

Racionalidade dos Direitos Sociais sob a Óptica da Constituição Como Acoplamento Estrutural entre os Sistemas Jurídico e Político

Rationality Social Rights under the Aspect of the Constitution as Structural Coupling Between Legal and Political Systems

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA

Doutorando em Filosofia do Direito pela PUC/SP (2010), Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP (2007), Ex-Pesquisador Visitante na Università degli Studi di Lecce – Itália (2005).

Submissão: 09.06.2010

Parecer 1: 23.06.2010

Parecer 2: 23.06.2010

Decisão Editorial: 23.06.2010

RESUMO: O artigo analisa a racionalidade dos Direitos Sociais sob a óptica da Constituição Federal como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político. Utiliza-se da teoria dos sistemas, elaborada pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann. O subsistema do Direito opera com base no código binário direito/não direito; já o sistema político opera com base no código poder/não poder. A Constituição Federal age como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os mencionados sistemas sociais e promove uma solução jurídica à autorreferência do sistema político, ao mesmo tempo em que se fornece resposta política à autorreferência do sistema jurídico, garantindo a unidade dos sistemas ao impedir que cada qual rompa com sua operação fechada ao atuarem no âmbito dos Direitos Sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais; Constituição; acoplamento; sistemas.

ABSTRACT: The article examines the rationality of Social Rights under the view of Federal Constitution as structural coupling between the legal and political systems, is used in the Theory of Systems, prepared by the German sociologist Niklas Luhmann. The subsystem of law operates on the basis of binary code right/not right, because the political system operates on the basis of the code power/no power. The Federal Constitution acts as a mechanism for permanent interpenetration and concentrated among those mentioned social systems, and promotes a legal solution to self-reference of the political system at the same time that it provides political response to self-reference of the legal system, ensuring the unity of systems to prevent each which defy their operation closed to act within the ambit of Social Rights.

KEYWORDS: Social rights; Constitution; coupling; systems.

SUMÁRIO: Introdução; I – Constituição como acoplamento estrutural; II – Os direitos sociais à perspectiva dos dois sistemas (político e jurídico); Referências.

INTRODUÇÃO

1. O texto tem como mote principal o diálogo entre os sistemas político e jurídico mediante o acoplamento estrutural, proporcionado pela Constituição, e suas consequências na *racionalidade* dos Direitos Sociais sob o prisma dos dois sistemas parciais acima listados. A metodologia utilizada foi a teoria social, de Niklas Luhmann, também conhecida por teoria dos sistemas autopoieticos, cuja proposta conceitual liberta-se de um reducionismo simplista e do subjetivismo do jusnaturalismo. Para tanto, utilizou-se de coleta de dados bibliográficos extraída de fontes diretas (obras de autoria do Luhmann) e indiretas (comentadores); destas referências destacam-se os trabalhos de Celso Fernandes Campilongo e Marcelo Neves. Das bibliografias, outrossim, ressaltam-se os seguintes livros, ora da lavra de Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad* (Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002) e *Teoria della società* (11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003, em coautoria com Raffaele de Giorgi).

1.1. O artigo está dividido em dois itens. No primeiro, descreve-se a troca comunicativa entre os sistemas político e jurídico proporcionada pela Constituição, cujo título consiste: *Constituição como acoplamento estrutural*. No segundo, quase como uma aplicação dos conceitos desenvolvidos nos itens precedentes, apontam-se as racionalidades possíveis dos dois subsistemas no contexto dos Direitos Sociais.

I – CONSTITUIÇÃO COMO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL

2. A delimitação semântica de Constituição vem ao longo dos séculos sendo cunhada, apesar de na hodiernidade poder-se pensar em muitos pontos comuns à sua significação. Todavia, conforme a óptica utilizada pelo observador, seus confins, limites e contornos são, muitas vezes, heterogêneos, com a ressalva de que sempre se encontrarão resquícios da conquista da revolução liberal, mormente a francesa e a americana. Essa mudança paradigmática já pode, inclusive, ser observada nas traduções da obra de Aristóteles, cujo significado dado à Carta Magna foi contingente, principalmente quando estudada a tradução espanhola organizada por J. Marias e M. Araujo, em que se pode aferir que, no próprio texto original, há mais de um significado¹. É possível, dentro dessa diversidade conceitual, atribuir a ela a natureza de fator e produto da diferença funcional entre Política e Direito; nessa visão, como pontua Marcelo Neves, a Constituição é via de prestação recíproca, quer dizer, mão dupla de comunicações ininterruptas². O acopla-

1 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 57.

2 Idem, p. 65.

mento permite a constante (incessante) remessa de nova comunicação aos dois sistemas acoplados, *in casu*, político e jurídico; sempre, entretanto, a nova comunicação irá operar pela sua binariedade. A política emite, via Constituição, comunicação incessante ao Direito; todavia, o próprio subsistema do Direito transforma a irritação gerada pela nova comunicação na sua linguagem, ou seja, no seu código (lícito/ilícito). Nesse caso, a recíproca é verdadeira, e, por conta disso, o inverso também ocorre.

2.1. Nessa promíscua relação, o Direito independe e depende da política; operará fechado por meio de seu código. Por outro lado, é cognitivamente aberto às comunicações da política e reciprocamente o contrário no mesmo formato é cunhado. A Constituição como acoplamento garante a relação horizontal entre os sistemas jurídico e político; ao contrário da pré-modernidade, ora não se tem hierarquia entre os sistemas, e sim uma intensa troca de comunicações desprovida de supremacia de qualquer dos subsistemas. Irritações providas por ambos os lados, agressivamente e sem descanso³. Ao introduzir o acoplamento estrutural, Luhmann rompe a ideia de sistemas abertos (*input/output*); ora há comunicações constantes e assimétricas entre os subsistemas acoplados⁴.

3. As comunicações diferenciam-se por meio de sua binariedade. Formar-se-ão vários subsistemas, conhecidos ainda como sistemas parciais. Cada qual é caracterizado pela sua funcionalidade e por código próprio. Desses novos sistemas interessam ao momento o político e o jurídico. O primeiro é formado pela reiteração comunicativa poder/não poder, cujas seleções internas produzem comunicações próprias: leis, portarias, decretos, etc. Sua produção vincula a sociedade. Consequentemente, o sistema jurídico recebe valores já escolhidos, tendo que atuar com base neles, com escopo de garantir a manutenção das expectativas normativas⁵. Os sistemas parciais também estão abertos cognitivamente pelos chamados acoplamentos estruturais (Maturana utiliza tal nomenclatura). Exemplo típico é o cérebro ligado estruturalmente à vida das células cerebrais, interrompidas quando a vida cessa⁶. Não é possível

3 Idem, p. 69.

4 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 95.

5 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Governo representativo versus governo dos juízes: a "autopoiese" dos sistemas político e jurídico*. Belém: UFBA, 1998. p. 58.

6 LUHMANN, Niklas. *Economia e diritto problemi di collegamento strutturale*. Osservatorio "Giordano Dell'Amore". Milano: Cariplo, n. 6, 1989. p. 32.

um sistema autoprodutor que fique totalmente fechado. Pelo acoplamento estrutural encontra-se comunicação com os outros subsistemas:

*Los subsistemas, por consiguiente, desarrollan cierta sensibilidades: se sintonizan para resonar ante determinados eventos del entorno y con esto se produce lo que podríamos llamar una coordinación pragmática de intransparencias, entre subsistemas autopoiéticos, clausurados operacionalmente y acoplados estructuralmente a su entorno.*⁷

3.1. Em conseguinte, os subsistemas desenvolvem sensibilidade para resolver determinados eventos em torno do ambiente. Produzem-se, deste modo, coordenações pragmáticas de transparências entre os subsistemas autopoiéticos, clausurados operacionalmente e acoplados estruturalmente⁸⁻⁹.

3.2. O coligamento estrutural é chamado neste formato por representar ligações entre as estruturas do sistema. Pressupõe dois sistemas estáveis pela dinâmica. As estruturas próprias do sistema servem a um coligamento operativo; desta forma, há uma continuidade da *autopoiesis* do sistema de operação, garantindo-se, por isso, a estabilidade temporal do sistema, na medida em que se passa de uma a outra operação.

*Il concetto pressuppone dei sistemi, che ottengono la loro stabilità grazie alla propria dinamica. Le strutture proprie del sistema servono ad un collegamento operativo, ad una continuazione dell'autopoiesi del sistema da operazione ad operazione, quindi da momento a momento.*¹⁰⁻¹¹

4. Os sistemas parciais precisam comunicar-se para buscar uma adaptação ao novo ambiente por meio do acoplamento estrutural. A Carta Magna é o exemplo clássico de acoplamento estrutural. Ela promove, por essa razão, a referida ligação entre os sistemas jurídico e político. Funciona, nesse diapasão, como fator de exclusão e inclusão. Inclui novos valores e exclui outros anteriormente impostos ao Direito. Por outro lado, é tida como mecanismo de irritação do sistema por trazer nova comunicação¹². O siste-

7 MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 50.

8 LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 32.

9 SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma contingência e racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 92.

10 LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 32.

11 SCHUARTZ, Luis Fernando. Op. cit., p. 92.

12 MANSILLA, Darío Rodríguez. Op. cit., p. 51.

ma político observa a Constituição sob a sua óptica e, simultaneamente, o jurídico a vê à sua binariedade¹³.

4.1. A propriedade também é um acoplamento estrutural, contudo, do sistema parcial do Direito com a economia (ou vice-versa). É a base na qual a economia diferencia-se enquanto sistema. Processa-se por meio do seu código binário: ter/não ter. A propriedade, porém, não faz parte da comunicação do sistema jurídico. Não é possível resolver pendências jurídicas com a economia¹⁴. Enquanto a propriedade encontra-se como base das operações econômicas, o mesmo raciocínio não é válido para o sistema jurídico. Existem decisões judiciais que nada têm a ver com a propriedade. Imagine a eliminação da propriedade: no sistema econômico, isso seria o seu fim. Não se pode dizer o mesmo em relação ao sistema jurídico. Nele, a propriedade é um objeto (como tantos) enfrentado pelas suas decisões; desta forma, ela não se trata de comunicação diferenciada. Este raciocínio, promovidas as adaptações necessárias, pode ser aplicado aos contratos: o Direito, quando os processa, não atua segundo o pagamento ou não pagamento – ou mesmo na linguagem do preço. Opera por identificar se é válido ou não e em quais termos.

4.2. A Constituição Federal, o acoplamento estrutural (*strukturelle Kopplung*) entre os sistemas político e jurídico, age como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os mencionados sistemas sociais. Possibilita, com isso, a constante troca de influências recíprocas entre os subsistemas, filtrando-as. Ao mesmo tempo em que inclui, exclui. Por isto mesmo, promove uma solução jurídica à autorreferência do sistema político, ao mesmo tempo em que se fornece resposta política à autorreferência do sistema jurídico¹⁵. O acoplamento proporciona nova comunicação, cuja consequência é a irritação do sistema parcial acoplado. Este, por sua vez, responderá com nova comunicação, agora sob seu código binário, porém ela será influenciada pela comunicação levada ao interior do subsistema pelo acoplamento. Sob essa análise, a comunicação transmitida pelo acoplamento influencia a evolução do subsistema acoplado¹⁶⁻¹⁷.

13 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 108.

14 LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 35-36.

15 NEVES, Marcelo. *Entre têmis e leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 97-99.

16 LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003. p. 35-36.

17 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 35-36.

II – OS DIREITOS SOCIAIS À PERSPECTIVA DOS DOIS SISTEMAS (POLÍTICO E JURÍDICO)

5. A racionalidade, ou melhor, as racionalidades do sistema político e jurídico são completamente diversas. Por meio de uma metáfora, poder-se-ia afirmar que a primeira é o “vinho” e a segunda é a “água”. Vinho sim! Pode ter vários buquês (ideologias, sentidos de justiça), origina-se de diversas uvas (oriunda de inúmeras realidades sociais), muitos sabores (conforme a decisão da maioria). Água, porque é transparente (a decisão judicial é motivada), não tem cor (não escolhe lados, é cega, *vide* o símbolo da justiça) e o sabor é um só, o do Direito. Ambas são materializadas pelas respectivas comunicações. Pois bem. Uma opera por meio de governo/oposição, maioria/minoria, linguagem típica do processo democrático. A outra, pelo seu código: lícito/ilícito, tudo é transformado em comunicação específica, precisamente diferenciada. A decisão sistêmica como comunicação diferenciada. Mas o processo decisório diferenciado tem contornos *mui* diversos quando comparados os sistemas suprarreferidos.

5.1. O primeiro ponto para delimitar os confins da racionalidade em ambos os sistemas parciais retromencionados pode ser a comparação entre a função exercida pelos dois sistemas no sistema social global. O sistema político tem uma função mais abrangente que o jurídico, o que não significa maior importância ou hierarquia. São diversos em extensão, mas iguais em relevância sistêmica. Por isto, não há poder de um sobre o outro. A abrangência do sistema político diz respeito à função de decidir de forma vinculante à sociedade¹⁸. A sociedade complexa proporciona níveis ideológicos diversos e até mesmo completamente antagônicos. O choque de vontades é irrenunciável. Em um ambiente social democrático, uma gama considerável desses embates acaba concentrando-se nas Câmaras Legislativas. Aqui, os valores litigam e acabam sendo vencidos pelos critérios de governo/oposição ou mesmo maioria/minoria. Vota-se. Alguém ganha, outros perdem. O jogo democrático escolhe os valores que serão implementados coativamente no seio social. A escolha vinculará a todos.

5.2. O sistema parcial do Direito diferenciado pela comunicação binária também tem a sua peculiar função. Seu mister não pode ser o mesmo da política ou de outro subsistema. Não há razão de ser para isso! Ele garantirá a confiança da sociedade nos valores contemplados pelas normas jurídicas. A fé social na implementação da legalidade é realizada pelo Direito. Com a normatização do processo legislativo, surgem expectativas de concretização desses valores escolhidos pelo processo legislativo. Do que vale bens consagrados em normas e não efetivados? Norberto Bobbio fez

18 CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 104.

a seguinte afirmação: “[...] uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”. Acresce: “À medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil”¹⁹. Note: não há hierarquia, e sim delimitação de competências, materializadas na função. Enquanto, por isso, há programas finalísticos, teológicos; noutro fala-se em programas condicionais. Preencheu certa hipótese, surge a consequência/tese, ou seja, da ocorrência de determinado fato surge um direito e até mesmo uma sanção²⁰.

5.3. Posto isso tudo, conota-se: o processo decisório da política é diverso do jurídico, a começar pela relação que os sistemas parciais possuem com seus públicos – seus consumidores. Os filtros dessa relação são muito amplos na política; qualquer demanda pode ser pleiteada, desde que não se choque com o limite cognitivo imposto pela própria Constituição. Em sentido diverso, o jurídico proporciona um canal de comunicação com filtros mais rígidos. Neste momento se prescinde de caminhos e capacidade cognitiva muito reduzidos. A margem de discussão é outra, dito de outra forma, por exemplo:

[...] uma luta política, até o momento da decisão, é uma luta onde, em tese, ainda não existem vencidos, não existe um direito violado, existe uma disputa para a aprovação de uma decisão que vincule à coletividade [...]. Não se dá da mesma maneira no interior do sistema jurídico: quem se socorre do sistema jurídico – e, no interior do sistema jurídico, particularmente quem se socorre dos Tribunais – é porque se sente lesado no seu direito, ou seja, alguém já entra com uma reclamação, com uma lesão, com uma expectativa frustrada.²¹

5.4. Daí decorre a necessidade de o sistema jurídico decidir sempre. Em semântica inversa, o sistema político normalmente posterga a sua decisão e muitas vezes nem enfrenta determinada questão. É só observar que existem projetos legislativos há décadas encostados esperando votação. Muitos deles não virão, outros aguardam com parcimônia o jogo maioria/minoria, governo/oposição levá-los à frente, transformando-os em valor vinculante.

5.5. Essa postura dos suprarreferidos sistemas parciais é condição ao fechamento operativo dos subsistemas, os quais, inclusive, são desprovidos de contato direto com o ambiente. A auto-organização comunicativa

19 BOBBIO, Norberto, 1997, p. 63.

20 CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 105.

21 Idem, p. 105/106.

é condição irrenunciável. E a comunicação diferenciada é a própria responsável pela clausura operativa. Inversamente a isso, o subsistema não pode comunicar-se simplesmente com o entorno²². Isto não é possível, conquanto a Constituição – como acoplamento – permite que ingresse ao interior dos sistemas comunicação de forma controlada. Entra, nestes termos, nova comunicação, mas de forma organizada, para, nestes moldes, provocar o sistema sem romper com sua operação fechada. A essa perspectiva, o manancial teórico denominado “acoplamento estrutural” tem uma importância muito grande dentro da teoria dos sistemas, porquanto controla as contribuições do meio ao ambiente sistêmico; daí garante a manutenção da *autopoiesis* ao reduzir as relações do subsistema com o meio²³.

5.6. A aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto pelo Estado-juiz realizar-se-á à égide das premissas racionais acima desenvolvidas. Significa dizer: o sistema jurídico operará com base em sua binariedade: ilícito/lícito. Sua racionalidade é funcional-diferenciada. Pretende, então, garantir que as expectativas normativas sejam mantidas. Por sua reiteração comunicativa, continuar-se-á a acreditar na manutenção dos valores contemplados pela legislação. A zona de manobra é o código binário, isto é, utilizando-se de outra comunicação, o ato deixa de ser jurídico. Somente pertence ao sistema parcial do Direito o efetivado dentro da binariedade diferenciada sistêmica. O aplicador da norma, ao se deparar com um problema ligado aos Direitos Sociais, não possui poderes específicos para o respectivo mister. Deve proceder nos mesmos termos que os demais assuntos ou ramos do Direito. Seu agir é bem limitado ao respectivo código. Dito de outro modo, a operação comunicacional partirá das normas criadas pelo sistema político (leis); entretanto, o ato de aplicá-las, ou mesmo de interpretá-las, dependerá do aplicador e/ou intérprete, doravante com base em novas escolhas. Em sendo assim, se o sistema emitiu comunicação com fulcro em outro código, ele romper-se-á. E tal comunicação não será lida como pertencente ao seu subsistema e a reiteração levará à formação de nosso sistema parcial, caso já não exista, obviamente. O desprestígio ao código leva à quebra da unidade do Direito.

22 LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 505.

23 LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 23-55.

REFERÊNCIAS

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- _____. *Governo representativo versus governo dos juízes: a “autopoiese” dos sistemas político e jurídico*. Belém: UFBA, 1998.
- _____. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- _____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- LIMA, Fernando Rister de Sousa. Uma abordagem ético-sistêmica sobre a constituição. In: *20 anos da Constituição Federal*. Birigui: Boreau, v. 1, 2008.
- _____. *Sociologia do direito*. Curitiba: Juruá, 2009.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- _____. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2005.
- _____. *Economia e diritto problemi di collegamento strutturale*. Osservatorio “Giordano Dell’ Amore”. Milano: Cariplo, n. 6, 1989.
- _____. *Introducción a la teoría de sistemas*. Versão espanhola Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Ibero Americana, 1996.
- _____. *La differenziazione del diritto*. A cura di Raffaele De Giorgi. Milano: Mulino, 1990.
- _____. *Sistemi sociali*. Trad. Alberto Febbrajo; Reinhardt Schmidt. Bolonha: Mulino, 1990.
- _____. *Sociologia del diritto*. A cura di Alberto Febbrajo. Roma: Laterza, 1977.
- _____. *Sociologia do direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, v. 1, 1983.
- _____. *Sociologia do direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, v. 2, 1985.
- _____; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003.
- MANSILLA, Darío Rodrigéz. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- NEVES, Marcelo. *Entre têmis e leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma contingência e racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.