetários apenas prova que existe tal limite e que ele é constitucionalmente protegido.

<sup>40</sup> Semelhante ao caso do poder, discutido na nota 28, deve-se notar que as formulações são baseadas em uma teoria dos meios de comunicação que distingue entre código e processo e, portanto, não pode mais ser uma simples linguagem alvo. Por mais que o poder, nessa teoria, seja tratado como um tipo de força; a verdade, como uma propriedade das frases; ou o amor, como um tipo especial de sentimento, muito menos pode o dinheiro ser descrito como um tipo particular de objeto (que se tem na carteira ou no banco).

um substituto para a reflexão<sup>41</sup>. Mas a propriedade não é o fator que diferencia e sobre o qual o futuro pode ser escolhido.

De fato, a chave da economia e do desenvolvimento econômico reside menos na propriedade, e mais nas condições monetárias e estruturais que possibilitam uma economia orientada e racionalizada pelo dinheiro. Na verdade, a garantia constitucional ao direito de propriedade é prejudicada pelo lado monetário. Mudanças na sociedade, mudanças na riqueza e oportunidades para ganhar dinheiro, desvalorizações e a surpreendente criação de riqueza ocorrem fora da regulação constitucional, e é precisamente isso que é constitucionalmente garantido.

Isso expressa o fato de que a Constituição da sociedade civil - desde seus primórdios, e hoje, mais fortemente - não pode ser entendida como uma estabilização do estado das coisas e da lógica das distribuições, algo como uma distribuição no interesse das classes dominantes. Não se deve deixar-se enganar pela tolerância à riqueza institucionalizada e funcionalmente necessária: o princípio não é distribuição, mas o aumento das possibilidades de produção de serviços. No decurso da sua realização, este princípio dinamiza a sociedade, alterando, assim, as suas próprias condições. No curso da história desenvolvimentista da sociedade civil, os níveis ainda possíveis de integração no abstrato estão mudando com crescente complexidade. Assim, para permanecer dentro do escopo de nosso exemplo, crescimento econômico não pode mais ser confiavelmente esperados como resultado de uma coordenação orientada por um mercado de decisões descentralizadas; pelo contrário, a autorregulação da economia deve ser complementada por um controle interventivo estatal<sup>42</sup> no que diz respeito às condições e resultados desta autorregulação.

A proibição da expropriação sem compensação ganha, assim, a função delimitar as diferenças entre o controle interventivo estatal e o uso concreto de bens ou de trabalho. Também tem a função de esclarecer que este controle interventivo não se refere a coisas ou serviços, mas ao sistema da economia e aos problemas de código de seu meio. A garantia da propriedade, que se destinava a garantir a liberdade dos atores individuais da economia e da sociedade, agora também abrange a liberdade política de mudar os parâmetros monetários dessa liberdade individual.

A realidade, entretanto, deu um passo considerável para além dos conceitos neoliberais de direção da economia. Onde o instrumento geral de controle do mecanismo de preços não é capaz de atingir resultados suficientemente equilibrados - por exemplo, no caso

---

<sup>41</sup> Nesse sentido, a propriedade é de fato uma ideologia, qual seja, a ideologia comum dos defensores e dos críticos, que lhes permite evitar uma reflexão sobre a identidade e sobre as decisões estruturais contingentes do sistema social e, sob a aparência de reflexão, exigir ações a este respeito.

<sup>42</sup> Entenda-se como intervencionismo estatal na economia (nota acrescentada pelo tradutor).

de um problema de reestruturação setorial ou regional - uma política de intervenção em níveis mais concretos também seria possível. No entanto, uma política intervencionista não pode ser conduzida por meio de doações, cujos recursos são obtidos mediante uma arrecadação universal<sup>43</sup>. Definir uma especificação para fazer, em vez de receber, é uma estratégia que parece, em uma sociedade altamente complexa, mais compatível com as condições de sucesso econômico e político do que o contrário<sup>44</sup>. Se a arrecadação universal mediante tributação não for considerada uma expropriação, tornar-se-á constitucionalmente necessário, à medida que a arrecadação aumenta, *controlar as despesas conforme o interesse público*. É notório que esta exigência não é garantida pelas normas orçamentárias. A contrapartida à limitação técnico-jurídica da expropriação (cláusula de bem-estar geral), seria, pelo contrário, uma avaliação sociológica e política do sucesso desta limitação, por meio de uma análise não somente especulativa, mas também voltada à identificação dos resultados<sup>45</sup>, e não destinada apenas à identificação dos êxitos políticos, mas também a falhas com detalhes instrutivos.

As dificuldades metodológicas de tal avaliação, principalmente no que diz respeito à identificação dos responsáveis pelos resultados observados, não permitem uma imediata incorporação de certas técnicas pelo sistema jurídico<sup>46</sup> - o que, por isso mesmo, exige uma atenção especial a tais dificuldades. Por outro lado, isso não pode ser motivo para inércia, já que a taxa de subsídios desnecessários, e facilmente detectáveis, é bastante alta.

Na medida em que o autocontrole da economia e o controle interventivo estatal são necessários e interdependentes, não é possível contrapô-los. As relações entre economia e política devem, então, ser definidas de maneira mais abstrata e, ao mesmo tempo, mais obscura do que é possível a partir do senso comum entre o pensamento constitucionalista.

---

<sup>43</sup> Portanto, é essencial para a garantia de propriedade que ela não seja interpretada como uma restrição à autoridade fiscal soberana. "O acesso do Estado ao produto nacional e à renda por meio da tributação, antes de ser "propriedade" para a consecução do estado de direito, é base indispensável para a atividade dos legisladores e dos administradores no estado de bem-estar social, em particular para as medidas de redistribuição de renda..." (*Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, em: Festschrift für Adolf Arndt, 1969, p. 53-76 [71]), Deve-se notar que essa possibilidade de uma arrecadação universal antes da própria consolidação da propriedade, é baseada no mecanismo de preços, porque pressupõe que processos econômicos são generalizados e em movimento. *Joseph Schumpeter*, Die Krise des Steuerstaates, em: Aufsätze zur Soziologie, 1953, p.1-71.

<sup>44</sup> Em alguns casos, no entanto, isso transfere os problemas de coordenação para a administração os qual, por enquanto, dificilmente são resolvidos racionalmente nesta esfera. *Luhmann*, Politische Planung, p. 174 e segs.

<sup>45</sup> Isso também é *um problema de uma hierarquia constitucional "escusa"*, e é bastante prático notar que as primeiras tentativas de desenvolver tais controles devem ser cuidadosas para não atrair muita atenção política, de forma a protegerem-se da política. Nesse sentido, veja-se os artigos da FAZ v. 31. 1. 72 ("Klein- und Mittelbetriebe brauchen vor allem Beratung") e v. 4. 2. 72 ("Erfolgskontrollen") por ocasião de um relatório do Prognos AG Basel.

<sup>46</sup> Por exemplo, *Peter Marris/Martin Rein*, Dilemmas of Social Reform: Poverty and Community Action in the United States, London 1967; *Donald T. Campbell*, Reforms as Experiments: American Psychologist 24 (1969), p. 409-429; *Robert S. Weiß/Martin Rein*, The Evaluation of Broad-Aim Programs: Administrative Science Quarterly 15 (1970), p. 97-109; *David S. Alberts*: A Plan for Measuring the Performance of Social Programs: The Application of Operations Research Methodology, New York, 1970.

As normas constitucionais de maior hierarquia proíbem intervenções concretas na economia. As relações abstratas entre os sistemas, situadas em patamar superior, devem, portanto, desenvolver-se abaixo do direito constitucional - em parte, como considerações permanentes em políticas simples e contínuas. Isso pode, no nível geral das constantes relações intersistêmicas (sócio-estruturais), gerar condições favoráveis à compatibilização entre o autocontrole da economia e o controle interventivo estatal - em outras palavras: condições para a compatibilidade do mecanismo de preços e mecanismo de poder. Tais condições podem ser modeladas de forma a limitar os valores que as variáveis do sistema podem assumir. Elas serão úteis sob a forma de proibições estrategicamente colocadas e na forma de provisão para o controle de problemas imprevisíveis.

Enquanto a economia e a política fizerem uso de diferentes meios de comunicação e, com a ajuda deles, diferenciarem-se, como subsistemas da sociedade, no desempenho funções específicas, essa diferenciação levará a problemas regulatórios. A distinção entre o dinheiro e o poder da mídia favorece, por exemplo, a conversibilidade do dinheiro em poder e vice-versa, ao mesmo tempo que limita conversões entre categorias que seriam incompatíveis com a independência de códigos com naturezas distintas - como o suborno de políticos e funcionários públicos ou subtrações (expropriações) não recompensadas.

A diferenciação dos sistemas requer a preservação da autonomia do autocontrole da economia apenas como condição que possibilite intervenções externas e racionalmente solucionáveis: se a economia não tivesse a própria seletividade orientada pelo dinheiro, se a política também não tivesse problemas solucionáveis relativos à economia, o autocontrole da economia não poderia dosar o uso do poder (por exemplo, na instituição de tributos, em medidas de política monetária, no estabelecimento de um orçamento ciclicamente sólido).

Se esta análise estiver correta – se a conversibilidade é inconversível e se o aumento de dependências requer uma independência crescente no sistema dependente - é questionável se um regulamento que se encaixa nesse cenário ainda pode ser esgotado em uma limitação de direitos e deveres mútuos. Tais regulamentos, como vimos no caso da divisão do poder, pertencem a uma ordem superior. Nesse nível de relações intersistêmicas, como no exemplo acima, é evidente que a dinâmica do sistema monetário, como tal, tem afetado a capacidade de planejamento do sistema político. Para uma teoria constitucional, agora seria importante entender o ordenamento jurídico não mais como um conjunto de direitos e deveres, mas perguntar mais precisamente que função desempenha o direito constitucional e normas constitucionais individuais para a produção e manutenção de ordenamentos que garantem um quantidade tão grande de direitos.

4. Um aspecto dessa pergunta da relevância da legalidade (*Rechtlichkeit*) pode ser esclarecida com o nosso último exemplo: a questão da relação entre direito e planejamento.

Nenhum planejamento pode se movimentar para um espaço de "liberdade jurídica" - nem é o objeto defendido da sua tematização, ainda que o seu processo de decisão ou suas várias possibilidades de aplicação. Todo o planejamento tem haver com uma estruturação da realidade já estruturada. E, ainda, a não impressão desiludida de uma estranha "infamiliaridade do direito" (*Rechtsfremdheit*) do planejamento político administrativo. Apesar disso, esta impressão necessita ser mais bem teoricamente localizada e compreendida. Ela se baseia na divergência da problematização.

De uma maneira bem geral, pode se afirmar que o problema da sociedade atual é menor no meio de uma segurança efetiva do que na consequências de sua complexidade. A problematização do seu planejamento como processo de decisão do direito é, assim, não apenas uma forma de objetivos (*Zielen*) dados, os quais os meios mais apropriados são escolhidos. Ela se forma nos sentidos mais gerais do horizonte das possibilidades, das diretivas de seleção tanto quanto nas suas dificuldades, critérios, técnicas, e erros toleráveis de seleção.

O processo de decisão permanece em um nível de aplicação básico. Não faz nenhuma contribuição independente para a política do direito (*Rechtspolitik*) - a não ser como uma prévia dos padrões para o processo de aplicação das normas (Normanwendungsprozesse). Falta a ele a possibilidade de um acesso imediato para os critérios da justiça, uma argumentação direta com a justiça, algo análogo com a argumentação com a validade econômica. Na ausência da possibilidade de uma justiça independente e um direito pré-existente para operacionalizar, os juristas permanecem planejando debates sem nenhuma base argumentativa. A eles deve ser dito o que fazer sem antes saberem se funcionará. Parece que a justiça - uma vez que o critério do valor da neutralidade, valoriza todos os valores - tem sido substituída por outros tipos "factuais" de cálculos de decisão para enfrentar as preferências multi-dimensionais das estruturas<sup>47</sup>. Após a conversão da política em uma sociedade da economia, a justiça pode ser reconstruída na melhor das hipóteses em um valor especial (*Sonderwert*), por exemplo, como a expressão de um nível interno do sistema jurídico em relação à consistência das decisões. Para isto também falta uma temporalidade na prática que possa ser aplicada nos fundamentos da teoria do direito (*rechtstheoretische*). Além disso, falta um nível na sub-estrutura que possibilitaria a compreensão<sup>48</sup> das conexões sociais de forma adequada, mesmo se a curto prazo, o problema central da importância de um entendimento adequado da elevada independência no contexto do processo de decisões<sup>49</sup>. Em vista deste problema, o planejamento

---

<sup>47</sup> Isto levanta a questão se a reflexividade do processo de decisão pode ainda ser interpretado e tomado com ação, como já foi feito sob a ideia de justiça, mais precisamente, como a intenção de mediar os valores extremos ( se eu dXX öxi piéaou è ax lv [Nik.Ethik I 133 b 34] como eu devo traduzir ).

<sup>48</sup> Es fehlt ausserdem ein kategorialer Unterbau, der in der Lage wäre, gesellschatliche Zusammenhänge ist das Problem von zentraler Bedeutung, hohe gesellschaftliche Interdependenzen in Entscheidungszusammenhängen adäquat, wenn auch verkürzt, zu erfassen. (no original - trecho próximo incompreensível).

<sup>49</sup> ver, porém, Aleksander Peczenik , *Toward a Juristic Theory of Law*: ÖZÖR 21 (1971), S. 167 - 182.

teórico e o planejamento técnico busca aperfeiçoar a sua eficiência (*Leistungsfähigkeit*)<sup>50</sup>. O pensamento jurídico pode ser guiado de uma forma completamente distinta, julgando a consciência do problema, mais especificadamente a questão a respeito de quem deveria justificar por último um conflito jurídico, e com esta questão se associa de forma ruim um controle efetivo da elevada inter-dependência<sup>51</sup>.

Um bom exemplo pode ser encontrado no direito constitucional, principalmente no modelo de direitos fundamentais que é extraído da constituição. A variedade de direitos fundamentais não constroem um sistema. Eles são apenas estruturados de acordo com problemas da sociedade como personalidade, família, vida cultural, ciência, economia, política<sup>52</sup>. Entre essas áreas da sociedade, factualmente existe uma elevada e variada inter-dependência entre elas. Na moldura dos direitos fundamentais, esta inter-dependência surge não apenas como um "conflito de direitos fundamentais" e como uma regra de "sopesamento dos bens" (*Güterabwägung*) que seria na forma<sup>53</sup> de um planejamento com o objetivo de encontrar justiça nos casos individuais. Uma vez permanecida a dependência dos argumentos concretos como uma fonte que depende de inspiração de decisão. Isto não encerra a formação de regras abstratas, que determinam o grau de generalização e, nos casos em que há um consumo muito elevado de tempo no processo elevado de controle, portanto, um rápido câmbio de inter-dependência<sup>54</sup>. Também o planejamento poderia de forma estratégica ser reduzido à demanda da elevada complexidade do ambiente, porém isto colocaria a pretensão também das estratégias ainda que racionais a selecionar e a comparar a operação com as melhores possibilidades apresentadas<sup>55</sup>.

Acima de tudo, o direito constitucional não é um conceito de planejamento, deixado a sós para um planejamento normativo, de acordo com um tipo de sociedade a ser desenvolvido. Contém decisões jurídicas padronizadas com uma programação, com uma necessidade de execução da (*ausführungsbedürftiger*) função, porém não apenas no desenho de uma boa sociedade, um futuro, cuja seleção seria válida. Acima de tudo, este resultado confirma a impressão da nossa análise individual. Se alguém não se basear nas considerações de uma realidade guiada por um ponto de vista de uma dogmática do direito constitucional ligada ao

---

<sup>50</sup> A melhor análise do problema é dada por Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, permanece com zelo no nível da dogmática jurídica, e avança na juridicidade dos processos de decisão.

<sup>51</sup> Luhmann, *Systems Theoretical Contributions to Legal Theory*: Jb. F. Rechtssoz. u. Legal Theory 2 (1972), pp. 255-27.

<sup>52</sup> Conferir Erich Scheuner, *Pressefreiheit*: VVDStRL H. 22 (1965), S. 1 - 100 (33 ff.).

<sup>53</sup> Ver, por exemplo, Manfred Lepa, *Grundrechtskonflikte*: DVBl. 87 (1972), S. 161 - 167.

<sup>54</sup> Estes problemas da relação entre generalização e o tempo requerido para o processo de decisão, também aparece em Peczenik, a.a.O., S. 176. As generalizações poupam tempo no tempo das decisões. No entanto, se o desenvolvimento leva muito tempo em relação ao passo das reais mudanças, acaba permanecendo abaixo do limite para uma resposta adequada, por quê o desenrolar das regras de decisão será muito devagar, e provavelmente serão sempre inadequadas. O sistema jurídico se degeneraria em não mais do que um sistema de medidas concretas relativas, relacionando-se ponto por ponto com o interesse ambiente; ele se degenera, porque internamente teria que reduzir a pretensão em relação à consistência das decisões (=justiça).

<sup>55</sup> Ver para isto Scharpf, *Komplexität als Schranke der politischen Planung*. Discurso para a conferência anual associação alemão, Pol. Wiss., Mannheim 1.

um fundamento da ciência do direito (*Jurisprudenz*), mas em uma aproximação abstrata da Teoria dos Sistemas, seria questionável a introdução da constituição. Isto confirma a impressão obtida de Bonn, de que a forma da constituição de nenhuma maneira foi designada para ser uma realidade coerente da sociedade e da política (embora, é claro, ela deve ser obedecida), e que, portanto, a discrepância entre a constituição e a realidade constitucional não podem ser determinadas pela identificação e desembolso (*Auszählung*) de uma variedade de comportamentos distintos. A discrepância é muito mais crítica e, portanto, provavelmente um caráter funcional. Nossa análise, de nenhuma maneira possibilita duvidar do sentido da constituição; ao contrário, na verdade, desde que o contexto histórico se transformou para uma autonomia da economia, o qual originou a constituição do estado da sociedade civil, como forma de diferença social, e, que na prática se tornou irreversível. As instituições posteriormente relacionadas, abaixo de outras constituições, logo, não mais podem ser eliminadas sem serem substituídas, mas apenas desenvolvidas. Ao mesmo tempo, a consciência de que se ingressou em uma mudança é urgente. A específica função política da constituição junto com as demais fundamentos que determinam a ação social precisam ser específicas. Isto requer uma futura análise em um nível mais abstrato.

# CONSTITUIÇÕES POLÍTICAS NO CONTEXTO DA TEORIA DA SOCIEDADE<sup>56</sup>

## (2a PARTE)

De Niklas Luhmann, Bielefeld

### IV.

O resultado da primeira parte da nossa reflexão foi de a análise científica da sociologia das constituições não poder ser considerada somente em termos normativos e desvios comportamentais. Diversas questões importantes não se encaixam neste esquema. Ao contrário, a análise individual dos problemas sugere que a constituição deveria ser sociologicamente compreendida como reguladora das relações do sistema-ambiente do sistema político da sociedade. A constituição do estado civil alcança o seu nível mais elevado de abstração nestas relações, o que não era tão possível em sociedades mais vetustas. Esta é a sua característica mais geral.

Se alguém procurar por esta conquista em acordo com uma fórmula compreensiva, a qual pode ser traduzida na constituição e no pensamento constitucional, pode-se achar a convergência da negação das conquistas. Ao mesmo tempo, a efetiva concentração do poder político de decisões no estado possibilita a especificação e a redução<sup>57</sup>, excluindo aquilo que não pode ser decidido politicamente. Fórmulas de negação são incorporadas na autotematização do sistema político, em que ao mesmo tempo tem a vantagem em ser compatível com mais condições de possibilidades da sociedade - por exemplo, como a troca de premência dos trajes que estão em moda. O sentido e a função das constituições são caracterizadas pelo usos explícito de negações, negações de negações, delimitações, impedimentos<sup>58</sup>. A constituições por si só, em seu sentido formal, é uma negação das mudanças ilimitadas do direito. O constitucional das negações pode ser claramente explicado nos dois pilares da constituição, na instituição dos direitos fundamentais e no princípio da separação dos poderes. Eles têm sobrevivido à forma institucional de sua conceito teórica da teoria da política liberal. Devido a predominância da negação, há um número de gestos permanentes, alguns dos quais são óbvios, e outros ainda necessitam de esclarecimento de suas funcionalidades.

Obviamente, a distinção entre estado e sociedade possibilita a negação de objetivos determinantes do estado (*Staatzielbestimmungen*), porque o estado pode ser descrito como “não sociedade” e a sociedade como “não estado”. Em particular, o estado, como corporação capaz de agir, tam liberdade de negação a, assim, a liberdade de selecionar comportamentos

---

<sup>56</sup> Tradutores - em ordem alfabética: Luiz Rosa Ramos, Octaviano Padovese e Pythagoras Carvalho. Coord. Prof. Tit. Celso Campilongo.

<sup>57</sup> Ver Ernst-Wolfgang Böckenförde, *ie Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart*, in: Festgabe für Wolfgang Hefermehl, 1972, pp. 11-36 (13 f., 17

<sup>58</sup> Ver por exemplo, Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 16 ff.; Maunz, a.a.O., s. 37.

para a sociedade, cujo ele mesmo não é parte. Traduzindo em idioma orientado pela teoria dos sistemas, isto significa que a diferenciação do sistema político e do ambiente da sociedade é a condição mais abstrata da possibilidade de indiferença (como a não-adaptação do sistema) e das intervenções negativas do sistema no ambiente. A constituição realiza esta condição ao programar as suas ações correspondentes. Toda seleção de estados positivos se inicia por meio destas condições triviais ao assumir a possibilidade de negação de outros estados. É assim que se chega à forma de decisão e de sua necessidade na forma de poder e legitimidade.

Estas descobertas não são fáceis de serem conquistadas, porém encontram uma objeção óbvia. Negações nós são familiares, em primeiro lugar, como uma contra-parte lógica de hipóteses positivas. Elas podem ser reformuladas em negações por meio da negação da negação. Porém, se as expressões positiva e o negativa poder ser traduzidas de uma para outra; então, o que nós propusemos nada tem de especial com a tese da estratégia da constituição de dominância da negação?

Nós precisamos esclarecer. O uso de negações tem dado benefícios operacionais. Eles se relacionam com o entroncamento com a elevada complexidade, e, assim, com circunstâncias irreconhecíveis. Todavia, se você não puder enxergar as relações em detalhes, você poderá negar e eliminar os detalhes se eles desagradam, disturbam ou causem algum dano. Neste sentido, um acesso pontual é possível sem considerações adicionais, se a negações lhe atingir unicamente de uma maneira bastante drástica. A negação da negação, então, surge como qualquer coisa certa, como qualquer procedimento justificável. As vantagens técnicas de tais digressões por meio da negação da negação são conhecidas desde a antigüidade<sup>59</sup>. Em uma variedade de filosofia prática ou de disciplinas orientadas para a prática, tal procedimento é recomendado ação (*Handlung*) - ou mesmo como um modelo de progresso<sup>60</sup>. A pesquisa psicológica também apresenta que os limites internos de um sistema poder ser mensurados por tais digressões de processo de informações, porém eles são relativamente modestos (*gering*)<sup>61</sup>.

Estes benefícios de descarga (*Entlastung*), os quais são essenciais para a seleção humana, and os quais são indispensáveis em qualquer caso, são formados quando o aumento

---

<sup>59</sup> <sup>59</sup> Ver por exemplo, Aristoteles, *Topik* 117 a 5 ff.

<sup>60</sup> Ver por exemplo, Christopher Alexander, *Notes on the Synthesis of Form*, Cambridge Mass. 1964, p. 24 ff.; for Political Planning David Braybrooke / Charles E. Lindblom, *A Strategy of Decision. Policy Evaluation as a Social Process*, New York - London 1963, and Charles E. Lindblom, *The Intelligence of Democracy. Decision Making Through Mutual Adjustment*, New York-London 1965; para fazer justiça como eliminação da justiça Edmond N. Cahn, *The Sense of Injustice. An Anthropocentric View of Law*, New York - London 1949; para legislação Fritz v. Hippel, *guidelines and casuistry in the construction of legal systems. A Chapter of Modern Legislative Art*, 1942, p. 34 ff.; para o desenvolvimento das teorias científicas Gaston Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Composition à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris 1947, and the s., *La philosophie du non. Essai d'une philosophie du nouvel esprit scientifique*, 3rd ed., Paris 1962.

<sup>61</sup> Ver P.C. Wason, *The Processing of Positive and Negative Information: Quarterly Journal of Experimental Psychology* 1 (1959), pp. 92-107; For a brief review of research, see George A. Miller, *Language and Psychology*, in: Eric H. Lenneberg (1999), p. 133-142, and for a concise review of the research. Ed.), *New Directions in the Study of Language*, Cambridge Mass. 1964 Pp. 89-107 (102 ff.).

de diferenciação sistêmica cria a possibilidade de operações utilizando os limites da diferenciação sistêmica como negações. O passo adiante da negação da negação são com uma divisa estratégica, e a redução da diferenciação sistêmica é feita com a constituição do estado da sociedade civil. Como resultado, o estado se alivia de um planejamento complexo e se restringe a eliminar, caso à caso, erros basais, distúrbios ou discrepâncias de uma antecipação, do tipo pré-qualificado. Esta conquista é simbolizada pela distribuição da metáfora do “equilíbrio”, que permanece em ordem ao reagir apenas excepcionalmente e unicamente à distúrbios<sup>62</sup>. A teoria do direito é desenhada para isto. A determinação da justiça como equidade é substituída e pela ideia de um meio voltado à moderação (*maßvoll*) (como por exemplo, os regimes “commixtum”) e transformada em uma regra, que sinaliza assimetricamente um problema, que ou precisa ser revertido, ou deverá ser justificado. A produção de uma sociedade justa é dessa forma, ao menos se ela é aguardada pelo progresso, deixado para operar as regras de decisão dos sistemas parciais que objetivam a negação da negação do seu ambiente. A constituição formula e instala o princípio da unidade sistêmica, o qual corresponde ao representado, e em primeiro lugar, não pode nem mesmo ser reduzido ao começo.

Não está à vista, por enquanto, uma solução fundamentalmente distinta e claramente superior<sup>63</sup> para este problema da transformação de uma complexidade social muito elevada em possibilidades de decisão política e jurídica. Na medida em que possam ser estabilizadas, a diferenciação e a definição de fronteiras inevitavelmente funcionam tanto como produção de elevada complexidade quanto como uma técnica de sua redução. Trata-se, presumivelmente, de uma condição permanente de sociedades evolutivamente avançadas, as quais estão estruturalmente aptas a produzir elevada seletividade e, portanto, mais “nãos” do que “sim”<sup>64</sup>. Para isso também contribui a observação generalizada de que cada solução para um problema aumenta desproporcionalmente a quantidade de problemas não resolvidos<sup>65</sup>. Uma técnica de seleção que se deixa estimular por experiências negativas tornar-se-ia, assim, cada vez mais inevitável. As tentativas dos Estados socialistas de integrar política e economia sob a forma de planejamento da produção estatal dependem, em muito

---

<sup>62</sup> Comparar com as mais novas descrições com a referência da consciência para as outras formas insolúveis dos problemas da complexidade, F. A. v. Hayek, *Rechtsordnung und Handelsordnung*, in: ders., *Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze*, 1969, S. 161 - 189 com demais referências S. 173 f.

<sup>63</sup> Pense em algo, por exemplo, no sentido do que Parsons entende por “atualização adaptativa”. Ver *Talcott Parsons, Societies. Evolutionary and Comparative Perspectives*, Englewood Cliffs NJ. 1966, p. 22 s.; *ders.*, *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs, NJ. 1971, p. 25 s.

<sup>64</sup> Cf. Especialmente, *Geoffrey Vickers, The Undirected Society. Essay on the Human Implications of Industrialization in Canada*, Toronto 1959.

<sup>65</sup> Ver, por exemplo, *Hayek*, loc. cit., p. 171; *Gaston Berger, Phénoménologie du temps et prospective*, Paris 1964, p. 232, 235.

maior medida, dos níveis concretos de entrelaçamento dos processos seletivos: os seus planos são projetos daquilo que já não é possível realizar.

As regras para o uso da negação na Constituição, tais como as restrições à competência absoluta, a necessidade de justificar restrições à liberdade e a necessidade de justificar regras desiguais são premissas de decisão *relativamente fáceis de praticar*. Caso tais conceitos se tornem operativos nas *fronteiras do sistema*, ou seja, caso sejam aplicados a problemas decorrentes de uma *descontinuidade entre sistema e ambiente*, cumpre-se uma hipótese geral da teoria dos sistemas sobre a *construção de sistemas complexos*<sup>66</sup>. De acordo com regras simples, a complexidade do sistema é produzida por meio do confronto com a complexidade ambiental. Também seria possível formular de outra maneira: nessas condições, surge a *complexidade contingente*. Como resultado, encontramos, entre outros, um conjunto altamente complexo de normas de direito positivo e um conjunto igualmente complexo de reivindicações sociais, desejos e expectativas complementares relacionadas ao Estado. Essa relação *genética* entre o simples e o complexo de modo algum garante, no entanto, a *possibilidade de controle* do sistema complexo; em termos escolásticos, não garante a *racionalidade da diversidade*<sup>67</sup>. A Constituição é um bom exemplo deste problema: garante a capacidade de decisão de um sistema político diferenciado, garantindo assim uma função operativa na intermediação contínua entre sistema e ambiente – e não garante a racionalidade e a possibilidade de controle das situações a partir daí produzidas.

Com estas considerações, lidamos com a auto-compreensão do Estado Constitucional da sociedade civil. Seria tão sem sentido quanto irrealista opor-se a esse princípio dinâmico de uma sociedade dinâmica como sendo “conservador”. Tal crítica, que ainda está orientada por opostos como estático/dinâmico ou continuidade/mudança, imita a autocrítica da sociedade civil que fazia sentido no século XIX e que hoje é vazia. E mais: a negação ainda não é suficientemente compreendida como necessária e bem-sucedida. Assim que se formula que um sistema se refere ao seu ambiente por meio de negações, esta relação é formulada em um nível (pretendido como analítico ou como real) que tem a possibilidade de apresentar esta negação como algo positivo, por exemplo, como uma função ou uma prestação. Dessa maneira, expõe-se à questão sobre as exatas condições para uma avaliação positiva a este

---

<sup>66</sup> Sobre isto, fundamentalmente *Herbert A. Simon*, *The Sciences of the Artificial*, Cambridge Mass. 1969.

<sup>67</sup> Para a tradição teológico-metafísica a racionalidade da ordem originada era garantida também no caso do *complexio contingens* pelo próprio Gênesis, notadamente pelo seu fundamento na vontade de Deus. Também aqui, no entanto, já se discutia se a natureza dos complexos contingentes não seria contraditória com uma previsão divina puramente intelectual. Ver *Duns Scotus*, *Ordinatio I* dist. 39 n.7 (citado por *Opera Omnia*, Civitas Vaticana 1950 s., vol. VI, p. 406 s.). Para a teoria dos sistemas, ambos os aspectos se distinguem: o surgimento da complexidade contingente não garante sua transparência e possibilidade de controle racionais; em vez disso, os problemas de processamento de informações são tratados como *problemas* (não necessariamente solucionáveis) *subsequentes* ao surgimento de sistemas altamente complexos.

nível<sup>68</sup>. Uma negação pode alcançar algo positivo, mas não tem de fazê-lo. A funcionalidade abstrata do desvio via negação das negações apenas diz algo a respeito dessa *possibilidade*, no máximo a respeito da *necessidade de tal possibilidade* em um determinado estágio de desenvolvimento da sociedade. A sua utilização está sujeita a condições restritivas adicionais. Dentro deste tipo geral de regulação mediada pela negação, no entanto, são possíveis formas muito diferentes de processar experiências negativas – por exemplo, as que se tornam dinâmicas e progressistas, assim como as que carecem dessas propriedades<sup>69</sup>. Para poder produzir diferenças nessa direção é necessária uma abordagem teórica “mais rica” (enriquecida por dados estruturais e relativizada historicamente) que, todavia, se insere no nível de uma teoria do sistema social abrangente. Tal teoria não está disponível hoje em dia. A possibilidade de especificar um conceito sociológico de constituição política depende do seu desenvolvimento.

Faltava à distinção clássica entre Estado (político) e sociedade (econômica), como discutido acima, um conceito para este nível do sistema social abrangente. Essa distinção não tinha qualquer possibilidade de “erguer” as relações negativas entre o sistema e o ambiente social ou de analisar a sua função positiva. A negação permanecia assim como uma última instância à qual correspondia não uma consciência controladora, mas a ausência de tal consciência – isto é, a pura e inegável facticidade da sociedade<sup>70</sup>. Este conceito tem uma exatidão peculiar em relação à situação histórica, que pode ser posteriormente reconstruída e tornada compreensível. Com a crescente diferenciação de um sistema, diminuem as afirmações que se aplicam ao sistema como um todo e a todas as suas partes; ao mesmo tempo, diminuem as estruturas que podem ser relevantes e obrigatórias para o sistema como um todo e para todas as suas partes em todas as situações. Pode-se formular esta legalidade, com Ackerman e Parsons, como compulsão à generalização e re-especificação<sup>71</sup>. Na situação de mudança radical do primado político para o primado econômico da sociedade, este

---

<sup>68</sup> Respondo aqui a uma crítica muito difundida e completamente justificada ao grau de abstração das afirmações funcionais ao nível de uma teoria geral dos sistemas. No entanto, não vejo aqui um erro na teoria, mas antes um problema na própria matéria observada. Sistemas complexos requerem estruturas generalizadas. A necessidade de re-especificação, que surge como resultado de generalizações necessárias em sistemas complexos, não surge apenas para os sistemas reais da realidade social; essa re-especificação é marcadamente repetida em sua análise teórica. Esta última deve, conseqüentemente, responder a essa situação distinguindo entre indicações funcionais gerais e “constraints” estruturais concretos, que limitam – nos casos-limite exceto em um caso – qual forma de desempenho de uma função é possível em determinados sistemas.

<sup>69</sup> Sobre isso, ver fundamentalmente *Magoroh Maruyama*, Goal-Generating Dissatisfaction, Directive Disequilibrium and Progress: *Sociologia Internationalis* 5 (1967), p. 169-188.

<sup>70</sup> Ou sua contraparte abstrata, a também inegável e altamente estilizada “realidade da ideia moral” concreta – o Estado de Hegel.

<sup>71</sup> Ver *Charles Ackerman/Talcott Parsons*, The Concept of “Social System” as a Theoretical Device, in: Gordon J. DiRenzo (Hrsg.), *Concepts, Theory, and Explanation in the Behavioral Sciences*, New York 1966, p. 19 – 40 (36 ss.)

problema foi sobre-interpretado como um dualismo entre Estado e sociedade, tornando-se assim insolúvel<sup>72</sup>.

## V.

Seguindo essas investigações, que devem ganhar distância pela abstração e determinar o que deve ser preservado, retornamos à pergunta sobre a função da Constituição. Para isso, na seção II da primeira parte, expusemos a tese de que constituições têm de reformular as condições de compatibilidade social para o sistema político da sociedade. A isso nos reportamos.

A necessidade de uma *reformulação* de condições de compatibilidade decorre da necessidade de *reespecificação* que é de se esperar como consequência da generalização muito alta das estruturas da sociedade como um todo. Os níveis de formação do sistema da sociedade com um todo e de seus sistemas parciais são hoje mais segregados do que nunca. O mesmo vale também para o sistema da sociedade em relação a organizações isoladas ou ainda em relação a sistemas simples de interação entre presentes<sup>73</sup>. Assim, o nível cada vez mais alto de formação do sistema perde expressividade imediata e valor de orientação para a ação em sistemas subordinados. Daí que condições especiais do sistema devam ser concretizadas de forma escalonada. A sociedade não é mais instrutiva de forma direta<sup>74</sup>. A demanda por constituições legisladas e escritas responde a essa situação. A resposta está, assim, principalmente, na premissa de uma forma que é expressa não pela prescrição de determinados conteúdos políticos, religiosos, morais. O fato de que tais conteúdos, em seu imediatismo social, tornaram-se materialmente indistintos, temporalmente variáveis e socialmente controversos é precisamente o que fundamenta a necessidade de uma reformulação no nível da política do Sistema; eles são meras possibilidades que requerem uma seleção redutora. Como

---

<sup>72</sup> Insolúvel, ao menos, por meios racionais. Sociedades mais antigas teriam tido à sua disposição certas técnicas de *tabu* linguístico ou moral para o tratamento de situações em que as dualidades estruturalmente necessárias se tornam confusas e ambíguas. Cf. *Edmund Leach*, *Anthropological Aspects of Language. Animal Categories and Verbal Abuse*, in: Eric H. Lenneberg (Hrsg.), *New Directions in the Study of Language*, Cambridge Mass. 1964, p. 23 - 63. Também a famosa análise da viscosidade por *Jean-Paul Sartre*, *L'être et le néant*, 30ª edição, Paris 1950, pp. 690 ss. oferece um exemplo relevante. Mais tarde, civilizações avançadas resolveram o mesmo problema em níveis de sentido mais abstratos por meio do *aperfeiçoamento* de certas concepções ideais (e.g. Deus, justiça), que concentram as possibilidades de crítica e justificação em algo inegável. Sobre isso *Kenneth Burke*, *Studies in Logology*, Boston 1961, esp. p. 283 e seguintes. A única coisa que resta para o século XIX é a *formulação* do problema: dialética.

<sup>73</sup> No mesmo sentido, veja Parsons, op. cit. (1966, 1971), *Evolution als stärkeres Auseinandertreten einzelner Ebenen einer kybernetischen "hierarchy of control"*.

<sup>74</sup> Um indicador desse desenvolvimento é o declínio dos laços de ação *religiosos*, que, mesmo onde a religião é diferenciada como um subsistema social (igreja), permanecem funcionalmente ligados ao nível de toda a sociedade. Sobre isso, Niklas Luhmann, *Religiöse Dogmatik und gesellschaftliche Evolution*, in: Karl-Wilhelm Dahm - Niklas Luhmann - Dieter Stoodt, *Religion – System und Sozialisation*, (1972), pp. 15-132. Outra prova está no desvanecimento da *moral* como uma condição socialmente *consistente* de respeito humano e em sua reconstrução pluralista.

estado constitucional, o sistema político da sociedade moderna reconhece para si a seletividade de sua autoidentificação. Como tal, essa seletividade é inevitável na situação atual da história mundial. Ela pode ser atribuída à “vontade” de um poder constituinte e a uma decisão legislativa ou pode ser meramente registrada como forma historicamente desenvolvida de instituições. Também os ingleses, *nolens volens* [por omissão], têm uma constituição.

Se a constituição deve, portanto, ser concebida como autodeterminação da identidade do sistema político no quadro de possibilidades sociais, então duas questões devem ser respondidas, a saber (1) a questão do *processo* que realiza essa seleção, e (2) a questão das *condições de enquadramento sócio-estruturais* que o limitam. Somente após esclarecer essas questões preliminares nós poderemos novamente retornar ao problema quanto a se e em que sentido o estado constitucional é um *estado de direito*.

(1) Em seu famoso estudo da constituição inglesa, *Walter Bagehot* começa, ao caracterizar as constituições, com observações distanciadas sobre essas palavras veneráveis e imprecisas que são passadas de geração a geração<sup>75</sup>. A esse grupo pertencem não só as determinações sobre separação de poderes de que Bagehot trata, mas também aquelas categorias centrais com que o estado constitucional da sociedade burguesa até hoje descreve sua autoseleção: as categorias de *representação* e *participação*. A categoria correta, porém, chama-se *reflexão*.

É claro que as fórmulas de compatibilidade não podem ser simplesmente substituídas no sentido de que a justiça desaparece quando a representação é introduzida e a representação desaparece quando a reflexão é introduzida. Nem criação, nem evolução completam-se no caminho da aniquilação<sup>76</sup>. As possibilidades de substituição no processo evolutivo baseiam-se, ao contrário, no fato de que a aniquilação não é necessária, mas as estruturas são reorganizadas de modo que as conquistas sejam mantidas e os problemas insolúveis sejam ignorados. Nesse sentido, o princípio da representação justifica e critica a si mesmo com base no padrão da justiça, sem depender estruturalmente de que o justo seja determinado e tratado com justiça; e a reflexão baseia-se na representação de necessidades, interesses, conflitos, ambições por representação, sem depender estruturalmente de que seja bem-sucedida a transformação da representação de interesses em vontade geral.

A categoria da representação não pode ser desenvolvida a partir de uma teoria da sociedade burguesa; ela tem raízes mais antigas como premissas de pensamento e significação. A representação é a imagem da unidade na multiplicidade, a visualização daquilo que, como múltiplo, não pode estar presente. Ela pressupõe a perfeição real e a racionalidade dessa unidade. Essas premissas de pensamento não são mais compartilhadas hoje. Com isso, a categoria da representação deixou de ser passível de fundamentação. Uma crítica dessa

---

<sup>75</sup> The English Constitution, London (1987), tradução alemã: Die englische Verfassung (1971), p. 47.

<sup>76</sup> Sobre o conceito, com orientação à história dos conceitos, H.K. Kohlenberger, Annihilation, in Historisches Wörterbuch der Philosophie, vol. I (1971), pp. 333 e ss.

categoria não deve ser confundida com uma crítica do parlamentarismo moderno. Ela visa ao desenvolvimento de conceitos derivados analiticamente mais úteis, que, entre outros, possam também fundamentar melhor o parlamentarismo – por exemplo, como uma instituição de “abertura” de possibilidades<sup>77</sup>.

O fato de que se mantivesse o apego, na revolução burguesa, a belas palavras reconhecidas, como representação e participação, e não se voltasse para a nova categoria da reflexão teve por razão principal a compulsão histórica por conexão de novas formas, mas também deveu-se em parte a razões imediatamente políticas, em parte a razões de complicada história dos conceitos que não podem ser adequadamente apresentadas aqui. Surpreendentemente, falta mesmo uma discussão das relações recíprocas dessas categorias<sup>78</sup>. Que disso decorra um problema, só pode ser visto após o esclarecimento do conceito de reflexão, e esse esclarecimento pressupõe que se diferencie uma maioria de referências do sistema, no sentido acima proposto (Parte I, p. 5 e seguinte).

O sistema político, enquanto sistema parcial da sociedade, tem relações com os outros sistemas parciais e relações com o próprio sistema da sociedade, as quais, apesar de interdependentes, devem ser meticulosamente diferenciadas para fins analíticos. Nas relações com outros sistemas parciais da sociedade, operam processos de intervenção e adaptação controlados pelos meios (aqui: controlados pelo poder). Para descrever a relação do sistema parcial com o sistema abrangente da sociedade, é preciso outras categorias. Para tais relações da parte com o todo, foram reservados, na linguagem tradicional, os conceitos de representação e participação<sup>79</sup>. Sua distinção baseia-se na premissa de uma hierarquia societária, que habilita toda parte à participação, mas apenas as “maiores partes” à representação. A sociedade burguesa revogou principalmente essa distinção enquanto identificou participação e representação; mas ela também revogou as bases dessa distinção<sup>80</sup> e forçou, assim, uma revisão da participação/representação política na reflexão política.

---

<sup>77</sup> Sobre isso, Niklas Luhmann, *Komplexität und Demokratie*, in idem, *Politische Planung* (1971), pp. 33-45.

<sup>78</sup> Um breve contraste de representação e reflexão em Gerhard Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation* (1929), p. 35, deixa claro por que não houve “comparação de desempenho” de representação e reflexão: a representação depende de um representante, [já] a reflexão, enquanto mera imagem, pode mostrar o que não está presente. Falta referência a um problema básico comum. Afinal, nesse contraste, o potencial mais alto de abstração da reflexão fica claro; e, ao mesmo tempo, anuncia-se um problema derivado, a saber, a questão de se e como a reflexão pode ser também um processo social entre presentes.

<sup>79</sup> O fato de essa definição ser difícil de manter sem uma distinção clara entre as referências do sistema pode ser visto pela combinação constantemente problemática de representação e defesa de interesses. Sobre a histórica de “participação”, veja, em geral, Otthein Rammstedt, *Partizipation und Demokratie*, ZPol 17 (1970), p. 343-357; sobre a história de “representação”, Hans J. Wolff, *Organschaft und juristische Person*, vol. II (1934), p. 16-91, reimpresso em Heinz Rausch (org.), *Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation um Repräsentativverfassung* (1968), p. 106-208.

<sup>80</sup> Se a tese de Forsthoff sobre a perda da auto-representação cultural do estado for suficientemente reduzida, isso é o que resta como seu núcleo legítimo. Vide Ernst Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft* (1971), em especial p. 158, e, na medida em que está de acordo, Werner v. Simson, *Der Staat der Industriegesellschaft: Der Staat 11* (1972), p. 51-60.

Na categoria da reflexão, surge uma *contingência dependente de processo da autodeterminação de um sistema parcial*, que nós acima chamamos principalmente de reformulação. A reflexão não se limita, de modo algum, a um caso especial de reflexividade, na qual foi encontrada; ela não é apenas pensar sobre o pensamento, tampouco é suficientemente descrita como autoconsciência do “sujeito”, que é forçado a pensar sua identidade quando pensa seu pensamento. Ao contrário, neste paradigma, expressa-se um estado de coisas mais geral, também aplicável a sistemas sociais, qual seja, que o autocontrole reflexivo altera a consciência de identidade em direção à contingência, à possibilidade de seleção de estruturas e à especificação funcional e/ou histórica, porque, de outra forma, nem o escopo, nem os limites do autocontrole podem ser determinados<sup>81</sup>. A reflexão, nesse sentido, é, por assim dizer, a visão interior da autossletividade imposta pela sociedade, a resposta a uma situação em que a sociedade não pode mais ser representada na identidade de seu sistema parcial, mas sustenta tantas possibilidades de ser diferente que os sistemas psíquicos e os sistemas sociais devem desenvolver processos reflexivos de seleção de estruturas – processos de pensar o pensamento ou amar o amor, de pesquisar sobre a pesquisa, de normatizar as normas, de financiar despesas monetárias ou de subjugar os detentores do poder<sup>82</sup>.

Condição interna ao sistema para a reflexão é um escopo adequado de decisão, em que decisões podem tomar a forma de escolha entre outras possibilidades. A questão, porém, é se as condições da constituição desse escopo decisório, ao mesmo tempo, não impedem a reflexão. Para o sistema político, esse escopo decisório forma-se com base na constituição, por meio da qual são introduzidos procedimentos em que o resultado da decisão não é previamente determinado. Procedimentos capturam a pressão motivadora do ambiente da sociedade no sistema político, transformando-a em motivos operacionais e em mecanismos de absorção de

---

<sup>81</sup> Deixamos em aberto o quanto disso pode ser concebido adequadamente sob o título *sujeito*. Vide sobre isso agora Willi Oelmüller, *Was is heute Aufklärung?* (1972), especialmente p. 68 e seguintes, que busca no conceito de sujeito uma ligação com a história das liberdades inacabadas. Mas o sujeito não é o homem enquanto homem (ou enquanto não-homem?), mas sim, em sentido mais estrito, o que está por trás da reflexividade. O sujeito também começa a se tornar uma categoria venerável e imprecisa, e também desbotada, se o entendermos como um tipo de substância antropológica ou pessoal que pode ser representada e exigir participação! Em face de tal confusão conceitual, deve ser mais correto elevar a ideia do sujeito a uma forma mais abstrata e abandonar o termo.

<sup>82</sup> Sobre isso, com mais explicações, Niklas Luhmann, *Reflexive Mechanismen*, in idem, *Soziologische Aufklärung*, op. cit., p. 92-112.

frustrações compatíveis com mais de uma decisão<sup>83</sup>. Com isso, as condições estruturais de *facilitação* de decisões e as condições estruturais de correção de decisões podem ser segregadas. As decisões tornam-se *programáveis*. Procedimentos trazem os próprios processos de decisão, mas em uma forma pouco favorável à reflexão. O sistema político identifica-se mais por meio da acumulação que por meio da reflexão de resultados por procedimentos. De todo modo, sob condições específicas do sistema quanto a procedimentos e o esquema de sua diferenciação pela separação de poderes, a reflexão política ainda não pode ser operacionalizada, ou seja, não pode ser transferida ao nível da ação organizada e da interação elementar.

Presumivelmente, no entanto, o gargalo está nas condições categoriais de reflexão, de que dependem os desenvolvimentos institucionais.

À transformação de representação em reflexão está ligada a transformação de uma sociedade considerada conhecida em uma sociedade considerada desconhecida. O sistema político não pode mais apoiar suas decisões em informações completas sobre a sociedade, e não só por causa da abundância de detalhes, mas também por três razões principais, que convergem: do ponto de vista material, porque a sociedade no seu todo é muito mais complexa que o sistema político; do ponto de vista social, porque o sistema político interage com outros sistemas na sociedade sob condição de dupla contingência e não exclui um momento de imprevisibilidade em relações variáveis em ambos os lados; e, do ponto de vista temporal, porque o sistema político já não se orienta mais ao passado, mas ao futuro. Sob o princípio da reflexão, o problema do conhecimento da sociedade é, assim, um problema da complexidade adequada daquele que conhece em relação ao objeto; sob o princípio da representação/participação, isso era, em sentido muito antigo, um problema de conhecimento do igual pelo igual.

Na prática de planejamento político-administrativo e na prática decisória, desenvolvem-se técnicas racionais de fato (embora ilegítimas) de formulação precisa de circunstâncias desconhecidas, de autocondicionalização por meio da incorporação de condições abertas de aplicação, de proteção interna de riscos, de planejamento de

---

<sup>83</sup> Minha análise desse mecanismo de transformação em “Legitimation durch Verfahren [Legitimação pelo Procedimento]” foi muitas vezes entendida pelos críticos como se eu defendesse essa solução para o problema. Veja, por todos, Hubert Rottleuthner, *Zur Soziologie reicherlichen Handelns: Kritische Justiz* (1970), p. 282-306, (1971) p. 60-88 (p. 69 e seguintes). Isso se baseia em uma má compreensão das condições e limites da análise científica de problemas isolados. Ao menos para a forma de análise da teoria dos sistemas que eu concebo, o esclarecimento de soluções de problemas está sempre ligado ao surgimento de novas questões. Naturalmente, a tese de uma neutralização de motivos individuais controversos por meio de procedimentos é “chocante”. Mas daí não se segue, nem do ponto de vista da política legislativa, nem do ponto de vista científico, que se deve imediatamente eliminar a impulso, pois isso significaria eliminar a realização do procedimento e dar ensejo a um desenvolvimento regressivo. Mas a análise poderia ser um impulso para reposicionar o problema da reflexão política e sua transformação em consciência operativa; pois só na reflexão a negação da pressão motivadora imediata pode ser tão neutralizada que é preservada como uma conquista e, ao mesmo tempo, problematizada em suas consequências.

possibilidades de erro, e de regras cibernéticas que possibilitam a racionalidade no trato de relações desconhecidas. Nesse sentido, a negação do negativo torna-se praticável; apenas o tipo de prática não corresponde mais, sob condições alteradas, à ideia original do estado constitucional burguês. Em vista desses desenvolvimentos, a teoria da constituição enfrenta a questão das condições de sua possibilidade (não só de sua admissibilidade!) e das condições de sua compatibilidade social.

(2) As condições sociais de enquadramento da reflexão nos sistemas parciais da sociedade podem ser resumidas sob três pontos de vista, a saber, à vista de sua função de determinação de possibilidades contingentes, da formação de meios de comunicação e de diferenciação sistêmica<sup>84</sup>.

Por meio da constituição, o problema da contingência é transformado em um problema da capacidade de fundamentar decisões vinculativas. No que tange à forma jurídica, ele aceita tratar os fatos de maneira dicotômica com a categoria lícito/ilícito como uma completa disjunção. Essa estruturação de problemas tem premissas próprias e amplas consequências para o tipo de problemas que podem ser apresentados e resolvidos no contexto político<sup>85</sup>. Ela se mostra como uma estrutura contingente de escolha inadequada quando se pergunta apenas pela correção das fundamentações e se reconstituem fundamentações sobre cadeias de fundamentos a partir de valores ou regras resistentes de fundamentação com base no discurso. Além disso, deve-se examinar como é possível manter e praticar essa opção unilateral de uma tal fórmula em uma sociedade altamente complexa.

Pertence a essas condições que a especialização corresponda ao desempenho de uma função, que, em outros campos da sociedade, outras fórmulas de contingência funcionem em níveis socialmente adequados e possam ser implementadas em consciências operativas. Isso pode ser pressuposto, ao menos, para a economia e sua fórmula da contingência, a escassez (que não é binária!)<sup>86</sup>. Na sociedade burguesa, o cálculo de escassez compensa as fraquezas

---

<sup>84</sup> Esses pontos de vista relacionam-se, do ponto de vista da teoria da evolução, com mecanismos de *variação* por meio da produção de possibilidades, de seleção e de estabilização. Sobre isso, um breve esboço sobre a evolução da sociedade em Jürgen Habermas – Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?* (1971), p. 361 e seguintes, e minha formulação no campo do direito em *Rechtssoziologie [Sociologia do Direito]* (1972).

<sup>85</sup> Isso é mostrado muito claramente nos estudos de caso sobre os limites e consequências disfuncionais de ações direitas sobre questões sociais. Vide, e.g., Wilhelm Aubert, *Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung*, in Ernst E. Hirsch – Manfred Rehbinder (orgs.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, edição especial 11 do *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* (1967), p. 284 – 309; Leon H. Mayhew, *Law and Equal Opportunity. A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Cambridge Mass. (1968), ou Troy Duster, *The Legislation of Morality. Law, Drugs and Moral Judgment*, New York-London (1970).

<sup>86</sup> Sobre isto, Niklas Luhmann, *Knappheit, Geld um dies bürgerliche Gesellschaft: Jb. f. Sozialwiss.* 23 (1972), p. 186-210. O mesmo vale para a fórmula de contingência da verdade – o esquematismo lógico dicotômico, mas não normativo e cognitivamente binário. Muito mais difícil é responder a essa questão no campo da religião, com sua fórmula de contingência de deus. Sobre isso, Niklas Luhmann, *Religiöse Dogmatik und gesellschaftliche Evolution*, op. cit.

estruturais do direito, assim como, ao reverso, o direito compensa as fraquezas estruturais do cálculo de escassez.

Em comparação com a situação de partida da sociedade burguesa, que atribuiu o direito ao estado e a escassez à sociedade, ocorreram mudanças que não podem ser compreendidas com essa dicotomia de fórmula de contingência e sistema. Como geralmente se vê, aumentou a necessidade da economia por decisões políticas de controle e correção. Por outro lado, em uma sociedade altamente complexa, rica em possibilidades, a pressão de frustrações passa de expectativas normativamente institucionalizadas para meras expectativas projetadas. Desse modo, a frustração se dá não apenas porque seu bom direito não se mantém, mas simplesmente porque não se realiza mais rápido o suficiente. Com isso, desloca-se a função de gerenciamento da contingência e da interceptação de frustrações com estados e acontecimentos que poderiam ser diferentes para além das [p. 178] regras e procedimentos decisórios normativos na política como processo. Sua contingência não é mais mediada, na sociedade, por sistemas de normas especificadas ou somas constantes ou suposições naturais, mas somente por pontos de vista valorativos os mais abstratos, no sentido de linhas possíveis de crescimento, e por condições de compatibilidade estrutural a serem analisadas em detalhes. Com isso, nós nos aproximamos de uma situação em que a fórmula política para contingência estruturada e não arbitrária só pode ser obtida com a ajuda da pesquisa científica.

Outras condições gerais referem-se à dependência por parte da sociedade em relação ao meio de comunicação do poder. O problema é conseguir a disponibilidade do poder em *todas* as interações da sociedade, mesmo se a diferenciação social aumenta e um sistema político especial é diferenciado para a criação e provisão de poder mais efetivo. A concentração política de decisões sobre recursos de poder de todo modo superiores (especialmente aqueles baseados na violência física) não deve levar a que o poder político apenas sirva como meio de comunicação dentro do sistema político – assim como a verdade não pode ser reduzida e uma linguagem de pesquisa. Em vez disso, deve permanecer possível recorrer ao poder político também em interações não políticas de todo tipo, inclusive no trânsito e em brigas conjugais. Isso se dá por meio de uma combinação do código do poder com o direito. O direito formula condições de aplicação do poder politicamente constituído, que entra em jogo quando as próprias partes não têm poder político e não podem ou não querem agir politicamente. Ele evita, assim, a politização sem mediação de todas as interações sociais.

Sob condições determinadas, a serem analisadas em detalhes, as quais resumiremos no conceito de estado de direito, parece ser possível aumentar o acesso do direito a situações sociais sem trazer isso de forma direta sob o código de comunicação do poder. Em transações comerciais, é possível fechar contratos confiando na disposição da outra parte em cumpri-los

e, ao mesmo tempo, exigir uma cláusula exequível<sup>87</sup>. A garantia jurídica da possibilidade de divórcio não impede, mas, ao contrário, exige que a comunicação do casal seja motivada por amor e respeito e não se desenvolva em relações de poder e exploração específicas ao sistema. O mesmo deve valer para a organização da pesquisa científica, na qual a comunicação pode orientar-se ao código da verdade precisamente quando são esclarecidas juridicamente – ou seja, por meio de referências condicionais ao poder político *remoto* – as relações de dependência<sup>88</sup>.

Esses exemplos mostram temas de uma reflexão política que se dirige a condições de compatibilidade do sistema político com estruturas de seu ambiente social. Eles mostram que código e processo podem ser separados em vários meios de comunicação e podem ser recombinações como constelações de possibilidades sob a condição crucial de que os níveis de integração não sejam escolhidos em bases muito concretas ou “locais”. Isso pressupõe um meio adequado de diferenciação do sistema.

Por meio da diferenciação do sistema, processos de formação de sistemas tornam-se reflexivos, ou seja, aplicam-se a si mesmos, ou seja, repetem-se no sistema<sup>89</sup>. No sistema, os sistemas parciais podem tratar-se uns aos outros como um ambiente ordenado e, assim, reduzir sua carga. No que diz respeito à diferenciação sistêmica, portanto, a reflexão (em oposição à adaptação) significa que os sistemas parciais levam em consideração sua *adequação como ambientes de outros sistemas* no processo de sua autodeterminação. Como sistemas parciais, eles devem ser ambientes possíveis para os demais sistemas. As condições de compatibilidade

---

<sup>87</sup> O quanto essa combinação é antinatural e culturalmente dependente é mostrado por uma olhada na cultura do Extremo Oriente, na qual a confiança e a capacidade de compreensão, de um lado, e a orientação ao direito, de outro lado, são vistos como contraditórios. Vide, e.g., Dan Fenno Henderson, *Conciliation and Japanese Law. Tokugawa and Modern*, 2 vol., Seattle - Tokyo (1965); Kawashima Takeiوشي, *The Notion of Law, Right and Social Order in Japan*, in Charles A. Moore (org.), *The Status of the Individual in East and West*, Honolulu (1968), p. 429 - 447; Hahm Pyong-Choom, *The Korean Political Tradition and Law*, Seoul (1967), bem como idem, *The Decision Process in Korea*, in Glendon Schubert - David J. Danelski (orgs.), *Comparative Judicial Behavior. Cross-Cultural Studies of Political Decision-Making in the East and West*, New York (1969), p. 19 – 47, com análises excelentes das justificativas “constitucionais”, a saber (1) falta de diferenciação da verdade e do poder no sistema político; portanto (2) falta de especialização do Judiciário na realização da disjunção moral-legal do comportamento bom (lícito) e ruim (ilícito); portanto (3) falta de alternativas da estrutura hierárquica da sociedade, (4) falta de separabilidade de sujeição pessoal e sujeição legal, ou seja, falta de liberdade, e (5) falta de igualdade, isto é, inviabilidade de procedimentos contraditórios, que, por sua vez, (6) tem por consequência que é preciso orientar-se na vida cotidiana a relações de poder óbvias (locais!) e não a uma combinação de direito e relações de poder distantes.

<sup>88</sup> Isso pode ser visto na relação entre professor titular e assistente, na estrutura universitária atualmente em mudança. O problema não está na dependência enquanto dependência (por exemplo, no sentido de estar vinculado a instruções), mas na forma de dependência juridicamente não qualificada e, portanto, “local”. Isso poderia ter sido reformado na direção da juridificação e do controle político, na medida do possível, de todas as fontes determinantes de poder para a relação. No entanto, visto o problema na dependência como tal, a reforma anda na direção de uma dissociação que substitui a dependência por apelos à cooperação e relações de trocas, com consequências que prejudicam a capacidade de organização da universidade.

<sup>89</sup> Sobre esse conceito de mecanismo reflexivo em geral, Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, op. cit., p. 92-112.

variam com a estrutura do sistema mais amplo. No nível do sistema da sociedade, hoje elas já não podem mais ser encontradas em um conjunto mínimo de valores e crenças compartilhados, mas se encontram na forma de melhorias de desempenho e autolimitação que concedem a outros sistemas, enquanto condições do ambiente, a possibilidade de especialização de estruturas mais altas e uma redução de carga adequada no seu processamento de informação. Para o sistema político, essa função localiza-se na constituição e é transmitida, pela constituição, aos demais processos do sistema político, para os quais a reflexão pode não ser igualmente determinante, porque ela está em relação direta de influência e adaptação ao ambiente.

## VI.

Para terminar, seguindo uma recente publicação, algumas consequências sobre o pensamento sobre o estado de direito podem ser formuladas<sup>90</sup>. O princípio do estado de direito não como um texto constitucional, assim como outros princípios são compreendidos. As tentativas para uma redução apropriada - como por exemplo, o princípio da legalidade (*Gesetzmäßigkeit*) na administração - hoje é considerado como condicionado ao tempo (*zeitbedingt*) e obsoleto. Como também a comparação entre o estado de direito e o estado social não colabora com nada para se alcançar algo preciso; porque a ideia do estado de direito não pode ser entendida como contrária ou diferenciada a uma ideia de estado social, nem como um caso melhorado de uma ideia de estado social como dinâmico modificaria a direção específica do princípio do estado de direito<sup>91</sup>. Finalmente, a corrente combinação de uma norma individual como um componente de uma ideia de estado de direito não satisfaz, a partir do momento que o princípio agregador<sup>92</sup> é deixado indefinido (*unklaren*).

Não sendo o estado de direito uma norma constitucional no sentido usual, então é provavelmente uma legalidade (*Rechtlichkeit*) da própria constituição. Nós já encontramos as razões na seção anterior para que função de diferenciação e função de transmissão da constituição seja apresentada (*erfüllt*) na forma jurídica: a forma contingencial do sistema político se baseia na distinção do direito e não-direito, assim o poder do meio de comunicação do sistema político precisa receber/conservar (*erhalten*) o interesse de um aumento de uma transmissão de poder (*Übertragungsleistungen*) em uma codificação jurídica.

A respeito do estado de direito deve ser entendido que este resultado não pode ser obtido por uma forma politicamente arbitrária. (A este respeito não era errado concluir que as

---

<sup>90</sup> Niklas Luhmann, *Gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaates*, in: ders.y Politische Planung, a.a.O., S. 53 - 65.

<sup>91</sup> Se alguém adotar esta fórmula, então seria relativamente justificável, com Ernst Forsthoff, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, in: ders., *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, S. 38 ff., para buscar o campo de realização do estado de bem estar social sob o direito constitucional na legislação e administração; mas que por outras razões que apenas razoavelmente justificáveis, por conta que a Constituição é instruída para um futuro desenvolvimento das diretivas das políticas sociais.

<sup>92</sup> Ver por exemplo Maunz, a.a.O., S. 67 ff.

primeiras formulações da ideia de estado de direito de um conceito de razão apenas se refere excessivamente ao reconhecimento das condições e limites (*Schranken*) da compatibilidade, e via ao mesmo tempo neste reconhecimento as condições de realizações (*Verwirklichungsbedingungen*); enquanto hoje se dúvida a esse respeito e, portanto, por causa disso e por obrigação, se prefere indicar a própria compatibilidade do estado de direito.

Por esse motivo, é correto, mas não suficiente determinar que o estado de direito é como restrição do poder soberano estatal pelo direito (que significa: diferenciação). Esta fórmula é uma transformação histórica em seu conteúdo, que é apenas passível de análise, quando é sociologicamente elucidada. Para isto nos ajuda o insight de que a conexão do direito à forma contingencial e ao código de poder do sistema político estão relacionados à sociedade como um todo (sem perder a sua funcionalidade específica). Esta sociedade referencial (*Gesellschaftsbezug*) se manifesta em geral por meio da institucionalização universal da validade e da função do direito. Por "universal", de acordo com o uso sociológico<sup>93</sup>, significa que a função do direito pode ser exercida independentemente de situações concretas e definidas daqueles envolvidos em conflitos. Este princípio precisa ser desenvolvido junto com a positivação do direito e estendido à própria delimitação do direito (*Rechtssetzung*). A perfeição do universalismo jurídico é atingida por meio do postulado de que para qualquer um<sup>94</sup>, a qualquer momento, as leis são aplicadas e sujeitas -ao menos que a próprio legislador altera a lei de acordo com os procedimentos legais. A obsessão contemporânea da perspectiva do sujeito e sobre a justificação do direito oculta ao mesmo tempo a possibilidade de postulados muito mais contínuos (*weitergehenden*): de que cada ação, a qualquer tempo, pode ser decidida e posta em prova a partir do posicionamento do mesmo ponto de partida da legalidade (*rechtmäßig*)/direitos.

A validade universal do direito pressupõe a existência de uma adequada diferenciação, cuja convivência quotidiana atípica (*fernliegenden*) é remota para as qualidades decisórias dos sistemas políticos. A prática jurídica não pode ser orientada por particularidades, as práticas auto-referenciais dos sistemas políticos. A partir disso, Parsons deduz a necessidade de separar o sistema jurídico do sistema político. No entanto, isto não leva em consideração a questão da legislação. É o estado de direito constitucional que regula a transformação do particular para uma orientação universal. Isso ocorre efetivamente por meio de uma diferenciação interna do

---

<sup>93</sup> Seguindo Parsons (ver especificadamente Alcott Parsons / Robert F. Bales / Edward A. Shils, *Working Papers in the Theory of Action*, Glencoe 111. 1953, S. 45 ff., 81; ferner Talcott Parsons, *Pattern Variables Revisited: American Sociological Review* 25 (1960), S. 467 - 483 (472)), esta afirmação é baseada na distinção universal/particular, o qual se refere se os objetos em situação de ação são governados por determinadas identidades gerais que eles compartilham com outros objetos. (Ver também uma análise crítica de Peter M. Blau, *Operationalizing a Conceptual Scheme. The Universalism - Particularism Pattern Variable: American Sociological Review* 27 (1962), S. 159 - 169, und von Harry S. Scarr, *Measures of Particularism: Sociometry* 27 (1964), S. 413 - 432.

<sup>94</sup> Em paralelo, a perfeição de um universalismo moral na ideia da auto-legislação do sujeito em Kant.

sistema político, permitindo a orientação de uma do justaposição do particular e do universal (em um sentido estrito de político).

Sobre as razões de uma legalidade universal, uma pluralidade de funções individuais pode ser preenchidas por aquelas interações que hoje assumem a função de uma estrutura social, mais do que uma norma consensual - nomeadamente: (1) a função de regulação dos conflitos sociais de um nível não negociável de interação<sup>95</sup>; (2) a preservação de possibilidade de dissenso, até de um dissenso moral como uma condição de independência seletiva distribuída na sociedade<sup>96</sup>; (3) a formação de uma longa cadeia de seleção, garantindo uma elevada conexão de elegibilidade de eventos individuais, sem o mesmo contexto seletivo ser negligenciado<sup>97</sup>, passível de compreensão, capaz de consenso e relacionado a isto; (4) a garantia universal de decisão jurídica para a indefinição, ainda que desconhecida, novamente de uma situação fixada - também para um abertura para o futuro. A validade jurídica universal não é uma solução atual para esta gama de questões; é uma condição comum de solucionabilidade do qual os requerimentos para a legalização e construção dogmática são desenvolvidas. Similarmente, olhando para o passado, a sociedade e os seus subsistemas não-políticos devem ter tido as suas próprias pré-condições para regulação de conflitos, possibilitando o dissenso, e formando uma longa cadeia de escolhas; neles residem as condições sociais para a possibilidade do estado de direito.

---

<sup>95</sup> Aqui muito interessante é a comparação com as formas de pré-regulação de simples sistemas de interação, que pressupõem níveis de controle negações são excluídas, porém são essencialmente dependentes das dificuldades da linguagem ou de uma negação das proibições morais. Ver Niklas Luhmann, *Einfache Systeme: Z. f. Soz.* 1 (1972), S. 51 -66.

<sup>96</sup> Em compreensão tradicional do estado de direito, esta função é chamada como garantido da liberdade e da propriedade. Ambas garantem primariamente a possibilidade de evitar a imposição de interesses de outras seleções. Visto de uma de determinação abstrata mais funcional é notável de que um amplo campo de comportamento interorganizacional foi desconsiderado. As instituições jurídicas como a autodeterminação e o direito de greve têm se re-desenhado para isto, mas eles buscaram uma base coletiva (igualmente também uma dependência organizacional), porque as estruturas organizacionais não toleram a libertação do dissenso individual.

<sup>97</sup> Ideia geral para a extensão de cadeias de ação na sociedade moderna N. Elias, *Über den Prozeß der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*, 2. Aufl. 1969; ders., *Was ist Soziologie?*, 1970.