

A Constituição como Aquisição Evolutiva

Niklas Luhmann

[Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechthistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele DeGiorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor).]

[Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMAN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em 9 dez. 2013]

1.

Nenhuma aquisição da civilização moderna é tanto o resultado de um planejamento intencional quanto as Constituições de que se dotaram os Estados modernos a partir do final do século XVIII. Mas, se essa afirmativa é verdadeira, como ainda se poderia falar de evolução? Todas as descrições da evolução a apresentam como "cega" ou, de toda sorte, como uma transformação de estruturas que não se verifica à vista de um escopo, mas que resulta da elaboração de motivos, de fatores, vinculados ao acaso, ocasionais. Ainda que se admita que as intenções dos atores exerçam qualquer papel¹ na evolução sociocultural, se se trata da evolução em geral, os atores só exercem o papel do caso (um papel ocasional, vinculado ao caso). É possível que os atores se deixem guiar por critérios racionais, mas se se trata da evolução em geral, não é possível que daí se possa derivar qualquer conclusão sobre o resultado total.

Os juristas, conquanto tendam a considerar as Constituições mais como objeto de uma construção planejada, encontram-se hoje dispostos a admitir que essa construção não pode ser um processo único, que tenha acontecido de uma só vez, mas que, ao contrário, deve ser posteriormente replanejado através da interpretação e eventualmente através de mutação constitucionais. Os sociólogos tendem a redimensionar mais o momento da criação intencional e, com um certo respeito (não semindulgência), tendem a considerá-lo como uma ilusão da factibilidade. Daí serem compelidos a teorizar, a conceitualizar, em uma perspectiva de teoria da evolução.

Planejamento ou evolução - é possível facilitar a escolha entre essas duas alternativas se se indaga acerca da real novidade dos projetos que se buscam realizar na forma jurídica de uma Constituição.

Segundo uma difundida concepção, aparentemente incontroversa, as Constituições no sentido moderno do termo nascem apenas no século XVIII. Os contemporâneos observam a novidade do conceito em relação à Revolução Francesa. Arthur Young refere-se à França acerca dessa nova expressão "constitution . . . which they use as if a constitution was a pudding to be made by a receipt"². **I**O século XVIII modificou claramente o sentido desse conceito e as expectativas a ele vinculadas - assim como o fez com muitos outros conceitos da semântica social e política. Também sobre esse ponto há um difundido consenso³. Mediante uma análise aprofundada das questões de

¹ Cf., a esse propósito, apenas TOULMIN, S. *Kritik der Kollektiven Vernunft*. Frankfurt am Main, 1978.

² Citado de acordo com *The Oxford English Dictionary*. Oxford: 1989, III, p. 790.

³ Cf. apenas GRIMM, D. “Entstehung – und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus”. In: *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*. Frankfurt am Main, 1987, pp. 46-76; GRIMM, D. “Verfassung”. In: *Staatslexikon*, vol. V, Freiburg, 1989, col. 633. A outra opinião, que se baseia na tradução latina

política dos conceitos e das inovações semânticas pode-se facilmente reconhecer como as mutações revolucionárias justificaram os usos linguísticos inovadores⁴. Nestes casos uma evidência repentina, vinculada à situação (situativ), ajuda a afirmar novas distinções, novos conceitos ou ainda apenas uma mutação oculta de significado em face das compreensões tradicionais. Se, ao contrário, se analisa os textos jurídicos que, bem antes da guinada revolucionária das últimas três décadas do século XVIII, já haviam tido uma função similar à de uma Constituição, desaparece, então, essa impressão de novidade e torna-se manifesto o fato de que agora só é necessário formular explicitamente o que antes sempre já fora pressuposto⁵. Essa constatação vale, ainda em termos mais decisivos, se se considera o que deve ser alterado nos direitos individuais do ator singular em razão dos confiscos de massa, das restrições políticas e religiosas à liberdade de imprensa, das consistentes limitações ao direito de voto e, sobretudo, em razão da continuidade da escravidão⁶. O Bill of Rights descreve claramente a situação jurídica existente e não introduz nada de novo que leve a outra situação. Para dizer com Gerald Stourzh⁷, poder-se-ia acrescentar que à fundamentalização dos direitos individuais que começa na Inglaterra do século XVII seguir-se-á simplesmente a sua constitucionalização. Por isso é inútil insistir em buscar a inovação no conteúdo da regulamentação constitucional, ou seja, em sua temática, como por exemplo, na da tutela dos direitos individuais mediante a limitação do poder estatal⁸. Precisamente na Grã-Bretanha, que não se dá uma Constituição nesse novo sentido, tal conexão sempre fora destacada. Não se pode pois prescindir de uma investigação rigorosa sobre o que é novo no conceito de Constituição. Antes de tudo, da história da palavra e do conceito emergem várias tradições. Em geral⁹ (se necessário retornaremos mais tarde aos aspectos mais específicos) pode-se distinguir um uso linguístico jurídico de um uso ético-político ou jusnaturalista, usos provenientes de distintas tradições. Na *jurisprudence*, o título *constitutio* refere-se a decretos de direito positivo com força de lei, ou ao que em inglês pode ser chamado de *ordinance* ou *statute*. Na linguagem política, *constitutio/constitution* é a constituição corpórea quer do homem singular, quer do corpo político. A Constituição do corpo, segundo um uso linguístico ainda em vigor, é avaliável à luz do critério saudável-doente. O que claramente estimulou dissidentes e

de politeia como *constitutio* (mas que não era mais adotada na terminologia especificamente jurídica), MADDOX, G. "A Note on the Meaning of 'Constitution'". In: *American Political Science Review*. LXXVI, 1982, p. 805-809. MADDOX, G. "Constitution". In: BALL, FARR e HANSON (orgs.). *Political Innovation and Conceptual Change*. Cambridge, 1989, pp. 50-57.

⁴ Por exemplo, no sentido do debate suscitado por Quentin Skinner, Cf. TULLY, J. (org.). *Meaning and Context: Quentin Skinner and his critics*. Princeton, N. J., 1988; e sobretudo SKINNER, Q. *The Foundation of Modern Political Thought*. Cambridge, 1978; BALL, T. e POCOCK, J.C.A (orgs.). *Conceptual Change and the Constitution*. Lawrence, Kans, 1988; BALL, FARR e HANSON (orgs.). *Political Innovation and Conceptual Change*. Op. Cit.

⁵ Cf., para este propósito, LUTZ, D. S. *The Origins fo American Constitutionalism*. Baton Rouge, 1988, que afirmou: "Independence required that the implicit constitutional developments of the colonial era be expressed in working constitutions, first at the state level and then at the national level." (p. 69).

⁶ A este propósito, com muito material, MacDONALD. *Novus Ordo Seclorum*. Lawrence, Kans., 1985.

⁷ *Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs – und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaats*. Viena, 1989, pp. 31-32 e 89.

⁸ Tal entendimento vem sustentado, sobretudo, na primeira metade deste século. Cf. ainda SARTORI, G. "Constitutionalism: a Preliminary Discussion". In : *American Political Science Review* . LVI, 1962, pp. 853-864.

⁹ A esse respeito, deveras precioso é STOURZH, G. "Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century". In: BALL, T. e POCOCK, J.C.A (orgs.). *Conceptual Change and the Constitution*. Op. Cit., pp. 35 a 54. Também: STOURZH, G. *Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs – und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaats*. Op. Cit., pp. I e ss.

movimentos sectários a golpear a Igreja e o Estado atacando-lhes as respectivas constituições. Com as turbulências religiosas e políticas da Inglaterra do séc. XVII, esse uso lingüístico tornou-se normal, sem contudo, se traduzir em uma forma juridicamente utilizável. A partir da União, do Reino Unido, (do Act of Settlement) o ordenamento político da Inglaterra é também definido como constitution. Mas essa definição cobre apenas em bloco (forfetariamente) o que de todo modo vale como direito.

Conquanto o que se encontra em discussão seja a inovação lingüística primeiramente produzida pela Revolução Americana e depois pela Francesa, é certamente sustentável a hipótese segundo a qual as duas tradições, a propriamente jurídica e a política, terminem por se confundir. Ao se falar em constitution pensa-se, então, em um texto jurídico que simultaneamente fixe a constituição política de um Estado. Terminologia jurídica e terminologia política interpenetram-se no momento em que se tem que lidar com uma nova fixação jurídica da ordem política e considera-se a ordem política como ordenamento jurídico. No que se refere à América, é de se acrescentar o fato de que até o final do século XVIII não existia no plano local outra administração que não fossem os tribunais, assim se justificando a distinção entre judge e jury (o que explica o grande interesse pelos juries) mas não a distinção entre política e direito ou entre administração e jurisdição¹⁰. Em outras palavras, política e direito aparecem como um sistema e o direito como a forma de reação aos inconvenientes políticos, inclusive ao perigo de se recair no estado de natureza. De tal sorte que até a Declaração da Independência americana, evento que se verifica de maneira surpreendente, nada mais ocorreu do que a manutenção do conceito de constitution em sua indeterminação habitual, limitando-se a esclarecer os males (má administração e mau governo) da Inglaterra¹¹. O que constitution significa pode ser determinado no espelho de sua corrupção. Desse ângulo, as expectativas recaem sobre o legislador e ainda não se alcançou a ideia de se distinguir a simples legislação da revisão da constituição. Do legislador que, no entanto, é por sua vez, corrompido) espera-se uma luta permanente contra a corrupção da constituição. E por isso: "is not every public law an innovation in our constitution?"¹²

É possível que o fato de que se afirma o conceito de constitution para tudo isso seja novo. Mas a ideia de que a sociedade política possa ser dada de forma jurídica ou possa ser fundada mediante contrato (covenant, compact), assim como a identificação entre lex e imperium, integra uma longa tradição. Bem se poderia tratar de um tipo de renovação lingüística que também se concilia porque assim torna-se possível indicar como inconstitucionais determinados atos. O que ainda diz pouco sobre quem teria necessidade de localizar com precisão a diferença entre a velha e a nova semântica da Constituição. As dificuldades aumentam se se busca conhecer quais transformações sociais produziram uma nova necessidade de sentido e resultaram capazes de esclarecer as razões e os modos através dos quais modificaram-se as ideias correntes de constitution, de fundamental law, etc. É precisamente essa a questão que agora pretendo aprofundar. A minha tese será a de que o conceito de

¹⁰ HARTOG, H. "The Public Law of a Country Court: Judicial Government in Eighteenth Century Massachusetts". In: American Journal of Legal History. XX, 1976, pp. 282 a 329. NELSON, W. E. "The Eighteenth-Century Background of John Marshall's Constitutional Jurisprudence". In: Michigan Law Review .LXXVI, 1978, pp. 839-960.

¹¹ Típico, e o cito com o subtítulo inteiro, é: BURGH, J. Political Disquisitions: an Enquiry into Public Errors, Defects and Abuses Calculated to Draw the Timely Attention of Government and People to a Due Consideration of the Necessity and the Means, of Reforming those Errors, Defects and Abuses: of Restoring the Constitution, and Saving the State . 3 vols. London, 1774-1775 (reimpressão: New York, 1971).

¹² De um discurso de Lord Sandys, citado em Idem, Ibidem. Vol. III, p. 303.

Constituição,contrariamente ao que parece à primeira vista, é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à conseqüente necessidade de uma relação entre eles.Tal tese contrasta abertamente com o que os fenômenos deixam transparecer à primeira vista.Para evitar objeções posso conceder em um primeiro momento que essa contradição exista. Por outro lado, concordamos em reconduzir a nova conceituação ou aos Estados Unidos dos anos setenta do século XVIII¹³, ou à França politicamente revolucionária de 1789. O que determina o teor das interpretações. Na América, a revolução foi juridicamente assentada sobre a ideia ainda medieval segundo a qual não é lícito ao Soberano - aqui o Parlamento londrino - violar o direito. Sob a forma geral da soberania, o príncipe, objeto da resistência, é substituído pelo Parlamento, ora soberano. Mas exatamente o fato de se continuar a pensar o Parlamento em termos de representação popular faz com que surja uma nova dificuldade. A teoria da representação deve assumir novas formas. É necessário distinguir entre o povo como corpo coletivo e o povo como corpo representativo. Os ingleses, antes já do século XVIII, haviam realizado o deslocamento da sede da soberania, acarretando todas as conseqüências daí decorrentes¹⁴. Não obstante, por ocasião da formulação de um texto constitucional para os Estados Unidos da América, surge a indagação sobre se e como um texto jurídico pode se encarregar do problema, ao lhe dar uma forma constitucional e ao destituí-lo de qualquer violência. Trata-se de se transformar o direito de resistência do povo contra o Parlamento, que mal se conseguia praticar, em um ordenamento jurídico que exclui precisamente essa possibilidade para os casos futuros.Paralelamente à nova ideia de soberania absoluta¹⁵ são reavaliados os direitos individuais¹⁶ com as garantias vinculadas à separação de poderes. A reavaliação dos direitos individuais com as suas garantias vinculadas à separação de poderes segue-se à nova ideia de soberania absoluta - a indicar o fato de que, embora não se pudesse identificar a política com o direito, buscava-se, de toda sorte, reconstruir a diferenciação em uma hierarquia unitária.Também na França a ruptura com o ordenamento jurídico, necessária ao ato constituinte, só pode ser realizada politicamente, o que também predispõe a uma visão unitária. As tentativas mais radicais de se tornar congruentes os sistemas jurídico e político podem ser encontradas na analitical jurisprudence do século XIX (ineficaz sob ambos os aspectos), mais no que se refere a Bentham do que a John Austin¹⁷. O eixo comum que, de agora em diante, exclui qualquer diferenciação dos sistemas,consiste na relação entre o soberano command (e por isso mesmo definitivamente arbitrário) e o habit of disobedience da população governada¹⁸. Mas logo qualquer tentativa de

¹³ Cf. o representativo WOOD, G. S. *The Creation of the American Republic 1776-1787*. Chapel Hill, N. C.,1969, pp. 259 e ss.

¹⁴ Cf. STOURZH, G. *Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs – und Institutionengeschichte desliberalen Verdassungsstaats*. Op. Cit., pp. 37 e ss.

¹⁵ Sobre a teoria inglesa contemporânea, Cf. BLACKSTONE, W. *Commentaries of the Laws of England*. Vol. I,cap. II, 1765, citado de acordo com a reimpressão, Chicago, 1979, pp. 142 e ss.

¹⁶ A este propósito especialmente BAILYN, B. *The ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge,Mass., 1967, pp. 184 e ss., com destaque ao particular retorno à concepção jusnaturalista de direitos individuais “invioláveis”, pré-positivos, que da perspectiva do legislador podem ser somente reconhecidos, mas não fundados– e naturalmente: devem ser reconhecidos.

¹⁷ Cf. *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, citado de acordo com a edição de H. L. A. HART, London, 1954.

¹⁸ WATSON, A. “Natural Law and English Legal Positivism”. In: WATSON, A. *Failures of Legal Imagination*. Philadelphia Pa., 1988, pp. 107 a 131. Esse autor lamenta, aí, um déficit na imaginação jurídica, reconduzindo-a,como também em outros casos, à ousadia da tradição dogmática, neste caso às correspondentes teorias jusnaturalistas de Suarez e Pufendorf (e muitos outros), portanto ao patrimônio pré-constitucional das ideias. É todavia digno de nota o fato de que esta tradição se referia apenas à “lex”

reconstrução teórica com bases respectivas autocomplexidades (autoproduzidas e não autônomas como o tradutor traduziu porque o direito não é autônomo em relação à política e vice-versa) do direito e da política revela-se impossível (os *commands* podem ser emanados de modos reciprocamente independentes). Também nesse caso, em última análise, é sobretudo a diferença, mais do que a unidade, que se revela como o ponto de partida mais fecundo.

Na realidade, não é assim tão profunda a novidade que se oculta por detrás da precondição de uma revolução do sistema político travestida de ruptura do direito conforme o direito. Em 1789, a França recebe o conceito inglês de *constitution* conjuntamente com todas as suas imprecisões e, sobre essa matriz, limita-se simplesmente a discutir as dimensões da redistribuição sempre (ormai) necessária dos pesos. Na América, ao contrário, em contraposição à situação jurídica inglesa, acentuava-se a unidade do texto constitucional redigido de forma escrita¹⁹. O que requeria uma determinação conceitual que introduzisse uma distinção entre a *Constitution* e os demais Direito, em clara discrepância com o uso linguístico inglês. Tal como frequentemente se compreende, também neste caso, é uma distinção que possibilita que se deixe na indeterminação aquilo que se distingue. A Constituição não é senão este texto e nenhum outro. É de se acrescentar ainda que a ocasião da revolução política²⁰ conduz à pretensão de se limitar juridicamente as possibilidades de ação de qualquer órgão do estado, ou seja, à ruptura da onipotência do próprio Parlamento. O que, por sua vez, produz efeitos posteriores e constringe a que se conclua que a Constituição deva ser supra-ordenada em relação a todo o demais direito. Essa ideia só parece haver surgido após a Declaração da Independência de 1776²¹. Portanto, ela deve ser compreendida como uma inovação de origem política no interior do próprio sistema do direito: no passado, havia, é certo, a ideia de leis particularmente importantes e fundamentais, mas não a ideia de que houvesse uma lei que servisse de medida da conformidade ou não-conformidade ao direito de todas as outras leis e atos jurídicos. Essa posição particular, no entanto, encontra a sua expressão no fato de que a Constituição, por sua vez, relaciona-se com os demais direito e contém uma regra de colisão para a hipótese de uma contradição entre ela e o demais direito²². A Constituição

e não ao “jus”.

¹⁹ Cf. WOOD, G. S. *The Creation of the American Republic 1776-1787*. Op. Cit., p. 260.

²⁰ E não o puro fato da independência, como observou justamente Jefferson. Cf. JEFFERSON, Th. *Notes on the State of Virginia* (1787). Edição aos cuidados de W. Peden, New York, 1982, pp. 110 e ss.

²¹ Uma das fontes pioneiras é vista em um escrito de James Iredell, “Instructions to Chowan County Representatives...”, de setembro de 1783. Cf. HIGGINBOTHAM, D. (org.). *The Papers of James Iredell*. Raleigh N. C., 1976, vol. II, p. 449: “in a Republic where the Law is superior to any or all the Individuals, and the Constitution superior even to the Legislature, and of which the Judges are the guardians and protectors”. Cf. ainda a introdução do organizador, no vol. I, p. XC. Já no ano precedente, todavia, foi prolatada a primeira sentença que declarou inconstitucional, e por isso inválido, o ato do legislador, qual seja *Commonwealth v. Caton*, 8 Virginia(4 Call), p. 5. Em sentido contrário, Jefferson, agora em 1787, argumenta, desmascarando com isso a farsa de um mandado constituinte do povo, que, na ocasião da Independência, o povo tinha concordado da necessidade de um governo soberano, mas não delegou de forma alguma um mandado tão amplo a ponto de justificar um novo conceito de *constitution*, conceito que por seu turno tornava ineficaz para a constituição a regra segundo a qual em caso de colisão o novo direito derroga o velho. Sobretudo, dever-se-ia proceder pela antiga conceitualidade (do direito romano) que identificava *constitution* com *statute*, *ordinance*, *law*, etc.: “The term *constitution* has many other significants in physics and politics; but in Jurisprudence, whenever it is applied to any act of legislature, it invariably means a statute, law, or ordinance, which is the present case”. Em relação à Constituição da Virgínia de 1776, Cf. JEFFERSON, Th. *Notes on the State of Virginia*. Op. Cit., p.123.

²² Cf. HAMILTON, A. *The Federalist*. N. 78. Middletown Conn., 1961, pp. 521 a 524 (especialmente pp. 525 *ess.*). Continua duvidoso, não obstante o considerável dispêndio de pesquisas, se e em que medida este texto corresponde às ideias do autor do texto constitucional. Sobre isto, LEWY, L. W. *Judgements:*

atribui a si própria a primazia e rompe com a regra segundo a qual *lex posterior derogat legi priori*. Essa estrutura "autológica," que se auto-inclui no próprio âmbito de regulamentação, evidencia como a Constituição encontra-se destinada a se tornar direito velho. Daí a urgência cada vez mais premente dos problemas de interpretação dos quais trataremos a seguir.

Preste atenção à audácia desse princípio: todas as demais leis podem agora ser observadas e avaliadas em vista de sua conformidade ou não ao direito!²³ Qualquer lei, com a única exceção problemática da própria Constituição, pode ser não-conforme o direito. Todo o direito é colocado em uma situação de problematidade, de contingência. E isso não apenas na medida em que o legislador pode criá-lo ou modificá-lo (o que vale também para a Constituição), mas porque o direito pode ser não-direito, ou seja, ilícito. O código direito/não-direito torna-se supraordenado a todo o direito com exceção da lei constitucional. Como foi possível se alcançar essa posição de exceção

O entusiasmo político da aventura revolucionária não é útil para fazer com que essas questões mais sistemáticas emergam. Do mesmo modo a ideia segundo a qual a Constituição é um regulamento unitário da política e do direito (e esse politicamente decisivo) impede que se veja a aventura estrutural dessa inovação. Como frequentemente se compreende, há na dinâmica evolutiva ocasiões favoráveis que conduzem a que se ultrapasse o momento, tornando possíveis transformações estruturais cujo alcance total não se pode ver em toda a sua amplitude. As condições históricas da variação e da seleção do novo sentido de uma palavra e de um conceito, tal como sobretudo as investigações mais recentes tendem a salientar²⁴, de fato, não são já as

Essay on American Constitutional History. Chicago Ill., 1972, pp. 24 e ss. Essa era uma novidade por demais grande. Nos Estados Unidos esta regra é inapelável e ainda, à primeira ocasião favorável, o judicial review foi introduzido pela Corte Suprema na sentença *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (1803), pp. 137 a 180 (especialmente pp. 176 e ss.). Outrora o sentido de uma constituição escrita enquanto "paramount law" já era tido como um dado. "The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the constitution is written". Tecnicamente, o argumento funciona agora de modo que qualquer outra opinião forneceria ao legisladora possibilidade de modificar a constituição mediante lei ordinária. De todo modo, em conexão com as reelaborações sucessivas, é notável que a análise deste caso seja introduzida com a distinção dos civil servants enquanto political agents e enquanto officers of the law (p. 166). Na jurisprudência dos entes States, a regra de colisão de cara já favorece à Constituição. Nos *Cases of the Judges of the Court of Appeals*, o Virgínia (4 Call), pp. 135 e ss. de maio de 1788 argumenta-se explicitamente desta maneira: "that the constitution and the act in opposition cannot exist together; and that the former must control the opposition of the latter". E já durante a Revolução, em cada caso os juízes eram arrivati, quase como exercitando um direito de resistência do povo, anão aplicar uma lei considerada inconstitucional, o famigerado Stamp Act. Referências em STOURZH, G. *Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaats*. Op. Cit., pp. 53 e 54.

²³ Na Inglaterra, o bispo Paley chega a entendimentos deveras semelhantes. Estes circunscrevem o conceito de constitution a um tipo de texto particular (que certamente não deve ser redigido unitariamente e sintetizado em um documento), mas a todas as regras que se referem à legislação ("as relate(s) to the designation and form of the legislature"). Ainda assim isto conduz à codificação binária do sistema em sua totalidade sob a égide da onipotência do Parlamento. "Therefore the terms constitutional and unconstitutional mean legal and illegal". Cf. PALEY, W. "The Principles of Moral and Political Philosophy" (1785). In: *Works*. London e Edinburgh, 1897, p.114. Todavia a consequência é uma limitação temática por demais acentuada do conceito de constituição. De resto, no texto se faz presente uma circularidade que se torna dissolvida exclusivamente mediante a distinção entre um proper sense de um lower sense. No primeiro sentido, o Parlamento não pode agir de modo inconstitucional ("An act of parliament in England can never be unconstitutional"). Todavia o pode no segundo sentido toda vez que o direito estatuído viole o espírito do direito ou outras leis. Falta uma regra clara de colisão que diferencie a constituição nos confrontos ante outras leis.

²⁴ BALL, T. e POCOCK, J.C.A (orgs.). *Conceptual Change and the Constitution*. Op. Cit.; BALL, FARR e HANSON (orgs.). *Political Innovation and Conceptual Change*. Op. Cit.

condições do restabelecimento do novo sentido em um contexto semântico-estrutural mais amplo que garantisse a sua reutilização em situações imprevisíveis. Exatamente a esse propósito falou-se de evolução "cega". O êxito dessa evolução não pode ser deduzido das condições que a favoreçam e não é previsível precisamente em razão dessas condições. A situação histórica passa mas a aquisição, se se convalida, fica. O que, no entanto, depende de problemas estruturais bem mais profundos da sociedade moderna. E tais problemas só podem ter o seu percurso reconstituído mantendo-se separadas as análises da necessidade de Constituição por parte do sistema jurídico, por um lado, e do sistema político, por outro.

2.

A interpretação jurídica justifica a necessidade da Constituição com a necessidade de se fundar a validade do direito. Mas essa afirmação não faz mais do que nos levar a posteriormente questionar a fundamentação da validade do direito constitucional. E as respostas, agora, limitam-se a declarações solenes. No momento, portanto, é preferível deixarmos de lado a questão da fundamentação para nos concentrarmos, como anunciado, em uma análise de teoria dos sistemas. Todos os sistemas autoreferenciais são caracterizados (1) por uma circularidade fundamental e (2) pela impossibilidade de se reintroduzir operativamente a unidade do sistema em seu interior. A cada tentativa de se descrevê-lo a circularidade fundamental surge como uma tautologia e, negativamente, como paradoxo. Quem distingue sistema e ambiente - da perspectiva do sistema ou do ambiente - deve antes de tudo completar tal distinção e utilizá-la operativamente e, então, não pode mais recomparcer na distinção como quem distingue a distinção. Eles atuam a um só tempo como Ulisses e como a invisível Atena. Em ambos os lados da distinção, as condições reais para se poder diferenciar (no âmbito de nosso tema: a fatualidade da comunicação social) não são reproduzíveis. A impossibilidade lógica de se fazer ressurgir novamente de alguma parte, não importa se do sistema ou do ambiente, a unidade do sistema, revela a inadequação de todas as autodescrições²⁵. Se, como o resultado de uma longa evolução sócio-cultural, o direito se diferencia (ausdifferenziert) na forma de um sistema autoreferencial fechado e se isso pode ser adequadamente descrito tanto do ponto de vista interno quanto do externo, tornar-se-á agora necessário que se faça as contas com ambos os problemas anteriormente citados, ou seja, com a tautologia e o paradoxo.

O sistema jurídico limita-se a produzir, antes de tudo, a distinção, para sustentar a sua orientação em direção à própria unidade (direito é direito), mediante a orientação para o código binário direito/não-direito (positivo/negativo) do sistema; código que vincula cada operação entre o direito e o não-direito²⁶. Nesse contexto, não se coloca de fato não apenas a questão da validade do código, que não é uma norma, mas tampouco a questão do fundamento de validade do próprio código. O sistema jurídico faz outra coisa senão desenvolver a sua função de distinguir mediante contínuas operações o direito do não-direito. A referência a esse código atribui a um tal sistema uma estrutura de comunicação. O eventual uso de um outro código não seria inadmissível, mas a

²⁵ Em frente do background do teorema de Gödel e com Y. Barel (*Lê paradoxe et lê système: essai sur lê fantastique social*. Grenoble, 1989, pp. 285 e ss.) poder-se-ia também falar de incompletude de qualquer auto-referencialidade.

²⁶ Com um conceito de G. S. Brown (*Laws of Form*, New York, 1979) esta reformulação da unidade através da unidade de uma distinção também poderia ser caracterizada como "forma". O conceito se refere à demarcação de uma fronteira que separa dois lados, e com isso exclui qualquer regresso para sua própria unidade e/ou abandona outras distinções. Neste sentido, o código direito/não-direito é a forma do direito.

operação deixaria de ser uma operação interna do sistema jurídico. O sistema jurídico, sob esse perfil, "sanciona-se," por assim dizer, na execução factual de suas operações mediante inclusão e exclusão. E, no entanto, não se pode admitir uma descrição que postule a questão de se saber se o próprio código é direito ou não-direito. O paradoxo que aqui emerge deve permanecer invisível. Mas com isso não se fez mais do que eludir indagações que todavia não podem não ser repropostas e que emergem especialmente no caso de mutações radicais do sistema social²⁷. A tudo o que responde a própria ideia da Constituição como projeto dedesparadoxalização (Entparadoxierungskonzept). Da perspectiva do sistema jurídico, a condição à qual assim se reage pode ser também definida como positividade do direito. Com efeito, positividade não significa senão que o direito só possa ser criado pelo próprio direito e não ab extra pela natureza ou pela vontade política. Em outras palavras, o termo positividade não faz mais do que expressar em uma linguagem datada a autodeterminação operativa do direito²⁸ e não, como se afirma frequentemente, a fundação da validade do direito através de um ato de arbítrio político. Dito de outro modo, se se objetiva conhecer o direito vigente é o direito em si a política que é de se observar. Dentro de tais limites, no entanto, a positividade do direito implica o duplo problema lógico (Zwillingsproblem) da circularidade operativa (autopoiesis) e da inadequação (portanto também da pluralidade) de toda autodescrição do sistema jurídico.

O sistema se surpreende com a própria diferenciação social ao ponto de não poder compreenderem um primeiro momento (que para os filósofos do direito persiste até agora) a positividade dada com essa diferenciação. Como no passado, o sistema jurídico continua a exigir uma instância super-regulativa, enquanto o modo segundo o qual essa instância é, a cada vez, definida, por exemplo comopolítica, como Estado, como authority, como povo ou como natureza, tem uma relevância absolutamente secundária. Na positividade global do direito expressa-se efetivamente, no entanto, a independência e a autodeterminação do sistema. De fato, a suspeição de arbitrariedade vinculada a esse processo conduz o observador a ver apenas um sistema jurídico em que o que ali ocorre pode ser tudo menos arbitrário. O que significa, em primeiro lugar, que toda imutabilidade, inviolabilidade, superioridade, etc. deve ser construída no interior do próprio sistema jurídico²⁹. A positividade é a única possibilidade de o direito fundar a sua unidade por si mesmo (e não ela é nada mais do que um conceito dessa possibilidade). O que, de toda sorte, ainda que não se tenha compreendido de imediato, é legível nos argumentos mediante os quais se afirma a unidade do direito nos séculos XVI e XVII. Nas tentativas de reforma dessa época, a jurisdição senhorial e clerical pré-existente era definida como um "abuso" - portanto a partir de um contexto em que a unidade do direito ainda devia ser construída³⁰. A transição no sentido da positividade do direito se autoqualifica como direito - embora em um primeiro momento ainda sob a tutela do direito natural ou da razão. Apenas em um segundo momento - à positividade da legislação segue-se a unitarização da jurisdição sem a qual esse processo não teria tido sentido - essa referência à intangibilidade é substituída pela lei constitucional. Do ponto de vista jurídico, justifica-se, então, individuar a novidade do conceito de Constituição

²⁷ Para possibilidades acompanhadas de pesquisa histórica, Cf. LUHMANN, N. "The Third Question: the Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History". In: *Journal of Law and Society*. XV, 1988, pp. 153 a 165.

²⁸ Cf. LUHMANN, N. "Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts". In: *Rechtstheorie*. XIX, 1988, pp. 11 a 27.

²⁹ Trataremos mais a frente sobre o fato de que isto, ainda não claro em Bodin mas imediatamente após, torna-se reconhecível no tema das "lois fondamentales".

³⁰ Cf. (de resto ainda com bons argumentos sobre o plano substancial) C. L. P. [Charles Loyseau, Parisien]. *Discours de l'abus des justices de village*. Paris, 1603.

criado pela revolução na positividade³¹ de uma lei que funda todo o direito, e até a legislação e o governo³². A Constituição é assim a forma mediante a qual o sistema jurídico reage à sua própria autonomia. Em outros termos, a Constituição deve deslocar (*rimpiazzare*) aqueles sustentáculos externos que haviam sido postulados pelo jusnaturalismo. Ela substitui quer o direito natural em sua versão cosmológica mais tradicional, quer o direito racional com o seu concentrado de teoria transcendental que se autoreferencia a uma razão que julga a si própria. No lugar dessa última, sub-entra um texto parcialmente autológico. Isso é, a Constituição fecha o sistema jurídico ao discipliná-lo como um âmbito no qual ela, por sua vez, reaparece. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado mediante o seu reingresso no sistema. Nas modalidades já discutidas, isso se verifica ou através de regras de coalizão que garantem o primado da Constituição; ou mediante disposições relativas à alterabilidade/não-alterabilidade da Constituição; e ainda: mediante a previsão constitucional de um controle de constitucionalidade do direito; e não em último lugar: ao invocar solenemente a instância constituinte e a sua vontade como vinculantes de *per se*³³. A Constituição reconhece a si própria (*la costituzione diceio a se stessa*).

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

Por isso é decisivo o fato de a introdução de uma assimetria na relação entre dois tipos distintos de texto, a Constituição e o outro direito, vir vinculada à interrupção do regresso infinito na resposta à questão da fundação. O direito é, portanto, a unidade da diferença de dois tipos de texto: o direito constitucional e o outro direito. Essa unidade só pode ser definida através de um "e", só pode ser invocada por enumeração, mas não pode ser traduzida no plano operacional por uma regra de colisão. Além do mais, uma expressão substitutiva é recuperada no elogio da Constituição (*Un'espressionesostitutiva è rinvenibile inoltre nell'elogio della costituzione*). A Constituição que vale como *paramount law*. A Constituição rompe com o regresso infinito da fundação - pelo menos no que se refere ao próprio sistema jurídico. A Constituição transforma a idéia já possível segundo a qual todo direito poderia ser acorde com o direito (válido) ou não acorde com o direito (inválido), na idéia de que todo o direito corresponde a - ou

³¹ De uma positivação do direito natural fala ainda Cf. STOURZH, G.

Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaats. Op. Cit. P. 56, nota 60.

³² Assim, GRIMM, D. "Entstehung – und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus". In: *Aktendes 26. Deutschen Rechtshistorikertages*. Op. Cit.; GRIMM, D. "Verfassung". In: *Staatslexikon*. Op. Cit. Mas nós restringimos tais considerações ao sistema jurídico. É de fato impensável que sem uma fundação constitucional do poder não se teria estabelecido poder político algum, mas (coisa que os protagonistas do processo constituinte certamente temiam) se teria retornado ao estado de natureza.

³³ Já somos familiarizados com as dificuldades históricas suscitadas da inovação de uma constituição autológica e a individualização das implicações, em parte muito específicas, como *judicial review* ou regra de colisão. Aquinos limitamos a adiar agora uma volta. De resto, isto explica as insuficiências "lógicas" do texto, assim como o fato de que importantes argumentos tenham sido elaborados somente na práxis forense americana.

contrasta com - a Constituição. A expressão unconstitucional só surge no século XVIII³⁴, mas então rapidamente se difunde nos anos sessenta e setenta desse século³⁵. Esse tipo de expressão torna possível uma recusa quase legal das decisões do legislador londrino "soberano. "Nenhuma outra expressão da tradição relativa à mesma categoria (fattispecie), nem compact, nem covenant, nem fundamental law, nem instrument , prestar-se-ia tanto a um acoplamento com o prefixo "un" e isso parece ter tido um peso decisivo na sorte do conceito de Constituição. Trata-se, portanto, em primeira instância, de um fenômeno meramente linguístico: diz-se "unconstitutional" em uma ocasião concreta e só depois se reflete sobre o que vem a ser uma constitution, se ela é possível. O uso corrente do par positivo-negativo implica portanto a pretensão de indicar com maior precisão o que se deve entender por constitution a fim de se poder afirmar qual direito é constitucional (portanto, direito) e qual direito é unconstitucional (portanto, não direito). A solução do problema é um texto redigido por escrito com todas as inovações adicionais decorrentes de sua elaboração - por exemplo, a tese do poder constituinte do povo conjuntamente com as garantias posteriores de que esse não pode atuar a qualquer momento de qualquer modo como mera volonté générale. Em suma, portanto, o código direito / não-direito gera a Constituição para que a Constituição possa gerar o código direito / não-direito. A diferença radicalizada estabelece o texto que, por sua vez, estabelece a diferença – todavia sob a condição de que toda manobra autológica se torne invisível³⁶. Mas com isso chega-se simplesmente ao problema de se saber como o status excepcional da Constituição pode ter sido, ele próprio, legitimado e ao mesmo tempo tutelado pelas revisões inspiradas na política cotidiana. Na assembleia encarregada da elaboração do texto da Constituição americana de 1787, esse problema emerge na consciência de uma missão histórica única e precisamente por ocasião de um debate acerca da modalidade de ratificação – legisladores dos Estados membros ou "o povo" de algum modo representativo. O problema parece ter sido considerado de um modo suficientemente pragmático³⁷ e

³⁴ Cf. The Oxford English Dictionary. Oxford, 1989, XVIII, p. 925: um primeiro testemunho do uso do termo unconstitutional remonta a 1734. Já Bolingbroke ("A Dissertation upon Parties", 1735, In: Works, vol. II, Philadelphia Pa., 1841 e Farnborough Hants, 1969) fala de "unconstitutional expedients" (p. 11), mas aqui claramente em relação não à distinção entre direito constitucional e outro direito, mas à distinção entre constitution e government (Cf., em particular, pp. 88 e ss.). Neste sentido, tampouco avaliações jurídicas e políticas são nitidamente distinguíveis.

³⁵ Sobre isto Cf. STOURZH, G. "Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century". In: BALL, T. e POCOCK, J.C.A (orgs.). Conceptual Change and the Constitution. Op.Cit., pp. 35 a 54. Também: STOURZH, G. Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaats. Op. Cit., pp. 50 e ss. O emprego (bisogno) da palavra unconstitutional deve abertamente a sua origem ao fato de que os americanos procuravam justificar a sua resistência reinvocando-se da própria constituição britânica e nisso se consideravam, de seu ponto de vista, mais fiéis à constituição dos ingleses do que até do que eles. Cf. sobre isto WOOD, G. S. The Creation of the American Republic 1776-1787. Op. Cit., pp. 10 e ss. Mas depois da Declaração de Independência, rapidamente vem aplicada até às novas constituições, por exemplo à Constituição da Virgínia, em Commonwealth v. Caton, 8 Virgínia (4 Call), pp. 5 e ss. (novembro 1782), à Constituição da Carolina do Norte, em Bayard v. Singleton, 1 North Carolina (1 Martin), pp. 5 e ss. (novembro de 1787). Expressões típicas são: violating the constitution, contrary to the constitution, unconstitutional and void.

³⁶ A "invisibilização" usa a mesma distinção como um de seus temas no interior de uma concepção inteiramente hierárquica de supra-ordenação e subordinação ou de princípio e lei ordinária, ou a distinção de constituição e determinação da forma de estado, mas sobretudo serve naturalmente de plausibilidade situacional que mais tarde pode ser substituído pela "grande tradição" [?].

³⁷ O delegado Eiseworth afirma em protocolos (citado de acordo com FARRAND, M. (org.) The Record of the Federal Convention of the 1787. New Haven Conn., 1966, II, p. 92): "preferred a reference to the authority of the people expressly delegated do Conventions, as the most certain means of obviating all disputes and doubts concerning the legitimacy of the new Constitution".

resolvido politicamente com a invenção da forma de assembleia constituinte historicamente convocada como um unicum histórico (conventions)³⁸. Com isso, fica fora de qualquer discussão o fato de que a idéia de poder constituinte último do povo fora preparada por Rousseau e pelas instituições de democracia direta das towns de New England³⁹, mas as modalidades de realização foram reencontradas no equilíbrio, no balanceamento, político das formas jurídicas alternativas. Legitimada por essa fórmula de cobertura (Dachformel), a Constituição posta em vigor oferecia a um só tempo a possibilidade de normativizar a influência política sobre o direito como prática contínua de negação das iniciativas legislativas e de limitá-la a essa forma. De uma vez por todas e de um modo permanente o direito torna-se assimétrico através da referência à política. Mas tudo isso acontece em um texto político. A própria Constituição deve interromper o círculo da auto-referenciabilidade, deve traduzir a simetria na assimetria. E alcançar esse resultado ao regular a produção do direito, inclusive a revisão da própria Constituição. Com o que ela constitui uma hierarquia de fontes jurídicas (tornadas possíveis no interior do sistema jurídico). Distingue, por exemplo, o direito constitucional (a si própria) do outro direito. Disciplina e delimita as possibilidades de delegação. No mesmo ato (embora com outras disposições) ordena a autodescrição do sistema jurídico e lhe oferece, no mínimo, os pontos de apoio. A Constituição indica, por exemplo, os valores em relação aos quais o direito é funcional. Essa indicação é também traduzida de uma forma assimétrica logicamente infundável. Em primeiro lugar vale o valor, assim pelo menos parece, e depois os instrumentos de sua realização. A passagem da simetria para a assimetria e da tautologia e do paradoxo para as estruturas operacionalmente mais capazes de conjunção não pode servir à fundação. Essa passagem realiza a distinção (assimetriação, externalização) de modo a não reaparecer na distinção⁴⁰. A passagem é uma exigência metalógica da autopoiese do sistema, da capacidade de conjugação operacional das condições sistêmicas evolutivamente improváveis e altamente complexas. Ainda sob a assunção de expectativas defundação de tipo tradicional, fala-se ainda hoje de "poder" constituinte (no sentido de "potestas"), poder que os franceses chamaram diretamente "violence"⁴¹. O que na trilha de nossa tradição, no entanto, é facilmente mal compreendido como o primado da vontade política e da capacidade de realização política. A teoria dos sistemas autopoéticos substitui essas referências à política por uma análise das pré-condições de autopoiesis referencial. O que permite que se diga simplesmente que não se podemos prezar a Constituição ou os equivalentes funcionais. Portanto, seria inútil buscar certezas últimas ou ideias definitivas capazes de persuadir a todos os seres racionais (o que apenas

³⁸ Sobre esta inovação, Cf. também, WOOD, G. S. The Creation of the American Republic 1776-1787. Op. Cit., pp. 306 e ss.

³⁹ Na fase pré-revolucionária, todavia, o conceito da função de última instância do povo não apresenta ainda qualquer pretensão específica do conceito de constituição e a sua realização técnico-organizativa. Isso serve somente como argumento. Cf., Por exemplo, BURGH, J. Political Disquisitions. Op. Cit., vol. I, pp. 3 a 4: "Alllawfull authority, legislative and executive, originates from the people". "Happy is the people who have originally so pricipled their constitution, that they themselves can without violence to it, lay hold of its power, wield it as they please, and turn it, when necessary, against those to whom it was entrusted, and who have exerted it to the prejudice of its original proprietors". Deste modo vem descrita a atual corrupção da Constituição britânica. E somente caso se proceda à realização do argumento, à realização da vontade popular, é que se põe a questão de como e de qual coisa.

⁴⁰ Neste sentido falamos supra (pp.) da insuficiência ou da inadequabilidade de todas as autodescrições.

⁴¹ Isto resulta claro caso se observe o pano de fundo da teoria da religião de um René Girard. Cf., em particular, La violence et la sacré. Paris, 1972. Preferível é sobretudo a aplicação da instauração da economia de mercado. Cf., por exemplo, DUMOUCHEL, P. e DUPUY, J.-P. L'enfer des choses: René Girard et la logique dal'economie. Paris, 1979. AGLIETTA, M. e ORLÉAN, A. La violence de la monnaie. Paris, 1984.

significaria atribuir à Constituição e aos constitucionalistas a tarefa de determinar o que é racional neste sentido juridicamente vinculante). É possível, não obstante, concordar com aqueles que sustentam que todos os sistemas auto-referenciais organizam a observação das observações e a descrição das descrições internas e se transferem para esse plano de segundo grau na forma da contingência. Com isso, esses sistemas produzem ao mesmo tempo novos planos de contras teintangíveis, sem contudo poderem resolver esse postulado no plano operacional. A dignidade do homem é "inviolável" e, por via de consequência, necessita de interpretações que não declarem tais as suas violações. Toda "supertangling creates a new inviolate level"⁴² ao qual o sistema pode se referir se pretende definir a própria autopoiesis e se tem a necessidade de operacionalizar (operationalisieren) suas exigências. Mas isso não significa mais do que imaginar como necessário (ou natural) o que para o observador parece contingente (ou artificial). A teoria jurídica e constitucional voltada para a interpretação preocupa-se, por isso mesmo, em tornar plausível a inderrogabilidade mediante a externalização do ponto de referência e assim motivar o fato de que não é lícito dispor-se do direito positivo. O que vale tanto para o jusnaturalismo de algumas teorias dos direitos fundamentais quanto para a insistência neoliberal acerca dos direitos pertencentes aos indivíduos antes de qualquer concretização jurídica (se lermos, por exemplo, Dworkin, Epstein, Freid, Nozick e outros). Os teóricos do jusnaturalismo, no entanto, em oposição à Idade Média, utilizaram um conceito de natureza já obsoleto, o que é confirmado por um tipo de isolamento semântico, considerando-se globalmente toda a obra dos mesmos esta limita-se a explicitar os problemas do sistema jurídico. Sem strange loops, ou seja, sem a referência implícita à auto-referenciabilidade do sistema jurídico, a insistência sobre os direitos pertencentes aos indivíduos, no fundo, não poderia explicar o que se entende por direitos. Sem essa referência, não se poderiam tornar plausíveis as razões pelas quais o direito sente-se obrigado a respeitar os direitos - algo de que pelo menos Thomas Hobbes já tinha consciência⁴³. As tentativas de fundar uma tal natureza iludem-nos quanto à possibilidade de se transcender o texto da lei. Mas ao assim fazê-lo embatem-se como os problemas do fechamento auto-referencial do sistema jurídico. O que demonstra mais uma vez que a Constituição transforma por si mesma a inacessibilidade do sistema em problemas de atribuição solucionáveis, a unidade invisível do sistema em distinções, a simetria da interdependência interna em assimetria. Tal função não pode ser substituída pela teoria do direito que, quase que à maneira de Gödel, busca alcançar o mesmo efeito transcendendo os confins do sistema. Um sistema autopoietico não é precisamente um sistema alopoiético. Talvez a inovação mais profunda consista na adaptação a uma transformação das estruturas temporais do sistema social que só se verifica a partir da segunda metade do século XVI; e, obviamente, isso tampouco é objeto de um artigo positivado da Constituição. A nova unidade de auto-referenciabilidade e de hetero-referenciabilidade em um espaço metalógico (imaginário, não suscetível de normatização) que fecha o sistema⁴⁴, tem como consequência uma transposição/superação das perspectivas temporais. No lugar do passado coloca-se a abertura para o futuro (Zukunftsoffenheit). A abertura para o passado significa que qualquer argumento histórico mediante o qual seja possível afirmar direitos ou provar que determinada regra jurídica vale desde tempos

⁴² HOFSTADTER, D. R. Gödel, Escher, Bach: an Eternal Golden Braid. Hassocks, 1979, p. 688.

⁴³ De resto, fica ainda observado como a polêmica deste grupo se dirige menos ao positivismo do que ao utilitarismo enquanto teoria do direito, e aqui temos boas razões para duvidar do reconhecimento ou desconhecimento dos direitos como simples acessório da utilidade.

⁴⁴ Sobre a defesa de tal intuição, Cf. MIERMONT, J. Les conditions formelles de l'état autonome. In: Revue internationale de systématique. III, 1989, pp. 259 a 314.

imemoriais é levado em conta⁴⁵. A abertura para o futuro significa, ao contrário, que o direito prevê a sua própria modificabilidade limitando-a juridicamente sobretudo mediante disposições procedimentais mas também mediante a abertura da legislação à influência política. Todo o direito é submetido ao controle de constitucionalidade e o velho direito torna-se facilmente obsoleto em face do novo direito positivado de acordo com a Constituição. O passado é desonerado pela função de horizonte de legitimações imaginárias a ser atribuída à pesquisa histórica⁴⁶. Agora é o futuro que, por sua vez, atua (a fungere) no espaço imaginário em que deve ser constantemente reproduzida a unidade de autoreferenciabilidade e de hetero-referenciabilidade no direito. E essa unidade é alcançada sem que seja necessária tematização constitucional do acoplamento estrutural dos sistemas jurídico e político. Portanto, deve-se distinguir: a Constituição utiliza conceitos como povo, eleitor, partidos políticos, Estado remetendo-se assim à política. Esses conceitos, no entanto, enquanto conceitos do texto constitucional, não podem ser outra coisa senão conceitos jurídicos eventualmente redutíveis a conteúdos judiciáveis. Na hipótese de uma descrição externa do sistema jurídico, a mesma categoria (fatispecie) pode ser, no entanto, formulada de outro modo. As referências ao sistema político estabelecem ao mesmo tempo um acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político que se coloca "ortogonalmente" em relação às operações internas ao sistema e que não pode ser por ele apreendido. Todas as distinções especificamente jurídicas pressupõem o sistema que opera com esse acoplamento na qualidade de operador, como elemento de distinção, como contexto autopoiético de comunicação presente na sociedade. Neste plano implícito, o conceito de acoplamento estrutural descreve uma condição socialmente indispensável (embora historicamente variável em suas formas) de diferenciação. E é precisamente isso o que antes se buscava dizer com a tese de que a auto-referenciabilidade permanece incompleta na medida em que não pode assumir por si a referência discernidora. A Constituição constitui e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política.

3.

Na consciência europeia as Constituições valem não apenas como instituições do sistema jurídico, mas também e, sobretudo, como instituições do sistema político. E também esse fato tem a sua justificativa. Não obstante, o sistema político e o sistema jurídico serem e permanecem sistemas diferentes. Esses sistemas seguem códigos distintos, precisamente, por um lado, o código direito/não-direito, e por outro, o código poder/não-poder. Esses sistemas servem para funções diferentes e assim projetam códigos e funções de modo diverso. São reciprocamente competentes, mas cada um em um sentido diferente. As suas respectivas autoreproduções (autopoiésis) são assim realizadas em redes, networks, em tudo muito diferentes. Um mínimo de rigor teórico impede a sua identificação. Se, no entanto, como na autopoiésis sistêmica, também as estruturas que lhes servem para reunir operações em operações são diversas entre si, como é possível conceber a Constituição como uma instituição de ambos os sistemas? A teoria constitucional até agora não foi capaz de dar uma resposta a essa questão (a não ser com uma atribuição unilateral em Kelsen). O que levou a uma ambivalência peculiar

⁴⁵ A rejeição de uma pretensa legitimidade fundada no modo puramente histórico é sustentada já em BOLINGBROKE. "A Dissertation upon Parties" (1735). In: Works, II, Op. Cit., pp. 79 e ss. A estória das dinastias seria reconduzível a um número por demais alto de ilegalidade, a ponto de precluir a possibilidade de construir uma legitimidade continuativa.

⁴⁶ Não pode ser olvidado o fato de que, como é notório, o common law não contribui para terminar esta mudança. Somente desta forma a pressão à mudança pode ser aqui percebida. O common law vem então como objeto vinculado (resa oggetto) de uma ideologia jurídica nacional, e contra toda evidência ainda mais de seus contemporâneos, se apresenta independente da civil law.

do conceito de Constituição e que contribuiu para que se recusasse conceber a política e o direito como sistemas separados. O que não impede que os instrumentos mais refinados da teoria dos sistemas autoreferenciais tornem essa separação inevitável (ainda que se admita que um observador possa considerar a questão de outro modo sempre que outras distinções lhe pareçam mais sensatas). Mas que fins o conceito e a concepção de Constituição cumprem? Antes de retornarmos a essa questão é necessário esclarecer a função da Constituição no sistema político que, como veremos, é, em tudo, análoga à desenvolvida no sistema jurídico. Na teoria política clássica a necessidade da Constituição é justificada em relação ao problema da soberania - desprezamos aqui o significado medieval cujo eco ainda hoje perdura constantemente associado com a independência (liberdade) - caracteriza a unidade do sistema como um problema de decisão. Em qualquer parte do sistema, assim diz a doutrina, deve existir a possibilidade de se decidir de modo não vinculado (independente, livre, arbitrário) e o sistema só pode se afirmar como uma unidade em conflito (pacífica) se existir uma instância decisória desse tipo e sempre que não aconteça que todo nobre ou todo sindicato pretenda uma parte para si. No Estado pré-moderno tratava-se antes de mais nada da criação da soberania não apenas em face da Igreja e do Império mas também diante das relações de poder "inexatas" da ordem social estamental. Por isso a organização geral era orientada para o monarca e todas as questões organizativas revestidas da forma de um "conselho" real. Nesse contexto, nem divisões, nem oposições de poder podiam ser toleradas já que não poderia haver senão o "salto da ponte" para os adversários presentes em grande número entre a alta nobreza e as famílias da dinastia reinante. Até a metade do século XIV eram debatidas no âmbito dos órgãos consultivos questões organizacionais⁴⁷ que não se revestiam de um nível constitucional. Regras fundamentais, por exemplo, no âmbito da sucessão dinástica, eram certamente conhecidas e não havia dúvida de o monarca fosse obrigado a respeitar o direito na prática estatal concreta, em que pese ao fato de que lhe fosse lícito modificar ou derrogar o direito no caso singular, conquanto a feroz retórica da soberania lhe oferecesse absolvição⁴⁸ para tudo que ele "desejasse"⁴⁹. Prevalece, no entanto, a necessidade de enfatizar a unidade da organização estatal e de concentrá-la (reconjugá-la) na pessoa do soberano, suportando-se como anomalias os problemas emergentes em relação ao direito⁵⁰. Com o que a descrição do sistema é levada aos extremos do paradoxo da soberania, ou seja, à forma de um poder ilimitado de

⁴⁷ Um dos pontos de partida de um amplo debate é CEROL, F. F. *El concejo y consejeros del príncipe*. Antwerpen, 1955, que a por sua vez retorna provavelmente à tradição das cortes burgúndias e espanhola. Para um desenvolvimento posterior, Cf., uma série de contribuições em: SCHNUR, R. (org.). *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*. Berlin, 1986.

⁴⁸ Na antiguidade e no alvorecer da modernidade, "placuit" é antes de tudo algo sensivelmente diverso daquilo que agradava, e pode aqui absorver todas aquelas limitações que estão em jogo no instante em que se pensa nisto que "agrada" a um príncipe valente e virtuoso.

⁴⁹ Par desequilíbrio análogo, Cf. OMPHALIUS, B. J. *De officio et potestate Principis in republica bene ac sancte gerenda*. Basel, 1550, para uma leitura polida, sem nada de essencialmente diverso do que verificamos em Bodin.

⁵⁰ De outra parte, esta não é de fato uma particularidade dos estados retti da monarquia. A disponibilidade a tolerar o ilícito no interesse de uma utilidade superior era desde sempre o novero da virtude civil republicana. Para Veneza, Cf. MEMMO, G. M. *Dialogo... dopo alcune Filosofiche dispute, si forma un perfetto Principe, et una perfetta Republica, e parimente un Senatore, un Cittadino, un Soldato e un Mercatore*

. Veneza, 1563, p. 12: "E meglio è, che un Cittadino privato patisca a torto, che permettendogli si tanta licentia, et autorità, egli si faccia lecito d'opprimere la pubblica libertà, per la conservazione della quale è lecito a una Republica fare ogni opera, quantunque ingiusta, derivando da quella una tanta utilità, quanta è la libertà publica". Ainda que injusta em nome da liberdade ou (no caso da monarquia) da segurança - o que se torna impensável no Estado constitucional.

autolimitação⁵¹. Até a introdução de Constituições de diversos estilos no último quarto do século XVIII, tais características permaneceram quase que intocadas. A novidade evolutiva consiste, ao invés, na crescente importância (e sobretudo no reconhecimento da importância) da legislação. O que, na Inglaterra, leva ao reconhecimento da soberania do Parlamento e, no continente, à desautorização da ideia de uma jurisdição do monarca operante mediante lei e jurisdição. É portanto evidente a tendência de subordinar jurisdição à legislação e de reduzir o sistema jurídico à diferença, concebida de forma assimétrica entre poder legislativo e poder judiciário. Tudo isso culmina em definitivo com a positivação de todo o direito⁵². O que, no entanto, ao prescindir de como o poder dos tribunais poderia ser preservado⁵³, não representa uma solução para o problema político da soberania. Antes esse problema torna-se mais aguda medida em que agora busca-se submeter a jurisdição à pretensão política de soberania avançada pelo Parlamento. É somente se se conserva a ideia de uma unidade do sistema jurídico e do sistema político que se pode conceber a necessidade de se concentrar em alguma parte a "soberania do direito" enquanto instância última - seja no povo, seja no Parlamento, seja no monarca - com a consequência de que a concepção de um controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos do Estado deve ser negada⁵⁴. Apenas com esse pressuposto a função dos juizes é "en quelque façon nulle." Com efeito, no interior do sistema jurídico internamente fechado desenvolve-se uma complexidade própria que não pode renunciar à distinção entre jurisdição e legislação e que não é controlável nem mesmo pela "vontade política" encerrada no sistema político (a menos que essa última não se adegue antecipadamente ao que for juridicamente possível). É exatamente por isso que uma solução para o problema da soberania ainda não pode ser encontrada, pois ela se coloca no interior do sistema político. No sistema político, *mutatis mutandis*, são reconhecíveis os problemas de auto-referenciabilidade que também irritam o sistema jurídico. Na fórmula da soberania expressa-se uma tautologia: eu decido como decido. Se se acrescenta uma negação emerge um paradoxo: eu decido sem vínculos com efeitos vinculantes para todos inclusive também para mim mesmo a partir do momento em que faço parte do sistema: eu me vinculo e me desvinculo. Além do mais é evidente que esse "privilegio" só pode ser praticado em um lugar, ou seja, apenas em operações específicas. O sistema soberano requer o soberano - ainda que esse seja o "povo." No sistema, o decidir soberanamente é não apenas respeitado e dotado de poder de ação, mas também observado. Sob esse aspecto, a soberania define não mais o direito a um arbítrio incondicionado (o que no plano empírico seria dificilmente imaginável), mas apenas uma diretriz, daí a regra: observa o observador que exerce a soberania no sistema⁵⁵. Com a forma tautológico-paradoxal da soberania, que logo se separa de seu significado medieval de independência da cúria e

⁵¹ Sobre este paradoxo em Bodin, Cf. HOLMES, S. Jean Bodin: the Paradox of Sovereignty and the Privatization of Religion. In: PENNOCK, R. R. e CHAPMAN, J. (orgs.). Religion, Morality and the Law. New York, 1988, pp. 5 a 45.

⁵² A este propósito, Cf. McCORMICK, N. Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford, 1978, pp. 59 e ss.

⁵³ Para este enfoque, OGOREK, R. "De l'Esprit des légendes, oder wie gewissermassen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde". In: Rechtshistorisches Journal. II, 1983, pp. 277 a 296.

⁵⁴ Sobre o debate que desenvolve amplamente nos Oitocentos, Cf. OGOREK, R. "Richterliche Normenkontrolle im 19. Jahrhundert: Zur Rekonstruktion einer Streitfrage". In: Zeitschrift für eine neuere Rechtsgeschichte. XI, 1989, pp. 12 a 39.

⁵⁵ Portanto, não obstante toda a admiração pela máquina veneziana, se nota antes de tudo uma preferência inequívoca pela forma da monarquia, que melhor se presta às observações, ainda mais pela sua dotação (mas não constituição) de consulentes que sabiam que haviam de conciliar e que coisa eram tidos a aceitar. A tal entendimento, interessante no âmbito da história do direito é KANTOROWICZ, E. H. "Mysteries of State: an Absolutist Concept and its Late Medieval Origins". In: Harvard Theological Review. XLVIII, 1955, pp. 65 a 91.

do Imperador, emergem contingências mais elevadas e as respectivas exigências de decisões resultantes da diferenciação do sistema político e da emancipação dos controles estamentais e das estatuições religiosas. A unidade do sistema só pode agora ser definida territorialmente (e enquanto tal mediante nomes próprios) e não mais como a forma natural da virtú da vida político-civil, ou seja, da vida que transcorre fora do próprio domus. O príncipe não é mais um civis dentre outros. Ele é princeps distinto dos súditos, governante distinto dos governados; e essa diferença cria agora um processo decisório especificamente político que avoca a si a soberania⁵⁶.

Assim como o sujeito pensante pode se tornar independente do código "verdadeiro/não-verdadeiro" pensando que se encontrava em condições de pensar seja o verdadeiro, seja o falso, do mesmo modo também a soberania ilimitável do sistema político torna-se independente do código jurídico, embora ninguém ouse formular essa circunstância com radicalidade cartesiana. O sistema político pode exercer o poder tanto de modo conforme ao direito quanto de modo disconforme com o direito e, se isso já é de se temer de uma pessoa soberana (ainda que dele não se espere isso), torna-se muito mais, excessivamente, agudo com a passagem para a soberania popular. E de fato apenas após tal recrudescimento, apenas contra esse, após a Declaração da Independência norte-americana e após a perda do rei (que de toda sorte é humanamente indirizzabile), é que se busca proteção em uma Constituição. Os problemas da circularidade e da reintrodução da unidade na unidade atormentam assim também o sistema político. Esses são desviados no sistema jurídico em canais interpretativos, no sistema político em canais organizativos e estratégicos. Até o século XVIII, os próprios Estados modernos são suficientemente estáveis (ou melhor: a diferenciação funcional aperfeiçoou-se a ponto de poder dar início a experiências desse gênero). Por meio do conceito de Estado instituem-se ofícios ao dotá-los de competências condicionáveis. Organiza-se a "separação de poderes." A integração das comunicações entre os cargos é subordinada à adequação ao direito de suas decisões. O que requer, em última análise, cargos, ou seja, magistraturas constitucionais competentes para decidir sobre a matéria mas que, de todo modo, permanecem simples órgãos constitucionais dentre outros. É possível, no entanto, orientar-se em buscas assim organizadas e isso é suficiente, pelo menos enquanto não se verificarem conflitos constitucionais alimentados pela direita ou pela esquerda (Bismarck, Allende). É certo que o paradoxo da soberania não é acolhido em detrimento do direito positivo, mas, ao contrário, é resolvido por seu intermédio. Assim, tornava-se mais uma vez necessária a diferenciação, totalmente desconhecida na Idade Média, entre o direito intangível e o direito disponível e também avelha hierarquia entre o direito divino, o natural e o positivo não mais servia para resolver o paradoxo da soberania. Os primeiros e todas as tentativas experimentais levaram a algo como as "leis fundamentais"⁵⁷. Trata-se essencialmente das condições de manutenção da

⁵⁶ Não por último, isso é expresso no fato de que os vínculos estamentais (cetuáli) agora existentes impedem, pelo menos no caso da França, de descrever o príncipe como um soberano também no caso no qual se trata de um rei que se limita a conceder a jurisdição a seus vassalos sem que ele mesmo se substitua de ser a última instância do apelo. Cf. LE BRET, Cardin. De la Souveraineté du Roy. Paris, 1632, p. 11, em referência à Dinamarca. Sobre os problemas concretos, Cf., também: C. L. P. [Charles Loyseau, Parisien]. Discours de l'abus des justices devillage. Op. Cit.

⁵⁷ Isso pode ser datado com precisão graças às pesquisas de MOHNNAUPT, H. "Die Lehre Von der "lexfundamentalis" und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien". In: KUNISCH, J. (org.). Der Dynastische Fürstensaatz: Zur Bedeutung von Sukzessionsordnungen für die Entstehung des frühmodernen Staates. Berlin, 1982, pp. 3 a 33. E também as pesquisas de HÖPFL, H. "Fundamental Law and the Constitution in Sixteenth-Century France". In: SCHNUR (org.). Die Rolle der Juristen. Op. Cit., pp. 327 a 336: não existem indícios antes de 1573, qualquer manifestação na panfletística política, aspectos (perfil) jurídicos mais claros a respeito da lex sálica e à inalienabilidade dos bens públicos, somente por volta do fim do século.

continuidade dinástica (nesse sentido do Estado), como, por exemplo, das regras de sucessão ao trono. Essas, em razão de sua justificação, servem-se de um argumento auto-referencial, qual seja, o de que o Estado não pode negar os princípios aos quais deve a sua própria existência⁵⁸. É apenas no século XVI, portanto, que o conceito de Constituição (Konstitution), que o direito romano usava de modo completamente distinto⁵⁹, adquire um novo significado, que o libera das limitações das leis fundamentais anteriormente vigentes e o exonera da necessidade de recorrer a uma fundamentação de tipo jusnaturalista⁶⁰. O "fundamento de validade" consiste exclusivamente na necessidade de dissimular a constituição tautológica-paradoxal daquela unidade sistêmica e de substituí-la mediante distinções manejáveis. Para dizer com Spencer Brown, a Constituição tem vigência graças a uma re-entry da forma na forma e com isso graças à distinção entre sistema e ambiente no sistema⁶¹. A constituição, quer sob o seu aspecto jurídico, quer sob o político, não é senão um dispositivo destinado a diferenciar a auto-referenciabilidade da hetero-referenciabilidade nas operações internas ao sistema. A certeza da validade da Constituição pode ser compreendida, desenvolvida, portanto, pelo fato de que a reversibilidade das estruturas internas do sistema, que é funcional, eleva outros problemas (por exemplo, os problemas de "substituição" das soluções dos problemas) relativos aos de um observador externo que se encontra em condições de se consagrar exclusivamente às suas próprias ideias. No século XVII essa tentativa de se resolver a agudização do paradoxo da soberania no direito é obstada sobretudo pela recusa da figura jurídica da autolimitação na medida em que a obrigação vinculante pressuporia uma referência constante ao direito vigente⁶². Por isso, retorna-se, em um primeiro momento (e como agora sabemos, provisoriamente), às construções contratualistas do Estado⁶³. Apenas a invenção da forma jurídica "Constituição" tornará supérflua essa estrada mais longa. É somente a consciência, o conhecimento, de uma diferença de

⁵⁸ Assim já argumenta Bodin (Cf. a interpretação de Holmes em : HOLMES, S. Jean Bodin: the Paradox of Sovereignty and the Privatization of Religion. In: PENNOCK, R. R. e CHAPMAN, J. (orgs.). Religion, Morality and the Law. Op. Cit. , pp. 5 a 45.).

[INCOMPLETO]

⁵⁹ Qual seja, no sentido de edito, decreto (Erlass), de modo a se dever, preliminarmente, motivar que tais ordens do imperador, quas vulgo constitutiones appellamus (Ulpiano, D. 1,4,1,1, introduzido com o título Quod principi placuit, legis habet vigorem), possam pretender validade jurídica.

⁶⁰ Se os juristas crêem igualmente em não poder renunciar a uma retórica jusnaturalista, sob as condições modernas são constrictos a olvidar o que esta semântica uma vez tivera significado. E, de modo peculiar, eles confirmam a diferenciação do sistema do direito conservando um conceito de natureza que, do exterior do sistema do direito, ninguém aplica mais.

⁶¹ BROWN, G. S. Laws of Form. London, 1971.

⁶² "Hisce directe non obligari summum imperio patet. Summus enim ego: ergo a superiore homine obligation ipsi non potest accedere. Se ipsum autem per modum legis, id est, per modum superioris obligare nemo potest" é sustentado, por exemplo, em PUFENDORF, S. De iure naturae et gentium, VII, cap. VI, § 2º, citado de acordo com a edição de Frankfurt am Main – Leipzig de 1774, II, pp. 214 e 215, invocando HOBBS.

De Cive, cap. VI, § 5º. Para indicações de Bodin e Thomas Jefferson, Cf. HOLMES, S. "Jean Bodin: the Paradox of Sovereignty and the Privatization of Religion". In: PENNOCK, R. R. e CHAPMAN, J. (orgs.). Religion, Morality and the Law. Op. Cit., pp. 17 e 18. De modo diverso e na direção de uma compreensão mais rigorosa das "decisões coletivamente vinculantes", Cf. CURBAN, Gaspar de Réal. La Science du gouvernement, IV. Aix La Chapelle, Amsterdã, Paris, 1765, pp. 125 e ss. Até quando as leis não se modificarem elas devem ser respeitadas também pelo legislador: "La raison veut que celui qui ordonne une chose, l'exécute lui-même" (p. 128) – um primeiro exemplo do deslocamento do problema na estrutura temporal da validade jurídica.

⁶³ Sobre esta conexão, Cf. também LINK, Ch. Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit: Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre. Viena, 1979, pp. 181 a 182.

planos torna possível e necessário não mais se limitar a falar simplesmente de leis fundamentais, mas de Constituição (no singular)⁶⁴.

Em que pesem todas as tentativas de se afirmar juridicamente o problema da soberania e tratá-lo recorrendo-se a qualquer distinção, esse persiste, no entanto, como um problema residual: o problema da razão de Estado, do jus eminens, do direito do Estado de necessidade. Essas formulações ainda são insuficientes (porque também ou ainda jurídicas). Elas têm a intenção e gozam do prestígio para especificar uma competência e com isso prever a solução pacífica do problema. No sistema político deve existir alguém (mas depois de tudo por quê alguém? E quem?) que na hipótese de exceção possa ultrapassar qualquer limite jurídico. Soberano, portanto, é assim quem define o que é requerido pelo bem comum e que com isso é capaz de se afirmar politicamente⁶⁵. E mesmo que o texto constitucional não consinta, isso ocorre de todo modo extra legem (em casos previsivelmente raros). De tal modo que, ao lado da infecundidade das tentativas de se fixar o problema no plano jurídico, revela-se também o limite da possibilidade de um acoplamento estrutural entre a política e o direito e, assim, o limite da prestação desse mecanismo altamente improvável do ponto de vista evolutivo. O conceito de acoplamento estrutural foi escolhido no sentido de evidenciar contemporaneamente os limites dos encargos que é capaz de suportar, e o que equivale a dizer o seu próprio não funcionamento. Esse conceito, é claro, não pode eliminar a identidade e a autonomia dos sistemas acoplados e não pode tampouco nem mesmo integrá-los em uma ordem hierárquico-assimétrica. E é vã a tentativa de se buscar nesse problema uma ideia definitiva em uma fórmula unitária. A diferenciação funcional entre sistema jurídico e sistema político não pode ser controlada nem por uma parte, nem pela outra. A partir do momento que o sistema político resolve com a Constituição os problemas de sua própria referenciabilidade, esse emprega portanto o direito. Esse emprego do direito só pode funcionar, no entanto, porque os sistemas não são congruentes, porque não se sobrepõem nem mesmo em uma medida mínima, mas, ao contrário, o sistema político pode se servir do sistema jurídico mediante heteroreferenciabilidade e, assim, mediante o recurso a um outro sistema funcional. O conceito de Estado, do mesmo modo, assinala a um só tempo uma organização e uma pessoa jurídica - segundo o sistema a partir do qual se o considera⁶⁶. Analogamente, a imensa amplitude do âmbito de aplicação que o poder político alcança com a dupla codificação jurídica de todas as decisões políticas é condicionada pela própria diferenciação dos sistemas⁶⁷.

4.

⁶⁴ Manifestamente na tendência à singularização dos conceitos coletivos, na qual também Reinhardt Koselleck tem acertado.

⁶⁵ Com a fórmula “bem comum” se entende que somente a contingência da política, e não um supercritério por exemplo de tipo jusnaturalista, cujo o uso consentiria em última análise em examinar e decidir se política é legítima ou ilegítima. A fórmula da contingência diz: isto que é reconhecível como política não pode ser arbitrário (aqui por exemplo: o mero interesse privado). Quem agir a partir do exterior do âmbito semântico de tal fórmula não poderia ser observado como agente no sentido político. Não poderia ser adstrito ao sistema político. Ele seria talvez um ladrão, um capitalista privado, um fanático religioso ou qualquer coisa do gênero.

⁶⁶ Assim, é de fato insensato discutir sobre “qual doutrina do Estado era mais fecunda, mais profunda, mais viva: aquela dos políticos Dahlmann, Stein e Mohl ou dos a-políticos Gerber, Laband, Jellinek e Kelsen?” (Assim, HELLER, H. Staatslehre . Leiden, 1934, p. 26). Se trata apenas da questão sobre instrumentos de observação com os quais se intenta observar: aqueles do sistema político e aqueles do sistema jurídico.

⁶⁷ Cf. LUHMANN, N. “Zwei Seiten des Rechtsstaates”. In: Conflict and Integration: Comparative Law in the World Today . Tokyo, 1989, pp. 493 a 506.

Hoje sabemos que nenhum sistema pode nascer e se reproduzir em bases exclusivamente autoreferenciais. Nem mesmo quando o sistema é dotado da capacidade de auto-organização e de auto-observação⁶⁸. Se assim é, logo todas as autodescrições que pressuponham o que é lógica esistemicamente impossível são errôneas. Por outro lado, chegávamos às mesmas conclusões em sede das análises históricas ao sublinharmos como tais autodescrições terminam por culminar em um paradoxo. Exatamente a denominação de algo como algo (de si como de si) pressupõe, com efeito, a possibilidade de se distinguí-lo de tudo o mais. Frente a isso, a autodescrição não é capaz de oferecer soluções desorte (di sorta) (conquanto toda a cibernética de segundo grau tenha começado precisamente desse problema)⁶⁹. Por isso buscou-se primeiramente uma saída no conceito de order from noise, mais tarde no contexto de dependência, na construção da complexidade, a partir do rumor de fundo do ambiente⁷⁰. A teoria do acoplamento estrutural retoma essa questão e distingue mais uma vez no âmbito do rumor ambiental de fundo os rumores inclusivos e por isso reforçados. Somente assim é que se torna compreensível o fato de que o sistema se arrisque a adaptar, e como o faz mediante organização interna- vale dizer: mediante auto-organização determinadas fontes de ruídos e a eliminar outras.

Frente a esse pano de fundo teórico, surge com clareza o incremento de complexidade alcançado com a separação e a conexão entre sistema político e sistema jurídico. Dito por uma fórmula sintética: a novidade do projeto de Constituição do século XVI reside no fato de que a Constituição torna possível, a um só tempo, uma solução jurídica para o problema da auto-referenciabilidade do sistema político e uma solução política para o problema da referenciabilidade do sistema jurídico. Independentemente da situação que a inspira, por exemplo, a necessidade de dar às colônias que se tornaram independentes a forma de uma unidade, ou a possibilidade de uma revolução ainda em curso de servir para reformar a soberania, de todo modo que se interprete a gama das terminologias conhecidas e herdadas: a inovação estrutural é condicionada pela manifestação dos problemas de auto-referenciabilidade aqui delineados e pela necessidade de desenvolvimento dos mesmos, de sua resolução mediante diferenciações, pelas suas assimetriações. Nesse mesmo momento, revela-se a necessidade de se desativar os paradoxos e de ser e conquistar assim a possibilidade, de outro modo obstada, de se observar o sistema - o paradoxo da limitação da soberania ilimitada ou o paradoxo mediante o qual o código direito/não-direito, generalizado na forma constitucional / inconstitucional, deve ter a sua auto-aplicação bloqueada e assim pressupõe uma instância extrajurídica subtraída ao esquema e que agora se apresenta nas vestes de um povo politicamente unido. A política individua as formas capazes de levá-la em conta referindo restritivamente ela mesma ao Estado e concebendo esse Estado como Estado Constitucional. Em contraste com o antigo conceito europeu de *societas civilis* diz-se agora: sem Estado (constituído) não há política. O direito individua as formas capazes de

⁶⁸ Cf. apenas: FOERSTER, Heinz von. "On Self-Organizing Systems and their Environments". In: YOVITS, M.C., e CAMERON, S. *Self-Organizing Systems: Proceedings of an Interdisciplinary Conference* (5 e 6 de maio de 1959). Oxford, 1960, pp. 31 a 50, agora também em: FOERSTER, Heinz von. *Observing Systems*. Seaside, 1981, pp. 2 a 23; ASHBY, W. Ross. "Principles of the Self-Organizing System". In: FOERSTER, Heinz von. e ZOPF, G. W. *Principles of Self-Organization*. New York, 1962, pp. 255 a 278, agora também em BYCKLEY, W. (org.) *Modern Systems Research for the Behavioral Scientist: A Sourcebook*. Chicago, 1968, pp. 108 a 118.

⁶⁹ Cf., para este propósito, GARBOLINO, P. "A propósito di osservatori". In: GENOVESE, R. et alli (orgs.). *Modi di attribuzione: Filosofia e teorie dei sistemi*. Napoli, 1989, pp. 185 a 236.

⁷⁰ Cf. FOERSTER, H. von. *On Self-Organizing Systems*. Op. Cit., e ATLAN, H. *Entre le crystal et la fume: Essais sur l'organisation du vivant*. Paris, 1979.

levá-lo em conta reduzindo a si próprio, mediante a lei constitucional, a um instituto jurídico de conteúdos indeterminados: o poder constituinte do povo. Esse projeto global é reiterado e implementado nos planos de segundo grau. A política, se se guia pelo sucesso de sua ação, não pode renunciar ao arsenal do direito que deve funcionar juridicamente e de cujo código binário não lhe permitido se afastar ou desviar. O direito, mediante uma legislatura politicamente influenciável, adequa-se às contínuas pressões exercidas pela política e conquista, com isso, a possibilidade de reenviar para o caminho (iter) político muitos impulsos para a sua modificação. Isso só funciona, no entanto, se se renuncia à concepção unitária ainda dominante no primeiro constitucionalismo, que obrigava a se hierarquizar a arquitetura do sistema. A crescente complexidade decorrente do fato de o ordenamento do Estado constitucional já instituído se tornar eficaz requer a passagem de uma arquitetura hierárquica para uma heterárquica que renuncie às descrições de tipo "supra e infra," "sobre e sob," e que agora só lide com sistemas sociais parciais e acoplados apenas em limitada medida⁷¹. O sistema jurídico, graças a esse acoplamento, tolera um sistema político que tende para o Estado regulador e que não deixa passar o que possa submeter as suas próprias operações. Também o sistema político, graças a esse acoplamento, tolera um sistema jurídico que dá curso continuamente a processos próprios, protegidos da interferência política logo que a questão direito / não-direito, lícito / ilícito, se apresente. O que conduz definitivamente a uma teoria dos sistemas operativamente fechados sensíveis apenas a perturbações mais do que a determinações recíprocas e obriga a que se recorra à respectiva linguagem sistêmica para se poder reagir. A relação entre o sistema político e o jurídico assemelha-se mais com a das bolas de bilhar que, apesar da contínua frequência com que se entrechocam, cada uma continua a percorrer o seu caminho separado, do que com a de gêmeos siameses somente capazes de se moverem conjuntamente. Na concepção moderna, a base da realidade das Constituições consiste na diferenciação funcional do sistema social. Esta exigência da integral diferenciação dos sistemas funcionais, de per se auto-referencialmente fechados, da política e do direito desconhece em primeira instância as conexões evidentes. O que poderia facilmente ocasionar contradições. Mas é bom não condenar o dia antes que ele termine (Ma è bene non biasimare il giorno prima che cali la sera). Não há dúvidas de que existam conexões, e não apenas ocasionais, contingentes e casuais. Essas podem ser descritas com o conceito de acoplamento estrutural acima descrito⁷².

Os acoplamentos estruturais traduzem relações analógicas em relações digitais⁷³. Fundam-se na inevitável simultaneidade do sistema e do ambiente no contínuo

⁷¹ Se pode perseguir esta necessidade de reconstrução na teoria do direito sob a trilha dos argumentos com os quais Hart (HART, H. L. A. *The Concept of Law*. London, 1961) refuta a teoria da soberania de John Austin, coma finalidade de poder compreender, com o plano de substituição, uma complexidade maior da realidade jurídica. Não obstante, propriamente sob este aspecto a proposta de substituição não é suficientemente ampla.

⁷² Esse conceito pertence a um setor mais restrito dos conceitos da teoria dos sistemas autopoieticos, e talvez seja conveniente aproveitar a ocasião para dizer de uma vez por todas que essa teoria de fato não empreende a tentativa desesperada de tudo explicar com um conceito, ou seja, com a autopoiesis. Sobre "acoplamento estrutural", Cf. Maturana, H.R. *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit: Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie*. Braunschweig, 1982, p. 143 e ss., 150 e ss., 243-4, 251-52. Sobre a transferência para outros âmbitos Cf. Luhmann, N. *Wie ist Bewusstsein in Kommunikation beteiligt?* In: Gumbrecht, H. U. e Pfeiffer (orgs.). *Materialität der Kommunikation*. Frankfurt am Main, 1988, pp.844 a 905 e Luhmann, N. *Wirtschaft und Recht: Probleme strukturelle Kopplung*, 1989 (manuscrito inédito).

⁷³ A terminologia deriva da informática. Para generalizações, Cf. Bateson, G. *Step to an Ecology of Mind*. New York, 1972; Wilden, A. *System and Structure: Essays in Communication and Exchange*. London, 1980, p. 152 e ss., p. 495 e ss.

transcorrer do tempo. O sistema social já é de per se sempre adaptado, política e direito desde sempre têm conta da existência de uma Constituição e sobre essa base procedem de modo análogo. O que não requer necessariamente a tematização nas operações. Não obstante, precisamente essa condição gera perturbações de ocasionais a frequentes, de surpreendentes a regulares em ambos os lados. E essas perturbações manifestam-se como eventos, como casos, portanto, de forma digital. Apresentam perfis determinados ou facilmente determináveis e por isso restituem a possibilidade de tratamento determinado. Os acoplamentos estruturais entre sistema e ambiente (ou concretamente, sistema e sistemas no ambiente) são absolutamente compatíveis com o fechamento operacional dos sistemas acoplados. A razão é que através dos acoplamentos estruturais não só não se especificam os eventos mas essa especificação é reenviada aos próprios sistemas acoplados. O que já deriva do fato de que o conceito de acoplamento estrutural indica uma relação de simultaneidade entre sistema e ambiente, ao passo que uma relação de causalidade requer a sucessão de causa e efeito⁷⁴. O acoplamento estrutural é uma forma particular no sentido de Spencer Brown⁷⁵, isso é, uma diferenciação dos dois lados. Do lado interno, facilita-se a influência recíproca "legalizada" pela Constituição. Do lado externo, essa influência é excluída na medida do possível, ou ao menos tornada ilegal. Política e administração do direito só são obrigadas a se reportarem reciprocamente "no modo segundo à Constituição" e não de outros. Sob a condição da exclusão do outro, como, por exemplo, a intervenção política da jurisdição nos casos singulares por parte de políticos ou de funcionários corruptos ou vice-versa sob pena da paralisia das atividades políticas essenciais, como, por exemplo, a política externa (a chamada doutrina das political questions que começa com o caso *Marbury vs. Madison*⁷⁶), a influência política pode ser notavelmente incrementada⁷⁷. Mas exclui-se qualquer interferência na autopoiesis do sistema interessado e possibilita-se uma perturbação recíproca tanto maior. Renuncia-se à realizabilidade imediata de máximas políticas como "pureza racial", independência nacional, conquista socialista, bem comum e adquire-se, por outro lado, possibilidades mais ricas de ação nas formas do Estado de Direito. Renuncia-se à possibilidade de se subtrair diretamente da economia recursos politicamente condicionados e institui-se, ao invés, um acoplamento estrutural entre o sistema econômico e o político mediante o instrumento da tributação que, instituído pela Constituição e portanto juridicamente controlável, salvaguarda a autopoiesis da economia e lhe delega a tarefa de assinalar as sobretribuições que, por sua vez, são passíveis de se transformarem problema político, com a inflação, a emigração de empresas ou outros indicadores. Uma demonstração válida do efeito de exclusão dos acoplamentos estruturais - conquanto longede poder ser formulada nestes termos - pode ser indicada na *Dissertation upon Parties de Bolingbroke*; nesse texto, essencialmente consagrado à Constituição britânica, são intencionalmente indicadas provas muito remotas do uso de fórmulas como unconstitutional, anticonstitutional, extraconstitutional⁷⁸. A ocasião do referido texto tem origem no famoso acontecimento

⁷⁴ Com isso, não queremos excluir definitivamente que um observador possa observar e ver de forma diversa; mas nesse caso, seria obrigado a usar um conceito insólito, incomum, de causalidade.

⁷⁵ Cf. BROWN, G.S. *Laws of Form*. New York, 1979.

⁷⁶ CRANCH, I (1803), p. 137-80 (166).

⁷⁷ Sobre esse paradoxo do incremento por meio da redução objetivada, da agilização por meio de obstáculos, do reforço mediante limitações, Cf. HOLMES, S. "Precommitment and the Paradox of Democracy". In: ELSTER, J. e SLAGSTAD, R.. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge, 1988, pp. 195-240.

⁷⁸ BOLINGBROKE. *A Dissertation upon Parties*. Op. Cit. , pp. 11, 118, 122, 160. Sobre esse tema ver, supra, pp.(SÓ SE PODE PREENCHER NA EDIÇÃO).

de corrupção do Parlamento londrino com os recursos financeiros da Coroa. A sua tese é a de que a Constituição britânica teria resolvido o problema do poder político de modo incomparável; no Parlamento haveria um equilíbrio das três castas: a Coroa, a nobreza e o povo, na medida em que não existiriam nem a prerrogativa da Coroa fundada na Constituição e nem a vedação à resistência por parte do povo (revolução) aos desenvolvimentos inconstitucionais. O problema agora seria, portanto, não mais a influência do poder sobre esse sistema, mas a do dinheiro: "that the power of Money, as the world is now constituted, is real power, and that all power without this is imaginary; that the prince who gets prerogative alone, gets a phantom; but he who gets money, even without prerogative, gets something real"⁷⁹.

Mais ou menos contemporaneamente desenvolvem-se outros acoplamentos estruturais que, por meio da propriedade, da liberdade contratual e dos pródomos de um novo direito de empresas (das corporações), abrem para a economia possibilidades diretas de dispor do direito (Rechtsgestaltung) e com isso de mobilizar o poder político em prol do interesse econômico privado. Do que se pode antever o que a diferenciação funcional requer: separação e recíproca impermeabilização dos acoplamentos estruturais entre política, direito e economia. Através dos acoplamentos estruturais forma-se no interior das relações sistema-ambiente um setor restrito com outras probabilidades de perturbações recíprocas (perturbations no sentido de Maturana). O que para os sistemas interessados implica, ao mesmo tempo, o surgimento de altas chances de aprendizado. Esses sistemas observam com particular atenção e ativação de sua memória os setores do ambiente aos quais se encontram acoplados. As perturbações atribuíveis a esse setor podem ser facilmente interpretadas e resolvidas com a ajuda da memória (mas isso não significa senão que: em relação à estrutura já existente). Essas mesmas perturbações são reguladas (normalizadas) e saltam em direção às alternativas disponíveis. O sistema não é forçado a um aprendizado ad hoc neste setor do ambiente e, portanto, se preservará, ainda mais que em outros setores, contra a "remoção" das perturbações. A permanente exposição aos impulsos políticos no sentido de novas leis pode ser elaborada pelo sistema jurídico na forma própria da legislação, que, obviamente, não tolera tudo que seria desejável no plano político; e vice-versa, a política pode tolerar mais facilmente as perturbações produzidas na forma de decisões jurídicas (a declaração de inconstitucionalidade de uma lei politicamente importante, os novos problemas de responsabilidade, a descoberta de tentativas de reviravolta (aggiramento) da lei, apenas para indicar algumas hipóteses dessa forma) uma vez que a localização da decisão no sistema jurídico torna difícil atribuir ao governo ou à oposição a responsabilidade política dos incidentes. Em suma, no contexto dos acoplamentos estruturais os distúrbios são algo "familiar." Ou melhor, apresentam-se como "problemas" para os quais já se encontram disponíveis soluções rapidamente utilizáveis mais ou menos fáceis, mais ou menos plausíveis. Explica-se assim como os acoplamentos estruturais tornam possível a construção de regularidade interna ao sistema - ainda que apenas sob a condição de um efeito de excludência de amplexo e de uma complexidade interna suficiente para o sistema⁸⁰. Assim, os acoplamentos estruturais incidem profundamente sobre o sistema. No caso de um sistema jurídico é possível observar se o seu

⁷⁹ Idem, Ibidem, pp. 165 e ss.

⁸⁰ VARELA, F.J. "On the Conceptual Skeleton of Current Cognitive Science.". In: LUHMANN, N. Beobachtet: Konvergenz der Erkenntnistheorien? München, 1990, pp. 13-23 (especialmente as pp. 20 e 21). Varela acentua nesse contexto o significado da reelaboração das informações descentralizadas, heterárquicas, "modulares" para a produção de "regularidades" nos sistemas. É evidente que uma hierarquização atribui excessivamente ao sistema originalidades extravagantes e contatos ambientais contingentes em seu vértice.

desenvolvimento já é de algum tempo marcado por uma pressão política. Neste caso, as suas estruturas simplesmente não podem ser desenvolvidas, ao contrário, são quase incompreensíveis a partir dos conflitos jurídicos concretos. O sistema jurídico perde aquela aderência aos fatos que o direito só é capaz de ativar, de colocar em ação, se passar pela cabeça de alguns litigar. Ela persiste na auto-reprodução das próprias estruturas, mas não mais sobre a base exclusiva das experiências dos casos e das generalizações hauridas desses casos. A diferenciação estrutural interna entre legislação e jurisdição não serve mais agora para o sistema se defender das pressões, portanto, não serve mais à diferenciação contra as estratificações⁸¹, mas para canalizar os efeitos mais profundos da influência política. Do conceito de acoplamento estrutural, por fim, podemos também compreender que os conteúdos normativos dos textos constitucionais não podem ser arbitrariamente escolhidos. E não porque as normas procedimentais ocupem um espaço muito importante; com efeito, por meio da observação dos procedimentos o sistema político pode respeitar o sistema jurídico sem que com isso deva descuidar das exigências de tipo político. Por isso o postulado da democracia é traduzido em fatores mediante procedimentos. Essa constatação ensina ainda quão perigosas são essas normas que refletem exigências políticas de um modo excessivamente direto - por exemplo, as normas de natureza ideológica nos Estados socialistas ou a predominância dos interesses de segurança militar no direito constitucional (não escrito) de Israel. Aí precisamente reside a tentação representada por se buscar facilitar a influência e a adaptação mediante acoplamento estrutural: na escolha de normas constitucionais tais que permitam ao sistema jurídico reconhecer a legalidade em quase todas as formas do agir político e que, vice-versa, toda decisão acerca da constitucionalidade-inconstitucionalidade do sistema político indica como se deve descrever qualquer tipo de decisão de modo a se encaixar (estromettere) na jurisdição constitucional. Sobre esse pano-de-fundo, delineiam-se os direitos humanos como formas dotadas de complexidade suficiente para levarem uma vida jurídica própria; ou delineiam-se também regras procedimentais (eleitorais, por exemplo) que garantem o papel político dos interesses de um modo politicamente não direcionável, sem a obrigação política de legitimá-los como tais em uma hierarquia de valores pré-existentes.

5.

Os acoplamentos estruturais são aquisições evolutivas. A sua formação não pode ser reconduzida a causas específicas. De um determinado modo, pressupõem a si próprios enquanto ser e vinculam às descontinuidades do ambiente, e para cujas estabilizações contribuem. O que vale também para o acoplamento estrutural entre consciência e comunicação por meio da linguagem, como para o acoplamento estrutural entre o sistema educativo e o econômico mediante os diplomas, bem como para o acoplamento estrutural entre o sistema de saúde e o econômico por intermédio dos atestados médicos e de inumeráveis outros casos em uma sociedade em alto desenvolvimento. No que toca às relações entre o sistema jurídico e o político, as Constituições seguem esse modelo⁸².

⁸¹ Era essa a posição de Aristóteles e ainda na Idade Média era a perspectiva adequada. Sobre referências textuais concernentes à defesa contra as influências da retórica Cf. ARISTÓTELES. Retórica. 1354a 32 até 1354b 16, sobre o tema Cf. COLONNA, E. De regimine principum libri III. Livro III, parte II, citado da edição de 1607 de Roma, reimpressão em Aalen 1967, em especial as pp. 507 e ss.

⁸² No mesmo sentido, mas uma explicação muito outra, VOIGT, R. "Limits of Legal Regulation: The Use of Laws as na Instrument of Societal Regulation." In: VOIGT, R.

O fato de que a instituição constitucional seja formada e estabilizada na sua função de acoplamento, por isso mesmo, não pode ser explicado por meio de imputações monocausais, mas em nenhuma hipótese de modo a se levar em conta mais de uma causa. Como em todo sistema autopoietico, ocorre pressupor desenvolvimentos circulares no quais tudo o que se forma contribui para a produção de efeitos. Parece que uma evidência vinculada às situações, como dissemos no início, pode ajudar a apreender as distâncias de um uso linguístico herdado. O termo *lois fondamentales* remete às guerras civis religiosas, *constitutions*, por sua vez, às situações revolucionárias seja em torno de 1640, seja no final do século XVIII. Há, portanto, uma força de persuasão temporânea como fator de seleção. Do ponto de vista da história das teorias, são excluídas a um só tempo as explicações teológicas e a ideia de que a função constitua uma força omnicompreensiva de atração evolutiva. A força de persuasão vinculada às situações não explica nem o manifestar-se de variações conceituais, linguísticas e semânticas do patrimônio intelectual existente, nem a possibilidade de se estabilizar as aquisições evolutivas através da assunção de funções. Dito de outro modo, há necessidade do complexo mecanismo de variação-seleção-estabilização, daí as teorias da evolução, para explicar as mutações estruturais.

Já vimos que por volta do final do século XV assiste-se à re-sistematização do terreno semântico sobre o qual deve ser implantada a ideia de um ordenamento fundado em leis fundamentais. O que era oferecido pela tradição vetero-europeia como, por exemplo, os conceitos de *politéia-polizei-police*, manteve-se mas era ainda insuficiente no momento em que se nota a necessidade de se enxertar no direito positivo a ideia de um ordenamento fundamental superior. Esse enxerto leva a se qualificar como *lois fondamentales* normas de direito positivo. Nesse mesmo tempo, a ideia de soberania, ao concentrar o observar e o descrever em um vértice que opera com arbítrio, opõe-se às limitações jurídicas mas precisamente por isso oferece também a ocasião para uma permanente autoperturbação dos sistemas políticos. Talvez seja absolutamente fortuito que na França se apresentasse a possibilidade de se estabelecer alguns princípios - por exemplo, no âmbito especificamente político da sucessão ao trono e no âmbito político-econômico, a inalienabilidade dos bens públicos. No século XVII, um papel cada vez mais relevante é assumido também pela possibilidade de interpretar as relações institucionais na Inglaterra em direção à uma "divisão dos poderes." O fato de que novos usos linguísticos possam ser rapidamente difundidos pela imprensa e tornados acessíveis a todos não pode ter deixado de haver exercido um papel, também em relação à passagem para as novas línguas nacionais⁸³. Os instrumentos semânticos de persuasão e os casos paradigmáticos teriam certamente podido sofrer um arranjo diverso. Por isso, deve ter sido decisivo o fato da alteração de uma sociedade diferenciada por estratos, por castas, para uma diferenciação por funções que terminava por criar problemas não solúveis por uma alocação por castas dos recursos. Hoje deveria ser quase incontestado o fato de que esse tipo de desenvolvimento seja condicionado por uma economia monetária. Em face de situações tão complexas, a pesquisa histórica deve cada vez mais recorrer à teoria como se se tratasse exclusivamente de descobrir as causas determinantes. A teoria dos sistemas impõe um enfoque diverso à pesquisa histórica - a história como algo que é sempre um sistema autopoietico no momento em que, na

Limits of Regulation. Pfaffenweiler, 1989, pp. 11-30, caracteriza *tout court* a regulamentação jurídica como acoplamento estrutural entre o sistema jurídico, o político e o "subsistema social" (??) da sociedade. O que por isso não permite, como de resto o próprio conceito de regulamentação, que se alcance uma descrição suficientemente precisa.

⁸³ Em latim "fundamentalis" corre mais dificilmente pela pena; *fundamental/fundamental* já soa muito melhor. Mas até que ponto é importante se já se realizou uma nova denominação?

realização de suas operações, recruta os "princípios" para tanto necessários. Sob esse ótica, ocorre proceder de modo binário. A razão teórica dessa aquisição evolutiva que é a Constituição é individuada na necessidade de um acoplamento estrutural entre o direito e a política e do uso do acoplamento pela destautologização da auto-referenciabilidade de ambos os sistemas. No plano da semântica histórica, requer-se por isso um novo conceito de Constituição. Mas esse conceito é criado por razões em tudo e por tudo diversas. Na América do Norte, a inovação vinha em uma forma a um só tempo intencional e não-intencional. Em uma forma intencional, já que a controvérsia com a Grã-Bretanha é conduzida sobre bases constitucionais e a Declaração de Independência, em seguida, torna necessário um ordenamento autônomo do poder de governo; e isso explica o caráter binário da ênfase que recai sobre os direitos do homem, por um lado, e de um ordenamento correspondente dos poderes de governo, por outro. De um modo não-intencional, na medida em que as implicações seja da bipartição do direito em direito constitucional e no demais direito, seja de uma Constituição autológica que interpreta a si mesma no seu próprio âmbito de disciplina, só se esclarecem gradualmente na práxis jurídica. A novidade não reside nos temas jurídicos depois imitados na Europa, mas na invenção e na aplicação especificamente jurídica de um texto autológico. Se na França de 1789 descobre-se de repente que, malgrado as lois fondamentales, o país não tem uma Constituição e que por isso deve ainda dar-se uma⁸⁴, o que evidentemente encontra suas razões em uma nova pretensão alimentada pelo desejo de direitos fundamentais e da divisão de poderes⁸⁵. Portanto, por um lado, a ocasião histórica é oferecida pela revolução que torna necessária, ou pelo menos possível, a regulamentação e, por outro, são os conteúdos normativos mesmos a qualificarem um texto como texto constitucional. Esses enquanto conteúdos essenciais de uma Constituição compartilham o nível desse projeto. As velhas concepções acerca da tutela da propriedade são elevadas a direitos do homem. A divisão dos poderes já contida no projeto de uma "soberania indivisível"⁸⁶, torna-se agora a forma de Estado que controla autonomamente a sua soberania. A reavaliação enfática desses conteúdos substitui a questão do conceito e da função do que agora se denomina constitution⁸⁷.

⁸⁴ LEMAIRE. Les Lois Fondamentales de la Monarchie Française. Op. Cit. , p. 248, cita a esse respeito um escrito que veio a lume em Losanna em 1789, que ainda utiliza ambos os termos: De la constitution française, ou des lois fondamentales du royaume. Cf. depois o art. 16 da Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen , de 2 de outubro de 1789: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution." No demais, Tourgot já havia fundado os próprios projetos de Constituição na tese de que a França (ainda) não tinha uma Constituição (assim em 1775 em: Memoire sur les municipalités , citado por: STOURZH, Gerald. Wege zur Grundrechtsdemokratie. Op. Cit., p. 41.)

⁸⁵ Sobre as oscilações da terminologia anterior há documentação semelhante. Em parte, o conceito de constitution caracteriza simplesmente uma opção do repertório da doutrina clássica das formas de Estado (assim por exemplo: BOUQUET. Letres provinciales. Op. Cit., p. 19), em parte, no contexto da doutrina das lois fondamentales, encontram-se formulações vagas como "forme de constitution" (assim em GIN, P. L. Vraies Principes du Gouvernement François), que deixam em aberto a questão de se saber se, na hipótese de alguma modificação, é modificada a forma da constituição. Em CURBAN, Réal. La Science du Gouvernement . Op. Cit., no índice bastante detalhado do volume sobre Droit Public, o conceito é ausente.

⁸⁶ Graças aos truques dos juristas, pode-se na verdade distinguir conteúdo e exercício da soberania, puissance souveraine e puissance exécutive (BOUQUET. Letres provinciales. Op. Cit., p. 124; CURBAN, Réal. La Science du gouvernement . Op. Cit., pp. 11 e ss., 359 e ss.; GIN, P. L. Vraies Principes du Gouvernement François, I. Op. Cit., pp. 48 e ss.

⁸⁷ Para este propósito, Cf. além disso, com o acompanhamento do art. 16 da Déclaration de 1789, HOFMANN, H. "Zur Idee des Staatsgrundgesetzes". In: Recht – Politik – Verfassung: Studien zur Geschichte der politischen Philosophie. Frankfurt am Main: 1986, pp. 261 a 295 (em particular pp. 266 e 267).

Também na época das controvérsias sobre as estruturas do Estado constitucional que atravessaram todo o século XIX na Alemanha, o problema de um texto autológico permanece latente. Sobretudo a controvérsia acerca do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, que nos Estados Unidos podia ser facilmente decidida com base em uma redação trabalhada ou forçada (*accettata*) do texto, é conduzida na Alemanha sem uma compreensão comum dos problemas⁸⁸. De modo análogo na "questão constitucional" tratam-se de explicações de posições partidárias no contexto da política simbólica. O sentido próprio e verdadeiro, a função autêntica e com isso também o conceito de Constituição permanecem ocultos. Ainda no século XIX, para encobrir esse déficit distinguem-se simplesmente diversos conceitos de Constituição⁸⁹. No termo Constituição se condensa um horizonte de sentidos dotado de instruções para o uso suficiente da práxis. Desse modo, a Constituição é o resultado de um desenvolvimento evolutivo, uma aquisição evolutiva que nenhuma intenção pode apreender com precisão. Após a diferenciação do sistema social haver posto novas exigências sociais à autodescrição tautológico-paradoxal dos sistemas funcionais e suscitado as correspondentes perturbações, a invenção da Constituição, e que de todo modo a ela se coligam fragmentos de tradição, é a chave de retorno desse edifício. E a partir daí é reorganizado o material estrutural estrutural e semântico disponível naquele momento. A prescindir dessa dupla orientação das pesquisas históricas no sentido das inovações estruturais e das semânticas em que essas se traduzem, é que se poderia indagar se as "Constituições" são uma instituição especificamente europeia e que, precisamente por essa origem, não podem funcionar em outro lugar, ou de que por seu mal funcionamento, manifesto em muitos Estados do mundo, não haveriam razões posteriores, isso é, estruturais. Esse não é simplesmente um problema de capacidade de realização das normas constitucionais. É necessário, sobretudo, que preliminarmente seja garantida a separação e o fechamento operacional tanto do sistema do direito quanto do da política. É somente desse modo que a orientação no sentido do que resulta no próprio sistema, a cada vez, possível e promissor pode se tornar predominante. Somente desse modo pode se garantir que cada sistema se oriente quase que automaticamente por seu próprio código e não reconheça como próprias as comunicações não produzidas em seu interior. Assim desenvolve-se uma indiferença suficiente em relação aos valores e interesses externos e também em relação às concepções do tempo e da velocidade ambientais. Esse efeito não pode ser conseguido através da imitação de textos ou de instituições constitucionais célebres e confirmadas em outros lugares, através de "legal transplants"⁹⁰. Os seus pressupostos funcionais são por demais complexos. Se a pressuposição de relações circulares é inevitável, será difícil conceber uma política de desenvolvimento e também uma política constitucional visada (diretamente por imitação dos modelos europeus e estadunidense). Se é verdade que a função da Constituição não consiste na realização das relações de valor correspondentes (e, portanto, não pode ser interpretativamente extrapolada dos textos), certamente no acoplamento estrutural de sistemas já diferenciados, poder-se-á ver mais claramente

⁸⁸ O que é demonstrado na análise escrupulosa de OGORÉK, R. "Richterliche Normenkontrolle im 19. Jahrhundert: zur Rekonstruktion einer Streitfrage". In: *Zeitschrift für eine neuere Rechtsgeschichte*. XI, 1989, pp.12 a 38.

⁸⁹ Cf. SCHMITT, C. *Verfassungslehre*. München, 1928, pp. 1 e ss.; HELLER. *Staatslehre*. Op. Cit., pp. 249 e ss.

⁹⁰ Essa é uma expressão de WATSON, A. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Edinburgh, 1974, mas mediante a qual deve ser sublinhada a traduzibilidade relativamente independente em relação ao contexto das concepções de direito. Também em relação a essa questão, convém distinguir entre o direito constitucional e o restante do direito.

onde se colocam os problemas e ao mesmo tempo menos claramente quais intervenções específicas poderiam resolvê-los. É também verdade que em qualquer lugar (ovunque) da terra se dissolvem, se desagregam, as estruturas tradicionais de estratificação e que, por isso mesmo, vai se ocultando aquela ordem social intacta contra a qual a modernidade europeia criou (ha scagliato) os seus Estados constitucionais. Mas isso não quer dizer diretamente que desse modo também os pressupostos de uma autonomia autopoietica dos sistemas funcionais sejam de fato cumpridos, sem os quais encontra-se ausente qualquer gancho para o mecanismo do acoplamento estrutural. Podem existir complexos sociais como o militar, os bancos e as corporações internacionais (às vezes chamados na América do Sul de "American Embassy") ou o terrorismo internacional, contra os quais uma política autônoma não corre o risco de se impor uma vez que essas influências não se canalizam em eleições políticas e nunca operam na forma de partidos políticos diversos no interior do sistema político⁹¹. Pode ocorrer que "gag rules", que na história europeia subtraíram determinados temas do debate político - sobretudo a religião e em certa medida também os problemas de distribuição da propriedade - não funcionem em tais condições⁹² e que assim se busque constantemente resolver problemas politicamente insolúveis mediante revoluções e guerras civis, com o terrorismo de direita e de esquerda de formas similares à de uma guerra civil; e que em tais situações as leis constitucionais possam ser consideradas instrumentos de luta ou de "política simbólica." A história constitucional europeia gozou por isso de uma situação que hoje já mais existe. Na época de um otimismo em relação ao progresso relativamente sólido e à afirmação de uma dinâmica autônoma da economia e da ciência, o sistema político podia restringir-se e limitar-se às suas autênticas tarefas estatais, conquistando assim a possibilidade de construir a sua própria complexidade, o eleitorado foi ampliado, a democracia modelada como uma forma usual, formaram-se os partidos políticos - tudo isso somado aos traços do desenvolvimento pós-constitucional⁹³. Os Estados que se constituíram nos séculos XIX e XX, seja nos territórios antes colonizados, seja naqueles que se mantiveram livres, encontram-se em uma situação absolutamente diversa: antes de tudo em uma situação de desenvolvimento evolutivo deficitário que sugere a imitação de modelos europeus como se isso fosse de per se uma garantia de sucesso; situação que é hoje confrontada com um sistema econômico mundial altamente dinâmico, com uma tecnologia dispendiosa e uma rápida e elevada taxa de juros, com mercados financeiros internacionais e fluxos monetários de tipo especulativo, bem como ainda, cada vez mais, com efeitos ecológicos e com a correspondente pressão ao Self-restraint. Nesta situação, resulta prima facie pouco atraente um aparato institucional que vise, por meio da divisão de poderes, a juridicização e a tutela dos direitos fundamentais, para a autonomização dos sistemas funcionais e ao duplo passo da construção mediante limitações. De fato, manifestam-se também tendências evolutivas, por exemplo no Brasil, que favorecem um tipo de limitação concretamente diverso, ou seja, a exclusão dos estratos baixos do âmbito de relevância político-estatal mediante corrupção, inflação, ou uma atividade estatal de tal modo capilar que é também inacessível a esses estratos. Uma estratégia poderia ser esta: antes de mais nada colocar ordem na própria casa e apenas em seguida

⁹¹ Em outras palavras, os interesses consolidados dessa forma podem resultar muito compactos para um programa "Madison" de diversificação pluralista e de neutralização recíproca dos interesses reconhecidos.

⁹² Assim para o caso da escravidão nos EUA, Cf. HOLMES, S. "Gag Rules or the Politics of Omission". In: ELSTER e SLAGSTAD. *Constitutionalism and Democracy*. Op. Cit., p. 19-58.

⁹³ Um exame da literatura do século XVII "on factions" ou "on parties" e sobretudo dos temas das discussões na Convenção da Filadélfia, página por página revela quanto a gênese dos partidos organizados e da comunicação através dos mass media era inesperada e modificaria o quadro dos problemas: antigas preocupações tornaram-se obsoletas, ne sopraggiunsero di nuove (??????)

convidar os hóspedes; mas se afirma também ali onde o texto constitucional e a atenção internacional impõem um outro cenário. Essa segunda via, como também no caso de limitações mediante exclusão, representa um encargo excessivo para a política e a torna instável. E, com maior razão, pode-se dizer o mesmo para os países governados há algum tempo de modo "socialista," que determinam as estratégias de desenvolvimento apenas na exclusão dos estratos baixos. E não por último, deve-se indagar se certas premissas substanciais do constitucionalismo liberal no seu sentido mais lato estão condenadas a se tornar obsoletas. O que vale antes de tudo para a premissa implícita de todos os direitos de liberdade e, portanto, para a forma em que é juridicamente garantida a independência dos outros sistemas funcionais, ou seja, a premissa em que haja um amplo espectro de alternativas pragmáticas mediante as quais o ator possa buscar os seus próprios interesses em causar danos aos outros. Qualquer análise sociológica demonstra quão precária é essa pressuposição das condições "pareto-ótimali" e qualquer análise econômica demonstra que essas condições só surgem ali onde se aceita uma "externalização" dos custos. A ameaça econômica sobre a sociedade moderna destaca em maior grau a problematicidade dessas premissas, enquanto o debate sobre a relação entre decisões arriscadas e interesses difusos reforça essa perplexidade. As perspectivas sobre o futuro são assim deslocadas a ponto de evidenciar quanto o constitucionalismo clássico, que como tal devia agora se impor, se funda sobre uma confiança indefinida no futuro. Isso não significa necessariamente que se possa renunciar às Constituições. Dever-se-á, no entanto, prestar contas ao fato de que a política é levada a se confrontar com problemas decisórios que não mais podem ser reconduzidos ao velho paradoxo da soberania, mas ao contrário às condições externas da comunicação social; que também o direito será exposto a esta pressão e não mais poderá ser simplesmente concebido como regulamentação de conflitos, mas impregado para a produção de comportamentos específicos. E talvez o fascínio da Lei Fundamental, de suas profissões de valores, a idéia de uma instância suprema hierarquicamente garantida e o uso cotidiano dessa regulamentação não fazem mais do que iludir acerca do trajeto percorrido sobre uma via que de há muito já abandonou os seus fundamentos.

6.

Em conclusão retornamos ainda mais uma vez ao sistema jurídico e mais precisamente à interpretação dos textos constitucionais. A prescindir dos problemas gerais da atividade de interpretação dos textos jurídicos, tão antigos quanto a fixação por escrito do direito em geral⁹⁴, no direito constitucional a necessidade interpretativa torna-se particularmente aguda uma vez que com a interpretação a soberania é transferida do legislador constituinte para o intérprete, tanto mais quanto mais livre essa seja. Desde que existem as Constituições escritas no sentido moderno do termo, esse problema emergiu com particular aspereza. Já na elaboração da Constituição dos Estados Unidos prestou-se atenção nos pressupostos textuais para delimitar restritivamente o mais possível as margens interpretativas. Nessa perspectiva, desenvolveu-se a doutrina do original intent, uma solução rigorosamente autoreferencial do problema mediante o vínculo com as intenções do legislador reencontráveis no próprio texto⁹⁵. O conceito de Constituição e o correspondente universo de idéias fundadoras da tradição cívico-

⁹⁴ A esse respeito, Cf. GOODRICH, P. *Teaching Law. A Critical Introduction to Legal Method and Techniques*. Oxford, 1986.

⁹⁵ POWELL, H.J. "The Original Understanding of Original Intent." In: *Harvard Law Review*. XCVIII, 1985, pp.885 a 948, mostra que originariamente

republicana⁹⁶, dos civil rights e do direito natural interpretado como razão não ofereciam a suficiente sustentação. Ao contrário: exatamente esses elementos encontravam-se destinados a abrir a Constituição à interpretação. A princípio era impossível modificar o fato de que toda construção do sentido da Constituição implica a pretensão de participar da soberania. O problema, portanto, só podia emergir ainda no caso de meras opiniões jurídicas de proveniência acadêmica ou de uma interpretação fundada em decisões judiciais vinculantes e com isso de um aperfeiçoamento do próprio direito. Qualquer tipo de interpretação deve antes de tudo descrever o seu texto como suscetível de interpretação. Em consequência, a interpretação, na medida em que enfoca o seu texto e a si própria, implica em uma atividade parcialmente autológica⁹⁷. O texto tornado acessível, compreensível e aplicável pela interpretação representa, por sua vez, um esquema que estabelece como os observadores devem observar e o que devem considerar válido ou inválido. A interpretação é, portanto, uma atividade que se articula no mínimo em dois planos, é uma descrição de descrições. O componente autoreferencial emerge na medida em que também a interpretação busca criar vínculos normativos - e não se limita a simplesmente falar do texto. Sob esse aspecto, o constitucionalista encontra-se na mesma situação do linguísta que fala sobre a linguagem e que por isso mesmo reconhece o seu comportamento no seu próprio objeto. Os lógicos, que por sua vez são capazes de observar essas relações de implicação e de saber que tudo isso também vale para eles, distinguem frequentemente vários planos com a intenção de "desenvolver" a inevitável autoreferenciabilidade, isso é, de distribuí-la a identidades discerníveis. Sabe-se que tudo isso representa um ato arbitrário mediante o qual a lógica salva a si mesma, interrompe a própria circularidade. Assim, não podem existir strange loops exclusivos no sentido de Hofstadler⁹⁸. As análises lógicas da interpretação de textos, que, por sua vez, contêm instruções para a observação e a descrição, não apenas não fornecem qualquer razão estável, qualquer critério para a justificação da correção (Richtigkeit) das interpretações, como tampouco qualquer limitação às suas margens de jogo. Limita-se a transpor o problema da interrupção da autoreferenciabilidade para um "plano diverso," como ela própria se expressa a esse respeito. Qualquer via de fuga em direção a uma razão fixa é obstada tão logo se comece a descrever. Podem-se distinguir descrições de primeiro e de segundo grau (ou com Loefgren⁹⁹: descriptions e interpretations), o que, no entanto, não serve para eliminar ou resolver o problema, isso é, o fato de que também no segundo plano, como sobre qualquer outro plano, se reproduz a autoimplicação. No jargão dos assistentes sociais poder-se-ia indagar ao constitucionalista: "mas como você se coloca frente a isso?". A inequívoca, a inconfundível, separação entre sistema jurídico e sistema político, na base das análises precedentes, se reflete também nessa problemática. As interpretações da Constituição perturbam ambos os sistemas a um só tempo, mas com pressupostos e condições de efetuar areconjunção absolutamente diversas. Essas interpretações integram ambos os

⁹⁶ A esse propósito Cf. as teses muito discutidas hoje de POCOCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Tradition*. Princeton, N. J., 1975.

⁹⁷ Sobre esse tema Cf. a pesquisa de um caminho de saída através de uma lógica de multiplicação dos planos (a description é um plano, a interpretations um outro) em: LOEFGREN, L. "Towards System: From Computation to the Phenomenon of Language". In: CARVALLO, M. *Nature, Cognition and System I: Current Systems-Scientific Research on Natural and Cognitive Systems*. Dordrecht 1988, pp. 129-155. Cf., também, LOEFGREN, L. "Life as Autolinguistic Phenomenon." In: ZELNY, M. *Autopoiesis: a Theory of Living Organization*. New York, 1981, pp. 236-49.

⁹⁸ Cf. HOFSTADTER. *Gödel, Escher, Bach*. Op. Cit.

⁹⁹ Cf. LOEFGREN. LOEFGREN, L. "Towards System: From Computation to the Phenomenon of Language". In: CARVALLO, M. *Nature, Cognition and System I: Current Systems-Scientific Research on Natural and Cognitive Systems*. Op. Cit.

sistemas puntualmente - mais precisamente apenas puntualmente. A solução típica desenvolvida nessa situação consiste no recurso à ideia de valor que transcendendo a política e o direito no sentido dos "unviolable levels" cuja aceitabilidade é pressuposta por Hofstadter sem qualquer problematização¹⁰⁰. Na atual República Federal, essas ideias substituem a "doutrina do Estado" abertamente política mediante a qual Carl Schmitt, Rudolf Smend ou Hermann Heller buscaram enfrentar os problemas na época da Constituição de Weimar. Sob esse aspecto funcional, os valores representam o que em uma época, através dos catálogos de virtudes, podia ser tomado claramente, transparentemente, como sociedade bem ordenada, como perfeita *communitas*. Os valores só podem descrever a sociedade atual bem mais complexa através de fórmulas extremas e para tanto se referem ao que na comunicação normal é pressumivelmente incontestado, inquestionado, dado como pressuposto, mas que precisamente por isso não é tematizado. Também esse âmbito inquestionado é um *strange loop* movido por um certo embaraço frente à justificação dos ideais supremos na trivialidade da comunicação cotidiana, na qual se pressupõe que, paz, liberdade, igualdade, segurança, bem-estar para todos, etc. sejam indubitavelmente um bem. Isto é o que as pessoas querem sentir, aquilo em que os redatores dos programas dos partidos crêem, slogans para as eleições políticas, para os discursos políticos como também, de forma menos direta, para os comentários à Constituição. Que também pode ser verdadeiro, mas que precisaria ser verificado. As exigências de um fundamento moral das interpretações constitucionais respondem à mesma função. Do ponto de vista estrutural, aparecem como uma "terceira via", como a única saída da circularidade autoreferencial quer do sistema jurídico quer do político. Do ponto de vista empírico, a apoteose da moral (ou, em termos mais refinados, da ética) é muito difundida¹⁰¹ e só pode ser elusa por uma interpretação histórica de pouco significado porque ahistórica, do tipo da doutrina da *original intent*. Também nessa concepção explicitamente moral (e que não se limita a afirmar valores) encontra-se em jogo uma referência à sociedade em seu complexo; também aqui não se distingue o direito da política e, portanto, o jurista não é obrigado a admitir a influência de concepções e intenções operativas de natureza política. Não obstante, é fácil reconhecer que através dos valores fundamentais e postula dos morais as margens de interpretação são dilatadas e a estrutura, pela qual todo o ordenamento jurídico deve ser controlado com critério direito/não-direito, é gravada por notáveis incertezas. Também nesse caso, há dois sistemas estruturalmente acoplados e que por isso tendem reciprocamente a entrar em atrito. Para não aparecer como política, a interpretação da Constituição torna incerto o ordenamento jurídico. Por mais inevitável que essa terceira via representada pela moral possa parecer, ela implica que aquele que a escolhe tenha a ingenuidade de considerar a própria moral um bem. Essa via só é percorrível de modo reflexivo. A moral, no entanto, como forma de observação, de descrição e de juízo, não é mais do que a distinção dos comportamentos em bons e maus. Enquanto distinção ela própria

¹⁰⁰ Cf. HOFSTADTER. Gödel, Escher, Bach. Op. Cit.; LUHMANN, N. "Grundwerte als Zivilreligion". In: *Archivio di Filosofia*. n. 2-3, 1978, pp. 51 a 71, agora também em: KLÜGER, H. e ÜLLER, A. (orgs.). *Religion des Bürgers: Zivilreligion in Europa und Amerika*. München, 1986, pp. 175 a 194.

¹⁰¹ A terminologia e as propostas de uma re-especificação das vazias fórmulas morais naturalmente variam. DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. London, 1978, fala de "constitutional morality"; MACCORMICK, N. "Institutional Morality and the Constitution". In: MACCORMICK, N. e WEINBERGER, O. *An Institutional Theory of Law: New Approaches to legal Positivism*. Reidel 1985, fala, como diz o próprio título, de "institutional morality," liquidando assim a especificidade da interpretação constitucional; PERRY, M. *Morality, Politics and Law*. London, 1988, p. 121 e ss., falaria verossimilmente de "aspirational morality", assim sintetizando suas ideias fundamentais. De igual modo variam as estratégias para se evitar vínculos rígidos e os vínculos semânticos, reforçados no plano moral, com os quais se retroage sobre o sistema jurídico e sobre sua modalidade interpretativa habitual.

nãopode ser boa ou má; e se se a considera boa, como o fazem os moralistas, ou má, como o fazem os sádicos, comete-se um erro lógico facilmente intuível. Poder-se-ia tratar de um erro criativo; mas nesse caso dever-se-ia se encontrar em condições de indicar mais rigorosamente em quais circunstâncias o uso dessa distinção é bom ou mau. Talvez a descrição da Constituição como um mecanismo de acoplamento estrutural ofereça um ponto de partida, para todos para quem a tese de que não alternativa à moralização ainda não diz nada sobre a bondade dessa operação. Apenas uma análise científica que recorte todas as implicações normativas poderia evitar esse tipo de autoreferencialidade praticado por meio da interpretação. Essa análise poderia observar a partir de um outro sistema e se engatar à autoreferencialidade específica das ciências (epistemológicas),desenvolvendo-a. Essa também praticaria uma descrição das descrições. Mesmo essa análise deveria aceitar o fato de que não se pode obter de fora o que ela própria diz das descrições. Mas ela seria protegida pelos limites de seu sistema e a sua ambição não ultrapassaria o limiar de uma promoção da teoria no interior de amplos horizontes de parâmetro e não se configuraria como uma aplicação sensata da Constituição que autoproclama a sua racionalidade. Se essa análise científica, referida aos problemas do direito e da política, for suficientemente aderente à matéria tratada e produtiva, em seu próprio âmbito, não haverá nada que se possa decidir em abstrato. Ao buscar fazê-la o texto aqui apresentado o afirma. Tratam-se de problemas decorrentes da diferenciação e do fechamento operativo do sistema jurídico e do sistema político. Tratam-se de problemas decorrentes da diferenciação funcional da sociedade moderna. O que sugere que ainda se insista na diferenciação e em colocar em campo também as potencialidades do sistema científico. Para esse sistema, no entanto, não há acoplamento estrutural, não existe nenhuma instituição análoga à Constituição. E o direito e a política encontram-se, portanto, livres para ignorar as opiniões científicas de lhes dizem respeito. A sociologia poderia medir essa liberdade. Hoje, uma eventual aversão à sociologia seria muito mais aceitável, mas não um significativo efeito de perturbação.