

## A CONSTITUIÇÃO PARA KELSEN E LUHMANN

LEONARDO AVELINO DUARTE<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. OBJETIVOS. 2. INTRODUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA PURA DO DIREITO. 3. A TEORIA PURA DO DIREITO. 4. INTRODUÇÃO HISTÓRICA À TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN. 5. A TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN. 6. A CONSTITUIÇÃO PARA HANS KELSEN. 7. A CONSTITUIÇÃO PARA NIKLAS LUHAMNN. 8. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** o objetivo deste artigo consiste em analisar, sob a perspectiva da teoria kelseniana e luhmanniana, as linhas gerais da Teoria Pura do Direito e da Teoria dos Sistemas. A Constituição, para os dois dos maiores pensadores do Direito, é a norma superior do ordenamento jurídico e determinará o método de produção das demais normas jurídicas, com isso iniciando o ordenamento. Dado que o Direito tem que respeitar o processo de manufatura estabelecido pela Constituição, está possuirá uma referencialidade em relação a todo o ordenamento. Portanto, através das Constituições podem a sociedades modernas estabilizar as relações entre o direito positivo e a política.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Kelsen. Luhmann.

## THE CONSTITUTION FOR KELSEN AND LUHMANN

**ABSTRACT:** the purpose of this article is to analyze, from the perspective of kelsenian and luhmannian theory, the general lines of the Pure Theory of Law

---

<sup>1</sup> Advogado. Professor Universitário em Campo Grande – MS. Mestre e Doutor pela FADISP – SP

and the Theory of Systems. The Constitution, for the two greatest thinkers of Law, is the superior norm of the legal system and will determine the method of production of the other legal norms, thus initiating the legal system. Since the legal norms have to respect the manufacturing process established by the constitutional norms, the constitution will have a referential in relation to the entire legal system. Therefore, through the Constitutions, modern societies can stabilize the relationship between positive law and politics.

**KEYWORDS:** Constitution. Kelsen. Luhmann.

## **1 OBJETIVOS**

Chama-nos a atenção particular o papel da Constituição para dois dos maiores pensadores do direito. Hans Kelsen e Niklas Luhmann. No contato com a teoria kelseniana e luhmanniana, procuramos, primeiramente, explicitar as linhas gerais da Teoria Pura do Direito e da Teoria dos Sistemas, para, então, esboçarmos o crucial papel que a Constituição tem para ambos. As conclusões constantes do final do artigo são bem a síntese dos assuntos que aqui procuramos refletir. Também, até para não tornar a leitura do artigo maçante, abstermo-nos de lançar quaisquer citações, registrando tão somente o que entendemos da leitura da obra de Kelsen e Luhmann. Isto tudo ainda com a observância à unidade de sentido e a coerência da linguagem, que deve ser a característica do discurso científico.

Vejamos então, a noção de Constituição, para estes dois grandes pensadores.

## **2 INTRODUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA PURA DO DIREITO**

Durante o século XX, a Teoria Geral do Direito tentou responder várias perguntas sobre o seu objeto de estudo. Eram velhas perguntas. O que seria o Direito?; Seria o Direito uma ciência?; O que distinguiria o Direito de outras ciências?; Por fim, comporia o Direito um sistema com unidade e coerência (o que levaria a outra questão, então, sobre o conceito de sistema)?

Essas perguntas se originavam diretamente da crise que vivia a ciência jurídica no final do século XIX e no começo do século XX. Naquele momento, parecia que o Direito sucumbiria ao predomínio de outras áreas do conhecimento, não porque não fosse importante, mas sim, porque inexistiam meios de se estudá-lo por meio de uma metodologia que se pudesse arrogar ser predominantemente jurídica, e não econômica ou sociológica.

Foi nessas circunstâncias que o aparecimento da *Teoria Pura do Direito*, do jusfilósofo austríaco Hans Kelsen, revolucionou a maneira de pensar e de refletir o Direito. Neste ponto ele se destaca, sobranceiro, na verdadeira revolução metodológica que produziu ao construir a sua teoria. Mesmo aqueles que o criticam, que não são poucos, já denunciam a sua importância ao dedicarem tanto esforço para demover a sua construção teórica.

Kelsen representou, assim, nas décadas de 20 e 30, o avanço na teoria do Direito. E sua principal inovação, repita-se, foi principalmente no campo metodológico, no campo da investigação do fenômeno jurídico. Kelsen propõe um modelo teórico que atribui ao direito um elevadíssimo grau de autonomia, protegendo-o de ser colonizado por outras ciências, livrando-o da crise que parecia invencível ao final do século.

Sua obra, a "Teoria Pura do Direito", é uma tentativa de separar da Ciência do Direito toda e qualquer ideologia de natureza política, sociológica, psicológica, ética e econômica, bem como outros elementos de ciência natural, para se ater, tão somente, no estudo do seu objeto, no caso, as normas jurídicas. Ao fazê-lo, quer Kelsen atingir o ideal de toda a ciência, objetividade e exatidão.

Sublinhe-se, para que não sobeje dúvidas sobre o que queremos significar, que o grande objetivo de Kelsen era a construção de uma teoria que

possibilitasse estudar o direito sem o auxílio de instrumentos típicos de qualquer outra ciência. De fato, ao ser formulada a teoria, nos fins do séc. XIX, o Direito era estudado acriteriosamente, sendo descrito e aplicado com o instrumental das ciências políticas, econômicas e sociológicas.

Compreendido então o principal objetivo da Teoria Pura, pergunta-se, como ela surgiu? Ao contrário do que muitos pensam, a Teoria Pura do Direito é o resultado lento da evolução jurídica da época, que, através da constante reflexão de Hans Kelsen, ganhou contornos finais. Ele mesmo afirma que a sua *Teoria Pura do Direito* é o resultado do desdobramento do positivismo jurídico da época.

O primeiro esboço da teoria se encontra no livro *Hauptproblemen der Staatsrechtlehre*, de 1911. Interessante notar que, entre a primeira edição do livro, entre as guerras mundiais, e a segunda edição, lançada após a segunda guerra, existe uma diferença fundamental, no sentido de que a edição última procura também de resolver os problemas mais importantes de uma Teoria Geral do Direito, como, por exemplo, uma teoria do ordenamento jurídico.

### **3 A TEORIA PURA DO DIREITO**

Ora, para desenvolver uma teoria “pura”, que não utilize elementos de outras ciências, Kelsen precisa escolher um objeto que, segundo afirma, exclui a possibilidade de se aleijar a Ciência Jurídica através de ideologias que, mais uma vez segundo ele, todos nós possuímos. Esse objeto será a norma jurídica. A norma dirá como é o direito, nada mais. Tudo o resto, que não pode ser classificado como Direito, deve ser excluído do seu estudo. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

Não que Kelsen negue a conexão entre o Direito e outros ramos do conhecimento. Ao contrário, admite expressamente a sua existência, procurando apenas evitar um desnecessário e pernicioso sincretismo metodológico.

Porém, repita-se uma vez mais em benefício da clareza, Kelsen quer estudar o Direito apenas tendo como referencial a norma. Em outras palavras, a Teoria Pura do Direito é uma metalinguagem (observação de quem está de fora do direito; reflexão de segundo grau) sobre o Direito, este compreendido, como veremos, como o conjunto de normas estatais de determinado ordenamento positivo.

Mas o que seria norma para Kelsen? A definição é fundamental, porque, de fato, se tomarmos a norma enquanto proposição destinada a regular a conduta humana, poderíamos identificar direito ali mesmo onde há religião ou moral, frustrando, assim, os objetivos a que se propõe a “teoria pura”. Essa norma, para ser útil ao cientista do direito, teria que ser uma norma “jurídica”, isto é, pertencente ao “mundo” (ordenamento) jurídico, e não àqueles outros domínios da moral ou religião. A norma jurídica, por sua vez, é aquela produzida por intermédio de outra norma jurídica, e assim sucessivamente, até chegarmos à norma Hipotética Fundamental.

Poderíamos corretamente imaginar, por outro lado, que seria uma norma que daria a um episódio fenomênico (deliberação parlamentar, por exemplo), o significado de um ato jurídico – ou antijurídico. Esta norma, por sua vez, seria produzida também por uma outra norma, que daria a ela um significado jurídico.

Com este raciocínio, abrem-se novas possibilidades para a explicação do fenômeno jurídico. A norma tornaria o fato externo, o fato da natureza, em fato jurídico. Sucintamente: a descrição do evento da natureza não será, por si só, relevante para o direito, desde que exista uma norma que, coincidente entre a hipótese nela prevista e o fato da natureza, torne o fato jurídico. Mais do que isso, a essa norma, que daria um significado jurídico do fenômeno natural, extrairia também o seu significado, duma outra norma jurídica.

Compreendido então o conceito de norma jurídica, e como ela empresta à realidade uma significação jurídica, Kelsen consegue formular respostas para outras indagações que eram formuladas pela Teoria Geral do Direito, como, por exemplo, a unidade do Direito. O problema fundamental para a resposta desta questão seria indicar, distinguir, o objeto do direito. Como as normas dão

validade uma as outras, Kelsen diz que a unidade do direito reside na pirâmide normativa. Partindo de normas individuais e concretas vai-se extrair sua validade de normas gerais e abstratas, que obteriam, por sua vez, a sua validade de uma norma superior, e estas, por seu turno, procurariam tirar a sua validade de uma outra norma, a que Kelsen dá o nome de Norma Hipotética Fundamental. Percebe-se, desde já, que a norma hipotética fundamental seria pensada, pressuposta, uma exigência lógica imprescindível para a construção da teoria jurídica.

Não nos deve causar estranheza a Norma Hipotética Fundamental. A presença de um postulado, de um axioma, como ponto de partida inquestionável da ciência, é fato normal. Tome-se como exemplo a Geometria. O que pode causar perplexidade é a afirmação do autor de que ela é pressuposta. E não poderia deixar de sê-lo, visto que se as normas extraem sua validade uma das outras, as normas que ocupassem o mais alto ponto da pirâmide normativa também teriam que retirar o seu fundamento de validade de alguma outra norma. Para Kelsen, o fato da Norma Hipotética Fundamental não ser posta não é problema, já que algumas normas são frutos da lógica, existem porque decorrem do sistema, sem serem queridas, desejadas. Ademais, se a Norma Hipotética Fundamental fosse posta, ao invés de pressuposta, seria imprescindível a existência de uma norma ainda superior, que lhe desse fundamento de validade.

Abra-se aqui, entretanto, um parênteses para explicarmos a diferença entre ser e dever-ser. A norma, enquanto vontade do legislador, pertenceria ao mundo do “ser”, já que, inicialmente, o ato de vontade que a instaura situar-se-ia na ordem do ser. Por outro lado, a obediência ou não desta norma mostrará que a ação por ela determinada existirá no mundo do “dever-ser”. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade que a ela constitui é um ser.

Uma palavra a mais: A norma jurídica é ato de vontade humana, arbitrária e mutável ao longo do tempo (vê-se assim, o caráter positivista presente na obra kelseniana). Ela (a norma) visa a dirigir a conduta humana, através dos modais deônticos obrigatório, proibido e permitido. As normas são objeto da Ciência do Direito justamente porque elas que dão aos fatos naturais e às outras normas o

caráter de atos jurídicos ou anti-jurídicos, com a finalidade de regular a conduta humana.

Como o papel das normas é o de regular a conduta humana, o objetivo precípua do Direito será, também, para a teoria kelseniana, o de disciplinar as condutas humanas.

Uma vez esclarecido o sentido da norma jurídica e do sistema normativo para Kelsen, resta, agora, meditar sobre o lugar da sanção dentro da teoria kelseniana. E ela teria um papel fundamental, pois seria responsável pelo caráter prescritivo nas normas e do sistema jurídico em geral. É a partir da sanção que qualificamos as condutas como ilícitas, e, por exclusão lógica, identificamos as condutas devidas. O caráter prescritivo do Direito tem uma finalidade mais ou menos definida, qual seja, a de reagir contra situações consideradas indesejáveis num determinado contexto social. Por isso, graças às sanções, afirma-se que o Direito é uma ordem coativa, estabelecendo-se uma relação entre Direito e a força.

#### **4 INTRODUÇÃO HISTÓRIA À TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN**

Talvez mais inovador do que Hans Kelsen, o sociólogo Niklas Luhmann, na segunda metade do século XX, não se satisfazia com as teorias e descrições, até então existentes, a respeito da sociedade.

Intrigado, procurou, pouco a pouco, construir uma teoria que satisfizesse sua aguda insatisfação. Ele se ampara, para tanto, em Weber, Durkheim e principalmente em Parsons, para depois, tipicamente, graças ao seu temperamento verdadeiramente genuíno e inovador, discordar de todos eles.

#### **5 A TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN**

Luhmann principia a sua construção teórica afirmando que a sociedade é uma grande malha de comunicação. Mais do que isso, a sociedade moderna tem como registro o alto grau de complexidade, que será, para ele, sinônimo de alto grau de possibilidades de comunicação. É dizer, a comunicação tanto é mais complexa quanto é mais evoluída a sociedade. Para que a comunicação, assim, seja dada com sucesso, é preciso que seja altamente especializada, de outra maneira, não operará (ocorrerá) com sucesso, já que não vai introduzir diferenças na sociedade (esclareça-se, aqui, que a comunicação seria a introdução de diferenças, experiências, na sociedade, sendo que o move a comunicação, verdadeiramente, seriam as experiências, as diferenças).

Neste contexto, o Direito seria um sistema inserido na sociedade, que se diferenciaria dos demais através da utilização de um código comunicacional: lícito-ilícito. Na teoria dos sistemas, de Luhmann, cada sistema se distinguiria dos demais através da existência de um código comunicacional específico. O do Direito seria justamente o binômio lícito-ilícito.

Mais do que isso, para Luhmann, o Direito e os outros sistemas sociais seriam sistemas *autopoieticos*, isto é, que se auto-reproduziriam. A teoria da *autopoiese* vêm-nos inicialmente de Maturana e Varela, dois biólogos chilenos, e significa inicialmente que o respectivo sistema é constituído pelos próprios componentes que ele constrói. Luhmann adaptou o conceito para as ciências sociais, afirmando que nestas, o caráter autopoietico se dá quando elas se referem simultaneamente a si mesmos (reflexão) e ao seu meio ambiente (para fora). O seu fechamento operacional não seria prejudicado com este último, já que sentido só se relacionaria com sentido, e só poderia ser alterado através do mesmo. Isto é, para os sistemas sociais, o que vêm do meio-ambiente e o que lhe é de interesse seria digitalizado no seu código específico, permitindo-se a sua utilização sob os critérios do próprio sistema. Cumpre ressaltar, portanto, que a diferença entre sistema e meio-ambiente permite a introdução da noção de fechamento operacional *com* o meio ambiente, de maneira tal que a circularidade da autopoiese pode ser suspensa com a referência ao meio-ambiente. Cremos logo adiante poder clarear o que aqui se quis afirmar.

Em relação com os sistemas atuariam os mais diversos tipos de interferência (ruídos) provindos do meio-ambiente, mas estes só seriam inseridos no mesmo quando fizessem para ele sentido, ou seja, quando o sistema, de acordo com seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes forma. Assim, poderíamos dizer que a *autopoiese*, no sentido Luhmanianno, seria a auto-referência dos sistemas, ou quando o sistema mesmo constitui, como parte de si, os elementos de que é composto, através do seu processo de seleção.

A diferenciação, portanto, para Luhmann, do Direito na sociedade moderna, está no código-diferença “lícito-ilícito”. A diferenciação entre “lícito e ilícito” se daria exclusivamente através do sistema jurídico. Graças a esse código, o Direito constituiria um sistema operacionalmente fechado, e cognitivamente aberto, na medida em que o binômio “lícito-ilícito” serviria à autopoiese do sistema, a sua diferenciação do meio ambiente. Já a qualidade cognitiva serviria à concordância do processo autopoietico com o meio ambiente do sistema. Explicamos. Ao mesmo tempo em que o Direito é auto-referente quanto aos seus conceitos, ele absorve elementos de seu interesse no meio-ambiente, traduzindo-os e digitalizando-os através de seu código “lícito-ilícito”, sem ser por esses elementos influenciado ou destruído.

Infere-se, daí, interessantes conclusões. O Direito não seria determinado imediatamente por interesses econômicos, políticos ou éticos, para tanto, ele dependeria de processos seletivos para a filtragem conceitual no interior do sistema jurídico. Essa dimensão cognitivamente aberta do Direito positivo possibilita que ele se altere para adaptar-se ao meio-ambiente, um meio-ambiente em constante mutação.

Para Luhmann, a unidade do sistema jurídico está toda no ordenamento. Reside no fato de que o ordenamento jurídico seria linguagem, sendo esta especializada. O que moveria a comunicação seriam as diferenças. Quando a distinção que estiver por trás da comunicação for o código lícito/ilícito, legal/ilegal, estaríamos diante de uma comunicação jurídica.

Releve-se, mais uma vez, que para Luhmann o Direito seria então uma comunicação especializada. Mas qual o propósito? Se o Direito possuía um código especializado, certo é que possuiria uma função, já que, numa sociedade altamente complexa, cada sistema - dotado de um código especializado – possuiria uma função. Desta maneira, a função do direito, na linguagem luhmaniana, a de “generalização congruente das expectativas normativas”.

O que quer dizer isto acima? Em palavras simples, que o direito viabilizaria escolhas, decisões, permitindo a convivência com situações cada vez mais complexas. A precisa e importante função do direito estaria em garantir expectativas de comunicação normativas, sem limitar as possibilidades de comunicação. Porém, nem todas as expectativas seriam expectativas normativas, ou seja, sujeitas ao Direito. Expectativas cognitivas, por exemplo, que são dispostas ao aprendizado, à adaptação, não interessam para o Direito. Se convertem diante dos fatos. São sempre contingentes para o Direito (não há como ter certeza delas).

Existem expectativas, por outro lado, que não são contingentes. É a expectativa normativa, que resiste aos fatos. O Direito sempre lida com essas expectativas, muito embora nem todas as expectativas normativas sejam Direito. O Direito está sempre envolvido com uma questão de natureza temporal. Assim, uma expectativa normativa resistiria ao longo do tempo.

Cabe-nos ainda pronunciar algumas palavras acerca do “centro” e da “periferia” dos sistemas autopoieticos. Em sendo o Direito um sistema autopoietico, possuiria, para Luhmann, um centro e uma periferia. O centro trabalharia apenas com o código “lícito-ilícito”, enquanto a periferia, conquanto ainda se encontrasse no sistema do Direito, estaria ainda sujeito à influência do meio-ambiente, e, por consequência, à outros códigos que não o lícito-ilícito. A periferia se situaria, por assim dizer, naquela área em que o direito absolve elementos do seu meio-ambiente.

Ora, pelo fato do Judiciário operar – ou dever operar, melhor dizendo – unicamente com o código do próprio sistema jurídico, coloca-o Luhmann no centro do sistema jurídico. Tudo mais, inclusive o Legislativo, se situaria na

periferia do sistema jurídico, bem ali na fronteira com o sistema Político. Em outras palavras, operaria o Judiciário numa forma auto-referencial, somente com elementos do sistema jurídico. Muito embora também faça uso de elementos da economia, da política e da moral, quando eles são usados pelo Judiciário para fundamentar decisões, utilizando-se o código lícito/ilícito, transformam-se em elementos do sistema do Direito.

Neste processo, destaca-se a doutrina ao fornecer elementos que auxiliem a transformação de elementos de outros sistemas para elementos do sistema jurídico. A doutrina é de sobremaneira importante, já que é o mecanismo de “auto-observação” do sistema jurídico (se observam os sistemas sociais não de fora, como os sistemas biológicos, mas sim, como se tratam de processos de comunicação, de dentro) fornecendo subsídios para diferenciar-se o sistema jurídico dos outros sistemas sociais.

## **6 – A CONSTITUIÇÃO NA VISÃO DE HANS KELSEN**

Já afirmamos anteriormente, que, para Kelsen, o Direito se organizaria de uma forma escalonada, onde uma norma procuraria o seu fundamento de validade na norma superior, até a norma hipotética fundamental. Pois bem, para a Teoria Pura, então, o Direito possuiria uma relação *hierarquizada*, sendo superior a norma que empresta fundamento de validade a outrem.

Daí já podemos auferir a noção de hierarquia para Kelsen, que seria a capacidade de determinada norma de determinar a validade de outra. Disto já se pode vislumbrar a famosa pirâmide Kelseniana, onde, no topo, viriam as normas de maior hierarquia – A Constituição - logo seguidas pelas leis, e após, pelos regulamentos, atos administrativos e as sentenças, dando fundamento à Constituição, mas fora da pirâmide normativa, logo acima dela, a Norma Hipotética Fundamental.

Veja-se que para a teoria Kelseniana, a importância da Constituição reside na superioridade hierárquica em relação às demais normas que constam no ordenamento jurídico. A Norma Hipotética Fundamental, por possuir aspecto meta-jurídico (podendo ser explicada no campo da política, da sociologia), deixaria nas mãos da Constituição a obrigatoriedade de iniciar o ordenamento jurídico.

De fato, ao iniciar a ordem jurídica se põe a Constituição como fundamento de validade de todas as demais regras de Direito, sendo, por consequência, as normas constitucionais normas primárias, fundamentais e referentes, no sentido que todo o restante do ordenamento jurídico, para ser válido, deverá observar e respeitar. Essa obrigação que possuirão todas as normas, de respeitar suas congêneres do escalão superior, acabará, por sua vez, respondendo perguntas como, por exemplo, a coerência do sistema jurídico e a sua unidade. Realmente, se desrespeitar, uma norma inferior, a Constituição, violando-a no que ela predispõe sobre o seu processo de criação, então se imporá a declaração de invalidade.

Anote-se ainda, também, que enquanto referência obrigatória de todo o sistema jurídico, poderá determinar a Constituição, mormente nas Cartas modernas, não só o processo de criação de outra norma jurídica, mas também, em certa medida, o seu próprio conteúdo, já que a norma inferior não poderá ir adversamente ao que rege a superior, sob pena do ordenamento prever comportamentos distintos. Daí se depreende que a referencialidade que possuirá a Constituição em relação ao ordenamento será também, forçosamente, semântica.

Dado, assim, que a Constituição funda toda a ordem jurídica estatal, pondo-se como suporte de validade de todas as regras jurídicas duma comunidade, e em face à circunstância de que todos os demais atos normativos devem com ela estar em conformidade, decorre a particularidade de que a Constituição irá propiciar ao sistema normativo uma indiscutível unidade, tanto no aspecto sintático (forma e criação do Direito, correlação das normas entre si) quanto no aspecto semântico (uniformidade em não-contradição de todo ordenamento com o discurso constitucional).

Além disto, vê-se hoje que a Constituição também determina – e este, afinal de contas, na visão kelseniana, é o papel do Direito – o seguir de certas condutas. Em outras palavras, a Constituição, além de disciplinar os meios de manufatura do Direito, também regularia condutas, embora não seja este o seu papel principal. Atento a esta circunstância, Hans Kelsen introduz a diferença entre um “sistema estático” e um “sistema dinâmico” na ordem jurídica, onde no primeira se teriam “normas regulando condutas”, e no outro “condutas produzindo normas”.

O basilar, entretanto, na visão Kelseniana, sobre a Constituição, é que, enquanto lei superior, vinculada apenas à Norma Hipotética Fundamental, ela determinaria o método de produção das demais normas jurídicas. Daí, o conceito de constituição em sentido material para Kelsen, que seria composta pelas normas que regram a feitura das demais normas.

Entretanto, hodiernamente, quase todas as Constituições possuem também normas que regulam diretamente condutas, e não normas que apenas disciplinam o poder ou os métodos de produção de normas. Por isso, hoje quase sempre se usa o aspecto formal (superioridade da norma constitucional) para se identificar os corpos constitucionais. Por meio deste critério, as normas passam a ser consideradas constitucionais não tanto em função de seu conteúdo mas sim tendo em vista a sua incorporação em um corpo normativo considerado superior, tanto em virtude pela força deste em regular a forma e impor limites de conteúdo das normas inferiores, e também por força da dificuldade para promover-se a modificação das normas constitucionais, distinguindo-se, assim, das demais leis.

Por fim, sublinhe-se em conclusão sobre tudo o que escrevemos acima, o importante papel da Constituição para Hans Kelsen. Decorre da sua construção teórica, o crucial papel daquelas normas que determinariam a forma de produção do Direito, para a coerência e harmonia do sistema daí gerado. Não é preciso muito meditar para perceber-se que é graças a obediência das normas de produção que poderá responder-se a antigas perguntas da Teoria Geral do Direito, tais como o que é Direito, a unidade do ordenamento, se ele deve ser coerente ou não. Além disto, tem-se que somente através do cumprimento das

regras de produção jurídica pré-estabelecidas por aquelas normas do topo do ordenamento (Constituição) - que determinariam afinal não só o meio de manufatura do Direito, mas também, que imporiam limites de conteúdo ao resto das normas - é que poderá o Direito, afinal, diferenciar-se de outros meios de regulação da conduta humana (moral, política) e atingir plenamente o seu fim, disciplinando as condutas humanas e solucionando os litígios entre os homens, conclusão esta, aliás, bastante semelhante à que chegou, por outros caminhos, Luhmann.

## **7 A CONSTITUIÇÃO PARA NIKLAS LUHMANN**

Quanto à teoria luhmanniana, é fácil perceber que, para que o Direito venha a constituir-se verdadeiramente em um sistema *autopoético*, independente de outras áreas, ele precisaria, forçosamente, de um meio através do qual pudesse determinar o que seria Direito/não-Direito ou o que seria lícito/ilícito. Portanto, necessário reportar-se, de alguma forma, ao “procedimento” de formação do Direito. Claro está, então, a inestimável contribuição kelseniana à teoria luhmanniana, no ponto em que o primeiro estuda as “normas que regulam a produção de outras normas”. Isto porque, seria justamente através do meio de produção de normas, que o Direito irá diferenciar-se de outros sistemas, pois é através de uma norma jurídica que poderá verificar-se afinal, o que é lícito/ilícito.

Essa não é, entretanto, a única coincidência que encontraremos ao estudar o papel da Constituição para Kelsen e Luhmann.

O Direito, em uma sociedade altamente complexa – com várias possibilidades de comunicação – se mantém autônomo em face aos demais sistemas graças e na medida em continua a operar dentro de seu próprio código, e não – por que isso significaria corromper o sistema – com o código de outros sistemas sociais. Ao mesmo tempo, o Direito precisa se manter cognitivamente aberto, sem se que perca, entretanto, o seu caráter efetivamente jurídico.

Deveras, para adotar outros componentes vindos da política, da economia, da moral e da sociologia, só para citar alguns dos outros sistemas sociais, o Direito faria uso de procedimentos específicos de regulação e, como visto, de reprodução jurídica.

Destes procedimentos, utilizados para inserir no sistema jurídico elementos de outras áreas, pode-se citar, entre outros, os processos judicial, legislativo e administrativo, além dos contratos, enfim, tudo que englobe o código, estabeleça o padrão lícito/ilícito.

A Constituição será a responsável pelo acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, impondo à política os limites do jogo de tomada de decisões, preservando, entretanto, os direitos da minoria, e, por outro lado, introduzindo no sistema jurídico as decisões políticas, regrado, ainda, o processo de modificação dos poderes instituídos, está a Constituição. Retrato da sociedade hipercomplexa que a criou, a Constituição torna-se importantíssimo instrumento tanto para o correto funcionamento do sistema político (através do binômio governo/oposição, ou poder/não-poder) e do sistema jurídico (código lícito/ilícito).

Note-se, pelo que aqui já vimos, que a Constituição seria importante não só apenas para o sistema jurídico, como, também, para o sistema político. Situada na periferia de ambos os sistemas, a Constituição se tornaria - traduzindo para o sistema político as decisões jurídicas e jurisdicizando as decisões políticas - elemento fundamental para a *autopoiese*, tanto do Direito bem como para a política.

Sob outro aspecto, será também fundamental a Constituição no sentido de também ser elemento importantíssimo para a necessária abertura cognoscitiva que deve ter o Direito em relação a política e vice-versa.

Esse “acoplamento estrutural” que realizam os diversos sistemas sociais, pode ser entendido como a maneira encontrada para cada um desses sistemas para se coordenarem e realizarem, afinal, cada qual o seu papel específico. A Constituição é justamente o elemento responsável pelo acoplamento estrutural

entre os sistemas Político e Jurídico, conseguindo isto ao expressar, no seu bojo, as mais diversas tendências e ideologias, protegendo-as e contemplando-as todas, dando assim, liberdade aos tribunais, para, dentro do binômio lícito/ilícito, garantir as expectativas normativas sem reduzir as possibilidades de escolha-comunicação, e, conseqüentemente, sem reduzir ou atentar contra a complexidade (aqui entendida, repita-se, como grande possibilidade de comunicação) da sociedade moderna.

Em outras palavras, a Constituição fornecerá os elementos necessários para identificar a especificidade jurídica na comunicação, vinda do sistema político. De outra maneira, se operar o Direito com o código específico da política, perderá a sua identidade própria, seu caráter autopoietico, deixando assim de se auto-produzir, e de desempenhar seu papel atendendo a critérios estabelecidos por si próprio, sucumbindo e se confundindo com o próprio sistema político.

Através das Constituições podem as sociedades modernas estabilizar as relações entre o direito positivo e a política. Pôde ser consagrada a legalidade e o respeito ao Direito, conservando a liberdade do sistema político. Resta claro, assim, que as Constituições são o resultado de uma evolução que a sociedade não pode prescindir. Elas viabilizam a existência de um sistema jurídico à altura do mundo moderno. Elas consagram a existência de uma linguagem específica para o Direito, que não pode ser desempenhada por nenhum outro sistema social. Também, é importante frisar, elas criam as instituições políticas, separam os poderes, estabelecem o processo de representação política, em suma, determinam as regras do jogo político – tomadas de decisões coletivas - que, de outra forma, poderia ser autofágico, prejudicial para a própria sociedade, com flagrantes desrespeitos a uma minoria qualquer. Em suma, a Constituição permite diferenciar os sistemas jurídico e o político, dando a ambos a possibilidade de conviverem e exercerem suas funções especializadas, numa sociedade cada vez mais complexa e dinâmica.

De tudo o que vimos acima, compreende-se, que a diferenciação operacional do Direito, realizada através do seu código específico, lícito-ilícito, é fundamental para que não se perca a autonomia operacional do sistema jurídico,

diluindo-se as próprias fronteiras entre o Direito e outro sistema social qualquer. Infelizmente, vê-se hoje a pressão cada vez maior para que o sistema jurídico passe a considerar códigos outros que não o binômio lícito/ilícito para a tomada de decisões, especialmente critérios de natureza econômico-político. A boa lição que se pode tirar da teoria luhmanianna é a de que o Direito, para atingir o seu objetivo de garantir as expectativas normativas, não pode levar-se por fatores externos ao critério do seu próprio sistema. Assim compreendido, evitar-se-ia o confundir do Direito com a economia, ou com a política, jogando por água a final de contas, um especializado sistema de comunicação diferenciada, dando-nos uma insegurança destrutiva com relação à solução dos conflitos. Aqui, outra coincidência entre Kelsen e Luhmann salta os olhos; Ambos, apesar das inúmeras diferenças teóricas, querem o Direito livre de influências de outros ramos do conhecimento. Talvez seja um dos melhores testemunhos, afinal, de como dois pensadores, trilhando caminhos inteiramente diferentes, chegam a conclusões semelhantes.

## **8 CONCLUSÕES**

Para efeitos didáticos, é útil consignar algumas conclusões sintetizadoras do o que neste trabalho se ocupou. O Direito, para Kelsen, possui uma relação hierarquizada, sendo superior a norma que empresta fundamento de validade a outrem. Neste passo, as normas de maior hierarquia seriam as normas constitucionais, subordinadas tão somente à Norma Hipotética Fundamental.

Como normas superiores do ordenamento jurídico, a Constituição determinará o método de produção das demais normas jurídicas, com isso iniciando o ordenamento jurídico. Dado que as normas jurídicas tem que respeitar o processo de manufatura estabelecido pelas normas constitucionais, possuirá a constituição uma referencialidade em relação a todo o ordenamento, proporcionando ao sistema normativo uma indiscutível unidade, tanto no aspecto sintático (forma e criação do Direito, correlação das normas entre si), quanto ao

aspecto semântico (uniformidade e não contradição de todo ordenamento com o discurso constitucional).

O conceito de Constituição em sentido material, para Kelsen, é aquele conjunto de normas jurídicas que determinam os métodos de produção das demais normas. É só através do cumprimento das normas que determinam o procedimento de manufatura do Direito é que pode afinal este diferenciar-se de outros meios de regulação da conduta humana (moral, política) e atingir plenamente o seu fim, disciplinando as condutas humanas e solucionando litígios entre os homens.

Já para a teoria luhmanniana, a Constituição seria responsável pelo acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, impondo à política os limites do jogo de tomada de decisões, e filtrando, para o Direito, as decisões que vincularão a coletividade, vindas da política. Deveras, é a Constituição que fornece os elementos necessários para identificar a especificidade jurídica na comunicação daquele sistema. Ao fazê-lo, a Constituição dá a possibilidade destes dois sistemas (política/direito) de conviverem e exercerem suas funções especializadas, numa sociedade cada vez mais complexa e dinâmica.

## REFERÊNCIAS

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**, São Paulo: Max Limonad, 2000.

KELSEN, Hans. **¿Que es la Teoria Pura del Derecho?** 3ª ed., Colonia del Carmen, México: Distribuciones Fontamara S.A., 1993.

----- **Teria Pura do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Texto inédito. Tradução para o Espanhol de NAFARRATE, Javier Torres, 1999.

----- **Sociologia do Direito, Vol I e II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983 e 1985.

BREUER STEFAN (1996). **Burocracia y carisma: la sociología política de Max Weber** (em espanhol). Vlalência: Edicions Alfons El Magnànim

DURKHEIM, Émile. **O suicídio**, 1897- Abril Cultural, 1982.

MANUEL GÓMEZ HERRERA, **La cultura de la sociedad en Talcott Parsons**, Cizur Menor, Navarra, Thomas Aranzadi, 2005.

MATURANA, HUMBERTO e VARELA, Francisco (1984). **A árvore do conhecimento - As bases biológicas do conhecimento humano**. Campinas: Ed. Psy, 1995. São Paulo: Ed. Palas Athena, 2004. Original em espanhol traduzido por Humberto Mariotti e Lia Diskin.