

RECEBIDO EM: 17/03/2019

APROVADO EM: 25/06/2019

A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

***THE COURTS FUNCTION IN THE CONTEMPORARY
CONSTITUTIONAL STATE FROM NIKLAS LUHMANN
SYSTEM THEORY***

Jadson Correia de Oliveira

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos, pelo Ius Gentium Conimbrigae - IGC/CDH, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE. Professor da Faculdade Sete de Setembro e da Universidade Católica do Salvador; Graduação e Mestrado. Advogado.

Danilma Melo da Silva

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Bacharela em Direito pela Faculdade Sete de Setembro - FASETE. Professora da Faculdade Sete de Setembro - FASETE. Advogada.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A função do Direito na sociedade moderna; 1.1 O Direito Constitucional como subsistema; 2 Os Tribunais como centro do sistema jurídico; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar o papel dos tribunais constitucionais no contexto da sociedade hipercomplexa, tendo por provocação a abordagem dos desafios enfrentados pelos Estados constitucionais na construção do direito contemporâneo. Nesse contexto, em primeiro lugar, foi abordada a função do sistema jurídico, tendo por base a teoria sistêmica de Niklas Luhmann. Em segundo momento discorreu-se sobre a colocação da Constituição como subsistema do direito, trazendo para isso a discussão acerca dos direitos fundamentais, sob os quais recai toda a problemática da baixa efetividade. Para finalizar, mas com relação ainda aos direitos constitucionais fundamentais, tratou-se da posição dos tribunais constitucionais no direito e a sua função diante dos desafios locais de inclusão. O método deste consiste numa pesquisa bibliográfica com marco teórico na teoria sistêmica de Luhmann e nas leituras recentes acerca da centralidade dos tribunais constitucionais, conexão necessária para compreender o papel do direito na complexidade do mundo.

PALAVRAS-CHAVE: Niklas Luhmann. Teoria dos Sistemas e Cortes Constitucionais. Controle de Constitucionalidade. Sociedade Moderna.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the role of constitutional courts in the context of a hypercomplex society, with the challenge of addressing the challenges faced by constitutional states in the construction of contemporary law. In this context, first, the function of the legal system, based on the systemic theory of Niklas Luhmann, was approached. Secondly, the Constitution was placed as a subsystem of law, bringing to this the discussion about fundamental rights, under which lies the whole problem of low effectiveness. Finally, but with regard to fundamental constitutional rights, it was the constitutional courts' position in law and its role in face of the local challenges of inclusion. The latter method consists of a literature search with a theoretical framework in Luhmann's systemic theory and recent readings on the centrality of the constitutional courts, a necessary connection to understand the role of law in the complexity of the world.

KEYWORDS: Niklas Luhmann. System Theory and Supreme Courts. Judicial Review. Modern Society.

INTRODUÇÃO

A sociedade moderna é marcada por uma alta e impactante leva de acontecimentos complexos que agitam a dinâmica interna dos Estados. Compreender a sociedade é tão difícil quanto compreender a infinidade do universo, sem dúvidas.

Nesse contexto, a teoria dos sistemas se enquadra aqui como marco teórico para se discutir a sociedade moderna e seus sistemas sociais, em especial o sistema jurídico. A teoria dos sistemas autorreferenciais tem por ponto de partida a diferenciação entre sistema e ambiente, sendo que ambas as estruturas são dotadas de complexidade e a redução desta é inerente à própria formação sistêmica.

Refletir sobre a funcionalidade do sistema jurídico é a tarefa fundante deste estudo, que busca, através da observação da alta complexificação social compreender a função dos tribunais no interior deste. A análise da posição e da função dos tribunais é discutido à luz da conjuntura da jurisdição constitucional brasileira, uma vez que, o centro decisivo ora citado enfrenta desafios emergentes frente à efetivação dos direitos fundamentais.

Pensar os tribunais sob esse enfoque é relevante porque deságua no debate sobre o papel das instituições do sistema de justiça. Nesse diapasão, o presente estudo parte da seguinte pergunta: Tendo por base a análise da teoria funcionalista do direito e as nuances do Estado Constitucional, qual a função desempenhada pelos tribunais constitucionais no interior do sistema jurídico? Quais os desafios enfrentados por eles e como o constitucionalismo influencia em sua desenvoltura?

Em primeiro lugar, analisa-se a sociedade sob uma ótica sistêmica e a função do sistema jurídico em seu contexto complexo e contingente. O direito surge da necessidade em reduzir a complexidade social, objetivando, funcionalmente, a estabilização das expectativas normativas.

Em segundo lugar, reflete-se sobre a constituição como subsistema do sistema jurídico e sua capacidade de demarcar os limites da linguagem jurídica. Embora o texto constitucional seja, recorrentemente, na teoria moderna, visto como o instrumento necessário que faz o acoplamento entre direito e política, ele tem uma função específica para a realidade funcional de ambos os sistemas, sendo, portanto, para o direito o meio pelo qual o fechamento operacional se concretiza.

A era das constituições fez emergir o Estado constitucional e com ele, também, a positivação e institucionalização dos direitos fundamentais. Tal característica é preponderante porque define a responsabilidade *mor* da justiça constitucional, representada pelas Cortes e Tribunais constitucionais.

No terceiro momento, a partir da diferenciação centro e periferia, analisa-se a posição e a função dos tribunais, tendo em vista a realidade e os desafios da jurisdição constitucional quanto a sua tarefa de proteger os direitos fundamentais.

Aos tribunais é dada a função centralizadora de decidir, razão pela qual ocupa o centro do sistema jurídico e operacionaliza a distinção do código binário direito/não direito. Para isso, além de se remeter à classificação centro e periferia de Luhmann será observado também o conceito de Marcelo Neves a respeito do simbolismo da constituição e da influência da sociedade global no interior dos Estados, tendo por objetivo identificar se tal realidade influencia na função dos tribunais.

Para o alcance da inquietação norteadora o método deste consiste numa pesquisa bibliográfica com marco teórico na teoria sistêmica de Luhmann e nas leituras recentes acerca da centralidade dos tribunais constitucionais, bem como da realidade vivenciada pelo Brasil, sendo esta uma conexão necessária para compreender o papel do direito na complexidade do mundo.

Em alguns países do mundo, como Brasil e Índia, o Estado conta com certas peculiaridades em relação à justiça constitucional empregada. A posição e a função dos tribunais no âmbito da sociedade mundial estão no mesmo patamar teórico-estrutural, porém, no plano prático outras forças operativas precisam ser levadas em consideração, como por exemplo, a realidade social, política e econômica ao qual pertencem.

1 A FUNÇÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE MODERNA

A teoria funcionalista do direito é recheada de discordâncias teóricas, por isso que refletir acerca dela é um desafio em que se deve conjugar as visões marcantes sobre o sistema jurídico. As noções de integração, controle social e resolução de conflitos dão ao direito uma responsabilidade ao qual ele dificilmente poderá cumprir e ainda o descreve como um “supersistema” que tem o condão de neutralizar a complexidade social.

O direito não está para neutralizar, mas para administrar juridicamente a complexidade da sociedade. Complexidade significa que o mundo é dotado de possibilidades infinitas. No mesmo passo, mas deixando a teia muito mais dificultosa, por contingência entende-se que as alternativas sempre podem ser diferentes, pairando sempre sobre o impossível e o não necessário (LUHMANN, 1983; CAMPILONGO, 2011).

Para Luhmann a comunicação é o que diferencia o sistema social (sociedade) dos sistemas das máquinas, psíquicos e orgânicos. Dentre todos esses sistemas o psíquico e o social se diferenciam por serem dotados de sentido, porém, o único que tem a teia comunicacional por sentido é o sistema social. O sistema psíquico tem as consciências por sentido, razão pela qual Luhmann preferiu deixar o homem enquanto indivíduo em um sistema a parte do sistema social, já que as consciências não podem ser limitadas e nem controladas.

A ideia norteadora da análise teórico-sistêmica é a diferenciação entre sistema e ambiente. É ambiente tudo aquilo que não é sistema. Neste caso, a ideia de unidade existe por conta da diferença. Quando um sistema é identificado está-se estabelecendo o âmbito sistêmico e, também, a identificação de seu entorno. São, por sua vez, duas facetas que são distintas, mas que dependem uma da outra para a definição e existência.

Sistema e ambiente são espaços totalmente distintos, mas que dependem um do outro para se definirem. A diferença determina a particularidade. É no ambiente – nos outros subsistemas – que o sistema jurídico, por exemplo, tem sua abertura para aprender, sendo que a introdução desse aprendizado no interior dele só é possível através de uma filtragem jurídica.

A sociedade é vista por Luhmann como um grande sistema social estruturado por subsistemas. Subsistemas esses que são dotados de autonomia e autorreferencialidade. Tais características estão associadas à distribuição de funções, ou seja, os subsistemas são autônomos e autoproduzíveis porque possuem funções próprias.

Essa diferenciação funcional permite que os subsistemas sejam reconhecidos por suas comunicações funcionais e também os condiciona ao fechamento operacional. A autonomia dos sistemas e o seu conseqüente fechamento operacional só é possível por que eles possuem um código binário, operante na dualidade verdadeiro/não verdadeiro (positivo/negativo).

A complexidade do mundo e a maneira como as relações e decisões se definem estão sustentados em dois tipos de expectativas: *as expectativas cognitivas e as expectativas normativas*. As primeiras são dotadas de grande força de aprendizado, por isso são vulneráveis às circunstâncias e estão sujeitas às frustrações. As segundas, sob as quais o direito está selado, possuem características diferentes das primeiras, pois elas, independentemente das situações permanecem firmes, estáveis (LUHMANN, 1983).

Ao direito é confiada a função de estabilizar as expectativas normativas, significando, portanto, que nesse emaranhado de expectativas de expectativas, o sistema jurídico visa reduzir a complexidade social. Nessa seara, a normatização e a institucionalização se apresentam como institutos relevantes para que as expectativas se estabilizem.

[...] as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Se sentido implica na incondicionabilidade da sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma (LUHMANN, 1983, p. 57).

Nas palavras de Luhmann, a normatização permite a continuidade de uma expectativa, independente dos fatos temporais que venham frustrá-la, bem como o fenômeno da institucionalização, que por meio da generalização cria uma imunização simbólica das expectativas contra outras possibilidades (LUHMANN, 1983, p. 110),

Tais institutos visam todos reduzir o nível de contingência e complexidade, permitindo, assim, que o direito seja essa estrutura social estabilizadora de expectativas. A estabilidade das expectativas não prega a liberdade de riscos e perigos, ou ainda, que as relações internas do sistema jurídico são perfeitas, mas que elas precisam ser administradas, limitadas e protegida das frustrações do ambiente.

O sistema jurídico não é a única estrutura social, aliado a ele estão os outros subsistemas e as estruturas cognitivas, todavia ele é imprescindível enquanto estrutura porque “sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar suas expectativas” (LUHMANN, 1983, p. 170).

A esse respeito pontua CARVALHO (2003, p. 04):

[...] em se tratando de relações sociais, não temos uma contingência simples (estado das coisas já ordenado – por exemplo, a noite segue o dia), mas sim uma *dupla contingência* (expectativas sobre expectativas), isto é, a seletividade das possibilidades não depende somente de mim, mas também dos outros, do mundo que coloque estas possibilidades à minha disposição. Assim, o risco de frustrações aumenta e a estrutura do Direito (formada por expectativas) deve, com sua funcionalidade específica de reduzir a complexidade apresentada pela sociedade (ambiente do sistema do direito), caracterizar-se como uma *generalização congruente de expectativas normativas*.

A generalização congruente das expectativas normativas diz-se da atuação e do objetivo do direito em normatizar e institucionalizar as referentes expectativas. Se digo que a normatização dá à expectativa um traço contínuo e a institucionalização a imunização contra o risco e o perigo das outras possibilidades, então isso se refere à função de tornar as expectativas normativas congruentemente generalizadas.

No contexto da modernidade, tudo ocorre de forma muito rápida, o controle escorre pelas mãos, nada é definido ou padronizado, tudo é definível. As relações são passageiras e as mudanças ocorrem numa velocidade assustadora. O termo “fluidez” ou ainda “liquidez” proposto por Zygmunt Bauman, descreve bem tal realidade.

Segundo Bauman (2001) o termo “liquidez” metaforiza a natureza da fase moderna da sociedade, marcada por desconstruções e reconstruções fluidas, principalmente, em relação às perspectivas de tempo e espaço como ferramenta de poder e dominação. É com esta leitura da modernidade líquida que o próximo tópico merece ser discutido, posto que o direito constitucional é um subsistema imbuído de, também, reduzir complexidade. O como isso ocorre será visto a seguir.

1.1 O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO SUBSISTEMA

É inegável o traço complexo que envolve as matrizes do constitucionalismo. O constitucionalismo enquanto teoria histórico-social de consagração e aperfeiçoamento das constituições tem muito a colaborar no estudo destas.

O Estado constitucional desenvolveu-se como sucessor do Estado absoluto, firmando-se no primado das constituições.

Não é por acaso que a constituição é um objeto de estudo intrigante, em que sua história é perseguida por muitos, tendo em vista que se mistura com a própria concepção de Estado. Nessa intuição, segue a tarefa de perseguir a seguinte matéria: Qual o significado da Constituição moderna para o sistema jurídico, ou seja, para a positivação do direito? Qual a função do Direito Constitucional Positivo? Qual a relação do direito constitucional com os demais subsistemas para administração do próprio sistema jurídico?

Perguntas como essas foram perseguidas por Marcelo Neves (1994) em seu famoso escrito “A Constitucionalização Simbólica”. Segundo o professor, indagações como essas permitem localizar o direito positivo frente aos problemas da “reflexão”, “função” e “prestação” na seara constitucional.

A doutrina constitucionalista descreve a constituição como sendo o cerne de sustentação político-jurídico-social do Estado. Mesmo que o Estado absolutista tenha se formado com base na ideia de soberania e concentração de poderes (século XVI), nele não se percebe a ideia de uma lei fundamental, afinal, suas normas estavam postas na razão do governante.

As primeiras nuances de limitação dos poderes concentrados nas mãos do monarca surgiram no período do liberalismo, sob as quais se fundam as defesas da Revolução Francesa. Porém, foi no século XVIII, com o documento constituinte dos Estados Unidos da América, que a Constituição passou a ser um documento importante para a estrutura e sobrevivência de um Estado. Elas são, pois, projetos consolidados pelos Estados modernos.

Foi após a realização da assembleia constituinte americana, com a inerente criação do Estado federal e republicano, que se começou a discutir acerca das razões da constituição e do órgão de proteção. A Suprema Corte foi criada e o modelo de *judicial review* estadunidense a ela foi confiado, por diversas razões, inclusive históricas (Caso *Marbury vs. Madison*, 1803).

Mais de 100 anos depois foi que surgiu na Europa o controle de constitucionalidade Europeu, com argumentação nas teses de Hans Kelsen, que diferentemente de Carl Schmitt, defendia a instituição de um tribunal constitucional próprio para esse fim. A Constituição austríaca de 1920 foi a primeira a prever o controle de constitucionalidade concentrado e a colocar nas mãos de um órgão diverso dos poderes clássicos a atribuição de legislador negativo.

Desses dois grandes centros surgiram as formas de controle de constitucionalidade em vigor na atualidade, inclusive, empregados no

Brasil. O ordenamento jurídico brasileiro é misto, significando, portanto, que por aqui se exercita o controle de constitucionalidade por via difusa (EUA) e concentrada (Áustria).

O controle de constitucionalidade é característica basilar dos Estados constitucionais modernos que adotam as constituições rígidas e está intimamente conectado com o regime de proteção dos direitos fundamentais, cujo exercício tem sido praticado, em sua essência, pelos Tribunais.

A Constituição brasileira de 1988 elegeu o Supremo Tribunal Federal para exercer a tarefa de “guardião da constituição”, conforme preconiza o art. 102 do texto constitucional. Ter em mente desde o início o que representou e o que representa a Constituição de 1988 para o Brasil, denominada por Ulisses Guimarães na Assembleia Constituinte como a “Constituição cidadã”, é imprescindível para compreender o contexto da colocação do STF nas discussões abaixo elencadas.

Como visto acima, o direito é uma estrutura social, o subsistema da sociedade que objetiva manter as expectativas normativas, tendo em vista a elevada complexidade do mundo. Nesse contexto, a constituição tem um papel determinante para o subsistema jurídico, sendo, portanto, o direito constitucional um subsistema.

Quais as características fundantes de um subsistema?² Como pode ser constatado no estudo da teoria sistêmica de Luhmann, todo subsistema tem uma função específica e opera com um código de linguagem também restrito. No geral, os subsistemas são dispostos desta forma para a administração da própria complexidade do mundo, esta seria a função *mor deus*.

Os sistemas existem porque a complexidade é uma realidade crescente. Esse é o ponto de partida para se responder de forma elementar a razão pela qual os subsistemas sociais nascem. Toda estrutura sistêmica nasce da necessidade em se administrar e reduzir a complexidade social (ALVAREZ, 2003, p. 278).

Posto isto, vale destacar que o direito constitucional, como núcleo normativo e ditador do sistema jurídico, posiciona-se em meio a um tipo de complexidade que precisa ser administrada, a saber, a do próprio direito positivo.

Não existe uma característica mais marcante para o direito moderno como a positividade. Esta marca do sistema jurídico permite com que direito

seja criado apenas pelo próprio direito e não por uma influência externa ou política, ela é, portanto, “a única possibilidade de o direito fundar a sua unidade por si mesmo” (LUHMANN, 1990, p. 10).

Tal fenômeno enseja o acoplamento estrutural entre a política e o direito, em que a política, diferentemente do direito “faz uso do poder, de modo que o poder político se articule como um poder indicativo superior que ameaça com seu caráter obrigatório” (PEDRON, 2005, p. 104), fazendo com que se colaborem para a estabilidade de ambos, cada um na sua seara de atuação. Desse modo, a constituição funciona como mecanismo ensejador, ao mesmo tempo, de diferenciação e vinculação entre os sistemas político e jurídico.

Na autorreferencialidade dos sistemas, dentro da ótica circular-reflexiva, Luhmann defende que direito e política precisam um do outro para garantia de ambas as aplicações. O direito depende da política no âmbito normativo, ao passo que ela garante a estabilidade normativa que alcance a todos, por outro lado a política “utiliza el Derecho para diversificar el acceso al poder concentrado politicamente” (LUHMANN, 2002, p. 208).

Nessa toada, os sistemas jurídico e político são distintos e autônomos, todavia, estruturalmente acoplados, tendo em vista a recorrente conexão existente entre eles. O acoplamento estrutural, ao mesmo tempo que permite a diferenciação entre os sistemas, também abre permissão para que atuem conjuntamente.

Quando a constituição estabelece a diferenciação entre o direito e a política, ela garante a positividade do direito, o que não é possível quando o sistema jurídico é manipulado arbitrariamente pelo sistema político (NEVES, 1994, p. 66). Para o direito a constituição funciona como o norte do fechamento operacional. Nesse sentido, a constituição fecha o sistema jurídico (LUHMANN, 1990), enquanto que, para a política, a constituição é o meio pelo qual sua função de tornar as decisões vinculantes para a coletividade se fundamenta.

Analisando o espaço constitucional, como já historicamente narrado acima, a constituição tem um papel importantíssimo para a constatação da positividade e da validação do que é e do que não é direito, demarcando o código binário do sistema jurídico.

Se o código binário, responsável pelo fechamento operacional do sistema, é conduzido pelo binômio sim/não, nesse caso em específico o

direito é conduzido por aquilo que é direito constitucional e o que difere desse direito. É, nas palavras de Luhmann, a unidade da diferença do texto constitucional e do outro direito (LUHMANN, 1990).

Nenhum outro termo veio trazer tanto significado para essa dualidade entre direito/não direito relacionado à constituição como o termo “inconstitucional”. Nessa linha de raciocínio, de que a constituição é a norma fundamental do Estado e de que além dela, concretamente, não existe nada que a subjugue, entende-se que o que por ela é ditado é o direito propriamente dito e o que a contraria, portanto, é inconstitucional, ou seja, não é direito.

Daqui extrai-se a supremacia constitucional e a unidade da constituição como princípios basilares do direito constitucional. Essa ideia é empregada desde o século XVIII, principalmente, com a criação da jurisdição constitucional, uma justiça especializada para proteger a constituição. O controle de constitucionalidade, seja ele concentrado ou difuso, emergem para administrar o que é conforme/não conforme.

É sobre a distinção constituição e lei que se estabelece a principal característica para considerar o direito constitucional como uma estrutura funcional sistêmica. Durante muito tempo a legalidade era a condicionante do direito, significando que só era direito aquilo que estivesse na lei, isso remonta ao período do positivismo jurídico, do protagonismo do parlamento e da separação entre direito e moral.

Com a virada filosófica, histórica, cultural e jurídica do positivismo para o pós-positivismo a lei não mais passa a ser considerada o próprio direito, ela é substituída pela constituição, ao passo que o poder judiciário é elevado como protagonista e busca a reaproximação entre direito e moral. Por tudo isso os Estados modernos, ou ainda pós-modernos como muitos preferem denominar, inauguram a corrente do constitucionalismo da efetividade.

Em suma, a constituição protege o sistema jurídico das variantes do seu entorno, ao mesmo tempo que fecha o sistema jurídico. O Direito Constitucional permite que o direito esteja aberto para a aprendizagem (abertura cognitiva), lançando na constituição, por exemplo, os limites da reciclagem constitucional.

Nessa seara, os direitos fundamentais são o núcleo do sistema constitucional e constituem uma categoria complexa e heterogênea.

2 OS TRIBUNAIS COMO CENTRO DO SISTEMA JURÍDICO

Luhmann abre um capítulo específico na obra “*El Derecho de la Sociedad*” para tratar da posição dos tribunais no sistema jurídico, tendo em vista a essencialidade destes para a operacionalização do sistema jurídico.

Já de início é travada uma discussão sobre a diferenciação entre legislação e jurisdição. Tal diferenciação distingue a figura do juiz (papel dos tribunais) da figura do legislador (papel do parlamento) e isso é vislumbrado no momento de aplicação do direito por meio da decisão (LUHMANN, 2002).

A positividade do direito é a característica marcante do sistema jurídico, como resposta à hipercomplexidade do mundo, pois permite a unidade e a autofundação do mesmo (LUHMANN, 1996). O interior dos sistemas também é complexo, movido por infinitas possibilidades de decisão, sempre existindo uma outra alternativa para aquele decidir. A positividade do direito tem seu ponto sagrado na decisão judicial.

Nas palavras de CARVALHO (2003, p. 10):

[...] a própria positividade que permite a possibilidade de transformação estrutural do Direito, guiado por sua funcionalidade redutora de complexidade através da generalização congruente de expectativas comportamentais normativas.

Nesse contexto, em razão dessas estruturas complexas, principalmente do direito constitucional, que se revela como um subsistema, os tribunais ocupam uma posição relevante para estabilização do direito.

Discutir a função dos tribunais no sistema jurídico é importante porque eles, de certo modo, refletem a diferenciação no interior do sistema jurídico. O próprio Luhmann (2002, p. 213), ao estudar a posição dos tribunais no sistema do direito teve por norte a seguinte indagação: “[...] qué forma de diferenciación se le impone al sistema del derecho cuando se tiene que diferenciaren tribunales?”.

A diferenciação interna do sistema jurídico – aquela que se opera por meio da distinção sistema/entorno no sistema parcial – se estabelece na diferenciação entre os sistemas organizacionais e interativos. Isso é possível porque os tribunais são estruturas organizacionais, por meio dos quais o direito decide, assim como são os bancos para o sistema político e as universidades para a educação, por exemplo.

Para Luhmann somente os tribunais, ao decidirem as demandas, podem gerir o paradoxo do sistema processual – proibindo a negação da justiça –, transformar o incerto em certo, a obrigação em liberdade. Por outro lado, os tribunais não podem condicionar o exercício da atuação do Poder Legislativo. No máximo, podem os tribunais interpretar- o direito. Logo, torna-se melhor substituir um modelo hierárquico por outro que leve em conta a diferenciação entre o centro e a periferia (HERZL, 2015, p.88-89).

Na periferia estão os campos de trabalho não judiciais, ou seja, que não precisam decidir. Os trabalhos desenvolvidos pela periferia do sistema jurídico estão no plano da interação, pois ela serve como zona de contato do sistema jurídico com os demais subsistemas. (LUHMANN,2002).

Os contratos e as leis são exemplos de programas que ocupam a periferia do sistema jurídico, A periferia é a zona de maior irritabilidade e sensibilidade no interior do sistema, ela funciona como “um amortecedor para as questões a serem submetidas aos tribunais” (CAMPILONGO, 2011, p. 164).

O fenômeno da autoprodução do direito ocorre, justamente, no centro do sistema jurídico, pois lá é onde se decide, onde a decisão não pode ser negada. Nesse sentido, os tribunais são responsáveis por fechá-lo. Apenas o centro, por fazer parte da estrutura organizacional, decide. As decisões proferidas pelos tribunais objetivam transformar a indeterminação em determinação, porém, essa determinação não significa certeza e sim manutenção.

Ao mesmo tempo que julga e cria o direito, a decisão judicial gera mais complexidade no interior do sistema jurídico. Numa análise temporal os tribunais operam, ao mesmo tempo, com o passado, o presente e o futuro, uma vez que, suas decisões precisam decidir algo no presente, mas que tem vasta conexão com o passado e determinando o *modus operandi* para as questões futuras, mesmo que ainda no plano abstrato.

Sendo assim, ao realizar a atividade decisória eles trabalham com a perspectiva temporal e material de fechamento do sistema, de ciclo operante entre passado e futuro, determinante para a interrupção e restauração do direito, posto que “ao decidir um caso em concreto, rompe-se com o passado (a lei): os tribunais reconstroem o passado e transformam-no no presente (decisões)” (HERZL, 2015, p.90).

Na concepção do Estado constitucional como subsistema o centro é representado pelo tribunal constitucional, ou ainda, pelo órgão de cúpula guardião da constituição. O tribunal constitucional fecha o direito

constitucional em relação ao outro direito, já que a constituição é o dorso jurídico e político do Estado.

É importante ressaltar que outras instâncias jurídicas também produzem direito, a exemplo da advocacia e dos juízes de primeira instância, até porque nem todas as celeumas jurídicas chegam ao Supremo Tribunal Federal. Todavia, quando se analisa a constituição como subsistema o tribunal constitucional é o seu centro por excelência.

Ocorre que nos moldes da jurisdição brasileira o STF foi nomeado constitucionalmente como guardião da constituição, tarefa essa que em outros países como a Alemanha é conduzida por um tribunal constitucional específico. O STF abarca tanto a tarefa de guardião da constituição quanto de tribunal de última instância, fazendo com que a complicação se estabeleça no tocante a essa dupla função.

Um tribunal constitucional, genuinamente, não trata apenas de questões judiciais, uma vez que tem como uma de suas atribuições equilibrar os poderes estatais (judiciário, legislativo, executivo), ele também se atenta às funções políticas.

Para o estabelecimento do Estado Democrático de Direito faz-se necessário que exista uma instância capaz de decidir sobre grandes questões sociais, razão pela qual, por conta de estar, também, como comando superior do texto constitucional, o STF recebe tantas demandas alheias à sua atividade judicante.

Essa reflexão rápida sobre a dupla função do STF revela o quanto o centro do sistema jurídico constitucional brasileiro é complexo, por mais que sua função seja centralizar. Perceba que o centro não está isento da marca do risco e do perigo de desapontamentos. As decisões advindas dos casos, sejam eles fáceis ou difíceis, geram mais complexidade no interior do direito.

Os Estados latino-americanos desde o começo dos anos 90 adotaram novas constituições ou introduziram nas já existentes profundas reformas. Esta época não foi responsável por inaugurar o Estado Constitucional nesses países, mas implicou numa nova formatação estatal acerca dos direitos fundamentais e da atribuição de sua proteção a tribunais constitucionais (PULADO, 2015, p. 17).

Como os direitos fundamentais são o núcleo da constituição a luta por sua concretização passou a ser a marca estruturante do direito constitucional.

Segundo Marcelo Neves (1994, p. 70), através da institucionalização dos direitos fundamentais o texto constitucional reconhece a supercomplexidade do sistema social. Nesse sentido, continua o autor:

Os Direitos fundamentais servem ao desenvolvimento de comunicações em diversos níveis diferenciados. Sua função relaciona-se com o “perigo da indiferenciação” (especialmente da “politização”), isto é, exprimindo-se positivamente, com a “manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação”. Mediante a institucionalização dos direitos constitucionais fundamentais, o direito positivo responde às exigências da sociedade moderna por diferenciação sistêmica.

O subsistema constitucional brasileiro passou por uma relevante mudança após a Constituinte de 1988, que trouxe uma constituição marcada por uma forte gama de direitos. Aliada à redemocratização deferiu-se os tão discutidos direitos fundamentais, principalmente, aqueles concernentes às defesas sociais, como previdência e trabalho.

Passados todos esses anos de promulgação, a Constituição brasileira ainda se concebe como uma constituição nominalista com baixo alcance de execução de suas normas programáticas e compromissórias. Nessa seara percebe-se que toda aquela distribuição de centro e periferia não se restringe apenas ao campo do interior dos sistemas, mas também à órbita da sociedade mundial, estando ela distribuída diferencialmente entre países centrais e periféricos.

El tema complemento al de la inclusión es el fenómeno de la exclusión y que no se trata en él simplemente de una marginación, de una falta de integración. Estos grupos pueden estar, integrados, pero resultan invisibles para los subsistemas funcionales porque no cuentan con las condiciones mínimas para ser considerados. Este tema, que es el que ocupa hoy el pensamiento luhmanniano, intenta comprender aspectos de la sociedad mundial en lugares como Índia, o las fabelas y vil las miseria de países subdesarrollados, en donde permanecen, junto a la riqueza y el crecimiento acelerado de la economía, las condiciones más difíciles de pobreza y marginación (ALVAREZ, p. 280-281).

A inclusão é uma característica predominante nos países centrais, uma vez que, ela refere-se “à integração de toda a população nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade” (NEVES, 1994, p. 71) por outro lado e exclusão é inerente à marginalidade, à não integração da população nas prestações funcionais sistêmicas. A exclusão enseja a

subintegração e as crises prestacionais dos diversos sistemas funcionais, como exemplo a crise do Estado do bem-estar social, que se acredita ser o estopim para as implicações pós-positivistas já mencionadas.

Como reconhecedora da supercomplexidade da sociedade, a institucionalização dos direitos constitucionais fundamentais também revela a relação difícil entre o sistema jurídico e político e o desafio enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, como centro do sistema jurídico brasileiro, na forma como exerce a jurisdição constitucional.

No eixo da concretização dos direitos fundamentais a jurisdição constitucional tem funcionado como uma espécie de “nova arena” para a cobrança de políticas públicas não realizadas e/ou discordantes do originalmente protegido pela constituição (LEITE, 2007).

Os tribunais são idealizados como a instância administradora da justiça, que falará acerca do certo e do errado, do justo e injusto. Ocorre que o termo justiça é emblemático, está acima de qualquer entendimento jurídico, uma vez que o senso de justiça acampa, também, no plano das consciências (sistema psíquico).

A justiça, no direito, é vista sob o ponto de vista de sua linguagem operativa, acerca do lícito/ilícito. Porém, a maioria dos casos que chegam à Corte, para se decidir sobre os direitos fundamentais geram conflitos que pairam sobre a real funcionalidade do direito. Muitas delas, por mais que sejam questões atinentes a direitos constitucionais fundamentais implicam na seara política.

Quanto à modernidade periférica, o problema estrutural desde o seu seguimento vincula-se primariamente à falta de suficiente autonomia operacional dos sistemas jurídico e político, bloqueados externamente por injunções, não mediatizadas por mecanismos próprios de critérios dos demais sistemas sociais, principalmente do econômico (NEVES, 1994, p. 150).

Sendo assim, na linguagem sistêmica, os tribunais constitucionais enfrentam uma dificuldade latente em se tratando de ter que através do princípio da constitucionalidade fazer a filtragem seletiva do direito positivo.

Isso significa que enquanto a diferenciação funcional (diferenciação entre os sistemas) e o princípio da inclusão não forem concretizados constitucionalmente, que enquanto o direito e a política não estiverem

adequadamente acoplados os tribunais terão que lidar com a tensão entre as diferentes operacionalizações sistêmicas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desafio acadêmico-científico da ciência jurídica consiste em pensar os desafios do mundo moderno e buscar estratégias para administrar a infinita complexidade. A teoria sistêmica aqui apresentada tem fundamento na teoria social Luhmanniana, que propõe elementos universais para se entender a estrutura da sociedade, sob uma ótica fundada na necessidade de se administrar a complexidade social. É diante dessa necessidade que os sistemas se mostram essenciais.

Da teoria sistêmica de Luhmann pode-se eleger como ponto de partida para se fundamentar a funcionalidade do direito as noções de complexidade e contingência, diferenciação funcional e autorreferencialidade.

Durante toda a confecção deste estudo o que se buscou foi analisar a funcionalidade do direito para a sociedade moderna. Com isso, como ideia central foi trazida a discussão da função dos tribunais constitucionais na operacionalização jurídica interna, bem como o exercício de tal função frente aos desafios do modelo de jurisdição constitucional adotados pelos países subdesenvolvidos, principalmente os concernentes à garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar abordou-se o direito como um subsistema do sistema social, investido da função de estabilizar as expectativas normativas e, por assim, reduzir complexidade. No tópico seguinte foi feita uma leitura da Constituição como instrumento de fechamento do sistema jurídico. Por todas as razões pelas quais se formaram os subsistemas o Direito Constitucional. E, por fim, tratou-se dos tribunais como centro do sistema jurídico e de alguns apontamentos relacionados aos desafios enfrentados por eles na difícil tarefa de proteger a constituição, e conseqüentemente, fechar o sistema jurídico por meio da filtragem constitucional.

Os países subdesenvolvidos, ou ainda periféricos, têm peculiaridades próprias que os diferencia da realidade vivenciada por países economicamente desenvolvidos. Não é prudente aplicar a mesma linha de discussão teórica para problemas que se estruturam e se resolvem de maneiras bem distintas.

Os tribunais, segundo a visão Luhmanniana, fornecem decisões para determinação do próprio sistema jurídico. Porque essa decisão é diferenciada

e determinante? Como foi visto nos tópicos anteriores, a decisão não é exclusiva do direito, porém a decisão por ele proferida exerce influência sobre todo o sistema, pois é a forma pela qual ele acaba determinando o código jurídico.

A relevância de um estudo está em que em como ele contribuirá para a ciência e, conseqüentemente, para a sociedade. Fazer refletir e compreender o direito e os tribunais sob uma ótica funcionalista contribuirá para o entendimento e a construção do direito no Estado Constitucional, principalmente, no que concerne à jurisdição e o desafio da concretização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ÁLVAREZ, Emilio Geraldo Arringa. La Teoría de Niklas Luhmann. In: *Convergência*, México, n. 32, p. 277-312, maio/ago. 2003.
- BAUMANN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO, Délton Winter de. O Direito como um Sistema Social Autopoietico: auto-referência, circularidade e paradoxos da Teoria e Prática do Direito. In: Fabrizio Camerini; Gabriela Mezanotti. (Org.). *Para Pensar o Direito*. Novo Hamburgo: Feevale, v. 1, p. 61-78, 2003.
- HERZL, Ricardo Augusto. *A importância dos tribunais na aplicação e na interpretação do direito a partir do respeito ao sistema de precedentes judiciais*. Florianópolis: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS, 2015.
- LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Salvador: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, n. 13, mar./abr./maio 2008.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *A constituição como aquisição evolutiva*. Disponível em: <<https://www.scribd.com/document/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>.

_____. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: acadêmica, 1994.

PEDRON, Flávio Quinaud. A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Luhmann. Brasília: *Revista CEJ*, n. 29, p. 101-110, abr./jun. 2005, p. 101-110.

PULANO, Carlos Libardo Bernal. Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina. Tradução de Graça Maria Borges de Freitas. Brasília, *Revista Jurídica da Presidência*, v. 1, n. 1, maio 1999.

