

NEOCONSTITUCIONALISMO E TEORIA SISTÊMICA: DESAFIOS À MODERNIDADE PERIFÉRICA

NEW CONSTITUTIONALISM AND SYSTEMS THEORY: CHALLENGES OF THE PERIPHERAL MODERNITY

*Alexandre Krügener Constantino
Ana Carolina Casarotti Franco*

RESUMO

O Neoconstitucionalismo constituiu-se, no pós II Guerra, simultaneamente, como uma realidade fática nas nações centrais regidas por Constituições democráticas, orientadas por princípios abstratos universais de proteção efetiva do indivíduo, e como um novo ramo de estudos do Direito, ainda em formação. No Brasil, o Neoconstitucionalismo ganhou força a partir da promulgação da Constituição de 1988, de forte carga principiológica e axiológica. Entretanto, o Neoconstitucionalismo se insere numa longa história de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e do próprio Direito, como ramo autônomo de conhecimento, cujas raízes remontam o advento da modernidade, no continente europeu. Neste sentido, este trabalho pretende, a partir da abordagem da Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann, retomar esta ligação do (neo)constitucionalismo com suas origens na modernidade europeia para, em seguida, problematizar a questão de sua importação "acrítica" para a nossa realidade específica. Para tanto, iremos utilizar o conceito de "modernidade periférica", desenvolvido por Marcelo Neves, buscando redimensionar o Neoconstitucionalismo brasileiro dentro de suas especificidades histórico-culturais e evidenciar, assim, seus desafios.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo; Teoria dos Sistemas; Modernidade Periférica; Niklas Luhmann.

ABSTRACT

The new constitutionalism was constituted in the wake of World War II, both as a factual reality in the central nations governed by democratic constitutions, which were built on universal abstract principles for the individuals' effective protection, and as a new, emerging branch of the Law studies. In Brazil, the new constitutionalism gained momentum from the promulgation of the Constitution in 1988, strongly infused with principiology and axiology. However, the new constitutionalism is part of a long history of development of the Democratic State of Law and Law itself as an autonomous field of knowledge, rooted on the advent of modernity in the European continent. This paper aims to discuss the connection of the (new) constitutionalism with its origins in the European modernity, based on Niklas Luhmann' Systems Theory, and then discuss its "uncritical" importation to the Brazilian specific reality. To this end, we will use the "peripheral modernity" concept developed by Marcelo Neves, seeking to give a new perspective of the Brazilian new constitutionalism according to its hystorical-cultural specificities and thus disclose its challenges.

KEYWORDS: New Constitutionalism; Systems Theory; Peripheral Modernity; Niklas Luhmann.

Introdução

A origem do constitucionalismo moderno confunde-se com a própria emergência da modernidade europeia. O ápice deste processo, que se inicia ainda na Idade Média, é a Revolução Francesa (precedida pelas revoluções inglesa e americana), quando se consubstancia, de modo acabado, um documento escrito e rígido, de valor normativo inegável. Colocando-se como “norma suprema e fundamental”, a Constituição limitou o poder estatal, através de mecanismos reflexivos de controle entre seus três poderes, e reconheceu a dignidade essencial de cada homem através da declaração de seus direitos e garantias fundamentais. Uma primeira definição do constitucionalismo moderno, portanto, aponta para o processo histórico de consolidação de “governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 31), isto é, de mecanismos de *delimitação de poder, de estruturação do Estado e de valorização do indivíduo*.

Após a Revolução Francesa, até o fim do séc. XIX, houve um período de estagnação daquele impulso revolucionário, quando o conteúdo material das constituições pouco se desenvolveu. As constituições passaram, então, a ser consideradas muito mais como uma “carta de intenções políticas”¹ do que como um documento dotado de verdadeira “força normativa” e expansiva, a orientar, de fato, a interpretação e a elaboração das normas dos diversos ramos do Direito. Razões históricas e teóricas contribuíram para tanto: somente na segunda metade do séc. XIX a chamada “questão social”, no bojo da revolução industrial, entraria na agenda política na forma de novas demandas por direitos (que, mais tarde, se converteriam nos chamados “direitos de segunda geração”) e que novamente dinamizariam o constitucionalismo.

Entretanto, é a partir de 1945, em face dos horrores das duas grandes guerras, que ficou patente a necessidade do aprofundamento dos dispositivos normativos em direção a princípios abstratos universais de proteção efetiva à pessoa humana, bem como de uma justificação das normas que extraísse sua legitimidade do próprios procedimentos políticos democráticos e das lutas por reconhecimento das minorias no seio da dinâmica social. Com isso, emerge o chamado *neoconstitucionalismo* como uma nova episteme do Direito, ainda em pleno processo de construção e problematização. (BARROSO, 2007, p.4).

No Brasil, o neoconstitucionalismo foi integralmente acolhido conforme sua construção teórica original, nas nações centrais. No entanto, se o neoconstitucionalismo, como

¹ Segundo Barroso, até ali a Constituição “era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos poderes públicos.” (BARROSO, 2007, p.5)

fato social e disciplina acadêmica, é o produto de uma longa cadeia de transformações que afetaram as sociedades centrais a partir do advento da modernidade, não caberia questionar os limites de sua apropriação acrítica para a nossa realidade? Afinal, se é claro que o advento da modernidade nas sociedades periféricas é completamente distinto daquele ocorrido nas nações desenvolvidas, até que ponto os dilemas suscitados pelo neoconstitucionalismo estrangeiro corresponderiam àqueles relativos à especificidade latino-americana e brasileira?

O objetivo deste artigo, portanto, é problematizar estas questões, evidentemente sem a pretensão de esgotá-las. Para tanto, seguiremos o seguinte roteiro: 1) apresentação geral dos pontos essenciais do constitucionalismo e do neoconstitucionalismo, bem como suas indagações teóricas; 2) introdução do paradigma sistêmico da sociedade, de Niklas Luhmann, e sua análise do surgimento do Direito moderno, bem como de seu conceito de Constituição como acoplamento estrutural entre direito e política, para, finalmente, com base neste arcabouço teórico, 3) retornar ao problema do neoconstitucionalismo no contexto das nações situadas na chamada “modernidade periférica”, visando, com isso, particularizar os desafios e dilemas do Estado Democrático de Direito brasileiro, especialmente no tocante à persistência do binômio “legalismo x impunidade” e o conseqüente problema da concretização do conteúdo programático de nossa Constituição.

1 Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo: panorama histórico e perspectiva

O Constitucionalismo, movimento cujo elemento unificador é a busca da organização política de uma comunidade baseada precipuamente na limitação do poder, começou a se desenvolver já na antiguidade clássica, antes mesmo da consolidação das constituições escritas, o que só ocorreria por volta do século XVIII. Mesmo não possuindo uma constituição escrita, todas as sociedades politicamente organizadas possuíram um complexo de normas fundamentais referentes à sua estrutura e organização (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 27-36).

No período feudal, a dissolução do poder centralizado em inúmeros núcleos locais fez com que o ideal de limitação de poder fosse perdendo significância. Mas a partir da Alta Idade Média, com o processo de reconcentração de poder que deu vida ao Estado Absolutista, o ideário constitucionalista foi reavivado. Nesse período, foram elaborados documentos fundamentais para o desenvolvimento desta corrente – com exceção da Magna Carta, de 1215, elaborada séculos antes e marco histórico importante para o constitucionalismo –, tais como o *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, etc. Além disso, no século seguinte foram promulgadas as Constituições americana, de 1787, e a

francesa, de 1791. Assim, o constitucionalismo foi ganhando novos contornos, impulsionado também pelos ideais iluministas. Pode-se afirmar, portanto, que as revoluções burguesas foram também *revoluções jurídico-constitucionais*, e, nesse sentido, a própria modernidade atrela-se ao constitucionalismo.²

Até este momento histórico, a ideia que se tinha de Constituição era bastante restritiva, pois esta era concebida como um conjunto de normas destinadas a regular basicamente a organização do Estado, a limitação do poder do Executivo e do Judiciário – já que o Parlamento não se submetia a restrições – e à previsão de alguns direitos fundamentais, que, no entanto, não eram acompanhados das respectivas garantias e sanções em caso de desrespeito. O constitucionalismo moderno, entretanto, surgiu vinculado às constituições escritas, e representou uma mudança de paradigma, ao passar a conceber a Constituição como a norma jurídica fundamental de um Estado, concretizada em um documento escrito do tipo rígido, no qual deveria estar prevista uma série de direitos fundamentais e suas respectivas garantias, de forma a disciplinar o poder político e torná-lo limitado. Aliás, note-se que o constitucionalismo moderno teve como germe vital a necessidade de elaboração de um documento escrito que de fato assegurasse a separação dos poderes e a garantia de certos direitos fundamentais, em face do poder absoluto vigente nos Estados. Dessa forma, a Constituição moderna foi revestida de caráter supremo, passando a servir de fundamento de validade para todas as outras normas, e foram instituídos mecanismos de responsabilização para aqueles que não respeitassem os preceitos nela contidos.

No plano político do século XIX e início do século XX, o constitucionalismo esteve intimamente interligado ao liberalismo. Após a Primeira Guerra Mundial, entretanto, houve uma dissociação do liberalismo, devido à passagem do Estado Liberal para o Estado Social, intervencionista. A partir deste momento, as constituições modernas passaram a incorporar em seus textos uma série de direitos econômicos e sociais, a serem efetivados através de prestações positivas realizadas pelo Estado. No Brasil, este Estado Moderno ou do Bem-Estar Social ganhou dimensão jurídica com a Constituição de 1934, promulgada sob influência da Constituição de Weimar (Alemanha), de 1919, e foi se consolidando até a atual Carta de 1988, a qual sistematizou a atuação estatal interventiva.

Entretanto, por volta de meados do século XX, o constitucionalismo moderno foi dando lugar a um novo pensamento constitucional surgido na Europa. Tratava-se do chamado

² Acerca da relação entre as sucessivas revoluções político-sociais que fundaram a modernidade europeia e as revoluções jurídicas que, necessariamente, acompanharam-nas, ver: BERMAN, Harold. *Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition*, Cambridge MA: Harvard University Press, 2006.

neoconstitucionalismo, que visava equacionar uma série de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, em decorrência dos horrores vividos no período da II Guerra Mundial. A Constituição alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bonn) e a Constituição italiana de 1947, com a criação das respectivas cortes constitucionais, além da redemocratização e reconstitucionalização da Espanha e de Portugal ao longo da década de 70, foram as principais referências neste processo de desenvolvimento do novo constitucionalismo europeu. Tal movimento proporcionou o surgimento de um novo paradigma jurídico, consistente no reconhecimento da supremacia material e axiológica da Constituição e na releitura de todos os institutos do Direito à luz dos valores constitucionais. Foi o que se chamou de Estado Constitucional de Direito, em contraposição ao Estado Legislativo de Direito, vigente até então, quando a lei era a única fonte de legitimação no ordenamento jurídico. Com efeito, até a II Guerra Mundial, prevalecia na Europa a ideia de que as leis editadas pelo parlamento eram a fonte quase que exclusiva do Direito. Até então, não era reconhecida força normativa às constituições, as quais

[...] eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. (SARMENTO, 2009, p.116)

Nesse contexto, a percepção de que não seria razoável atribuir poderes ilimitados mesmo às maiorias políticas fez com que se fortalecesse a jurisdição constitucional, com mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, passando-se a conceber a Constituição como autêntica norma jurídica, limitadora do exercício do poder legislativo e com poder para justificar a invalidação de leis. As constituições passaram a abrigar normas de elevado teor axiológico, consubstanciadas muitas vezes em princípios, de modo que essa abertura semântica implicou, no contexto da aplicação direta da Constituição pelo Poder Judiciário, a adoção de novas técnicas de hermenêutica, como a ponderação, além da tradicional subsunção. Diante disso, cresceu muito a importância política do Judiciário, e com frequência cada vez maior questões polêmicas e de grande relevância para a sociedade passaram a ser resolvidas por magistrados, sobretudo pelas cortes constitucionais.

Disto resulta que definir o neoconstitucionalismo não é tarefa fácil, pois seu conceito – cuja formulação teve início sobretudo na Espanha e na Itália – ainda está em pleno processo de formação. Além disso, não se trata de uma única concepção coesa, mas sim de uma série

de ideias refletindo fenômenos jurídicos, que guardam entre si certos pontos em comum, mas não uma unidade teórica. Com efeito, o que se observa entre os adeptos do neoconstitucionalismo é uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas, englobando desde positivistas e não positivistas, a procedimentalistas e comunitaristas, resultado da adoção de linhas de pensamento bastante heterogêneas, como as de Dworkin, Alexy, Häberle, Zagrebelsky, Ferrajoli, entre outros. Portanto, trata-se mais de um conjunto de visões teóricas acerca de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, especialmente após o segundo pós-guerra, e que possuem algumas tendências em comum, do que um movimento propriamente dito³.

Não obstante a heterogeneidade dos posicionamentos jusfilosóficos dos autores que se filiam ao neoconstitucionalismo e à ampla variedade de fenômenos abarcados por esta nova postura jurídica, é possível identificar determinadas características que ajudam a delinear esta nova corrente. Na visão de Luís Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo ou novo Direito Constitucional tem como objeto de reflexão

[...] um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2005, p.15)

De acordo com Daniel Sarmiento, as características deste novo paradigma constitucional consistem basicamente: no reconhecimento e valorização da força normativa dos princípios e a preponderância destes no processo de aplicação do Direito; na utilização de técnicas mais “abertas” de interpretação constitucional, tais como ponderação e diversas teorias da argumentação; na constitucionalização do Direito, com releitura de todas as áreas jurídicas à luz dos valores constitucionais; no resgate do debate entre Direito e Moral; e na judicialização da política, com atribuição de grande importância ao Poder Judiciário. (SARMENTO, 2009, p.113-4).

³ Neste trabalho, apresentaremos a Teoria dos Sistemas de Luhmann, que pode ser considerada mais uma contribuição no edifício teórico do Neoconstitucionalismo. A respeito, vide BARROSO, 2009, 142.

Todo esse processo histórico-político que se desenvolveu na Europa Ocidental com o segundo pós-guerra, espalhando-se pela América do Norte e culminando com as mudanças de paradigma na seara do Direito Constitucional e do Estado Constitucional, só teve início – ou pelo menos ganhou força – no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988. De fato, este foi o marco histórico do neoconstitucionalismo no Brasil, momento em que o Direito Constitucional ganhou significativa importância e foram promovidos debates e impulsionadas transformações nesse campo. Na realidade, a utilização da expressão neoconstitucionalismo no Brasil é mais recente ainda, tendo sido difundida após a divulgação da obra *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada por Miguel Carbonell (2003).

A nova sistemática constitucional adotada pelo constituinte de 1988 de fato rompeu com o período anterior. Positivou um elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões, conferindo-lhes aplicabilidade imediata e protegendo-os inclusive do próprio poder de reforma; acentuou o papel do Judiciário, ampliando o sistema de controle de constitucionalidade; regulou e retirou uma grande quantidade de assuntos do alcance do legislador infraconstitucional, abrigo em seu texto inúmeros princípios vagos e com acentuada carga axiológica. Todo esse panorama inaugurou aqui o processo de constitucionalização do Direito, impondo a releitura de toda a ordem jurídica à luz dos valores constitucionais, e o de judicialização da política, uma vez que o Poder Judiciário passou a intervir de forma muito mais ativa no processo político. A partir daí, nossa corte constitucional passou a proferir com cada vez mais frequência decisões sobre questões relevantes para a sociedade brasileira, refletindo diretamente sobre a atuação dos demais Poderes do Estado – fenômeno impulsionado, em parte, pela descrença da população em relação à política majoritária.

A doutrina pátria também teve um papel relevante nesse processo de mudança de paradigma pelo qual passou o Direito Constitucional, sendo de especial importância o momento da chegada ao Brasil das teorias jurídicas denominadas pós-positivistas, principalmente de autores como Dworkin e Alexy, quando foram fomentadas discussões sobre importantes temas, como ponderação de interesses, princípio da proporcionalidade e eficácia dos direitos fundamentais e, posteriormente, sobre as teorias que se ocuparam do estudo da relação entre Direito e moral⁴. (SARMENTO, 2009, p.129).

Todo esse panorama explicitado acima é, por um lado, benéfico, na medida em que aproxima o Direito da justiça. Entretanto, o lado negativo é a geração de insegurança jurídica,

⁴ Neste quesito, podemos apontar a contribuição de John Rawls e Jürgen Habermas que, pelas limitações deste trabalho, não será aqui discutida.

principalmente naquelas situações que envolvem a aplicação de juízos valorativos. Com efeito, algumas objeções são frequentemente levantadas contra o neoconstitucionalismo, e elas se referem, em termos gerais, a sua tendência excessivamente judicialista, e à frequente defesa de princípios e da ponderação, em detrimento de regras e da subsunção. Esta crítica aponta para o perigo da exacerbação, notadamente em uma sociedade como a nossa, marcada pelo não cumprimento impessoal de regras – algo que faz parte de nossa tradição, há muito arraigada. Esta questão, inclusive, será adiante explorada em profundidade, quando tratarmos da teoria sistêmica.

Aprofundando melhor tais objeções, a primeira crítica levantada se refere à tendência neoconstitucionalista de ter um foco muito centrado no Poder Judiciário, depositando neste enormes expectativas de concretização dos ideais constitucionais e atribuindo a este todo o poder para definir o sentido e alcance das normas que exigem interpretação. O cerne do debate consiste em notar que, devido à abertura semântica de diversas normas constitucionais, aquele que a interpreta participa também de seu processo de criação. Nesse sentido, a tendência judicialista teria um viés antidemocrático, na medida em que atribui ao Judiciário, composto por membros não eleitos pelo processo político majoritário, uma espécie de “poder constituinte permanente”. (SARMENTO, 2009, p.134). Essa ênfase excessiva em apenas um Poder pode também levar ao esquecimento de setores importantes da sociedade, relevantes para a concretização do ideário constitucional, notadamente em questões que demandam conhecimentos técnicos fora da área do Direito. Ademais, essa exaltação do Judiciário por vezes parte de uma visão que critica o processo político majoritário mas que se esquece dos inúmeros problemas que também assolam o Judiciário. Assim sendo, o recomendável seria uma postura proativa dos magistrados em determinadas situações que de fato exijam tal postura, notadamente naquelas que envolvam proteção aos direitos fundamentais, e em outras uma autocontenção judicial.

Como vimos, a outra objeção ao neoconstitucionalismo está relacionada à utilização excessiva de princípios e ponderação, muitas vezes desacompanhada da devida fundamentação. Essa preferência por princípios e ponderação, em lugar das regras e da subsunção, requer cautela, na medida em que abrem espaço para uma maior carga valorativa do intérprete. Ademais, a sociedade brasileira possui traços que tornam ainda mais perigosa essa preferência por normas vagas, pois justificam o arbítrio judicial, gerando insegurança jurídica. Em suma, abre-se a possibilidade de institucionalização e legitimação do famoso “jeitinho”, advindo de uma cultura de não-valorização do cumprimento impessoal das regras, que facilita o uso enviesado de técnicas mais abertas de hermenêutica jurídica.

Sob uma perspectiva mais ampla, ambas as tendências apontadas parecem desconsiderar o Direito e o sistema jurídico, respectivamente, como disciplina e instituição em constante intercâmbio com as demais áreas do conhecimento e com os demais sistemas institucionalizados das sociedades contemporâneas, complexas e pluralistas. O neoconstitucionalismo, dada sua própria natureza, não pode ser abordado exclusivamente sob um viés jurídico.

Diante desse quadro, é essencial notar a interação existente entre o Direito e as demais esferas da vida social. Tomemos, por exemplo, a relação Direito e moral. O marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo, corrente desenvolvida através da superação do jusnaturalismo e do positivismo, a partir da percepção de que as duas concepções puras eram insuficientes para promover uma adequada compreensão do fenômeno jurídico, no contexto das sociedades globais e complexas da modernidade. Como se sabe, o positivismo, em busca de uma ciência pura do Direito, procura afastar da ciência jurídica tudo o que seja estranho a essa, ou seja, tudo o que não seja normativo, como as considerações valorativas. Por conseguinte, nega qualquer relação necessária entre Direito e moral. Vimos que essa concepção perdeu força, já que as constituições promulgadas sob a égide do paradigma neoconstitucionalista abrigaram em seus textos uma série de direitos fundamentais, que nada mais são do que valores positivados de uma determinada comunidade ética. Entretanto, mesmo sem levar este ponto em consideração, se partirmos de uma concepção cultural do Direito – e por conseguinte da Constituição – chegaremos à conclusão de que todos os elementos culturais estão em uma constante e complexa dinâmica, formando um sistema ou unidade, de modo que uns interagem com os outros, gerando condicionamentos recíprocos. Assim, exemplificando, se o Direito influi na Economia, esta também age sobre o Direito, e assim por diante.

Ante o exposto, parece-nos que a grande questão do neoconstitucionalismo é apreender a relação entre Direito, Constituição e os demais âmbitos da sociedade atual, hipercomplexa. Se, por um lado, o Direito constitui uma disciplina autônoma do saber, e o sistema jurídico uma esfera própria do tecido social, por outro, a compreensão de seus potenciais e limites depende de outras disciplinas e da relação que o campo jurídico estabelece com as demais instituições da sociedade. Por esta razão optaremos, neste trabalho, pelo referencial teórico dado pela teoria dos sistemas sociais, tendo em vista a compreensão que esta poderá oferecer da relação do sistema jurídico com o sistema político e o econômico, no contexto da formação das sociedades modernas ocidentais.

A título de introdução – e sem a pretensão de esgotar o tema –, estes são alguns dos aspectos gerais do neoconstitucionalismo e de seu campo de estudos. No intuito de aprofundar esta análise, apresentaremos, então, a Teoria Sistêmica da Sociedade de Niklas Luhmann, como abordagem complementar ao escopo teórico do neoconstitucionalismo. Em seguida, trataremos das especificidades do caso brasileiro, tomando como base o conceito de “modernidade periférica” de Marcelo Neves, visando sistematizar, à luz destas contribuições, algumas das críticas já abordadas no presente tópico.

2 Niklas Luhmann e a Teoria Sistêmica da Sociedade

O paradigma sistêmico surge, no campo das ciências sociais, como resultado das observações realizadas no campo da biologia em relação às formas de organização dos sistemas orgânicos, em seu nível macro, e da própria estruturação elementar da vida, em seu nível molecular e celular. Nesse sentido, a grande contribuição epistemológica do paradigma sistêmico foi revelar que os sistemas complexos jamais se constituem da mera soma de suas partes individuais (colocando em xeque os métodos analíticos de decomposição do todo em suas partes essenciais) evidenciando, antes, a importância de suas interconexões, interdependências e comunicações. Dessa forma, a relação estática entre a parte e o todo é substituída por um conceito dinâmico de relações mediadas pela *diferença* entre sistema e entorno, entre sistema e ambiente.⁵

Grosso modo, os sistemas se caracterizam por uma unicidade interna e pelo intercâmbio com seu meio. Em outras palavras, cada sistema específico é formado por um conjunto de elementos e processos próprios, que lhe confere coesão e estabelece limites em relação ao seu entorno (individualização ou “fechamento”). Simultaneamente, os sistemas abrem-se controladamente em face do meio ambiente que o rodeia. No âmbito dos sistemas, é possível encontrar desde sistemas praticamente fechados até aqueles de grande abertura. Nesta escala, os mais fechados conseguem garantir sua individualidade e autonomia ao custo de uma rigidez por vezes perigosa, ao passo que os abertos são mais flexíveis e adaptáveis, mas sob o risco de perderem sua identidade (diluição do sistema no próprio entorno).

Portanto, os sistemas operam num delicado processo de individualização (fechamento) e interação (abertura), pelos quais os *inputs* recebidos do ambiente transformam-se em *outputs* sistêmicos, engendrando, assim, um ciclo de intercâmbios

⁵ Para um maior aprofundamento nos fundamentos da Teoria dos Sistemas, ver: BERTALANFFY, Karl Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Editora Vozes, 1975 e MATURANA, Humberto R. e VARELLA, Francisco J.. *Autopoesis and Cognition: The Realization of the Living*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1980.

controlados (*feedbacks*). Levando-se em conta, ainda, seus próprios processos internos (*withinputs*), os sistemas estruturam-se segundo o princípio da *homeostase* (tendência dos sistemas à conservação de sua “identidade” e reprodução de seus elementos), em confronto à complexidade de um entorno caótico e tendente à dissolução. Neste contexto, desponta o conceito de “seletividade”. Em última instância, a razão de ser dos sistemas é diminuir a complexidade do ambiente por meio da seleção de informações úteis à perpetuação de cada sistema particular – lembrando que os sistemas também constituem, uns para os outros, o próprio meio ambiente.

Tais são as ideias fundamentais para a formulação metodológica da “Teoria Geral dos Sistemas” de Niklas Luhmann⁶, na qual despontam os conceitos de *autorreferencialidade* e *autopoiese* (do grego, “autocriação”) sistêmicas, centrais para a análise que faremos adiante do sistema jurídico. O modelo luhmanianno se afasta dos modelos biológicos na medida em que se constitui, como os sistemas psíquicos e sociais, em sistemas conscientes, e não meramente orgânicos e fisiológicos. Os sistemas sociais, segundo Luhmann, possuem três atributos: a) *autorreferência* (capacidade do sistema de constituir seus próprios elementos e, portanto, de se reproduzir, delimitando, com isso, uma fronteira entre o sistema e o meio ambiente); *reflexividade* (processos internos estruturados por meio de um código binário particular) e *reflexão* (processos relacionais com o meio ambiente, por meio dos quais o sistema se diferencia). (LUHMANN, 2010).

Somente quando um sistema social dispõe de um específico código-diferença binário, tal sistema pode ser caracterizado como autorreferencialmente fechado e aberto ao meio. Por meio do código sistêmico próprio, estruturado binariamente entre um valor negativo e outro positivo específico, as unidades elementares do sistema são reproduzidas internamente e distinguidas claramente das comunicações exteriores. (NEVES, 1996, p.408)

⁶ Niklas Luhmann nasceu em 1927 em Lüneburg, Alemanha. Estudou direito na Universidade de Freiburg, entre 1946 e 1949. Em 1961, matriculou-se em Harvard, tornando-se aluno de Talcott Parsons, um dos expoentes da Sociologia americana e um dos precursores da “Teoria Sistêmica” da sociedade. Em 1962, passa a ministrar cursos na *Hochschule für Verwaltungswissenschaften* (Escola Superior de Administração) em Speyer, Alemanha, até 1965, quando assumiu um posto no departamento de pesquisa social da Universidade de Münster. Entre 1968 e 1969, ocupou brevemente o posto de palestrante na cadeira outrora ocupada por Theodor Adorno na Universidade de Frankfurt, sendo posteriormente indicado como professor de Sociologia na recém-fundada Universidade de Bielefeld, posto que ocuparia até sua aposentadoria, em 1993. Em 1997 publicou sua grande obra, *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (“A Sociedade da Sociedade”). Certamente um dos maiores nomes da sociologia alemã contemporânea, Luhmann exerceu significativa influência no conceito dual de sociedade de Jürgen Habermas (para quem a sociedade estaria cindida entre “sistema” e “mundo da vida”). Após sua morte em 1998, sua obra tem sido constantemente relida e traduzida, comprovando sua proficuidade teórica nos campos da Sociologia, Filosofia e Direito.

Adiantando parte de nossa discussão, a grande inovação de Luhmann, em sua teoria dos sistemas, reside na constatação – advinda da teoria da autopoiese dos sistemas vivos (MATURANA e VARELLA, 1980) – de que *é justamente a abertura e fechamento seletivos dos sistemas sociais que produzem e reproduzem sua própria estrutura particular*. (LUHMANN, 2010, p.101-127).

Assim, como já visto, a teoria dos sistemas parte da ideia de um ambiente complexo e contingente, que precisa ser traduzido e estruturado em termos mais simples. Se no âmbito da biologia a própria vida e suas complexas redes são o resultado desse processo, no âmbito social o são a sociedade e suas instituições. A sociedade, portanto, é em si mesma um complexo sistema constituído de inúmeros subsistemas. Do ponto de vista de um subsistema em particular, a sociedade como um todo e os demais subsistemas constituem parte daquilo que é apreendido como “meio ambiente” por este subsistema. Para Luhmann, é importante esta noção de “unidade da diferença”: sistema coeso e entorno complexo estão rigidamente separados por fronteiras bem delimitadas, embora tais fronteiras possam estar, em determinados casos, mais “porosas” ao ambiente.

Isto posto, temos que a autorreferencialidade é uma característica fundamental do sistema. É a partir do contraponto que o sistema exerce, em face do entorno caótico que o rodeia, que se torna possível ao sistema conceber sua individualidade. Portanto, de partida, o sistema se diferencia com relação ao ambiente e “toma consciência de si” através de uma simples operação cognitiva: identifica aquilo que faz parte ou não de seu sistema, isto é, tudo o que é “sistema” ou “não-sistema”. Assim, a autorreferencialidade do sistema se manifesta através de um código-diferença primário: isto interessa ao sistema, aquilo não. Por esta operação básica, o sistema engendra uma série de operações de segunda ordem, pelos quais seleciona da complexidade do entorno aquelas informações que lhe serão vitais. Eis a *autopoiese* do sistema: delimitando-se em relação ao ambiente, ao selecionar da complexidade ambiental aquelas informações que lhe são úteis (através dos códigos binários particulares que cada sistema possui), o sistema se produz e reproduz estruturalmente, reafirmando sua diferença e autonomia em relação ao meio. De certa maneira, é possível afirmar que ao reduzir a complexidade externa, o sistema aumenta também sua própria complexidade interna. No limite, este aumento de complexidade interna pode engendrar uma nova subdivisão sistêmica, com o surgimento de dois ou mais subsistemas interrelacionados.

Importante frisar que esta interrelação que o sistema estabelece com os demais sistemas que lhe constituem seu entorno jamais caracteriza um “esfumaçamento” de suas

fronteiras. Na verdade, os sistemas permanecem com suas fronteiras rigidamente delimitadas, cada qual por seu código-diferença binário. O que ocorre nos processos de intercâmbio é o chamado “acoplamento estrutural”, operação pela qual um sistema disponibiliza sua própria estrutura a outro sistema, de modo que ambos possam continuar a reproduzirem-se e diferenciarem-se da complexidade ambiental. Isso faz com que dois sistemas possam evoluir em conjunto, cada qual colocando à disposição do outro sua estrutura, ou melhor, seu código-binário específico como “segundo código” operativo do sistema relacionado. Por exemplo, o sistema jurídico possui acoplamentos estruturais com o sistema político e com o sistema econômico. Exploraremos esta relação mais adiante. (LUHMANN, 2010, 128-151).

Portanto, paulatinamente as sociedades humanas evoluíram no sentido de uma diminuição do caos ambiental pela diferenciação interna de subsistemas especializados e institucionalizados. Paradoxalmente, esta diminuição da complexidade e contingências ambientais pode ser lida também como um aumento da complexidade sistêmica da sociedade. Os sistemas constituem “bolsões” de complexidade reduzida. Assim, as sociedades modernas passam a caracterizar-se por inúmeros subsistemas funcionalmente especializados, interconectados entre si, cada qual com um código-binário próprio: desta forma, o sistema jurídico caracteriza-se pelo monopólio da definição do código “lícito/ilícito” (ou legalidade/ilegalidade); a política pelo código “poder/não poder” (ou situação/oposição, progressista/conservador); a economia pelo código “ter/não ter” (ou lucro/prejuízo); a ciência pelo código “verdadeiro/falso”; a estética pelo código “belo/feio”; a moral pelo código “bem/mal”, e assim por diante. Este processo paradoxal de redução da complexidade ambiental e aumento da complexidade sistêmica permite falar, no contexto das sociedades modernas e contemporâneas, numa *hipercomplexidade sistêmica*.⁷

2.1 A emergência da sociedade e do Direito modernos

A teoria sistêmica, em linhas gerais, compartilha da visão weberiana de que a modernidade surgiu com a gradual complexificação e diferenciação funcionais da sociedade em inúmeros âmbitos autonomizados de ação, posteriormente tornados “sistemas” institucionalizados, com uma lógica própria de reprodução, tais como o sistema político, o sistema científico, o sistema econômico, o sistema jurídico etc. Como vimos, tais sistemas

⁷ “De acordo com a teoria dos sistemas, a sociedade moderna resultaria da hipercomplexificação social vinculada à diferenciação funcional das esferas do agir e do vivenciar. Implicaria, portanto, o desaparecimento de uma moral de conteúdo hierárquico, válida para todas as conexões de comunicação, e o surgimento de sistemas sociais operacionalmente autônomos, reproduzidos com base nos seus próprios códigos e critérios, embora condicionados pelos seus meios ambientes.” (NEVES, 1996b, p.96)

engendam formas particulares de relacionamento entre si, podendo estar mais ou menos articuladas uns com os outros, sempre de modo autorreferenciado, isto é, tomando por base seus códigos-diferença. Neste sentido, a modernidade é compreendida em sua hipercomplexidade – inédita na história da civilização humana – uma vez que os sistemas, através de mecanismos seletivos, diferenciam-se entre si e em relação ao próprio ambiente social, para posteriormente “acoplarem-se”, num grau jamais antes observado.

Para o presente estudo – a relação entre neoconstitucionalismo e o Estado Democrático de Direito sob a ótica sistêmica – não nos interessará a formação e complexificação das sociedades modernas em seus inúmeros subsistemas, mas apenas aqueles com relação direta ao nosso objeto de estudo: os sistemas jurídico e político. Cabe agora uma breve digressão sobre sua formação.

A emergência do sistema jurídico, na modernidade, como sistema autônomo, deu-se paulatinamente pelo seu descolamento do sistema político. Na pré-modernidade, o sistema político colocava-se sobre o jurídico, exercendo forte controle legitimador sobre este último. Em outras palavras, uma característica marcante da pré-modernidade é a ascendência do sistema político sobre todos os demais sistemas, ainda em processo embrionário de diferenciação. Conforme foi adquirindo autonomia, no bojo de todas as transformações que revolucionaram a sociedade europeia em sua transição para a modernidade⁸, o sistema jurídico passou a controlar o código-diferença lícito/ilícito de maneira exclusiva, sem a ingerência externa do sistema político, realizando assim um “autofechamento” operativo que, na teoria sistêmica, é o sinal mais claro de sua autonomização em relação aos demais sistemas.

O fechamento operacional do direito implica o controle decisório, autônomo, sobre tudo aquilo que será socialmente definido como lícito e ilícito. A autonomia do sistema jurídico, quanto à exclusividade desta definição, torna-se clara pela institucionalização, na forma de leis, órgãos, produção doutrinária e jurisprudencial, de todo um aparato relativo ao controle, manutenção e reprodução dos meios pelos quais o direito autodetermina a codificação binária lícito/ilícito (LUHMANN, 1983, v.II, p.61). O fechamento operacional do sistema não significa um isolamento absoluto em relação ao ambiente. Ao contrário, o sistema se mostra sempre cognitivamente aberto as suas influências, resguardando-se apenas no

⁸ As revoluções liberais do séc. XVII alteraram profundamente as relações pessoais, com o fim da suserania e vassalagem e com a superação da estratificação estamental pelo princípio da igualdade fundamental: “Isso significa que na passagem da sociedade arcaica para as latas culturas, e destas para as sociedades modernas modificam-se aqueles dispositivos que garantem a formação de generalizações conscientes de expectativas comportamentais, e com isso muda a forma de vigência do direito.” (LUHMANN, 1983, v.1, p.174)

tocante a sua identidade como sistema autônomo. Portanto, o sistema jurídico, como sistema autônomo, está aberto aos fatores ambientais externos, desde que estes não impliquem a obstrução do sistema precisamente naquilo que lhe conferem autonomia. Logo, influências do sistema econômico, político, científico podem eventualmente reverberar no interior do campo jurídico; entretanto, a última palavra quanto ao código lícito/ilícito caberá ao próprio sistema jurídico, segundo critérios internos específicos. Assim, somente através de um fechamento simultaneamente aberto ao ambiente que o sistema poderá garantir sua continuidade e diferenciação – sua *autopoiese*. Se fosse totalmente fechado, o sistema perderia legitimidade social frente aos demais sistemas, que a todo tempo interagem entre si e com o ambiente social; se fosse totalmente aberto, perderia sua particularidade diferenciadora e se dissolveria.

No modelo sistêmico desenvolvido por Luhmann, o Estado Democrático de Direito moderno surge da autonomização e posterior inter-relacionamento (acoplamento) entre os sistemas jurídico e político. Cabe lembrar que, na pré-modernidade, este relacionamento operava de modo hierarquizado, estando o sistema jurídico inteiramente submisso ao sistema político. Como já dito, nas sociedades estamentais, o código lícito/ilícito, em última instância, estava submetido ao código “sim/não” (ou “poder/não poder”) do sistema político. As expectativas de comportamento fundavam-se nas relações de domínio e sujeição, e não de igualdade. No absolutismo europeu, bem como nas autocracias atuais, o direito está hierarquicamente subordinado à política. O código lícito/ilícito só vincula aqueles que estão no polo inferior das relações de poder, ao passo que seus detentores não se submetem integralmente a este código (*The king can do no wrong* ou, como na máxima, *Princeps legibus solutus est* – o príncipe está isento da lei). Com o advento da modernidade e a ascensão da forma de Estado organizado em três poderes e autorregulado pelo sistema de freios e contrapesos, bem como do conceito universal de igualdade entre os homens, o poder político aos poucos foi sendo realocado de modo paritário ao poder jurídico, não mais submetendo-o e estabelecendo com ele, assim, uma relação sinalagmática. Da mesma forma, é importante sublinhar que o código “poder/não poder” do sistema político, na modernidade, não se submete, por sua vez, ao código “ter/não ter” da economia, embora com ela mantenha relações (todos os sistemas o fazem entre si). “Em termos práticos, isso importa que, no Estado de Direito os mais ricos nem sempre são os 'donos do poder', frequentemente perdem a eleição” (NEVES, 2008, p.86). Portanto, nas sociedades modernas plenamente diferenciadas, os sistemas jurídico, político e econômico inter-relacionam-se, mas não se submetem entre si, tampouco aos sistemas científico (verdadeiro/falso), religioso (transcendente/imanente), estético (belo/feio) e moral (bem/mal).

Modernamente, o sistema político, em sentido amplo, é aquele “encarregado de produzir decisões vinculantes, incluindo parlamento, governo e burocracia administrativa”; em sentido estrito, é “destinado à preparação de temas e à escolha de pessoas, ao teste das chances de consenso e à construção de poder, devendo sua existência sobretudo à organização dos partidos políticos” (NEVES, 2008, p.87). Dentro deste sistema, a circulação do poder ocorre pela eleição dos dirigentes políticos pela população, pela posterior tomada de decisões vinculantes sobre diversos assuntos, sua aplicação pela administração pública em vários níveis, cujos efeitos serão aprovados ou reprovados nos pleitos seguintes. Por meio desta circulação, as políticas se aprimoram, o sistema reage às diversas pressões, incorpora valores, seleciona e descarta alternativas, elabora e reelabora programas políticos. Este aprendizado, em face da complexidade sistêmica do ambiente externo ao sistema político, fortifica sua estrutura interna e seus processos autopoieticos.

Entretanto, com o avanço da modernidade e aumento da complexidade social, a reprodução do sistema político (a circulação legítima do poder) só pôde se sustentar mediante um estreitamento de sua relação com o sistema jurídico, pois a própria manutenção dos circuitos institucionalizados da política – processos eleitorais, produção legislativa, programação e execução orçamentárias, controles, administração pública etc. – é intimamente dependente de um forte substrato legal. Com isso, a distinção primária “poder/não poder” passa a depender, subsidiariamente, do esquema binário “lícito/ilícito” como segundo código de poder: “Só a partir dessa inserção do código de preferência jurídico no interior do sistema político, este se constitui como circulação dinâmica e generalizada de poder, afirmando-se autonomamente perante as pressões particularistas do seu ambiente social” (NEVES, 2008, p.89). É justamente a consideração do código “lícito/ilícito” como segundo código do campo político que torna o Estado moderno um “Estado de Direito”, e é pela consolidação procedimental dos mecanismos de alternância de poder, legalmente garantidos, que este “Estado de Direito” caminha para se tornar também “democrático”. Porém, a plena consolidação do chamado “Estado Democrático de Direito” constitucional não depende apenas da mera garantia dos procedimentos eleitorais e parlamentares, do estabelecimento das competências e responsabilidades dos agentes políticos; é necessário, também, o surgimento e universalização de uma esfera pública genuinamente comprometida com o aprofundamento da cidadania e da própria democracia.

Assim, no “Estado de Direito” temos a interdependência entre os sistemas político e jurídico. Se, por um lado, as decisões políticas devem seguir a legalidade, por outro, as leis só surgem da deliberação política. Daí o direito não constituir mero “mecanismo de justificação

do poder” ou “instrumento de dominação”, mas também meio de delimitação e controle do poder. “Em termos sistêmico-teoréticos, é possível, portanto, caracterizar o Estado de Direito como espaço de entrecruzamento horizontal de dois meios de comunicação simbolicamente generalizados: o poder e o direito” (NEVES, 2008, p.91). A interdependência entre o sistema jurídico e o sistema político, cada qual colocando a complexidade de um à disposição do outro, implica uma necessidade de um ordenamento que regule a “desordem” alheia: o direito regula juridicamente a desordem política, ao passo que os procedimentos políticos reajustam o ordenamento jurídico conforme os anseios da sociedade. Em outros termos, “a ordem jurídica é construída a partir do caos político e a ordem política é construída a partir do caos jurídico” (NEVES, 2008, p.92). A interpenetração entre estes dois sistemas, cada qual como referência externa ao outro, paradoxalmente impulsiona seu caráter autopoietico, expresso pelo Estado de Direito.

2.2 A Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito

Para a teoria sistêmica, a Constituição, num sentido moderno, surge como resultado dos movimentos revolucionários dos fins do séc. XVIII, quando os sistemas político e jurídico encontram-se plenamente diferenciados e simultaneamente acoplados (LUHMANN, 1990). A Constituição nada mais seria, portanto, que o documento que reflete a diferenciação entre direito e política, bem como seu acoplamento estrutural. É devido a esta “dupla natureza” da Constituição que alguns autores a ela se referem como “Carta Política” e, outros, como “Lei Fundamental”.

A concepção sistêmica não se confunde com o conceito *fático-social* de Constituição (relações de poder realmente existentes na sociedade, Lassalle); *normativo-jurídica* (ápice da pirâmide normativa, Kelsen); *culturalista* (dialética entre norma e valores, Häberle) – todas estas englobadas dentro do conceito *histórico-universal* de Constituição (Canotilho⁹) –; tampouco como *ordem total comunitária* (politeia, Aristóteles) ou com o conceito *decisionista* (Schmitt). O conceito histórico-universal de Constituição parte do pressuposto de que todas as sociedades e Estados possuem relações de poder que se refletem nas estruturas jurídicas. Tal pressuposto consta das ideias de autores de matrizes ideológicas as mais diversas, como os apontados acima, pois, para estes, qualquer sociedade, mesmo as arcaicas, possuiriam um ordenamento jurídico superior, mesmo que não positivado. Na perspectiva

⁹ Para Canotilho, as Constituições buscam sempre conformar o político a sua orientação. Daí seu conceito de “Constituição Dirigente”. Entretanto, como se vê, este conceito, ao contrário do conceito de Constituição como acoplamento estrutural entre direito e política, da Teoria dos Sistemas, perde de vista o potencial que a política também tem em conformar o jurídico. Para mais detalhes, vide CANOTILHO, 2002.

decisionista de Schmitt, a Constituição surge como uma decisão ampla sobre o modo e a forma da unidade política, subordinando o direito a esta, uma vez que todo o ordenamento infraconstitucional é condicionado por aquela “decisão política fundamental”. Tal conceito não poderia ser categorizado como histórico-universal, pois o decisionismo necessariamente pressupõe uma diferenciação funcional entre política e direito (este subalterno ao primeiro), o que não ocorre nas diversas civilizações históricas.

Tanto o conceito histórico-universal quanto o decisionista engendram algumas dificuldades analíticas. Este, por subordinar o direito à política, fecha as portas a uma compreensão mais sutil das relações sistêmicas, que problematizaremos adiante. Aquele, por ser espacial e temporalmente universais, englobando constituições tão díspares quanto as pré-modernas, absolutistas, autoritárias etc., não capta a “especificidade do sentido e da função da Constituição, como uma das poucas conquistas da civilização moderna” (NEVES, 2009, p.55), como fruto de um desenvolvimento estrutural intencional das sociedades modernas rumo a um projeto universal de cidadania, anunciado desde as primeiras revoluções burguesas. As análises histórico-universais estão por demais centradas no próprio Direito – a despeito das relações que este estabeleceria com a sociedade, com a política, com a cultura, com a moral, conforme o enfoque de cada autor – sem perceber que *o surgimento das constituições e do Direito modernos são frutos específicos de um movimento mais profundo e complexo, que envolve a própria emergência da sociedade moderna como um fato histórico-civilizatório particular do Ocidente*. A Constituição e o Direito surgem e institucionalizam-se, na modernidade, paralelamente ao surgimento e institucionalização de diversas outras estruturas e sistemas específicos. Portanto, o (neo)constitucionalismo não pode compreendido apenas com base no desenvolvimento autônomo do Direito (ainda que entendido em suas dimensões históricas e em relação a outras disciplinas, como fazem alguns autores), mas sim, conforme a abordagem sistêmica, *dentro de um contexto amplo de diferenciação estrutural das sociedades modernas*, num quadro histórico-civilizatório maior e mais complexo inaugurado pela própria modernidade.

Do ponto de vista da análise sistêmica, as transformações que resultaram, de uma *organização social hierarquizada* (pré-moderna) para uma *funcionalmente diferenciada* (moderna), com a plena diferenciação entre direito e política, relacionam-se

[...] com o surgimento da Constituição como uma construção da modernidade. A Constituição é o mecanismo que possibilita a diferenciação entre política e direito no âmbito dos Estados; trata-se, porém, de um mecanismo cujo desenvolvimento depende de amplos pressupostos sociais.

Sem um certo contexto social de diferenciação funcional e de inclusão social, não há lugar para a Constituição como mecanismo de autonomia recíproca entre direito e política. (NEVES, 2009, p.56)

Em outras palavras, o sistema jurídico moderno, que tem como núcleo axiológico os princípios e normas relacionados aos direitos fundamentais e humanos, só pôde surgir no momento em que os processos sociais de diferenciação, ao separar finalmente indivíduo e sociedade, exigiu a proteção, pelo direito autônomo, deste indivíduo em face desta nova sociedade que emergiu dos escombros dos antigos valores tradicionais. Da mesma forma, somente com uma política e direito autônomos, aptos a considerar igualmente as diversas concepções éticas, étnicas e religiosas de “vida boa”, é possível conceber a forma democrática de Estado como concretização de uma soberania popular universalista. Assim, a Constituição estatui a diferenciação entre política e direito – por isso é designada ora como “Carta Política”, ora como “Lei Fundamental” – , ao mesmo tempo em que articula e regula as relações entre ambos (acoplamento estrutural):

A Constituição, por um lado, torna o código-diferença lícito/ilícito relevante para o sistema político; isso implica que as exigências do Estado de direito e dos direitos fundamentais passam a constituir contornos estruturais da reprodução dos processos políticos de busca pelo poder e de tomada de decisões vinculantes, inclusive na medida em que decisões majoritárias democraticamente deliberadas podem ser declaradas inconstitucionais. Por outro lado, torna o código-diferença poder/não-poder ou, em termos contemporâneos, governo/oposição relevante para o sistema jurídico. Isso significa que o processo democrático de tomada de decisão política, no sentido da formação da maioria, passa a constituir variável estrutural da reprodução dos procedimentos jurídicos de solução e absorção de conflitos, inclusive na medida em que a produção de normas jurídicas legislativas fica dependente das decisões políticas deliberadas democraticamente e tomadas majoritariamente. (NEVES, 2009, p.57)

O acoplamento estrutural entre política e direito, representado pela Constituição, viabiliza mecanismos de mediação recíproca que controlam as ingerências indevidas de um sistema no outro, ao mesmo tempo em que fortifica sua autonomia operacional. Tal relação de interdependência, que jamais mescla tais sistemas, guardando a autonomia própria de cada um deles, cria um círculo de aprendizado interno, baseado nesta dupla relação entre direito e política, que ao mesmo tempo fecha o sistema jurídico a subordinações externas, como a religião e a moral (vide Direito natural) legitimadoras, ou àquelas exclusivamente internas (como na Teoria Pura do Direito). Assim, a Constituição permite um aprendizado constante do direito via a realização da política (ao reinserir o código “poder/não poder”, como segundo

código, no interior do sistema jurídico) e um aprendizado constante da política via a realização do direito (ao reinserir o código “lícito/ilícito”, como segundo código, no interior do sistema político), simultaneamente delimitando as fronteiras entre ambos os sistemas. Com isso, o direito permanece aberto à autodeterminação da vontade coletiva (política), e a política imuniza-se juridicamente das pressões e manipulações particularistas, resguardando assim sua autonomia. Desta forma,

Como acoplamento estrutural entre política e direito, (...) a Constituição do Estado Democrático de Direito institucionaliza tanto o procedimento eleitoral e a "divisão de poderes" quanto os direitos fundamentais. Aqueles configuram exigências primariamente políticas, estes, jurídicas. Trata-se, porém, de instituições inseparáveis na caracterização do Estado Democrático de Direito. Assim é que a eleição como procedimento político importa o voto como direito fundamental, a "divisão dos poderes", o controle jurídico da política mediante, sobretudo, as garantias fundamentais contra a ilegalidade do poder. (NEVES, 2008, p.102)

Portanto, os procedimentos eleitorais democráticos e a divisão de poderes permitem que os códigos particulares da política e do direito constituam um segundo código em cada qual dos sistemas diferenciados. Configura-se, assim, uma retroalimentação entre legislação e jurisdição: por um lado, a Constituição limita juridicamente o poder, tornando-o mais efetivo, posto que legítimo; por outro, vincula o direito às decisões políticas, resguardando seu poder normatizante.

Entretanto, este circuito retroalimentado entre os sistemas político e jurídico, azeitado ao longo dos desdobramentos históricos desencadeados pela modernidade e que culminaram na conformação atual do chamado “Estado Democrático de Direito” das nações do Atlântico Norte, não se realizou tão perfeitamente na denominada “modernidade periférica”¹⁰. Nas nações da periferia do sistema, a autonomização dos sistemas político e jurídico, e posterior acoplamento, não ocorreram plenamente segundo processos autopoiéticos. Nos países englobados sob a “modernidade periférica” – que inclui todo o continente latino-americano –, o direito jamais logrou plena autonomia em relação ao político, reproduzindo-se de modo *alopoiético*, com evidentes prejuízos para a formação de seus Estados Democráticos de Direito e constituições, frequentemente “de fachada”.

¹⁰ Este conceito foi originalmente tratado por Marcelo Neves no texto “A Crise do Estado: Da Modernidade Central à Modernidade Periférica – Anotações a partir do Pensamento Filosófico e Sociológico Alemão” in *Anais do 16º Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil*, vol 1, Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, Recife, 1991, p. 157-172.

2.3 Estado Democrático de Direito e modernidade periférica

O problema do Estado Democrático de Direito, na modernidade periférica, resulta, portanto, de uma delimitação imprecisa entre os sistemas político e jurídico autorreferenciados. Somado aos problemas da inserção do Estado contemporâneo numa sociedade globalizada e hipercomplexa, as imperfeições da reprodução autônoma dos sistemas jurídico e político, típicos desta modernidade periférica, minariam a Constituição como “acoplamento estrutural entre ambos sistemas e como intermediação sistêmico-procedimental da esfera pública pluralista.” (NEVES, 2008, p.232).

Esta questão requer uma breve digressão em torno de alguns referenciais teóricos. Para Luhmann, a modernidade se instaura quando os diversos subsistemas sociais, funcionalmente diferenciados, passam a reproduzir-se autonomamente (tornam-se *autopoieticos*), gerando a hipercomplexidade social da modernidade.

Ocorre que, segundo Neves, tanto a autonomização dos subsistemas (segundo o princípio da diferenciação funcional) quanto a constituição de uma esfera pública pluralista (universalista, pois baseada no procedimentalismo inclusivo das diferenças, via direitos) não se realizaram plenamente na modernidade periférica: nesta, a hipercomplexidade social e a superação da diferenciação hierárquica não geraram “a construção de sistemas sociais que, embora interpenetráveis e mesmo interferentes”, construíram-se “autonomamente em seu *topos* específico” (NEVES, 2008, p.238). Na modernidade periférica, portanto, não haveria um acoplamento estrutural entre direito e política conforme uma diferenciação autopoietica, e sim, uma interrelação assimétrica, com o código da política e da economia sobrepondo-se ao do direito. Trata-se, portanto, não de uma autopoiese autônoma entre direito e política, mas de uma *alopoiese*: oriunda etimologicamente do grego *alo* (“outro”, “diferente”) e *poiesis* (“produção”, “criação”), o termo refere-se à reprodução do sistema por critérios, programas e códigos externos, e não internos, autorreferenciados. Cada sistema é, assim, determinado por prescrições diretas do mundo exterior. Quanto ao sistema jurídico,

A determinação predominantemente alopoietica das estruturas (normas), elementos (ações), processos (conflitos) e identidades do Direito implica, na sociedade hipercomplexa atual, a insegurança destrutiva quanto à prática de solução de conflitos e à orientação das expectativas normativas. Desta forma se impossibilita, como se sucede no caso brasileiro, a generalização inclusiva do código lícito/ilícito e se promove a interferência direta (não codificada), particularista e bloqueadora dos mais diversos fatores sociais na reprodução do Direito, sobretudo a prescrição heteronomizante dos interesses econômicos e políticos concretos. (NEVES, 1996a, p.417)

Nas sociedades periféricas, dada a enorme desigualdade social que a permeia, a despeito de melhoras recentes, o código “ter/não ter”, frequentemente acompanhado pelo código “poder/não poder”, acaba exercendo uma tensão desestruturante sobre o código “lícito/ilícito” do direito, impedindo uma reprodução autônoma deste sistema. Daí decorre, como no Brasil, a coexistência paradoxal entre legalismo e impunidade, expressas pelo “jeitinho”, pelo patrimonialismo, e pelas diversas formas de clientelismo:

De fato, em decorrência dos grandes abismos de rendimento entre camadas sociais, o código econômico reproduz-se hipertroficadamente, implicando privilégios e “exclusões” ilegais. Porém, relacionado com essa hipertrofia (e, ao mesmo tempo, ineficiência social) da economia, mecanismos relacionais, familiares, referentes à amizade e ao poder privatizado sobrepedem-se difusamente ao direito, heteronomizando-lhe a reprodução operativa e corrompendo-lhe a autonomia sistêmica. Assim sendo, a legalidade como generalização igualitária de conteúdos jurídicos é deturpada no processo de concretização do direito. (NEVES, 2008, p.240)

Desta forma, o Estado Democrático de Direito periférico, quanto ao procedimentalismo jurisdicional e administrativo, sobretudo aquele de estrita execução da lei, invariavelmente é corrompido pela ingerência de critérios extrajurídicos em prejuízo da constitucionalidade e da legalidade, numa flagrante diluição das fronteiras do sistema jurídico pela lógica e interesse de outros sistemas, o que resultaria numa “permanente crise de identidade” do direito na periferia. Essa semelhança com a situação pré-moderna (direito submetido à política) permite afirmar que a modernidade periférica é, paradoxalmente, uma modernidade ainda incompleta num mundo já pós-moderno, globalizado. Ao contrário do que se costuma apontar na modernidade central – uma juridificação da sociedade – na modernidade periférica se observa justamente o contrário: uma colonização do direito pela sociedade, expressa não pela ausência de normas, mas sim pela ausência de *eficácia* das normas que justamente buscam obstruir a ingerência do poder e da economia no direito:

De fato, a emissão de textos constitucionais e legais no sentido da construção do Estado Democrático de Direito não resulta, na experiência dos países periféricos, em uma concretização normativa generalizada e relevante dentro dos parâmetros textuais. A concretização jurídica é violada por códigos e preferências os mais diversos. Sendo assim, os textos constitucionais e legais são degradados semanticamente por injunções particularistas e bloqueios de outros critérios sistêmicos, não se desenvolvendo no decorrer do processo concretizador suficiente força normativa nos termos textuais. (...) Portanto, o problema central não reside na produção de mais ou menos textos normativos, mas sim na superação das condições desjuridicizantes que determinam a colonização do direito pela sociedade. (NEVES, 2008, p.241)

Na modernidade periférica, a dissolução da moral convencional, pré-moderna, não se concretizou em uma moral universalista e impessoal, fundada na isonomia, tampouco gerou uma esfera pública genuinamente pluralista e autônoma, relacionada, na concepção habermasiana, à possibilidade de inclusão das diferenças através do livre e assegurado acesso aos procedimentos do Estado Democrático de Direito. Somente tais procedimentos garantem a manifestação de valores, interesses e discursos, oriundos da própria sociedade. As sociedades periféricas, contrariamente, apresentam forças inerentemente excludentes, principalmente pelos vieses econômico e cultural, o que bloqueia a constituição de uma esfera pública pluralista baseada na generalização institucional da cidadania. Conforme a interpretação deste problema dada pela teoria dos sistemas, o Estado Democrático de Direito vê-se constantemente obstado em seus potenciais, sobretudo pela interferência indevida do poder e da economia na esfera do direito, ao qual acrescentaríamos o poder da mídia, que faz as vezes, no Brasil, de uma esfera pública genuína – de fato, ainda em vias de construção.

Entretanto, o problema não se restringe à questão da ingerência do sistema econômico no sistema jurídico, acentuado pela inexistência de uma efetiva esfera pública participativa e inclusiva. O código econômico invade também os procedimentos eleitorais e legislativos, como observados nos casos de compra de votos de eleitores e parlamentares. Desta forma, o código “lícito/ilícito” não funciona eficientemente como segundo código da política. “Isso implica deficiente legitimação pelo procedimento. O que se impõe nesses contextos são 'apoios' particularistas como mecanismos supridores da falta de legitimação política do Estado como organização.” (NEVES, 2008, p.242)

Em suma, o grande problema da relação entre Direito e Estado, entre justiça e participação, na modernidade periférica, é a prevalência dos códigos “poder/não poder” e “ter/não ter”, respectivamente, da política e da economia, sobre o código “lícito/ilícito” do direito. Falta a este suficiente autonomia, nos Estados Democráticos de Direito periféricos, de modo a institucionalizar-se e generalizar seu código, fundamentais para fazer frente a essas influências externas. Dentro do esquema de acoplamento estrutural entre direito e poder, que está na base das constituições modernas, o código “lícito/ilícito” acaba por desempenhar uma função acessória. “A constitucionalidade e a legalidade são postas frequentemente de lado conforme a respectiva relação concreta de poder. [...] A concretização constitucional é deturpada sistematicamente pela pressão de conformações particulares de poder” (NEVES, 2008, p.243). A Constituição vê esvaziada sua capacida[e de mediar as tensões entre os sistemas político e jurídico, em claro detrimento deste último. Entretanto, a premência do

político não resulta necessariamente em maior autonomia sistêmica, uma vez que o enfraquecimento do código “lícito/ilícito” expõe o sistema político às já mencionadas ingerências particularistas da economia e da “politicagem”. É neste sentido que se pode falar num constitucionalismo simbólico na modernidade periférica, num Estado Democrático de Direito desnaturado e numa modernidade incompleta.

Esta análise, de certa forma, rebate o argumento de que os Estados periféricos são “Estados de controle”, inflacionados sobre a sociedade civil, em decorrência de um rígido legalismo e multiplicação de normas. Na realidade, a multiplicação de normas esbarra na sua ineficácia ou em seu esvaziamento nas diversas instâncias jurisdicionais, e o legalismo é comumente relativizado a depender em sobre quem sua “rigidez” recai. A grande questão é que este desbalanceamento, que poderia ser reequilibrado através de uma esfera pública crítica e participativa, não encontra nela apoio suficiente, pois o pressuposto desta esfera pública é precisamente a autonomia entre direito e política. Ademais, a esfera pública das nações periféricas, frequentemente obnubilada pela esfera pública “midiática”, não se mostra suficientemente engajada em questões universais de cidadania (a despeito de suas recentes conquistas), de modo a pressionar eticamente o sistema político ou mesmo atuar como ator social independente, papel este fundamental na consolidação histórica da modernidade central.

3 Desafios ao Neoconstitucionalismo no contexto brasileiro: entre o legalismo e a impunidade

A modernidade periférica é caracterizada, como visto, pela insuficiência de uma diferenciação funcional entre os diversos sistemas e pela inexistência de uma esfera pública consolidada, orientada para a universalização da cidadania. O caso brasileiro enquadra-se perfeitamente neste modelo de modernidade periférica.

Em geral, os textos que tratam do constitucionalismo no Brasil apontam um inegável aprofundamento do Estado Democrático de Direito na linha que perpassa as Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946 e 1988 (as de 1937 e 1964 foram francamente autoritárias). O texto da Constituição de 1988 é especialmente citado como um modelo de democracia cidadã por muitos juristas internacionais. De fato, a assunção de uma vocação “programática” tornou-a orientadora para uma série de conquistas democratizantes. Entretanto, quanto à concretização de suas normas, bem como a da legislação infraconstitucional delas decorrentes, o déficit é claro. Segundo a tese que aqui expomos, o cerne deste déficit institucional do direito (e seus efeitos sobre o Estado Democrático de Direito brasileiro) está, como já apontado, na falta de

autonomia (autopoiese) do sistema jurídico e na sua excessiva abertura em face dos códigos particulares da economia e do poder político. Adicionalmente, a prevalência do político sobre o jurídico gera efeitos deletérios sobre o primeiro, na medida em que o código “lícito/ilícito”, enfraquecido, não bloqueia as ingerências e pressões de cunho clientelistas oriundas do meio ambiente difuso da sociedade, solapando o caráter procedimental da Constituição de 1988. Em termos habermasianos, o direito seria instrumentalizado pelos meios “dinheiro” e “poder” às custas de sua indisponibilidade e imparcialidade. A ideia de “imparcialidade”, que pressupõe um direito autônomo e infenso a ingerências particularistas, é central para a concepção de um Estado Democrático de Direito pluralista, tal qual pretendido pela Constituição de 1988.

Em estreita conexão com os problemas apontados quanto à falta de autonomia e subordinação do sistema jurídico, Neves aponta o problema colateral das chamadas “relações de subintegração e sobreintegração” no sistema jurídico. Tais relações traduzem-se, para os subintegrados, na impossibilidade do exercício pleno dos direitos fundamentais e humanos declarados na Constituição, estando sujeitos, entretanto, a todos os deveres e restrições estatalmente impostos. “Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade.” (NEVES, 2008, p.248) Para estes, a parcela do texto constitucional referente aos “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “cidadania” jamais se realizam plenamente e, nesse sentido, pode-se falar que sua integração ao sistema jurídico em geral se dá “como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou autores” (NEVES, 2008, p.249), com o agravante de que as ofensas aos direitos fundamentais aos marginalizados muitas vezes se dá pela ação repressiva e abusiva do próprio Estado.

Já com os “sobreintegrados” ocorre o oposto: titulares plenos dos direitos, prerrogativas e poderes constitucionalmente assegurados, frequentemente são poupados dos rigores punitivos do Estado e dos deveres impostos. Mantém com o sistema jurídico uma relação predominantemente instrumental, estratégica, valendo-se dele conforme interesses pontuais: “Nesse contexto, o direito não se apresenta como horizonte do agir e do vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas antes como um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais” (NEVES, 2008, p.250). Enquanto o “subintegrado”, na prática, é um “excluído” dos direitos fartamente previstos na Constituição, os “sobreintegrados” são também “excluídos”, mas num sentido inverso, pois não se submetem as suas coerções e punições. Em suma, estão acima do direito. Assim, este cenário desnatura o papel da Constituição, num sentido luhmanniano, como acoplamento estrutural entre política

e direito, fundamental para a institucionalização de uma verdadeira esfera pública e de um circuito cogedor entre direito e democracia.

Portanto, o déficit de cidadania decorrente desta conformação do direito (e das Constituições), nas sociedades periféricas, se dá pelo desenvolvimento precário do princípio da igualdade. Tanto os subintegrados quanto os sobreintegrados são, como vimos, “excluídos”: os primeiros, negativamente, pois não têm acesso aos direitos, somente aos rigores da lei; os segundos, positivamente, pois têm acesso aos direitos e garantias, sem estarem sujeitos às responsabilidades do sistema jurídico. Tal quadro inviabiliza permanentemente a Constituição, como acoplamento estrutural entre política e direito, a servir como mecanismo político-jurídico de inclusão social, uma vez que a efetividade dos direitos e deveres fundamentais só se realiza quando ambos operam conjuntamente. No Brasil, este diagnóstico é bastante conhecido no paradoxo entre “legalismo” e “impunidade”. Pouco importa o fato de a Constituição prescrever uma série de direitos e garantias: na prática jurisdicional, muitas vezes tais direitos e garantias não se concretizam, ou se concretizam no caso de a outra parte ser alguém “sobreincluído”. Com relação a estes, frequentemente se observa que “ilícitos os mais diversos, principalmente na área criminal, não são seguidos das sanções preestabelecidas juridicamente”, permitindo aos sobreintegrados “orientar suas expectativas e conduzir suas ações contando com a grande probabilidade de que não serão punidos em caso de transgressões à ordem jurídica” (NEVES, 2008, p.255). No âmbito penal, muitas vezes a impunidade vem legalmente disfarçada de “garantismo”. O binômio legalismo-impunidade impossibilita a construção de uma esfera pública amplamente estruturada e disseminada em compromisso com os valores da cidadania, o que, por sua vez, impossibilita a realização plena do Estado Democrático de Direito no país. Enquanto nos países do Atlântico Norte o problema da relação entre esfera pública e sistema jurídico repousa na alta estruturação e autonomia deste último, frente às variadas demandas de uma sociedade pluralista, nas sociedades periféricas, incluindo o Brasil, o problema está na insuficiente estruturação e autonomização do sistema jurídico em face de um pluralismo que começa a emergir.

Neste contexto de uma legalidade apenas simbólica, no qual coexistem diversas aplicações do direito, conforme a quem se destina, ocorre “uma desconstitucionalização fática no processo concretizador do direito ou uma concretização jurídica desconstitucionalizante” (NEVES, 2008, p.256). Do texto constitucional, espera-se, no mínimo, universalização e equanimidade em sua concretização; na medida em que isso está ausente, a Constituição

torna-se carente de força normativa, portanto, mera fachada de um Estado Democrático de Direito que, pelas razões expostas, não é inteiramente “democrático”, tampouco “de direito”:

Os bloqueios à concretização normativa da Constituição atingem os procedimentos típicos do Estado Democrático de Direito: o eleitoral, mobilizador, das mais diversas forças políticas em luta pelo poder; o legislativo-parlamentar, construído pela discussão livre entre oposição e situação; o jurisdicional, baseado no *due process of law*; o político-administrativo, orientado por critérios de constitucionalidade e legalidade. [...] O Estado Democrático de Direito não se realiza pela simples declaração constitucional dos procedimentos legitimadores. A concretização constitucional deles é imprescindível, mas depende de um conjunto de variáveis complexas, sobretudo de fatores socioeconômicos e culturais que possam viabilizar a desprivatização do Estado e a superação das relações de subintegração e sobreintegração. (NEVES, 2008, p.257-8)

Caberia questionar, diante do exposto, se a recuperação de uma genuína “força normativa” da Constituição decorreria do enfrentamento, pela sociedade civil, via movimentos sociais, da espúria coexistência de legalismo e impunidade, de subintegrados e sobreintegrados (com o evidente risco destes movimentos serem engolidos pelo sistema, ou carecerem de universalidade, por conta de fragmentações), ou se a solução partiria do próprio sistema, por iniciativa dos poderes legislativo e judiciário. Em suma, a pergunta que está por trás deste dilema é: seria possível uma esfera pública e uma sociedade civil ativas e universalmente vocacionadas, ausentes os pressupostos básicos de um Estado Democrático de Direito? Ou seria necessário, antes, um Estado Democrático de Direito plenamente consolidado, para que seja possível uma esfera pública participativa de alto nível? As particularidades do Estado Democrático de Direito brasileiro, sob forte influência midiática, que no momento vê a ascensão da intolerância religiosa, de gênero, entre outras, em estreita associação com o poder político; a histórica coexistência de opulência e miséria, já banalizada na autoconsciência cultural de todo brasileiro (a despeito dos recentes avanços); a própria situação ambivalente da economia e da nação brasileiras no novo cenário global da modernidade-mundo; tudo isso torna mais complexa a análise e a busca de soluções para os problemas apontados. Um ponto de partida, entretanto, seria a simples assunção da persistente conexão entre legalidade e impunidade na história jurídico-política da nação e a desmitificação do caráter progressista de nossa “Constituição Cidadã”, muitas vezes encoberto pelas promessas de sua natureza eternamente “programática”.

4 Conclusão

O texto da Constituição de 1988 caracteriza o país como uma democracia social federal que nada deve aos modelos de Estado Democrático de Direito constituídos na Europa ocidental e na América do Norte. Seu principal problema reside na concretização de seu texto, o que a coloca sob o constante perigo de tornar-se uma Constituição simbólica, sem real força normativa. São vários pontos de tensão: a forte cultura clientelista, expressa seja pelo uso do aparato federal como meio de reprodução do poder central no nível local, seja pelos próprios vícios no cotidiano da Administração Pública. Frisamos também a persistência de disparidades econômicas e sociais, que engendram inúmeros obstáculos para a concretização de uma verdadeira cidadania inclusiva. Todas estas questões obstam o conteúdo programático da Constituição, especialmente aqueles voltados à instituição definitiva do *rule of law*, dos princípios fundamentais democráticos, e à inclusão econômica, social e cultural em um país marcado fortemente pela exclusão (HOTTINGER e NEVES, 2001, p.6-12).

De fato, o maior empecilho à concretização do modelo constitucional de um Estado Democrático de Direito pleno – sem dúvida, a grande questão do constitucionalismo contemporâneo –, que importa a real institucionalização do “império da lei” e a ampliação dos mecanismos de inclusão (democracia), é justamente a cultura e a própria realidade econômico-social excludentes do Brasil, que operam no sentido de perpetuar esta realidade.

A grande contribuição da teoria sistêmica de Luhmann, aprofundada por Marcelo Neves, no contexto do constitucionalismo brasileiro, é justamente a problematização da persistência de uma classe genérica de “excluídos”: os “sobreincluídos” e os “subincluídos”. Enquanto os primeiros gozam de todas as benesses sociais da democracia, estando ao mesmo tempo livres dos constrangimentos da lei, os últimos são vítimas de todos os rigores do legalismo, sem o devido acesso aos benefícios dos direitos fundamentais. Direitos plenos aos primeiros, deveres rígidos aos últimos; impunidade lado a lado ao legalismo – tal é a especificidade perniciosa da “exclusão” em nosso continente, pois se trata de uma exclusão que extrapola o aspecto econômico e social tradicionais, tornando impossível a concretização dos princípios da impessoalidade e da isonomia.

Esta realidade sistematicamente impede a formação de uma verdadeira esfera pública no país, indispensável para a instituição de um ciclo reprodutor da democracia baseado na legalidade estrita e na participação, com vistas à formação da vontade coletiva soberana e inclusiva. Sem este circuito, o “Estado Democrático” e o “Estado de Direito” não podem acoplar-se – tem-se, assim, um Estado Democrático de Direito de fachada, meramente

nominal, voltado para a realização de interesses particulares e valendo-se da Constituição como instrumento ideológico e elitista de legitimação.

A cultura legal dominante, ainda, é a cultura da ilegalidade. Direitos e deveres não têm a mesma incidência sobre todos os cidadãos. O problema não se resume apenas ao âmbito legal, pois envolve aspectos culturais historicamente sedimentados. A despeito dos recentes avanços da economia, que conseguiu tirar milhões de brasileiros da miséria absoluta, há um longo caminho a percorrer no sentido de tornar estes brasileiros incluídos não apenas no acesso ao crédito fácil dos bens de consumo, como tem ocorrido, mas à educação formal de qualidade e à prática cotidiana da cidadania. A formação de capital social não depende apenas do ganho de capital econômico. O mesmo raciocínio é válido para os sobreincluídos: embora gozem do acesso aos bens do mundo moderno e da cultura formal, recusam-se a aceitar a sujeição equânime às leis impessoais que devem reger os Estados democráticos.

Tais problemas se reportam, em grande medida, à questão da concretização da Constituição e à elaboração, pela própria sociedade, de uma nova forma de solidariedade social, baseada não no personalismo, mas no *rule of law*.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n.851, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Transformações do Direito Constitucional Contemporâneo. *Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE)*, n°9, Salvador, 2007.

BERMAN, Harold. *Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

BERTALANFFY, Karl Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Editora Vozes, 1975.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: EditorialTrotta, 2003

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1998.

HOTTINGER Julian Thomas; NEVES, Marcelo, (eds.). *Federalism, Rule of Law and Multiculturalism in Brazil*. Bâle, Genève, Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2001.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. Verfassung als Evolutionäre Errungenschaft. *Rechtshistorisches Journal* 9, Frankfurt am Main: Löwenklau, p. 176-220, 1990.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas: Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrete*. Petrópolis: Vozes, 2010.

MATURANA, Humberto R.; VARELLA, Francisco J.. *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1980.

NEVES, Marcelo. A Crise do Estado: Da Modernidade Central à Modernidade Periférica – Anotações a partir do Pensamento Filosófico e Sociológico Alemão in *Anais do 16º Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil*, vol 1, Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, Recife, pp. 157-172, 1991.

NEVES, Marcelo. De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho, in *Doxa Cuardenos de Filosofia Del Derecho*, vol. 19, Alicante, p. 403-420, 1996a

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo, Ed 37, 1996b.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos de Possibilidades, in SARMENTO, Daniel: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009