

# O Supremo Tribunal Federal como “tribunal político”

Observações acerca de um lugar comum do direito  
constitucional

Paulo Sávio Peixoto Maia

## Sumário

Introdução. 1. Modernidade e diferenciação funcional de sistemas na proposta de Niklas Luhmann. 2. A diferenciação funcional dos sistemas do direito e da política. 3. Constituição: fechamento operacional do direito e da política. 4. A positividade do direito moderno: a separação entre jurisdição e legislação. 5. Considerações finais: problematizando a assim chamada “dimensão política” da jurisdição constitucional.

## Introdução

Existe uma concepção bem difundida no debate constitucional brasileiro – um lugar comum – que descreve o Supremo Tribunal Federal (STF) como um “tribunal político”. Uma afirmação que atualmente reveste colorações de verdade inabalável, ante a intensidade com que é repetida por alguns “doutrinadores”. Como se isso não fosse suficiente, o próprio STF, nesse caso, não se afasta da doutrina. Ao contrário, ele se descreve como um “tribunal político”, uma vez que a jurisdição constitucional possuiria uma “dimensão política” que seria fruto de uma revisão do “vetusto dogma da separação dos poderes”. Mas não tiramos isso da nossa cabeça: essas são palavras utilizadas em uma decisão não muito distante do STF, proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45<sup>1</sup>.

Paulo Sávio Peixoto Maia é Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e Professor de Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

<sup>1</sup> Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 (DF). Relator: Min. Celso de Mello. Decisão: 29/4/2004. Publicação: DJ nº 84 de 4/5/2004. Também publicada

Mas o que deveria ser uma decisão sem maiores repercussões – uma vez que a ADPF 45 não teve seu mérito julgado, por ter perdido seu objeto – acabou por revelar algumas *pretensões* do STF, em um curioso *obiter dictum*. Na decisão foi tecido um vasto texto em que se advoga a “legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas” (*litteris*, sempre segundo a decisão).

Nas palavras de seu eminente relator, a ADPF se mostra um “instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas”, o que decorre da “dimensão política da jurisdição constitucional”. E mesmo com a consciência de que “em princípio o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízo de conveniência e oportunidade”, parece – sempre nas palavras do relator – “cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes (...) visto que os Poderes Legislativo e Exe-

---

no Informativo nº 345 do STF. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Arguido: Presidente da República.

A ADPF 45 foi proposta porque o Presidente da República vetara o § 2º do art. 55 da Lei 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias). Isso na prática fazia com que os gastos do Governo Federal com o Programa Fome Zero fossem contabilizados como uma verba pública para a saúde. O arguinte alegou que isso violara preceito fundamental (seja lá o que isso signifique) estabelecido pela Emenda Constitucional nº 29 (em seu art. 7º, II, “b”), que fixa a exigência de que o orçamento destine um percentual mínimo a ser gasto com a saúde. Assim, segundo o arguinte, uma vez que o Programa Fome Zero seria uma ação de assistência social, a sua inclusão no percentual orçamentário destinado à saúde consistiria em um artifício para o Executivo descumprir a aplicação da parcela mínima a ser aplicada na saúde.

Depois da ação constitucional já ter sido proposta, o Presidente da República enviou ao Congresso um novo projeto de lei para ser aprovado no lugar da Lei 10.707/03 e no qual constava o dispositivo vetado. Aprovado tal projeto, foi aprovada a Lei 10.777/03, que ab-rogou a Lei 10.707/03. Como não poderia deixar de ser, a ADPF foi considerada prejudicada – uma vez que o dispositivo anteriormente vetado se encontrava nessa segunda e definitiva versão da LDO, o que fazia a ADPF 45 perder o seu objeto.

cutivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais”. Assim, seria necessária a atuação do STF em matéria de implementação de políticas públicas, pois o “caráter programático das regras inscritas no texto da Carta política não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente”.

Em suma, o STF está afirmando que é lícito a ele dizer o que é *saúde*, que isso não é uma matéria a ser definida exclusivamente por deliberação em um Poder Legislativo democraticamente eleito. Isso por si só já mostra as pretensões do STF de atuar como uma espécie de “superego da sociedade” (MAUS, 2000), mas a ADPF 45 nos indica outro ponto igualmente grave. De forma inequívoca, a ADPF 45 traz esculpida a concepção de que o STF seria um “tribunal político”, o que, por sua vez, denota uma desconsideração da diferença entre direito e política<sup>2</sup>.

O que intentamos neste trabalho é problematizar esse senso comum, essa desconsideração da diferença entre direito e política, que coloca o STF na posição de um “legislador concorrente”. O que nos causa perplexidade, assim, é a difusão de um entendimento teórico que fundamenta a atuação “política” do órgão de cúpula do Poder Judiciário. As reflexões que se seguem partem do pressuposto de que política e direito se diferenciam, *que os tribunais não têm função política*. Para levar a cabo essa proposta, utilizaremos a teoria da diferenciação da sociedade de Niklas Luhmann para vislumbrar os estreitos limites que são próprios à tese de nivelar a diferença entre o direito e a política.

Para isso propomos um roteiro. Veremos (i) como a sociedade moderna se diferencia por funções autônomas para

---

<sup>2</sup> Portanto, a ADPF 45 não é exatamente uma decisão inovadora: ela apenas sintetiza e torna manifesta uma concepção que há muito tempo circula no nosso direito constitucional. Nessa medida e nesses limites, ela será aqui utilizada.

(ii) melhor compreender a diferenciação existente entre direito e política. Abordaremos em seguida (iii) o papel exercido pela Constituição para o fechamento dos sistemas do direito e da política, assim como para a comunicação entre eles. Com a auto-referência do direito (que acontece na modernidade), sua vigência passa a ser expressa pela positividade, o que, por um lado, isola os tribunais de funções governamentais ou legislativas, e, por outro lado, faz surgir um Poder Legislativo como o destinatário do desejo de mudança do direito vigente na sociedade (iv). Após esse percurso, teremos subsídios para avaliar (v) a chamada “dimensão política” que o STF se auto-atribui: e as conseqüências que daí derivam.

### 1. Modernidade e diferenciação funcional de sistemas na proposta de Niklas Luhmann

A teoria da diferenciação de Niklas Luhmann (1998, p. 34) tem por pressuposto a substituição da noção de “sistema” como um todo unitário, colocando em seu lugar aquela que compreende o sistema a partir da noção de diferença. Não por acaso seu postulado metodológico básico é a distinção entre sistema e ambiente (LUHMANN, 1997b, p. 61), o que “leva, então, à questão sobre como essa diferença se constitui e se reproduz, ao que a teoria dos sistemas responde através de um dos lados da diferença, através dos sistemas” (LUHMANN, 1997a, p. 42).

Os sistemas são reconstruções do mundo sensorial, da sociedade, a partir de sua própria lógica, da diferença que lhe é particular em relação a seu ambiente. E por outro lado, a sociedade se reproduz mediante a diferença entre sistemas. A *forma* como ocorre essa diferenciação *entre* os sistemas, essa “repetição, dentro do sistema, da diferença entre sistema e seu ambiente” (LUHMANN, 1982a, p. 230) pode acontecer de várias maneiras, a depender de como o relacionamento entre os sistemas ocorre no

interior da sociedade (LUHMANN, 1999a, p. 189), ou seja, de como a sociedade organiza a *comunicação*.

Na proposta de Luhmann, existem quatro maneiras de se organizar a comunicação social, quatro estilos de diferenciação social: segmentária, centro/periferia, por estratos e funcional. Elas não se excluem reciprocamente e não se sucedem à maneira de um positivismo comteano. O que pode ser verificado é o primado de um tipo de diferenciação perante outras quando uma “forma regula as possibilidades de ativação das outras” (LUHMANN; DE GIORGI, 1994, p. 255)<sup>3</sup>.

Para os fins deste artigo, é necessário falar da passagem do primado da diferenciação por estratos para o da diferenciação funcional<sup>4</sup>. Até o alvorecer dos Oitocentos, a sociedade européia se pautava em uma *diferenciação por estratos*, conceito que designa uma sociedade que “tem a sua estrutura fundamental na distinção de duas partes, isto é, na distinção entre nobreza e povo comum” (Idem, p. 256)<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Deve ficar claro que não se trata de uma grande narrativa que vai do *status* ao *contrato* (Henry Summer Maine) da *solidariedade mecânica* para a *orgânica* (Emile Durkheim) ou da *experiência vivida* para a *forma* (Georg Simmel). Todos os estilos de diferenciação convivem no presente, não se sobrepõem historicamente como uma filosofia da história. Um bom exemplo é o caso dos Estados nacionais, que se pautam em uma diferenciação segmentária por se organizarem de acordo com o princípio da territorialidade. Nas sociedades pré-modernas, existiam funções, mas elas tiveram que esperar a virada do século XIX para atingir a primazia comunicativa na sociedade.

<sup>4</sup> Definitivamente não se mostra proveitosa a descrição das diferenciações segmentária e centro/periferia neste local, dada a extensão que seria necessária. Para tanto, remetemos o leitor para: (ARAUJO PINTO, 2002, p. 209-237).

<sup>5</sup> Geralmente, no interior de tais agremiações sociais existem autodescrições que procuram amenizar essa radicalidade binária. É muito difundida a estrutura mental do Medievo que divide a sociedade de maneira ternária, entre os clérigos, os guerreiros e os servos. No período carolíngio a distinção era entre nobreza e clero. Nos finais do século VIII Alcuíno solicitou a inscrição do povo, para que ele também pudesse adentrar “no caminho da salvação”. Surge aí o esquema das três ordens, que se difunde já no século

A estratificação se caracteriza por uma distribuição iníqua de riqueza e poder, em suma: desigualdade nas chances de comunicação (LUHMANN, 1982a, p. 234). Há uma nítida separação entre superior e inferior, entre tarefas e funções que são próprias a cada estrato e que são prestigiosas para o estrato superior (LUHMANN, 1983, p. 204-205). Todas as possibilidades do indivíduo dependiam do seu estrato de origem, pois “a estratificação regula a inclusão dos homens na sociedade pelo fato que ela, referida aos sistemas parciais, fixa inclusões e exclusões” (LUHMANN; DE GIORGI, 1994, p. 283). Por tal razão, sob esse modelo de diferenciação, a inclusão de alguém na sociedade era *parcial*.

Com o advento da sociedade moderna, essa situação muda. A modernidade é caracterizada pelo primado da *diferenciação funcional*. Com ela a comunicação não mais é organizada sob o primado de sistemas parciais vinculados à ascendência de nascimento: “a função passou a ser o princípio prevalecente na diferenciação interna da sociedade” (CAMPILONGO, 2000, p. 116). Foi dessa maneira que ocorreu o acesso generalizado a todos os âmbitos funcionais da sociedade (VERSCHRAEGEN, 2002, p. 269-273). E assim é que se afirma que a modernidade opera com inclusão funcional generalizada (DE GIORGI, 1998a, p. 116).

Portanto, na modernidade os sistemas que existem na sociedade – como economia, direito, política, ciência, arte, por exemplo – reproduzem-se a partir de seus próprios elementos e sem hierarquia entre eles (LUHMANN, 1997c, p. 116). Por um lado, a modernidade da sociedade moderna é a igualdade entre os sistemas, a ausência de um primado de qualquer sistema ante os demais. Por outro lado, a manutenção das diferenças entre os sistemas funcionais é também pressuposto de uma sociedade

IX (DUBY, 1994, p. 100-101). As três *ordines* é, assim, um *artefato semântico*, com a função de aperfeiçoar o sistema feudal e reforçar o compromisso dos servos com aquele estado de coisas, garantindo-lhes a obediência.

moderna (LUHMANN, 1997d, p. 13 e ss). Aqui nos interessa, especificamente, a diferenciação funcional entre dois sistemas: direito e política.

## 2. A diferenciação funcional dos sistemas do direito e da política

Se a modernidade é dependente dessa separação entre sistemas, cabe indagar como a diferença se faz possível, como um sistema se delimita ante os demais. Para ilustrar de que modo se dá a diferenciação funcional, a separação entre o sistema do direito e o sistema da política nos servirá de fio condutor, o que, por sua vez, adianta os fundamentos de nossa percepção acerca da ADPF 45.

O *sistema do direito* é o conjunto de todas as comunicações produzidas na sociedade que se refiram ao direito (LUHMANN, 1982b, p. 122). Para demarcar tal diferença, é necessária uma “regra de atribuição” (LUHMANN, 1992, p. 1.428)<sup>6</sup> que permita indicar se uma comunicação possui, ou não, referência ao direito, o que se dá por meio de um *código binário*: o do sistema do direito é direito/não-direito<sup>7</sup>. Esse código significa que inclusive a comunicação que nega a existência do *sentido* direito (ou seja, o não-direito) também faz parte do direito<sup>8</sup>. Assim,

<sup>6</sup> Esse filtro na comunicação social não pode ser confundida com uma norma deontica, todavia. Ela é uma estrutura, uma condensação de sentido.

<sup>7</sup> Que é expresso, nos textos originais em alemão, por *Recht/Unrecht*. Da mesma forma que considero adequada a tradução para lícito/ilícito – uma vez que esses dois termos também denotam algo que é conforme ou não-conforme ao direito – acredito que parece um certo preciosismo qualificar de “absurda” a tradução direito/não-direito.

<sup>8</sup> Luhmann concebe os dois lados do código sem nenhuma pretensão de hierarquizá-los a partir de um lado “bom” e outro “mau”. Na verdade, a consideração de que tanto o sentido conforme ao direito (= o que é direito) quanto o sentido que é contra o direito (= não-direito) pertencem ao sistema do direito, deriva do conceito de sentido trabalhado por Luhmann desde o início de seu percurso intelectual. Em última análise, afirmar o “não-direito” (o ilícito) é, ainda que por negação, afirmar aquilo que é direito. Da mesma forma, o *non-sense* não existe, pois em última análise

tem-se uma estrutura que permite filtrar a comunicação relevante para a reprodução do sistema. Reprodução que na modernidade passa a ser auto-reprodução, pois o encadeamento de operações no sistema do direito faz referência a seus próprios elementos, e não a uma idéia normativa de natureza, como acontecia com o direito natural.

O código, então, garante a autonomia do sistema do direito, a sua diferença em relação a seu ambiente, o seu *fechamento operacional* (LUHMANN, 1999b, p. 25-90). A comunicação no sistema do direito fará referência a outras comunicações (elementos) que possuem um dos lados do código direito/não-direito. Contudo – e isso deve ficar claro – o sistema não é independente da sociedade, ele não se “aliena”, como era moda dizer em um passado não tão longe (mas que é um teimoso presente para alguns). Uma das características mais marcantes da diferenciação funcional é justamente o fato de que a autonomia aumenta o grau de dependência recíproca entre os âmbitos especificados funcionalmente (LUHMANN, 2002, p. 68)<sup>9</sup>.

Por mais paradoxal que possa parecer (e realmente é<sup>10</sup>), o fechamento operacional do sistema, entendido como auto-reprodução a partir de seus próprios elementos (isto é, de comunicação voltada ao direito), permite a *abertura cognitiva* do sistema (LUHMANN, 1990b, p. 229). É e assim que o direito se porta como um sistema que pode atender a toda a sociedade, pois ele se encontra aberto para as demandas sociais, venham elas de qualquer sistema da sociedade (LUHMANN, 1985a, p. 52-53).

---

a negação do *sense* faz referência ao *sense*, portanto também é *sense* (LUHMANN, 1990a, p. 26).

<sup>9</sup> Interessante notar que os críticos da teoria da diferenciação de Luhmann, que contestam com estranha veemência os seus pressupostos, curiosamente olvidam *esse* pressuposto. É mais um caso de silêncio eloqüente.

<sup>10</sup> Para o uso criativo dos paradoxos, que consiste em um dos traços mais característicos da teoria da sociedade de Niklas Luhmann, Cf. NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 1994, p. 43-55.

Mas “uma teoria desse tipo só é convincente se consegue definir precisamente os elementos do caráter fechado do sistema, e a forma pela qual esses elementos determinam a sua abertura” (LUHMANN, 1994, p. 30). Precisamente. A especificidade do direito depende dessa definição de seus elementos, o que guarda relação com a diferença entre *expectativas normativas* e *cognitivas*. O parâmetro que diferencia o cognitivo do normativo reside na disposição à aprendizagem diante do desapontamento (LUHMANN, 1990, p. 105-106). A expectativa é cognitiva quando não mantenho a minha expectativa após o desapontamento, quando aprendo com ele e assim a abandono. Com a expectativa normativa se dá exatamente o contrário: não me disponho a mudar, e assim exteriorizo a minha frustração (LUHMANN, 1996a, p. 104).

A vida em uma sociedade complexa potencializa a possibilidade de minhas expectativas concorrerem com as de terceiros. O conflito é cada vez mais possível, e quando alguém decide não assimilar uma decepção, temos uma expectativa normativa. Com isso, não é muito difícil intuir que o sistema do direito se abre cognitivamente para conhecer frustrações de expectativas normativas. Daí a função do direito de processar expectativas normativas passíveis de serem mantidas em situação de conflito (LUHMANN, 1994, p. 30). Nenhum outro sistema da sociedade realiza essa função, cuja possibilidade depende de um código que possa filtrar as expectativas normativas. Eis como sua diferença é mantida.

O *sistema da política* segue um esboço similar (Cf. CAMPILONGO, 2002, p. 71-75). Dessa forma, ele também exerce uma *função* que o diferencia no interior da sociedade, qual seja, a de formular decisões que vinculem a coletividade (LUHMANN, 1982c, p. 145). Assim, a política procura influenciar o comportamento do destinatário da comunicação para o vincular, o que é possível com o auxílio de um *medium*, o poder (LUHMANN, 1985b, p. 8 e ss). De

fato, de nada adianta o sistema da política promulgar decisões se elas não podem ser efetivadas.

O poder sendo *medium* é um elemento complementar da linguagem, um símbolo que gera informações. Ele é um instrumento para o poderoso influir nas possibilidades da ação daqueles que lhe são sujeitos: não por outro motivo possui o código superior/inferior. Assim, ele não é coação, pois a utilização de força física retira todas as possibilidades de opção do inferior: o poder somente limita o espaço de seleção do agir do subordinado, mas não o extingue (Idem, p. 10).

A codificação do poder é redimensionada quando o sistema da política passa a ser operativamente fechado. Com a diferenciação funcional, o poder passa a ser concentrado e generalizado no sistema da política, e simultaneamente o seu código superior/inferior é recodificado (BARALDI, 1996, p. 128), uma vez que o lado “superior” do código será o local de atuação do código do sistema da política: governo/oposição (LUHMANN, 1997e, p. 164).

Com isso, há uma diferença entre aqueles que detêm cargos no poder, por ter vencido uma eleição, e os que não possuem cargos, a oposição. Com essa codificação secundária, o poder governante não mais pode achar-se como aquele que sempre detém a verdadeira opinião: essa onisciência é substituída por uma caprichosa opinião pública que pode favorecer também a oposição (Idem, p. 164), e que, assim, atua como uma instância reflexiva da política<sup>11</sup>.

Conseqüência óbvia de sua diferenciação é que a política não pode mais ser concebida como a totalidade da vida social, como o centro e vértice hierárquico da sociedade (LUHMANN, 2002, p. 50). A

<sup>11</sup> Segundo Raffaele De Giorgi (1998b, p. 63), a opinião pública “estrutura sedimentações de sentido em torno das quais o sistema político coagula atenção pressuposta e, por isso, útil à determinação dos temas da decisão. (...) Esta não controla o poder e não recolhe opiniões, mas reflete a capacidade de elaboração seletiva dos temas por parte da política”.

política, sob condições modernas, é apenas um entre vários outros sistemas. Mas o sistema da política tem tendências expansivas (Idem, p. 60-62) que procuram ignorar essa diferenciação. O século XX nos mostrou que o surgimento dos estados territoriais soberanos não excluiu a execução de arbítrios por parte do poder. Ao contrário, a modernidade propiciou, pela primeira vez, a possibilidade de associação do poder político com a indústria bélica e com a propaganda de “ideologia de Estado” pelos meios de comunicação (GIDDENS, 1991, p. 17-18), e os resultados a que se chegou dispensam nossos comentários.

Assim, mostramos as funções que a política e o direito exercem na modernidade, e como esse estado de coisas difere das sociedades pré-modernas. A separação entre o sistema do direito e o sistema da política é um dos traços constitutivos da sociedade moderna e da diferenciação funcional que lhe caracteriza; e, mais que isso, é um de seus pressupostos. Agora vamos situar histórica e institucionalmente a passagem em que se deu o fechamento operacional desses dois sistemas, e a contribuição, para isso, de um interessante artefato, surgido ao final dos Setecentos: a Constituição.

### 3. *Constituição: fechamento operacional do direito e da política*

A diferenciação entre direito e política, que acontece somente a partir da modernidade, não significa isolamento entre esses dois sistemas. Bem explicado, há uma comunicação entre eles, mas essa comunicação é estruturalmente especificada pela Constituição. Ela surge precisamente como uma reação à separação entre direito e política (LUHMANN, 1996b, p. 87). Com ela, “direito e política podem prestar, um ao outro, os seus serviços recíprocos, sem perder a sua respectiva identidade” (CARVALHO NETTO, 2001, p. 225). A Constituição não “funda” a autonomia entre direito e política, mas corrobora para isso. Para

compreender a função que a Constituição cumpre na modernidade, observemos a mudança conceitual que ela sofreu no fim do século XVIII, ainda que por meio de uma apertada síntese.

A Constituição carrega antecedentes semânticos que remontam aos usos linguísticos jurídico e político de *constitutio* na pré-modernidade. Na tradição jurídica romana, *constitutio* designava um gênero normativo que abrangia certos atos do *princeps*, como os *edicta*, *decreta*, *rescripta* e *mandata* (BRETONE, 1998, p. 167); significado que, em grandes linhas, foi conservado no Medievo. No âmbito político, *constitutio* e *constitution* designavam as instituições, regras fundamentais e peculiaridades de uma comunidade política, por analogia ao corpo humano (LUHMANN, 1996b, p. 85).

Com a modernidade, o que *constitutio* designava passou por uma mudança conceitual decisiva no século XVIII. Um movimento que é deflagrado com a Revolução Americana, que tinha como elemento subjacente o *constitucionalismo* (moderno), precisado por Michel Rosenfeld como: (i) imposição de limites ao governo, (ii) reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais e (iii) adesão ao *rule of law*, que se expressa pela separação entre jurisdição e legislação (ROSENFELD, 1994, p. 3).

Nas colônias norte-americanas, era bem difundida a prática de *covenants*, pactos que fundavam uma comunidade política ou religiosa, em que algumas obrigações recíprocas eram estabelecidas (LUTZ, 1988, p. 25-26). Ao lado disso, várias colônias foram fundadas sob o modelo de companhias comerciais, possuindo uma *charter* escrita e formal como ato fundador (MADDOX, 1989, p. 60). Ao contrário de um *covenant*, uma *charter* tinha a forma de um contrato bilateral que impunha direitos e deveres delimitados por escrito a partes determinadas (LUTZ, 1988, p. 36), o que dava ensejo a uma comunicação mais voltada para o sistema do direito.

Com o endurecimento da política britânica em relação às colônias, após a segunda

metade do Setecentos<sup>12</sup>, os revolucionários começaram a questionar a constituição amorfa da Inglaterra, que propiciava a onipotência do parlamento (MADDOX, 1989, p. 61). Em 1776, essas colônias se autocompreenderam como *perfect states*, percebendo, concomitantemente, que a soberania é indelével da prerrogativa de legislar (POCOCK, 1985, p. 83) e que, por isso, ela deveria ser retirada do Parlamento inglês. Ao cabo desse “período de reflexão constitucional” (STOURZH, 1988, p. 45), a solução encontrada para afastar a onipotência do legislador<sup>13</sup>, após a Independência, foi um texto escrito (tal como as *charters*), cuja observância por parte do legislador seria fiscalizada por uma *judicial review*<sup>14</sup>. Uma solução altamente improvável, mas que acabou por permanecer e se universalizar pelo mundo.

Foi a partir de tais inovações políticas que ocorreu a mudança conceitual de *constitutio*, entendida agora como um texto escrito que se porta como um direito superior (*paramount law*) às demais normas (Idem, p. 47). A modernidade da Constituição aparece com toda a força em um *texto escrito que serve de medida de conformidade a todo o direito* (LUHMANN, 1996b, p. 89). Todas as expectativas normativas podem ser direito/

<sup>12</sup> Entre as medidas de taxaço do Parlamento sobre as colônias, podemos lembrar: *Molasses Act* e *Currency Act* (1764), *Stamp Act* e *Quartering Act* (1765). Para a melhor reconstrução, no âmbito brasileiro, do período revolucionário norte-americano, Cf. ARAUJO PINTO, 2004, p. 115 e ss.

<sup>13</sup> No Federalista é nítida a preocupação de Hamilton com as tendências expansivas do Legislativo. Cf., *v.g.*, o nº 78. HAMILTON; MADISON; JAY; 2005, linhas 32 a 167.

<sup>14</sup> Os registros da Convenção da Filadélfia mostram que foi um ponto pacífico entre os delegados das colônias o de que o judiciário poderia declarar nulos os atos do legislador que violassem a Constituição (McDONALD, 1985, p. 254). Não obstante, não se inscreveu tal regra no Artigo 3 da Constituição dos Estados Unidos da América, que trata do Poder Judiciário. Imerso nesse debate, John Marshall somente expressou, sem dificuldade, o que estava latente no constitucionalismo de seu país, no *Marbury v. Madison* (1803). Cf. GARRATY, 1988, p. 18 e 19.

não-direito, a depender da Constituição, e não de uma ordem concreta de valores. Isso reforça o código do sistema do direito, que promove seu fechamento operacional.

No que diz respeito ao sistema da política, a Constituição também foi importante para sua diferenciação (contudo não foi sua *causa*). Ela foi o artífice do surgimento do conceito moderno de soberania, que consiste na pretensão monopolística do exercício do poder pelo Estado em um determinado território (LUHMANN; DE GIORGI, 1994, p. 363). As famílias nobres que exerciam o primado da comunicação no âmbito da diferenciação por estratos perdem o controle da situação ao assistirem à apoteose da igualdade formal entre os indivíduos. O acesso ao poder ganha procedimentos estabelecidos em normas constitucionais, o que favorece a mudança do modelo da *rivalidade política* entre dinastias pretendentes ao trono pela diferença entre *governo e oposição* (LUHMANN, 1996b, p. 102), colocando o resultado das urnas como o critério para determinar quem ocupa cada lado.

A Constituição na modernidade surge como o meio adequado para a comunicação entre a política e o direito. Com ela, temos um critério para se qualificar o uso da força física por parte do poder público (como constitucional ou inconstitucional). Surge também a possibilidade de se criticar a legislação utilizada pelas organizações formais do sistema do direito, os tribunais, para a elaboração de decisões: esse critério é uma norma superior oriunda de um poder constituinte, a Constituição, cuja inobservância provoca uma inconstitucionalidade. É a Constituição quem fornece “os critérios de organização política do poder e os critérios de geração do Direito” (CORSI, 2001, p. 173).

Uma maneira institucionalmente palpável de verificar a relação entre direito e política consiste em observar a transformação que a vigência do direito sofreu na passagem para a modernidade, o que, no léxico de Niklas Luhmann, é descrito como

a *positividade do direito*<sup>15</sup>, e que se expressa na distinção jurisdição/legislação: fundamental para compreender a posição de um tribunal sob as condições modernas.

#### 4. A positividade do direito moderno: a separação entre jurisdição e legislação

A antiga tradição jurídica europeia não cansou de descrever o direito de maneira hierárquica, posicionando Deus ou a natureza no ápice da pirâmide, a depender da conveniência. De tal sorte que a lei positiva, aquela feita pelos homens, necessitava ser consoante às leis que lhe eram superiores. O resultado era a limitação da variabilidade da lei positiva por efeito de um núcleo imanente, um amálgama indiferenciado de costumes, religião e leis<sup>16</sup> (ARAÚJO PINTO 2002, p. 227-228).

Com o advento da diferenciação funcional, esse modelo hierárquico não resistiu por muito tempo. A Constituição, entendida como uma norma de qualidade superior, desloca aqueles sustentáculos externos que impediam a auto-referência do direito (LUHMANN, 1996b, p. 94). A *positividade do direito* é precisamente a expressão dessa autodeterminação do direito. Dizer que o direito moderno é positivo significa que a sua vigência não é condicionada a uma ordem natural que lhe seja superior ou a prescrições morais de fundo pedagógico-edificador. Com a positividade que se desenvolve a partir do século XIX, a vigência do direito será referida a um fator modificável: uma decisão do Legislativo (LUHMANN, 1985a, p. 8)<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Bem explicado, não se trata do positivismo jurídico, a escola jurídica que reduzia todo o direito às leis promulgadas pelo Estado. A positividade tem um sentido bem mais amplo.

<sup>16</sup> A razão para tais autodescrições hierárquicas é que a vigência do direito sempre manifesta uma certa sintonia com a estrutura da sociedade, o que é a linha-mestra das pesquisas de Luhmann. Cf. LUHMANN, 1983, p. 15.

<sup>17</sup> Essa referência às normas emanadas do Legislativo não quer significar que o direito “deriva da pena do legislador” simplesmente. O legislador se encontra

A partir desse momento, é construído um nexu interno que se estabelece entre a legislação positivada (que vige pela seleção operada pelo legislador) e o julgador. Paradoxalmente, esse estado de coisas acabou por se revelar uma condição de liberdade para o juiz (LUHMANN, 1990d, p. 150), uma vez que a decisão tem que se esteirar em normas jurídicas consoantes com a Constituição, e não com a vontade do soberano ou com a *physis*. Não se trata da assunção de uma jurisprudência mecânica – muito embora tenha sido essa a percepção do início do século XIX<sup>18</sup> –, pois a vinculação do juiz às normas é, por sua vez, objeto de interpretação por parte do próprio juiz.

A positividade do direito (que é diferente de “positivismo”) é uma redução que amplia possibilidades e que estrutura maior complexidade. Por outro lado, é exigência de uma sociedade que inventou a igualdade entre os homens (DE GIORGI, 1998a) e que não mais aceita a aplicação de normas a depender de ascendência ou de credo religioso<sup>19</sup>. A

imerso em uma teia de expectativas normativas que impossibilita uma pretensa onipotência do legislador em relação à sociedade: ele não é “independente”. (LUHMANN, 1990c, p. 114) Nesse sentido, o Legislativo apenas *reconhece um direito* que já existe e é praticado na sociedade, dando assim o primeiro passo para que o direito possa ter a *contrafactividade* necessária à generalização de expectativas normativas. Aliás, não nos esqueçamos que, para conferir contrafactividade às garantias constitucionais é lícito ao Judiciário anular as normas oriundas do Legislativo, sob o argumento da inconstitucionalidade: e assim, paradoxalmente, a contrafactividade normativa é mantida por causa (e não apesar!) da anulação normativa. Essa é uma das razões para colocar a Constituição como uma aquisição evolutiva.

<sup>18</sup> De fato, o século XVIII nutriu uma impressionante crença de que o cumprimento fiel da lei geral e abstrata seria a solução para todos os problemas da época, como nos mostra o exemplo de Montesquieu, que escreveu em 1748 que a diferença entre um estado despótico e uma república é que nesta última os juízes observam literalmente a lei (MONTESQUIEU, 1997, p. 116). Cesare de Beccaria (1996, p. 17) só confirmou o argumento, em 1764, porquanto opinou que a atividade judicial seria tanto mais perfeita quanto mais se aproximasse de um silogismo perfeito.

<sup>19</sup> Para a busca da unidade política através da construção da soberania do Estado a partir do contexto das guerras de confissão (referindo-se mais

positividade atende à sociedade moderna, que se mostra cada vez mais complexa mediante sua abertura para o futuro (ARAUJO PINTO, 2002, p. 264 e ss), o que faz com que a mudança apareça como a única permanência. Ao selecionar algumas normas, o direito exclui outras possibilidades quanto à vigência, “mas não as eliminam do horizonte de experiência interna do sistema” (LUHMANN, 1990c, p. 116). O que é ilícito hoje pode ser lícito amanhã. A contingência e a artificialidade estruturam a validade do direito moderno, positivo, que tem seu significado expresso a partir de uma seleção, e não de uma substância transcendental (Cf. CAMPILONGO, 2006, p. 22-23).

Aparentemente, tudo isso parece carregar uma contradição, pois, como vimos no início deste texto, a função do direito diz respeito às expectativas normativas, o que o faz contrafactual; assim ele não “aprende” com situações de frustração, não “aprende” com os fatos: mantém-se ante eles (ou: apesar deles). Só que o direito positivo pode também *aprender*, pois contrafactualidade não é sinônimo de imutabilidade. Contudo, isso não é uma contradição. Com Raffaele De Giorgi (1979, p. 226, grifos do autor), podemos observar que a inovação da positividade é o surgimento de um artefato que possibilite que as

“(…) estruturas de expectativas de comportamento venham conjuntamente institucionalizadas como invariáveis e variáveis, como expectativas normativas de comportamento e como expectativas cognitivas de comportamento. *A grande conquista evolutiva da positividade do direito, de fato, consiste nisso: que ela estabiliza as estruturas de expectativas normativas paralelamente à legalização da sua modificabilidade.*”

O que significa essa estabilização paralela da manutenção e da transformação das expectativas normativas?

especificamente a Barclay, D’Aubigné e Hobbes). Cf. KOSELLECK, 1999, p. 19 a 25.

A situação paradoxal de aprendizado pelo direito, um sistema que opera sob o signo da contrafactividade, é possível com uma duplicação de seu procedimento decisório. Dessa forma, a positividade do direito constrói duas modalidades de decisão, quais sejam, a *programação teleológica* (*Zweckprogramm*) e a *programação condicional*. Cada uma se posiciona ante uma função: a primeira canaliza o desejo de mudança do direito vigente, enquanto a segunda possibilita a aplicação do direito (Idem, p. 229) (LUHMANN, 1985a, p. 34-42). Uma das construções mais sedimentadas do direito moderno, a separação entre *legislação* e *jurisdição*, nos ajudará a perquirir o papel dessas programações.

A tarefa de legislar e a de dizer o direito, *iurisdictio*, não eram desconhecidas da pré-modernidade, obviamente. O que não havia era uma “tradução institucional” da diferenciação dessas funções. Assim, por um lado, os órgãos responsáveis pela criação das normas não exerciam somente essa tarefa, como nos mostra o exemplo do Parlamento da Inglaterra, quando julgou o corpo natural de Carlos I em nome de seu corpo político, condenando-o à morte, em maio de 1642 (KANTOROWICZ, 1998, p. 30-32). Por outro lado, os tribunais tinham funções de governo; e se levamos em conta a ausência, na pré-modernidade, de um monopólio do uso da força autorizada pelo direito, não é de se estranhar a utilização da jurisdição para questões governamentais<sup>20</sup>.

Com as revoluções do final do Setecentos, essa situação muda por completo: ocorreu uma *neutralização* no interior dessas funções (FIORAVANTI, 2003, p. 15). Nos Estados Unidos da América, os tribunais, que exerciam até então funções administrativa em comunidades (LUHMANN, 1990d, p. 152), tiveram tal atividade suprimida. Como mostram os registros da Convenção da Filadélfia, os tribunais

<sup>20</sup> Cf. HESPANHA, 1993, p. 385, que acredita que a jurisdição em uma sociedade desse estilo é o principal *quando não o único poder* à disposição do governante.

não podem ocupar-se de *political questions* (McDONALD, 1985, p. 208), mas sim de *cases and controversies*, tal qual vemos no art. 3º da Constituição norte-americana. Verificamos um movimento similar na França por ocasião da Lei de 16-24 de agosto de 1790, especialmente no seu Título II, que declarou em seu art. 13 que “as funções judiciais são distintas e serão sempre separadas das funções administrativas”, de modo que a intromissão dos juízes nesses assuntos render-lhes-ia a pena de prevaricação (MANNORI; SORDI; 2003, p. 76). Aos tribunais somente restaria a judicatura, sem envolvimento na política.

O movimento em sentido contrário, isto é, a concentração do primado da legislação pelos parlamentos também foi verificada. Com as revoluções do Oitocentos, foi inaugurada a luta contra o particularismo jurídico, isto é, a aplicação concorrente de diversos ordenamentos jurídicos a um mesmo âmbito espacial e temporal, e que foi superado com o advento da *lei geral e abstrata* das codificações (TARELLO, 2003, p. 28-34). Foi a partir da modernidade que as casas legislativas cada vez mais se recusaram a exercer função adjudicatória, concentrando-se na publicação de leis<sup>21</sup>.

Com a diferença institucional entre jurisdição e legislação, as programações teleológica e condicional puderam ser operacionalizadas de maneira separada, como dois processos decisórios a serem trabalhados em dois contextos diferentes: uma diferença que forma a unidade da positividade do direito.

A programação teleológica é própria da produção legislativa. O Legislativo se encontra imerso em um contexto com um alto grau de complexidade, em que é vasto o plexo de matérias que se pode tor-

<sup>21</sup> É claro que tal movimento comporta exceção, como nos mostra a possibilidade do Senado Federal julgar o Presidente da República ou Ministros de Estado em crimes de responsabilidade (CF/88, art. 52, I). Contudo tal possibilidade possui clara função residual. Não por último, é de se lembrar que tal julgamento não é bem um processo judicial, mas sim político.

nar objeto de seleção/decisão. Para fazer frente a essa complexidade, o Legislativo tem a sua disposição uma ampla gama de expedientes, como adiar suas decisões e escolher as matérias a serem postas em votação a depender do grau de consenso existente (CAMPILONGO, 2002, p. 103-104). Esse estilo de decisão do legislador é “voltado a fins” por buscar angariar acordo, consenso suficiente e possível; ele deriva do código governo/oposição. Essa abertura para o aprendizado possibilita o papel desempenhado pelo legislador em uma diferenciação funcional, qual seja o de *destinatário do desejo de mudança do direito vigente* (LUHMANN, 1990c, p. 128).

A programação condicional diverge diametralmente desse estado de coisas. Ela assume uma relação de se/então: ocorrida uma hipótese, tem-se uma determinada conseqüência (LUHMANN, 1985a, p. 28). A tarefa jurisdicional enfrenta uma série de dificuldades que derivam da posição dos tribunais no centro do sistema do direito. Seja qual for a causa que chegue aos tribunais, ela tem que ser decidida, como informa a dupla negação do *non liquet* (LUHMANN, 1999b, p. 245-248): não é permitido não decidir um caso. Simultaneamente, o tribunal deve respeitar o nexos interno que o submete ao império do direito, pela observação das normas emanadas pelo Legislativo. E é justamente a observância a esses programas condicionais, que operam uma redução de complexidade, que permite ao juiz que não aprenda com os fatos, que mantenha a expectativa normativa (DE GIORGI, 1979, p. 229) frustrada de quem vai a júízo.

Os tribunais, está claro, não possuem o mesmo aparato do Legislativo para ser uma instância de mudança do direito; para a decisão judicial ser possível, faz-se necessário que haja uma complexidade já domesticada (CAMPILONGO, 2002, p. 91). Isso é provido pelo filtro do Legislativo, que dá ao direito um *programa* sob a forma da *condição se/então* (ou de outra forma, como pela tomada de uma decisão pelo STF

a partir da própria jurisprudência do STF, desde que coerente com a Constituição).

Devemos ressaltar que essa associação entre programação teleológica e Poder Legislativo, de um lado, e programação condicional e Poder Judiciário, por outro, não se dá de maneira linear. É claro que, na atividade legislativa, há uma observância às programações condicionais, como denota o exemplo dos regimentos internos das casas legislativas. É também óbvio que o Judiciário opera com programações teleológicas, como acontece com os princípios constitucionais ou com as normas classificadas pela doutrina constitucional brasileira de “programáticas”. Normas com uma abertura para o futuro mais acentuada que outras. A questão em tela é do primado. No Legislativo, há um primado operacional de programações teleológicas; é o que caracteriza a deliberação legislativa. No Judiciário, ao contrário, não é possível desconsiderar *a priori* normas aprovadas democraticamente: há um ônus argumentativo para isso, e ele se chama “inconstitucionalidade”, como quis o Visconde de Bolingbroke (BOLINGBROKE, 1997, p. 124-125).

Assim, para o sistema do direito aprender, é necessária a duplicação desses procedimentos e sua operacionalização em instituições próprias para isso. Essa duplicação gera a unidade da positividade do direito. O direito positivo não quer a alma do cidadão, como acontecia na *pólis* grega (ARISTÓTELES, 1997). O direito positivo não proíbe crenças e posicionamentos políticos, e sim condutas. É perfeitamente possível a qualquer cidadão fundar uma organização a favor da legalização de uma conduta que é ainda penalmente proibida, como é o caso do aborto. Contudo, isso somente é possível por causa da existência de um canal comunicativo próprio para isso: o Legislativo. Ele é o *indirizzo* da mudança política. Quando um órgão do Judiciário quer tomar esse lugar, tem-se uma clara usurpação constitucional: sem meias-palavras.

## 5. Considerações finais: problematizando a assim chamada “dimensão política” da jurisdição constitucional

Pelo que foi proposto acima, podemos perceber que há uma ligação, uma *dependência recíproca*, entre modernidade, separação entre direito e política, surgimento da “Constituição” como uma norma de qualidade superior, positividade do direito e separação entre jurisdição e legislação. O fio que liga esse elenco se chama diferenciação funcional. É essa “dependência recíproca” que demarca a diferença entre a modernidade e a pré-modernidade.

Dessa forma, parece-nos bem contestável a concepção expressa pelo STF, na já referida ADPF 45, de que lhe seria possível concretizar política pública ao argumento de existir uma “dimensão política” da jurisdição constitucional. É que essa compreensão vai precisamente de encontro a essas características que embasam a modernidade; ela atua contra os pressupostos da diferenciação funcional, pois age no sentido de nivelar a diferença entre direito e política.

A modernidade requer uma separação entre direito e política que é operacionalizada por uma especificação funcional da jurisdição. Os tribunais na sociedade moderna não implementam política pública, não deliberam teleologicamente para gerar decisões politicamente vinculantes, não tomam decisões de acordo com critérios de popularidade, não atribuem decisões ao código governo/oposição tendo em vista a próxima eleição<sup>22</sup>.

Para a tomada de decisões que vinculem a coletividade, há todo um plexo de procedimentos que permite ao Legislativo uma consonância com a instância reflexiva da política, a opinião pública. Daí se tem um aparato adequado para a canalização

<sup>22</sup> Por mais que no decorrer da “Presidência Nelson Jobim” algumas atitudes nos leve a ficarmos descrentes em relação a isso. Cf., para o assunto, MAIA, 2006, p. 16-17.

do desejo de mudança do direito vigente. Como vimos, a formação desse procedimento específico – o processo legislativo – é uma das possibilidades fornecidas pela positivação do direito.

Os procedimentos judiciais não comportam uma estruturação voltada primariamente à mudança do direito; o Judiciário não pode vincular a coletividade a partir da oitiva de argumentos de duas partes. Para isso, existe a representação política que atua no Congresso: para que a coletividade, por meio de seus representantes, possa ser atendida em suas pretensões<sup>23</sup>. Quando o Judiciário se porta como um “tribunal político”, o que ele faz é desconsiderar a representação democrática: primeiro porque ignora que o procedimento para a mudança do direito tem como destinatário o Legislativo, segundo porque se arroga na função de legislador. Em outras palavras, se o STF é um “tribunal político”, ele somente o pode ser sob o signo de um autoritarismo camuflado, mas não por isso menos nocivo aos pressupostos de um regime democrático.

O papel que os tribunais desenvolvem no centro do sistema do direito é de garantir a qualidade contrafática do direito, o que se expressa pela obrigatoriedade de sempre ter que existir uma decisão para um caso *sub judice* (CLAM, 2005, p. 135). Dessa forma, argumentos de finalidade propostos ao estilo de uma programação teleológica não podem orientar a atividade judicial, a não ser ao grave custo de a sociedade deixar de possuir uma última instância à qual se recorre quando se quer manter uma expectativa normativa, uma pretensão amparada pelo direito.

O direito não pode servir de *medium* para o sistema da política tomar decisões que vinculem a coletividade; só que é exatamente isso que acontece quando uma corte suprema se assume como um “tribunal

<sup>23</sup> Para a mudança conceitual que “representação” passa a ter na modernidade, e sua correlação com a noção de soberania popular, Cf. PITKIN, 1989.

político”, quando quer empreender uma revisão do “vetusto dogma da separação dos poderes”. A separação dos poderes é precisamente a fórmula que as descrições do sistema do direito encontrou, desde o Oitocentos, para expressar a diferenciação funcional (LUHMANN, 1985a, p. 45-46; CLAM, 2005, p. 131), a separação entre direito e política do ponto de vista institucional. Se esse “dogma” é de ser revisto, o que se coloca em seu lugar? Um Judiciário, que não presta contas à população em eleições periódicas tais como os parlamentares, exercendo a função da política, é uma alternativa democraticamente adequada ao “dogma” da separação dos poderes? Efetivamente, não.

Se o Judiciário se exime do papel de frear a política e suas tendências expansivas – em que o atropelo a uma garantia constitucional geralmente não é problema, mas solução para o sucesso de uma política pública, como mostra o exemplo do pacote de medidas tomadas para se fazer frente à crise energética de 2001, o chamado “Apagão” –, o Executivo e o Legislativo têm a sua disposição uma ampla via para impor os interesses do Estado aos cidadãos.

A autocompreensão do STF de que pode implementar política pública sob a justificativa de um suposto imobilismo por parte do Executivo e do Legislativo (tal como observamos na ADPF 45) deixa transparecer o perigo de uma tendência que, na verdade, é bem disseminada também em outros países. É ela a pretensão de atribuir aos tribunais constitucionais o papel de um verdadeiro substituto do poder constituinte (BERCOVICI, 2004, p. 20). Mas, se os tribunais constitucionais passam a se portar como um legislador concorrente, dispostos a encarnar a persecução dos interesses da coletividade, eles o fazem, necessariamente,

“(…) mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida (...) como documento da institucionali-

zação de garantias fundamentais (...), tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos”. (MAUS, 2000, p. 192, grifos do autor).

Esse novo “fundamentalismo constitucional” – usualmente denominado de “neo-constitucionalismo” – provoca, assim, uma desconsideração da mudança conceitual que *constitutio* sofre no fim do século XVIII, o que nos permite verificar a inspiração pré-moderna da postura de um tribunal que desconsidera a sua ligação com as normas emanadas do legislador democrático, mas que se considera intérprete de uma metafísica “ordem concreta de valores”<sup>24</sup>. O STF, assim, se compreende como um *legibus solutus* que, ao contrário dos supostamente inoperantes Legislativo e Executivo, vai gerar democracia paternalisticamente para seus tutelados, ao implementar política pública. Só que

“(…) sabemos hoje, por experiência própria, que a tutela paternalista elimina precisamente o que ela afirma preservar. Ela subtrai dos cidadãos exatamente a cidadania, o respeito à sua capacidade de autonomia, à sua capacidade de aprender com os próprios erros, preservando eternamente a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de uma não-cidadania), manipulável e instrumentalizada por parte daqueles que se apresentam como os seus tutores, como os seus defensores”. (CARVALHO NETTO, 2003, p. 11)

A ADPF 45 permite a observação de todas essas pressões involutivas, decisivamente nocivas para o funcionamento

<sup>24</sup> Mas isso não significa voltar à noção hierárquica do início do Oitocentos, em que havia uma subordinação dos tribunais às leis, como observávamos no uso do instituto do *référé législatif*. Isso significa não executar uma função que não lhe pertence, e para qual não se tem um aparato institucional próprio para isso: e nem legitimidade democrática.

das instituições democráticas. Em seu texto, podemos verificar com tintas fortes uma tendência que circula na sociedade de maneira naturalizada e inquestionada. Se o STF deseja exercer com efetividade a “guarda da Constituição”, a que faz referência o art. 102 da Constituição de 1988, o modo adequado para isso não é um fundamentalismo constitucional que nivela a diferença entre direito e política. Ao contrário, é mantendo essa diferença, que é constitutiva para o jogo democrático, que o STF pode dar sua melhor contribuição – e isso não é pouco.

### Referências

- ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- \_\_\_\_\_. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de Setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*. (tese de doutorado). Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais 2004.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BARALDI, Claudio. Política. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Cidade do México, Guadalajara, Barcelona: Universidad Iberoamericana, ITESO, Anthropos, 1996.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. 11 ed. São Paulo: Hemus, 1996.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil”. In: *Lua Nova*. n. 61. São Paulo: Cedec, 2004.
- BOLINGBROKE, Visconde de. A Dissertation upon Parties. In: *Political Writings*. Ed. David Armitage. Cambridge University Press, 1997.
- BRETONE, Mario. *História do direito romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1998.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio Moreira. *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- \_\_\_\_\_. Apresentação. In: ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- CLAM, Jean. *A autopoiese no direito*. In: ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CORSI, Giancarlo. Sociologia da constituição. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Tradução de Juliana Neuenschwander. n. 39. Belo Horizonte: jan./jun. 2001.
- DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell’epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*. Bari: De Donato, 1979.
- \_\_\_\_\_. Modelos jurídicos de igualdade e de equidade. In: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998a.
- \_\_\_\_\_. Problemas da governabilidade democrática. In: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998b.
- DUBY, Georges. *As três ordens, ou o imaginário do feudalismo*. 2 ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.
- FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 2 ed. Bari: Editori Laterza, 2003.
- GARRATY, John A. The case of the Missing Commissions. In: GARRATY, John A. (Org.). *Quarrels that have shaped the constitution*. New York: Harper Perennial, 1988.
- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. (Edição de Jack R. Pole). Indianapolis: Hackett Publishing, 2005.
- HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- KANTOROWICZ, Ernst H. *Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval*. Tradução

de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Tradução de Luciana Castelo-Branco. Rio de Janeiro: UERJ; Contraponto, 1999.

LUHMANN, Niklas. The differentiation of society. In: *The differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982a.

\_\_\_\_\_. The autonomy of the legal system. In: *The differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982b.

\_\_\_\_\_. Politics as a social system. In: *The differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982c.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985a.

\_\_\_\_\_. *Poder*. Tradução de Martine Martins. Universidade de Brasília, 1985b.

\_\_\_\_\_. Meaning as sociology's basic concept. In: *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990a.

\_\_\_\_\_. The self-reproduction of law and its limits. In: *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990b.

\_\_\_\_\_. La positività del diritto come presupposto di una società moderna. In: *La differenziazione del diritto*. Tradução de Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagl. Bologna: Il Mulino, 1990c.

\_\_\_\_\_. A posição dos tribunais no sistema jurídico. In: *Revista da AJURIS*. n. 49, ano 17, jul. 1990d.

\_\_\_\_\_. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*. v. 13, n. 5. New York: NY Editorial Office, mar. 1992.

\_\_\_\_\_. El derecho como sistema social. In: *No hay derecho*. ano 5, n. 11. Buenos Aires: ago./out. 1994.

\_\_\_\_\_. *La ciencia de la sociedad*. Cidade do México, Guadalajara, Barcelona: Universidad Iberoamericana, ITESO, Anthropos, 1996a.

\_\_\_\_\_. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996b.

\_\_\_\_\_. Por que uma teoria dos sistemas?. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa

(Orgs.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS; Goethe-Institut, 1997a.

\_\_\_\_\_. Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS; Goethe-Institut, 1997b.

\_\_\_\_\_. Contingencia y sociedad moderna. In: *Observaciones de la modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997c.

\_\_\_\_\_. La modernidad de la sociedad moderna. In: *Observaciones de la modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997d.

\_\_\_\_\_. El futuro de la democracia. In: *Teoría política em el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza, 1997e.

\_\_\_\_\_. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. 2 ed. Barcelona, México, Santafé de Bogotá: Anthropos, Universidad Iberoamericana, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

\_\_\_\_\_. A sociedade mundial como sistema social. *Lua Nova*. n. 47. São Paulo: Cedec, 1999a.

\_\_\_\_\_. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate (Manuscrito). Cidade do México: 1999b.

\_\_\_\_\_. *Diritti fondamentali come istituzioni*. Bari: Dedalo, 2002.

\_\_\_\_\_; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. 6 ed. Milano: Franco Angeli, 1994.

LUTZ, Donald S. *The origins of the American constitutionalism*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1988.

MADDOX, Graham. Constitution. In: BALL, Terence; FARR, James; HANSON, Russell. *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1989.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Reações sobre a chamada politização do STF. In: *Constituição & democracia* (encarte mensal da Tribuna do Brasil). n. 2. Brasília: 5 de mar. 2006, p. 16-17.

MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. Giustizia e amministrazione. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 2 ed. Bari: Editori Laterza, 2003.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. In: *Novos estudos Cebrap*. Tradução de Martonio Mont'Alverne Lima e Paulo Albuquerque. n. 58. São Paulo: Cebrap, nov. 2000.

- McDONALD, Forrest. *Novus ordo seclorum: the intellectual origins of the Constitution*. Lawrence: University of Kansas Press, 1985.
- MONTESQUIEU, Barão de. *O Espírito das Leis I*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. *O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia*. (dissertação de mestrado). Florianópolis: CPGD da Universidade Federal de Santa Catarina, 1994.
- NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. *Estrutura e função do direito na Teoria da Sociedade*. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 1997.
- PITKIN, Hanna. Representation. In: BALL, Terence; FARR, James; HANSON, Russell. *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1989.
- POCOCK, John G. A. 1776: the revolution against Parliament. In: *Virtue, commerce and history: essays on political thought and history, chiefly in the Eighteenth Century*. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1985.
- ROSENFELD, Michel. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: ROSENFELD, Michel (Org.). *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy: theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994.
- STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth century. In: BALL, Terence; POCOCK, John Greville Agard (Orgs.). *Conceptual change and the constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1988.
- TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2003.
- VERSCHRAEGEN, Gert. Human Rights and Modern Society: a Sociological analysis from the perspective of systems theory. In: *Journal of Law and Society*. v. 29, n. 2, jun. 2002.