XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314
Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.
Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).
CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Teoria Constitucional I reuniu no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Porto Alegre, de 15 a 16 de novembro de 2018, interessantes e inovadores artigos os quais abordam questões que dão conta do atual quadro da Teoria Constitucional não somente no contexto nacional como também internacional. Todos os artigos selecionados para integrar a coletânea contribuem para uma adequada reflexão a respeito papel que vem desempenhando o Supremo Tribunal Federal brasileiro, o qual, não raras vezes, tem exorbitado dos poderes a ele conferidos pelo próprio texto constitucional de 1988, colocando em risco, com esse comportamento, a sistemática de equilíbrio delicado que deve haver entre os chamados poderes da República. Por outro lado, há ainda artigos que abordam a questão da tributação e a necessidade de uma reengenharia desse sistema, de modo que o Estado brasileiro tenha sintonia com determinadas transformações ocorridas no sistema tributário não somente no âmbito global, por meio da atuação de agências internacionais de controle, como também em outros países considerados mais desenvolvidos, inclusive pela adoção de sistemas tributários mais equitativos. Não se pode deixar de registar que integram também a coletânea artigos que trazem experiências passadas, a exemplo da atuação da Suprema Corte americana, a qual, em larga medida, contribuiu para o desenvolvimento da nação considerada ainda a mais poderosa do planeta: EUA, como recentes, como é o caso da elaboração da constituição de cubana. Por fim, há leituras que apontam para contribuições esquecidas pela doutrina tradicional do constitucionalismo, considerando as experiências de autonomia e liberdade dos negros.

Somente a leitura dos textos dará conta da qualidade das pesquisas desenvolvidas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori - UNILASALLE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

REFLEXOS DA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

AUTOPOIETIC SYSTEM THEORY REFLEXES IN THE FEDERAL CONSTITUTION

Tiago Zilli [1]

Resumo

A teoria dos sistemas autopoiéticos, preconizados pela analogia luhmanniana, verificados sumariamente, a partir de suas prerrogativas existenciais, como teoria da sociedade. Com fulcro neste saber, abre-se a explanação, através do método dedutivo, da reprodução autopoética na fenomenologia do direito e no sistema judicial, através da presença da autonomia, fundamentada por Gunther Teubner, formando o lastro jurídico que encontrará nos ditames de Marcelo Neves a réplica hermenêutica que associa a Teoria dos Sistemas à Constituição. Tem-se como hipótese a ocorrência de promulgação constitucional que legitime a existência de sistemas autopoéticos, positivados na Constituição de 1988.

Palavras-chave: Autonomia, Autopoéise, Constituição, Direito, Sistema

Abstract/Resumen/Résumé

The theory of autopoietic systems, advocated by the Luhmann analogy, summarily verified, from their existential prerogatives, as theory of society. With focus on this knowledge, the deductive method of self-poetic reproduction in the phenomenology of law and in the judicial system opens up, through the presence of autonomy, founded by Gunther Teubner, forming the juridical ballast he will find in the dictates of Marcelo Neves the hermeneutic reply that associates the Systems Theory with the Constitution. It is had as hypothesis the occurrence of constitutional promulgation that legitimates the existence of autopoetic systems, positive in Brazilian Constitutional Law of 1988.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Autonomy, Autopoiesis, Constitution, Law, System

[1] Mestrando em Direito pela UPF, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS, acadêmico de Ciências Sociais pela UFRGS, Pesquisador.

1. INTRODUÇÃO

Com o intuito de encontrar ecos e reverberações da nova teoria dos sistemas, elaborada originalmente por Niklas Luhmann, na positivação legal disposta pelo constituinte na Carta Constitucional de 1988, o presente artigo irá fazer uma exposição investigativa a fim de demonstrar se as pautas dispostas na referida lei maior exibem uma tendência a autorizar a instituição de sistemas autopoiéticos.

Inicialmente, traçaremos um breve panorama a partir das concepções luhmannianas (LUHMANN, 1997), ilustrando os ditames fundamentais que a alicerçam e a sua nova teoria dos sistemas, demonstrando seus argumentos e construções teoréticas que viabilizam a imagem sistêmica como uma teoria social.

Em um segundo momento, nos valeremos dos ensinamentos de Gunther Teubner (1989) para referenciar as reproduções sistemáticas e autopoiéticas, emanadas a partir da ideia de Luhmann, aplicadas ao campo dos sistemas jurídicos e do direito, fazendo estes configurarem-se como sistemas autopoiético.

No terceiro momento, verificaremos os pressupostos dos processos de constitucionalização e positivação dos sistemas, à luz dos ensinamentos de Marcelo Neves (2018), importante professor que recebeu orientação diretamente de Nicklas Luhmann.

Por fim, buscaremos identificar, junto à Carta Constitucional vigente, as possibilidades de ocorrências em que esta promulga a criação e proteção, sobre determinados aspectos, do estado de direito, concebendo subsistemas legitimados que atuam na condução da sociedade brasileira.

2. A TEORIA DOS SISTEMAS EM NIKLAS LUHMANN

Para dar início a nossa formação discursiva (FOUCAULT, 2008. p. 43), é necessário localizar-se no entendimento sob o qual o pensamento de Niklas Luhmann se constrói, identificando a importância de sua teoria dos sistemas e transmitindo a ideia central da montagem teórica de um dos mais influentes juristas, sociólogos e cientistas do século XX. Para todos os efeitos, Luhmann identifica inicialmente a presença de três tipos de sistemas: vivos, psíquicos ou pessoais e os sistemas sociais (LUHMANN, 1997. p. 27). Nosso recorte teórico dar-se-á, sobre a análise deste último.

Primeiramente, a teoria dos sistemas de Luhmann, que perdurou da década de sessenta até meados dos anos oitenta, buscou elencar elementos capazes de demonstrar as conexões entre macroambientes e microambientes, fornecendo um leque de institutos que permitisse à sociologia a elaboração de uma teoria geral da sociedade, através da diferenciação do ambiente, mediada por mecanismos que buscassem diminuir a complexibilidade (LUHMANN, 1997. p. 10), que dentro do ambiente teórico luhmanniano deve ser entendida como a totalidade de possibilidades contidas no mundo moderno.

O sistema desenvolvido nesta fase teórica possuía seu nível de complexibilidade atrelado ao número de possibilidades que poderia ajustar em seu interior, estando apto às metamorfoses advindas do campo social, tendo a função de diminuir as mecânicas complexas do mundo fazendo com que o homem se tornasse capaz a assimilá-las ao longo do exercício da vida (LUHMANN, 1997. p. 12).

A partir de 1984, a teoria entre em uma nova fase, Luhmann muda o ponto de vista sob a concepção da teoria dos sistemas, substituindo o paradigma predominante, que versava sobre a diferenciação entre sistema e ambiente, para a adoção da concepção autopoiética dos sistemas sociais (LUHMANN, 1997. p. 11) aliando aos conceitos de fechamento operacional e acoplamento estrutural.

O paradigma da autopoiesis advém do campo das ciências biológicas, tendo como precursores Humberto Maturana e Francisco Varela, no ano de 1982 e graças a sua riqueza de analogia, serviu de aporte transdisciplinar aos mais variados campos da ciência humana (TEUBNER, 1989. p. I). Por autopoiesis, originalmente do grego em que *auto* (significa mesmo) e *poien* (significa produção) (LUHMANN, 1997. p. 16), entende-se como a capacidade de um sistema, ou organismo vivo, criar a partir de si próprio a estruturação necessária e os elementos requisitantes para a constituição, funcionamento e prolongação de suas funções junto ao ambiente em que existe ou habita. A analogia retirada desta exemplificação biológica e aplicada às reproduções sistêmicas, afirmam que os sistemas sociais necessitam produzir, de maneira própria suas unidades, a fim de fomentar a prolongação de suas ocorrências (LUHMANN, 1997. p. 53).

Por fechamento operacional, entende-se como o padrão comportamental da natureza sistêmica, no qual o ambiente de operação de determinado perfil sistemático não contribui nem gera influência sobre as operações e designações que este sistema irá dispor em suas ações (LUHMANN, 1997. p. 26). Todas as operações são oriundas de unidades, até mesmo as delegadas ao último elemento, não sendo possível a decomposição em partes subunitárias. O

próprio sistema produz suas unidades de acordo com as necessidades, sem inferência do ambiente.

Porém, estes dois elementos (autopoiese e fechamento operacional) não referenciam sozinhos a reprodução e atuação de determinado sistema na sociedade, surgindo a possibilidade dos sistemas serem fechados por natureza de operação interna, mas abertos em razão de sua aquisição de informações e comunicações do ambiente externo. Nesta temática, a figura de *imput* e *output* (LUHMANN, 1997. p. 39) referenciam de forma metafórica a comunicação alcançada com a figura do acoplamento estrutural.

O acoplamento estrutural definirá que nenhum tipo de efeito gerado a partir de natureza física, biológica ou química oferta ameaça ou mudança operacional no sistema aludido. O ambiente não contribui para a alteração da natureza sistêmica, mas o influencia de forma comportamental (LUHMANN, 1997. p. 42). O acoplamento ambiental é viabilizado somente a partir da comunicação advinda dos sistemas de consciência. Este elemento é que permite as irradiações de um sistema com outro, sendo o elo desenvolvido a partir dos elementos de comunicação. Logo, o conceito de sistemas que operam em sociedades concebidas a partir da comunicação (LUHMANN, 1997. p. 27) torna-se o ponto chave da teoria dos sistemas de Luhmann.

A comunicação (LUHMANN, 1997. p. 28) e a linguagem que perfaz o desenvolvimento da sociedade é elemento central, constitutivo e fundamental para entender como uma teoria sistêmica explica seu funcionamento. As comunicações são operações promovidas na sociedade de maneira compulsória, que ocorrem de maneira interligada, nunca isoladamente (LUHMANN, 1997. p. 58). Com o aporte do entendimento acerca da comunicação, torna-se possível conceber um sistema autopoiético, embasado em elementos próprios e autorreferenciados que demandam das reproduções comunicativas o caminho pelo qual se emancipa do ambiente e segue seu desenvolvimento de forma própria e fechada.

Podemos condensar o entendimento de que os sistemas sociais concebidos na teoria de Niklas Luhmann podem ser entendidos como os institutos desenvolvidos ao longo do tempo ou planificados a partir da manifestação de vontade determinada, que contém uma natureza de autorreprodução elementar, ou seja, desenvolvem os elementos necessários a sua sobrevivência, operando em rotinas próprias e enclausuradas, aquém das contribuições diretas ou necessárias do ambiente, mas que se acoplam, e absorvem influências de outros sistemas e do próprio ambiente, através das ferramentas da comunicação e da linguagem, a fim de perpetuarem-se nas funções estabelecidas sistematicamente. Ademais, não se concebe a

existência plena e uníssona de um único sistema no mundo (LUHMANN, 1997. p. 55), sendo emanada a ocorrência de redes sistemáticas interligadas.

Dando cabo à retrospectiva luhmanniana no presente estudo, elencamos a sua contribuição para a construção de uma teoria geral da sociedade, concebida a partir de dois elementos: sistema e comunicação (LUHMANN, 1997. p. 80). No qual, "sistema" abarca o conjunto de determinadas afinidades práticas e teóricas que se desenvolvem de forma autopoética, garantindo a manutenção e reprodução da sociedade, e "comunicação" como a ponte de ligação e irradiação de saberes e obrigações advindas de um sistema para outro. A construção de uma teoria social necessariamente precisa ser conduzida através da comunhão destes dois conceitos, afirmando-se que a sociedade será o sistema formado a partir das comunicações reproduzidas autopoieticamente (LUHMANN, 1997. p. 83).

3. A AUTOPOIESE DO DIREITO E DO SISTEMA JUDICIAL

Emanados os fundamentos teoréticos básicos a respeito da teoria dos sistemas de Niklas Luhmannn, avançaremos na composição do nosso raciocínio, recortando o laço cognitivo a fim de demonstrar as implicações e desdobramentos do pensamento sistêmico autopoiético no campo do direito e na formação do sistema judicial.

De maneira introdutória, aludimos à grandeza do entendimento e da teoria a respeito do direito concebido em um sistema autopoiético. Enquanto Kelsen estruturou seu pensamento em torno de um desenho *piramidal*, tendo o topo ocupado pela norma fundamental (muitas vezes buscada ao infinito, sem concordância na retórica jurídica, emanando um leque de discussões inflamadas e inconclusivas acerca desta figura primordial na Teoria do Ordenamento Jurídico), Gunther Teubner e seus arcontes, defensores da autopoiése do direito, eliminaram este problema atemporal, ao suscitar o caráter *circular* e auto referencial do direito (TEUBNER, 1989. p. XXIII).

Para dar sustentação e estruturação cognitiva a nossa composição, invocaremos o pensamento de Teubner (1989. p. 53), tendo este autor afirmado com clareza que o direito configurar-se-á como um sistema autopoiético, estratificado em caráter autônomo de grau secundário em virtude da sociedade, tanto quanto um sistema autopoiético de grau primário em face da constituição que lhe confere a autorreferencialidade de suas unidades sistêmicas e a conjunção destes elementos e um constante circuito de retroalimentação automática, definido pela terminologia de *hiperciclo.*

Porém, tal conceituação bradada de forma solitária não identifica com propriedade explicativa as nuances pertinentes à constituição autopoiética do direito. Para sanar tal quadro, buscaremos dissecar em três partes distintas os elementos constantes no conceito de Teubner, explicando as terminologias dos graus sistêmicos primários e secundários, e por fim a conceituação do *hiperciclo.*

O direito, figurando como um sistema autopoiético de primeiro grau, refere-se ao fenômeno advindo da formação dos sistemas sociais, que de forma generalizada, atribuem-se para si um *sistema de sentido* (TEUBNER, 1989. p. 63), que irá funcionar na mesma analogia que o princípio vital figura aos sistemas biológicos. Para a configuração deste sistema de sentido no caso da sociedade, necessita-se da presença constitutiva de *unidades emergentes*, que são traduzidas na forma das comunicações e não dos indivíduos em si, pois os indivíduos perecem constantemente, mas a sociedade avança, uma vez que as comunicações permanecem ao longo do tempo.

Nesta esteira cognitiva, somos tragados para um entendimento conceitual e explicativo: o direito como um sistema social autopoiético de primeiro grau concebe-se por ser formado a partir de uma atribuição de sentido (dentro da sociedade é facultado ao direito o monopólio de produção, discussão e aplicação da lei), produzindo de forma espontânea uma operação ordenada (organização de subsistemas que assegurem a ordem), circundado por uma rede de produção elementar (TEUBNER, 1989. p. 64) própria (por exemplo: lei, normas e princípios), garantindo sua interação particular, através das comunicações singulares (linguagem jurídica formal) e uma organização autorreferenciada (processo e sistema judicial), diferente dos demais sistemas constantes na sociedade como o sistema político ou o sistema econômico.

Por sistema autopoiético de segundo grau, somos induzidos a reproduzir o pensamento de Teubner, que vinculará esta acepção à **autonomia jurídica** (*grifo nosso*) advinda do caráter circulatório de produção do direito (TEUBNER, 1989. p. 73). Imbuído de uma comunicação própria de viés jurídico que parte do pressuposto binário o qual distingue o legal do ilegal (TEUBNER, 1989. p. 70), o direito é tomado por uma distinção que o aparta das demais formas de comunicação dispostas na sociedade. Esta diferenciação agrega uma personalidade autorreferencial, circundando esta ciência em um quadro de categorias propriamente jurídicas.

Sendo alocado em uma categoria individual, o direito inicia a postulação de normas próprias de regulação, posturas operativas respectivas consumadas a partir dos atos jurídicos, estruturas físicas e imateriais necessárias ao seu desenvolvimento, como processos e

dogmáticas judiciais, e por fim as fronteiras que definem sua própria identidade, como a definição do mérito de determinado fato e a validade de um regramento (TEUBNER, 1989. p. 71).

Por reunir em seu escopo procedimental ferramentas próprias de condução e desenvolvimento, o direito desenvolve dentro do seu sentido operativo matrizes únicas e formais, tornando-o proprietário de um procedimento exclusivo de reprodução comunicativa.

Transpondo os limites teóricos fundamentados, explicamos de forma prática e sucinta que o direito emancipa-se dos demais sistemas sociais através do seu sentido e afirma-se como um sistema autopoiético de segundo grau, por deter em si uma máquina ferramental singular, manifestada na vida social através da presença de inumeráveis profissionais apegados à prática jurídica (advogados, juízes, promotores, assessores, estagiários, policiais, hermeneutas, pesquisadores entre outros); bem como a designação de instituições públicas voltadas a sua discussão (fóruns e tribunais, por exemplo); repartições administrativas dispostas a sua requisição e manifestação (cartórios, prefeituras e demais órgãos administrativos); e um leque infindável de materializações e significações próprias atreladas a sua condução, desenvolvimento e comunicação.

Como último tópico disposto na conceituação *teubneriana*, cabe a alusão explicativa a respeito da figura do *hiperciclo* que dá o caráter fundamental ao padrão autopoiético do direito. Inicialmente, parte-se do pressuposto de que as relações emanadas no exercício e na prática do direito possuem um caráter circular (TEUBNER, 1989. p. 56), que alcança um modelo de autonomia interdependente em relação aos demais sistemas sociais. Para exemplificar esta sentença, Teubner parafraseia Luhmann através de uma *"solução sedutoramente mais simples"* (TEUBNER, 1989. p. 57): os subsistemas sociais, gestados a partir de sistemas de grau superior, constituem seu caráter autopoiético através da confecção de elementos respectivamente próprios.

Ou seja, a partir da concepção do ato jurídico (instituto próprio do sistema vinculado ao direito), este ato se auto reproduz formando outros atos jurídicos, que irão se multiplicar de forma não trivial, porém dentro de um circuito enclausurado, reproduzido em cadeia fechada, de forma auto referenciada, constituindo a autopoiese jurídica.

Este comportamento circular da cadeia jurídica levará a cristalização da figura do *hiperciclo* (TEUBNER, 1989. p. 58), que alude à autonomia, na medida em que o sistema jurídico emancipa-se com a constituição de seus elementos singulares (processos, leis, regulamentos, atos entre outros institutos de materialização) em circuitos de

autorreferencialidade cíclicos, conduzidos por suas respectivas ferramentas, coordenadas entre si de forma autopoiética.

Para sintetizar o entendimento de forma cronológica o autor propõe a submissão do perfil hipercíclico da autonomia jurídica a três fases distintas (TEUBNER, 1989. p. 77): inicialmente dispõe-se do "*direito socialmente difuso*" (nesta fase os elementos estruturantes do sistema jurídico são os mesmos dos demais atos constitutivos da comunicação social), em um segundo momento surgirá o "*direito parcialmente autônomo*" (aqui os atos comunicativos deixam de ser comuns aos meios sociais, quando jurídicos e passam a estar vinculados exclusivamente ao domínio do direito, tendo sua regulação e desenvolvimento dotados de um conjunto de regras próprias); por fim, a constituição do "*direito autopoiético*" (quando os elementos do sistema jurídico irão se condensar de maneira simultânea, gerando um hipercircuito operacional, autoprodutivo e autorregulado).

A ideia do hiperciclo traduz de forma teórica as situações em que as ocorrências comunicativas dispostas no mundo da vida (PINZANI, 2009. p. 54), são submetidas ao exame do sistema judicial, tendo no direito sua base retórica e operativa. A partir do ingresso de determinada ocorrência nos vieses jurídicos, o assunto referenciado de forma comunicativa trivial, no meio social, transforma-se em matéria de direito, sendo transferida sua discussão ou aplicação, para os patamares procedimentais dispostos e exigidos pelos elementos próprios do sistema judicial.

Em um ciclo de autorreferenciamento e autoalimentação a pauta defendida pelos operadores do direito, será segmentada em um caminho específico para este fim. De forma exponencial e gradativa, as demais demandas que não obtiverem uma comunicação proveitosa e construtiva, nas planificações dos demais sistemas sociais, serão submetidas ao sistema autopoitético do direito, que definirá de maneira plena determinado feito estando munido de instrumentalidade própria, para abarcar as demais ocorrências.

Estratificando de maneira conclusiva, Teubner nos demonstra em sua valorosa obra os pontos favoráveis e as objeções à afirmação do direito como sistema autopoiético. De forma incondicional, fica demonstrado o caráter aludido uma vez que o direito concebe-se e emana das comunicações constantes na pluralidade social, passando a desenvolver os próprios meios de produção e reprodução procedimental, em um ciclo constante e autorregulado de produção jurídica.

4. A CONSTITUIÇÃO COMO SUBSISTEMA DO DIREITO

Perpassados os fundamentos da nova teoria dos sistemas e suas consequências analógico/interpretativas para o campo do direito e do sistema judicial, concebidos, então, como sistemas autopoiéticos, conforme os entendimentos de Teubner (ver *supra* pp. 5-8) avançaremos no recorte teórico, a fim de descender dos ensinamentos advindos das escolas germânicas e alinhavar o presente estudo com as prerrogativas encontradas em terras tupiniquins, através dos ditames contidos na última obra lançada em janeiro do presente ano pelo Professor Marcelo Neves (2018).

Seguindo o entendimento de Niklas Luhmann, o autor defende que o direito, para ser positivado, demandará duas condições básicas: a existência da democracia e a presença do viés econômico na sociedade. Ao primeiro pressuposto, no qual vinculamos nosso estudo, justifica-se sua presença junto à positivação jurídica, devido à alçada atingida pelo sistema político, que assume para si a responsabilização na condução do Estado, da sociedade e da produção do direito. Esta ampla gama de responsabilidades pode gerar a ausência ou supressão de fundamentação ética nos atos políticos, devendo existir mecanismos de descarga (NEVES, 2018. p. 39) e absorção destes eventuais deslizes.

A ferramenta apresentada pelo direito moderno, como alternativa a evitar quaisquer espécies de ingerências unilaterais do sistema político na condução da sociedade, traduz-se no termo Constituição. Sendo ela a portadora das garantias e dos direitos fundamentais a todos os indivíduos, o aparato constitucional de viés contemporâneo vincula, com força absoluta, a organização estatal, a alteridade de poder através do processo eleitoral, assegura a existência de legislações plurais que possibilitam o aparecimento de diversos partidos políticos e trás em si os instrumentos de controle e aplicabilidade normativa.

Seguindo no argumento *luhmanniano*, estratificado na fatia pertinente à positivação do direito, Neves (2018. p. 65) afirmará que a Constituição e o direito constitucional integrarão o sistema jurídico na figura de um subsistema do direito (NEVES, 2018. p. 66), sendo a norma constitucional a representação de um comportamento esperado por parte dos indivíduos a ela submetidos, em termos contrafáticos. A contrafacticidade da norma significa que o cumprimento fático da mesma torna-se irrelevante para a sua validade (NEVES, 2018. p. 25).

A positivação do direito demonstra-se como uma diferenciação funcional (NEVES, 2018. p. 66) da sociedade moderna. Nesta esteira, entende-se a materialização da positivação jurídica na promulgação da Constituição em seu sentido contemporâneo, gerando uma particularização entre o sistema jurídico e o direito constitucional. Este último adquire, desta

forma, o condão de manter em um patamar *horizontal-funcional* entre os sistemas políticos e jurídicos, eliminando as possibilidades pré-modernas de posicionamentos *verticais-hierárquicos* entre estes sistemas que regem a sociedade.

Desta forma, na figura da Constituição, o sistema jurídico promulga a sua autonomia, não estando a mercê de postulações advindas de cenários alheios ao direito. Em sociedades modernas e complexas, como as contidas na contemporaneidade a ausência de uma Constituição vinculativa e de caráter neoconstitucional (FERRAJOLI, 2006. p. 18), pode acarretar a condução, manipulação e arbitrariedade da prática jurídica através dos (des)mandamentos políticos, impactando na alterabilidade e decidibilidade (NEVES, 2018. p. 67) do direito.

A ausência do mandamento constitucional acaba por gerar uma legislação sem limites, acarretando o rompimento da autopoiese do direito, gerando seu perfil contraditório, tal seja a alopoiese. Tal comportamento ocasionaria a ascensão da quebra comunicativa do sistema jurídico, violando as relações hierárquicas comuns da juridicidade e comprometendo a aplicação concreta do direito. A sequência sistêmica autopoiética do direito, demanda, obrigatoriamente da figura interna e hierarquizada do direito constitucional, prevalecendo sobre o direito ordinário (NEVES, 2018. p. 68), configurando aquele como elemento constitutivo do fechamento operacional normativo do sistema judicial.

A certeza a respeito da superioridade legal constitucional sobre as demais legislações implica na aquisição de critérios técnicos por parte do sistema judicial, que lhe confere a legitimidade para aplicação do código binário licito/ilícito para procedimento legislativos e executivos, movidos pelo sistema político, que passam a serem mediados pelo sistema judicial. Ou seja, a positivação do direito constitucional e o seu caráter sistêmico, nas sociedades contemporâneas evidencia a separação dos poderes públicos e o seu controle mediante a avaliação autônoma (NEVES, 2018. p. 69) do sistema judicial.

O caráter hierárquico superior atingido pela carta constitucional não rompe o caráter circulatório (NEVES, 2018. p. 282) de sua força normativa, uma vez que a planificação e aplicabilidade das normas constitucionais encontram respaldo na própria Constituição, evidenciando o raciocínio circular do direito aludido por Teubner (ver *infra*).

Seguindo o entendimento da teoria sistêmica, o caráter subsistêmico da Carta Constitucional, em sociedades contemporâneas dotadas de hipercomplexibilidade, tem a função de "*descarregar o direito positivo*" (NEVES, 2018. p. 70), banindo qualquer possibilidade de obstrução do sistema jurídico, em detrimento das mais diferentes manifestações de vontade que se robustecem no envolto social.

A função anteriormente aludida só se faz possível à Constituição, devido à adoção do "*principio da não identificação*" que bloqueia no texto promulgado a vinculação com qualquer viés de cunho filosófico, partidário, étnico, ideológico, religioso ou moral. Se tal princípio não se fizer presente na composição constitucional, poderá acarretar a oposição de barreiras a complexidade interna do direito, tornando-o inadequado para a solução de conflitos em sociedades complexas.

A importância da adoção do princípio da não identificação impacta diretamente na práxis social, uma vez que a adoção desta receita constitucional confere à Constituição a atribuição de fixar de forma institucionalizada (NEVES, 2018. p. 71) os preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, como a divisão de poderes, a incorporação positivada dos direitos fundamentais e os ditames procedimentais das eleições, assegurando a propagação do regime democrático indiferentemente das inferências externas ao direito.

Enunciar o caráter sociológico/jurídico da Constituição como um subsistema vinculado ao direito positivo denota o exercício de compreender que suas normas e ditames, hierarquicamente superiores ao direito ordinário, denunciam uma expectativa legal que direcione a promessa de comportamento social (NEVES, 2018. p. 730). A partir do exame das normas constitucionais e seus critérios de aplicabilidade, concebe-se a noção de identificar figuras comportamentais lícitas ou ilícitas, evidenciando as garantias e expectativas relativas ao desenvolvimento da sociedade.

5. POSITIVAÇÃO SISTÊMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Perpassadas as três unidades textuais anteriores, que versaram, respectivamente, com a concepção da teoria dos sistemas, em um segundo momento a sua reprodução teorética no campo do direito, e, por fim a sua conjunção junto ao direito constitucional, pretendemos, nesta análise conclusiva, elencar elementos positivados junto à Constituição de 1988 que promulgam a presença de sistemas autopoiéticos com fechamento operacional que se relacionam através do acoplamento estrutural.

Inicialmente, nosso exercício interpretativo exige o entendimento a respeito de uma figura textual contida na Constituição, destinada a determinados tipos de personalidades constitucionais, que os diferencia dos demais institutos disciplinados pela Regência Legal. A expressão terminológica que nos levará ao entendimento buscado refere-se à *autonomia,* a qual segundo a significação textual, na conotação administrativa: "*direito de se administrar*

livremente, dentro de uma organização mais vasta, liderada por um poder central"; ou ainda, em sentido sociológico/político: "*autodeterminação político-administrativa de que podem gozar partidos, sindicatos, corporações, cooperativas etc., em relação ao país ou comunidade política dos quais fazem parte"* (MICHAELIS, 2018).

Associando esta terminologia comum aos subsistemas que pretendemos enumerar, elencamos o pensamento de Luhmann (2005. p. 262) que disciplinará, a respeito da autonomia: "[...] *Más bien, el concepto de autonomia solo se refíere a la clausura operativa del sistema como condición para su apertura.*". A autonomia configura-se como elemento constitutivo do fechamento operacional de um sistema, sendo fundamental a sua abertura via acoplamento estrutural. Nesta tangente, Neves (2018. p. 263) dispõe que a Constituição em sua plenitude contemporânea pode ser entendida como uma ferramenta de ligação comunicativa, através de formas interpretativas entre os sistemas sociais da política e do direito. Complementando seu raciocínio com aporte teórico diverso, Luhmann (2018, p. 263) disciplinará que a Constituição oferece uma solução *jurídica* para as vicissitudes autorreferenciais do sistema *político,* e reciprocamente, ofertando soluções *políticas* para as problemáticas de autorreferência do sistema *jurídico*. Esta ponte discursiva criada entre os dois sistemas pela figura constitucional, concede ao Documento Maior, além do caráter subsistêmico do direito (ver *supra*), o papel de acoplamento estrutural entre dois sistemas diversos, excluindo a influência direta de um sobre o outro, mas aumentando a possibilidade de influências recíprocas entre os mesmos.

Identificando a figura da autonomia como elemento presente na formação do fechamento operacional de um sistema e a Constituição como subsistema copulativo estrutural entre sistemas diversos, aludimos ao pensamento preciso de Teubner (1989. p. 71-72) que disciplinará:

> "De um modo geral, contudo, o conceito de autonomia é identificado como a capacidade de auto-regulação de um sistema. Na linguagem da teoria dos sistemas, dir-se-ia que descreve a capacidade do sistema para organizar (auto-organização) ou para alterar "espontaneamente" (auto-regulação) as suas próprias estruturas. Esta concepção de autonomia, muito embora não incorrecta, refere apenas um dos aspectos deste conceito (a capacidade do sistema de criar as suas próprias regras), deixando de fora outros aspectos igualmente importantes, tais como a capacidade do sistema para gerar suas próprias operações originárias ou para produzir a sua própria identidade."

Elencados os pressupostos doutrinários que asseguram a presença da autonomia como elemento referencial na construção de um sistema, buscaremos identificar junto às disposições positivadas na Constituição Federal de 1988, figuras constitucionais que recebem

o condão autônomo para autorregularem-se, auto-organizarem-se e terem a capacidade de gerar sua própria identidade sistêmica.

A exposição será sucinta, a fim de respeitar os limites metodológicos do presente trabalho, não tendo a pretensão de estancar ou findar a discussão aqui aberta, mas sim, alcançar os horizontes doutrinários que podem ampliá-la. Serão dispostos a seguir, de acordo com a ordem de numeral do artigo que os disciplina constitucionalmente:

5.1. Os Partidos Políticos

O enunciado a respeito das organizações político partidárias encontra-se disposto na Carta Constitucional (1988) em seu art. 17, que expressa em seu § 1º "[...] *autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento* [...]". Tais elementos dispostos pelo agente constituinte evidenciam a figura do *princípio da autonomia partidária* (SILVA, 2005. p. 405-406) que confere aos partidos as regras de funcionamento (com a escolha do regime interno que lhes torna convenientes), organização (escolha do sistema de disponibilização de candidaturas) e estabelecimento (autogerência sobre as condições de filiação e militância). A autonomia constitucional pretende conferir aos partidos políticos a possibilidade de realização de uma estrutura interna livre e democrática.

Haja vista a disposição constitucional que confere autonomia aos partidos políticos, aliada à realidade prática e fática levada a cabo por estas instituições, tornando-se de conhecimento público e notório as capacidades operativas fechadas, em que seus filiados manobram as diretrizes de acordo com a conveniência econômica e de poder desejada, via acoplamentos estruturais, na maioria das vezes em formas comunicativas obscuras e ilegais; subentende-se que estas organizações positivadas na Constituição de forma autônoma, carregam em seu genoma conceptivo o caráter de serem *sub-sistemas autopoiéticos* com livre movimentação, crescimento e afloração no sistema político, tendo, suas práticas (nefastas ou não), consequências diretas no sistema social.

5.2. O Poder Judiciário

A Constituição Federal, disciplina nos artigos 92 a 126 a função, a organização, a competência, a disciplina, o controle, o funcionamento, a composição, o estatuto, as garantias e os princípios vinculados ao Poder Judiciário. No artigo 99, *caput*, a ordem expressa: "*Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.*"; disciplina com objetividade o desejo da Constituição em conceder autonomia plena e exercício livre de qualquer tipo de constrangimento a este poder da república, evidenciando sua desvinculação de outras fontes de influência no cenário republicano.

De modo sucinto, a atuação deste Poder, pode ser definida (SILVA, 2005. p. 553) como a competência vinculada aos seus órgãos derivados de interagir junto aos conflitos de interesses emanados dos casos concretos em que ocorre litígio na sociedade, sendo de exclusivo monopólio a função jurisdicional.

A vinculação dada ao Poder Judiciário como sistema autopoiétcio, instituído a partir da *autonomia* positivada na Constituição, *possibilidade* e *unidade* (TEUBNER, 1989. p. XXI), faz emergir uma autorreferência comunicativa originária, concedendo a esta corrente sistêmica o fechamento operacional que objetivará a atividade desenvolver o conceito de justiça, onde de acordo com Luhmann (2005. p. 73): "*Puede regular su propia regulación, y, por tanto, regular juridicamente las variaciones del Derecho. Más aún, puede valorar el sistema en su conjunto desde su propia perspectiva es decir, en términos de la ídea de justicia.*".

A autorreferência do Poder Judiciário, na realidade contemporânea nacional, traduz-se com uma das últimas formas institucionais que a sociedade civil possui de assegurar o cumprimento das expectativas legais, por meio dos acoplamentos estruturais compulsórios dispostos por este sistema.

5.3. O Ministério Público

Na primeira seção, do quarto capítulo da Constituição Federal, está assegurada a existência do Ministério Público, sendo positivado no art. 127, § 2º: "*Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa* [...]". A figura textual da autonomia dispõe a este órgão a independência de atuação e a vinculação a um amplo leque de funções trazidas pelo art. 129 e parágrafos subsequentes.

A doutrina (SILVA, 2005. p. 598) dispõe que os membros desta instituição configuram-se como agentes políticos, que atuam com total liberdade funcional, dotados de responsabilidades próprias estabelecidas pela Constituição e por legislação pertinente,

abarcando um conjunto de normas exclusivas para escolha, conduta e investidura de suas funções. Sendo assegurados, ainda, princípios institucionais de *unidade, indivisibilidade, independência funcional* e *autonomia administrativa*.

Na atuação prática da Autoridade Ministerial, fica perceptível, sua completa autonomia frente a outras instituições sistematizadas na sociedade brasileira. O Ministério Público age por vontade própria ou segundo provocação, com a atribuição principal de fiscalizar a aplicação da lei. Porém, além das atribuições legais sua investidura empírica demonstra seu caráter sistêmico, soberano e independente em seus campos de atuação, evidenciando seu fechamento operacional, apartado do ambiente operativo; regra-se e reproduz-se conforme suas próprias diretrizes e orçamentos, demonstrando seu caráter autopoiético; e, por fim, comunica-se com outras esferas sistêmicas através de acoplamentos estruturais hierarquicamente soberanos, superiores e mandamentais.

5.4. As Universidades

Encerrando o quadro investigativo as últimas instituições que recebem autonomia constitucional para se autorreferenciar são as Universidades. No art. 207 fica expresso que: "*As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.*". Estas instituições – fundamentais à dissipação do ensino, do aprendizado, da pesquisa e do desenvolvimento de todos os campos da sociedade – mostram-se de uma importância impar para a evolução da nação brasileira, recebendo do constituinte originário o condão de independência e livre atuação.

O reflexo a ser disposto sobre o papel das Universidades (SILVA, 2005. p. 839) deve ser maior do que a atribuição do ensino e da pesquisa, concebendo-se estas instituições como sociedades dedicadas a liberdade e o cultivo dos processos ligados à cognição e à inteligência, galgando a crença na esperança e no progresso humano através da racionalidade e da educação.

Sendo compostas pela autonomia administrativa, didática e científica, aliadas à gestão financeira e patrimonial, com um sentido próprio e direcionado de atuação, identificamos no perfil das Universidades a condensação do conceito de sistema autopoiético, tendo em vista que se expandem através dos próprios meios; com fechamento operacional, atuando com o desenvolvimento da inteligência e do conhecimento, em caráter fechado,

composto por pré-requisitos para inserção; e acoplamento estrutural latente, através de seus serviços e ações desenvolvidas junto às comunidades em que estão inseridas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desenvolver a presente linha de raciocínio a partir do entendimento da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, com as definições precisas a respeito do direito em Gunther Teubner e o paralelo constitucional alcançado com os saberes de Marcelo Neves, mostrou-se de forma respaldada e concisa a formação discursiva buscada, em nosso estudo.

Identificar junto à Constituição a legitimidade conferida por ela para a presença de quatro sistemas autopoiéticos, emanados a partir da autonomia, demonstra-se como uma realidade fática verdadeira de que a teoria dos sistemas, torna-se presente nas condensações sociais que acompanham a planificação e o desenvolvimento da sociedade.

A presença sistêmica em diversos campos que perfazem a contemporaneidade social complexa pode ser apontada e teorizada partir de analogias e metáforas que estruturam diversos entendimentos nos campos da sociologia, da antropologia, do direito, da filosofia e da história. Porém, catalogar de forma precisa, embasada na doutrina e disposta em um documento legal que detém a superioridade hierárquica de uma Constituição, faz com que encontremos um reflexo prático, verdadeiro e positivado da teoria dos sistemas nas ocorrências práticas da realidade ditada pelas normas constitucionais que regem a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia de Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 17 de agosto de 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho**. *In* CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Editoral Trotta S.A., Madrid, 2006.

FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. Tradução: Luiz Felipe Baetra Nevez. 7ª ediçao. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

LUHMANN. Niklas. **Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas**. Org. por Clarissa Eckerl Bacia e Neves e Eva Machado Barbosa Santos – Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Instituit/ICBA, 1997.

LUHMANN, Nicklas. **El derecho como sistema social**. In: DIEZ, Carlos Cómez-Jara (Ed.). Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y possibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/autonomia%20/. Acesso em 17 de agosto de 2018.

NEVES. Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica:** uma abordagem teórica e interpretação de caso brasileiro. Tradução do original alemão por Antonio Luiz Costa; revisão técnico jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio de Niklas Luhmann. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

PINZANI, Alessandro. **Habermas.** Porto Alegre: Editora Artmed, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 2005.

TEUBNER. Gunther. **O Direio Como Sistema Autopoiético.** Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Editora: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.