



O IMPEACHMENT E O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE OS SISTEMAS POLÍTICO E JURÍDICO

THE IMPEACHMENT AND STRUCTURAL ENGAGEMENT BETWEEN THE POLITICAL AND LEGAL SYSTEMS

Paulo Afonso Brum Vaz

Possui Doutorado em Direito Público na Universidade do Vale dos Sinos - Unisinos (2015). Possui mestrado em Poder Judiciário na FGV (2008). Presidente 5ª Turma (2015-2017), Corregedor Regional da Justiça Federal da 4ª Região (2013-2015), Juíz do TRE (2015-2017), Diretor da Escola da Magistratura Federal (2007-2009), Coordenador dos Juizados Especiais Federais (2009-2011), Coordenador do Núcleo de Conciliações da 4ª Região (2011-2013), Especialista em processo (UFSC - 1989), MBA em Poder Judiciário (2008).

Vinicius Letti Flores

Mestre em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Pós-graduado lato sensu em Direito Público pela Faculdade Meridional (IMED). Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Servidor público federal, atuando junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Resumo

A pesquisa polemiza a questão da natureza do juízo do impeachment no sistema constitucional brasileiro a começar pela matriz teórica sistêmica e adotando uma metodologia indutiva-dedutiva. O objetivo é, revisitando os principais conceitos e categorias da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial do impeachment, evidenciar que, embora seja da competência das Casas Legislativas, o que poderia induzir ao entendimento de que se trata de juízo puramente político, cuida-se de um julgamento híbrido (político-jurídico), ou seja, concretiza-se mediante o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico mediado pela Constituição da República em suas normas procedimentais e materiais. Concluiu-se que, nada obstante a composição política do tribunal do *impeachment*, típica decisão do sistema político, as respectivas decisões materializam-se por meio de um duplo código binário: governo x oposição e lícito x ilícito, sem que este *re-entry* do direito na política represente a aniquilação mútua. A consequência de se reconhecer que o sistema político deve decidir

também com base na diferença entre lícito e ilícito reside em admitir que existe um direito subjetivo da autoridade acusada da prática do crime de responsabilidade ao juízo jurídico, ao que corresponde a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário para a tutela de tal direito.

Palavras-chave: Impeachment. Teoria dos sistemas. Direito. Política. Judiciário.

Abstract

This research polemizes the question of the nature of the impeachment trial in the Brazilian constitutional system from a systemic theoretical framework and adopting an inductive-deductive methodology. The objective is to show, by revisiting the key concepts and categories of the theory of social systems of Niklas Luhmann and from a doctrinal and jurisprudential analysis of impeachment, that, although it is the responsibility of the Legislative Houses, which could lead to the understanding that this is purely a political judgment, it is a hybrid judgment (political and legal), and that it is realized by means of the structural coupling between the political and the legal systems mediated by the Constitution in its procedural and substantive rules. One concluded that, despite the political composition of the impeachment court, which is a typical decision of the political system, decisions are made through a double binary code: differences between government and opposition and lawful and unlawful, without this re-entry of the law in the politics representing mutual annihilation. The consequence of recognizing that the political system must also decide on the difference between lawful and unlawful lies in admitting that there is a subjective right of the authority charged with the practice of the legal judgment for a crime committed, which corresponds to the constitutional guarantee of access to the courts for the protection of such right.

Keywords: Impeachment. Systems theory. Law. Politics. Judiciary.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No momento em que a Presidente do Brasil enfrenta um processo de *impeachment* e a temática torna-se a tônica das discussões políticas e jurídicas no país, a proposta deste artigo é discutir criticamente a natureza do instituto. Diante das posições e incompreensões que vicejam no trato da matéria, cobrando dos juízes do *impeachment* uma atuação mais jurídica e menos política, pretende-se, tomando como paradigma a matriz teórica sistêmica de Niklas Luhmann e a metodologia indutiva-dedutiva, evidenciar que o processo de impeachment, com assento na Constituição, representa um acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, assumindo, portanto, um caráter híbrido político-jurídico.

Como pressuposto teórico, iniciamos assentando, ainda que perfunctoriamente, os principais conceitos da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, focando mais de perto as particularidades dos subsistemas político e jurídico. Depois, avançamos para um estudo dos subsistemas político e jurídico a partir da formação de suas respectivas decisões. Em seguida, tratamos do acoplamento estrutural entre ambos os subsistemas objeto da análise e culminamos, no item derradeiro, com a tentativa de resposta ao problema central da pesquisa: o tribunal do *impeachment* pode emitir um juízo alheio ao direito (político)? A hipótese que pretendemos ver confirmada é no sentido de que as Casas Legislativas, sem embargo do caráter político de suas composições, está obrigada a formar sua convicção e juízo com base nos suplementos do direito, sobretudo do direito constitucional.

2. TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS: SUBSISTEMAS POLÍTICO E JURÍDICO

Observado sistemicamente, o mundo corresponde a uma rede interativa em que as intervenções estão disseminadas por contextos desconhecidos. O alcance e as consequências de nossas interferências são imprevisíveis, positivas em um nível e negativas em outro. Já a capacidade de metabolização e absorção da intervenção difere em cada elemento das redes, de maneira que a contingência e a imprevisibilidade devem ser sempre consideradas (a cada intervenção).

De acordo com essa visão, as propriedades essenciais de um organismo, ou sistema vivo, são atributos do todo, que nenhuma das partes possui. Elas surgem das interações e das relações entre as partes. Essas particularidades são destruídas quando o sistema é dissecado, física ou teoricamente, em elementos isolados. Embora possamos discernir partes individuais em qualquer sistema, essas partes não são isoladas, e a natureza do todo é sempre diferente da mera soma de suas partes. Assim, "os sistemas não podem ser entendidos pela análise. As propriedades das partes não são propriedades intrínsecas, mas só podem ser entendidas dentro do contexto do todo mais amplo" (CAPRA, 1997, p. 31).

Antes da década de 1940, os termos "sistema" e "pensamento sistêmico" tinham sido utilizados por vários cientistas, mas foram as concepções de Bertalanffy (1974), de um sistema aberto e de uma teoria geral dos sistemas, que estabeleceram o pensamento sistêmico como um movimento científico de primeira grandeza.

Coube a Parsons (1974 e 1984), teórico da matriz construtivista-funcionalista, teorizar a existência dos sistemas sociais. Depois de Parsons, seu brilhante aluno Niklas Luhmann transportou para o interior das ciências sociais categorias derivadas de diversas disciplinas científicas, como a biologia, a física, a psicologia, a economia, a teoria da comunicação, a cibernética, utilizando-as no estudo de fenômenos sociais.

Os conceitos de autopoiese, autorreferência, diferença sistema/entorno, operação, sentido e comunicação foram reescritos por Luhmann na sua proposta teórica sistêmico-funcionalista. E é no conceito de sistema desenvolvido pelos neurocientistas chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela que Luhmann vai se inspirar para propor uma teoria dos sistemas sociais e uma teoria da sociedade contemporânea.

Segundo Maturana e Varela (2001), os organismos vivos, como os vegetais, os animais ou uma bactéria, são sistemas fechados, autorreferenciados e autopoieticos. O fechamento operacional dos sistemas não significa que sejam isolados, incomunicáveis, insensíveis, imutáveis, mas sim que as suas partes ou elementos interagem uns com os outros e somente entre si.

Em Luhmann (1998, 2007 e 2009), no que reescreve a teoria dos sistemas sociais abertos de Parsons, os sistemas sociais operam fechados sobre sua própria base operativa, diferenciando-se de todo o resto e, portanto, criando seu próprio limite de operação. O fechamento é a condição da abertura do sistema ao ambiente: o sistema só é capaz de estar atento e responder à causalidade externa por meio das operações que ele próprio desenvolveu.

A autopoiese, em Maturana e Varela (2001), é concebida como instrumento de investigação da realidade. A palavra autopoiese deriva do grego, auto-auto, "auto", e ποιησις, poiesis "criação" ou "produção". Constitui, em verdade, uma espécie de neologismo empregado para designar a organização dos sistemas vivos.

Maturana e Varela (2001) definem o sistema a partir da diferença em relação ao ambiente ou entorno. A diferenciação entre sistema e entorno representa que tudo aquilo que não diz respeito ao sistema observado é tido como entorno, até mesmo os diversos tipos de sistemas que coexistem em uma mesma dimensão espaço-temporal.

Como um termostato que mede não a temperatura, mas a diferença de temperatura, um sistema tem como pressuposto e pressupõe a diferença em relação ao seu entorno. É justamente esta diferença que faz do sistema um objeto autorreferente e autopoietico. O entorno é pura complexidade e contingência. A visão

sistêmica possibilita a observação, a descrição e a solução dos problemas com mais eficiência, reduzidos em sua complexidade temporal, social e materialmente generalizando, estabilizando e, simbolicamente, imunizando as expectativas comportamentais.

A autopoiese é, neste sentido, a propriedade que os sistemas autorreferidos apresentam de, a partir dos seus próprios elementos, produzir a si próprios como unidades diferenciadas. Para tal empreendimento, os sistemas precisam se autorreparar, autorreestruturar, autotransformar e autoadaptar sem perder suas identidades.

A Teoria da Sociedade como Sistema de Luhmann (1998, 2007 e 2009) representa uma proposta construtivista, funcionalista e generalista de teoria social. Sistemas retratam uma quantidade de elementos em constante interação, que se diferenciam e delimitam em relação ao seu entorno, operando dentro dos seus limites, é dizer, operacionalmente fechados, mas cognitivamente abertos, tendo como função precípua mediar a extrema diversidade do mundo e a limitada capacidade de processamento do indivíduo por meio da redução de complexidade. Atuam, assim, como sistemas autopoéticos de comunicação, percebendo-se reciprocamente como sistemas de ação. Embora não tenham interfaces, produzem acoplamentos estruturais que são interações sistêmicas que permitem a comunicação com o entorno por meio de irritações e perturbações.

Em sua teoria dos sistemas sociais, Luhmann (1998, 2007 e 2009) concebe o sistema social composto por subsistemas diferenciados entre si, dotados de racionalidade própria e irredutíveis a um único valor. O critério da diferenciação será a especialização funcional, desempenhada por cada uma dessas unidades: a economia, o direito, a política, a ciência, a cultura, a comunicação, a religião etc, como subsistemas da sociedade moderna.

O sistema social, em primeira mão, necessariamente, convive com a incerteza e a contingência, tendo que diminuí-las ou tratá-las como condição de possibilidade de seu funcionamento, pois a complexidade bloqueia a operacionalidade do seu agir. Portanto, lhe cumpre, primeiro, ordenar a coexistência das estruturas diferenciadas, é dizer, reduzir a complexidade a níveis compatíveis de operacionalização. Essa é a tarefa principal dos subsistemas sociais parciais da sociedade moderna (LUHMANN, 1998).

Os sistemas estão sempre, do ponto de vista de sua estrutura, *acoplados e*

orientados em relação a um determinado entorno. “Se constituem e se mantêm mediante a criação e a conservação da diferença com o entorno e utilizam seus limites para regular tal diferença. Sem diferença com relação ao entorno não haveria autorreferência” (LUHMANN, 1998, p. 40).

3. O SISTEMA JURÍDICO E AS SUAS DECISÕES

Em sua tarefa descritiva do Direito, Luhmann (1983, p. 42-53) chama a atenção para o fato de que sempre ocorrerá uma diferenciação funcional quando a sociedade estiver diante de um problema e precisar resolvê-lo. Cumprido ao Direito (na sua diferenciação funcional) o papel de comunicar expectativas de comportamento e fazer com que elas sejam reconhecidas. O significado social do Direito é admitido quando há consequências sociais justamente em virtude de sua potencialidade estabilizadora das expectativas comportamentais.

O Direito é, pois, uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal, social e objetivo (prático). As expectativas temporalmente estáveis são as expectativas normativas, que constituem verdadeiras regras. São expectativas de conduta estabilizadas contrafaticamente, que se mantêm para o futuro mesmo diante da ocorrência do fato desestabilizador (conduta desviada). A expectativa violada é mantida (não é abandonada) e a conduta desviada (discrepância) é atribuída ao autor enquanto algo irrelevante para sua vigência.

Assim, a dimensão temporal da função do Direito atende à seguinte sequência: expressar expectativas de comportamento, comunicar tais expectativas e fazer com que elas sejam reconhecidas. Estas tarefas são desenvolvidas no sistema por meio de operações que não têm início nem fim, atuando circularmente na construção da estrutura que irá manter a história de produção das operações e, ao mesmo tempo, realizar as operações no sentido de condensá-las na forma de estruturas que conectam, recursiva e tautologicamente, as operações umas às outras, preparando as subsequentes e assim atualizando o sistema no tempo.

Se levarmos em conta a dimensão social, a generalização vai ocorrer com a institucionalização das expectativas. Institucionalizar é possibilitar que a expectativa saia do modelo simples de interação social entre duas posições e ganhe uma anuência suposta e simbólica geral capaz de constituí-la como pauta de comportamento comum válida para todos. A generalização social atribui à expectativa um consenso geral

suposto, independentemente do fato de existir ou não a aprovação de cada indivíduo.

Na dimensão material (pragmática), a generalização tem a função de reconhecer as expectativas em um contexto fático. Na sociedade pós-moderna, a identificação de complexos práticos de sentido socorre-se dos papéis sociais e dos programas de decisões. O Direito, a propósito, é definido como complexo de programas decisórios.

No sistema jurídico, a autoprodução e a reprodução são possíveis graças à comunicação, que se revela polissemicamente, é dizer, uma de suas faces representa o lugar da interação formado por símbolos normativos com funções persuasivas; enquanto a outra mostra que este sistema de símbolos normativos age como elemento causal dos comportamentos sociais (LUHMANN, 1983, p. 109-132).

Compreende-se o Direito como um subsistema social porque ele tem a sua própria funcionalidade e responde ao seu próprio código binário de referência, e que a mais importante das suas funcionalidades é a “decisão”. A sua autopoiese, definida como a produção das operações sistêmicas na própria rede, dá-se a partir da distinção entre a unidade e a complexidade (seleção forçada) do seu entorno, ou seja, a existência de mais possibilidades do que se pode realizar.

O Direito é visto pelo observador enquanto Direito, ou seja, a partir de um código binário próprio (diferença entre direito e não direito), como já se disse. É, pois, autorreferente no modo de observar a realidade, porque elege um código de comunicação que funciona como filtro decodificador que lhe permite relacionar-se consigo mesmo e diferenciar estas relações das de seu entorno, compartilhando uma linguagem comum.

A resposta a esse teorema está em que a contingência adquire relevância para o sistema jurídico apenas segundo a diferença do seu próprio código de referência, isto é, na medida em que possa ser classificada a partir da diferença entre direito e não direito.

No seu próprio código, diz Luhmann (1990, p. 161), o sistema dispõe de uma contingência reformulada que lhe possibilita selecionar seus próprios estados e desenvolver seus programas (normas, princípios, doutrina, decisões de casos precedentes etc.), que regulamentam o que deve ser considerado direito ou não direito em cada caso específico.

Cumprida à doutrina, por excelência, a delimitação do código binário e dos subcódigos do direito, selecionando, na sociedade, os fatos que podem/devem ser

considerados integrantes do sistema jurídico, numa relação não normativa, mas, antes, cognitiva. Sua atuação é mais dinâmica do que a normativa e mais estável do que a judicial.

Com isso, sintetizando, é possível afirmar que a autopoiese do sistema jurídico significa que ele reproduz os elementos de que é constituído em uma ordem hermético-recursiva por meio de sua própria dinâmica interna, mas na dependência da interação com o seu próprio conjunto e da comunicação que estabelece com o entorno.

No Direito, para Luhmann (1994, p. 20), a "comunicação autopoietica transmite, tanto na vida cotidiana como na prática organizada da decisão, a qualidade normativa da comunicação para a comunicação e reproduz, com isso, a si mesma". Assim, o pressuposto para a constituição de um sistema jurídico autopoietico é o caráter mutável e relativamente transitório do Direito. A positividade do Direito exige que ele seja variável (em contraposição à imutabilidade do direito natural). O Direito positivo é válido porque poderá ser mudado por uma decisão (é válido em razão de decisões que garantem sua validade), nisso também reside a sua legitimidade. Em outras palavras, é o próprio Direito que atesta e acredita na sua validade, que exsurge exatamente da possibilidade de sua negação (não há legitimidade externa para a teoria sistêmica).

O sistema do Direito se organiza autopoieticamente, fechado no seu interior, mas aberto ao entorno, é dizer: fechado operacionalmente e aberto cognitivamente. Todavia, a clausura autopoietica do sistema jurídico não implica necessariamente uma espécie de autismo sistêmico do mundo jurídico, funcionando justamente como condição para a sua abertura aos eventos produzidos no respectivo meio circundante.

A evolução do Direito como sistema autopoietico reside na interação entre a parte endógena (unidade desprovida da complexidade e das contingências do entorno) e o exógeno social, porque funciona como unidade autônoma que interage com o mundo circundante ou ambiente, o que se dá exclusivamente por meio da diferenciação entre estruturas cognitivas e normativas de expectativas.

Toda a orientação do Direito em relação ao seu ambiente dá-se pela cognição. A atitude cognitiva está disposta a aprender. Pressupõe um esquema de aprendizagem que predetermina com suficiente clareza o que entraria em jogo como expectativa substitutiva, ao não se cumprir uma expectativa. Esses processos de aprendizagem criam as necessárias condições para o Direito se adaptar ao seu ambiente.

Para a recombinação contínua de reprodução fechada e orientação ambiental aberta de modelos normativos e cognitivos de expectativa, o sistema jurídico faz uso de duas formas de comunicação: a decisão e os argumentos, que permitem a interpenetração/acoplamento entre as estruturas dos sistemas.

A construção autopoietica da decisão judicial na Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann traduz algumas peculiaridades que, de rigor, não fogem dos *standarts* metodológicos e conteúdos sistêmicos já vistos, valendo referir, por sua fundamentalidade, a noção de operação, enquanto conceito-chave da teoria sistêmica.

As operações, sintetizando, atualizam constantemente as possibilidades de sentido disponibilizadas pela autopoiese do sistema, construindo novas estruturas circularmente e produzindo a diferença que constitui a realidade (diferença entre sistema e meio).

As decisões representam um tipo especial de operação do sistema. Do sistema porque, do ponto de vista do observador, não são os juízes que realizam essas operações. São elas operações sociais comunicativas referidas ao sistema do Direito a partir de condicionamentos estruturais em que se insere o sujeito prolator da decisão.

Na autopoiese do Direito, a jurisdição é fundamental, na medida em que ela agrega um dado indispensável, que se consubstancia no caráter coercitivo intrínseco à decisão judicial, a sua normatividade. Isso ocorre segundo o código do Direito, pela mediação do seu símbolo comunicativo: jurídico e não jurídico, que, em razão da ambivalência contraditória, pode ser aplicado a qualquer comportamento humano e a todas as situações relevantes neste contexto.

Luhmann foi o teórico das diferenças. Isso fica claro quando assentou (1990, p. 154) que a posição dos Tribunais no sistema jurídico é determinada preponderantemente pela diferença entre legislação e jurisdição, ou seja, a diferenciação de um sistema jurídico autoconstituente encontra respaldo organizacional na diferenciação entre legislação e jurisdição, que se condensa na proibição da negação de justiça (regra do *non liquet*).

A partir da diferenciação entre legislação e jurisdição, podem-se incluir os fundamentos de vigência do Direito no próprio sistema jurídico na forma de uma lei constitucional, concebendo-se aos juízes a função de não só aplicar a lei, senão que também de interpretá-la, na medida em que precisam julgar todos os casos que lhes são apresentados (LUHMANN, 1990, p. 154-155).

Os Tribunais são os órgãos centrais do sistema jurídico no sentido de que têm a

responsabilidade pela atualização das operações do sistema (todo o mais, inclusive a legislação, constitui periferia). O legislador fixa as condições a partir das quais os Tribunais podem entender, aceitar e praticar a decisão adjudicatória, afirmando sua existência. Assim, substitui-se a cadeia hierárquica por uma diferenciação entre centro e periferia. A organização da jurisdição seria um sistema parcial (subsistema) no qual o sistema do Direito tem seu centro.

A coação legal à decisão se resume na proibição da recusa da prestação jurisdicional (a não decisão não é permitida!), consagrando o princípio universal da proteção legal. Mesmo diante de *hard cases*, os tribunais devem tomar uma decisão, não obstante sejam as regras para tanto duvidosas. Os tribunais devem decidir onde não podem decidir. E se não podem, devem se esforçar por poder; se não se encontra o direito, deveria ele ser inventado, diz Luhmann (1990).

A decisão representa o terceiro excluído da própria alternatividade da alternativa. É a diferença que constitui a alternativa, ou melhor, a unidade dessa diferença. Um paradoxo na medida em que sempre pressupõe algo que é não é passível de decisão, e não apenas que não está decidido. Do contrário, a decisão já estaria anteriormente tomada e seria o caso de apenas reconhecê-la e reproduzi-la.

O sistema judicial decide juridicamente e não política, econômica ou moralmente. Não decide pelas lógicas do sistema político (oposição ou situação e poder ou não poder), do sistema econômico (pagamento ou não pagamento e lucro ou prejuízo), ou ainda do sistema ético-religioso (moral ou amoral).

4. O SISTEMA POLÍTICO E AS SUAS DECISÕES

Segundo Simioni (2008, p. 120), a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a política é também um sistema de comunicação que atua mediante clausura operacional, possui autorreferência (a continua referência da política à política) e produz autopoieticamente operações sociais específicas que atestam a sua diferença funcional. A sua especial característica reside no tipo de comunicação que ela produz, é dizer: “a comunicação do poder”.

O poder é meio de comunicação da política. É a unidade de uma diferença específica que constitui a referência das operações políticas. O Estado é o sistema de organização do poder político. O Estado é o símbolo que designa as organizações que atualizam o primado funcional do sistema político da sociedade. E a política é o sistema que produz e reproduz todas essas

operações (SIMIONI, 2008, p.120).

A função do sistema político é a realização dos fins coletivos por meio de decisões vinculantes, constituindo-se, enquanto sistema autopoietico, a partir da diferenciação da política em relação aos outros subsistemas sociais e pelo estabelecimento de um código binário específico de "poder ou não-poder". A política opera com referência à diferença irreduzível entre "governo e oposição". É a capacidade de vincular o seu entorno social que decorre dessa diferenciação do sistema político, que o torna autônomo.

O objetivo primordial da política é criar no tecido social (entorno) um elevado nível de legitimação e aceitação das condutas generalizadas pelo direito, em outras palavras, um ambiente democrático.

No âmbito da comunicação política (situação *versus* oposição), os poderes do governo e da oposição se organizam e a política exercita a sua autorreferência e autopoiese, produzindo operações de poder baseadas nas pré-existentes, de maneira a proporcionar a sua própria abertura para os programas sociais e políticos de bem estar da coletividade.

Suas funções típicas são desenvolvidas a partir de três espaços comunicativos distintos, quais sejam: política, administração e público (LUHMANN, 1993, p. 62-66). Os partidos políticos desenvolvem a função de direcionar a vontade da sociedade, proporcionando o surgimento de canais de comunicação essencialmente políticos que, além de se colocarem entre o público e a política, atuam como mediadores desses espaços comunicativos. A Administração, fazendo uso dos seus corpos técnicos especializados, produz e influencia a seleção de projetos para a política. Ao público, de sua vez, cumpre o papel de influenciar a Administração, fazendo-o por meio do direito de petição e pela participação em processos administrativos de formação da vontade estatal.

5. O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE OS SISTEMAS POLÍTICO E JURÍDICO

Ainda que os sistemas operem fechados em sua própria estrutura, existe a necessidade de se estabelecer relações (comunicações) condicionadas entre o sistema e o entorno e, por conseguinte, entre o sistema e os outros sistemas ou

subsistemas. O desafio consiste em justificar teoricamente um conceito que articule autorreferencialidade sistêmica com a comunicação entre sistemas. A esta relação entre sistemas determinados por sua própria estrutura convencionou-se chamar “acoplamento estrutural”.

Por isso, o sistema judicial pode e deve mesmo receber interferências de outros subsistemas sociais, como o político, o econômico e o moral. A questão é: como fazê-lo, sem perder sua integridade, ou seja, de forma coerente, tolerante e suportável.

Não se trata de superar esse impasse, mas sim de conviver construtivamente com ele, fortificando a capacidade de aprendizado (abertura cognitiva) dos sistemas político e jurídico não apenas em relação aos demais sistemas sociais, mas também em relação aos influxos de informação que emergem criativamente da esfera pública pluralista e promovem a reciclagem do respectivo sistema (NEVES, 2012, p. 234).

O conceito de acoplamento estrutural se encontra estreitamente ligado ao conceito de autopoiese. Embora diferentes, estão entrelaçados em seus fins, no sentido de que nenhum sistema pode operar autopoieticamente clausurado se não se encontra estruturalmente acoplado como seu entorno.

Os acoplamentos estruturais ocorrem corriqueiramente na sociedade moderna levando os sistemas sociais a níveis maiores de complexidade e diferenciação. É o que se verifica, por exemplo, no caso da criação de impostos (acoplamentos entre o direito, a política e a economia); dos contratos (direito e economia); das universidades (ciência e educação); das qualificações técnicas e seus certificados (educação e economia).

O acoplamento estrutural, no dizer luhmanniano (2009, p. 136), corresponde a

um pequeno espectro de seleção de efeitos possíveis sobre o sistema, levando, por um lado, a que no sistema se realize um ganho muito alto de complexidade e, por outro, que as possibilidades de influenciar o sistema, a partir do meio, sejam drasticamente reduzidas.

Os sistemas, na medida em que são completamente autodeterminados, se desenvolvem em uma direção determinada, tolerada pelo entorno. A parte do acoplamento estrutural que é interna ao sistema chama-se irritação, e surge de uma confrontação endógena de eventos do sistema com possibilidades próprias, com estruturas estabilizadas, como expectativas. Assim, a função dos acoplamentos estruturais, segundo Luhmann (2009, p. 137),

consiste em abastecer de uma permanente irritação (perturbação para Maturana) o sistema; ou então, do ponto de vista do sistema, trata-se de uma constante capacidade de ressonância: a ressonância do sistema se ativa incessantemente, mediante acoplamentos estruturais.

Neves (2012, p. 95-106) mostrou que o acoplamento estrutural permite as comunicações entre os sistemas parciais recursivos pré-dispostos à adaptação de seus programas de autorregulação. No caso dos sistemas sociais, possibilita, em última análise, o encontro entre o autodirecionamento jurídico e o autodimensionamento social. Age como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os mencionados sistemas sociais, possibilitando a constante e recíproca troca de influências entre os sistemas parciais, filtrando-as. Ao mesmo tempo em que inclui, exclui, promovendo uma solução jurídica à autorreferência do sistema político e fornecendo resposta política à autorreferência do sistema jurídico.

A Constituição é o elemento clássico do acoplamento estrutural entre o sistema político e o jurídico, na medida em que promove a ligação entre o sistema jurídico e o político. Funciona, pois, como fator de exclusão e inclusão: inclui novos valores e exclui outros anteriormente impostos ao Direito. Constitui também um mecanismo de irritação do sistema, trazendo novas comunicações.

6. ACERCA DA ORIGEM E DA NATUREZA DO IMPEACHMENT: O ESTADO DA ARTE NO BRASIL

Antes de 1824, não existia, no Brasil, instituto que se assemelhasse ao *impeachment*. Quando “um poderoso se tornava objeto do ódio da grande maioria dos vassallos, uma simples punhalada resolvia o problema sem maiores formalidades político-parlamentares” (BALEEIRO, 1977, p. 106).

A Constituição Imperial de 1824, muito embora tenha fixado a absoluta inviolabilidade do Imperador (art. 99: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”), sujeitou os Ministros de Estado à responsabilidade, nos termos de lei a ser editada (assim previa o art. 132 da Constituição); sem a responsabilidade dos Ministros, já afirmava Pimenta Bueno em obra clássica (1857, p. 261), estaria aniquilada “toda a ordem e garantias públicas, [estabelecida] uma completa escravidão política e administrativa; não forneceria recurso senão o único das revoluções”. E segue o Constitucionalista do Império

(ibidem):

O monarca nunca póde querer o mal, apenas poderá uma ou outra vez enganar-se sobre os meios de fazer o bem, e então cumpre ao ministro demonstrar-lhe respeitosamente o como esse equívoco affecta ou contraria a lei.

E a Lei de 15 de outubro de 1827 veio a estabelecer o processo e as sanções em face dos Ministros e Secretários de Estado e dos Conselheiros de Estado, devendo-se destacar, entre as penas, a morte natural, a prisão e a suspensão do exercício dos direitos políticos.

É interessante observar como se concilia algo aparentemente inconciliável: a irresponsabilidade do Monarca e a responsabilidade do Ministro, ainda que tenha agido, o subordinado, por ordem, “vocal ou por escripto”, do Imperador (art. 152 da Constituição de 1824). Cumpria ao Ministro, a fim de se desvencilhar de eventual responsabilidade, “ilustrar a questão, de apresentar [ao Monarca] a disposição da lei, as razões do interesse público, os resultados da medida, de demover qualquer equívoco: em todo o caso era livre de pedir respeitosamente a sua demissão” (PIMENTA BUENO, 1857, p. 264).

A noção de impedimento, no período monárquico, está ligada à ideia [de impeachment] que vingou na Inglaterra, locus por excelência do processo de deposição. Lá, “o impeachment atinge a um tempo a autoridade e castiga o homem”, enquanto que, nos Estados Unidos e é bom fixar a noção desde já, “fere a autoridade, despojando-a do cargo, e deixa imune o homem, sujeito, como qualquer, e quando for o caso, à ação da Justiça” (JOSEPH STORY, *apud* FAVER, 2016, p. 324). Veja-se:

Com efeito, a orientação imperial, inspirada no modelo inglês, tendo caracterizado o crime de responsabilidade como ilícito penal trouxe como consequência a correspondente possibilidade de aplicação de penas à autoridade governamental incriminada. Não é o mero afastamento do cargo. É a própria punição com plena jurisdição. (CRETILLA JÚNIOR, 1965).

Promulgada a Constituição de 1891, altera-se profundamente a noção do instituto. Passa a ser um julgamento político e, em assim sendo, “era natural que a uma corporação política fosse confiado” – no caso, o Senado Federal (SANTOS, 2005, p. 334).

E essa constatação (alteração da natureza jurídica) é facilmente percebida do simples cotejo da anterior Lei de 15 de outubro de 1827, antes referida, e o diploma

que o art. 54, § 1º, da Nova Constituição determina a elaboração e que tomou assento na forma do Decreto nº 30, de 08 de janeiro de 1892. Aqui, ao estabelecer os crimes de responsabilidade do Presidente da República, rompe-se com o passado e se firma que os assim chamados *crimes de responsabilidade* serão punidos com a perda do cargo e a “incapacidade para exercer qualquer outro” (art. 2º), “sem prejuízo da acção da justiça ordinária, que julgará o delinqüente segundo o direito processual e criminal *commum*”. É seguro afirmar, então e na companhia de Paulo Brossard (1992, p. 33), que o “impeachment monárquico era processo criminal”, enquanto que político é o processo que nasceu com a República; um se assemelha ao instituto tal qual recriado nos Estados Unidos da América¹; o outro “se filiava à tradição jurídica britânica”. Mas a distinção entre as origens britânica e norte-americana talvez não seja tão marcante assim, como lembra Baleeiro (1977, p. 112):

A República trouxe-nos com a Constituição de 1891 o impeachment à norte-americana, que outra coisa não é senão o mesmo impeachment britânico como os costumes ingleses o entendiam e praticavam no fim do século XVIII, já expurgado de penas criminais aflitivas e limitado a provocar a queda e substituição do governo indesejável.

Feito esse breve retrospecto da origem (ou das origens) do impeachment no Direito Brasileiro, e ciente de que pouca transformação ocorreu no instituto – ao menos nesta questão – desde a Constituição de 1891, convém inventariar a doutrina que analisa a natureza jurídica do impedimento. Lembre-se, no ponto, que “determinar a natureza jurídica dum instituto é fixar-lhe o lugar exato no sistema de Direito em que é considerado” (CRETELLA JÚNIOR, 1965). É possível, nesse mister, distinguir entre os doutrinadores que consideram o impeachment com características eminentemente políticas, os que o consideram instituto de direito criminal e, ainda, os que lhe conferem natureza jurídica híbrida. Talvez a obra mais significativa sobre a matéria seja aquela de autoria do Ministro Paulo Brossard (1992), emérito constitucionalista gaúcho, em que defende, enfaticamente, tratar-se de um instituto com caracteres políticos e, justamente por isso, compõe “as instituições de Direito Constitucional”.

Entre nós, como no direito norte-americano e argentino, o ‘impeachment’ tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados

¹ Sobre o impeachment na história norte-americana, e destacando que apenas dois Presidentes acabaram sendo processados (Andrew Johnson e Bill Clinton), sendo que Richard Nixon renunciou ao mandato em momento anterior à deliberação da Câmara, conferir Nascimento (2016, p. A16).

políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado segundo critérios políticos - julgamento que não exclui, antes supõe, é óbvio, a adoção de critérios jurídicos (PINTO, 1992, p. 75).

Mais adiante (1992, p. 138), afirma:

Com tais características e peculiaridades, é natural que do julgamento político, prolatado por uma corporação política, em virtude de causas políticas, ao cabo de processo político, instaurado sob considerações de conveniência política, não haja recurso para o Poder Judiciário.

Na mesma linha, e lembrando a origem histórica do instituto, é a lição de Fortunato Bim (2007, p. 233):

A natureza jurídica política do impeachment no Brasil é confirmada não apenas pela história, mas pela própria configuração constitucional do instituto. Os crimes de responsabilidade não são crimes propriamente ditos, mas condutas dos dirigentes políticos atentatórias à Constituição e/ou previstas em lei especial que o constituinte puniu com as penas de inabilitação e perda do cargo, inerentes ao processo de impeachment.

Ainda Cretella Júnior (1964, p. 87):

Desse modo, tendo por finalidade despir das vestes do poder um chefe irresponsável que praticou 'crime de responsabilidade', não se matiza o 'impeachment' de nenhum traço jurisdicional, ficando patente sua natureza eminentemente política.

Pinto Ferreira (1943, p. 40) é categórico: "o impeachment é um processo político no qual não interfere o Judiciário, exceto para exame dos seus aspectos formais" (1992, p. 598).

Frederico Marques entende tratar-se de um julgamento político-criminal, asseverando que, "embora o impeachment seja prevalentemente um juízo político, consubstancia ele também um julgamento penal, tratando-se de um *quase-criminal proceeding*, como muito bem descreveu Watson" (2000, p. 190).

Em obra de recente aparição, Bruno Galindo defende a natureza mista, cuidando-se, segundo o autor, de uma mescla político-criminal:

Há vários fatores que fazem mais plausível falar-se, em termos teóricos, em uma natureza mista (político-criminal): se por um lado, o constituinte reforça o aspecto criminal ao denominar tais infrações político-administrativas de crimes, por outro, estipula penas fixas e tipicamente políticas; se, por um lado, as Casas parlamentares podem, p. ex., se recusar a prosseguir com o feito por análises políticas de conveniência, oportunidade ou necessidade, por outro, há

a necessidade de constatação objetiva de fatos que constituam o crime de responsabilidade, sendo fundamental ter embasamento jurídico à pretensão punitiva, não podendo ser um mero juízo discricionário exclusivamente político por parte das duas Casas do Congresso Nacional. (2016, p. 63)

Também pela natureza mista, veja-se parecer da lavra de Reale (1965, p. 70), *verbis*:

A natureza mista do instituto é efetivamente a que melhor corresponde aos seus objetivos e às normas disciplinadoras de seu processamento, pois se é ele judicial quanto à intencionalidade de obedecer-se a critérios de certeza e de garantia no procedimento e na decisão, nunca deixa de ser um ato político pela fonte de que promana o julgamento (...).

J. A. da Silva (2015, p. 556), de seu turno e sem melhor desenvolver sua conclusão, entende tratar-se de “processo político-administrativo”. Lessa, em razão de julgamento proferido no âmbito do Supremo Tribunal Federal no ano de 1916, qualificou o instituto como “heteróclito” (HORBACH, 2007, p. 116), no que é acompanhado, mais recentemente, por Galuppo (2016, p. 36 e seguinte). Quanto ao ponto, é imprescindível citar trecho do voto proferido pelo Ministro Pedro Lessa naquela oportunidade, senão vejamos:

O impeachment, pois, tem um duplo caráter, é um instituto heteróclito. Se fosse meramente constitucional, não se compreenderia que, além da perda do cargo, ainda acarretasse a incapacidade para exercer qualquer outro. Se fosse meramente penal, não se explicaria a sujeição do presidente, ou representante do Poder Executivo, a outro processo e a outra condenação criminal (HORBACH, 2007, p. 116).

Por fim, Pontes de Miranda considera o instituto eminentemente penal: “no sistema jurídico brasileiro, em que a palavra impeachment se evidencia inadequada, os crimes de responsabilidade, no Império e na República, são crimes, são figura delituais penais” (1987, p. 355).

É interessante sublinhar, ainda, que a doutrina tem admitido, e isso está diretamente relacionado com o embate sobre a natureza jurídica do instituto, o “controle judicial da regularidade do processo de impeachment [...] tendo por objeto as alegações de cerceamento de defesa, desrespeito ao devido processo legal, de lesão ou ameaça de outros direitos constitucionais ou legais [...]” (SAMPAIO, 2002, p. 530).

Sob a égide da Constituição Federal de 1988 e de acordo com pesquisa efetuada junto ao sítio do Supremo Tribunal Federal, em aos menos três oportunidades

o Pretório Excelso debateu, ainda que *a latere*, a natureza jurídica do impedimento. Na primeira ocasião, no ano de 1990, ao julgar o MS 20941, o Ministro Aldir Passarinho, afirmou categoricamente que, embora predominantemente político, “não podem ser excluídos da apreciação do Poder Judiciário os atos que tendam à apuração dos crimes de responsabilidade que lhe dão causa”, e prossegue:

...que devem encontrar-se vinculados estritamente às normas constitucionais ou legais de natureza procedimental não lhe cabendo, porém, interferir nos critérios do poder discricionário quanto à oportunidade ou conveniência de tal apuração, nem adentrar no mérito do julgamento que a Constituição Federal limita à exclusiva competência do Senado Federal (...).

Essa conclusão foi a que prevaleceu na ocasião - conferir item 2 da respectiva ementa, *verbis*:

(...) 2. Preliminar de falta de jurisdição do Poder Judiciário para conhecer do pedido: rejeição, por maioria de votos, sob o fundamento de que, embora a autorização prévia para a sua instauração e a decisão final sejam medidas de natureza predominantemente política - cujo mérito é insusceptível de controle judicial - a esse cabe submeter a regularidade do processo de ‘impeachment’, sempre que, no desenvolvimento dele, se alegue violação ou ameaça ao direito das partes (...). (MS 20941, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/1990).

Voto vencido do Ministro Paulo Brossard que, coerente com sua linha de inteligência, concluiu que “o impeachment é um processo estranho ao Poder Judiciário, que começa e termina no âmbito parlamentar, por expressa disposição constitucional. Nele o Judiciário não interfere”.

É importante destacar que ficou assentado, nesse julgamento e segundo anotação de Bustamante (2016), que

o tribunal expressamente reconheceu que embora o juízo de mérito seja das Casas do Legislativo, a revisão da decisão do Parlamento, pelo Judiciário, pode ocorrer em circunstâncias excepcionais, “quando presente **induviosa ilegalidade** ou **abuso de poder**, aferível a partir de fatos absolutamente **certos e inequívocos**”. Compete ao Judiciário, como ressaltado na ementa do aludido julgado, não revisar o juízo de mérito realizado pelo Legislativo, mas garantir a regularidade formal do procedimento e o direito das partes envolvidas no processo, quando verificada a sua violação. (grifo no original)

No ano de 1992, novamente chamado a manifestação, o Relator, Ministro Carlos Velloso, após historiar minuciosamente o percurso do instituto no país, concluiu que, quer se considere de natureza unicamente política, quer se considere político-

penal, “certo é que o julgamento, que ocorrerá perante o Senado Federal, assim perante um Tribunal político, há de observar, entretanto, determinados critérios e princípios, em termos processuais, jurídicos” (STF, MS 21623-9, julgado em 17 de dezembro de 1992). Nessa mesma oportunidade, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, concluiu tratar-se de uma sanção político-administrativa, cujo objetivo é a proteção do princípio fundamental da separação de poderes. O *writ* foi conhecido, vencido o Ministro Paulo Brossard, e, por maioria, denegada a segurança.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal outra vez debruçou-se sobre a questão, por ocasião do julgamento da ADPF 378, sendo que o Relator Originário, Ministro Edson Fachin, conquanto vencido em outros pontos, assim sintetizou a controvérsia agora em análise:

1. O *impeachment* integra, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Lei 1.079/1950, o rol de procedimentos presentes no Estado Democrático de Direito, configurando-se em processo de índole dúplice, de natureza jurídico-política para o fim de examinar a imputação e definir a ocorrência ou não de crime de responsabilidade por parte de Presidente da República, devendo o Supremo Tribunal Federal assegurar a realização plena do procedimento nos estritos termos da lei e da Constituição.
2. O conteúdo do juízo exclusivamente político no procedimento de *impeachment* é imune à intervenção do Poder Judiciário, não sendo passível de ser reformado, sindicado ou tisdado pelo Supremo Tribunal Federal, que não deve adentrar no mérito da deliberação parlamentar.
3. Restringe-se a atuação judicial, na hipótese, à garantia do devido processo legal. A forma do procedimento de *impeachment* deve observância aos direitos e garantias do acusado, especialmente aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos pela Constituição da República e pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). (ADPF 378 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 07-03-2016 PUBLIC 08-03-2016, fls. 15/16).

Nesse último julgamento, vale destacar dois pontos.

O primeiro deles, o fato de o Ministro Teori Zavaski, em seu voto, afirmar tratar-se de um julgamento por ato ilícito, se não vejamos:

Em primeiro lugar, o julgamento por crime de responsabilidade do Presidente da República é um julgamento que se faz no Congresso, e não no Poder Judiciário. Trata-se de um julgamento de um ato ilícito, mas que é feito excepcionalmente, não por um órgão do Poder Judiciário, mas pelo Poder Legislativo. Isso tem algumas implicações. Eu não diria que se trata de um julgamento político, mas de um modo diferente de interpretar a Lei. Obviamente que a interpretação da Lei por um parlamentar é diferente do olhar que um juiz lança a determinadas circunstâncias. Assim também ocorre nos processos de competência do Júri. Enfim, a Constituição atribuiu ao Poder Legislativo o julgamento do Presidente da República por crimes de

responsabilidade.

A intervenção do Poder Judiciário, como está acontecendo agora, tem, portanto, um domínio limitado: é o da defesa da ordem constitucional. Dessa defesa da Constituição, obviamente, não se pode furtar o Poder Judiciário. Esse é o segundo critério, portanto, que baliza o meu voto. (ADPF 378 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 07-03-2016 PUBLIC 08-03-2016, fl. 197).

O segundo diz respeito ao eventual caráter eminentemente político do juízo de admissibilidade pela Câmara dos Deputados, tal qual constou do voto do Relator para Acórdão, Ministro Roberto Barroso, para quem “a Câmara exerce, assim, um juízo eminentemente político sobre os fatos narrados, que constitui condição para o prosseguimento da denúncia (idem, item 1.1 da ementa, fl. 3).

7. O TRIBUNAL DO IMPEACHMENT PODE EMITIR UM JUÍZO ALHEIO AO DIREITO (POLÍTICO)?

Fixadas estas premissas conceituais, é possível avançar para uma análise do modelo constitucional de procedimento do impeachment. Antes, porém, uma observação importante: para Luhmann (1980), assim como para Habermas (2003 e 2012), o procedimento é condição de legitimidade para a eventual decisão, seja política ou jurídica.

A legitimidade é o mecanismo pelo qual os sistemas jurídicos adquirem um componente mínimo de autoridade que os tornam aceitos perante determinada comunidade independentemente do uso da força. Sucede que em Luhmann (1980) a legitimação não pode se dar nem pela aceitação de uma determinada ordem, nem pela via dos princípios e dos valores, nem, sobretudo, no ambiente e em outros sistemas, devido à autorreferenciabilidade dos sistemas funcionais. Não há *input* nem *output* direto entre o entorno e o sistema, de modo que a legitimidade precisa ser encontrada internamente, na clausura operacional. A legitimidade deriva, ao contrário, de um suposto consenso, a partir da institucionalização de procedimentos de decisão vinculantes.

A proposta luhmanniana (1980) reside na legitimação pelo procedimento. No procedimento judicial (programado), diante de uma frustração de uma generalizada expectativa de conduta (inobservância da norma), o juiz emite uma resposta normativa, que consiste na aplicação da sanção ou consequência prevista. No caso do procedimento legislativo (programante), em face de idêntica frustração, cabe uma

resposta cognitiva, e com isso uma mudança de programa (modificação normativa) ou ênfase nos mecanismos vinculantes.

A legitimidade, afirmou Luhmann (1980, p. 30), está na "disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância", o que torna efetiva a função do sistema jurídico de implementação fática do Direito. E o mecanismo utilizado para tal mister é o procedimento adrede concebido que contemple os atributos procedimentais para possibilitar a institucionalização do Direito na dimensão social de sentido e a conseqüente generalização das expectativas normativas.

Em Habermas (2003, p. 215-216),

[...] o direito procedimentalista depende de uma fundamentação moral de princípios, e vice-versa, não é mera suposição sem fundamentos. A legalidade só pode produzir legitimidade na medida em que a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito, a saber, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica permeáveis a discursos morais [...]. Os procedimentos oferecidos pelas teorias da justiça para explicar como é possível julgar algo sob o ponto de vista moral só têm em comum, o fato de que a racionalidade dos procedimentos deve garantir a 'validade' dos resultados obtidos conforme o processo.

Na Constituição de 1988, encontramos as regras fundamentais do procedimento a ser seguido no processo de impeachment presidencial, tais como a definição da competência privativa do Senado Federal para o julgamento (arts. 52 e 86), as condutas que caracterizam crime de responsabilidade (art. 85) e o *iter* do processo, desde a admissão pela Câmara dos Deputados, até o julgamento pelo Senado Federal (art. 86). Vale lembrar que compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento do Presidente pela prática de infrações penais comuns (art. 86, I e II). Atestando a natureza dúplice do instituto, na linha antes referida, no caso do impeachment da Presidente Dilma Rousseff, coube ao Supremo Tribunal Federal, na ADPF 378, ao definir o rito a ser obedecido pelo processo de impeachment, estabelecer os parâmetros para o exercício do devido processo legal.

É certo que as casas legislativas, que detém privativamente a competência para admitir a denúncia e julgar o presidente da república nos crimes de responsabilidade, estão obrigadas a seguir o rito estabelecido (devido processo legal), não podendo alterá-lo nem tampouco excepcionar a sua aplicação.

Na ADPF n. 378, o STF estabeleceu objetivamente a sequência do iter procedimental a ser observado em cada uma das Casas do Legislativo para a concretização do impeachment. Como previsto nos artigos 51, I, e 52, I, da Constituição Federal, compete à Câmara dos Deputados “autorizar” o Senado a julgar e ao Senado Federal, “processar e julgar” o Presidente da República por crime de responsabilidade.

Ficou assentado também que a competência da Câmara envolve, portanto, “um juízo eminentemente político sobre os fatos narrados, que constitui condição para prosseguimento da denúncia”, enquanto a competência do Senado abrange o “julgamento inicial de instauração ou não do processo, isto é, de recebimento ou não da denúncia autorizada pela Câmara”, e o julgamento final de mérito sobre o crime de responsabilidade.

Vê-se, portanto, que há um juízo político que envolve análise discricionária de conveniência e oportunidade acerca da autoria e da gravidade dos fatos atribuídos à autoridade, e um juízo jurídico sobre a subsunção destes fatos às normas jurídicas.

A polêmica ganha fôlego devido à função anômala, mas justificável, conferida às Casas Legislativas, para atuarem como tribunal do impeachment, impondo-se estabelecer a distinção entre a formação (política) do órgão julgador e o critério de julgamento (político-jurídico) que será empregado. Bustamante (2016) parece tocar no busílis da questão:

não cabe confundir a questão da natureza do impeachment ou o critério utilizado para seu julgamento – que é evidentemente jurisdicional, na medida em que o impeachment é ato de aplicação do direito, é dizer, de imposição de uma sanção por descumprimento de dever legal, obedecendo ao código binário do “lícito/ilícito”, no dizer de Luhmann – com a questão acerca da autoridade, é dizer, de qual instituição tem o direito de decidir determinada controvérsia constitucional.

8. O RE-ENTRY DO DIREITO NA POLÍTICA

Quanto ao mérito das decisões a serem tomadas, também a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, enquanto tribunais do impeachment, estarão jungidos aos pressupostos de condenação definidos pelo Direito. É na Constituição que devem estar fundamentadas as decisões das casas legislativas. Na verdade, as decisões jurídicas estão em todas as decisões que usam o direito como sistema de referência, quer dizer, em todas as decisões que decidem algo com base na diferença entre estar em conformidade com o direito ou não estar em conformidade com o Direito.

E esta contingência – a decisão política com base no Direito – se deve ao fato de que também o sistema político está vinculado às leis que edita. A Política cria o Direito sob a condição de que ela proceda de acordo com ele. A Constituição consubstancia um instrumento de limitação das influências recíprocas entre o Direito e a Política: o Direito serve à política como instrumento de realização dos objetivos políticos e ao mesmo tempo a política serve ao Direito como fonte para as decisões judiciais.

Os sentidos jurídico e político da Constituição são, portanto, diferentes. E isso permite um desenvolvimento autônomo da política e do direito da sociedade. Permite, por exemplo, que o sistema político se valha do Direito para justificar seu poder e, ao mesmo tempo, que o Direito se valha do poder político para impor coletivamente suas decisões (SIMIONI, 2008, p. 95).

Na medida em que o sistema político se encontra estreitamente acoplado ao sistema jurídico, torna-se possível, com a regulação da Constituição, que funcione como umnexo entre ambos os sistemas, o seu entendimento e reprodução. A Constituição, de um vértice, amarra o sistema político ao direito, com a consequência de que o comportamento contrário ao direito induz o fracasso político e, por outro lado, permite que o sistema político, pela via legislativa, supra com novidades o sistema do direito.

Para a teoria dos sistemas, diante da interação simultânea entre os diversos subsistemas, pode haver uma espécie de “empréstimo operacional”, ou seja, tanto operações políticas, jurídicas, econômicas, religiosas e científicas poderiam ser trocadas entre si, para a tomada de decisões.

O Estado Democrático Constitucional de Direito, valor supremo com assento na Constituição da República, funciona como elemento fundamental na conformação da política. O acoplamento estrutural entre direito e política por meio do Estado Constitucional torna possível, em ambos os lados (no sistema político e no sistema jurídico), graus de liberdade superiores, portanto, uma considerável aceleração da dinâmica própria de cada um desses sistemas. Na perspectiva de Luhmann, “Política e Direito têm sido conciliados sob a forma do “Estado de Direito”. Isto tem permitido ao direito externalizar seu próprio paradoxo e o esquecer no caminho da política” (ARNAUD E LOPES, 2004, p. 89).

Mas a Constituição não aniquila a política, senão que apenas a coloca dentro de uma moldura constitucional. Grimm (2006, p. 10-11) mostrou que a regulamentação da política pelo direito constitucional também se encontra limitada em seu alcance.

As Constituições podem fixar condições para decisões políticas, mas não lhes é possível normatizar antecipadamente também o insumo para o processo decisório. Convicções, interesses, problemas e iniciativas precedem à volição organizada pelo direito constitucional. O direito constitucional só os canaliza a partir de um determinado estágio, mas influencia com isso, diretamente, também as etapas decisórias precedentes.

Neves (2012, p. 89), pioneiramente, sustenta que o código do sistema jurídico, diferença entre "lícito ou ilícito", representa um segundo código para o sistema político. Portanto, a decisão política não pode deixar de levar em conta o direito.

No entanto, a autonomização do sistema político, a saber, a emergência do modelo de circulação dinâmica do poder no lugar da estrutura hierárquica das relações entre dominadores ("de cima") e dominados ("de baixo"), só se torna viável quando o código de preferência do direito passa a ser relevante no interior do próprio sistema político. Tendo em vista que o poder é "por natureza" difuso e flutuante, só com a ajuda da distinção entre poder lícito e ilícito se põe um claro *ou* disjuntivo no âmbito da própria política. Ao lado da distinção primária "poder/não-poder", o esquema binário "lícito/ilícito" passa a desempenhar, na perspectiva de observação do sistema político, o papel de segundo código do poder. Só a partir dessa inserção do código de preferência jurídico no interior do sistema político, este se constitui como circulação dinâmica e generalizada de poder, afirmando-se autonomamente perante as pressões particularistas e os fatores imediatos do seu ambiente social.

No modelo teórico sistêmico, o Estado de Direito pode ser definido, em princípio, como relevância da distinção entre lícito e ilícito para o sistema político. Isso significa que "todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao direito". Não implica, porém, uma indiferenciação do político sob o jurídico. O que resulta é uma interdependência entre esses sistemas. Da presença do segundo código não decorre a superposição das preferências "poder" e "lícito" ou "não-poder" (*Ohnemacht*) e "ilícito", mas sim que "as disjunções poder/não-poder e lícito e ilícito referem-se reciprocamente". Assim como as decisões políticas subordinam-se ao controle jurídico, o direito positivo não pode prescindir, por exemplo, de legislação controlada e deliberada politicamente.

A questão é: que mecanismo possibilitaria, sem corrupção do Sistema Político, sua adequação em relação ao mundo do Direito, adequação essa que não pode ser alcançada através de um passeio da Política pelo mundo exterior, mas somente dentro da Política.

Esse mecanismo é o *re-entry* do político no jurídico². O *re-entry* faz com que o sistema deixe de ser calculável por si mesmo, ele se encontra em um estado de indeterminação que tem como base não a imprevisibilidade da influência externa

² *Re-entry* é um mecanismo pensado por Spencer-Brown, adaptado por Luhmann e, depois, desenvolvido na prática por Teubner (2001) para possibilitar a abertura cognitiva dos sistemas operacionalmente fechados ao mundo exterior, sem se corromperem utilizando códigos binários alheios.

(variável independente), mas o próprio sistema, que pode sair dessa situação somente através de uma memória que disponibilize para ele resultados de seleções feitas no passado.

Enquanto as operações políticas constroem, com o auxílio de sua sequencialização, uma fronteira entre a Política e o Direito, entre comunicação política e outras formas de comunicação social, as auto-observações políticas utilizam a dupla diferenciação: “poder e não poder/direito/não direito”, só que dentro do mundo simbólico da Política. Sempre que a diferenciação “poder e não poder” entra novamente na sequência de operações políticas, e que a argumentação Política é colocada em posição de ser capaz de diferenciar entre normas e fatos, entre atos políticos internos e atos sociais externos, entre conceitos políticos e conceitos jurídicos, bem como entre construções internas da realidade de processos políticos e jurídicos, então é chegado o momento em que o discurso da Política debate uma decisão sobre essas diferenciações e lança a questão sobre se elas consideram os aspectos do mundo do Direito (entorno social para a Política) da mesma forma como eles foram internamente reconstruídos.

O resultado do *re-entry* é a criação de um “espaço imaginário” – expressão empregada por Teubner (2001) – dentro da Política, que compreende a si mesmo, porém, como realidade jurídica. O tribunal político só pode operar na política dentro desse espaço imaginário, que emerge através do *re-entry* do Direito, através da reconstrução política interna da juridicidade.

Uma segunda questão derivada diz respeito à possibilidade de a decisão “política” das casas legislativas sofrer o controle judicial. Pela teoria de Brossard (1992), como se viu, não haveria a possibilidade de qualquer ingerência judicial no juízo político do impeachment. Ocorre que o juízo do impeachment, pelo que se concluiu neste ensaio, é um juízo híbrido (político-jurídico).

A nosso ver, a consequência fundamental de o juízo de impeachment ser político-jurídico, será a possibilidade de controle judicial para o caso de a decisão fazer-se puramente política. Não teria sentido que o dever de obediência ao direito, que tem um caráter dúplice, consubstanciando direito subjetivo da autoridade submetida ao processo de impeachment, não fosse acompanhado de um meio adequado de tutela (garantia), que é a jurisdicional (art. 5º, XXXV, CR).

Um exame mais acurado acerca dos limites e as condições para o exercício da garantia do controle jurisdicional do processo de impeachment no concernente à sua

juridicidade, diante o alargamento proposto das atribuições já definidas pelo STF, é tema demasiado amplo e não teria espaço no limite deste artigo.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O paradigma contemporâneo é sistêmico enquanto o paradigma da modernidade era linear e mecanicista (cartersiano). Ao invés da relação de causa e efeito, tem-se a interação; ao invés da previsibilidade, tem-se a possibilidade; ao invés do observador isento, tem-se o observador que interfere; ao invés da competição, tem-se a colaboração; ao invés da autoria, tem-se a coautoria; ao invés da especialidade, tem-se a interdisciplinariedade. Em um mundo sistêmico, não se pode escapar da coautoria e da conseqüente corresponsabilidade para uma convivência social harmoniosa: todos são responsáveis pelo todo e, ao mesmo tempo, pelas partes que o compõem.

Quando se diz que o julgamento do impeachment é eminentemente político, o que se está afirmando é que o perfil dos tribunais (casas legislativas) é político, mas isso não representa que o seu juízo (julgamento) possa abandonar o direito; que ele possa ser levado a cabo tomando-se em conta apenas a diferença da referência binária governo ou oposição (poder ou não poder), porque isso seria atentatório contra o Estado Constitucional de Direito.

Embora a diferença referencial das decisões políticas nunca possa ser olvidada, assim como os tribunais podem lançar mão de suplementos estranhos ao direito para decidir, a política não só pode como deve decidir juridicamente quando investida da condição de tribunal.

Da mesma forma como ocorre no tribunal do júri, composto por juízes leigos, a recorribilidade aos suplementos do direito constitui uma obrigação ao tribunal do *impeachment*. Quem está preparado para fazer a lei, não pode alegar a ignorância jurídica, de rigor, inescusável mesmo ao leigo no direito.

O julgamento do processo de impeachment conforme o direito constitui garantia fundamental da autoridade acusada do cometimento de crime de responsabilidade, cuja violação não pode ficar alheia à tutela jurisdicional em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (orgs). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. A catalepsia do “impeachment”. In. **Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Oscar Tenório**. Rio de Janeiro: Imprensa, 1977, p. 103/118.

BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria geral dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1973.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O processo de impeachment e as esferas de autorização pela Câmara dos Deputados. Limites e possibilidades de controle judicial. In: **Empório do direito**. Em: < <http://emporiiododireito.com.br/parecer-juridico-por-thomas-da-rosa-de-bustamante/>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Tradução Newton R. Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. O rito político-administrativo do « impeachment ». In. **Revista Justitia**, São Paulo : v. 26, n. 47, 1964.

_____. Natureza jurídica do impeachment no Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo : ano 54, v. 355, maio de 1965.

FAVER, Marcus. Impeachment: evolução histórica, natureza jurídica e sugestões para aplicação. In. **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 271, p. 319/343, jan./abr. 2016.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1992.

FORTUNATO BIM, Eduardo. As possibilidades de cumulação dos crimes de responsabilidade (impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas. In. **Revista de Direito do Estado**. Ano 2, n. 5, p. 197/241, jan./mar. 2007.

GALINDO, Bruno. **Impeachment: à luz do constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Impeachment: o que é, como se processa e por que se faz**. São Paulo: D’Plácido, 2016.

GRIMM, D. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade I e II**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo I e II: sobre a crítica da razão funcionalista**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes: 2012.

HORBACH, Carlos Bastide. **Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

IZUZQUIZA, Ignácio. **La sociedad sin hombres**. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo. 2. ed. Barcelona: Anthropos Editorial, 2008.

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

_____. **Sociologia do direito**. Vol. I. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do direito**. Vol. II. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução Peter Naumann e Vera Jacob de Fradera. **Revista AJURIS**. Porto Alegre. nº 49, ano XVII, Julho, 1990, p. 149-168.

_____. **Teoría política em el Estado de Bienestar**. Tradução para o Espanhol de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Universidad, 1993.

_____. **Poder**. Tradução de Luz Mónica Talbot e Darío Rodríguez Mansilla. México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1995.

_____. **Sistemas Sociales**: Lineamentos para una teoría general. Rudí (Barcelona): Anthopos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA - Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

_____. **El derecho de la sociedad**. Tradução Javier Torres Narrafate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Ed. Herder/Universidad Iberoamericana, 2007.

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução Ana C. Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **Árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal**. Campinas: Millenium, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. t. III. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NASCIMENTO, Ricardo de Castro. Casos Andrew Johnson e Bill Clinton: o Impeachment nos Estados Unidos. In. **Carta Forense**: São Paulo, p. A16, jul de 2016.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O estado democrático de

direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Pioneira, 1974.

_____. **El sistema social**. Madri: Alianza, 1984.

PIMENTA BUENO, Jose Antonio. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1957.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O 'impeachment'**. São Paulo: Saraiva, 1992.

PRIGOGINE, Ilya. **Las leyes del caos**. Trad. Juan Vivanco. Barcelona: Crítica, 2004.

_____. **O fim das certezas**. São Paulo: Trad. Roberto Leal Ferreira, São Paulo: UNESP, 1996.

REALE, Miguel. Impeachment: conceito jurídico. **Revista dos Tribunais**: São Paulo, a. 54, v. 355, maio 1965.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

_____. **A produção autopoietica do sentido do direito**. Revista Direitos Culturais. Santo Ângelo, vol. 4, n. 7, p. 13-26, jul/dez 2009b.

_____; AZEVEDO, Guilherme. Notas para uma teoria da organização e da decisão jurídica autopoietica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD**, n. 4 (2): jul/dez 2012a, p. 193-212.

_____; DUARTE, Francisco Carlos. **O direito e o tempo social**. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Coord.). **A construção sociojurídica do tempo: teoria do direito e do processo**. Curitiba: Juruá, 2012b.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. Constituição, estado constitucional e paradoxo. Minas Gerais: **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Edição Especial, 2008, p. 79-85.

_____. Poder e autopoiese da política em Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade**

de Direito do Sul de Minas Pouso Alegre, v. 27, jul/dez. 2008, p. 119-129.

_____; PEREIRA, Henrique M. Koppe. A decisão jurídica em Niklas Luhmann: operação, diferença e abertura. **Anais do CONPEDI**, São Paulo – SP, 04-07 nov. 2009, p. 6499-6513.

SPENCER-BROWN, G. **Law of form**. New York: Julien Press, 1972.

TEUBNER, Gunther. Juridificação: noções, características, limites, soluções. **Revista de Direito e Economia, Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Econômicos**. Ano XIV, Coimbra, 1988, p. 1-39.

_____. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. **Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation**. Bélgica: Bruylant/L.G.D.J, Paris, 1996.

_____. Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno. In: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Traducción Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, p. 82-152.

_____. Justiça auto-subversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito? **Revista Eletrônica do Direito**, Curso de Direito da PUC Minas Serro, n. 4, 2001, p. 17-54.

_____. “Altera Pars Audiatur”: o direito na colisão de discursos. In: ALVES, J. A. Lindegren (et al). **Direito e cidadania na pós-modernidade**. Piracicaba-SP, UNIMEP, 2002.

_____. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba-SP: UNIMEP, 2005.

Recebido em 14/09/2016
Aprovado em 24/10/2016
Received in 14/09/2016
Approved in 24/10/2016