

## Artigos

Recebido: 19.02.2019

Aprovado: 26.06.2021

Publicado: 20.10.2021

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v9i3.5473>

## Constitucionalismo sistêmico como possibilidade de (re)estruturação dos direitos humanos e fundamentais

*Fernando Tonet*Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo,  
Rio Grande do Sul, Brasil<https://orcid.org/0000-0001-6577-7476>*Leonel Severo Rocha*Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo,  
Rio Grande do Sul, Brasil<https://orcid.org/0000-0002-6971-1412>

**Resumo:** O objetivo do presente artigo é identificar como o constitucionalismo sistêmico auxilia na (re)estruturação dos direitos humanos e fundamentais em uma sociedade caracterizada pela fragmentação social e um intrinca de codificações heterogêneas oriundas de diversos regimes sociais autônomos. Para tanto, a problemática da qual se parte é: como é possível criar recursividade de direitos fundamentais e humanos em um cenário de globalização? Provisoriamente, estabeleceu-se a hipótese de que são identificáveis três níveis heterárquicos comuns à comunicação constitucional produzida nos diversos contextos sociais, possibilitando diferenciar a comunicação sobre direitos fundamentais e humanos daquelas que comunicam sobre demais temas jurídico-sociais, e então estruturá-las diante de uma complexidade indeterminada. A relevância do tema repousa na necessidade de se observar formas de enlace comunicativo entre as diferentes esferas sociais, cada qual com um sentido especificamente construído. O método utilizado é o sistêmico autopoietico em um viés heterodoxo crítico, possibilitando, assim, uma nova configuração contemporânea de conceitos sistêmicos. Concluiu-se que as comunicações produzidas nas periferias (policontexturais), próximas a outros regimes sociais autônomos, conseguem comunicar-se com àquelas produzidas nos centros (interconstitucionais) por meio de um método constitucional (transconstitucional) que consegue decodificar e reestruturar a semântica comunicativa, viabilizando o diálogo em ambos os sentidos.

**Palavras-chave:** Interconstitucionalidade; Observação; Policontexturalidade; Constitucionalismo Sistêmico; Transconstitucionalismo.

## Systemic constitutionalism as possibility of (re)structuring of human and fundamental rights

**Abstract:** The aim of this article is to identify how systemic constitutionalism assists in the (re)structuring of human and fundamental rights in a society characterized by social fragmentation and an intricate

of heterogeneous codifications from multiples autonomous social regimes. In order to do so, the research problem is how is it possible to create recursion of fundamental and human rights in a scenario of globalization? Provisionally, it was hypothesized that three heterarchical levels common to the constitutional communication produced in the various social contexts are identifiable, making it possible to differentiate the communication about fundamental and human rights from those that communicate on other juridical-social themes, and then to structure them before an undetermined complexity. The relevance of the theme rests on the need to observe forms of communicative link between the different social spheres, each with a specifically constructed meaning. The method used is the systemic autopoietic in a critical heterodox bias, thus allowing a new contemporary configuration of systemic concepts. It was concluded that the communications produced in the peripheries (polycontexturals), close to other autonomous social regimes, are able to communicate with those produced in the centers (interconstitutionals) by means of a constitutional method (transconstitutional) that can decode and restructure communicative semantics, enabling dialogue in both directions.

**Keywords:** Interconstitutionality; Observation; Polycontexturality; Systemic constitutionalism; Transconstitutionalism.

## Introdução

Historicamente o constitucionalismo se manifestou em duas etapas distintas, a do constitucionalismo clássico e a do constitucionalismo social. Porém, uma mudança drástica ocorreu nas últimas décadas, desencadeando uma pluralidade de novos constitucionalismos, uns mais focados no Estado nacional ou no Estado mundial, e outros num constitucionalismo sem Estado. Por certo, os constitucionalismos criados pouco se comunicam uns com os outros, deixando de responder as questões complexas gestadas na contemporaneidade, desestabilizando cada vez mais as expectativas comportamentais, gerando insegurança jurídica pela falta de reflexividade constitucional.

O constitucionalismo “*es la expresión jurídica de la organización política de los pueblos*”<sup>1</sup>. Ou seja, a sociedade reivindicou sua libertação da autoridade estatal, decorrente da norma básica kelseniana, (re) definindo seus direitos fundamentais na multiplicidade de normas constitucionais existentes na rede constitucional global.

Não basta a existência de uma multiplicidade de normas constitucionais, formadas em amplos espaços comunicativos, se elas não se comunicam umas com as outras, isto é, se *ego* possa ser superior a *alter* em sua aplicabilidade e negativa de diálogo constitucional. Os direitos humanos e fundamentais não estão descritos apenas em normas constitucionais nacionais, normas constitucionais internacionais, tratados, leis empresariais, leis de conduta, dentre outros tipos de normatividade; eles existem nas dobraduras complexas geradas pelas saliências existentes nas novas conotações do constitucionalismo, as quais exigem um método hipercomplexo de observação sistêmica para poderem operar assimetricamente.

A rápida evolução do constitucionalismo na sociedade global cria a necessidade de uma autoconstitucionalização específica, formada por elementos próprios, desenvolvidos na multiplicidade,

---

<sup>1</sup> DROMI, José Roberto. Constitucionalismo y humanismo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2013, v. I. p. 135. No mesmo sentido: PRIBÁN, Jirí. A questão da soberania no pluralismo jurídico global. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí (Org.). **Sociologia sistêmico-autopoiética das constituições**. Porto Alegre: LAEL, 2015. p. 121.

em que hierarquias passam a ser inadequadas, em que direitos humanos e fundamentais tornam-se garantidos horizontalmente em todos os níveis de comunicação constitucional, no sentido de que as redes constitucionais não contêm centro nem periferia, pois dependem do seu observador, que se especializa a cada operação sistêmica de comunicação.

Há décadas, Teubner destacou que o sistema é formado por unidades de comunicação, que, por seu turno, são autorreprodutivas, gerando elementos, códigos, processos, operações, estruturas e fronteiras definidoras de sua unidade autorreferencial. “Todos estes componentes sistêmicos autoproduzidos são, por sua vez, hipercíclicamente constituídos, no sentido de que se encontram articulados entre si no seio de um hiperciclo”<sup>2</sup>. Desse modo, o constitucionalismo sistêmico é constituído por atos comunicativos particulares na distinção constitucional/inconstitucional, que se (re)produzem nas fronteiras de suas próprias operações, sendo que comunicações constitucionais estimulam novas comunicações constitucionais.

O constitucionalismo contemporâneo só pode se definir sistemicamente se possuir capacidade de distinguir quais elementos pertencem ao sistema ou não. Dessa forma, a teoria geral do constitucionalismo sistêmico, por ser autorreferente, possui capacidade de distinguir os limites do constitucionalismo na hipercomplexidade desenvolvida em cada fato jurídico, no sentido de que as comunicações deixaram de ter um padrão materializado, horizontal ou vertical, transformando-se em uma comunicação interligada e entrelaçada por uma ampla rede comunicativa e reflexiva. A unificação das observações policontexturais, transconstitucionais e interconstitucionais possibilita um aumento revolucionário no que diz respeito à integração das múltiplas vozes constitucionais<sup>3</sup>.

A sociedade (destaca-se, principalmente, a europeia) sempre esteve configurada binariamente, perpassando as formas de *polis/oikos*, *Estado/sociedade* e, ultimamente, setor público/setor privado. No entanto, até mesmo esta forma de observação tornou-se insuficiente para a compreensão do constitucionalismo em um paradigma de pós-modernidade, quando a desconstrução social e do direito cria uma multiplicidade de racionalidades, observações e descrições parciais que se complementam. Isso faz com que esta rígida dicotomia, aos poucos, vá se liquefazendo, revelando uma fragmentação e uma hibridização social que transfere a construção do jurídico (também) para as relações cotidianas. É nesse sentido que o fenômeno da policontexturalidade tem a capacidade sistêmica de observar as comunicações desenvolvidas e reproduzidas nas periferias do sistema jurídico.

---

<sup>2</sup> TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 139. Em Teubner, *hiperciclo* tem sentido quando o ciclo de autorreprodução é capaz de alimentar a si mesmo. A conexão do primeiro ciclo de autorreprodução acontece com um segundo, que possibilite a produção cíclica, garantindo as condições da sua própria produção. Já o *ultraciclo* emerge quando um ciclo de perturbações mútuas é desenvolvido entre redes fechadas comunicativamente. TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (corporate codes of conduct) privados e estatais. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: LAEL, 2012. p. 120.

<sup>3</sup> Segundo Luhmann, a reprodução dos sistemas comunicativos só pode ser possível por meio da comunicação. Esta deve assegurar suas conexões, como uma garantia da exigência contínua de (re)produção. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Santiago: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 123.

As periferias são desenvolvidas por Clam<sup>4</sup>, que disserta como a autopoiese derivada perde uma vasta porção de substâncias jurídicas no processamento sistêmico fronteiro. Em sentido parecido, porém mais abrangente, a autopoiese estaminal abre o espaço de aprendizagem intrassistêmico/extrassistêmico, em que a produção normativa constitucional pode ser observada de formas descentralizadas e policêntricas, no sentido em que teriam a mesma comunicação jurídica, porém, ainda não adentraram no sistema operacional do sistema jurídico. Essa forma autopoietica seria geral e especializada, bem como ingressaria no sistema independentemente de seus filtros, no sentido de que, se a comunicação fosse estaminal, ela já pertenceria ao sistema, mesmo que ele não o tivesse observado<sup>5</sup>.

O transconstitucionalismo atuaria no espaço entre a fronteira e o centro de observação do sistema constitucional, possibilitando que ambos fossem interligados horizontalmente, sem hierarquia constitucional, em que *ego* e *alter* fossem o verso um do outro, no sentido de que *ego* observa *alter* e *alter* observa *alter-ego*<sup>6</sup>, inexistindo qualquer outra coisa senão linguagem comunicativa.

Muito embora esse processo de desconstrução, característico da contemporaneidade, cresça de maneira exponencial, não é possível desprezar determinadas estruturas adquiridas evolutivamente, pois elas são responsáveis pela “estabilização dinâmica” do sistema e menos suscetíveis a mudanças constantes do que aquelas que estão em contato direto com as demais dimensões sociais e das relações cotidianas, como acontece nas periferias do sistema, podendo ser explicadas por um viés policontextual e estaminal. Aqui residem as estruturas que, apesar de dotadas de certa rigidez e formalidade, tiveram que encontrar uma própria maneira de passar por metamorfose dentro de um processo incessante de globalização, adequando-se às diferenças que foram se mostrando existentes. O exemplo que se observou com clareza foi o caso da interconstitucionalidade sistêmica, responsável por estabilizar as comunicações constitucionais centralizadas, que acontecem dentro de um mesmo espaço político-jurídico-constitucional, construindo uma interculturalidade com os mesmos objetivos entre os produtores normativos constitucionais, desenvolvendo no todo uma unidade de múltiplas constitucionalidades.

Esta diferenciação entre um âmbito sistêmico, que possui maior contato com outras dimensões sociais e maior volatilidade estrutural, e outro, que é mais rígido, e, portanto, menos suscetível a mudanças contínuas, não pode ser encarada como mais uma forma dicotômica radical de observação do social. Caso contrário, se a primazia fosse pela primeira, o conflito seria permanente e não poderia se concretizar um “contrato social”. Por outro lado, se houvesse uma sobreposição do segundo modelo, o risco seria de institucionalização da exclusão social por meio do não reconhecimento de discursos autônomos oriundos de diversos âmbitos sociais como partes que constroem mutuamente a realidade.

---

<sup>4</sup> CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 168.

<sup>5</sup> TONET, Fernando. Transformações autopoieticas e a viragem teórica sistêmica estaminal. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 2, n. 1, maio 2014. TONET, Fernando. **Reconfigurações do constitucionalismo**: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016. p. 137-140. ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás**, Goiânia, v. 42, n. 1, p. 129-144, jan./abr. 2018.

<sup>6</sup> LUHMANN, Niklas. **Confiança**. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Santiago: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 13. *Alter-ego* torna-se o próprio entorno do sistema, convertendo-se em seu mundo, por sua descrição e limites.

No constitucionalismo sistêmico, observa-se que centro e periferia se desenvolvem, na verdade, como funções atreladas aos distintos pontos de observação, e não como formas de estruturação da complexidade, implicando uma segmentação secundária oriunda do próprio funcionamento dos sistemas sociais emergidos do processo de modernização e de instauração do primado da diferenciação funcional.<sup>7</sup> Assim, ao mesmo tempo em que os dois âmbitos acima descritos são antagonísticos, eles se complementam e são correlatos necessários de existência para um constitucionalismo sistêmico, como uma Forma-de-dois-lados (*Swei-Zeiten-Form*). É assim, portanto, que existe a necessidade de um método dialógico que possibilite a comunicação destas esferas para a integração da estrutura e da semântica constitucional-sistêmica.

Estes fenômenos que foram observados, a policontextualidade, a interconstitucionalidade e o transconstitucionalismo, embora de extrema importância para a compreensão do constitucionalismo em um cenário globalizatório, são apenas observações parciais para cada um dos âmbitos observados de maneira mais abstrata: uma região sistêmica que possui maior contato com outras dimensões sociais e, portanto, mais volátil estruturalmente à variações contínuas; uma região com estruturas mais rígidas e menos suscetíveis à mudanças constantes; e um método de diálogo que possibilita, ao mesmo tempo, a separação e a interligação destes dois âmbitos.

Ocorre que a integração destes métodos constitucionais só é possível por meio de uma teoria geral do constitucionalismo sistêmico, possibilitando a formação de uma estrutura determinada das operações e fronteiras do sistema, em que a assimetria (interna) torna-se um conceito fundamental. Isso “*significa que, para possibilitar sus operaciones, un sistema selecciona puntos de referencia que, en estas operaciones, dejan de ser cuestionados, se aceptan como preestablecidos*”<sup>8</sup>. Assim, independentemente do local em que as normas constitucionais forem produzidas, serão normas constitucionais se constituídas de comunicação constitucional, especificada por direitos fundamentais e humanos.

A autodescrição do constitucionalismo sistêmico ocorre quando o sistema observa suas próprias referências: “*las autoobservaciones construyen el médium, vale decir, el material de memoria, desde el que se obtienen las formas de la autodescripción*”<sup>9</sup>. O nível de auto-observação determina a organização do sistema em si mesmo, por isso, quanto maior for a possibilidade de observação constitucional policêntrica, maior será a complexidade organizativa do sistema constitucional.

---

<sup>7</sup> Como consequência do próprio funcionamento dos sistemas diferenciados na sociedade mundial, pode haver uma diferenciação secundária em centro ou periferia, que, a partir de razões políticas, tem-se determinado a segmentação regional da sociedade mundial em Estados, apesar do risco permanente de guerra, ao passo que motivações econômicas forçam a diferenciação de acordo com centro e periferia, em regiões altamente desenvolvidas e regiões subdesenvolvidas. LUHMANN, Niklas. **Ecological communication**. Trad. John Bednarz Jr. Chicago: The University of Chicago, 1989. p. 85.

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para uma teoria geral. Barcelona: Antrhopos, 1998. p. 414. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Trad. Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 528.

<sup>9</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Santiago: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 477. No mesmo sentido, Izuzquiza defende que o observador não pode ser uma figura estática, devendo cada sistema se auto-observar e observar seu entorno “*de acuerdo con ese nivel de observación, dirigiendo sus propias operaciones para reducir el ámbito de complejidad em que está especializado*”. IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad**: racionalidade y contingencia en la sociedad moderna. Trad. Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997. p. 35.

Ao redefinir a posição do constitucionalismo pela teoria geral do constitucionalismo sistêmico, cria-se a figura de um “constitucionalismo sem soberano”<sup>10</sup>, sugestivamente utilizando a proposta de Zagrebelsky, porém, em uma soberania do próprio constitucionalismo e não mais das Constituições.

O rasgo notório das perspectivas atuais se verifica pela própria autonomia do constitucionalismo, que, independentemente dos Estados, das Organizações Internacionais e dos tratados econômicos, tem se multiplicado nas novas formas constitucionais, estabelecendo uma cooperação entre todos os comunicantes constitucionais, basta verificar as criações jurisprudenciais em favor dos direitos fundamentais e humanos no que diz respeito à imigração, à proteção do estrangeiro<sup>11</sup>, nos mais diversos tribunais constituídos no mundo.

O constitucionalismo sistêmico deve ser observado como uma estrutura complexa capaz de reduzir a complexidade com o aumento da própria complexidade, produzindo mais codificações constitucionais, na medida em que a comunicação plural é exigida pelos direitos humanos e pelos direitos fundamentais. Essas exigências sempre existiram no direito constitucional contemporâneo, porém, não eram observadas pelas Constituições dos Estados, no sentido em que essas não possuem maleabilidade e reflexividade suficientes para atender todas as expectativas.

Embora o constitucionalismo sistêmico aumente significativamente as operações sistêmicas, paradoxalmente, ele também as diminui, já que seus próprios códigos operativos determinam a arquitetura do sistema comunicativo. A comunicação constitucional especializada assemelha-se ao farol no oceano, uma vez que guia sobre os perigos marítimos, mas exige afastamento. Dessa forma, ao mesmo tempo em que se amplia a observação pelo constitucionalismo sistêmico, ela também é restringida, na medida em que ele afasta questões não constitucionais.

O fel dos dias constitucionais ocorre pelos códigos comunicativos não possuírem reflexividade alguma, representando temporalmente uma determinada época jurídica, ignorando a necessidade de um constitucionalismo autônomo com múltiplas temporalidades, como já sustentaram diversos constitucionalistas<sup>12</sup>, propiciando instrumentos aptos aos complexos problemas sociais, independentemente da esfera de constitucionalidade exigida pelo caso.

Dessa forma, o constitucionalismo sistêmico cria uma função unificadora, no sentido em que opera com sua autonomia autopoietica, produzindo comunicações que desenvolvem novas comunicações, todas voltadas à observação das complexas questões constitucionais, impulsionadas pela globalização, estimulando cada vez mais uma unidade de múltiplas interfaces.

---

<sup>10</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 9. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2009. p. 13.

<sup>11</sup> HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska; Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 67. Ver artigo 19, al. 4 GG pelo BVerfG do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

<sup>12</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O tempo curvo de uma carta (fundamental) ou o direito constitucional interiorizado**. Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Porto: A. Alves, 2006. Zagrebelsky defende que “ninguma ley y ninguna constitución son tan sagradas como para no poder ser cambiadas”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2011. p. 41.

O deslocamento de gravidade<sup>13</sup>, na conjuntura dos direitos fundamentais, postula um entrelaçamento constitucional entre as comunicações jurídicas, implicando diretamente uma abertura sistêmica do constitucionalismo, por sua observação, mas, sobretudo, um fechamento operativo em face de sua unidade. Essa tendência de constitucionalidade pode ser vislumbrada nos três níveis da teoria geral do constitucionalismo, policontextualidade, transconstitucionalismo e interconstitucionalidade. Dessa maneira, em qualquer um dos níveis, informações podem ser produzidas para o sistema constitucional, bem como pode acontecer a imposição de suas fronteiras operativas.

Os três níveis do constitucionalismo sistêmico devem ter preocupação acentuada no trinômio *unidade, plenitude reflexiva e coerência*. A unidade sistêmica é o que garante sua autopoiese: sua clausura é sua própria autorreferência, seu elemento estrutural básico, “*la clausura circular interna es condición sine qua non para la continuidad de la auto-reproducción del sistema y que el cese de la misma significaría la muerte*”<sup>14</sup>. Mesmo em uma pluralidade imensa de comunicações, todas devem ser produzidas e reproduzidas entre os três níveis sistêmicos, desenvolvendo sua unidade na pluralidade de comunicações especializadas constitucionais.

A plenitude reflexiva corresponde ao todo do constitucionalismo sistêmico, sua pretensão estrutural, como possibilidade de respostas aos complexos problemas sociais advindos na globalização. Derradeiramente, a plenitude do constitucionalismo sistêmico depende de sua capacidade reflexiva, no sentido em que este deve se curvar ao tempo social e suas expectativas; suas complexas estruturas são o fundamento de sua evolução diferencial<sup>15</sup>, em sua relação circular entre autorreferência estrutural e operacional.

Por fim, a coerência no constitucionalismo sistêmico corresponde à tendência de todo o constitucionalismo conformar-se como um todo, possibilitando que a história intercultural dos comunicadores constitucionais acabe convergindo para uma ampliação dos direitos humanos e fundamentais, no sentido de que, independentemente do nível constitucional, o direito possa ser observado por todos.

A unidade do constitucionalismo sistêmico se dirige à definição dos limites do constitucionalismo, bem como sua diferenciação funcional para com seu entorno, caracterizando-se como um sistema recursivo; a plenitude reflexiva inova ao possibilitar a abertura sistêmica, ao compreender que nem todas as informações podem ser observadas, pois existem muitos pontos cegos; a coerência operacionaliza o sistema ao eliminar possíveis antinomias, através de constantes evoluções pela hiperreflexividade do constitucionalismo.

---

<sup>13</sup> Expressão utilizada por PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional**. Trad. José Luis Bolzan de Moraes; Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: LAEL, 2012. p. 21.

<sup>14</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Santiago: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 106.

<sup>15</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. México: Heder, 2008. p. 326.

## Centro e periferia em paralaxe

O constitucionalismo sistêmico realiza-se em nível autopoietico por suas operações. Suas estruturas são produzidas e reproduzidas no interior do próprio sistema especializado, sendo que o fato de existirem operações distintas no fechamento operativo não significa que existem graus de operação. Dessa forma, quando se sustenta centro e periferia no contexto sistêmico, isso não corresponde a um sistema mais ou menos autopoietico<sup>16</sup>, mas a pontos distintos de observação.

A paralaxe é o deslocamento do objeto, causando uma mudança no ponto de observação. Assim, quando a policontextualidade opera um fato constitucional por seus meios, a interconstitucionalidade opera o mesmo fato constitucional por outros meios, no sentido em que o ponto de observação de ambos é extremamente distinto.

A dificuldade comunicativa dentro do constitucionalismo sistêmico ocorre por sua alta complexidade e por seus pontos distintos de comunicação. Žižek<sup>17</sup>, ao definir a paralaxe, sustenta haver fenômenos idênticos de linguagem, mas mutuamente intraduzíveis, visto que existem pontos diversos dos quais não há síntese nem mediação possível. No constitucionalismo tradicional, tais afirmações são pertinentes, no sentido de que os observadores não se comunicam, por existir um escalonamento previamente estabelecido entre eles.

Porém, no constitucionalismo sistêmico, a premissa não é a mesma. Face sua alta complexidade, suas operações possibilitam observações múltiplas, capacitadas aos processos de expectativas sociais na contemporaneidade. Em um determinado caso jurídico constitucional, que envolva uma questão policontextual e interconstitucional, mesmo aquela sendo periférica e esta central, pode haver uma comunicação sistêmica, na medida em que o transconstitucionalismo pode ser o vetor comunicativo entre ambos, possibilitando a observação mais adequada ao caso concreto, independentemente, do ponto de observação, uma vez que não existe apenas uma observação ou a melhor observação, mas uma multiplicidade de observações e processos autorreferentes.

A linguagem especializada do constitucionalismo sistêmico é o *medium* fundamental da comunicação. Sem essa linguagem não seria possível a autopoiese. Em uma multiplicidade de pontos de observação, o sentido a ser comunicado deve ser selecionado dentro de uma infinidade de alternativas constantes na unidade sistêmica. A organização circular do constitucionalismo sistêmico demanda importantes pressupostos de concretização. Nesse sentido, um esboço singular da complexa conceituação de autorreferência, de autopoiese e de clausura operativa deve ser descrita.

---

<sup>16</sup> Luhmann defende não existir um sistema mais ou menos autopoietico, o que pode existir é um sistema mais ou menos complexo. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 74. Em sentido oposto, Teubner defende a possibilidade de uma autopoiese gradual. TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 78. TONET, Fernando. **Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

<sup>17</sup> ŽIŽEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 14.

A autorreferência produz um fechamento sistêmico recursivo e circular: “*el refirise a sí misma es un momento del comportamiento operativo de los elementos, los procesos, los sistemas; nunca constituye su totalidad*”<sup>18</sup>. Para Luhmann, a autorreferência nunca é constituída em si mesma de forma *pura*; o sentido de uma ação não se esgota em si, mas se reflete nas ações consecutivas.

O constitucionalismo sistêmico necessita dos pressupostos organizativos descritos por Luhmann<sup>19</sup>, sob pena de não conseguir cumprir com os processos sociais e jurídicos<sup>20</sup>. A unidade do constitucionalismo sistêmico deve ter uma forma temporal, observada por seus eventos, na diferença entre o *antes* e *depois*, utilizando-se dos meios de linguagem como indicação de seleção ou rechaço no âmbito decisional.

O constitucionalismo sistêmico deve ser autorreferente observando a si mesmo, devendo ter capacidade de distinguir-se de seu ambiente, pois sua autodescrição não pode produzir-se fora de suas próprias estruturas<sup>21</sup>. Embora existam pontos diferentes de observação dos processos constitucionais (policontextualidade, transconstitucionalismo e interconstitucionalidade), todos estão delimitados pela mesma organização sistêmica.

A observação do constitucionalismo sistêmico parte de uma multiplicidade de pontos, não é fixa ou estática. Sua autorreferência é utilizada na própria “*identidad sólo para poder sacar a relucir determinaciones siempre nuevas y para poder abandonarlas de nuevo*”<sup>22</sup>. Isso possibilita que o sistema altere suas estruturas dentro de sua própria autopoiese, aumentando a seletividade dos processos constitucionais, propulsionadas pela complexidade.

Mesmo sendo um sistema fechado, o constitucionalismo sistêmico pode referir e analisar diversos outros sistemas, sob os auspícios de sua própria estrutura autopoietica, sob pontos de vista inacessíveis para aqueles sistemas, no sentido de que seu fechamento deve ser compensado pela capacidade cognitiva de observar o seu entorno. Para Luhmann<sup>23</sup>, a autopoiese só existe quando o sistema se encontra em um estado permanente de incerteza em relação ao seu entorno, produzindo e se reproduzindo na diferenciação entre autorreferência e heterorreferência. Isso só é possível pela auto-organização sistêmica.

<sup>18</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para uma teoria geral. Barcelona: Antrhopos, 1998. p. 397-398. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Trad. Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 506.

<sup>19</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 68-79.

<sup>20</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. Trad. Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 191. O autor fala em um conceito de Constituição para o constitucionalismo global, tendo como premissa básica os processos sociais e, secundariamente, os processos judiciais.

<sup>21</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. México: Heder, 2008. p. 507.

<sup>22</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 69-70. LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoría. Trad. Santiago López Pettit y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990. p. 44.

<sup>23</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 70.

As operações de autorreferência, auto-observação e autodescrição são efetivadas no interior do sistema, no sentido de que proporcionam uma interconexão entre todos os elementos, possibilitando o enlace e a interligação entre policontextualidade, transconstitucionalismo e interconstitucionalidade. Toda operação pressupõe suas próprias operações, antecipando outras operações que serão selecionadas pelo sistema. Isso fica claro no constitucionalismo sistêmico quando se verifica uma pluralidade de ordens jurídicas envolvidas em um conflito específico de constitucionalidade, todas utilizando suas operações normativas para preestabelecer um ponto de observação no diálogo constitucional.

São as operações que realizam a autopoiese no constitucionalismo sistêmico: quanto mais complexo e mais exigido, mais possibilidades de conexão estrutural poderão ser formadas. Ou seja, *“la autopoiesis del sistema se realiza al nivel de las operaciones. Ella, por esto, es compatible con todas las estructuras que hacen posible la conexión entre operación y operación”*<sup>24</sup>. As estruturas são produzidas e reproduzidas em constante evolução autopoietica, acabando com qualquer tipo de conservadorismo, ao mesmo tempo que mantêm suas estruturas de linguagem especializada.

A interconexão entre os modelos constitucionais sistêmicos não segue nenhuma regra pré-determinada. Sua produção e (re)produção pode ocorrer do centro para periferia, da periferia para o centro, do centro para o centro e da periferia para periferia. Suas conexões são limitadas apenas pela capacidade de observação. Contudo, essa é espalhada no constitucionalismo, uma vez que existem múltiplos pontos de observação na unidade sistêmica.

O constitucionalismo sistêmico é autônomo, pois é autopoietico. Sua clausura operativa abarca operações periféricas, médias e centrais, porém, sem qualquer tipo de hierarquia entre elas. Todas as operações podem ser observadas por pontos distintos da autorreferência, significando que, em alguns momentos, uma terá mais visibilidade do que a outra, o que não quer dizer que uma diminua a outra.

Todo sistema operativamente fechado necessita ser abastecido e (re)abastecido por recursos específicos proporcionados pela linguagem comunicativa, gerando novas operações. Sua clausura operativa *“entonces, únicamente significa que el sistema sólo puede operar en el contexto de las propias operaciones y que en esto depende de estructuras producidas, precisamente, con estas operaciones”*<sup>25</sup>. Assim, a circularidade comunicativa das operações compõe a auto-organização estrutural do sistema.

Dessa forma, quanto mais fechado operativamente for o sistema, mais aberto cognitivamente poderá ser para com o seu entorno. A clausura não significa exclusão de contatos; ao contrário, a autorreferência tem sua outra face na heterorreferência, no sentido de que aquela utiliza de suas operações próprias especializadas para diferenciar-se desta.

As operações cognitivas só são possíveis dentro do sistema, na medida *“que ellas mismas constituyan un sistema que se reproduce a sí mismo y que este sistema observa unicamente cuando es*

---

<sup>24</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 73.

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 75. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Edición Heder, 2007. p. 697.

capaz de distinguir entre autorreferencia y heterorreferencia”<sup>26</sup>, ou seja, todo o conhecimento deve ser processado na distinção binária de *ego/alter*, construindo distinções que possibilitem o sentido operativo e a abertura cognitiva.

O constitucionalismo sistêmico visto como um sistema autopoietico distingue-se de seu entorno quando em nível operativo se vê obrigado a observar suas próprias comunicações, diferenciando-se autorreferencialmente. Em todas as operações, as estruturas sistêmicas se modificam; a cada evento, entre *antes e depois*, algo é modificado, contudo, certas linhas arquitetônicas são mantidas, no sentido de que servem como garantia de conservação do sistema.

Luhmann diz que a teoria dos sistemas autopoietico “*distingue, de manera estricta, entre la continuación de la autopoiesis y la conservación de ciertas estructuras, las cuales sirven para garantizar suficiente redundancia y conectividad y, con ello, hacen posible la autopoiesis*”<sup>27</sup>. As próprias estruturas do sistema são funcionais e contingentes, na medida em que não existe uma regra determinada em sua produção e (re)produção.

Um pensamento constitucional aberto ao seu tempo<sup>28</sup> justifica-se quando as próprias Constituições deixam de desempenhar sua função de estabilizar as expectativas normativas, exigindo do constitucionalismo sistêmico, e principalmente dos observadores, o entendimento de que as próprias estruturas têm sentido e devem estar abertas às possibilidades no horizonte comunicativo.

Este horizonte comunicativo surge na pluralidade de comunicações constitucionais percebidas pelo constitucionalismo sistêmico, captadas por observadores centrais e periféricos, interconectados pela mesma unidade de sentido. Dessa forma, o grande fundamento do constitucionalismo sistêmico é a unidade existente em sua vasta diferença, criado o grande paradoxo unidade/diferença, observada em uma paralaxe, em que o sentido pode ser observado de vários pontos de observação.

A relação paradoxal é definida como “*una relación paradójica con la paradoja que constituye su fundamento: trabaja con el presupuesto de incluir la exclusión de la paradoja. O, usando los conceptos de la lógica: la paradoja es un tertium (tercero), cuyo non datur (no dado) debe ser considerado, esto es, de ser 'dado'*”<sup>29</sup>. Quando se compreende a autodescrição do constitucionalismo sistêmico como uma operação

<sup>26</sup> LUHMANN, Niklas. **La realidad de los medios de masas**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 09.

<sup>27</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 78.

<sup>28</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 28. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O tempo curvo de uma carta (fundamental) ou o direito constitucional interiorizado**. Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Porto: A. Alves, 2006.

<sup>29</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 79. TONET, Fernando. **Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 247. Refere-se ao fato de os elementos da Teoria Sistêmica Autopoietica serem organizados em circularidades e muitas vezes em proposições que, *a priori*, parecem contrassensos e, portanto, saem da lógica ortodoxa teórica com a qual a ciência é acostumada. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Edición Heder, 2007. p. 899.

interna que pode ser observada e descrita pela diferença, dentro da unidade, compreende-se que podem surgir observações contingenciais, inclusive de coisas não observadas em outros momentos.

O constitucionalismo sistêmico atrelado à operação de auto-observação diferencia o sistema (autorreferência) e o ambiente (heterorreferência), uma vez que controla a distinção operativa: *“las operaciones como producción de diferencia. Algo se vuelve distinto después de una operación y, mediante la operación, ese algo es distinto que sin ella”*<sup>30</sup>. Uma operação pode ser observada e descrita de várias formas, considerando que a observação é realizada de forma múltipla. Em outras palavras, um fato jurídico constitucional pode ser interpretado de modos diferentes na policontextualidade, no transconstitucionalismo e na interconstitucionalidade, gerando respostas contingentes para cada caso/fato jurídico, exigindo do sistema uma maior especialização operativa, especialmente porque esta é uma própria observação.

Tudo que é dito, descrito e comunicado no sistema do constitucionalismo sistêmico é um observador que diz, descreve e comunica. Assim, os limites de sentido do sistema correspondem aos da própria observação, seja ela em autorreferência ou em heterorreferência. Por isso, toda observação é uma observação em paralaxe, ou seja, o mesmo objeto pode ser observado de formas distintas.

Paradoxalmente, a incompletude do sistema é o grande motor da autopoiese, na busca constante de novas (re)configurações com o objetivo de reduzir as expectativas sociais normativas. A cada premissa de decisão o sistema constitucional permite um duplo controle dos processos de decisão: *“por una parte, a nivel del comportamiento observable y sus productos, y, por otra, a nivel de las premisas que probalmente senas la causa de resultados no deseados”*<sup>31</sup>. O sistema interno é incerto; uma decisão pode ser previsível, no sentido de haver uma história constitucional cultural no sistema, mas as variabilidades internas ocultam, ao mesmo tempo em que decidem uma multiplicidade de respostas paradoxais.

Em nível operativo as decisões são importantíssimas, visto que servem como osciladores sistêmicos, sem criar um caminho dirigente nas decisões futuras. Ao contrário, as decisões futuras são observadas conforme os códigos comunicativos e as premissas já utilizadas, mas sem um mandamento decisional, no sentido de que a cada decisão se criam novas possibilidades de decisão, de acordo com a complexidade da operação determinada para o caso.

Para Luhmann, as premissas de decisão referem-se a decisões do sistema. Automaticamente, pertencem ao próprio sistema, como uma cultura organizacional não vinculante do próprio sistema: *“en dicho caso, también se da por supuesto que el sistema se diferencia de otros sistemas de su entorno por una*

<sup>30</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 106. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 67.

<sup>31</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 263. CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação**. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 167. Para Rocha, toda produção de sentido depende da observação, não havendo no mundo de hoje uma noção de espaço e tempo, onde e quando se possa dizer: “Eu estou no presente, aquilo é passado e aquilo é futuro”, dependendo esses elementos da observação. Dado problema jurídico pode ser mais ou menos complexo, dependendo de uma observação especializada sua operação. ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano (Org.). **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: LAEL, 2009. p. 34-35. ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás**, Goiânia, v. 42, n. 1, p. 129-144, jan./abr. 2018.

*orientación correspondiente, que le da una individualidade distinta*<sup>32</sup>. Dessa forma, o constitucionalismo sistêmico identifica-se nas decisões constitucionais que envolvam direitos fundamentais e humanos, criando um programa de decisões prescritos comunicativamente. O direito obrigatoriamente convive com a decisão, a obrigação decisional<sup>33</sup>, criando uma busca intensa por sentenças aceitáveis. O paradoxo da decisão que não se pode decidir é buscar uma solução aceitável.

A obrigatoriedade da decisão torna-se o cavalo de Tróia do sistema jurídico, uma vez que, mesmo sem os códigos apropriados, em face da debilidade metodológica contemporânea, em que as observações são reduzidas e a complexidade aumentada, os Tribunais têm de decidir. O paradoxo é o ponto cego do sistema, e só esse ponto cego torna possível a operação da observação<sup>34</sup>. Isso faz com que o constitucionalismo se torne uma história sem fim. O sistema autopoiético produz elementos para produzir mais elementos; em sua estrutura, o sistema deve buscar as respostas para suas decisões.

A complexidade contemporânea exige do sistema constitucional soluções além das métricas clássicas, uma vez que os números racionais de soluções jurídicas muitas vezes são insuficientes, criando uma necessidade sistêmica de inclusão de novas possibilidades na equação como na restituição do décimo segundo camelo luhmanniano<sup>35</sup>, em que a decisão comporta a introdução de um elemento virtual ao mesmo tempo em que expande a possibilidade de observação do problema.

<sup>32</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 264.

<sup>33</sup> CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação**. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 106.

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 234. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 233. ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás**, Goiânia, v. 42, n. 1, p. 129-144, jan./abr. 2018.

<sup>35</sup> Segundo Luhmann, “Um rico beduíno estabeleceu a sucessão por testamento a seus três filhos. A partilha foi estabelecida em torno de seus camelos. O filho mais velho Achmed, deveria receber a metade. O segundo filho, Ali, ficaria com um quarto do previsto. O filho mais novo, Benjamin, teria apenas um sexto. Essa disposição [a princípio] parece [resultar] numa divisão desigual, arbitrária e injusta. [Porém], ela corresponde mais exatamente ao valor proporcional dos filhos sob a perspectiva histórica de perpetuação do clã, e esta corresponde precisamente à alegria do pai com o nascimento de cada um deles: o segundo filho seria privilegiado somente no caso de o primeiro morrer sem deixar descendentes varão etc. Daí a proporção de diminuição das partes. Entretanto, e devido a imprevistos, o número [total] de camelos foi reduzido consideravelmente antes da morte do pai. [Assim], quando ele morreu, restavam apenas onze camelos. Como deveriam dividir? Achmed reivindicou, sob protesto, seu privilégio de filho mais velho, ou seja, seus seis [camelos]. Porém, isto seria mais que a metade. Os outros [por isso] protestaram. O conflito foi levado ao juiz, o que fez a seguinte oferta: eu proponho um camelo meu à vossa disposição, e vocês restituir-me-ão, se Alá quiser, o mais rápido possível. Com doze camelos a divisão ficou simples. Achmed recebeu a metade, quer dizer, seis. Ali recebeu seu quarto, ou seja, três. Benjamin não foi prejudicado, recebendo seu sexto, ou seja, dois. Assim os onze camelos foram divididos e o décimo segundo pôde ser devolvido”. LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do sentido de uma análise sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33-34. Sobre o décimo segundo camelo, v. CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação**. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 107. TEUBNER, Gunther. As múltiplas alienações do Direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 109-138. NEVES, Marcelo. E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 145-167.

Com precisão, Clam defende que números racionais não são capazes de oferecer soluções para equações em níveis mais elevados, ou seja, “pode ser introduzido o componente que dá acesso ao âmbito dos números irracionais e a questão pode ser levada a uma resolução nesse âmbito”<sup>36</sup>. Ao identificar a limitação da decisão para o caso concreto, surge o paradoxo possibilitador; quando existe uma presunção que algo não tem respostas, torna-se possível a solução do caso.

A paralaxe da decisão judicial depende se o objeto/caso jurídico analisado é observado do centro ou da periferia, pois as contingências podem ser inúmeras se fossem em um ou em outro ponto de observação, mas, quando existem múltiplos pontos, apenas pode haver uma previsibilidade pela historicidade do constitucionalismo, que, analisando seus próprios pressupostos, pode oferecer fundamentos referenciais sistêmicos para decisão ou, paradoxalmente, alterar toda a decisão, mas sem modificar sua estrutura autopoietica.

O paradoxo do direito pode ser visto de duas formas diversas. A *primeira* corresponde aos apontamentos de Luhmann, quando recorre a Pascal: “*mais ne pouvant faire qu’il soit force d’obéir à la justice, on a fait qu’il soit juste d’obéir à la force; ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que la justice et la force fussent ensemble et que la paix fût, qui est le souverain bien*”<sup>37</sup>. Assim, como não existe um modo de obedecer a justiça e suas decisões, se pensou uma forma de justificar a força como algo justo.

A *segunda* forma paradoxal de decisão é detalhada por Clam<sup>38</sup>, em seis aspectos correspondentes à desparadoxalização do sistema jurídico, como resposta a cada um dos aspectos incompreensíveis quando o décimo segundo camelo é introduzido na decisão:

(a) O primeiro aspecto corresponde ao nexos circular entre regra e decisão, em que a regra pertence ao cerne essencial do direito, seus próprios pressupostos; já a decisão exige a regra como seu próprio pressuposto. Ou seja, o paradoxo desparadoxante corresponde à necessidade da regra x decisão e da decisão x regra, como um contínuo empréstimo e devolução de elementos virtuais.

(b) A paradoxalidade do direito surge com a positivação jurídica. Sua manutenção é sinônimo de validade jurídica, que busca continuidade, embora possa ser (re)configurada pelo novo. Dessa forma, a validade do direito vem de sua manutenção, ainda que o paradoxo exija sempre mudanças.

(c) A paradoxalidade fundamental do direito corresponde aos limites delimitados por ele. Como um sistema operativo deve desenvolver dentro de si formas de auto-representação, o direito para se dizer direito deve se diferenciar do não direito como paradoxo. Só se pode dizer o que é direito quando pode ser distinguido do que não é direito.

---

<sup>36</sup> CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 107.

<sup>37</sup> PASCAL, Blaise. **Pensées**. Chevalier. Paris: Gallimard La Pléiade, 1954, fragmento 288. Tradução livre: Mas, como não se podia fazer com que fosse forçoso obedecer à justiça, fez-se que fosse justo obedecer à força; como não era possível fortalecer a justiça, justificou-se a força, a fim de que se juntassem o justo e o forte e se estabelecesse a paz, que é o sumo bem.

<sup>38</sup> CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 119-130. Suprimimos um aspecto desenvolvido por Clam: o paradoxo do início do direito.

(d) A paradoxalidade da incompletude consiste em que o sistema jurídico é incompleto porque todas as decisões e operações ficam aquém de sua própria garantia jurídica, no sentido de que o direito jamais poderá ser realizado em sua plenitude, pois está em constante evolução.

(e) A geração simultânea e crescimento do direito corresponde a outro paradoxo sistêmico. Direito é gerado da mesma forma que não direito, ou seja, quanto mais direito, mais não direito; cada operação se produz no seu oposto.

(f) Por fim, a possibilidade de paradoxalidade no retroacoplamento das decisões que são orientadas em consequência de outras decisões seguidas pelas mesmas orientações pressupostas.

O constitucionalismo sistêmico apresenta uma hipercomplexidade, dado a vasta necessidade sistêmica de generalização congruente de expectativas comportamentais normativas constitucionais. Dessa forma, o paradoxo do direito pode parecer um verdadeiro fatalismo às expectativas, mas, ao contrário, o paradoxo no constitucionalismo sistêmico é um possibilitador de novas possibilidades, de novas contingências, observações e operações, independentemente do ponto de observação e de sua paralaxe. Casos policontexturais dialogam, por conseguinte, com casos interconstitucionais e transconstitucionais, gerando mais operações no sistema.

O paradoxo é a gênese do constitucionalismo sistêmico, em razão de produzir mais operações autorreferentes, isto é, “os sistemas precisam operar, porque só pelo desvio de longas sequências operativas conseguem chegar àquilo que originalmente não pôde ser alcançado pelas vias diretas da identificação, da tomada de posse e da conjunção (*coniunctio*) terminante”<sup>39</sup>. A operação significa sempre a introdução de um novo componente no sistema, expandindo as possibilidades de decisão. Assim, quanto mais complexo for o sistema, mais operações ele terá, uma vez que será exigido por suas próprias estruturas a expansão.

## Conclusão

O constitucionalismo político experimentado no século XX era baseado na diferenciação da jurisdição/legislação, norteado por uma estrutura constitutiva auto estatuída como dirigente para os diversos âmbitos da vida social, estruturando um discurso onibarcador juridificante – a linguagem constitucional buscava atuar como metalinguagem social. No entanto, o surgimento de novos processos sociais a partir do fim da Guerra Fria e da queda do Muro de Berlim foram determinantes para o estabelecimento de processos constitucionais reflexivos, constitucionalizando o direito constitucional, ou seja, confrontando o sentido constitucional com a Constituição enquanto estrutura, enquanto não é utilizada no âmbito seletivo. Isso significa que o direito constitucional não é mais uma disciplina dirigente, mas sim uma disciplina dirigida – em outras palavras, a Constituição torna-se metalinguagem e linguagem-objeto de si mesma.

---

<sup>39</sup> CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 132-133. Clam diz que o paradoxo é uma situação sem saída que se encontra na base, que só pode ser superada operativamente. Essa operação está dentro do próprio sistema operativo. Assim, o sistema consiste do começo ao fim em operações contínuas.

O estabelecimento de processos reflexivos serve à autonomização da Constituição e fixação do seu sentido dentro do sistema do direito, levando a um fortalecimento da estrutura codificada que diferencia o direito (lícito/ilícito) do seu ambiente. De acordo com Canotilho, isso levaria a uma realidade interconstitucional, onde há o reconhecimento de que a produção normativa não é mais centrada nos Estados, e sim que há outros centros político-jurídicos organizados, com suas próprias Constituições ou estatutos constitutivos, muitos deles ocupando o mesmo espaço geopolítico, o que demanda o estabelecimento de vias comunicacionais entre os diferentes centros para a busca de uma solução dos problemas que são observados concomitantemente.

Já para Teubner, as configurações sociais são camaleônicas, se adaptando a profundas mudanças estruturais da sociedade. No entanto, é preciso deixar para trás a separação entre público e privado, pois a realidade é marcada por uma forte fragmentação social e uma hibridização da codificação – quer dizer, existe uma multiplicidade de âmbitos de autonomias sociais que se acoplam frouxamente a processos econômicos; ao passo que a segunda se trata de uma reação a um acoplamento firme à economia. Em termos de se pensar o constitucionalismo face à globalização, significa que existem várias formas de generalização congruente das expectativas comportamentais normativas que não são realizadas, primariamente, por centros estatais. Em outras palavras, diversos ordenamentos constitucionais podem coexistir em um mesmo espaço político e jurídico. No entanto, o jurista alemão caminha de maneira temerosa quando condiciona a recursividade autopoietica à códigos de conduta, que se encontram à base de organizações.

No que tange à proposta de Neves, o transconstitucionalismo se mostra como um método comunicativo entre os diversos níveis comunicativos que são observados dentro do sistema social global do direito. Enquanto centros de produção normativa estatais ainda trabalham ancorados com uma determinada semântica (povo, território, governo, Constituição, entre outros), os diversos regimes autônomos sociais atuam com categorias como cosmopolitismo/cidadania global, transnacionalismo, governança e autorregulação. O transconstitucionalismo serve ao entendimento mútuo entre estes múltiplos níveis entrelaçados, do global ao local. Porém, muitas vezes, Neves acaba por estabelecer a metodologia transconstitucional para casos que não abarcam, direta e necessariamente, problemáticas de direitos humanos e fundamentais.

Assim, essas intrincadas e complexas relações jurídicas e sociais só podem ser explicadas por uma reflexão autorreferencial que possa descrever adequadamente a identidade do constitucionalismo no século XXI: a teoria geral do constitucionalismo sistêmico. Ela refere que há uma diferenciação funcional dentro do direito a partir do estabelecimento comunicativo diferenciado para direitos fundamentais e humanos, que são produzidos de forma descentralizada, tanto nas periferias do sistema jurídico, quanto em seu centro, e, para que não haja confusão de sentidos, utiliza um método dialógico que possibilita a decodificação e reestruturação do sentido comunicativo para que haja o reconhecimento e entendimento mútuo. Além disso, permite novas formas de paradoxificação e desparadoxificação dos problemas decisórios em uma sociedade hipercomplexa.

O constitucionalismo sistêmico estabelece, portanto, uma identidade da comunicação constitucional hierarquicamente a partir da condensação das expectativas em estruturas temáticas de direitos humanos e direitos fundamentais, diferenciando-as de outros temas, permitindo um fluxo comunicativo em múltiplos níveis, bem como novas configurações de inclusão e exclusão em um cenário global.

## Referências

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O tempo curvo de uma carta (fundamental) ou o direito constitucional interiorizado**. Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Porto: A. Alves, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.
- CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação**. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- DROMI, José Roberto. Constitucionalismo y humanismo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2013.
- HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska; Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad: racionalidade y contingencia en la sociedad moderna**. Trad. Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.
- LUHMANN, Niklas. **Ecological communication**. Tran. John Bednarz Jr. Chicago: The University of Chicago, 1989.
- LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Trad. Santiago López Petitt y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamentos para uma teoria geral**. Barcelona: Antrhopos, 1998.
- LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do sentido de uma análise sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Santiago: Universidad Iberoamericana, 2005.
- LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Santiago: Universidad Iberoamericana, 2005.
- LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Edición Heder, 2007.
- LUHMANN, Niklas. **La realidad de los medios de masas**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2007.
- LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010.

- LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Trad. Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016.
- LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. México: Heder, 2008.
- NEVES, Marcelo. E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PASCAL, Blaise. *Pensées*. Chevalier. Paris: Gallimard La Pléiade, 1954.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional**. Trad. José Luis Bolzan de Moraes; Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: LAEL, 2012.
- PRIBÁN, Jirí. A questão da soberania no pluralismo jurídico global. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí (Org.). **Sociologia sistêmico-autopoiética das constituições**. Porto Alegre: LAEL, 2015.
- ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano (Org.). **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: LAEL, 2009.
- ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás**, Goiânia, v. 42, n. 1, p. 129-144, jan./abr. 2018.
- TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- TEUBNER, Gunther. As múltiplas alienações do Direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (corporate codes of conduct) privados e estatais. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: LAEL, 2012.
- TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. Trad. Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TONET, Fernando. Transformações autopoiéticas e a viragem teórica sistêmica estaminal. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 2, n. 1, maio 2014.
- TONET, Fernando. **Reconfigurações do constitucionalismo**: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 9. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2011.
- ŽIŽEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.