
**AS CONSTITUIÇÕES EM TEMPOS DE TRANSFORMAÇÕES
SOCIAIS: O ACOPLAMENTO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA**

***THE CONSTITUTIONS IN TIMES OF SOCIAL TRANSFORMATIONS:
THE COOPERATION BETWEEN LAW AND POLITICS***

GERMANO SCHWARTZ

Reitor e Professor do Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter. Doutor em Direito (Unisinos) com estágio pós-doutoral na Universidade de Reading (Inglaterra). Pesquisador Produtividade em Pesquisa do CNPq. Pesquisador Gaúcho (FAPERGS).

RENATA ALMEIDA DA COSTA

Coordenadora do Mestrado em Direito da Universidade La Salle (Canoas). Doutora em Direito (Unisinos).

RESUMO

O presente artigo tem como propósito entender como se produz o acoplamento do Direito e da Política por meio das Constituições. Possui, como marco, a teoria dos sistemas sociais autopoieticos aplicada ao Direito (TSAD). Partindo de uma observação sociológica, constata-se que a validação do Direito ocorre internamente, permitindo um reconhecimento do jurídico pela código constitucional/inconstitucional. Nesse sentido, as Constituições fazem tal filtro, isto é, permitem que as Constituições e “constituam” em acoplamentos estruturais do Direito e da Política com base em processos comunicativos que ocorrem entre sistemas funcionalmente diferenciados. Tais processos, representam, para o sistema do Direito, a tradução das comunicações existentes entre o sistema social e o sistema político. Também se apresentam como uma orientação de uma demarcação do poder e de sua legitimidade. A pesquisa, apoiada pela obra de Niklas Luhmann, está dividida em três partes. Em um primeiro

momento, apresenta-se o marco teórico escolhido e o ponto de observação dos fenômenos. Em um segundo momento, explica-se a ideia de acoplamento estrutural a partir da TSAD. Por fim, aborda-se a relação entre o sistema da Política e o Direito por meio das Constituições.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Política; Constituições; Acoplamento Estrutural; Teoria dos Sistemas; Autopoiesis.

ABSTRACT

The purpose of this article is to understand how the Coupling of Law and Politics is produced through the Constitutions. It has, as a landmark, the theory of autopoietic social systems applied to Law (TSAD). Starting from a sociological observation, it is verified that the validation of the Law occurs internally, allowing a recognition of the legal by the constitutional / unconstitutional code. In this sense, the Constitutions make such a filter, that is, they allow the Constitutions and "constitute" in structural couplings of Law and Politics based on communicative processes that occur between functionally differentiated systems. These processes represent, for the system of law, the translation of existing communications between the social system and the political system. They are also presented as a guideline of a demarcation of power and its legitimacy. The research, supported by the work of Niklas Luhmann, is divided into three parts. At first, the theoretical framework chosen and the point of observation of the phenomena is presented. In a second moment, the idea of structural coupling from the TSAD is explained. Finally, the relationship between the system of politics and law through the Constitutions is discussed.

KEYWORDS: Right; Politics; Constitutions; Structural coupling; Systems Theory; Autopoiesis.

INTRODUÇÃO

As Constituições fazem parte da Política ou se constituem elementos exclusivos do Direito? Esse é o problema a que o presente artigo se propõe a responder. As respostas, de fato, poderiam ser dadas a partir de várias teorias, especialmente do Estado. Um senso imaginário comum tenderia a dizer que se trata de uma representação do Estado-Moderno, e, talvez, a maior delas (Britto, 2003, p. 52). Seu grande simbolismo (Lasalle, 2001).

Tais concepções, entretanto, restam afastadas daquilo que Luhmann denomina de sistema social global, isto é, uma sociedade que se caracteriza pela comunicação (Luhmann, 2009, p. 293) e que, portanto, não reconhece fronteiras, povos ou governo. Significa dizer que o problema será respondido com base na teoria dos sistemas sociais autopoieticos aplicada ao Direito (TSAD).

Assim sendo, a partir de uma observação transconstitucional (Neves, 2012), interconstitucional (Canotilho, 2006) ou de um constitucionalismo societário (Teubner, 2005, pp. 69-114) , apenas para enumerar algumas constatações, já que outras poderiam ser citadas (Febbrajo, 2016) , ocorre uma espécie de reconfiguração do constitucionalismo (Tonet, 2016) do sistema social global que será extremamente importante para o propósito deste paper.

Nesse sentido, resta claro que uma observação sociológica – assumida desde o início -, faz com que não se considere nenhuma espécie de Direito acima do Direito. Em outras palavras: o Direito é validado por si mesmo (Luhmann, 1993, p. 63) e, enquanto isso não ocorra, nada de jurídico sucede. Assim, aquilo que normalmente é considerado para além do Direito, ou extrajurídico, é reconhecido, via de regra, como constitucional ou inconstitucional (Luhmann, 1993, p. 121), sendo este o código aplicável para a diferenciação específica (Clam, 2006, pp. 143-190) da Constituição na clausura operativa do sistema jurídico.

O que isso significa para o objetivo delineado? Algo simples. Tudo aquilo que se torna ambiente do sistema jurídico pode, em algum momento, por ele ser filtrado (a partir de seu código, evidentemente). Será por meio das Constituições que as comunicações extrajurídicas serão importadas e consideradas jurídicas. Essa

flexibilidade provém do fato de que o direito constitucional – e isso não é segredo para nenhuma Teoria do Direito (Streck, 2014) – requer interpretação (Luhmann, 1993, p. 63).

Nessa senda, as Constituições são uma espécie de catalisador das mais diversas visões a respeito do mundo (NMS21, por exemplo) quando vistas desde o prisma do sistema político (Verschraegen, 2006, pp. 110-111). Para o Direito, por seu turno, trata-se de um texto pertencente à sua organização interna que pressupõe um sistema jurídico funcionalmente diferenciado (Rocha, Schwartz, & Clam, Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito, 2015). Significa que ela se orienta para o interior do Direito e não para seu exterior.

2 ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS

Todo o exposto anteriormente revela que, na esteira da TSAD, a Constituição constitui-se no acoplamento estrutural entre o sistema do Direito e o sistema da política (Nafarrate, 2004, p. 268). É uma questão de simultaneidade, algo suposto na relação entre o sistema e seu entorno e que ocorre de um modo fugaz, visto que é algo casual (Laflamme, 2013, p. 203). Não é organizado e nem planejado (Corsi, Esposito, & Baraldi, Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann, 1996, p. 20). Não há fusão, pois tão logo aconteça, o acoplamento estrutural deixa de existir.

Trata-se, pois, de eventos, o que significa dizer que depois da ocorrência dos acoplamentos estruturais, produz-se uma diferença (Corsi, Esposito, & Baraldi, Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann, 1996, p. 75), em especial na dimensão temporal, pois se pode falar de um antes e de um depois, sua condição de auto-observação. Para que se produza a referida diferença, entorno e sistema necessitam de acoplamentos instantâneos. As modificações de um sistema estão, assim, ligadas, também, aos acoplamentos estruturais.

Acoplamentos estruturais, portanto, ocorrem de forma seletiva e se autorreproduzem dessa mesma maneira (exclusão/inclusão). Desse modo, há uma irreversibilidade temporal (Luhmann, 1991, p. 209). Uma vez que a seleção é

realizada, o acoplamento deixa de existir, porém persiste internamente como um dos elementos operativos de cada um dos sistemas envolvidos na conectividade. Um acoplamento estrutural, assim, é definido a partir das seguintes características:

(1) parte do princípio de que um determinado sistema (Direito e Política, no caso) absorva algumas características provenientes de seu ambiente de um modo duradouro a partir de uma confiança estrutural (Luhmann, 1993);

(2) protege a clausura operativa dos sistemas, posicionando-se de modo ortogonal (Luhmann, 2010, p. 274) às suas aberturas cognitivas, possibilitando conseguir ordem a partir do barulho de modo seletivo (excluem-se algumas alternativas e outras são proporcionadas).

Verifica-se que a ideia de acoplamentos estruturais, qualquer que seja, está relacionada a dinâmica própria de um sistema social. Esse pensamento pode ser traduzido na frase de Teubner (1992): um sistema é aberto porque é fechado. A sentença de Febbrajo (2013, p. 6) vai na mesma linha: os acoplamentos estruturais conectam e separam, ao mesmo tempo, os sistemas. Essa aparente contradição, em verdade, consiste na condição da diferenciação funcional dos sistemas. Por quê?

Note-se que um dos pressupostos básicos da TSAD nesse aspecto constitui a relação sistema x entorno (Moeller, 2012). Compreender uma Constituição, por exemplo, como uma aquisição evolutiva do sistema social, é ter em mente que as comunicações que ela estabelece com tudo o que está ao seu redor (NMS21) necessitam ser filtradas de acordo com sua própria recursividade. Acaso isso não se estabeleça, há uma insuficiente diferenciação funcional (Neves, 2012), e os riscos de corrupção sistêmica tornam-se bastante problemáticos. O Direito deixaria de ser Direito porque não se reafirmaria como tal. Por essa razão é que a unidade do sistema político e a unidade do sistema jurídico somente podem ser garantidas por meio de suas operações específicas. Essa é a denominada clausura operativa na relação sistema x entorno. Isso não significa, todavia, dizer que se está frente a um sistema fechado, e a prova disso são os próprios acoplamentos estruturais. Eles alavancam a diferenciação funcional.

A diferenciação funcional, nesse caso, revela que toda a observação que um sistema faz de seu entorno (NMS21) é baseada em distinções próprias. Com isso, no

próprio entorno, o local, também, de outros sistemas, não ocorrerá algo semelhante. Não há, na linguagem de Luhmann (2007, p. 68), uma correspondência. Cada sistema possui uma função.

É essa distinção inicial entre sistema e entorno que possibilita a observação de uma observação (aquela que o sistema faz a respeito das pressões exteriores) e uma auto-observação (no nível da auto-organização, isto é, quando o próprio sistema observa a sua própria observação). Dessa maneira, fica claro que um sistema alarga ou diminui seus limites a partir de uma relação que se dá tanto no âmbito interno (clausura operativa) como no externo (abertura cognitiva). Ao assim agir, o sistema se reproduz a partir de si mesmo.

Não se está a falar, portanto, de um acoplamento operativo. Ele ocorre em nível interno, em um momento da já mencionada clausura operativa. Uma decisão do sistema jurídico pode fazer referência a jurisprudências, leis, argumentos, entre outros. Trata-se, portanto, de apenas uma das etapas da relação sistema x entorno. Assim, por exemplo, a argumentação jurídica é compreendida como uma operação de auto-observação que reage, no interior do sistema jurídico, aos contextos comunicativos de uma diferença de opiniões – traduzidas em outros argumentos legais -, por meio da observação do código específico (Luhmann, 1995, p. 296), e que garante a diferenciação funcional do sistema jurídico (*Recht/Unrecht*).

Nessa esteira, pode-se dizer que acoplamentos estruturais (entre sistema e entorno) são pressuposições. Sem eles o(s) sistema(s) não existe(m). Ocorre, entretanto, que todo sistema é limitado por suas estruturas (Luhmann, 2007, p. 72). É sobre elas que os acoplamentos estruturais atuam. Os ruídos externos não determinam sua operatividade interna. A reprodução da perturbação do entorno necessita de elementos físicos internos que proporcionem a adaptação de determinado sistema a tal provocação. Exemplo: a estrutura do sistema jurídico influenciará como as comunicações externas (NMS21) serão por ele compreendidas e reprocessadas.

Daí que acoplamento estrutural e autodeterminação do sistema se encontram em uma relação ortogonal (Corsi, Esposito, & Baraldi, Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann, 1996, p. 19). Isso significa que muito embora sejam pressupostos

um do outro, não há como isso ocorrer no terreno da autodeterminação. Em outras palavras: muito embora sejam ambiente um do outro, as operações de um não podem ser a causa de modificação na estrutura diversa de um sistema. A razão é simples. Um sistema não opera no ambiente (Laflamme, 2013, p. 203).

Nessa esteira, os acoplamentos estruturais tratam de possibilitar as adaptações de cada sistema ao seu entorno. Na mesma linha, possibilitam que cada sistema aja de modo não adaptado (Luhmann, 2007, p. 72) aos estímulos externos. Assim, o permanente processo de distinção entre sistema e entorno é preservado e as comunicações são processadas internamente por meio das estruturas específicas (autoorganização) de cada sistema. Ocorre, pois, uma definição/limitação de sentido diversa a partir das observações dos sistemas componentes do sistema social global (no caso, Direito e Política).

É um passo importante compreender, portanto, que existe uma outra etapa. A etapa da abertura cognitiva. Sem ela, estar-se-ia falando de um sistema fechado e sem comunicação externa. Com Guibentif (2013, pp. 265-266), tenha-se que a relação entre os diferentes sistemas é absolutamente necessária e é realizada mediante acoplamentos estruturais. Pode-se assumir que eles são eficientes porque, caso contrário, os sistemas não teriam se diferenciado em uma sociedade global.

Um acoplamento estrutural, assim, pressupõe certas características de seu entorno. O sistema confia nesse evento e, por isso, mesmo o acoplamento estrutural é uma distinção: o que se inclui (acopla) assume um relevo tão importante quanto aquilo que se exclui. Em algumas hipóteses, inclusive o que está no entorno pode ser mais importante do que aquilo que dentro dele se encontra (Broquet, 2013, p. 101), transformando tais eventos em condições de sua de suas operações específicas e em oportunidades para mudanças estruturais (Teubner, *Legal Pluralism as a Form of Structural Coupling*, 2013, p. 346).

Dessa forma, conforme já se pôde perceber, a observação exerce papel fundamental. Ela não se dirige ao interior dos sistemas, mas pode constatar que existem pontos de conexão que promovem, por meio de variáveis distintas, valores idênticos ou complementares. Nessa esteira, haverá momentos em que esses enlaces atuam como um sistema homogêneo (Luhmann, 1991, p. 209).

Por esse motivo, pode-se dizer que os acoplamentos estruturais são um dos mais importantes conceitos dos últimos trabalhos de Luhmann, visto que a ideia de co-evolução dos sistemas é diretamente conectada a ela e, também, às comunicações (Febbrajo, Introduction, 2013, p. 6). Há uma complementariedade entre os conceitos (Broquet, 2013, p. 101).

Comunicação (informação – ato de comunicação – ato de compreensão) é justamente aquilo que diferencia os sistemas sociais dos sistemas psíquicos e dos sistemas biológicos (Luhmann, 1998, p. 27) . Nessa senda, afirma Luhmann (2007, p. 68), que a sociedade

[...] produz comunicación mediante comunicación. Su dinámica consiste en que la comunicación actúa sobre la comunicación y, en este sentido: transforma permanente sobre las distinciones e indicaciones actuales, pero no configura nunca el entorno exterior.

Nessa esteira, o dito grande escândalo de Luhmann (Moeller, 2012), o reposicionamento do indivíduo na sociedade, retirando-o da concepção moderna de centralidade, é , em suma, explicada mediante um acoplamento estrutural. A diversidade de distinções (múltiplas e coexistentes comunicações) é baseada na distinção fundamental (Guibentif, 2013, p. 260): o que possui sentido/o que não possui sentido.

O sentido, pois, é fornecido mediante o acoplamento entre consciência (sistemas psíquicos) e comunicação (sistemas sociais). A consciência também se reporta a uma operação autorreferente (o que está no *self*) e heterorreferente (aquilo que está fora do *self*). Ao mesmo tempo, recorre a uma trilogia baseada na percepção, no pensamento e na comunicação (Luhmann, 2000, pp. 54-101).

Na percepção ocorre uma distinção de algo com base na percepção de outrem, da mesma forma em que, na comunicação, só é possível afirmar que algo é positivo com base naquilo que é negativo. Tal experiência possui relação com os pensamentos e pensamentos podem ser traduzidos – ou não – em palavras. Desse modo, uma percepção demanda um recorte preciso do objeto (heterorreferência) e uma melhor descrição, talvez verbal (Guibentif, 2013, p. 261), no terreno dos pensamentos (autorreferência).

Emerge dessa correlação o fato de que há uma distinção entre o que é percebido e o que é pensado. Consciência. Ela é, portanto, um meio sem fim de produção de meios e de formas (conexão entre objeto e sua qualificação). Toda comunicação, portanto, está diretamente relacionada à consciência. (Luhmann, 2007, p. 75) . Sem a consciência não ocorre a comunicação. De um modo mais direto: sem sistemas psíquicos (seres humanos) não há sociedade (comunicação). E a coexistência de ambos repousa no já explicado acoplamento estrutural entre consciência e comunicação: linguagem.

Relembre-se que a linguagem é algo altamente improvável (Luhmann, 2006). O ruído externo, nesse sentido, possui um altíssimo valor para ela (Luhmann, 2007, p. 80): chamar a atenção para possibilidades altamente complexas de especificação. Para que se construam semânticas sociais a respeito da linguagem, serão necessárias estruturas, encontradas no interior de cada sistema. Uma delas, por exemplo, são as Constituições.

Com base nessas pressuposições, é que se pode compreender a noção de acoplamentos estruturais, segundo Luhmann (2007, p. 73), como uma justaposição contínua de comunicações em uma sucessão descontinuada – e filtrada – de tais comunicações. Comunicações diferenciadas e diversas daquelas que as antecederam. Evolução. Coevolução.

Como já explicado, os sistemas sociais são capazes, a partir de suas estruturas, de absorver comunicações de seu entorno – e cada sistema é ambiente um do outro -, aprendendo, pois, com os estímulos recebidos. A partir da perturbação externa, cria-se ordem interna (Teubner, *Legal Pluralism as a Form of Structural Coupling*, 2013, p. 345). A coevolução não está disposta a um ponto de contato permanente entre um e outro sistema. Basta o acoplamento estrutural mediante estruturas intersistêmicas. Elas proporcionarão (Febbrajo, *Introduction*, 2013, p. 7) uma plataforma em comum para uma troca mútua de comunicações. Um *match*.

Nessa senda, é importante ressaltar que a TSAD tem como base a diferenciação funcional, que leva, por conseguinte, ao fato de que as identidades (funções) dos sistemas sejam preservadas, mesmo em hipóteses – e, nesse caso, de forma ainda mais justificada- de altíssima complexidade (NMS21). Acaso isso não

ocorra, os perigos da corrupção sistêmica serão altamente prejudiciais, fazendo com que os sistemas percam sua identidade e que exista a sobreposição de um pelo outro.

Isso quer dizer algo deveras essencial (Febbrajo, Introduction, 2013, p. 8): é função dos acoplamentos estruturais evitar a completa fusão de sistemas. Também cabe a eles a mensuração das incompatibilidades comunicacionais. Dessa forma, eventuais corrupções são evitadas e uma espécie de efeito cascata é interrompido. Com isso, a diferenciação funcional do sistema social global é mantida e sua evolução, preservada. Reduz-se complexidade sem que a complexidade interna necessite ser modificada ou reconstruída.

Visto dessa forma, um acoplamento estrutural não pode ser entendido como um *input* de tudo aquilo que está no ambiente. Ele somente produzirá surpresas, irritações e perturbações. A questão, portanto, requer compreensão de como os sistemas são capazes de filtrar aquilo que lhes provoca em sua ambiência. Em outras palavras: de que maneira um sistema pode perceber que algo não vai bem? Importante dizer que tal reação terá tempos diversos por uma razão lógica. Cada sistema possui suas próprias operações e, logo, seu tempo de resposta será diferenciado.

E mais: acoplamentos estruturais não proporcionam sincronia (Febbrajo, 2013). Eles garantem a simultaneidade do sistema e do evento em uma repetida sucessão de eventos. Necessitam, portanto, de uma base física (NMS21), de uma base de descarga de energia (Luhmann, 2007, p. 74), isto é, de um mundo em que os sistemas não (re)criam seus limites de sentido.

Emerge dessa afirmação o fato de que os acoplamentos estruturais se revelam fundamentais em um nível macro porque controlam os riscos (Febbrajo, Introduction, 2013, p. 9) e, em um nível micro, porque redistribuem percepções no interior de cada sistema, individualizando as comunicações provenientes de seu entorno.

Na linguagem de Luhmann (2007, p. 73), os acoplamentos estruturais digitalizam relações análogas, isto é, “traduzem” para os sistemas acoplados as comunicações que, de início, têm-se como análogas, mas que, ao final, não existem de um modo paralelo. De uma certa maneira, os acoplamentos horizontalizam algo

que não possui uma ordem específica, deixando em um mesmo patamar comunicacional – ao menos para os sistemas envolvidos – alguns ruídos externos. Será função de cada um deles, após, processar internamente e devolver sentido específico, por meio de suas estruturas, para essa etapa de homogeneização proporcionada pelos acoplamentos estruturais.

Nessa esteira, e com base nessa relação, percebe-se que os acoplamentos estruturais, em determinado momento, levam a interpenetrações sistêmicas. Eles influenciam na morfogênese da constituição específica dos sistemas envolvidos (Luhmann, 2007, p. 83) pelas razões já explicadas. Produzem, como já dito, ordem a partir de comunicações que perturbam sua própria organização.

Por conseguinte, percebe-se claramente que os acoplamentos estruturais restringem comunicações provenientes do entorno ao mesmo tempo em que facilitam seu ingresso na clausura operativa de cada um dos sistemas envolvidos. É uma simbiose entre restrição e redução de complexidade. Essa capacidade leva a duas condições de operatividade (Luhmann, 1993, pp. 440-495):

(1) a restrição é condição da capacidade de ressonância;

(2) a redução da complexidade é condição da construção da própria complexidade, entendida tal, no campo da operatividade interna do sistema jurídico, na possibilidade da existência de mais de uma decisão sobre o mesmo objeto (Rocha, 1998, p. 96).

As duas condições demonstram que o entendimento do acoplamento estrutural pressupõe sistemas funcionalmente diferenciados, ou seja, mesmo que as Constituições exerçam o papel de vinculação (Luhmann, 1991, p. 209) para o Direito e para a Política, o fato é que cada um deles é considerado como unidade autônoma.

Nesse sentido, perceber que uma observação calcada em acoplamento estrutural entre Direito e Política (Constituições) para analisar algo que está no ambiente, é, na esteira de Guibentif (2013, p. 268), um recorte interdisciplinar cuja grande função reside no fato de evitar qualquer pressuposição a respeito do tema;

3 AS CONSTITUIÇÕES: ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE DIREITO E POLÍTICA

São várias as maneiras para se observar a função das Constituições nas sociedades modernas (Ommati, 2009). A mais comum é aquela que procura explicar suas origens e sua importância no desenvolvimento de uma nova maneira de se organizar a sociedade e, por consequência, o Direito. Tudo isso a partir da colocação de tal diploma legal como o topo do ordenamento jurídico de determinada sociedade.

Essa perspectiva normativista é, sobremaneira, um resultado da aquisição evolutiva das sociedades modernas (complexas). É o próprio processo de evolução social que torna factível a ideia de Estado de Direito tão bem representada pelo fenômeno constitucional. Afinal, segundo Teubner (2013, p. 346), as relações entre o sistema jurídico e outros sistemas são o resultado da diferenciação interna de cada um deles na sociedade e apenas na sociedade.

A perspectiva aqui adotada, todavia, difere da abordagem mencionada porque não toma a Constituição como um fenômeno isolado de uma pequena parte do sistema social (o Direito). Também a ela não se prende porque não está fixada na distinção superior/inferior tão presente na dogmática jurídica, e sim, na questão interna/externa (Luhmann, 1993, p. 490). Calca-se, como anunciado, na TSAD e, por isso, assenta-se em diferentes maneiras de se observarem as Constituições. O acoplamento estrutural é um conceito proveniente de tal teoria e que remete à discussão, como já visto, a uma interdependência entre sistemas funcionalmente diferenciados (Direito e Política).

Nessa senda, percebe-se que o fato de o Direito estar acoplado estruturalmente com a Política por meio de Constituições não representa uma invariabilidade temporal. Conforme já se pontuou, ocorre justamente ao contrário. É por meio dos acoplamentos que ambos os sistemas preservarão suas especificidades e, ao mesmo, tempo, poderão evoluir.

O acoplamento estrutural em questão é, portanto, uma garantia de que as especificidades tanto do Direito quanto da Política serão preservadas. Da mesma

forma, proporciona o reconhecimento de “surpresas” multifacetárias tais como aquelas provenientes, como se verá, dos NMS21.

Dessa forma, aquilo que está de acordo com o Direito ou que está em sua oposição (*Recht/Unrecht*), é delimitado, também, pelas Constituições. De fato, desde a invenção do Estado Constitucional, um sinal de que uma Constituição é uma aquisição evolutiva da sociedade (Luhmann, 1995), coube a tal documento preservar a diferenciação entre Direito e Política.

No processo evolucionário das sociedades complexas, portanto, as Constituições resolvem o aparente paradoxo proveniente do Estado de Direito. Se são as leis que fundamentam o Estado, como elas podem ser autolimitadas? Por intermédio das Constituições. Daí que, após a codificação *Recht/UnRecht*, uma outra se torna essencial para o sistema jurídica: constitucional/inconstitucional. Usando a linguagem de Luhmann (2005, p. 32). Esse fato introduz uma novidade: a de que o direito positivo passou a incorporar a diferença entre o que está de acordo e aquilo que está em contrariedade à Constituição. Nesse aspecto, na multiplicidade de sistemas e de entornos, a diferença apontada (constitucional/inconstitucional) inicia tão logo se faça a distinção entre *Recht/UnRecht*.

A novidade mencionada repousa na necessidade de se verificar que não basta mais se guiar pelos critérios de validade e de vigência da norma. É imperioso que se faça um teste de correlação da norma com a Constituição. Aquela estará de acordo ou em contrariedade com esta. E outra questão se põe a partir dessa: como a Constituição será modificada?

Novamente, a resposta está na circularidade. A própria Constituição traz regras de legitimidade (algumas em divindades e outras no povo). Os textos constitucionais remetem a si mesmo quando determinam as condições sob as quais ocorrerão possibilidades de sua mudança. É, na linguagem de Luhmann (1993, pp. 491-494), um mecanismo garantido pela possibilidade de declarar-se, a si mesmo, como improcedente.

Dessa forma, nos casos em que existam cláusulas pétreas, há, inclusive, uma proibição de modificação estabelecida pela própria Constituição. Haverá uma remessa a um poder político, por conseguinte, acaso se deseje modificá-las, fato que será

possível somente por intermédio de outra Constituição. As Constituições constituem (Bregvadze, 2013).

Todos esses apontamentos levam à questão que Corsi (2016, p. 282) bem levanta: por que as leis modernas necessitam de uma Constituição e qual sua função? São várias as teses para responder à pergunta. Em suma, para Luhmann (1995), as ideias esposadas em um texto constitucional vão para além daquelas pensadas para seus inventores e, logo, representam uma aquisição evolutiva.

Na esteira do pensamento de Corsi (2016, p. 282), uma aquisição evolutiva é uma forma social que deve não apenas ser compatível com o contexto no qual se insere (Direito e Política, no caso). Ela precisa ser interiorizada de uma maneira vantajosa – e diferenciada – para ambos os sistemas, reduzindo a complexidade do entorno ao mesmo tempo em que mantém a autoorganização. Em outras palavras: acoplamento estrutural.

Esse pensamento é, em suma, um desdobramento da própria função do Direito na sociedade, que, para Luhmann (1993, p. 445), também está ligada aos acoplamentos estruturais. A conformação das comunicações ao Direito, reorientadas na distinção sistema x entorno, é uma das funções encontradas na sociedade e tal capacidade somente é possibilitada por meio dos referidos acoplamentos estruturais.

Não é surpresa, assim, que a autoorganização do sistema jurídico assuma relevo (Luhmann, 1990). Nesse sentido, as Constituições autodelimitam a organização do Poder, inclusive do Judiciário. Na estrutura brasileira, o Supremo Tribunal Federal é central (e não superior) porque decide, de maneira última, a respeito de um texto que é representação da aquisição evolutiva das sociedades complexas, dando-lhe o sentido que, após, recursivamente, será (re)processado mediante jurisprudências, argumentação, doutrina e todas as demais formas de autoorganização do sistema jurídico.

Por isso, não se despreza, ao menos na TSAD, o fato de que os textos das normas (constitucionais) são uma observação de primeiro grau e que as decisões, as doutrinas e correlatos se apresentam como uma observação de segundo grau, todas elas pertinentes às estruturas internas do sistema jurídico (Luhmann, 1995). Simple constatação deixa claro que a ideia de uma TSAD fechada em si mesmo constitui uma

visão bastante diferente do que a teoria pretende (King, 2009) ,ao mesmo tempo em que denota as possibilidades infinitas de evolução provenientes do interminável processo de diferenciação entre sistemas e entorno.

É assim que essa mesma evolução reforça as relações entre Direito e Político por meio das Constituições. De modo bastante direto, o sistema político dá ao Direito premissa para suas decisões (leis promulgadas) enquanto o sistema do Direito fornece à Política a legitimidade necessária para o uso do poder (Rodríguez, 2010, p. 28). De acordo com Lima (2009, p. 31), tal percepção

[...] possibilita, pois, a constante troca de influências recíprocas entre os subsistemas, filtrando-as. Ao mesmo tempo em que inclui, exclui. Por assim dizer, promove uma solução jurídica à autorreferência do sistema político, ao mesmo tempo em que se fornece resposta política à autorreferência do sistema jurídico.

Em outra maneira de explicar, para o sistema jurídico, não há novidade alguma em dizer que as Constituições se apresentam como uma lei fundamental, da mesma forma em que, para a Política, elas representam um instrumento político de dupla função: ela autoriza ou não modificações políticas.

A partir dessa observação, lembre-se de que o entorno apenas irrita. As comunicações dele provenientes não orientam o sistema jurídico. O acoplamento estrutural não é um tema normativo. Mesmo que a interiorização de tais estímulos seja feita por meio de Constituições, de contratos e da propriedade, o fato é que elas são assumidas, dentro do Direito, como Direito. As operações darão lugar a estruturas no sistema e serão determinadas pelo sistema.

CONCLUSÃO

As Constituições, enquanto parte do sistema jurídico, representam a tradução, para o Direito, das comunicações existentes no sistema social. Simultaneamente, representam, para o sistema político, uma orientação e uma demarcação de seu poder e de sua legitimidade. Na linguagem de Thornhill (2010, p. 326):

[...] constitutions are legal arrangements formed at the intersection between the legal and the political systems of society, they allow the terms of articulation between these systems to be consolidated and simplified, and they enable both systems to borrow from each other descriptions of their functions through which they can respond to and positively organize their inner communications.

Ora, o sentido (simbólico) das Constituições é fruto dessa variedade (Pribán, 2007). A política se apropria dessa aquisição evolutiva da sociedade como uma maneira de autolimitação de seu Poder, baseando-se, para tanto, em mecanismos autológicos (Estado, soberania e cidadãos, entre outros). Assim, a positivação do Direito (a Constituição) revela-se como um forte instrumento de ação política, muitas vezes de uma maneira bastante direta, como se a única maneira de resolução de suas operações fosse a produção das leis.

De outro lado, o Direito ocupa-se de manter sua identidade, até mesmo contra as investidas da Política. Não raras vezes, a distinção constitucional/inconstitucional protege-o de uma insuficiente diferenciação funcional, tendo em vista que o *Recht/UnRecht*, nas sociedades complexas, é apenas o primeiro passo da diferenciação sistema x entorno.

Verifica-se, nessa esteira, que o poder político, em algum momento, generaliza-se simbolicamente por meio de uma lei denominada Constituição. Em outras palavras: com as Constituições, a Política se comunica com o Direito e, ao mesmo tempo, passa a ter direito de modificar o Direito.

Para Febbrajo (2013, p. 8), tal fato pode ser explicado da seguinte maneira: as Constituições são uma espécie de hipertexto. Elas permitem diferentes interpretações a partir de contextos diversos. De uma certa maneira, portanto, simbolizam a desdiferenciação (constitucional) derivada de diferentes compreensões a respeito do entorno em que se resta inserido.

Decorre dessa correlação, a ideia de Luhmann a respeito da legitimação (Luhmann, 1980) e do Poder (Luhmann, 1985). Como recorda Corsi (2016, pp. 280-282), é impossível justificar uma situação na qual um poder é exercido acima dos outros, exceto sejam usados artefatos semânticos como Estado e/ou soberania popular. Isso significa dizer que, para a Política sua legitimação é proveniente do poder em si mesmo (autolegitimação). E aqui está o nó da questão. Essa legitimação precisa ser

exteriorizada. Como? Várias foram as maneiras encontradas ao longo dos tempos. Os deuses eram uma delas. Modernamente, a forma assumida é a das Constituições. Para Luhmann (1983), as sociedades funcionalmente diferenciadas não estão fundadas nas separações entre direito natural e direito positivo. É a evolução que as tornam diversas. Nessa esteira, as Constituições se apresentam como um dos resultados de sua evolução justamente porque são capazes de manter a diferenciação funcional do sistema social, em especial, no caso, entre Direito e Política,

Os acoplamentos favorecem a diferenciação quando se remetem ao Direito, no caso das Constituições. Conforme já sublinhado, tais espécies de normatividade se apresentam como o resultado de um processo comunicacional que deixa para trás uma concepção de sociedade estratificada. A partir do momento em que o sistema social adquire estruturas baseadas na ideia de unidade distintiva, as estratificações perdem sentido, e a produção da diferença toma relevo.

Quando as Constituições (re)introduzem para o sistema jurídico a questão política ilustrada pela concepção de Estado e de cidadãos, reforça-se o abandono de uma visão menos complexa baseada em acoplamentos do Direito com a economia (contrato) e com a propriedade. Por isso, as Constituições, além de incluir, excluem outras possibilidades (Mascareño, 2012, pp. 108-112), como, por exemplo, que o sistema jurídico decida com base na lógica econômica ou de qualquer outro sistema. Não é novidade, a partir disso, referir que a Constituição limita o poder político, uma vez que, por exemplo, autoorganiza-o mediante poderes que possuem funções específicas (primárias e secundárias). Na mesma linha, uma Constituição introduz regras a respeito de como se exercem o Poder e de que maneira ele é limitado.

As Constituições, assim, além de limitar, por meio de suas zonas de contato, incrementam sensivelmente o potencial de estímulos recíprocos entre vários sistemas. A maneira de horizontalizar essas inúmeras variáveis é reduzir a complexidade, observando-as mediante o conceito de acoplamento estrutural entre Direito e Política, uma vez que a interiorização de problemas políticos será analisada sob o ponto de vista autológico. Serão tratados como Direito e resolvidos por meio das estruturas jurídicas e, logo, por sua autoorganização.

Uma soberania popular, nessa esteira, também repousa em um paradoxo. Um povo se entende como soberano e, simultaneamente, decide ser governado. Delimita que direitos (fundamentais) são preservados e em que medida eles podem ser “reclamados” (Schwartz, 2007). Não por acaso, uma moderna teoria dos direitos fundamentais vem sendo desenvolvida com afinco. É que, para Luhmann (2000, p. 141), os direitos fundamentais se tornaram uma espécie de “religião civil”. Ofertam ao sistema político uma incerteza, frente às suas amplitudes, que (des)legitima o Poder por meio do próprio Poder.

De certa forma, os direitos fundamentais tornam-se uma das grandes características do acoplamento estrutural em comento quando avaliados sob o olhar da Política. De um lado, do ponto de vista da autoorganização do Poder, tornam-se fonte de sua legitimação; de outro, quando observados exteriormente, os direitos fundamentais generalizam simbolicamente as expectativas (normativas) de determinado povo, por meio de um Estado.

É, nessa esteira, que Luhmann (1993), diz que as Constituições proporcionam soluções jurídicas aos conflitos (NMS21) de autorreferência vindos da Política e, ao mesmo tempo, oferecem saídas políticas para os problemas de autorreferência que os NMS21 trazem para o Direito (como negar o Direito por meio da reafirmação da estabilidade do sistema jurídico?). Desse modo, indiferença recíproca entre Direito e Política a respeito das Constituições é pressuposto para que se aumente uma dependência recíproca.

Uma tal pressuposição vai levar ao fato de que as hipóteses de um sistema fechado restam absolutamente negadas. Significa, pois, na esteira de Febbrajo (2013, p. 7), que as Constituições farão a manutenção da identidade do sistema jurídico em situações nas quais pareçam ser necessários mecanismos de autocorreção (NMS 21), baseadas na comunicação intersistêmica.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, A.-J. (2003). *Critique de la Raison Juridique 2. Gouvernants sans Frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*. Paris: L.G.D.J.

BREGVADZE, L. (2013). Constituting Constitutions Beyond the State : polycontextural constitutionalism of the world society. Em A. FEBBRAJO, & G. HARSTE, **Law and Intersystemic Communication. Understanding 'structural coupling'** (pp. 327-342). New York: Ashgate.

BRITTO, C. A. (2003). **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense.

BROQUET, J. (2013). Reflexive Governance in the European Union? An Example of Structural Coupling. Em A. FEBBRAJO, & G. HARSTE, **Law and Intersystemic Communication. Understanding 'Structural Coupling'** (pp. 67-96). Surrey: Ashgate.

CANOTILHO, J. J. (2006). "Brançosos" e Interconstitucionalidade. **Itinerários dos Discursos sobre Historicidade Constitucional**. Almedina: Coimbra.

CLAM, J. (2006). **Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade. Contingência, Paradoxo, Só-Efetuação**. São Leopoldo: Unisinos.

CORSI, G. (2016). *The Constitution in the Work of Niklas Luhmann* . Em A. FEBBRAJO, & G. CORSI, **Sociology of Constitutions : a paradoxal perspective (studies in the sociology of Law)** (pp. 279-284). London:New York: Routledge.

_____; ESPOSITO, E., & BARALDI, C. (1996). **Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann**. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana.

FEBBRAJO, A. (2013). *Introduction*. Em A. FEBBRAJO, & G. HASRTE, **Law and Intersystemic Communication. Understanting 'Structural Coupling'** (pp. 1-16). Surrey: Ahsgate.

_____. (2016). *Sociology of Constitutions: a Paradoxical Perspectives (Studies in the Sociology of Law)*. Routledge: New York.

GUIBENTIF, P. (2013). *Rights in Niklas Luhmann's Systems Theory*. Em A. FEBBRAJO, & G. HARSTE, **Law And Intersystemic Communication. 'Understanding Structural Coupling'** (pp. 255-288). Surrey: Ashgate.

KING, M. (2009). A Verdade sobre a Autopoiese no Direito. Em L. S. ROCHA, M. KING, & G. SCHWARTZ, **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito** (pp. 41-98). Porto Alegre: Livraria do Advogado .

LAFHAMME, D. (2013). *Moralized Communications and Social Regulation*. Em A. FEBBRAJO, & G. HARSTE, **Law and Intersystemic Communication. Understanding 'Structural Coupling'** (pp. 197-225). Surrey: Ashgate.

LASALLE, F. (2001). **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

-
- LIMA, F. R. (2009). **Sociologia do Direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas**. Curitiba: Juruá.
- LUHMANN, N. (1980). **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora da UnB.
- _____. (1983). **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- _____. (1985). **Poder**. Brasília: Editora da UnB.
- _____. (1990). A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. **Revista da Ajuris**, 49, pp. 149-168.
- _____. (1991). **Sistemas Sociais: lineamientos para una teoria general**. (J. T. Nafarate, Trad.) México: Iberoamericana.
- _____. (1993). **Das Recht der Gesselschaft**. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____. (1995). *La Constitution comme Acquis Évolutionnaire*. **Droits - Revue Française de Théorie Juridique**, 22, pp. 103-125.
- _____. (May de 1995). *Legal Argumentation. An Analysis of Its Form*. **The Modern Law Review**, 58(3), pp. 285-298.
- _____. (1998). **Sistemas Sociais. Lineamientos para una Teoria General**. Mexico: Anthropos: Universidade Iberoamericana: Pontifica Universidad Javeriana.
- _____. (2000). **Art as a Social System**. Stanford: Stanford University Press.
- _____. (2000). **Die Politiik der Gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____. (2005). **Einführung in die Theorie der Gesellschaft**. Wiesbaden: Carl-Auer Verlag.
- _____. (2006). **A Improbabilidade da Comunicação**. Lisboa: Vega: Passagens.
- _____. (2007). **La Sociedad de la Sociedad**. Mexico: Herder.
- _____. (2009). **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes.
- _____. (2010). **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes.
- MASCAREÑO, A. (2012). **Die Moderne Lateinamerikas. Weltgesellschaft, Region und Funktionale Differenzierung**. Bielefeld: Verlag.
- MOELLER, H.-G. (2012). **The Radical Luhmann**. Columbia: Columbia University Press.

NAFARRATE, J. T. (2004). **Luhmann: la política como sistema**. México: Fondo de Cultura Económica: Universidad Iberoamericana: Universidade Nacional Autónoma de México.

NEVES, M. (2012). Aumento de Complexidade nas Condições de Insuficiente Diferenciação Funcional : o paradoxo do desenvolvimento social na América Latina. Em G. SCHWARTZ, **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea** (pp. 199-208). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

_____. (2012). **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes.

OMMATI, J. E. (2009). **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

PRIBÁN, J. (2007). **Legal Symbolism. On Law, Time and European Identity**. Hampshire: Ashgate.

ROCHA, L. S. (1998). **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos.

_____; SCHWARTZ, G., & CLAM, J. (2015). **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

RODRÍGUEZ, D. M. (2010). *Los Limites del Estado en la Sociedad Mundial : de la Política al Derecho*. Em M. Neves, **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas** (pp. 25-52). São Paulo: Quartier Latin.

SCHWARTZ, G. (2007). A Autopoiese dos Direitos Fundamentais. Em E. H. MACEDO, L. OHLWEILER, & W. STEINMETZ, **Direitos Fundamentais** (pp. 41-56). Canoas: Editorial da Ulbra.

STRECK, L. (2014). Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. **Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

TEUBNER, G. (novembre-decembre de 1992). **Pour Une Épistémologie Constructiviste du Droit**. *Annales ESC*, 6, 1149-1169.

_____. (2005). **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

_____. (2013). *Legal Pluralism as a Form of Structural Coupling*. Em A. FEBBRAJO, & G. HARSTE, **Law and Intersystemic Communication**. 'Understanding Structural Coupling' (pp. 343-360). Surrey: Ashgate.

THORNHILL, C. (2010). *Niklas Luhmann and the Sociology of the Constitution*. **Journal of Classical Sociology**, 4, 315-337.

TONET, F. (2016). Reconfigurações do Constitucionalismo. **Evolução e Modelos Sistêmicos na Pós-Modernidade**. (Vol. 2). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

VERSCHRAEGEN, G. (2006). *System Theory and the Paradox of Human Rights*. Em M. KING, & C. THORNHILL, *LUHMANN on Law And Politics. Critical Appraisals and Applications* (pp. 101-126). Portland: Hart.