

MARCELO NEVES

# CONSTITUIÇÃO E DIREITO NA MODERNIDADE PERIFÉRICA

UMA ABORDAGEM TEÓRICA E UMA INTERPRETAÇÃO  
DO CASO BRASILEIRO

TRADUÇÃO DO ORIGINAL ALEMÃO POR ANTÔNIO LUZ COSTA

REVISÃO TÉCNICO-JURÍDICA DE EDVALDO MOITA,  
COM A COLABORAÇÃO DE AGNES MACEDO

PREFÁCIO ORIGINAL DE NIKLAS LUHMANN

*Esta obra foi publicada originalmente em alemão com o título  
VERFASSUNG UND POSITIVITÄT DES RECHTS IN DER PERIPHEREN  
MODERNE: EINE THEORETISCHE BETRACHTUNG UND EINE  
INTERPRETATION DES FALLS BRASILIEN*

*por Duncker & Humblot, Berlim, Alemanha, 1992.*

*Copyright © 2018, Editora WMF Martins Fontes Ltda.*

*São Paulo, para a presente edição.*

*Todos os direitos reservados. Este livro não pode ser reproduzido, no todo ou  
em parte, armazenado em sistemas eletrônicos recuperáveis nem transmitido  
por nenhuma forma ou meio eletrônico, mecânico ou outros, sem a prévia  
autorização por escrito do editor.*

**1ª edição 208**

Tradução *Antônio Luz Costa*

Acompanhamento editorial *Helena Guimarães Bittencourt*

Revisões *Ana Paula Luccisano, Letícia Braun e Marisa Rosa Teixeira*

Produção gráfica *Geraldo Alves*

Paginação *Renato de Carvalho Carbone*

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Neves, Marcelo

Constituição e direito na modernidade periférica : uma abordagem teórica  
e uma interpretação do caso brasileiro / Marcelo Neves ; tradução do original  
alemão por Antônio Luz Costa ; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita ; com a  
colaboração de Agnes Macedo ; prefácio original de Niklas Luhmann. – São Paulo :  
Editora WMF Martins Fontes, 2018. – (Biblioteca jurídica WMF).

Título original: *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne :  
eine theoretische Betrachtung und eine interpretation des Falls Brasilien.*  
ISBN 978-85-469-0205-7

1. Brasil – Constituição 2. Constituição 3. Direito positivo 4. Luhmann, Niklas,  
1927-1998 5. Teoria dos sistemas I. Moita, Edvaldo. II. Macedo, Agnes. III. Luhmann,  
Niklas. IV. Título.

18-13813

CDU-342

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito constitucional 342

Todos os direitos desta edição reservados à

**Editora WMF Martins Fontes Ltda.**

Rua Prof. Laerte Ramos de Carvalho, 133 01325-030 São Paulo SP Brasil

Tel. (11) 3293.8150 Fax (11) 3101.1042

e-mail: [info@wmfmartinsfontes.com.br](mailto:info@wmfmartinsfontes.com.br) <http://www.wmfmartinsfontes.com.br>

## SUMÁRIO

*Nota do tradutor, XI*

*Prefácio à edição brasileira (2018), XIII*

*Prefácio à edição alemã, XVII*

*Introdução, 1*

### PRIMEIRA PARTE • UMA ABORDAGEM TEÓRICA

#### CAPÍTULO I. POSITIVAÇÃO DO DIREITO, 7

1. A dicotomia tradição/modernidade, 7
2. Direito positivo: uma expressão ambígua, 16
3. Positivização do direito (Luhmann), 22
  - 3.1. O direito no contexto do sistema da sociedade, 23
  - 3.2. O desenvolvimento para a positivação do direito, 27
  - 3.3. Positividade como decidibilidade e alterabilidade do direito, 30
  - 3.4. Positivização do direito e juridificação, 36
  - 3.5. Os pressupostos político e econômico da positivação do direito, 39
  - 3.6. O “impasse” na evolução do direito positivo, 40
4. Positividade como autodeterminação do direito (Luhmann), 41
  - 4.1. Sistemas sociais como sistemas autorreferentes, 41
  - 4.2. A diferenciação do código do direito. Positividade como combinação de fechamento normativo e abertura cognitiva do direito, 46
  - 4.3. Positividade do direito e abordagens pós-modernistas, 52



gativamente pela exclusão prática de muitos da participação em todos os sistemas funcionais, considerando-se que uma exclusão (sem identidade, sem trabalho, sem alimentação regular, sem educação fundamental, sem atendimento hospitalar, sem garantia de nada para viver) traz consigo, forçosamente, as outras respectivas exclusões. Assim também o direito, em ambos os níveis positivo e negativo dessa integração, não encontra apoio nas atitudes e expectativas da população. *E atitudes são sempre mais fortes do que textos.*

Espera-se que o livro de Marcelo Neves não seja lido apenas como informação sobre as relações jurídicas um tanto exóticas em um país da modernidade periférica, mas também sirva de estímulo para se refletir em que tipo de sociedade vivemos hoje.

Niklas Luhmann

## INTRODUÇÃO

No presente trabalho pretende-se abrir, no campo de tensão que envolve a teoria constitucional e a sociologia jurídica, uma discussão interdisciplinar sobre o problema do desenvolvimento constitucional e jurídico dos países periféricos. Como este estudo tem pretensões interdisciplinares e, além disso, é desenvolvido em dois níveis diferentes de argumentação – um abstrato, teórico-geral (primeira parte), e outro concreto, focalizado no caso brasileiro (segunda parte) –, exige-se o manuseio de abordagens muito heterogêneas. Porém, dele não deve resultar, absolutamente, uma dispersão eclética. Serve de ideia-diretriz a confrontação dos conceitos de Constituição e positividade do direito no âmbito do aparato conceitual da teoria dos sistemas de Luhmann com a realidade jurídica e constitucional das sociedades periféricas. Também não se trata de uma refutação nem de uma confirmação da construção teórica altamente abstrata de Luhmann, mas sim de um questionamento crítico de sua concreta aplicação ou dos limites de sua aplicação: a advertência sobre transferências levianas para os países periféricos de uma teoria que ganha plausibilidade empírica quando se tem em vista as sociedades centrais da Europa Ocidental e da América do Norte. Contudo, na medida em que se trata de uma única sociedade, a sociedade mundial, e, ao mesmo

tempo, questiona-se a plausibilidade empírica da construção conceitual, a exposição que segue contém “irritações” para o modelo luhmanniano de diferenciação sistêmica funcional (horizontal) como princípio dominante da sociedade moderna (mundial) e, com isso, para a sua concepção de positividade do direito.

Por outro lado, a sociologia luhmanniana do direito é empregada como antídoto à tendência para o sociologismo jurídico nos países periféricos. A jurisprudência sociológica pode contribuir apenas para a dissolução da autonomia do sistema jurídico ou promover sua desdiferenciação. De maneira nenhuma ela pode conduzir à solução adequada do problema. Neste trabalho, parte-se do entendimento de que o problema da função e prestação do sistema jurídico sob condições de subdesenvolvimento reside antes no seu insuficiente fechamento operacional perante o ambiente com o qual ele se confronta do que no seu fechamento cognitivo.

Este livro está dividido em duas partes. Na primeira, faço reflexões sobre os conceitos de positividade do direito (Cap. I) e Constituição (Cap. II). Essas reflexões são realizadas considerando-se principalmente o modelo luhmanniano, embora ele seja posto em relação com outras constelações teóricas (Cap. I.1, Cap. II.3 e 4) e se tomem em conta concepções usuais do direito positivo e da Constituição para fins de precisão semântica (Cap. I.2, Cap. II.1). A partir desses pressupostos conceituais, desenvolve-se uma discussão teórica geral sobre a relevância do direito positivo e da Constituição para as “sociedades periféricas”, que fazem parte da sociedade moderna (mundial) (Cap. III).

Na segunda parte, o caso brasileiro será interpretado à luz dessa abordagem teórica. Primeiramente, será apresentada uma visão panorâmica do “desenvolvimento constitucional” no Brasil (Cap. IV); a esse respeito, referências a acontecimentos e fontes bibliográficas serviram, no original, de informação principalmente ao leitor ale-

mão. Em íntima conexão com a teoria dos sistemas luhmanniana serão tratados, por fim, os problemas da heterorreferência e autorreferência do sistema jurídico na experiência brasileira, com base nos conceitos de função (Cap. V.1), prestação (Cap. V.2) e reflexão (Cap. VI). Especialmente para a segunda parte, foram ainda incluídas algumas notas preliminares (pp. 159-67).

Este estudo não foi concebido como resultado final de reflexões teóricas, mas como ponto de partida para uma abordagem teórica sobre a bifurcação do desenvolvimento dos sistemas jurídico e constitucional no “centro” e na “periferia” da sociedade *moderna*.

PRIMEIRA PARTE

UMA ABORDAGEM TEÓRICA

## CAPÍTULO I

### POSITIVAÇÃO DO DIREITO

#### 1. A DICOTOMIA TRADIÇÃO/MODERNIDADE

Uma vez que o conceito de “positivação do direito” está estreitamente associado ao de “sociedade moderna”<sup>1</sup>, justificam-se aqui algumas observações preliminares sobre a dicotomia “sociedade tradicional/sociedade moderna”<sup>2</sup>.

No que se refere aos clássicos da sociologia, os conceitos de “comunidade” e “sociedade” de Tönnies já serviam como problematização para as discussões posteriores sobre a modernidade. Partindo dos conceitos psicológicos de “vontade essencial” e “vontade arbitrária”<sup>3</sup>, Tönnies apresenta, entre outras, as seguintes características para distinguir a (“antiga”) comunidade, com “formação orgânica”, da (“nova”) sociedade, com “formação mecânica”<sup>4</sup>: 1) *comunhão essencial versus separação essencial dos seres humanos*<sup>5</sup>; 2) *atividades orientadas com respeito a sentimentos versus atividades*

<sup>1</sup> Cf., por exemplo, Luhmann, 1981b.

<sup>2</sup> Em relação ao modo de vida hodierno, pode-se aqui, apoiando-se em Offe (1986), empregar a expressão “critério de qualidade” [“Gütekriterium”], sem, no entanto, assumir suas implicações “normativas”.

<sup>3</sup> Cf. Tönnies, 1979: 73 ss.

<sup>4</sup> Cf. Tönnies, 1979: 3-6.

<sup>5</sup> Tönnies, 1979: 34.



orientadas com respeito a fins<sup>6</sup>; 3) fechamento *versus* abertura<sup>7</sup>; 4) referência ao passado *versus* referência ao futuro<sup>8</sup>. Abstraindo-se do psicologismo<sup>9</sup>, do pessimismo<sup>10</sup> e do fatalismo<sup>11</sup> como características intrínsecas da obra de Tönnies, é de se observar que, em sua contribuição, encontram-se formas embrionárias dos conceitos de “diferenciação social”, “racionalidade-com-respeito-a-fins” e “abertura para o futuro”, os quais foram mais tarde desenvolvidos pelas ciências sociais. Especialmente os conceitos de “comunhão” e “separação” já forneciam elementos para as discussões atuais sobre a carência contemporânea de orientação comportamental homogênea.

Mediante a diferença entre solidariedade mecânica, protegida pelo “direito repressivo”, e solidariedade orgânica, protegida pelo “direito restitutivo”, expressou-se em Durkheim a dicotomia tradição/modernidade<sup>12</sup>. Enquanto a primeira estaria fundada em semelhanças e envolveria o tipo segmentário de estruturas sociais<sup>13</sup>, a última, ao contrário, pressuporia dessemelhanças<sup>14</sup>, dependeria da divisão do trabalho<sup>15</sup> e corresponderia ao tipo “organizado” de

<sup>6</sup> Tönnies, 1979: 74, 106 ss.

<sup>7</sup> “Toda a convivência íntima, privada, familiar, exclusiva (assim entendemos) é compreendida como vida em comunidade. Sociedade é o público, é o mundo” (Tönnies, 1979: 3).

<sup>8</sup> Cf. Tönnies, 1979: 73.

<sup>9</sup> Cf. Blüm, 1967: 77 ss.

<sup>10</sup> Cf. Blüm, 1967: 111. Sobre a troca de correspondência entre Tönnies e H. Höffding acerca da questão do pessimismo social, ver Jacoby, 1971: 72 ss. Ver também a primeira carta de Höffdings a Tönnies (de 02/07/1888) e a resposta de Tönnies a Höffding (de 10/1888), em Blüm, 1967: 145-57.

<sup>11</sup> Cf. Blüm, 1967: 112-4.

<sup>12</sup> Cf. Durkheim, 1986: 35-102 (Livro I, Caps. 2 e 3).

<sup>13</sup> Cf. Durkheim, 1986: 149-57 (Livro I, Cap. 6, seção I).

<sup>14</sup> “Todavia, nem toda dessemelhança é suficiente para produzir esse efeito. [...] Logo, só as diferenças de certo gênero tendem assim uma para a outra; são as que, em vez de se oporem e se excluírem, completam-se mutuamente” (Durkheim, 1986: 18). Cf., em sentido contrário, Souto, 1984: 58-9.

<sup>15</sup> “Mas a divisão do trabalho não é específica do mundo econômico; pode-se observar sua influência crescente nas regiões mais diferentes da sociedade” (Durkheim,

estruturas sociais<sup>16</sup>. Em consonância com sua perspectiva evolucionária, Durkheim fala de preponderância progressiva da solidariedade orgânica<sup>17</sup>. Esse processo evolutivo teria, em primeira linha, um significado moral: “[...] os serviços econômicos que ela [a divisão do trabalho] pode prestar são pouca coisa em comparação com o efeito moral que ela produz, e sua verdadeira função é criar um sentimento de solidariedade entre duas ou várias pessoas”<sup>18</sup>. A esse respeito, surge a crítica luhmanniana ao fundamento moral do conceito de divisão do trabalho em Durkheim<sup>19</sup>. “O que é mais surpreendente”, assim discorre Luhmann, “o que surpreende sobretudo em uma teoria desenvolvida após Karl Marx, é que os efeitos do *mecanismo monetário* em neutralizar a moral na interação permaneçam fora de consideração”<sup>20</sup>. Esse “ponto cego”, o deixar fora do foco de análise as consequências da divisão moderna do trabalho para a neutralização da moral, estaria relacionado com o fato de a solidariedade orgânica ainda constituir um mecanismo tradicional: “Para Luhmann, [...] essa solidariedade ainda estabelece normas sociais que, embora sejam altamente generalizadas, são comuns a todos os subsistemas...”<sup>21</sup> Contudo, no que se refere ao conceito de modernidade, a concepção clássica

1986: 2). “Por um lado, Durkheim equipara a diferenciação social, ainda como no século XIX, à divisão do trabalho, mas, por outro lado, demole este conceito, por exemplo, mediante a assimilação da diferença funcional dos papéis [dos gêneros] sexuais” (Luhmann, 1984a: 111, nota 30).

<sup>16</sup> Cf. Durkheim, 1986: 157-67 (Livro I, Cap. 6, seção II). Cabe observar aqui que, com os conceitos de “mecânico” e “orgânico”, Durkheim, ao contrário de Tönnies, refere-se, respectivamente, ao antigo e ao novo. O fato de Durkheim mostrar-se otimista e Tönnies pessimista em relação à era moderna pode ser explicado pela recepção, por ambos, do então influente organicismo moral, combinado com a interpretação das estruturas sociais modernas, respectivamente, como orgânicas ou mecânicas.

<sup>17</sup> Cf. Durkheim, 1986: 119-76 (Livro I, Caps. 5 e 6).

<sup>18</sup> Durkheim, 1986: 19.

<sup>19</sup> Cf. Luhmann, 1977: espec. 25 ss.

<sup>20</sup> Luhmann, 1977: 31-2

<sup>21</sup> Teubner, 1982: 46.



durkheimiana de divisão do trabalho contribuiu para a colocação do problema, não para a sua solução<sup>22</sup>. Sob essa perspectiva, pode-se entender melhor a relevância de Durkheim para a posterior construção científico-social do conceito de “diferenciação social” como característica da modernidade.

A abordagem weberiana da modernidade acentua o processo de racionalização da sociedade. Conforme os diferentes motivos determinantes, o agir social distingue-se como tradicional, afetivo, racional-com-respeito-a-valores ou racional-com-respeito-a-fins<sup>23</sup>. Aos dois primeiros tipos (irracionais) corresponde a relação social “comunitária” (*Vergemeinschaftung*); aos dois últimos (racionais), a relação social “associativa” (*Vergesellschaftung*)<sup>24</sup>. No que se refere ao agir racional, trata-se, porém, de um escalonamento, na medida em que o agir racional-com-respeito-a-valores é caracterizado como irracional em relação ao agir racional-com-respeito-a-fins<sup>25</sup>. Em conexão com essa tipologia, Weber classifica os três tipos puros de dominação legítima: a racional-legal (válida por força de ordens estatuídas), a tradicional e a carismática (extracotidiano-afetiva)<sup>26</sup>. A modernização implica, portanto, a racionalização-com-respeito-a-fins da condução da vida, institucionalizada mediante a racionalização legal da dominação. Embora seja possível falar de “condições de partida” racionais-com-respeito-a-valores (ética protestante), verifica-se, a partir da concepção weberiana, que o desenvolvimento da relação associativa ra-

<sup>22</sup> Cf. Luhmann, 1977: 19.

<sup>23</sup> Cf. Weber, 1985: 12-3; Schluchter, 1979: espec. 191-5; Habermas, 1982a I: 379-84.

<sup>24</sup> Weber, 1985: 21-3.

<sup>25</sup> Cf. Weber, 1985: 13. “Os quatro tipos weberianos de ação”, segundo Schluchter (1979: 191), “[...] parecem ordenados ao longo de uma escala de racionalidade”. Nessa escala, a ação “puramente” tradicional encontra-se na fronteira entre a ação dotada de sentido e um “comportamento meramente reativo” (Weber, 1985: 2).

<sup>26</sup> Cf. Weber, 1968a; 1985: 124 ss.

cional-com-respeito-a-fins exigiu o desacoplamento da economia e do direito de seus fundamentos éticos (racionais-com-respeito-a-valores)<sup>27</sup>. Assim, o direito formal, moralmente neutralizado, atua como ordem normativo-institucional da luta estratégica pelo poder e do livre mercado, o qual funciona de maneira racional-com-respeito-a-fins<sup>28</sup>. Conforme a perspectiva de Weber, modernidade significa, principalmente, racionalismo-com-respeito-a-fins, em detrimento dos fundamentos tradicionais, afetivos e racionais-com-respeito-a-valores de determinação do agir social; mas isso envolve, reciprocamente, diferenciação social.

Se voltarmos a Marx, pode-se constatar que nele a modernização da sociedade como diferenciação da economia e do Estado, em termos de racionalidade-com-respeito-a-fins e de neutralização moral dessas esferas, já havia sido compreendida<sup>29</sup>. Nesse sentido, ele destaca: “Somente no século XVIII, na ‘sociedade burguesa’, as diversas formas de relação social apresentavam-se ao indivíduo como mero meio para os seus fins privados, como necessidade externa”<sup>30</sup>. Até mesmo o conceito de “justiça” seria passível de ser medido segundo as regras racionais-com-respeito-a-fins do mercado<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Cf. Habermas, 1982a I: 314, 330. Isso vale também para o direito natural moderno (cf. Weber, 1985: 502).

<sup>28</sup> Cf., por exemplo, Weber, 1985: 198. A respeito, ver também a interpretação crítica de Habermas, 1982a I: 331 ss. Sobre as qualidades racional-formais do direito moderno e as tendências contrárias, ver Weber, 1985: 503-13; cf. também as considerações críticas de Teubner, 1982: espec. 14-6, 24 ss.; Teubner; Willke, 1984: espec. 20-1; Eder, 1986: espec. 6-9. Luhmann (1987a: 17) posiciona-se criticamente em relação aos “conceitos rotuladores ‘formal’ e ‘material’” em Weber.

<sup>29</sup> Cf. Habermas, 1982a I: 226.

<sup>30</sup> Marx, 1983: 20.

<sup>31</sup> Cf. Marx, 1987: 351-2. A esse respeito cabe observar que, no contexto do neoliberalismo atual – portanto, em oposição à postura crítica de Marx –, Nozick (1976: 143 ss.), posicionando-se “normativamente”, reduz a justiça exclusivamente aos princípios do mercado.



Se é possível, de um ponto de vista descritivo, traçar esse paralelo entre Marx e Weber, deve-se considerar evidentemente a diferença radical entre os respectivos modelos de esclarecimento. Um parte “de cima” (ética protestante)<sup>32</sup>; o outro, “de baixo” (dialética das forças produtivas e das relações de produção)<sup>33</sup>. Mas o que interessa aqui é a leitura segundo a qual, para ambos, a modernidade é compreendida como processo progressivo de diferenciação racional-com-respeito-a-fins, moralmente neutralizadora, dos sistemas econômico, político e jurídico.

A “reconstrução” habermasiana<sup>34</sup> das contribuições de Weber e Marx para o conceito de modernidade aponta em ambas a ausência da consideração do aspecto normativo do conceito<sup>35</sup>. Ao distinguir o agir racional-com-respeito-a-fins (instrumental e estratégico) do agir comunicativo<sup>36</sup>, Habermas assinala o reducionismo racional-com-respeito-a-fins em ambas as concepções de modernidade. O surgimento e o desenvolvimento da sociedade moderna pressupuseram a evolução das estruturas de consciência (representação universalista pós-convencional do direito e da moral), quer dizer, dependeram de uma lógica autônoma de desenvolvimento<sup>37</sup>. A hipertrofia empírica da relação social associativa, racional-com-respeito-a-fins, não deve significar que o conceito de modernidade se limite a essa dimensão. O seu significado verdadeiro é: a modernidade realizou-se apenas parcialmente, à medida que não se efetuou como projeto contrafactual a racionaliza-

<sup>32</sup> Habermas, 1982a I: 299-300, 307.

<sup>33</sup> Ver, por exemplo, como passagem clássica, Marx, 1975: 8-9. A respeito, cf. também Zapf, 1975: 218. Sobre as perspectivas weberiana e marxista de análise dos problemas estruturais da sociedade moderna, ver Münch, 1982: 428-70.

<sup>34</sup> Sobre o conceito de “reconstrução”, ver Habermas, 1982b: 9.

<sup>35</sup> Cf. Habermas, 1982b: 9-48; 1982a I: 207-366 (Cap. II).

<sup>36</sup> Cf. Habermas, 1969: 62-5; 1982a I: 384 ss.

<sup>37</sup> Cf. Habermas, 1982b: espec. 12 ss.

ção intersubjetivo-prática da sociedade<sup>38</sup>. Assim, Habermas exige a consideração da dimensão normativa, racional-comunicativa, do conceito “modernidade”. Sob esse ponto de vista, é possível falar de uma modernidade (empírica) não moderna (normativamente).

Embora se tenha de reconhecer o significado filosófico e científico-social da reflexão sobre a “racionalidade normativa”<sup>39</sup> como dimensão do conceito de modernidade, parto de uma perspectiva empírica, na qual os problemas de fundamentação só se tornam objeto de reflexão desde que, de fato, tenham efeitos sociais. Desse modo, mantém-se de Habermas especialmente o reconhecimento de que, vista empiricamente, a modernidade é o período do agir racional-com-respeito-a-fins (instrumental e estratégico).

Com a pretensão de obter um modelo explicativo mais abrangente para a dicotomia “tradição/modernidade”, Niklas Luhmann emprega, em primeiro lugar, o critério de “complexidade”<sup>40</sup>, com base no qual a diferenciação (sistêmica) e a racionalidade (sistêmica)<sup>41</sup> tornam-se mais bem compreendidas como características da modernidade. Partindo da distinção “evolução exógena/endógena” e da caracterização dos três mecanismos da evolução endógena (va-

<sup>38</sup> Cf., por exemplo, Habermas, 1982a I: 304-6. Ver também, em perspectiva semelhante, Offe, 1986: 98 ss.

<sup>39</sup> Sobre esse conceito cf. Habermas, 1982b: 262.

<sup>40</sup> “Por *complexidade* sugerimos o entendimento de que há sempre mais possibilidades do que as que podem ser atualizadas” (Luhmann, 1987a: 31).

<sup>41</sup> Em Luhmann, o problema da racionalidade pressupõe a questão de “como é possível, mediante a redução de complexidade, aumentar a complexidade apreensível” (1987b: 236). Em relação à teoria luhmanniana, Habermas (1982b: 261) afirma: “*Racionalidade sistêmica* é a racionalidade-com-respeito-a-fins transportada para os sistemas autorregulados”. Essa interpretação não me parece correta, porque, segundo Luhmann, no processo de redução de complexidade os modelos orientados para fins só “são empregados quando os problemas já adquiriram estruturas mais específicas, quando, portanto, a complexidade já está amplamente absorvida” (Luhmann, 1973a: 156; cf. também Luhmann, 1983a: 223; 1971: 294).



riação, seleção e estabilização)<sup>42</sup>, pode-se, segundo o modelo luhmanniano, entender como o aumento conexo da complexidade do sistema e do ambiente<sup>43</sup> conduz ao aumento da pressão seletiva<sup>44</sup>. De acordo com esse modelo, a sociedade moderna distingue-se por sua alta complexidade: “Considerando o número, a diversidade e a interdependência de ações possíveis, a sociedade moderna é supercomplexa – muito mais complexa do que qualquer uma das formações sociais regionalmente limitadas de tipo mais antigo”<sup>45</sup>.

Por um lado, a supercomplexidade envolve supercontingência<sup>46</sup> e abertura para o futuro<sup>47</sup>; por outro, estimula a pressão seletiva e a diferenciação sistêmica. Nesse contexto, a diferenciação sistêmico-funcional é concebida, então, como característica distintiva da sociedade moderna<sup>48</sup>.

O modelo luhmanniano, no entanto, é passível de outra leitura, em cujo âmbito o conceito empírico da modernidade é ampliado. Uma sociedade torna-se moderna na medida em que atinge um alto grau de complexidade, contingência e abertura para o fu-

<sup>42</sup> Cf. Luhmann, 1981c: 14 ss.

<sup>43</sup> “O motor da evolução [...] é a crescente complexidade da sociedade [...]” (Luhmann, 1987a: 106). “A evolução ainda é entendida [...] como aumento de complexidade” (Luhmann, 1981c: 13). Parsons falava de aumento de capacidade de adaptação (cf. Parsons, 1975: 40, 46).

<sup>44</sup> “Complexidade significa, portanto, fundamentalmente, pressão seletiva” (Luhmann, 1987a: 31).

<sup>45</sup> Luhmann, 1981d: 80.

<sup>46</sup> “Por *contingência* sugerimos o entendimento” – assim define Luhmann (1987a: 31) – “de que as possibilidades anunciadas de experiências seguintes poderiam também resultar diferentes das esperadas”. Ele afirma, então (1987a: 136): “O princípio do desenvolvimento é a crescente complexidade e contingência da sociedade.”

<sup>47</sup> “Sociedades que ultrapassaram o limiar da civilização distanciam-se de seu passado e abrem-se para o seu futuro em uma proporção muito mais intensa...” (Luhmann, 1987a: 344).

<sup>48</sup> Cf. Luhmann, 1981e: 159. Para Parsons, o desenvolvimento central na passagem da sociedade “intermediária” para a moderna encontra-se na institucionalização do sistema jurídico autônomo (cf. Parsons, 1975: 46, 48).

turo. É verdade que isso exige diferenciação funcional sistêmico-racional; mas, muito frequentemente, a realização desta é insuficiente, sem que dessa insuficiência resulte que a sociedade se torne menos complexa, menos contingente e menos aberta para o futuro (talvez ela se torne, ao contrário, mais complexa, mais contingente e mais aberta para o futuro). Não se trata aqui de um “desnível de complexidade entre sistema e ambiente” como “impulso e regulador da evolução”<sup>49</sup>. Trata-se, sim, da insuficiência de complexidade dos “acoplamentos entre sistema e ambiente”, que levam à degeneração da “correspondente segurança das expectativas”<sup>50</sup> e permitem o surgimento de um excesso de novos problemas (mais possibilidades). Nesse caso, não há relação seletiva adequada entre sistemas (complexos) e seus respectivos ambientes (complexos): faltam o aumento adequado da complexidade sistêmica e a correspondente redução da complexidade do ambiente. Há uma carência muito elevada de capacidade funcional e capacidade de desempenho dos sistemas diferenciados; eles não estão em condição de estruturar ou determinar suficientemente a complexidade<sup>51</sup>.

Essa situação caracteriza, muito frequentemente, os países periféricos, na medida em que estão integrados ao mercado mundial e participam das relações internacionais. Nesse sentido, parece-me ser possível falar de uma modernidade periférica em contraposição a uma modernidade central na sociedade mundial do presente. Se há de se reconhecer como “normativa” a afirmação de que, por falta de mecanismos de regulação e coordenação, as sociedades dos países “desenvolvidos” (centrais) não são modernas,

<sup>49</sup> Luhmann, 1987a: 136.

<sup>50</sup> Luhmann, 1981f: 96.

<sup>51</sup> Sobre a distinção entre complexidade estruturada e não estruturada, ver Luhmann, 1987a: 6-7; 1987b: 383. Paralelamente, ele propõe o esquema “complexidade indeterminada/indeterminável *versus* complexidade determinada/determinável” (cf., por exemplo, Luhmann, 1971: 300-2; 1975a: 209 ss.).



mas sim os seus subsistemas enquanto são funcionalmente eficientes<sup>52</sup>, também seria contrafactualmente normativo afirmar que, em virtude da deficiente diferenciação funcional em termos sistêmico-racionais, as “sociedades” da periferia, caracterizadas como supercomplexas, supercontingentes e abertas para o futuro, não são modernas. Pelo menos não se deve tratá-las como sociedades tradicionais: é de se reconhecer sua “*condition moderne*”<sup>53</sup>. Volto a esse tema, especialmente no Capítulo III.1.

## 2. DIREITO POSITIVO: UMA EXPRESSÃO AMBÍGUA

No âmbito do presente estudo, a expressão “direito positivo” assume um significado preciso, bem específico. Mas sua plurivocidade conduz, frequentemente, a falácias de ambiguidade<sup>54</sup> no decorrer das discussões jurídicas de caráter dogmático, sociológico ou filosófico. Para evitar que a argumentação aqui desenvolvida seja eventualmente interpretada nesses termos, faço algumas observações sobre a ambiguidade da expressão antes de me ocupar, especificamente, com o conceito de “direito positivo” empregado neste trabalho (ver seções 3 e 4 deste capítulo).

“O conceito ‘direito positivo’ é, do ponto de vista histórico, um resíduo da antiga divisão do direito em direito natural e direito positivo.”<sup>55</sup> Segundo essa dicotomia<sup>56</sup>, o direito “eterno”, “inalterá-

<sup>52</sup> Nesse sentido, cf. Offe, 1986: espec. 106, 110.

<sup>53</sup> Aqui parafraseio Lyotard (1979), para afirmar que: se não há o “fim” (a ordenação da supercomplexidade) ou a “ideia” (a realização da consciência moral emancipatória), há, no entanto, a condição moderna.

<sup>54</sup> Sobre falácias de ambiguidade, cf. Copi, 1961: 73 ss.

<sup>55</sup> Opalek, 1982: 449.

<sup>56</sup> Para suas formulações na tradição ocidental, cf. Bobbio, 1979: 5-15. No direito natural cristão, porém, esse dualismo converte-se “numa tricotomia: *ius positivum*, *ius naturale humanum* e *ius divinum voluntarium*, o inalienável patrimônio jurídico da revelação” (Wieacker, 1967: 262). Em Tomás de Aquino (Thomas von Aquin, 1977: 16 ss., questão 91) acrescenta-se a “lei eterna”; cf. também Bobbio, 1979: 10-1.

vel”, “essencial”, “racional” (natural) atua como medida de correção ou até mesmo de qualidade jurídica<sup>57</sup> do direito “real”, “existencial”, “alterável”, “empírico” (positivo)<sup>58</sup>. “Ora o direito natural serve a uma consolidação mais profunda do direito positivo, ora, exatamente ao contrário, à luta contra o direito positivo.”<sup>59</sup> Mas, às vezes, as concepções jusnaturalistas permitem “a dissolução do direito natural no direito positivo”<sup>60</sup>.

De acordo com esse dualismo, o termo “direito positivo” envolve um conceito muito abrangente: em geral, entende-se por direito positivo a ordem normativa coercitiva realmente dominante em sociedades humanas do passado, presente e futuro. Nesse sentido, importa apenas secundariamente se se trata de direito estabelecido por decisão ou consuetudinário, de direito tradicional ou moderno. Não há nenhuma limitação a um determinado estágio de desenvolvimento histórico do direito ou a formas específicas de sua “manifestação”<sup>61</sup>. Caso se rejeitem os pressupostos

<sup>57</sup> Encontramos, por exemplo, em Tomás de Aquino (Thomas von Aquin, 1977: 97, questão 95, 2): “Com isso, toda lei decretada pelo ser humano só tem razão de lei na medida em que derive da lei natural. Quando, no entanto, em algum ponto, ela se desvia da lei natural, não é mais lei, mas sim corrupção de lei.” Em Kant, o direito positivo só adquire qualidade jurídica no âmbito do conceito de direito (racional). Cf. Kant, 1986: 37-8; também Habermas, 1987a: 7.

<sup>58</sup> Luhmann afirma o caráter progressivo da ideia de direito natural na medida em que “não mais *toda* o direito é referido unitariamente ao passado e legitimado pela tradição. É concedido ao direito um âmbito parcial de poder ser diverso” (Luhmann, 1981b: 119-20).

<sup>59</sup> Radbruch, 1973: 102.

<sup>60</sup> Assim Wieacker (1967: 269) considera as doutrinas jusnaturalistas de Hobbes e Rousseau. Posicionamento semelhante encontra-se em Welzel, 1962: espec. 116, 122, 156-7. Em relação a Hobbes, convém observar que seu sistema do direito natural não se destina a uma justificação irrestrita do poder estatal: “A obrigação dos súditos para com o soberano dura somente enquanto ele puder protegê-los com base no seu poder, e não por mais tempo. Pois o direito natural dos homens de proteger a si mesmos se ninguém estiver em condições de fazê-lo não pode ser abdicado por nenhum contrato” (Hobbes, 1966: 171). A respeito, cf. Neumann, 1980: 128 ss.; Welzel, 1962: espec. 121.

<sup>61</sup> Mas Hobbes falava especificamente das leis civis, das regras estabelecidas por ato de vontade do poder estatal (cf. Hobbes, 1966: 203). Em Bodin (1977: 150), o direito



jusnaturalistas ou, pelo menos, o “direito natural” (ideia de direito) como dimensão constitutiva do conceito de direito, o direito positivo significará, em todas as suas possíveis “aparições” históricas, o direito em geral<sup>62</sup>.

A escola histórica do direito introduz um novo e especial conceito do direito positivo. Considerado direito do povo, ele viveria “na consciência comum do povo”<sup>63</sup>, seu “produtor e portador”<sup>64</sup>. Desse modo, o direito consuetudinário, as leis e o “direito científico” seriam marcas, órgãos, complemento ou suporte do direito positivo já existente<sup>65</sup>. Embora Savigny reconheça que em determinados estádios de desenvolvimento e situações da história de cada povo a legislação tenha uma preponderância<sup>66</sup>, o direito positivo (“direito do povo”) constitui para ele um direito tradicional, na medida em que sua “constante manutenção” é mantida “mediante tradição”, e esta é condicionada e fundada “mediante uma mudança não repentina, mas sim gradual das gerações”<sup>67</sup>. O conteúdo da lei, órgão do “direito do povo” (direito positivo), seria esse já existente “direito tradicional do povo”<sup>68</sup>.

A discussão metodológica deste século [século XX] entre positivismo jurídico e realismo jurídico levanta a questão de se o direito positivo constitui uma estrutura ideal de sentido ou um

positivo constitui uma estrutura hierárquica (de baixo para cima): (1) contratos e testamentos entre indivíduos, (2) éditos dos magistrados, (3) direito consuetudinário e (4) leis dos príncipes soberanos.

<sup>62</sup> Cf. Somló, 1917: 130; Stammer, 1922: 94-5; 1911: 120-1, 123; Opalek, 1982: 449.

<sup>63</sup> Savigny, 1840: 14.

<sup>64</sup> Savigny, 1840: 20. Segundo Kelsen, a teoria savignyana do direito do povo é uma variante da doutrina do direito natural, assim como a teoria da “*solidarité sociale*” de León Duguit (cf. Kelsen, 1960: 233-4; 1946: 126-7). Sobre a teoria da “*solidarité sociale*”, ver Duguit, 1901: espec. 16-105.

<sup>65</sup> Cf. Savigny, 1840: 35 ss.

<sup>66</sup> Cf. Savigny, 1840: 17-8, 42-3, 50-1.

<sup>67</sup> Savigny, 1840: 20.

<sup>68</sup> Savigny, 1840: 39.

fenômeno real. Em Kelsen, o direito positivo é uma ordem ideal-normativa coercitiva<sup>69</sup> fundada na norma fundamental pressuposta<sup>70</sup>. A eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de determinada norma seriam simplesmente condição de sua validade, e não fundamento de validade<sup>71</sup>. As normas gerais e individuais podem ser interpretadas como sentido *ideal-objetivo* de atos de vontade<sup>72</sup>. Mas Kelsen não restringe o conceito de direito positivo ao direito legislativo (*lato sensu*) nem ao direito moderno. Ele enfatiza que a validade do direito consuetudinário não depende de seu reconhecimento no direito legislado (constituição, leis) ou por tribunais<sup>73</sup>. A derrogação das normas legais e até mesmo das normas constitucionais pelo direito consuetudinário seria, jurídico-positivamente, sempre possível<sup>74</sup>. Neste último caso (normas constitucionais), o direito consuetudinário basear-se-ia diretamente na norma fundamental<sup>75</sup>. Relacionado a isso, também a ordem jurídica primitiva e o direito internacional público constituem direito positivo<sup>76</sup>. Nessa perspectiva, o direito arcaico, o direito das civilizações pré-modernas e o direito moderno formariam, na mesma medida, como ordens ideal-normativas coercitivas, direito positivo, o que torna discutível pretender, sob

<sup>69</sup> Cf. Kelsen, 1960: *passim*. Especificamente sobre a ordem jurídica estatal, cf. Kelsen, 1966: 13 ss.

<sup>70</sup> Sobre a norma fundamental “pressuposta” como fundamento de validade de uma ordem jurídica, ver Kelsen, 1960: espec. 200 ss.; Bobbio, 1960: 51 ss. Ao caracterizar, posteriormente, a norma fundamental como uma ficção, Kelsen retira-lhe o caráter de uma hipótese (cf. Kelsen, 1979: 206-7).

<sup>71</sup> Cf. Kelsen, 1960: espec. 218-9; 1979: 112-3; 1946: 41-2, 118-20.

<sup>72</sup> Cf. Kelsen, 1960: 4-9; 1979: 2. Em sentido contrário, ver Luhmann, 1987a: 43-4.

<sup>73</sup> Kelsen, 1946: 127-8; 1960: 9, 230-5.

<sup>74</sup> Cf. Kelsen, 1946: 119, 260; 1960: 220, 232-3.

<sup>75</sup> Cf. Kelsen, 1960: 229, 232.

<sup>76</sup> Cf. Kelsen, 1946: 338-41; 1960: 64, 289-90, 323-4. Mas ele observa que a “ordem coercitiva descentralizada da autodefesa primitiva” é direito *in statu nascendi* (Kelsen, 1946: 339).



esse aspecto, “uma exposição amplamente congruente” entre Kelsen e Luhmann<sup>77</sup>.

Em contraposição epistemológica à concepção de Kelsen, Alf Ross define o direito positivo como um sistema normativo *real*<sup>78</sup>. A positividade da norma jurídica basear-se-ia na realidade da vontade social e pressuporia um sistema de ações voluntárias coordenadas<sup>79</sup>. A partir desse ponto de vista, pode-se dizer “que o direito é função de uma totalidade de vontade”<sup>80</sup> e disso concluir: “Assim, a positividade de uma norma reside, expresso corretamente, em seu pertencimento a um sistema, o qual é função de uma correspondente totalidade real de vontade”<sup>81</sup>. Abstraindo-se das particularidades epistemológicas da concepção rossiana de positividade (totalidade de vontade → validade das normas)<sup>82</sup>, cumpre observar no âmbito deste trabalho que, em Ross, direito positivo significa simplesmente direito “existente”, “real” e “válido”<sup>83</sup>. O conceito não remete a determinado momento histórico da evolução do direito e abrange, portanto, também o direito tradicional.

Em uma perspectiva axiológica, o conceito de positividade assume, em Radbruch, um lugar diferente daquele ocupado na disputa metodológica entre o positivismo jurídico e o realismo jurídico. Ao se compreender o direito como “a realidade que tem o

<sup>77</sup> Como, apesar disso, sugere H. Dreier (1983: 427). O conceito luhmanniano de posituação será aprofundado nas próximas duas seções.

<sup>78</sup> Cf. Ross, 1929: espec. 279-88.

<sup>79</sup> Ross, 1929: 280.

<sup>80</sup> Ross, 1929: 285.

<sup>81</sup> Ross, 1929: 286. Diferentemente de Stammler, Ross não caracteriza a “vontade social” como uma realidade independente, nem a positividade como sua “capacidade de impor-se” (cf. Ross, 1929: 285; Stammler, 1922: 98; 1911: 117).

<sup>82</sup> Para um posicionamento crítico em relação a tal construção, ver Luhmann, 1981g: 217-8.

<sup>83</sup> Ross, 1929: 279-80.

*sentido de servir ao valor jurídico, à ideia de direito*<sup>84</sup>, e a justiça, a utilidade e a segurança jurídica como componentes da ideia de direito<sup>85</sup>, afirma-se que a segurança jurídica exigiria a positividade do direito<sup>86</sup>, isto é, que esta seria a dimensão do direito que serviria à segurança jurídica como componente da ideia de direito. Mas as exigências da segurança jurídica poderiam entrar em contradição com a positividade quando, no interesse da segurança jurídica, o direito consuetudinário derogatório ou o direito revolucionário se impusessem como vigentes<sup>87</sup>. Segundo esse entendimento, o conceito de direito positivo assume, sob dois aspectos, um sentido mais estrito: 1) como a positividade serviria à ideia de direito, o direito positivo seria pressuposto da justiça (ideal) do direito e teria a tarefa de ser justo em seu conteúdo<sup>88</sup>; 2) a positividade limita-se ao direito estabelecido por um poder<sup>89</sup>. Mas, por outro lado, o conceito tem um significado mais abrangente, tendo em vista que não é remetido, exclusivamente, ao direito moderno: o estabelecimento do direito por decisão encontra-se na Antiguidade e na Idade Média, sem que as características de decidibilidade e alterabilidade possam ser atribuídas ao direito (ver *infra* pp. 30-1).

A discussão sobre o conceito de direito positivo toma outra direção quando se levanta a controvérsia de se a positividade reside no estabelecimento do direito (legiferação), na sua aplicação ou na sua observância. Nessa discussão clássica, o positivismo legalista<sup>90</sup>, o movimento do direito livre e o realismo jurídico-

<sup>84</sup> Radbruch, 1973: 119.

<sup>85</sup> Cf. Radbruch, 1973: 164 ss.

<sup>86</sup> Radbruch, 1973: 164-6.

<sup>87</sup> Radbruch, 1973: 167.

<sup>88</sup> Radbruch, 1973: 165. Para uma concepção diferente cf. Somló: 1917: 126.

<sup>89</sup> Cf. Radbruch, 1973: 165-6.

<sup>90</sup> Para uma visão panorâmica do positivismo legalista, ver Bobbio, 1979: espec. 54 ss., 67 ss. Especificamente em relação ao impacto do positivismo legalista sobre o direito privado, ver Wieacker, 1967: 458 ss.



-sociológico<sup>91</sup> tendem a localizar a positividade do direito, respectivamente, na lei (*lato sensu*: nas normas gerais e abstratas estabelecidas pelos órgãos estatais), na atividade criadora do juiz ou na observância jurídica. A unilateralidade de tais perspectivas torna, evidentemente, difícil a compreensão do fenômeno jurídico<sup>92</sup>. O sentido da legislação só é apreendido no âmbito da aplicação e da observância jurídica; em contrapartida, as atividades de aplicação do direito e o comportamento de sua observância adquirem seu sentido jurídico no âmbito do direito posto por decisão. A implicação recíproca dessas dimensões do jurídico – ou, expresso sistêmico-teoricamente: a relação circular entre esses elementos<sup>93</sup> – aponta para o caráter abrangente e complexo do conceito de direito positivo. Mas, por outro lado, as perspectivas unilaterais acima mencionadas não pretendem restringir o conceito de direito positivo a determinada fase da história do direito, a do direito moderno. Mesmo no positivismo legalista, a decidibilidade e a alterabilidade como características do direito positivo (moderno) não estavam claras<sup>94</sup>.

### 3. POSITIVAÇÃO DO DIREITO (LUHMANN)

No presente trabalho, o conceito luhmanniano de positividade do direito é empregado, o que não significa adotar irrestritamente a sua dimensão explicativa em termos de teoria dos sistemas e teoria da evolução. Mas, estrategicamente, a concepção luhman-

<sup>91</sup> Sobre essas duas correntes “realistas”, ver, sinteticamente, Larenz, 1975: 64-74.

<sup>92</sup> A esse respeito, cf. Opalek, 1982: 453 ss. Esse autor (1982: 452 ss.) tenta demonstrar como o conceito filosófico de positividade de Comte (“positivo” como “real”, “útil”, “seguro”, “preciso” e “construtivo”, em contraposição a “imaginário”, “improficuo”, “instável”, “vago” e “destrutivo”) influenciou a discussão científico-jurídica sobre o conceito do direito positivo e provocou dificuldades. A esse respeito, cf. Comte, 1987: 63-9 (seções 30-3).

<sup>93</sup> A esse respeito, cf. Luhmann, 1983b: 140-1.

<sup>94</sup> A esse respeito, Luhmann (1981b: 434) esclarece: “Uma concepção teórica (inevitavelmente explosiva e altamente contingente) de positividade escapou inicialmente à sociedade burguesa que se estava estabelecendo.”

niana do direito positivo será tratada nesta e na próxima seção sem que se assuma determinada posição crítica. Quer dizer: pretendendo aqui considerar a positividade jurídica no interior do aparato conceitual sistêmico-teórico e, assim, imanentemente ancorado, somente abaixo (a partir do Cap. III) considerar as eventuais insuficiências teórico-explicativas ou limites de aplicação.

O conceito luhmanniano de direito positivo é mais bem compreendido no âmbito das conceituações sistêmico-teóricas que lhe estão diretamente relacionadas. Essas serão tratadas a seguir de forma resumida.

#### 3.1. O direito no contexto do sistema da sociedade

Em Luhmann, a distinção entre expectativas normativas e expectativas cognitivas desempenha um papel central<sup>95</sup>. As expectativas normativas implicam, em princípio, que os expectantes assumam uma postura avessa ao aprendizado, ou seja, não estejam dispostos a aprender diante dos casos de desapontamento. Os expectantes não estão prontos para aprender perante a realidade desapontadora. Eles insistem em suas expectativas, protestam contra a realidade e não são capazes de a ela se adaptar. Em oposição a isso, no caso de expectativas cognitivas, os expectantes mantêm um posicionamento favorável ao aprendizado em relação aos casos de desapontamento. Nelas, a disposição para o aprendizado é característica. Os expectantes mostram-se prontos para se adaptar à realidade, a renunciar às suas expectativas ou alterá-las nos casos de desapontamento<sup>96</sup>. Em suma, enquanto as expectativas normativas

<sup>95</sup> Cf. a esse respeito Luhmann, 1987a: 40-53; 1987b: 436-43.

<sup>96</sup> Cf. Luhmann, 1987a: espec. 42; 1981b: 115-6; 1987b: espec. 437. “Nessa acepção (inusual), a distinção entre o cognitivo e o normativo não é definida em termos semânticos ou pragmáticos, nem é relacionada ao sistema de enunciados fundante ou à oposição entre afirmações informativas e diretivas, mas sim relacionada funcionalmente à solução de determinado problema” (Luhmann, 1987a: 42).



se distinguem “pela determinação de não aprender com os desapontamentos”<sup>97</sup>, as expectativas cognitivas caracterizam-se pela disposição de adaptar-se à realidade desapontadora.

Essa dicotomia está associada ao clássico dualismo “ser/dever-ser”. Mas, em Luhmann, o sentido contrafático do dever-ser não significa sua idealidade ou sua irrealidade. Contrapondo-se diretamente a Kelsen (ver *supra* pp. 18-20), ele afirma o caráter fático do dever-ser: “Embora seja orientado em termos contrafáticos, o sentido do dever-ser não é menos fático do que o sentido do ser. Todo esperar é fático, tanto na sua satisfação quanto no seu desapontamento. O fático abrange o normativo. A oposição que habitualmente se faz entre o fático e o normativo deveria, por isso, ser abandonada. [...] O normativo não encontra sua oposição no fático, mas sim no cognitivo”<sup>98</sup>. Além disso, é ressaltado que a separação entre ser e dever-ser – e com isso o dualismo “*expectativas cognitivas/expectativas normativas*” – não é “uma estrutura do mundo dada *a priori*, mas sim uma aquisição evolucionária”<sup>99</sup>. Assim, nas sociedades mais simples, a distinção entre o normativo e o cognitivo ainda não é clara<sup>100</sup>. Por outro lado, é de se observar que o limite entre expectativas normativas e cognitivas sempre permanece fluido. “A mistura de componentes cognitivos e normativos nas expectativas é um fato normal do mundo cotidiano...”<sup>101</sup> Ademais, aquilo que hoje promove expectativas normativas pode amanhã exigir expectativas cognitivas, e, de modo

<sup>97</sup> Luhmann, 1987a: 43; 1981b: 116.

<sup>98</sup> Luhmann, 1987a: 43-4. Contra isso, Cossio (1964: espec. 554-5; 1965), mediante uma construção muito complicada e confusa, atribui qualidade cognitiva às normas como “conceitos de conduta”.

<sup>99</sup> Luhmann, 1987a: 44.

<sup>100</sup> Luhmann, 1981b: 116. A esse respeito, ver, em outra perspectiva, Kelsen, 1982: 7 ss.; 1960: 86-8.

<sup>101</sup> Luhmann, 1987b: 438; sobre esse tema, cf. também Luhmann, 1987a: 44-6.

inverso, o conteúdo de expectativas cognitivas de ontem pode tornar-se conteúdo de expectativas normativas de hoje.

Conforme essa distinção, podem-se definir normas como “*expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos*”<sup>102</sup>. O caráter contrafático significa que o cumprimento ou o não cumprimento fático das normas é, em princípio, irrelevante para sua validade<sup>103</sup>. O expectante orientado por normas não irá contestar sua validade no caso de um não cumprimento, mas sim confirmá-las, na medida em que ele persiste em suas expectativas e se queixa do comportamento infringente das normas. Mas, em determinada proporção, o constante não cumprimento das normas pode afetar sua validade de tal modo que o persistir nas respectivas expectativas pode afigurar-se como “anormal”, “absurdo”, “ridículo” ou até mesmo “perigoso”. Nesses casos, as expectativas normativas não se fundamentam mais em normas socialmente válidas (retomarei esse tema em outras partes do texto).

Após as normas terem sido conceituadas como expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos, Luhmann define o direito “*como estrutura de um sistema social baseada na generalização congruente de expectativas normativas de comportamento*”<sup>104</sup>. Essa generalização congruente compreende as dimensões temporal, social e material, isto é, baseia-se na normatização, institucionalização e identificação-de-sentido como mecanismos de generalização<sup>105</sup>. O direito adquire sua função so-

<sup>102</sup> Luhmann, 1987a: 43; cf. também Luhmann, 1981c: 17.

<sup>103</sup> Luhmann, 1987a: 43.

<sup>104</sup> Luhmann, 1987a: 105. Em outra parte (1987a: 99), o direito é caracterizado simplesmente como essas “*expectativas normativas de comportamento congruentemente generalizadas*”. Formulado de outra maneira, isso significa “que o direito cumpre funções abrangentes de generalização e estabilização de expectativas de comportamento” (Luhmann, 1974: 24).

<sup>105</sup> Cf. Luhmann, 1987a: 94 ss. O conceito de institucionalização refere-se aqui apenas à dimensão social (consenso suposto) (cf. também Luhmann, 1987a: 64 ss.);



cial atendendo à incongruência natural desses mecanismos de generalização, incongruência que compõe um problema estrutural de toda sociedade<sup>106</sup>. Essa tarefa funcional-seletiva do direito não significa a crença nas normas jurídicas nem o assentimento dos expectantes para com a estrutura jurídica válida. As expectativas normativas de comportamento congruentemente generalizadas não desfrutam de assentimento geral quanto ao conteúdo, mas meramente de “proeminência e segurança especiais”<sup>107</sup>, que promovem a adaptação instrumental ou expressiva dos afetados às respectivas normas<sup>108</sup>. A orientação recíproca conforme as expectativas de comportamento congruentemente generalizadas estabiliza as comunicações sociais entre os expectantes, ou, pelo menos, reduz a instabilidade a um nível suportável<sup>109</sup>. Por outro lado, até mesmo os criminosos que pretendam obter sucesso têm de se orientar “negativamente” pelo direito como expectativas de comportamento congruentemente generalizadas<sup>110</sup>. O grupo revolucionário não pode, ingenuamente, afastar-se das normas vigentes: para poder transgredi-las ou até mesmo suprimi-las, tem de considerá-las como expectativas de comportamento congruentemente generalizadas<sup>111</sup>. Dessa maneira, “a proeminência e a segu-

mas, em outra passagem, o conceito de “instituição” assume um significado abrangente: “Instituições são expectativas de comportamento generalizadas temporal, material e socialmente e, como tais, formam a estrutura dos sistemas sociais” (Luhmann, 1965: 13).

<sup>106</sup> Cf. Luhmann, 1987a: 95-8.

<sup>107</sup> Luhmann, 1987a: 99.

<sup>108</sup> Sobre variáveis instrumentais e expressivas, ver Luhmann, 1983a: 223-32; 1987a: 315 ss.

<sup>109</sup> Em consonância com isso, Luhmann (1987a: 100) afirma: “o direito não é de nenhuma maneira primariamente uma ordem coercitiva, mas sim um alívio para as expectativas”.

<sup>110</sup> Ainda que com outros pressupostos (“vigência baseada na crença”), Weber (1985: 16-7) manifesta-se de modo semelhante.

<sup>111</sup> É claro que não se pode mais falar de generalização congruente das expectativas de comportamento caso a carência de observância e execução ultrapasse determi-

rança especiais” de determinadas expectativas de comportamento são destacadas pelo direito independentemente de assentimento ao conteúdo ou da crença dos agentes.

### 3.2. O desenvolvimento para a positivação do direito

O modo como o direito cumpre essa função congruentemente generalizante, no entanto, varia de forma marcante no decorrer da história. Segundo Luhmann, distinguem-se três estádios principais de evolução social: as sociedades arcaicas, as civilizações pré-modernas e a sociedade moderna. As sociedades arcaicas “fundam-se primariamente no princípio do parentesco”<sup>112</sup> e são segmentariamente diferenciadas. Elas se distinguem pela falta de alternativa<sup>113</sup>. As civilizações pré-modernas são diferenciadas “incompletamente em termos funcionais”, prevalecendo a diferenciação pelo princípio hierárquico de organização<sup>114</sup>. A sociedade moderna é caracterizada pela supercomplexidade, supercontinência e abertura para o futuro, baseando-se na diferenciação funcional (ver *supra* pp. 13-4)<sup>115</sup>.

De acordo com Luhmann, a cada um desses três estádios da evolução social corresponde determinado tipo fundamental do direito, quer dizer, uma forma fundamental específica de atingir e assegurar a generalização congruente de expectativas normativas

nado limite, a partir do qual o direito perca sua função de assegurar as expectativas. Em outra perspectiva, Weber (1985: 17) faz uma observação semelhante a essa. Segundo a interpretação “realística” de Geiger, a “vigência” ou vinculatoriedade das normas jurídicas seria gradual, mensurável (cf. Geiger, 1970: espec. 207 ss.; para uma posição crítica a esse respeito, ver Luhmann, 1987a: 43, nota 32). Retomarei esse tema em III.2.3.

<sup>112</sup> Luhmann, 1987a: 148.

<sup>113</sup> Luhmann, 1987a: 148; 1981c: 28.

<sup>114</sup> Cf. Luhmann, 1987a: 166 ss.; 1981e: 159.

<sup>115</sup> Sobre as três fases da evolução social em Luhmann ver, complementarmente, Kiss, 1986: 50-9.



de comportamento. “Satisfazemo-nos com uma classificação aproximativa, simplesmente verificando se existem ou não procedimentos jurídicos decisórios diferenciados e se estes se referem apenas à aplicação do direito ou também à legiferação. [...] Nesse sentido, distinguimos o direito arcaico, o direito das civilizações pré-modernas e o direito positivo da sociedade moderna.”<sup>116</sup>

Nas sociedades arcaicas, carentes de alternativas, nos casos de desapontamento o direito é afirmado mediante autodefesa da vítima ou de seu clã. A institucionalização dessa reação imediata daquele que foi desapontado torna inconcebível um procedimento de aplicação ou execução jurídica. O direito não é primariamente aplicado ou executado (instrumentalmente), mas sim garantido e afirmado (expressivamente) pela vítima<sup>117</sup>. Ele é verificado e confirmado concretamente no presente<sup>118</sup>, de modo que ainda não há uma separação clara entre norma e ação<sup>119</sup>. A generalização congruente das expectativas de comportamento nas dimensões temporal e social manifesta-se mediante represália e reciprocidade<sup>120</sup>,

<sup>116</sup> Luhmann, 1987a: 147. Essa tipologia de três níveis encontra-se também em Eder (1980: 158-66), embora sua classificação se baseie na evolução da representação moral. Em uma perspectiva weberiana, Schluchter (1979: 145 ss.) distingue o direito revelado, o tradicional, o deduzido e o estatuído, conforme o conteúdo e a base de validade do direito consistam, respectivamente, em ação, norma, princípio metajurídico ou princípio jurídico. O terceiro tipo (o direito deduzido) corresponde, na classificação luhmanniana, à fase jusnaturalista de transição para a positivação do direito (ver *infra* p. 30). Gurvitch (1940: 210-42) propunha uma tipologia de sete níveis.

<sup>117</sup> Cf. Luhmann, 1987a: 150.

<sup>118</sup> “Assim também o juízo de deus é experimentado concreta e presentemente como verificação do direito, mas não é interpretado como precedente para casos futuros ou, tampouco, como revelação de uma regra universal” (Luhmann, 1987a: 154).

<sup>119</sup> Cf. Schluchter, 1979: 146. Segundo Hart (1961: 89 ss.), trata-se de um *complexo de regras primárias de obrigação*, caracterizado por três defeitos principais: incerteza, caráter estático e ineficiência. O remédio para esses defeitos seria substituir as regras primárias pelas três modalidades de regras secundárias (respectivamente: regras de reconhecimento, alteração e julgamento) (Hart, 1961: 91 ss.).

<sup>120</sup> Cf. Luhmann, 1987a: 154-7.

não por meio de procedimento. No que diz respeito à evolução do direito arcaico, o “impasse” reside no mecanismo da variação, a saber, na possibilidade de atingir suficiente variabilidade em estruturas normativas<sup>121</sup>.

O direito das civilizações pré-modernas envolve a institucionalização do procedimento de aplicação jurídica<sup>122</sup>. Isso pressupõe uma diferenciação hierárquica das sociedades, segundo a qual a dominação política encontra-se no topo. Assim, o direito não é mais primariamente representado pela afirmação concreta das partes, mas aplicado e executado pela decisão de um terceiro conforme normas e valores abstratos. Em sua função de generalização congruente de expectativas normativas de comportamento, o direito das civilizações pré-modernas baseia-se no procedimento de aplicação jurídica<sup>123</sup>, que pressupõe a incerteza do desfecho<sup>124</sup>. Mas princípios e normas abstratos, de acordo com os quais a atividade de aplicação jurídica dos juízes deve orientar-se, não são – inclusive quando introduzidos por legislação – compreendidos como alteráveis<sup>125</sup>. Relacionado a isso, o direito é “concebido como *verdadeiro*, quer dizer, apesar de sua normatividade, subordinado ao modo de tratamento de expectativas cognitivas”<sup>126</sup>. Desse ponto de vista, pode-se afirmar que o “impasse” evolutivo no direito das civilizações pré-modernas reside no problema da seletividade diante da crescente variação de expectativas norma-

<sup>121</sup> Luhmann, 1981c: 27; 1987a: 297; Teubner, 1989: 70; 1982: 36.

<sup>122</sup> A este respeito, ver Luhmann, 1987a: espec. 171 ss. Segundo Hart (1961: 94-5), tratar-se-ia aqui da introdução das “regras [secundárias] de julgamento” (ver *supra* nota 119). Luhmann (1987a: 79) fala de “institucionalização da institucionalização de expectativas de comportamento”.

<sup>123</sup> Luhmann, 1987a: 182.

<sup>124</sup> Luhmann, 1987a: 172; 1983a: 116.

<sup>125</sup> Luhmann, 1987a: 183.

<sup>126</sup> Luhmann, 1987a: 185.



tivas, portanto, no problema da “capacidade dos procedimentos decisórios” de cumprir sua função seletiva<sup>127</sup>.

Na transição das civilizações pré-modernas para a sociedade moderna, a concepção de direito natural desempenha um importante papel evolutivo no sentido da positivação do direito. A dicotomia “*direito natural/direito positivo*” (ver *supra* pp. 16-8) implica a delimitação do âmbito do direito invariável pela noção de direito variável, alterável<sup>128</sup>. De acordo com a concepção jusnaturalista, porém, o mutável permanece ainda subordinado ao imutável: assim, o direito positivo é válido em virtude de sua conformidade ao direito natural inalterável. A pretensão de validade do direito posto por decisão expressa-se no apelo aos princípios jusnaturalistas. Ainda não está presente a noção de um direito plena e constantemente alterável. Ela só surge com a positivação do direito como aquisição da sociedade moderna<sup>129</sup>.

### 3.3. Positividade como decidibilidade e alterabilidade do direito

Com a introdução do procedimento legiferante como critério de validação do direito, surge, na era contemporânea, a ordem jurídica positiva. O fato de as normas “aparecerem” mediante legislação não é suficiente para a caracterização do direito positivo. A legislação já se encontra em civilizações antigas<sup>130</sup>. Mas, “apesar de aceitar a legislação, o direito era, no seu todo, um direito antigo, válido por força da verdade, da instituição sagrada ou da tradição, e não um direito positivo, produzido, alterável a qualquer

momento”<sup>131</sup>. Somente quando decidibilidade e alterabilidade tornam-se características principais do direito é que se pode falar de positividade. A legiferação não se destina mais, então, simplesmente, à identificação e à compilação do direito já vigente, mas sim atua como fundamento da validade jurídica<sup>132</sup>. “A rigor”, ressalta Luhmann, “somente se pode falar de positividade – no sentido de que o direito vale com base em sua decidibilidade – desde quando a legiferação, ou seja, a decisão, tornou-se fundamento do direito”<sup>133</sup>. A entrada e a saída em vigor das normas jurídicas dependem, portanto, em primeiro lugar, de decisões. Em conformidade com isso, Luhmann define: “Por direito positivo devem-se entender normas jurídicas que são postas em vigor mediante decisão e, correspondentemente, podem ser novamente colocadas fora de vigor mediante decisão”<sup>134</sup>.

Poder-se-ia objetar que já em Weber fora deixado claro que o direito moderno, diferentemente das ordens normativas das sociedades tradicionais, caracteriza-se como direito válido por força de ser estatuído, o que implica sua constante revisibilidade<sup>135</sup>. No entanto, parece-me que, em Luhmann, o conceito de direito positivo, nos termos do aparato conceitual sistêmico-teórico, assume um significado mais exigente em seus pressupostos. Em conexão

<sup>127</sup> Luhmann, 1987a: 297; 1981c: 27, 29; Teubner, 1982: 36; 1989: 70.

<sup>128</sup> Cf. Luhmann, 1987a: 186; 1981b: 119-20.

<sup>129</sup> A esse respeito, ver, de forma genérica, Luhmann, 1981b; 1987a: 190 ss.; 1983a: 141-50.

<sup>130</sup> Luhmann, 1987a: 192 ss.; 1981b: 124-5.

<sup>131</sup> Luhmann, 1987a: 195. Ver, em sentido semelhante, Weber, 1985: 131.

<sup>132</sup> Cf. Luhmann, 1987a: 196.

<sup>133</sup> Luhmann, 1987a: 203.

<sup>134</sup> Luhmann, 1983a: 141. “Na era do direito positivo”, acrescenta Luhmann (1981b: 145), “o móvel não pode mais ser fundado no fixo; ao contrário, o fixo tem de se fundar no móvel. O direito que vale em cada caso retira seu direito de valer da possibilidade de ser alterado” (cf. também Luhmann, 1981b: 125). Não obstante, ele faz a seguinte reserva: “É verdade que numa ordem jurídica positivada todo o direito pode ser alterado por decisão, mas não tudo de uma vez” (1983a: 149; cf. também 1987a: 349).

<sup>135</sup> Cf. Weber, 1968a: 215-6; 1985: 125; Schluchter, 1979: 146. Apesar de outro pressuposto (“justificabilidade”), Habermas (1982a I: 351-2; 1982b: 264) define a positividade do direito de modo semelhante.



com conceitos como complexidade, contingência, abertura para o futuro, seletividade e outros semelhantes, a concepção de positividade jurídica adquire uma pretensão de esclarecimento mais abrangente.

Somente nas condições supercomplexas e supercontingentes da sociedade moderna é que a positivação do direito pode realizar-se<sup>136</sup>. No âmbito do direito, essa situação manifesta-se mediante o excedente de expectativas normativas. A complexidade estende-se às dimensões temporal, material e social: as diferentes expectativas transformam-se no decorrer do tempo; o volume dos temas juridificáveis cresce intensamente; os expectantes apresentam as mais diferentes e contraditórias reivindicações<sup>137</sup>. A complexidade do ambiente exige a inserção complexa e seletiva do sistema jurídico. “Faz parte da positividade o fato de o direito válido em cada caso ser concebido como seleção de outras possibilidades e vigorar em virtude dessa seleção.”<sup>138</sup> A validade jurídica resulta da redução seletiva de complexidade/contingência mediante legiferação, na medida em que as expectativas normativas selecionadas tornem-se congruentemente generalizadas. Não se trata, então, de produção do direito pelo legislador. Pode-se caracterizar o procedimento legiferante como processo de filtragem, o que significa que o legislador trabalha com base em uma abundância de expectativas normativas<sup>139</sup>. A função seletiva da legiferação na sociedade moderna implica, pois, destacar, dentro da multiplicidade de expectativas normativas em princípio incongruentes, o direito válido, quer dizer, as expectativas normativas de comportamento congruentemente generalizadas.

<sup>136</sup> Cf., por exemplo, Luhmann, 1987a: 190-2.

<sup>137</sup> Cf. Luhmann, 1987a: 211-2; 1983a: 144; 1981b: 128-9, 132.

<sup>138</sup> Luhmann, 1981b: 125.

<sup>139</sup> Cf. Luhmann, 1981b: 123; 1983a: 141, nota 2.

A alterabilidade do direito positivo, válido por força de decisão, reflete a abertura para o futuro da sociedade moderna. O ambiente, em processo de rápida transformação, compele o sistema jurídico a alterar-se constantemente mediante decisões. O direito presente orienta-se agora pela perspectiva futura. A positividade conduz ao fato de que “o presente é visto como consequência do futuro”<sup>140</sup>. Nas palavras de Geiger: no lugar da estrutura *retrospectiva* das normas habituais, aparece a estrutura *prospectiva* das normas estatuidas (positivação)<sup>141</sup>.

O excesso de complexidade social em relação às dimensões temporal, social e material produz uma elevada necessidade de inserção seletiva e congruentemente generalizante do sistema jurídico mediante normatização, institucionalização e identificação-de-sentido como mecanismos de generalização relativos a contextos de expectativas<sup>142</sup>. Pode-se, portanto, conceituar a positividade como “*seletividade intensificada do direito*”<sup>143</sup>, o que pressupõe a diferenciação estrutural e a especialização funcional do sistema jurídico<sup>144</sup>. A função seletiva e congruentemente generalizante do direito positivo é, então, também excludente perante uma abundância de expectativas normativas de comportamento. Não se trata de consenso fático ou de “vontade geral”, mas sim de suposição de consenso<sup>145</sup>. O processamento de desapontamentos por meio de *sanção*, a institucionalização mediante *procedimento*

<sup>140</sup> Luhmann, 1987a: 345.

<sup>141</sup> Cf. Geiger, 1970: 120-2.

<sup>142</sup> “A sociedade torna-se sobrecomplexa porque ela constitui mais possibilidades do que pode atualizar. E ela precisa, correspondentemente, de mecanismos seletivos mais eficazes” (Luhmann, 1981b: 130).

<sup>143</sup> Luhmann, 1987a: 204.

<sup>144</sup> Sobre essa temática, ver, de forma genérica, Luhmann, 1981i; 1987a: 217-26. Cf. também Luhmann, 1983a: 145-6.

<sup>145</sup> Cf., por exemplo, Luhmann, 1981b: 132; 1987a: 67-8, 94, 261-2.



e a identificação de contextos de expectativas por programas<sup>146</sup>, tudo isso apoiado na função simbólica da força física<sup>147</sup> e em um alto nível de indiferença<sup>148</sup>, conduzem à adaptação instrumental e expressiva dos expectantes ao sistema jurídico. De acordo com essa construção sistêmico-teórica, porém, não se pode negar que o direito cumpre sua função seletiva (excludente), congruentemente generalizante, em detrimento de interesses, classes e grupos “inferiores”, “mais fracos”, uma vez que a diferenciação funcional-horizantal, como *meio* da seletividade, não exclui a estratificação social como *fator* da seleção.

A programação condicional do procedimento jurisdicional relaciona-se com o caráter excludente da função congruentemente generalizante do direito positivo<sup>149</sup>. Além da redução de insegurança para as partes expectantes, da abertura de possibilidades de variação, da possibilidade de tecnicização e do dispêndio de comunicação<sup>150</sup>, a relação “se/então” do programa condicional permite “o *desencargo de atenção e responsabilidade para com as consequências da decisão*”<sup>151</sup>. Perante as partes concretamente desapontadas, o juiz fica isento de uma justificação que não pertença ao procedimento condicionalmente programado<sup>152</sup>. Isso serve à chamada “independência dos tribunais”<sup>153</sup> e à concreta neutralização política do procedimento jurisdicional<sup>154</sup>.

<sup>146</sup> Cf. Luhmann, 1987a: 102-3.

<sup>147</sup> Cf. Luhmann, 1981b: 138-40; 1987a: 106-15, 262-3.

<sup>148</sup> Cf. Luhmann, 1987a: 212-3.

<sup>149</sup> Sobre a programação condicional como característica do direito positivo, ver Luhmann, 1987a: 227-34; 1981b: 140-3; 1981j: 275 ss.; 1973a: 88 ss. (espec. 99).

<sup>150</sup> Luhmann, 1987a: 229 ss.; 1981b: 141-3.

<sup>151</sup> Luhmann, 1987a: 231.

<sup>152</sup> Luhmann, 1987a: 231.

<sup>153</sup> Luhmann, 1987a: 232.

<sup>154</sup> Mas a programação condicional dos procedimentos jurisdicionais não exclui o “direito dos juizes” (cf. Luhmann, 1981c: 127). A programação condicionada da deci-

O procedimento condicionalmente programado de aplicação jurídica pressupõe, no âmbito do direito positivo, o procedimento programador da legislação<sup>155</sup>. A decisão legiferante, orientada politicamente do ponto de vista finalístico, está em condições de corrigir a unilateralidade da ótica de programas condicionais<sup>156</sup>. Pode-se afirmar que o legislador age conforme programas finalísticos<sup>157</sup>. Mediante sua atividade, o sistema jurídico, de caráter *normativo*, revela-se capaz de aprender. Embora a estrutura descarregante não deva ser questionada nem alterada na situação que ela estrutura, suas modificações legitimam-se no nível estruturador<sup>158</sup>. O ambiente “altamente veloz” exige do procedimento legiferante uma postura cognitivamente aberta em relação à estrutura normativa. O normativo e o cognitivo complementam-se no interesse de conservação e continuidade do sistema jurídico. “Para o direito”, enfatiza Luhmann, “tal ordem de simultaneidade entre não aprendido e aprendido é obtida pela positivação”<sup>159</sup>. Como se verá na seção 4.2. deste capítulo, positividade significa

são jurisdicional foi considerada por Weber (muito insuficientemente, no parecer de Luhmann, 1987a: 228, nota 43) mediante o conceito de racionalidade formal do direito (ver *supra* pp. 10-1). Weber destaca a concatenação com o capitalismo: “o que ele precisa é de um direito que possa ser calculado de maneira semelhante a uma máquina” (Weber, 1985: 817).

<sup>155</sup> Sobre a diferenciação desses procedimentos decisórios como qualidade do direito positivo, ver Luhmann, 1987a: 234-42; 1981b: 133 ss. Mais tarde, Luhmann (1990a: espec. 10 ss.) distinguiu, de forma análoga, a legislação voltada primariamente para *interesses* (*heterorreferência*) e a jurisdição orientada primariamente por *conceitos* (*autorreferência*), designando essa diferenciação interna de procedimentos como “*contradiferenciação* que neutraliza determinadas diferenciações sociais preexistentes” (4-5).

<sup>156</sup> Luhmann, 1987a: 234.

<sup>157</sup> Luhmann, 1987a: 241. Sobre a relação complementar seletivo-legitimadora de programas finalísticos e programas condicionais, ver Luhmann, 1983a: 130 ss.; 1973a: 101 ss.

<sup>158</sup> Cf. Luhmann, 1981b: 128; 1987a: 238; 1983a: 146.

<sup>159</sup> Luhmann, 1981b: 128.



fechamento normativo e abertura cognitiva do sistema jurídico, quer dizer, variabilidade consciente de sua estrutura *normativa*.

### 3.4. Positivização do direito e juridificação

O aumento do número de temas juridificáveis em consequência da positivização do direito<sup>160</sup> levanta a questão sobre a relação entre este processo histórico e a juridificação da sociedade. Compreendido “para fora” como expansão do direito e “para dentro” como seu detalhamento e especialização (condensação)<sup>161</sup>, a juridificação é classificada em três tipos básicos: legalização, burocratização e justicialização<sup>162</sup>. Os efeitos juridificantes sobre a sociedade são, por um lado, avaliados negativamente (alienação, burocratização, “colonização do mundo da vida”), por outro, positivamente (garantia da liberdade e do *status*)<sup>163</sup>.

Segundo Habermas, podem-se distinguir quatro fases do processo de juridificação, que correspondem, respectivamente, ao Estado burguês, ao Estado burguês de direito, ao Estado democrático de direito e ao Estado democrático e social de direito<sup>164</sup>. No Estado burguês, a juridificação conduziu aos clássicos direitos subjetivos privados. No Estado burguês de direito, ela conduziu aos direitos subjetivos públicos *liberais*. No Estado democrático de direito, os direitos subjetivos públicos *democráticos* (juridificação do processo de legitimação) impuseram-se “na forma do direito de voto geral e igual, assim como do reconhecimento da liberdade de organização para

<sup>160</sup> Cf. Luhmann, 1981b: 129; 1987a: 211; 1983a: 144.

<sup>161</sup> Voigt, 1980: 16; Habermas, 1982a II: 524; Werle, 1982: 4.

<sup>162</sup> Voigt, 1980: 18-23. Werle (1982: 5-6) defende a limitação do conceito de juridificação ao aumento de leis e decretos em determinado período. Contra essa posição, ver a consideração dos “aspectos qualitativos” da juridificação em Voigt, 1983: 18-9.

<sup>163</sup> Voigt, 1980: 30.

<sup>164</sup> Habermas, 1982a II: 524 ss. Cf. também Voigt, 1983: 21-2; Werle, 1982: 9-10.

associações políticas e partidos”<sup>165</sup>. Especificamente quanto ao Estado democrático e social de direito, a juridificação implica o surgimento dos direitos sociais, a intervenção compensatória na estrutura de classes e na economia, a política social do Estado e a regulamentação jurídica das relações familiares e educacionais.

Em relação a essa fase “social e democrática”, Habermas avalia a juridificação da sociedade com base na distinção entre “direito como *meio*” (“Medium Recht”) e “direito como *instituição*”. No primeiro caso, “o direito é combinado com os meios [*Medien*] dinheiro e poder de tal forma que ele mesmo assume o papel de um meio de controle [*Steuerungsmedium*]”<sup>166</sup>, como nas esferas do direito econômico, comercial, empresarial e administrativo. Por *instituições* jurídicas Habermas compreende “normas jurídicas que não podem ser suficientemente legitimadas mediante as referências positivistas a procedimentos”<sup>167</sup>. Enquanto elas pertencem “às ordens legítimas do mundo da vida” (âmbito do agir comunicativo), precisam de “uma justificação material”<sup>168</sup>. O direito como meio teria, portanto, força *constitutiva*; o direito como instituição, apenas função regulativa<sup>169</sup>. À medida que o direito atuasse como meio nas esferas informalmente reguladas do mundo da vida, como o direito de família e o da educação, a juridificação teria efeitos negativos e disfuncionais. Aqui se fala de colonização interna do mundo da vida: “A tese da colonização interna afirma que os subsistemas economia e Estado, em consequência do crescimento capitalista, tornam-se cada vez mais complexos e infiltram-se cada vez mais profundamente na reprodução simbólica

<sup>165</sup> Habermas, 1982a II: 529.

<sup>166</sup> Habermas, 1982a II: 536.

<sup>167</sup> Habermas, 1982a II: 536.

<sup>168</sup> Habermas, 1982a II: 536.

<sup>169</sup> Habermas, 1982a II: 537.



do mundo da vida”<sup>170</sup>. Mas, por outro lado, para Habermas, a juridificação pode ter também caráter positivo e funcional, quando o direito como instituição desempenha seu papel regulativo em benefício do plexo de ação do mundo da vida, orientado para o entendimento, ou serve de meio de controle para os sistemas de ação da economia e do Estado<sup>171</sup>.

Na perspectiva da teoria dos sistemas, o problema da juridificação é tratado não com base no dualismo “sistema/mundo da vida”, mas sim com esteio na dicotomia “sistema/ambiente”. Dessa maneira, a juridificação, por exemplo, poderia ser definida como “expansão do sistema jurídico à custa de outros sistemas sociais”<sup>172</sup>. Nesse sentido, a juridificação seria disfuncional. Parece-me, porém, que a juridificação, segundo a teoria luhmanniana dos sistemas, deve ser interpretada de outra maneira. Na medida em que a positivação do direito envolve a juridificabilidade das mais diferentes relações sociais (supercomplexidade material), cumpre contar, tendencialmente, com consequências juridificantes da positividade. Mas essas podem ser adequadas ao ambiente ou disfuncionais. Em princípio, a juridificação não é negativa. Desde que, com base no fechamento normativo e abertura cognitiva, o sistema jurídico responda à demanda de seu ambiente por regulação, sem

<sup>170</sup> Habermas, 1982a II: 539.

<sup>171</sup> Cf. Habermas, 1982a II: 536 ss. Desse modo, justifica-se a crítica de Nahamowitz (1985) a Teubner e Willke, uma vez que estes, em sua tentativa de unir a ética do discurso de Habermas à teoria dos sistemas de Luhmann (ver *infra* pp. 52-4), tiraram consequências neoliberais da concepção habermasiana de juridificação (cf. Teubner; Willke, 1984: 24, 29; Teubner, 1982: 26-7, 41-4; mas posição diferente é assumida por Teubner, 1989: 81-2, 85-6). “Para Habermas”, segundo Nahamowitz (1985: 42), “o direito intervencionista é um meio de controle adequado e efetivo para os subsistemas economia e administração, mas não para as áreas comunicativamente estruturadas como educação e família. Por isso, a distinção de Habermas entre sistema e mundo da vida desmantela-se no conceito de ‘direito reflexivo’”.

<sup>172</sup> Voigt, 1980: 27.

violar a autonomia de outros sistemas sociais, a juridificação será vista como adequada e funcional. Além disso, é de se observar aqui, por fim, que a positivação não conduz, necessariamente, à juridificação: mediante o estabelecimento do direito, tendências desjuridificantes<sup>173</sup> podem impor-se, sem que seja reduzido o significado dos princípios da decidibilidade e alterabilidade. De acordo com essa observação, pode-se afirmar que o conceito de direito positivo em Luhmann compreende tanto o direito liberal quanto o direito do Estado social.

### 3.5. Os pressupostos político e econômico da positivação do direito

Segundo a abordagem sistêmico-teórica luhmanniana, devem-se considerar duas precondições da positivação do direito: a *democracia* e a *sociedade econômica*<sup>174</sup>.

No que diz respeito à primeira precondição, apresenta-se o seguinte argumento: na medida em que o sistema político assume a plena responsabilidade pelo direito e se vale de uma elevada liberdade de decisão<sup>175</sup>, por conseguinte, desde que perde seu fundamento ético, verdadeiro, ele necessita de apoio social mediante mecanismos democráticos descarregantes e absorvedores de conflitos como eleição, partidos políticos e legislação pluralista, tendo de manter-se aberto às influências sociais contraditórias e tratar valores de modo oportunista e pluralista<sup>176</sup>.

A outra precondição para uma “plena” positivação do direito, a *sociedade econômica*, tem de ser considerada com restrição.

<sup>173</sup> Sobre desjuridificação como contratendência à juridificação, ver Voigt, 1983: espec. 28 ss.

<sup>174</sup> Cf. Luhmann, 1981b: 148-53.

<sup>175</sup> Luhmann, 1981b: 147.

<sup>176</sup> A esse respeito, cf. também Luhmann, 1987a: 247 ss.; 1983a: 151-4.



As hipóteses “de que o subsistema político da sociedade cede à economia sua posição dirigente, quer dizer, subordina-se primariamente a problematizações econômicas”, e “de que a positividade do direito pressupõe um primado social da economia, uma transição da sociedade política (*societas civilis*) para a sociedade econômica”<sup>177</sup>, esmaecem no âmbito da teoria dos sistemas luhmanniana, pois, nela, a autorregulação é cada vez mais realçada: “Todo sistema, portanto, pode ‘regular’ apenas a si mesmo, porque todas as distinções são construções próprias do sistema.”<sup>178</sup> Correspondentemente, no que diz respeito especificamente à relação entre economia e política, não se trata, pois, de *subordinação*, mas de “distinções funcionalmente condicionadas” e “paralelismos na estrutura sistêmica”<sup>179</sup>. Por isso, parece-me que, em Luhmann, a segunda precondição para uma “plena” positividade do direito não pode mais ser designada pela expressão “sociedade econômica”. Na perspectiva sistêmico-teórica de Luhmann trata-se, antes, de uma diferenciação funcional plena do sistema econômico, a qual conduziria à alta complexidade e, com isso, demandaria um sistema jurídico capaz de aprender, constantemente alterável e livre de valores “absolutos”.

### 3.6. O “impasse” na evolução do direito positivo

Por fim, deve-se observar que, segundo Luhmann, o impasse da evolução do direito positivo não reside mais na variação (direito arcaico) ou na seletividade (direito das civilizações pré-modernas), mas nos mecanismos de estabilização, isto é, na insuficiência

<sup>177</sup> Luhmann, 1981b: 149-50. Cf. também Luhmann, 1973b: 5; 1981c: 32.

<sup>178</sup> Luhmann, 1988a: 27.

<sup>179</sup> Luhmann, 1988a: 26. Cf. Nahamowitz, 1985: 41, em posição crítica a essa alteração na teoria dos sistemas de Luhmann. Retornarei a essa questão (ver espec. nota 23 do Cap. III).

do aparato conceitual da “ciência do direito”, primariamente dirigido à aplicação jurídica, para atuar na estrutura jurídica de um modo que favoreça o aprendizado e a estabilização<sup>180</sup>. Para Luhmann, por outro lado, há carência de aparato conceitual jurídico-político que permitiria aprender de modo estabilizante no procedimento legislativo, o que implica um “estilo de política quase arcaico”, baseado em interesses muito concretos<sup>181</sup>. De acordo com a teoria dos sistemas, portanto, a crise atual do direito positivo resultaria desses problemas de estabilização.

## 4. POSITIVIDADE COMO AUTODETERMINAÇÃO DO DIREITO (LUHMANN)

Com o desenvolvimento da teoria luhmanniana dos sistemas, pode-se caracterizar a positividade sobretudo como autodeterminação do direito<sup>182</sup>. Isso significa que a manutenção/alteração do sistema jurídico não resulta diretamente das determinações do ambiente, mas de seus próprios critérios, operações e elementos. A seguir, tratarei, em primeiro lugar, da autorreferência como característica dos sistemas sociais em geral (4.1); no segundo momento, a discussão deve concentrar-se, especificamente, na diferenciação do código jurídico e na autonomia/capacidade de aprendizado do direito positivo (4.2); por último, será tomada em consideração a leitura pós-moderna da positividade como autodeterminação do direito (4.3).

### 4.1. Sistemas sociais como sistemas autorreferentes

A caracterização do direito como sistema autodeterminado é examinada no âmbito da teoria dos sistemas autorreferentes ou

<sup>180</sup> Cf. Luhmann, 1981c: 27, 30; 1987a: 297-8; Teubner, 1982: 36; 1989: 70-1.

<sup>181</sup> Luhmann, 1981c: 30-1.

<sup>182</sup> Cf. Luhmann, 1988b; 1983b; 1985; 1981h.



autopoieticos<sup>183</sup>. “Pode-se caracterizar um sistema”, afirma Luhmann, “como autorreferente, se ele, por si mesmo, constituir como unidades funcionais os elementos dos quais ele se compõe...”<sup>184</sup>. Aqui se trata, primariamente, da reprodução unitária dos elementos constituídos pelo sistema e que constituem o sistema<sup>185</sup>, não da auto-organização, da manutenção estrutural do sistema<sup>186</sup>. Com base na teoria biológica da autopoiese, desenvolvida sobretudo por Maturana e Varela<sup>187</sup>, Luhmann compreende a unidade do sistema, em primeiro lugar, como “unidade dos elementos últimos dos quais o sistema se compõe e unidade dos processos nos quais as operações do sistema reúnem esses elementos”<sup>188</sup>. Em conformidade com isso, Luhmann afirma “que um sistema autopoietico constitui os elementos de que é composto através dos elementos de que é composto e, dessa maneira, demarca fronteiras que não existem na complexidade infraestrutural do ambiente do sistema”<sup>189</sup>. Em outra passagem, são distinguidas três formas de autorreferência: autorreferência de base ou elementar, reflexividade (autorreferência processual) e reflexão, conforme lhes sirva de fundamento, respectivamente, a diferença entre *elemento e relação, antes e depois* ou *sistema e ambiente*<sup>190</sup>. Somente no último caso (reflexão),

coincidem autorreferência e referência ao sistema: “Nesse caso, o ‘auto’ é o sistema, ao qual se atribui a operação autorreferencial. Ela se realiza como operação com a qual o próprio sistema designa-se a si mesmo como distinto do seu ambiente”<sup>191</sup>. Mas a reflexão, como mecanismo mais abrangente, pressupõe as autorreferências de base e processual (retomarei esse tema no Cap. VI).

Nessa perspectiva, se entendermos a autorreferência como autoprodução operacional de elementos e relações<sup>192</sup> sucessivamente selecionados no interior do sistema, deparar-nos-emos com o problema do fechamento. Nesse particular, Luhmann afasta-se da concepção de autopoiese de Maturana, na medida em que distingue entre sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) e sistemas não constituintes de sentido (químicos e orgânicos)<sup>193</sup>. Na autopoiese biológica, segundo Luhmann, há uma concepção radical de fechamento, uma vez que para a produção das relações entre sistema e ambiente é exigido um observador fora do sistema, ou seja, outro sistema<sup>194</sup>. No caso de sistemas constituintes de sentido, porém, a “auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica”<sup>195</sup>. Sistemas constituintes de sentido mantêm seu caráter autopoietico ao se referirem, paralelamente, a si mesmos (para dentro) e ao seu ambiente (para fora), operando, dessa maneira, internamente, com a diferença fundamental entre sistema e ambiente<sup>196</sup>. Seu pleno fechamento não é

<sup>183</sup> A esse respeito, ver, sobretudo, Luhmann, 1987b. Habermas (1988) apresenta uma revisão crítica do ponto de vista da teoria do discurso.

<sup>184</sup> Luhmann, 1987b: 59.

<sup>185</sup> “Elementos são elementos apenas para os sistemas que os empregam como unidade, e eles o são apenas mediante esses sistemas” (Luhmann, 1987b: 43).

<sup>186</sup> Luhmann, 1983b: 132.

<sup>187</sup> Sobre essa teoria, ver Maturana; Varela, 1987: espec. 55-60; Maturana, 1982: espec. 141-2, 157 ss., 279-80. Para uma crítica da recepção científico-social do conceito de autopoiese, ver Bühl, 1989, com referência especial ao paradigma luhmanniano (229 ss.).

<sup>188</sup> Luhmann, 1983b: 131.

<sup>189</sup> Luhmann, 1983b: 132. Ver *infra* pp. 266-7.

<sup>190</sup> Cf. Luhmann, 1987b: 600-2.

<sup>191</sup> Luhmann, 1987b: 601.

<sup>192</sup> “Assim como não há sistemas sem ambientes, tampouco há elementos sem vínculo relacional ou relações sem elementos” (Luhmann, 1987b: 41).

<sup>193</sup> Ladeur (1985: 408-1) desenvolve outra interpretação. Cf. também Teubner, 1988: 51; 1989: 38, 43, 46, que se posiciona contra a tese sustentada por Luhmann (1985: 2), com base em Maturana (1982: 301), da impossibilidade de autopoiese parcial também nos sistemas sociais.

<sup>194</sup> Luhmann, 1987b: 64.

<sup>195</sup> Luhmann, 1987b: 64.

<sup>196</sup> Luhmann, 1987b: 64.



autopoieticos<sup>183</sup>. “Pode-se caracterizar um sistema”, afirma Luhmann, “como autorreferente, se ele, por si mesmo, constituir como unidades funcionais os elementos dos quais ele se compõe...”<sup>184</sup>. Aqui se trata, primariamente, da reprodução unitária dos elementos constituídos pelo sistema e que constituem o sistema<sup>185</sup>, não da auto-organização, da manutenção estrutural do sistema<sup>186</sup>. Com base na teoria biológica da autopoiese, desenvolvida sobretudo por Maturana e Varela<sup>187</sup>, Luhmann compreende a unidade do sistema, em primeiro lugar, como “unidade dos elementos últimos dos quais o sistema se compõe e unidade dos processos nos quais as operações do sistema reúnem esses elementos”<sup>188</sup>. Em conformidade com isso, Luhmann afirma “que um sistema autopoietico constitui os elementos de que é composto através dos elementos de que é composto e, dessa maneira, demarca fronteiras que não existem na complexidade infraestrutural do ambiente do sistema”<sup>189</sup>. Em outra passagem, são distinguidas três formas de autorreferência: autorreferência de base ou elementar, reflexividade (autorreferência processual) e reflexão, conforme lhes sirva de fundamento, respectivamente, a diferença entre *elemento e relação*, *antes e depois* ou *sistema e ambiente*<sup>190</sup>. Somente no último caso (reflexão),

<sup>183</sup> A esse respeito, ver, sobretudo, Luhmann, 1987b. Habermas (1988) apresenta uma revisão crítica do ponto de vista da teoria do discurso.

<sup>184</sup> Luhmann, 1987b: 59.

<sup>185</sup> “Elementos são elementos apenas para os sistemas que os empregam como unidade, e eles o são apenas mediante esses sistemas” (Luhmann, 1987b: 43).

<sup>186</sup> Luhmann, 1983b: 132.

<sup>187</sup> Sobre essa teoria, ver Maturana; Varela, 1987: espec. 55-60; Maturana, 1982: espec. 141-2, 157 ss., 279-80. Para uma crítica da recepção científico-social do conceito de autopoiese, ver Bühl, 1989, com referência especial ao paradigma luhmanniano (229 ss.).

<sup>188</sup> Luhmann, 1983b: 131.

<sup>189</sup> Luhmann, 1983b: 132. Ver *infra* pp. 266-7.

<sup>190</sup> Cf. Luhmann, 1987b: 600-2.

coincidem autorreferência e referência ao sistema: “Nesse caso, o ‘auto’ é o sistema, ao qual se atribui a operação autorreferencial. Ela se realiza como operação com a qual o próprio sistema designa-se a si mesmo como distinto do seu ambiente”<sup>191</sup>. Mas a reflexão, como mecanismo mais abrangente, pressupõe as autorreferências de base e processual (retomarei esse tema no Cap. VI).

Nessa perspectiva, se entendermos a autorreferência como autoprodução operacional de elementos e relações<sup>192</sup> sucessivamente selecionados no interior do sistema, deparar-nos-emos com o problema do fechamento. Nesse particular, Luhmann afasta-se da concepção de autopoiese de Maturana, na medida em que distingue entre sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) e sistemas não constituintes de sentido (químicos e orgânicos)<sup>193</sup>. Na autopoiese biológica, segundo Luhmann, há uma concepção radical de fechamento, uma vez que para a produção das relações entre sistema e ambiente é exigido um observador fora do sistema, ou seja, outro sistema<sup>194</sup>. No caso de sistemas constituintes de sentido, porém, a “auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica”<sup>195</sup>. Sistemas constituintes de sentido mantêm seu caráter autopoietico ao se referirem, paralelamente, a si mesmos (para dentro) e ao seu ambiente (para fora), operando, dessa maneira, internamente, com a diferença fundamental entre sistema e ambiente<sup>196</sup>. Seu pleno fechamento não é

<sup>191</sup> Luhmann, 1987b: 601.

<sup>192</sup> “Assim como não há sistemas sem ambientes, tampouco há elementos sem vínculo relacional ou relações sem elementos” (Luhmann, 1987b: 41).

<sup>193</sup> Ladeur (1985: 408-1) desenvolve outra interpretação. Cf. também Teubner, 1988: 51; 1989: 38, 43, 46, que se posiciona contra a tese sustentada por Luhmann (1985: 2), com base em Maturana (1982: 301), da impossibilidade de autopoiese parcial também nos sistemas sociais.

<sup>194</sup> Luhmann, 1987b: 64.

<sup>195</sup> Luhmann, 1987b: 64.

<sup>196</sup> Luhmann, 1987b: 64.



prejudicado por isso, visto que sentido se relaciona apenas com sentido e só pode ser alterado por sentido<sup>197</sup>. Mas a inserção da diferença “sistema/ambiente” no interior dos sistemas constituintes de sentido (a auto-observação como “momento operacional da autopoiese”)<sup>198</sup> possibilita uma nova combinação de fechamento e abertura para o ambiente, de tal modo que a circularidade da autopoiese pode ser interrompida mediante referência ao ambiente<sup>199</sup>. Portanto, de acordo com Luhmann, o ambiente não atua perante o sistema meramente como “condição infraestrutural da possibilidade de constituição dos elementos”<sup>200</sup>, nem apenas como perturbação, ruído, “*bruit*”<sup>201</sup>: ele é algo mais, “o fundamento do sistema”<sup>202</sup>. Sobre o sistema atuam diversificadas determinações do ambiente, mas a inserção dessas determinações no sistema só ocorre quando este, conforme suas próprias diferenças, atribui-lhes sua forma<sup>203</sup>.

Se, por um lado, o enfoque luhmanniano do fechamento dos sistemas autorreferenciais constituintes de sentido distingue-se da teoria biológica da autopoiese, por outro, sua divergência em relação à clássica oposição entre sistemas fechados e abertos<sup>204</sup> pode ser constatada ainda mais claramente<sup>205</sup>. O conceito de sistemas fechados ganha, “em comparação com a antiga teoria dos sistemas, um novo sentido. Ele não designa mais sistemas que

existem (quase) sem ambiente, ou seja, que podem determinar-se (quase) integralmente a si mesmos”<sup>206</sup>. Portanto: “Fechamento não significa agora falta de ambiente nem determinação integral por si mesmo”<sup>207</sup>. Trata-se de autonomia do sistema, não de sua autarquia<sup>208</sup>. O fechamento operacional “é, ao contrário, condição de possibilidade para abertura. Toda abertura baseia-se no fechamento”<sup>209</sup>. A combinação de fechamento e abertura pode ser considerada sob duas perspectivas: 1) embora um sistema constituinte de sentido exerça o “controle das próprias possibilidades de negação por ocasião da produção dos próprios elementos”<sup>210</sup> (fechamento), esse controle depende das condições de escolha entre “sim” e “não” (abertura)<sup>211</sup>; 2) o controle das possibilidades de negação (fechamento) proporciona uma relação seletiva contínua e estável (ou, no mínimo, menos instável) do sistema com o seu ambiente (abertura adequada).

Quanto aos sistemas sociais “como constituídos sobre a base de uma conexão unitária (autorreferencial) de comunicações”<sup>212</sup>, a sociedade é o sistema mais abrangente. Suas unidades elementares, as comunicações<sup>213</sup>, que esse sistema constitui mediante a síntese de informação, mensagem e compreensão<sup>214</sup>, somente estão presentes no seu interior, não em seu ambiente, de tal modo que ele pode ser caracterizado como “real-necessariamente fe-

<sup>197</sup> Luhmann, 1987b: 64.

<sup>198</sup> Luhmann, 1987b: 63.

<sup>199</sup> Luhmann, 1987b: 64-5.

<sup>200</sup> Luhmann, 1987b: 60.

<sup>201</sup> Para Varela (1983), o ruído (“*bruit*” – “*couplage par clôtüre*” em oposição à “*couplage par input*”) atua como forma típica da influência do ambiente sobre os sistemas autônomos.

<sup>202</sup> Luhmann, 1987b: 602.

<sup>203</sup> “Fundamento é sempre algo *sem* forma” (Luhmann, 1987b: 602).

<sup>204</sup> Nessa tradição ver Bertalanffy, 1957: 10 ss.

<sup>205</sup> Luhmann, 1987b: 63-4.

<sup>206</sup> Luhmann, 1987b: 602.

<sup>207</sup> Luhmann, 1983b: 133.

<sup>208</sup> Luhmann, 1983a: 69; Teubner, 1982: 20. “Autonomia do direito refere-se à circularidade de sua autorreprodução e não à sua independência causal em relação ao ambiente” (Teubner, 1989: 47).

<sup>209</sup> Luhmann, 1987b: 606.

<sup>210</sup> Luhmann, 1987b: 603.

<sup>211</sup> Luhmann, 1987b: 603. Cf. Luhmann, 1986a: 83.

<sup>212</sup> Luhmann, 1987b: 92.

<sup>213</sup> Luhmann, 1987b: 192-3.

<sup>214</sup> Luhmann, 1983b: 137. A esse respeito, ver Luhmann, 1987b: 193 ss.



chado”<sup>215</sup>. Embora a reprodução de comunicações ocorra exclusivamente dentro da sociedade (fechamento autorreferencial), existem, inevitavelmente, comunicações sobre seu ambiente psíquico, orgânico e químico (abertura)<sup>216</sup>.

O caráter autopoiético dos sistemas parciais da sociedade não pode, porém, ser esclarecido desse mesmo modo, pois a comunicação é a unidade elementar de todos os sistemas sociais; no ambiente de todos os subsistemas da sociedade há comunicação. Nesses sistemas parciais desenvolvem-se não apenas comunicações *sobre* seu ambiente, mas também comunicações *com* seu ambiente<sup>217</sup>. Somente quando um sistema social dispõe de um código-diferença específico “sim/não” é que pode ser caracterizado como autorreferencialmente fechado (mas aberto ao ambiente)<sup>218</sup>. Por meio de codificação binária “sim/não” própria do sistema, as unidades sistêmicas elementares são reproduzidas internamente e distinguidas de forma clara das comunicações exteriores<sup>219</sup>.

#### 4.2. A diferenciação do código do direito. Positividade como combinação de fechamento normativo e abertura cognitiva do direito

A diferenciação do direito na sociedade moderna pode ser interpretada como controle do código-diferença “lícito/ilícito” por um sistema funcional para isso especializado<sup>220</sup>. Segundo Luhmann, essa nova posição do direito pressupõe a superação da sociedade pré-moderna, diferenciada conforme o princípio da estratifica-

ção (verticalmente). Enquanto o princípio de diferenciação se baseava numa distinção entre superior e inferior, apenas o sistema supremo, o político, tinha a autonomia autorreferencial<sup>221</sup>. O direito permanecia supradeterminado pela política e pelo ideário moral estático, político-legitimador, não dispondo, exclusivamente, de um código-diferença “sim/não” específico. A positivação do direito na sociedade moderna implica, portanto, o controle do código-diferença “lícito/ilícito” *exclusivamente* pelo sistema jurídico, o qual, desse modo, adquire seu fechamento operacional<sup>222</sup>.

Nesse contexto, a positividade é compreendida como autodeterminação do direito. Assim como ocorre em relação aos outros sistemas sociais diferenciados, não se trata aqui de autarquia, de (quase) ausência de ambiente. Se o fato de dispor do código-diferença “lícito/ilícito” conduz ao fechamento operacional, a escolha entre lícito e ilícito é condicionada pelo ambiente (ver *supra* pp. 44-5). Por outro lado, a autodeterminação do direito baseia-se na distinguibilidade entre expectativas normativas e cognitivas<sup>223</sup>, que só se torna clara com a codificação binária “lícito/ilícito” exclusivamente pelo sistema jurídico. Apoiado na distinção “normativo/cognitivo”, o fechamento operacional do sistema jurídico é assegurado, simultaneamente, com sua abertura ao ambiente. A respeito, escreve Luhmann: “Sistemas jurídicos utilizam essa diferença para combinar o fechamento da autoprodução recursiva e a abertura de sua referência ao ambiente. O direito constitui, em outras palavras, um *sistema normativamente fechado*, mas *cognitivamente aberto* [...]. A qualidade normativa serve à autopoiese

<sup>215</sup> Luhmann, 1987b: 60-1.

<sup>216</sup> Luhmann, 1983b: 137.

<sup>217</sup> Luhmann, 1983b: 137-8.

<sup>218</sup> Cf. Luhmann, 1983b: 134; 1987b: 603; 1986a: 83; 1986c: 171-2.

<sup>219</sup> Sobre codificação binária em geral, ver Luhmann, 1986a: 75 ss.

<sup>220</sup> Luhmann, 1986c: 171. Cf., em relação aos sistemas sociais em geral, Luhmann, 1986a: 85-6.

<sup>221</sup> Luhmann, 1981e: 159-60.

<sup>222</sup> Luhmann, 1986a: 125-6. Especificamente sobre o código binário do sistema jurídico, ver, abrangentemente, Luhmann, 1986c. Deve-se observar aqui que o direito, na perspectiva de observação do sistema político, pode ser caracterizado como um segundo código do poder político (Luhmann, 1986c: 199; 1988c: 34, 48 ss., 56).

<sup>223</sup> Luhmann, 1983b: 138 ss.



do sistema, à sua autocontinuação diferenciada do ambiente. A qualidade cognitiva serve à coordenação desse processo com o ambiente do sistema.<sup>224</sup> Com isso se relaciona o fato de “que o sistema jurídico ‘fatorializa’ a autorreferência por meio de conceitos, a heterorreferência, ao contrário, mediante interesses”<sup>225</sup>.

Dessa maneira, o sistema jurídico pode assimilar os *fatores* do ambiente de acordo com seus próprios critérios, mas não ser influenciado diretamente por esses fatores. A vigência jurídica das expectativas normativas não pode ser determinada, imediatamente, conforme interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas<sup>226</sup>, pois depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico<sup>227</sup>. A capacidade de aprendizagem (dimensão cognitivamente aberta) do direito positivo possibilita que ele se altere para adaptar-se ao ambiente complexo e “veloz”. O fechamento normativo impede a confusão entre sistema jurídico e seu ambiente, exigindo a “digitalização” interna de informações provenientes do ambiente. A diferenciação do direito na sociedade não é outra coisa senão o tornar possível, nos termos do próprio

<sup>224</sup> Luhmann, 1983b: 139. Cf. também Luhmann, 1984b: 110 ss.

<sup>225</sup> Luhmann, 1990a: 10.

<sup>226</sup> Quanto ao conhecimento científico, especificamente, Luhmann (1985: 17) afirma em consonância com isso: “Para o sistema jurídico, porém, seria certamente fatal – e sobretudo politicamente fatal – se ele pudesse ser revolucionado mediante uma substituição de elementos teóricos centrais, ou ainda mediante uma mudança de paradigma.” Em oposição a isso, na perspectiva singular de C. Souto e S. Souto, pode-se definir o direito, em parte, *conforme os critérios do conhecimento científico empírico* (cf. Souto; Souto, 1981: espec. 101, 106-13; Souto, 1984: 82-4, 91-2; 1978: 85-117).

<sup>227</sup> “Desenvolvimentos externos”, assim enfatiza Teubner (1982: 21), ainda que com outras conclusões, “não são, por um lado, ignorados, nem, por outro, convertidos diretamente em efeitos internos, conforme o ‘esquema estímulo-resposta’, mas sim filtrados e ajustados à lógica interna do desenvolvimento normativo, de acordo com critérios próprios de seletividade.”

sistema jurídico, a intermediação dessas duas orientações<sup>228</sup>. A alterabilidade do direito é, desse modo, fortificada, não impedida, como seria de se afirmar com respeito a um fechamento sem ambiente; mas ela ocorre conforme os critérios internos e específicos de um sistema capaz de aprender e sensível ao ambiente<sup>229</sup>.

Nessa perspectiva, o fechamento autorreferencial, ou seja, a normatividade para o sistema jurídico, não é um fim em si mesmo do sistema, mas, antes, condição para abertura<sup>230</sup>. A radicalização da tese do fechamento como ausência de ambiente desconhece o problema central da capacidade de conexão (em contraposição ao problema da repetição) entre acontecimentos elementares<sup>231</sup>. Somente sob as condições de abertura cognitiva ao ambiente (capacidade de aprendizagem), o sistema jurídico pode tomar providências para a desparadoxização da autorreferência, para a capacidade de conexão<sup>232</sup>. O fechamento cognitivo do sistema jurídico produziria um paradoxo insuperável da autopoiese e não permitiria a interrupção da interdependência dos componentes internos mediante referência ao ambiente<sup>233</sup>.

Por outro lado, entretanto, a interrupção do fechamento normativo através do questionamento do código-diferença “lícito/ilícito” afetaria a autonomia do sistema jurídico, provocando paradoxos heteronomizantes: “Se um sistema emprega uma diferença-guia como código da totalidade de suas operações, essa autoaplicação do código ao código tem de ser excluída. A autorreferência só é admitida dentro do código e, aqui, operacionalizada como

<sup>228</sup> Luhmann, 1983b: 152-3.

<sup>229</sup> Cf. Luhmann, 1983b: 136.

<sup>230</sup> Luhmann, 1987b: 606.

<sup>231</sup> Cf. Luhmann, 1987b: 62.

<sup>232</sup> Cf. Luhmann, 1987b: 59.

<sup>233</sup> Cf. Luhmann, 1987b: 65.



negação. [...] A *autonomia* do sistema não é, então, nada mais do que o *operar conforme o próprio código*, e, mais precisamente, *porque esse desparadoxiza o paradoxo da autorreferência*<sup>234</sup>. De acordo com a concepção de Luhmann, a “autoaplicação do código ao código” não implicaria apenas efeitos heteronomizantes, mas também imobilidade do sistema jurídico, uma vez que a capacidade de conexão da reprodução autopoietica seria, dessa maneira, bloqueada.

Especialmente nesse ponto emergem as divergências entre a teoria luhmanniana da positividade e as novas concepções axiológicas ou morais do direito<sup>235</sup>. Pressuposto que à positividade do direito é inerente não apenas a supressão da determinação imediata do direito pelos interesses, vontades e critérios políticos dos detentores do poder, mas também a neutralização moral do sistema jurídico, torna-se irrelevante para Luhmann uma teoria da justiça como critério exterior ou superior ao direito positivo: “Todos os valores que possam circular no discurso geral da sociedade são, após a diferenciação de um sistema jurídico, ou juridicamente irrelevantes, ou valores próprios do direito”<sup>236</sup>. Portanto, a justiça só pode ser considerada no interior do sistema jurídico como complexidade adequada (justiça externa) ou como consistência das decisões (justiça interna)<sup>237</sup>. Em outras palavras, trata-se, por um lado (externamente), de abertura cognitiva adequada ao ambiente, capacidade de aprendizagem para adaptar-se; por

<sup>234</sup> Luhmann, 1985: 6. Em relação aos sistemas sociais em geral, cf. também Luhmann, 1986a: 76-7, 80-1.

<sup>235</sup> Ver, sobretudo, Luhmann, 1981k; 1988b; e, a respeito, criticamente, R. Dreier, 1981. Cf. também, posicionando-se como crítico em relação à abordagem luhmanniana, Alexy, 1983: 161-5; e, como defensora da mesma abordagem, Kasprzik, 1985.

<sup>236</sup> Luhmann, 1988b: 27. Por isso, Kasprzik (1985: 368 ss.) designa a abordagem de Luhmann como “desfundamentação”.

<sup>237</sup> Luhmann, 1988b: 26-7. Cf. também Luhmann, 1981k: 388 ss.

outro (internamente), de capacidade de conexão da reprodução normativa autopoietica. Nesses termos, a positividade do direito não se limita ao *deslocamento* dos problemas de fundamentação no sentido da ética do discurso habermasiana<sup>238</sup>, ela significa a *eliminação* da problemática da fundamentação. O fato de que o direito preenche sua função de generalização congruente de expectativas comportamentais perante um ambiente hipercomplexo, inundado das mais diversas expectativas normativas, exige, segundo Luhmann, um desencargo mais radical com respeito à fundamentação ética, seja ela material ou argumentativo-procedimental<sup>239</sup>. A relevância eventual de ponderações axiológicas teria como consequência, nessa perspectiva, a imobilidade do sistema jurídico, o bloqueio de sua tarefa seletiva, portanto, efeitos disfuncionais. Em suma: segundo a concepção luhmanniana da positividade do direito, isto é, do fechamento normativo e abertura cognitiva do direito moderno, o problema da justiça é reorientado para a questão da *complexidade* adequada do sistema jurídico e da *consistência* de suas decisões.

<sup>238</sup> “A função característica da posituação da ordem jurídica consiste em *deslocar* problemas de fundamentação, portanto, em descarregar a aplicação técnica do direito, em *amplos espaços*, de problemas de fundamentação, mas não em *eliminar* a problemática da fundamentação” (Habermas, 1982a I: 354). Mais tarde, a oposição à concepção luhmanniana da positividade como autonomia sistêmica será expressa de forma mais vigorosa: “Um sistema jurídico adquire autonomia não apenas para si. Ele é autônomo apenas na medida em que os procedimentos institucionalizados para legislação e jurisdição garantam formação imparcial de julgamento e vontade e, por esse caminho, proporcionem a uma racionalidade ético-procedimental ingresso igualmente no direito e na política” (Habermas, 1987a: 16).

<sup>239</sup> De acordo com Luhmann (1981k: 389, nota 33), “[...] formas discursivo-racionais de esclarecimento de posições valorativas aceitáveis ou inaceitáveis ficam hoje encravadas no domínio do mero vivenciar. O pressuposto central da filosofia prática, segundo o qual, ao argumentar-se sobre o que hoje se designam valores, poderia compreender-se melhor o *agir*, não é mais sustentável nas condições hodiernas de um mundo mais rico em possibilidades”.



#### 4.3. Positividade do direito e abordagens pós-modernistas

No âmbito do conceito de “direito reflexivo”, de Teubner e Willke, a concepção de autonomia sistêmica adquire um sentido diferente daquele da abordagem de Luhmann. Numa tentativa de compatibilizar a teoria do direito “responsivo” (Nonet/Selznick) com as teorias da racionalidade procedimental (Habermas) e da positividade jurídica (Luhmann), Teubner distingue três dimensões (racionalidades interna, normativa e sistêmica) e três tipos (formal, material e reflexivo) da racionalidade jurídica<sup>240</sup> para afirmar o ponto de convergência, “*estruturas reflexivas e discurso democrático nos subsistemas da sociedade*”, que deveria ser promovido pelo direito reflexivo<sup>241</sup>. Nessa variante da teoria dos sistemas, o mais importante é “que a autorreferência no desenvolvimento jurídico conduz, imediatamente, a um conceito do direito pós-moderno”<sup>242</sup>. Essa construção foi reelaborada mais tarde por Teubner e Willke<sup>243</sup>.

Trata-se aqui da questão de como o direito, na qualidade de subsistema social autônomo, pode contribuir para a regulação do seu contexto social em uma sociedade hipercomplexa. Por meio de uma reformulação das diferenciações habermasianas em relação à racionalidade do direito moderno (formal)<sup>244</sup>, os tipos jurídicos, em Teubner e Willke, distinguem-se, “especificamente, (1) na sistematização interna da matéria jurídica (*‘racionalidade interna’*), (2) no *modus* específico da justificação de pretensões de validade (*‘racionalidade normativa’*) e (3) na sua contribuição para a con-

servação da sociedade (*‘racionalidade sistêmica’*)”<sup>245</sup>. Conforme esse modelo, o direito formal-racional caracteriza-se como (1) orientado por regras, (2) proscritivo e (3) orientado para a sociedade de mercado; o direito material-racional, como (1) orientado para fins, (2) prescritivo e (3) intervencionista; o direito reflexivo (pós-moderno), por sua (1) orientação procedimental, (2) racionalidade normativa facilitadora e (3) função integrativa<sup>246</sup>. Associada a isso – em comparação com a baixa complexidade externa (apesar da hipercomplexidade interna) do tipo estrutural liberal e da baixa complexidade interna (apesar da hipercomplexidade externa) do socialista –, destaca-se a hipercomplexidade interna e externa do tipo estrutural da sociedade pós-moderna (→ regulação reflexiva)<sup>247</sup>. De acordo com esse entendimento, a sociedade pós-moderna exigiria, em primeiro plano, regulação descentralizada em vez de regulação residual (liberalista) ou diretiva (nos termos de Estado social)<sup>248</sup>. Segundo Teubner e Willke, o direito reflexivo surge como reação à diferenciação funcional da sociedade (Luhmann) e como “constituição exterior” para a autorreflexão discursiva nos outros sistemas sociais (Habermas)<sup>249</sup>. “O papel do direito reflexivo”, afirmam, “consiste, então, em ele próprio pôr à disposição mecanismos integrativos para procedimento e organização no interior dos subsistemas atingidos, dando-lhes uma constituição social que respeita a sua dinâmica própria, mas, ao mesmo tempo, impõe-lhes aquelas restrições sociais que resultam, como regras do contexto para cada parte, das condições da

<sup>240</sup> Teubner, 1982: 22-9.

<sup>241</sup> Teubner, 1982: 47 ss.

<sup>242</sup> Teubner, 1982: 21-2.

<sup>243</sup> Cf. Teubner; Willke, 1984. Para uma posição crítica em relação a esse modelo, ver, em perspectivas diversas, Luhmann, 1985; Nahamowitz, 1985; Münch, 1985. Considerando as diferentes críticas, Teubner formulou, mais tarde (1989: 81 ss.), com algumas revisões, sua concepção de direito reflexivo.

<sup>244</sup> Cf. Habermas, 1982a: 351 ss.; 1982b: 262 ss.

<sup>245</sup> Teubner, 1982: 23; Teubner; Willke, 1984: 19.

<sup>246</sup> Teubner; Willke, 1984: 20-4; Teubner, 1982: 24-9.

<sup>247</sup> Teubner; Willke, 1984: 12-3.

<sup>248</sup> Cf. Teubner; Willke, 1984: 32-3.

<sup>249</sup> Teubner; Willke, 1984: 24-30; Teubner, 1982: 44-51.



cooperação de todas as partes”<sup>250</sup>. De acordo com esse modelo, fala-se de dupla autopoiese do direito e dos subsistemas sociais<sup>251</sup>. Mas, divergindo do modelo de Luhmann, essa construção pressupõe que os subsistemas sociais não se encontram apenas em relações de observações recíprocas: não são excluídas interferência e comunicação por meio de organização<sup>252</sup>.

Em outra direção, mas também à procura de um direito pós-moderno, Ladeur critica a concepção luhmanniana em consequência de sua “forte ênfase na autorreferência do sistema no nível da reprodução dos ‘elementos’”, mediante o que “as possibilidades do conceito de autopoiese, fascinantes precisamente em virtude da perspectiva que se sugere de uma nova construção teórica integrativa e interdisciplinar, não se esgotam”<sup>253</sup>. Ladeur acentua, entre outras coisas, a determinação da função do sistema “antes em relação a outros subsistemas”<sup>254</sup>; a pluralidade das “posições do observador” no interior do sistema<sup>255</sup>; a “compatibilização em vez da generalização de expectativas”<sup>256</sup>; a orientação estratégica do sistema jurídico<sup>257</sup>; o operar flexível com a incerteza, o que implica um equilíbrio não linear<sup>258</sup>; e uma lógica local para a dogmática<sup>259</sup>. No âmbito do pós-modernismo, ele parte da crise da identidade subjetiva<sup>260</sup> e, em conexão, da virtualidade da linguagem<sup>261</sup>.

<sup>250</sup> Teubner; Willke, 1984: 7.

<sup>251</sup> Cf. Teubner, 1988: 46-8; 1989: 88 ss.

<sup>252</sup> Cf. Teubner, 1988: 52 ss.; 1989: 96 ss.

<sup>253</sup> Ladeur, 1985: 407.

<sup>254</sup> Ladeur, 1985: 407.

<sup>255</sup> Ladeur, 1985: 412.

<sup>256</sup> Ladeur, 1985: 418.

<sup>257</sup> Ladeur, 1985: 419 ss.

<sup>258</sup> Ladeur, 1985: 421 ss.

<sup>259</sup> Ladeur, 1985: 426.

<sup>260</sup> Cf. espec. Ladeur, 1983: 466 ss.; 1984: 160 ss.

<sup>261</sup> Cf. Ladeur, 1983: 476. Nesse ponto, ele acompanha Atlan (1983).

A noção do direito como generalização congruente de expectativas comportamentais é criticada porque a isso está associada uma teoria da linguagem “para a qual a linguagem atua como ‘sistema de signos’, como meio de transmissão”<sup>262</sup>, de tal modo que a heterogeneidade e a descontinuidade históricas dos “jogos de linguagem” não são consideradas<sup>263</sup>. Daí resulta que a questão não é de (suposto) consenso, mas sim de compatibilização do dissenso<sup>264</sup>. A autopoiese é flexibilizada, na medida em que o plano da virtualização de estrutura e função<sup>265</sup> possibilita a formação de redes entre os diversos sistemas sociais<sup>266</sup>. Radicalizando a sua tese, Ladeur propõe pluralização (em vez de unidade) do direito<sup>267</sup> e o caráter constitutivo da “desordem” para a ponderação como paradigma jurídico<sup>268</sup>.

Tudo isso pressupõe “a crescente heterogeneidade e diferenciação situativa das arenas do agir social e administrativo”<sup>269</sup> e exige aplicação situativo-tópica do direito (“ponderação”)<sup>270</sup>. Na perspectiva paradoxal do pós-modernismo, o paradigma geral (a ponderação) é a negação de paradigmas gerais.

Para Teubner, Willke e Ladeur, somente um direito pós-moderno seria realmente direito reflexivo, autopoietico. Para Luhmann, o direito positivo (autodeterminado) é o direito especificamente

<sup>262</sup> Ladeur, 1985: 415 (cf. também 417-8, nota 131).

<sup>263</sup> Ladeur, 1986: 268, nota 8.

<sup>264</sup> Cf. Ladeur, 1986: 273.

<sup>265</sup> Cf. Ladeur, 1985: 414.

<sup>266</sup> A esse respeito, Ladeur (1985: 423) afirma: “É necessário um modelo de regulação de redes complexas de ação e causas em vez de regulação de cadeias de ação, o que implica uma cultura jurídica da incerteza”. Sobre esse tema, ver mais tarde Ladeur, 1990.

<sup>267</sup> Cf. Ladeur, 1983: espec. 479 ss.

<sup>268</sup> Ladeur, 1983: 478. Como aplicação desse modelo teórico a uma questão constitucional concreta, ver Ladeur, 1987; e, em controvérsia, Blanke, 1987.

<sup>269</sup> Ladeur, 1986: 273.

<sup>270</sup> Ladeur, 1983: 472. A esse respeito, também Ladeur, 1984: espec. 205 ss.

moderno, que se desenvolve em diferentes graus. A abordagem de Luhmann, pois, não inclui apenas o direito “reflexivo” e “pós-moderno” aproximativamente ao sentido apresentado por Teubner/Willke ou Ladeur, mas também o direito liberal (“racionalidade formal”) e o direito do Estado social (“racionalidade material”), na medida em que essas formas de manifestação do direito possam ser caracterizadas, numa outra perspectiva, como sistemas jurídicos postos/alterados por decisão e, sobretudo, operativamente autode-terminados. Para os fins desta pesquisa, é empregado especificamente o conceito de positividade de Luhmann, sendo consideradas apenas em caráter complementar as contribuições de Ladeur, Teubner e Willke. Mas, no concernente à abordagem pós-modernista de Ladeur, pode-se, curiosamente, constatar que o caráter situativo-difuso do direito tem muito a ver com a realidade jurídica dos países periféricos, que, muito frequentemente, é caracterizada como (quase) pré-moderna ou tradicional. Nesse ponto, há uma interessante aproximação entre a hipótese do direito pós-moderno e a realidade jurídica da periferia, ao que retornarei.

## CAPÍTULO II

## A CONCEPÇÃO DE CONSTITUIÇÃO

## 1. CONCEITOS TRADICIONAIS DE CONSTITUIÇÃO

Assim como ocorre com muitas expressões no domínio das ciências sociais, o termo “Constituição” é caracterizado por ambiguidade e mudanças semânticas. Desse modo, encontramos-lhe as mais diferentes definições, o que justifica algumas observações preliminares sobre os conceitos tradicionais de Constituição, antes de ser apresentado aquele que será empregado neste trabalho (ver *infra* seção 2 deste capítulo).

A discussão sobre o conceito de Constituição remonta a Aristóteles. Para ele a Constituição (*politeia*) era concebida, em um sentido muito abrangente, como ordem da *pólis*: “[...] Constituição é a ordem (*táxis*) dos Estados em relação à distribuição dos cargos governamentais (*arkhé*) e à determinação do poder governamental supremo no Estado, como também da finalidade (*télos*) da respectiva comunidade (*koinonía*)”<sup>1</sup>. Esse conceito de organização da *pólis*, o qual incluía elementos estruturais e teleológicos e, segundo o qual, Constituição e Estado podiam ser equiparados<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Aristóteles, 1968: 124-5 (IV, 1, 1289a); cf. também 80 (III, 1, 1274b) e 91-2 (III, 6, 1278b).

<sup>2</sup> Smend, 1968: 196. A esse respeito, cf. Aristóteles, 1968: 85 (III, 3, 1276b).



desempenhava um papel importante até o início da época moderna<sup>3</sup>. Porém, na transição para a sociedade moderna, abre-se uma nova constelação semântica, no âmbito da qual a Constituição é conceituada como carta de liberdade ou pacto de poder<sup>4</sup>. Diferentemente do caráter apenas “modificador do poder”, “casuístico” e “particular” dos pactos de poder, surge, no quadro das revoluções burguesas do fim do século XVIII, o constitucionalismo moderno, cuja semântica aponta tanto para o sentido normativo quanto para a função e validade “constituente de poder”, “abrangente” e “universal” da Constituição<sup>5</sup>.

A esse uso linguístico inovador, vinculado às transformações revolucionárias<sup>6</sup>, não se seguiu, contudo, de modo algum, univocidade em relação ao conceito de Constituição. Ao contrário, desde o surgimento dos Estados modernos liberais intensificou-se o problema da plurivocidade da palavra “Constituição”. Isso se manifestou marcadamente na teoria alemã “clássica” do Estado e da Constituição; mas, apesar da pluralidade de conceitos que foram formulados naquele contexto<sup>7</sup>, eles são suscetíveis de ser classificados em quatro tendências fundamentais, que podem ser de-

<sup>3</sup> A respeito, cf. Stourzh, 1975: 99 ss. ou 1989a: 3 ss. Mas ele acentua: “Somente a partir do final do século XVIII e [início] do século XIX tornou-se usual, nas traduções de Aristóteles, verter *politeia* em ‘Constituição’” (1975: 101; 1989a: 5). No início da época moderna, traduzia-se *politeia* especialmente pela palavra inglesa *government* (1975: 102 ss.; 1989a: 6 ss.).

<sup>4</sup> A respeito, cf. Böckenförde, 1983: 7 ss.

<sup>5</sup> Grimm, 1987a: espec. 48 ss. Cf. também Grimm, 1989: 633-4.

<sup>6</sup> “Concentrando-se nas questões da política relativa a conceitos e da inovação semântica, então é fácil reconhecer que transformações revolucionárias motivam um uso linguístico inovador” (Luhmann, 1990b: 177).

<sup>7</sup> Cf. Schmitt, 1970: 3 ss.; Heller, 1934: 249 ss. (espec. 274-6). Essa pluralidade de conceitos de Constituição poderia, segundo Vilanova (1953: espec. 19 e 98-9), ser atribuída à complexidade do dado. Já de acordo com Luhmann (1990b: 212), as diferentes definições de Constituição formuladas no âmbito da teoria alemã do Estado teriam servido para encobrir o déficit em relação à capacidade de compreender claramente ou esclarecer “a função própria e, daí, também o conceito de Constituição”.

signadas, respectivamente, pelas palavras-chave “sociológica”, “jurídico-normativa”, “ideal” e “cultural-dialética”, as quais até hoje ainda desempenham um papel importante.

Em sua célebre conferência de abril de 1862, Lassalle formulou a definição “sociológica” clássica de Constituição: “as relações factuais de poder existentes em um país”<sup>8</sup>. Mas ele não se limitou a esse tipo de definição: o conceito de Constituição foi também restringido simplesmente à sua dimensão socioeconômica, uma vez que as normas constitucionais teriam de ser consideradas mera expressão da Constituição “real”, da qual seriam absolutamente dependentes, sem nenhuma reação condicionadora<sup>9</sup>. Esse posicionamento “sociologista” (até mesmo “economicista”) e “mecanicista” de Lassalle desconhece que a ordem (normativo-jurídica) constitucional tem uma autonomia relativa e, em certa medida, atua como condição limitadora das relações reais de poder. Não se observa que os fatores “materiais” de poder e a ordem “jurídica” constitucional encontram-se, permanentemente, em relações de implicação recíproca, especialmente mediante delimitação de fronteiras, o que também é reconhecido no âmbito da teoria marxista<sup>10</sup>. Por outro lado, cabe observar que Lassalle pressupunha uma equiparação entre texto e norma constitucio-

<sup>8</sup> Lassalle, 1987: 130. Com base em Lassalle, cf. Weber, 1985: 27. A análise de Engels da “Constituição inglesa” (1988: espec. 572 ss.) pode ser associada à concepção de Constituição de Lassalle.

<sup>9</sup> “As relações factuais de poder existentes em uma sociedade qualquer são a força ativamente efetiva que determina todas as leis e instituições jurídicas dessa sociedade, de tal sorte que elas não poderiam ser de nenhuma maneira diferentes do que precisamente são” (Lassalle, 1987: 125). “Questões constitucionais não são, originalmente, questões jurídicas, mas questões de poder; a Constituição real de um país existe apenas nas relações factuais, reais, de poder existentes num país; Constituições escritas têm valor e duração apenas quando são a expressão exata das relações reais de poder existentes na sociedade” (Lassalle, 1987: 147).

<sup>10</sup> Cf., por exemplo, Poulantzas, 1967: 160; Nersisants, 1982: 177-8.



nal<sup>11</sup>, e partia da suposição de que as normas constitucionais não seriam integrantes da realidade. Dessa maneira, a atividade constituinte não é compreendida como um processo de filtragem de expectativas normativas de comportamento, e a Constituição, portanto, não é concebida como expectativas jurídico-normativas vigentes (ver *infra* seção 2 deste capítulo).

Em oposição à clássica concepção “sociológica” de Constituição, apresentam-se os conceitos exclusivamente jurídico-normativos de Constituição, nos termos da Teoria Pura do Direito: “o escalão mais elevado do direito positivo” (Constituição em sentido material) ou as normas jurídicas que, em comparação com as leis ordinárias, são alteráveis somente sob exigências mais severas (Constituição em sentido formal)<sup>12</sup>. Nessa perspectiva, é pressuposta uma identificação do ordenamento jurídico estatal com o Estado<sup>13</sup>, assim como as normas são concebidas como objetos de sentido ideal (ver *supra* p. 19). Embora nesse caso não se trate de identidade de norma e texto normativo<sup>14</sup>, desconhece-se a reali-

<sup>11</sup> Em posição depreciativa, Lassalle (1987: 134 e 136) designa a Constituição escrita moderna como “folha de papel”.

<sup>12</sup> Kelsen, 1960: 228-30; 1946: 124-5; 1966: 251-3, com variações em relação ao conteúdo da “Constituição em sentido material” (cf. Neves, 1988: 56-7). Partindo de que a questão de estabelecer quais as normas que devem ser consideradas parte da “Constituição material de um Estado” seria “um problema contingente de classificação” (Vernengo, 1976: 310), muitos autores foram levados, na tradicional discussão da Teoria do Estado, a atribuir significação normativo-jurídica apenas ao conceito de “Constituição em sentido formal” (cf., por exemplo, Jellinek, 1976: 534; Carré de Malberg, 1922: 572 ss.; Heller, 1934: 274; Ferreira, 1975: 433-4). Em oposição a isso, ver Kelsen, 1946: 258-9.

<sup>13</sup> Cf. Kelsen, 1966: 13-21; 1946: 181-92; 1960: 289-320.

<sup>14</sup> “Para o problema lógico, o que importa não é a expressão linguística, mas o sentido; e não se pode sempre reconhecer esse sentido na expressão linguística em si. O sentido depende da intenção daquele que emprega a expressão linguística. [...] A norma pode, *mas não tem de ser* expressa numa sentença, isto é, em uma forma linguística composta de sujeito e predicado” (Kelsen, 1979: 120; grifei). Müller (1984: 148 e 268) interpreta de forma diferente. A esse respeito, em controvérsia com Müller, cf. Walter, 1975: 444.

dade das expectativas normativas constitucionais, o que torna tal modelo de Constituição inapropriado para o presente estudo. Porém, uma vez que a Teoria Pura do Direito – em contraposição a outras abordagens jurídico-dogmáticas – reconhece que determinado grau de eficácia da ordem jurídica e de uma única norma é condição de sua validade (ver *supra* p. 19), ela já deixa um espaço de possibilidades – sem que essa seja sua orientação – para uma interpretação jurídico-sociológica da relação “validade/eficácia” da Constituição.

Em uma terceira perspectiva, a Constituição é concebida nos termos do chamado “constitucionalismo”, que se impôs principalmente com as revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, correspondendo, portanto, ao ideal constitucional do Estado burguês de direito<sup>15</sup>. Nesse contexto, o conceito de “Constituição” está relacionado com o de “Estado constitucional”<sup>16</sup>. Dessa maneira, fala-se de Estados “constitucionais” *versus* Estados “não constitucionais”, “até mesmo de uma ‘Constituição constitucional do Estado’”<sup>17</sup>. O problema da Constituição torna-se, então, limitado à sua dimensão axiológica: nessa orientação, só seria uma “verdadeira” Constituição aquela que correspondesse a determinado padrão valorativo ideal. Uma expressão clássica do idealismo constitucional encontra-se no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”<sup>18</sup>. De acordo com esse modelo, a

<sup>15</sup> Cf. Schmitt, 1970: 36-41.

<sup>16</sup> Hollerbach, 1969: 47.

<sup>17</sup> Schmitt, 1970: 36.

<sup>18</sup> “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution” (entre outros, em Duverger [org.], 1966: 3-4).



Constituição implica um sistema de garantias da liberdade burguesa, a divisão de poderes e uma forma escrita<sup>19</sup>. Caso se rejeite essa visão liberal do constitucionalismo em proveito de uma concepção democrática – inclusive social-democrática – de Estado constitucional, ainda assim permanece como núcleo conteudístico do conceito a “garantia” dos chamados direitos fundamentais e a limitação jurídica do poder estatal. Nesse sentido, os Estados autoritários e totalitários<sup>20</sup> não teriam Constituição, uma vez que não realizam os *princípios* constitucionais<sup>21</sup>. Esse conceito de Constituição está apenas indiretamente relacionado com a concepção empregada no âmbito desta pesquisa: como a Constituição, no seu sentido moderno, só surge mediante a positivação do direito (ver seção 2 deste capítulo), pode-se também afirmar, do ponto de vista da teoria dos sistemas, a falta de Constituição nos Estados pré-modernos, assim como nos Estados totalitários e autoritários da época moderna. Entretanto, os modelos de interpretação são bem diferentes. Um parte da “declaração” de valores fundamentais essencialmente jurídicos ou da evolução da consciência moral; o outro, da diferenciação do sistema jurídico.

A esses conceitos “unilaterais” de Constituição opõem-se as chamadas concepções “cultural-dialéticas” de Constituição, segundo as quais a Constituição deve ser compreendida como síntese mais abrangente das três dimensões básicas mencionadas. A Constituição do Estado resultaria da relação recíproca entre dever-ser constitucional (“ideal”) e ser constitucional (“real”). Em Heller, essa fórmula expressa-se através da dialética “normatividade/normalidade”<sup>22</sup>, que conduz a um conceito muito amplo: “A Constitui-

<sup>19</sup> Schmitt, 1970: 38-40.

<sup>20</sup> Sobre a diferença entre autoritarismo e totalitarismo, ver *infra* p. 95.

<sup>21</sup> Nessa orientação, por exemplo, Loewenstein, 1975: 128-9.

<sup>22</sup> Cf. Heller, 1934: 249 ss.

ção do Estado que assim surge forma um todo em que normalidade e normatividade, como também normatividades jurídica e extrajurídica, aparecem em uma relação de complementação recíproca.”<sup>23</sup> Desse modo, compreendida a Constituição – em oposição às concepções unilaterais de Kelsen e Schmitt<sup>24</sup> e ao dualismo de Jellinek<sup>25</sup> – como síntese de ser e dever-ser, as análises parciais da Constituição pressupõem sua concepção integral e a Constituição do Estado, normatizada juridicamente, é compreendida como expressão parcial de um todo<sup>26</sup>. A Constituição jurídica como dever-ser ideal “é e permanece”, portanto, “a expressão das relações de poder tanto físicas quanto psíquicas”<sup>27</sup>.

Uma variante da concepção “cultural-dialética” de Constituição encontra-se em Rudolf Smend. De acordo com esse modelo, o Estado é concebido como processo de integração<sup>28</sup> e a Constituição como sua ordem jurídica, isto é, como “a normatização legal de aspectos particulares desse processo”<sup>29</sup>. Mas, nessa perspectiva, a Constituição, em sentido estritamente jurídico, consiste – diferentemente das construções de Jellinek, Kelsen, Schmitt e Heller – não apenas em uma estrutura de sentido normativa (ideal): “Como Direito positivo a Constituição não é somente norma, mas também realidade.”<sup>30</sup> Disso resulta uma concepção dinâmica, segundo

<sup>23</sup> Heller, 1934: 254.

<sup>24</sup> Heller, 1934: 259 e 276-7.

<sup>25</sup> Heller, 1934: 259. A respeito, cf. Jellinek, 1976: 10-12, 20.

<sup>26</sup> “Por essa razão, o preceito jurídico particular só pode ser fundamentalmente concebido, de modo pleno, a partir da totalidade da Constituição política” (Heller, 1934: 255).

<sup>27</sup> Heller, 1934: 259-60.

<sup>28</sup> Cf. Smend, 1968: 136 ss. Em relação ao efeito da concepção de Smend sobre a mudança do significado de Constituição no direito público da República Federal da Alemanha, cf. Böckenförde, 1983: 17 ss.

<sup>29</sup> Smend, 1968: 189.

<sup>30</sup> Smend, 1968: 192.



a qual o sistema constitucional, “dado o caso, completa-se e transforma-se por si mesmo”<sup>31</sup>, na medida em que a Constituição se converte em vida política<sup>32</sup> e, com isso, exige interpretações constitucionais divergentes<sup>33</sup>.

Nas abordagens “cultural-dialéticas” de Heller e Smend a respeito de Constituição, o dever-ser constitucional é conceituado como conexão (ideal) de sentido, a qual, porém, é condicionada pelo ser (real) ou dele recebe o seu significado social. Uma diferença consiste, entre outras coisas, no fato de que, para Heller, a Constituição em sentido estritamente jurídico é uma estrutura normativa (ideal), enquanto para Smend a realidade política pertence ao direito constitucional. Em ambas as concepções, não se reconhece que o dever-ser constitucional é suscetível de ser designado como realidade, quer dizer, que as normas constitucionais podem ser designadas como expectativas estabilizadas de comportamento. Nessa perspectiva, as normas constitucionais, como se pode ver na próxima seção, são as expectativas jurídico-normativas de comportamento especificamente filtradas pelos procedimentos decisórios constituintes e pelos de concretização constitucional. Não se trata de uma estrutura ideal de sentido em relações recíprocas com a realidade social, mas sim de um subsistema normativo-jurídico, o qual, de um lado, tem uma relativa autonomia e, de outro, encontra-se em relações permanentes e variadas com os sistemas sociais primariamente cognitivos, com os outros sistemas primariamente normativos e, especialmente, com outras dimensões do sistema jurídico.

<sup>31</sup> Smend, 1968: 191.

<sup>32</sup> Smend, 1968: 189. Stern (1984: 73) fala de uma “inclusão mais forte do processo político no direito constitucional” em Smend.

<sup>33</sup> Smend, 1968: 190.

## 2. UM CONCEITO SISTÊMICO-TEÓRICO DE CONSTITUIÇÃO

Dando seguimento às considerações sobre a positivação do direito (ver *supra* Cap. I.3 e 4), será apresentado nesta seção um conceito sistêmico-teórico de Constituição, com base no qual podem ser mais bem investigadas as questões a serem levantadas nos próximos capítulos sobre a insuficiente positividade (como autodeterminação) do direito nos países periféricos<sup>34</sup>. Não se trata aqui, primariamente, nem de um conceito político-sociológico, segundo o qual a Constituição estaria inserida no sistema político<sup>35</sup>, nem da abrangente concepção de Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito<sup>36</sup>, mas de um conceito a ser construído com base na sociologia jurídica de Luhmann, mais especificamente de sua teoria da positivação do direito, segundo a qual a Constituição faz parte do sistema jurídico como seu subsistema (direito constitucional)<sup>37</sup>. Porém, no que se refere à relação específica do sistema jurídico com o sistema político (ver espec. Cap. V.2.2), as duas concepções inicialmente mencionadas adquirem relevância (sobretudo a concepção de Constituição como acoplamento estrutural – cf. Cap. V.2.2.4), na medida em que elas não entrem em contradição com a perspectiva aqui designada como primária.

Nessa perspectiva, a norma constitucional, como um caso particular de norma jurídica, representa um tipo de expectativa de comportamento estabilizada em termos contrafáticos. Ela não é compreendida como dever-ser ideal<sup>38</sup>. Isso não implica, forçosa-

<sup>34</sup> “O que é Constituição? A direção na qual essa questão tem de ser orientada depende da tarefa que deve ser resolvida com o conceito a ser obtido” (Hesse, 1980: 3).

<sup>35</sup> Nesse particular, ver Luhmann, 1973b.

<sup>36</sup> A respeito, ver Luhmann, 1990b: espec. 193 ss.

<sup>37</sup> Sobre essa possibilidade, cf. mais tarde Luhmann, 1990b: 185 ss.

<sup>38</sup> Embora Luhmann, numa perspectiva jurídico-sociológica (observação externa), conceitue a norma jurídica como fato (expectativa de comportamento) (ver *supra*



mente, o conceito de Constituição como ordem jurídica fundamental da coletividade<sup>39</sup>, o qual pressupõe “que, também em nossa sociedade, estruturas ‘constituintes’ possam tomar a forma de expectativas normativas de comportamento”<sup>40</sup>. Porém, se a Constituição, sob um ponto de vista jurídico-sociológico, também pode ser conceituada como um subsistema do direito, então se podem entender as normas constitucionais como expectativas de comportamento congruentemente generalizadas e estabilizadas em termos contrafáticos (ver *supra* pp. 25-6). Desse ponto de vista, levantam-se as seguintes questões: Que significado a Constituição (moderna) tem para a positivação do direito? Que função social cumpre o direito constitucional positivo? Não se trata apenas especificamente da questão concernente à *prestação* da Constituição perante o sistema político<sup>41</sup>.

Um dos pontos mais importantes da abordagem jurídico-sociológica luhmanniana é o de que a diferenciação funcional da sociedade moderna conduz à positivação do direito. A esse entendimento associa-se a ideia de que à positivação do direito corresponde o surgimento da Constituição no sentido moderno<sup>42</sup>, ou seja, a diferenciação interna do direito constitucional no sistema

p. 24), ele reconhece que, sob o ponto de vista da teoria do direito (auto-observação), as normas não são dedutíveis de fatos (cf. Luhmann, 1986b: 21).

<sup>39</sup> Cf., por exemplo, Hesse, 1980: 11; Hollerbach, 1969: 46; Böckenförde, 1983: 16 ss.

<sup>40</sup> Luhmann, 1973b: 2. “Consequentemente, o interesse na realidade constitucional cai em uma perspectiva que indaga se o comportamento é conforme ou desviante à norma” (*ibid.*).

<sup>41</sup> Essa questão corresponderia à seguinte tese de Luhmann (1973b: 171): “Constituições teriam de reformular as condições de compatibilidade social para o sistema político da sociedade.” Mas, nessa abordagem, a Constituição é considerada mecanismo reflexivo do sistema político, uma vez que “deve ser compreendida, sociologicamente, como um regulador para as relações sistema/ambiente do sistema político da sociedade” (165).

<sup>42</sup> De modo que a “promulgação” (?) de Constituições é designada como prova para a realidade da positivação do direito (Luhmann, 1984a: 95-6).

jurídico. Na medida em que as representações moral-legitimadoras, válidas para todas as esferas sociais, perderam sua função e seu significado social, a validade das decisões aplicadoras de direito e legiferantes não podia mais, evidentemente, fundamentar-se nelas. A positividade como autodeterminação do direito significa a exclusão de qualquer supradeterminação imediata do direito por outros sistemas sociais: política, economia, ciência etc. (ver *supra* Cap. I.4). Nessa perspectiva, a relação entre sistemas jurídico e político é horizontal-funcional, portanto, não mais vertical-hierárquica. Nesse novo contexto, sem seus fundamentos políticos e morais<sup>43</sup>, o sistema jurídico precisa de critérios internos não apenas para a aplicação do direito, mas também para a legiferação. Esse papel é atribuído ao direito constitucional. Nesse sentido, “a Constituição é a forma com a qual o sistema jurídico reage à própria autonomia. Em outras palavras, a Constituição tem de substituir orientações externas, tais como as que o direito natural havia postulado”<sup>44</sup>. Na sociedade moderna, altamente complexa e contingente, a falta de Constituição juridicamente diferenciada conduz à manipulação política arbitrária do direito, o que impede sua positivação. Decidibilidade e alterabilidade estão, portanto, em contradição com a determinação externa do direito.

A uma legislação ilimitada, que tem como consequência a quebra da autopoiese do sistema jurídico, isto é, a alopoiese da reprodução da comunicação jurídica, opõe-se a forma interna de hierarquização mediante a validade supralegal do direito consti-

<sup>43</sup> A tese de Timasheff de que o direito, como fenômeno secundário, é a combinação de ética e política como fenômenos primários (Timasheff, 1937-38: 230-1; 1936: espec. 143 e 155 ss.) não é mais válida para o direito moderno, embora tenha significado para as sociedades pré-modernas.

<sup>44</sup> Luhmann, 1990b: 187.



tucional<sup>45</sup>. Isso não tem apenas significação técnico-jurídica<sup>46</sup>. Não se trata de vários planos opostos isolados em relação uns aos outros, mas de “hierarquias entrelaçadas” [*“tangled hierarchies”*]<sup>47</sup>: a validade e o sentido do direito constitucional dependem da atividade legislativa e da atividade de aplicação concreta do direito. A hierarquização interna “direito constitucional/direito legal ordinário” atua como condição da reprodução autopoietica do direito moderno, servindo, portanto, ao seu fechamento normativo e operacional<sup>48</sup>. Desse modo, qualquer intervenção legiferante do sistema político no sistema jurídico é mediatizada pelas normas constitucionais. O sistema jurídico ganha, com isso, *critérios* para a aplicação do código “lícito/ilícito” aos procedimentos legislativos<sup>49</sup>. Sob esse ponto de vista, pode-se afirmar que a positivação do direito na sociedade moderna, além da separação “aplicação jurídica/legiferação” (ver *supra* pp. 35-6), pressupõe a distinção entre Constituição e lei. À luz do conceito de “mecanismos reflexivos”<sup>50</sup>, pode-se exprimir isso da seguinte forma: a Constituição como normatização da normatização de normatização é imprescindível à positividade como autodeterminação do direito.

Pode-se afirmar, jurídico-sociologicamente, que o direito constitucional funciona como limite sistêmico-interno para a ca-

<sup>45</sup> Cf. Luhmann, 1990b: 190.

<sup>46</sup> De modo diverso, porém, ver Luhmann, 1973b: 1.

<sup>47</sup> Um conceito de Hofstadter (1979: 10 e 684 ss.), empregado nesse contexto por Luhmann (1986b: 15-6). Cf. também Teubner, 1989: 9.

<sup>48</sup> Nesse sentido, Luhmann mais tarde (1990b: 187) acentuou: “a Constituição fecha o sistema jurídico, enquanto o regula como um domínio no qual ela mesma reaparece. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado mediante reingresso no sistema”.

<sup>49</sup> Sobre a diferença entre códigos e critérios (ou programas), cf. Luhmann, 1986a: 82-3, 89 ss.; especificamente em relação ao sistema jurídico, ver Luhmann, 1986c: 194 ss.

<sup>50</sup> A respeito, ver Luhmann, 1984a.

pacidade de aprendizado do direito positivo; em outras palavras: a Constituição determina como e até que ponto o sistema jurídico pode aprender sem perder sua autonomia<sup>51</sup>. Uma regulação não estritamente jurídica da capacidade de aprendizado do sistema jurídico conduz – numa sociedade hipercomplexa, com consequências muito problemáticas – a intervenções diretas de outros sistemas sociais no direito, sobretudo do sistema político. Mas também é de observar que o sistema constitucional é, ao mesmo tempo, capaz de aprender a respeito do que ele mesmo prescreve. Embora esse caráter cognitivo do sistema constitucional se expresse através do procedimento específico de reforma constitucional, ele também se manifesta certamente no decorrer do processo de concretização constitucional. Não se trata, portanto, de uma hierarquização absoluta. Principalmente as leis ordinárias e as decisões dos tribunais competentes para questões constitucionais, que do ponto de vista técnico-jurídico constituem direito infraconstitucional, determinam o sentido e condicionam a validade das normas constitucionais<sup>52</sup>. A circularidade é mantida, pelo menos na “relação de mistura” entre criação e aplicação do direito<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Em consonância com isso, escreve Luhmann (1973b: 165): “Distinguem-se o sentido e a função da Constituição pelo emprego de negações explícitas, negações de negações, demarcações, impedimentos; a própria Constituição é, conforme sua compreensão formal, a negação da alterabilidade ilimitada do direito.”

<sup>52</sup> “Pode haver diferenças de influência, hierarquias, assimetizações, mas nenhuma parte do sistema pode controlar outras sem se submeter, por sua vez, ao controle; e, em tais circunstâncias, é possível, em sistemas orientados pelo sentido até mesmo altamente provável, que cada controle seja exercido com base na antecipação do controle inverso” (Luhmann, 1987b: 63; em relação específica ao sistema jurídico, cf. Luhmann, 1981o: 254-5).

<sup>53</sup> Da teoria da “estrutura escalonada” do ordenamento jurídico formulada por Öhlinger (1975), uma variante da Teoria Pura do Direito, Luhmann faz uma leitura no sentido de que o escalonamento do “sistema jurídico” se refere apenas à “relação de mistura” entre criação e aplicação jurídica, para acrescentar: “Um passo além disso seria conceituar a relação de criação/aplicação do direito a cada grau como circular, portanto, como autorreferencial. Então, a estrutura escalonada seria uma



Segundo o enfoque da teoria dos sistemas, a Constituição desempenha uma função descarregante para o direito positivo como subsistema da sociedade moderna hipercomplexa. Ela impede o bloqueio do sistema jurídico pelas mais diversas expectativas de comportamento que se desenvolvem no seu ambiente. Essa função descarregante é possível apenas mediante a adoção do “princípio da não identificação”<sup>54</sup>. Para a Constituição, ele significa a não identificação com concepções abrangentes de natureza religiosa, moral, filosófica ou ideológica<sup>55</sup>. A identificação da Constituição com uma dessas concepções bloquearia o sistema jurídico, de tal maneira que ele não poderia produzir uma complexidade interna adequada ao seu ambiente hipercomplexo. Uma “Constituição que se identifica” poderia funcionar em consonância com seu ambiente somente sob as condições de uma sociedade de pré-moderna. Nesse caso, o domínio de representações morais válidas para todos os âmbitos sociais pressupõe uma sociedade simples, pobre em possibilidades, que não possibilita uma diferenciação (positivação) plena do sistema jurídico. Sob as condições contemporâneas de alta complexidade e contingência da sociedade, uma “Constituição que se identifica” produz efeitos disfuncionais desdiferenciadores para o direito, na medida em que falta sintonização entre sistema jurídico subcomplexo e ambiente hipercom-

decomposição e hierarquização da autorreferência fundamental do sistema” (Luhmann, 1983b: 141, nota 26; cf. também Luhmann, 1990a: 11).

<sup>54</sup> Emprego aqui, à luz da teoria dos sistemas, o conceito de não identificação (do Estado) de Krüger (1966: 178-85), que Hollerbach (1969: 52-7) adotou em relação à Constituição; esse conceito, aliás, desempenha um forte papel ideológico no debate sobre “inimigos da Constituição”. Na perspectiva ético-procedimental de Habermas, tratar-se-ia aqui da indisponibilidade do direito ou da imparcialidade do Estado de direito (cf. Habermas, 1987a: 3-6, 11-2).

<sup>55</sup> Hollerbach, 1969: 52. Nesse sentido, embora sob outra perspectiva, afirma Grimmer (1976: 9): “As finalidades de grupos sociais ou partidos políticos e os desejos, interesses e necessidades de ação estatal que estão na base dessas finalidades não têm nenhuma validade geral imediata.”

plexo. Nessa perspectiva, pode-se até mesmo acrescentar que uma “Constituição que se identifica” não é Constituição no sentido moderno, uma vez que, em virtude da “identificação”, não consiste em uma Constituição juridicamente diferenciada, mas em determinados princípios constitutivos supremos, que têm a pretensão de valer para todos os domínios ou mecanismos sociais.

Pode-se esclarecer, sistêmico-teoricamente, considerando-se o “princípio da não identificação”, quais funções as Constituições modernas desempenham mediante a institucionalização dos direitos fundamentais, da divisão dos poderes e da eleição política. Mediante a “declaração” dos direitos fundamentais, a Constituição reconhece a hipercomplexidade da sociedade, a dissolução de critérios de orientação do comportamento relativos à totalidade social, a inexistência de um sistema social supremo. Os direitos fundamentais servem ao desenvolvimento de comunicações em diversos níveis diferenciados; por exemplo: a determinação *imediata* das relações amorosas ou da moda pela política ou religião é excluída, assim como o efeito direto da economia ou das relações familiares sobre a comunicação política. A função dos direitos fundamentais relaciona-se, portanto, ao “perigo da desdiferenciação” (especialmente da “politização”), quer dizer, expressando-se positivamente, à “manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação”<sup>56</sup>. No âmbito de uma “Constituição que se identifica”, a instituição dos direitos fundamentais é excluída ou deturpada, a pluralidade e a contingência das expectativas são desconsideradas e é produzida uma desdiferenciação inadequada à complexidade da sociedade contemporânea<sup>57</sup>. Em resumo: por intermédio

<sup>56</sup> Luhmann, 1965: 23-5.

<sup>57</sup> A isso se pode relacionar a crítica de Lefort (1981) às tendências totalitárias direcionadas contra os “*droits de l’homme*”, visto que ele reconduz a institucionalização dos “direitos humanos” à diferenciação (“desintrincamento” – “*désintrication*”) entre poder, lei e saber (1981: 64).



dos direitos fundamentais, as Constituições modernas respondem às exigências do ambiente por livre desenvolvimento da comunicação (e da personalidade) conforme diversos códigos diferenciados<sup>58</sup>.

As Constituições modernas institucionalizam a “divisão de poderes” especificamente contra a possibilidade da desdiferenciação política do direito. A influência da comunicação conforme o código do poder sobre a comunicação segundo o código jurídico é, desse modo, intermediada pelo direito. Luhmann acrescenta: “Mediante a divisão de poderes, o código do poder é, então, em princípio, vinculado ao direito. Processos decisórios são conduzidos pela via do direito”<sup>59</sup>. Por outro lado, cabe observar que a introdução de procedimentos horizontalmente diferenciados, mediante a institucionalização da “divisão de poderes”, aumenta a capacidade de prestação do sistema jurídico e da política para responder às exigências do ambiente repleto das mais distintas expectativas<sup>60</sup>. A ausência ou deformação da “divisão de poderes” conduz à desdiferenciação (politização) e revela-se, por isso, incompatível com a hipercomplexidade da sociedade atual (retomo esse ponto especialmente no Cap. V.2.2.3).

A instituição da eleição política também se conecta com o “princípio da não identificação” da Constituição, uma vez que a *universalidade* do direito de voto, a *igualdade* do peso dos votos e a garantia do voto *secreto* asseguram a indiferença perante outros papéis sociais dos eleitores<sup>61</sup> e, desse modo, imunizam o procedimento eleitoral contra as diferenças de *status* e opinião<sup>62</sup>. Segundo

<sup>58</sup> Retomo esse assunto especialmente no Cap. V.1, em que também se discute o problema da inclusão.

<sup>59</sup> Luhmann, 1973b: 11.

<sup>60</sup> A respeito, Luhmann, 1983a.

<sup>61</sup> Luhmann, 1983a: 159.

<sup>62</sup> “Todas as diferenças podem ou devem ser ignoradas, salvo aquelas que, num contexto funcional específico, possam ser justificadas como convenientes” (Luhmann, 1983a: 160).

Luhmann, em relação à ocupação de papéis políticos, isso implica a transição de critérios baseados em atributos (estáticos) para critérios orientados pela aptidão ou desempenho (dinâmicos)<sup>63</sup>. Nessa nova constelação, a eleição democrática atua como apoio descarregante para o sistema político, que assume “a plena responsabilidade pelo direito”<sup>64</sup>. Sem a instituição da eleição democrática ou de um equivalente funcional, seria inimaginável que a política e, com ela, o sistema jurídico não se identificassem com determinadas concepções ideológicas abrangentes ou com grupos privilegiados. Como o procedimento eleitoral também tem a “função essencial” de “formular e deixar em aberto alternativas”<sup>65</sup>, ele serve ao aumento da complexidade do sistema político e, com isso, do jurídico – uma exigência da hipercomplexidade dos respectivos ambientes. Uma supressão de eleições democráticas nas Constituições atuais conduz à identificação do Estado com determinados grupos<sup>66</sup> e, dessa maneira, a uma desdiferenciação dos sistemas jurídico e político, inadequada à complexidade da sociedade (ver *infra* pp. 137-8 e Cap. V.2.2.1).

Ao se caracterizar a Constituição, jurídico-sociologicamente, como subsistema do direito positivo, podem-se também designar as normas constitucionais como expectativas normativas de comportamento congruentemente generalizadas (ver *supra* pp. 25-6).

<sup>63</sup> Luhmann, 1983a: 156-8. Mas uma interpretação que superestime a transição para um recrutamento orientado pelo desempenho na sociedade moderna, como se a democracia conduzisse à eleição dos melhores candidatos, não resiste, evidentemente, a uma crítica de modelos ideológicos; cf. Rubinstein (1988: 539-40), no âmbito de uma crítica à concepção de “achievement” como princípio geral de distribuição na sociedade moderna.

<sup>64</sup> Luhmann, 1981b: 147.

<sup>65</sup> Luhmann, 1983a: 161.

<sup>66</sup> Assim, “o ordenamento sem direito de voto exige que o cidadão se identifique em suas comunicações com o sistema político de ação (e não, porventura, apenas com uma ordem normativa básica: a Constituição), portanto, que se apresente como inteiramente leal” (Luhmann, 1965: 149).



As expectativas normativas constitucionais adquirem sua validade não apenas com a atividade constituinte e a reforma constitucional como processos de filtragem voltados especificamente para isso, mas também com a concretização constitucional como multiplicidade de processos de filtragem. – Disso resulta que a Constituição não deve ser definida apenas pelo aspecto estrutural (como expectativas); simultaneamente, sob o ponto de vista operativo, ela inclui as comunicações que, por um lado, baseiam-se em expectativas constitucionais vigentes e, por outro, servem de suporte à vigência destas. – As normas constitucionais vigentes já oferecem critérios para aplicação do código jurídico, de tal maneira que em várias situações apenas com as normas constitucionais é possível distinguir, com relativa segurança, se a situação é lícita ou ilícita<sup>67</sup>. A Constituição, portanto, serve também à garantia de expectativa e ao controle de comportamento<sup>68</sup>. Porém, a “Constituição” muitas vezes falha em sua função de generalização congruente de expectativas de comportamento. Mais precisamente: expectativas congruentemente generalizadas de comportamento com frequência não correspondem ao texto constitucional. Isso quer dizer: cidadãos, servidores públicos e até mesmo os mais elevados órgãos estatais não se orientam conforme as disposições do texto constitucional. Essa situação relaciona-se, principalmente, com os problemas da positivação do direito constitucional nos países periféricos. Tais problemas serão especificamente analisados a partir do Capítulo III com base no arcabouço conceitual selecionado neste e no primeiro capítulo.

Por fim, deve-se acrescentar que, sob determinados aspectos, pode-se questionar se o modelo conceitual aqui exposto corres-

<sup>67</sup> Tal segurança pressupõe que “apenas um único sistema da sociedade” (ou seja: o sistema jurídico) emprega “este código” (Luhmann, 1986a: 126).

<sup>68</sup> A esse respeito, v. Luhmann, 1981d.

ponde à realidade dos atuais Estados constitucionais da Europa Ocidental e da América do Norte<sup>69</sup>; limitar-me-ei, no entanto, a examinar até que ponto ele *não* corresponde à realidade dos países periféricos da *modernidade*.

### 3. TEXTO CONSTITUCIONAL E REALIDADE CONSTITUCIONAL

#### 3.1. A relação entre texto constitucional e realidade constitucional como concretização de normas constitucionais

Pode-se complementar esse conceito sistêmico-teórico de Constituição frutiferamente com a discussão teórico-constitucional sobre a relação entre texto e realidade constitucional. Não se trata, aqui, da antiga dicotomia “norma constitucional/realidade constitucional”<sup>70</sup>. Trata-se, antes, da questão concernente à “concretização” da norma constitucional<sup>71</sup>, que, nessa perspectiva, não se confunde com o texto constitucional<sup>72</sup>. Sob esse novo ponto de vista, o texto e a realidade constitucionais relacionam-se mediante a normatividade constitucional que se obtém no decurso do processo de

<sup>69</sup> Cf., por exemplo, Burdeau, 1962; Loewenstein, 1975: 157-66.

<sup>70</sup> A teoria de Jellinek da força normativa do fático (1976: 337 ss.) não se desvincula dessa tradição. Hesse (1984) permanece, em parte, ainda vinculado a esse dualismo, na medida em que, no seu modelo, trata-se apenas da “*relação da Constituição jurídica com a realidade*” (p. 8). A respeito, criticamente, cf. Müller (1984: 77-93). Ver também, sob outro ponto de vista, as ponderações de Ritter (1968) sobre a concepção da realidade constitucional como fonte do direito. Luhmann (1973b: 2), por sua vez, critica a discussão tradicional sobre a discrepância entre *texto* e realidade constitucionais, argumentando que, “para isso, não se precisaria de nenhum conceito de Constituição e de nenhuma teoria da Constituição”, o que, evidentemente, não é o caso no presente trabalho. Por fim, é de observar que, na perspectiva deste estudo, a distinção entre *direito* e realidade constitucionais só se manifesta como expressão jurídico-constitucional da diferença entre sistema e ambiente (ver *infra* pp. 81-2, 128).

<sup>71</sup> A esse respeito, cf. Müller, 1984: *passim*; Hesse, 1980: 24 ss.

<sup>72</sup> A esse respeito, cf. Müller, 1984: espec. 147-67, 234-40.



concretização. Na teoria constitucional alemã destacam-se, nessa orientação, as abordagens de Friedrich Müller e Peter Häberle.

De acordo com a concepção de Müller, a norma jurídica compõe-se do programa normativo (dados linguísticos) e do âmbito normativo (dados reais)<sup>73</sup>. A estrutura normativa resulta da conexão desses dois componentes da norma jurídica<sup>74</sup>. Nesse sentido, a *concretização* da norma jurídica, sobretudo da norma constitucional, não pode ser reduzida à “interpretação aplicadora” do texto normativo, o qual oferece diversas possibilidades de compreensão<sup>75</sup> e constitui apenas um aspecto parcial do programa normativo<sup>76</sup>; ela inclui, além do programa, o âmbito normativo como “o conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização específica”<sup>77</sup>. Müller define, assim, a normatividade em duas dimensões: “Normatividade’ significa a propriedade de dinâmica, da assim concebida norma jurídica, de influenciar a realidade a ela relacionada (*normatividade concreta*) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto de realidade (*normatividade materialmente determinada*).”<sup>78</sup> Se falhar o âmbito normativo, que pressupõe uma prestação seletiva perante os âmbitos da matéria e do caso<sup>79</sup>, a normatividade do respectivo texto constitucional é prejudicada<sup>80</sup>. Faltam as condições e os pressupostos para a “produção” da norma jurídica, “que rege imediatamente um caso determinado”, e, portanto, da norma de decisão,

<sup>73</sup> Müller, 1984: 232-4; 1975: 38 s.

<sup>74</sup> Müller, 1984: 17 e 250.

<sup>75</sup> “Os problemas hermenêuticos complexos residem no espaço que o texto normativo deixa aberto às diversas possibilidades de compreensão” (Müller, 1984: 160).

<sup>76</sup> Müller, 1984: 252.

<sup>77</sup> Müller, 1984: 253.

<sup>78</sup> Müller, 1984: 258.

<sup>79</sup> Cf. Müller, 1984: 253-6.

<sup>80</sup> Cf. Müller, 1984: 171.

“imediatamente normativa, reguladora do caso determinado”<sup>81</sup>. Nesse contexto, não se fala de legislação e de atividade constituinte, mas de “emissão de texto legal” [*Gesetzestextgebung*] ou de “emissão de texto constitucional” [*Verfassungstextgebung*]<sup>82</sup>. A norma jurídica, especialmente a norma constitucional, é produzida no decorrer do processo de concretização<sup>83</sup>.

Com a perspectiva de Müller, “referente à matéria”, compatibiliza-se a orientação de Peter Häberle, “relativa a pessoas e grupos”<sup>84</sup>. Através do ensaio “A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”<sup>85</sup>, Häberle, além de indagar os fins e os métodos da interpretação constitucional, levanta sobretudo a “questão dos *participantes*”, para propor a tese: “Nos processos de interpretação da *Constituição*, estão envolvidos, potencialmente, *todos* os órgãos estatais, *todos* os poderes públicos, *todos* os cidadãos e grupos.”<sup>86</sup> O fato de, nessa perspectiva, o direito constitucional “material” surgir de uma multiplicidade de interesses e funções implica a diversidade prática da interpretação da *Constituição*<sup>87</sup>. Desse modo, o significado do texto constitucional não é supervalorizado como na doutrina tradicional da interpretação<sup>88</sup>. No primeiro plano do processo interpretativo encontra-se a “esfera pública pluralística”<sup>89</sup>. Ao se-

<sup>81</sup> Sobre a distinção “norma jurídica/norma decisória”, ver Müller, 1984: 264 ss.

<sup>82</sup> Cf. Müller, 1984: 264 e 270.

<sup>83</sup> “Somente no decorrer da solução do caso é que a própria norma jurídica é produzida” (Müller, 1984: 273).

<sup>84</sup> Assim qualificadas por Ladeur, 1985: 384-5.

<sup>85</sup> Häberle, 1980.

<sup>86</sup> Häberle, 1980: 79-80.

<sup>87</sup> Häberle, 1980: 93-4.

<sup>88</sup> Häberle, 1980: 90.

<sup>89</sup> “O juiz constitucional é apenas um portador intermediário” (Häberle, 1980: 90). Desse modo, a meu ver, Häberle não considera o papel seletivo que os participantes, em sentido estrito, do procedimento de interpretação (cf. Häberle, 1980: 82-3), desempenham perante a “esfera pública”. Como a “esfera pública” não constitui uma unidade, mas uma pluralidade de interesses distintos, surgem expectativas entre si



guir-se essa perspectiva, pode-se afirmar que o texto constitucional só adquire sua normatividade com a inserção da “esfera pública pluralista” no processo interpretativo, ou seja, no processo de concretização constitucional.

### 3.2. Concretização constitucional e semiótica

As abordagens constitucionais de Müller e Häberle estão sujeitas a uma consideração segundo a diferença semiótica entre sintática, semântica e pragmática<sup>90</sup>. Em Müller, trata-se da característica semântica da linguagem jurídica, especialmente da linguagem constitucional, de ser ambígua e vaga<sup>91</sup>, o que exige um “processo de concretização” e não simplesmente um “procedimento de aplicação” conforme regras de subsunção. Em Häberle, trata-se da característica pragmática da linguagem constitucional de se referir a diferentes expectantes e “utentes”, o que implica um discurso conflituoso e “ideológico”. Os aspectos semânticos e pragmáticos, no entanto, relacionam-se mutuamente: a ambiguidade e a vagueza da linguagem constitucional provocam o surgimento de expectativas normativas diferentes e contraditórias perante os textos normativos; por outro lado, as contradições de interesses e de opiniões

contraditórias, que serão selecionadas ou excluídas no procedimento de interpretação da Constituição.

<sup>90</sup> Essa classificação da semiótica em três dimensões, que remonta ao conceito de Peirce de “*thirdness*” como relação triádica entre um signo, um objeto e o interpretante (cf. Peirce, 1985: espec. 149 ss.), foi formulada por Morris (1938: 6 ss.) e adotada por Carnap (1948: 8-11). Ela foi empregada por diversas correntes da teoria jurídica; cf., por exemplo, Schreiber, 1962: 10-4; Viehweg, 1974: 111 ss.; Ross, 1971: 14-6; Kalinowski, 1971: 77-8, 82-93; Capella, 1968: 22 e 76; Warat, 1972: 44-8; 1984: 39-48; Reale, 1968: 173.

<sup>91</sup> Ainda que essa afirmação seja amplamente reconhecida, dela são retiradas diferentes conclusões – cf., por exemplo, Kelsen, 1960: 348-9; Smend, 1968: 236; Ehrlich, 1967: 295; Ross, 1971: 111-2, 130. Especificamente sobre a ambiguidade e a vagueza da linguagem jurídica, ver Carrió, 1986: 28 ss.; Koch, 1977: 41 ss.; Warat, 1984: 76-9; 1979: 96-100. Em conexão com a função simbólica do direito, ver também Edelman, 1976: 173-6.

entre expectantes constitucionais fortificam a variabilidade do significado do texto constitucional<sup>92</sup>. Somente sob as condições de uma unidade de interesses e de concepção de mundo, as questões constitucionais perderiam sua relevância semântico-pragmática para se tornarem primariamente uma questão sintática, orientada pelas regras de dedução lógica e subsunção. Mas isso é incompatível com a complexidade da sociedade moderna.

Nessa perspectiva semiótica, justifica-se, então, a reação crítica da tópica (Viehweg), da hermenêutica (Müller) e da interpretação constitucional pluralista (Häberle) à pretensão do positivismo jurídico de tratar a questão constitucional, como questão jurídica, primariamente sob seus aspectos sintáticos. “Modo de pensar situacional”<sup>93</sup>, “processo de concretização” e “esfera pública pluralista” são fórmulas distintas de destacar a equivocidade semântica do texto constitucional e a pluralidade pragmática das expectativas constitucionais (dissenso valorativo ou “ideológico” na “comunidade” discursiva). Dessa maneira, a dimensão sintática – em oposição ao positivismo jurídico – fica subordinada à dimensão semântico-pragmática<sup>94</sup>.

Tudo isso pressupõe que a linguagem jurídica, sobretudo a constitucional, não é uma linguagem “artificial”, mas um tipo es-

<sup>92</sup> A esse respeito, Edelman (1976: 175) afirma: “Para os diretamente envolvidos, o sentido do direito modifica-se constante e notavelmente com as variações na influência dos grupos.”

<sup>93</sup> A esse respeito, ver Viehweg, 1974: espec. 111 ss. Observe-se que para Viehweg o padrão semântico de pensamento seria não situacional, uma vez que o significado das palavras estaria fixado “de uma vez por todas” (1974: 114). Pode-se, porém, distinguir entre o modo de pensar *sintático*-semântico, que implica um significado univocamente fixado do signo (1974: 111 s.), e o modo de pensar *semântico-pragmático*, que pressupõe a variabilidade do sentido dos termos e expressões.

<sup>94</sup> Em conformidade com o estruturalismo linguístico, poder-se-ia dizer que, quanto à linguagem constitucional, as relações paradigmáticas (associativas) têm prece-dência sobre as sintagmáticas. Sobre essa distinção ver Saussure, 1922: 170-5; Barthes, 1964: 114-30.



pecializado da linguagem “ordinária”<sup>95</sup>, que se desenvolve, portanto, fundamentalmente, a partir da situação semântico-pragmática<sup>96</sup>. Por conseguinte, é inconcebível um isolamento sintático mediante neutralização dos problemas semânticos e pragmáticos em favor da univocidade e da unidade de expectativa. Porém, por meio de procedimentos e argumentos se torna possível a seletividade concretizante, que, no entanto, pode variar intensamente de caso para caso.

Com base nessas considerações, é de observar que também numa perspectiva semiótica a supremacia normativa hierárquica da Constituição tem de ser relativizada. A plena separação entre metalinguagem e linguagem-objeto<sup>97</sup> tem significado apenas no nível sintático. Na dimensão semântico-pragmática, metalinguagem e linguagem-objeto condicionam-se reciprocamente. Por outro lado, embora o texto constitucional atue como metalinguagem em relação à “concretização constitucional”, as decisões interpretativas da Constituição representam metalinguagem no que concerne ao texto constitucional (linguagem-objeto)<sup>98</sup>. Se se dirige a

<sup>95</sup> Cf. Visser't Hooft, 1974; Carrió, 1986: 49 ss. Conforme a abordagem de Luhmann, pode-se afirmar que a especialização da linguagem “ordinária” se relaciona com o desenvolvimento separado de mecanismos complementares à linguagem, “na forma de meios de comunicação simbolicamente generalizados para cada domínio funcional específico” (a respeito, ver Luhmann, 1975d) e, por isso, com a formação de esquemas binários correspondentes. No caso da linguagem jurídica, portanto, tal especialização está relacionada ao uso do código-diferença “lícito/ilícito” exclusivamente em um sistema funcional para isso diferenciado (cf. Luhmann, 1974: 62; nessa obra, no entanto, esse código-diferença é vinculado ao meio de comunicação “poder”, não, com maior precisão, ao meio de comunicação “direito” – cf., contudo, *supra* nota 222 do Cap. I).

<sup>96</sup> Aqui convém a célebre afirmação de Wittgenstein, 1960: 311 (§ 43): “O significado de uma palavra é o seu uso na linguagem.” Essa linha é seguida, por exemplo, por Müller (1975: 32-4).

<sup>97</sup> Sobre esse par de conceitos, cf. Carnap, 1948: 3-4; Barthes, 1964: 130-2.

<sup>98</sup> Cf. Neves, 1988: 160-2. Mas neste trabalho anterior (162), em oposição ao caráter “prescritivo” das normas constitucionais para com sua própria interpretação/apli-

atenção para essa característica do texto constitucional de ser simultaneamente metalinguagem e linguagem-objeto com relação à linguagem concretizadora, então se pode compreender mais claramente, sob a perspectiva semiótica, tanto a distinção entre norma e texto constitucional quanto a insustentabilidade da concepção tradicional da supremacia hierárquica da Constituição.

Em conformidade com uma leitura sistêmico-teórica desse enfoque semiótico-linguístico, cabe afirmar que a atividade constituinte forma apenas um dos processos de filtragem para a vigência jurídica das expectativas normativo-constitucionais: as expectativas diversas e contraditórias em relação ao texto constitucional já posto são filtradas ou selecionadas mediante as decisões concretizadoras da Constituição; somente nesse âmbito se pode falar de normas constitucionais vigentes. – Caso se queira, sob essa perspectiva, insistir na dicotomia “direito constitucional/realidade constitucional”, ela significará aqui a distinção entre, de um lado, direito constitucional *vigente* como complexo das expectativas normativas de comportamento filtradas pela atividade constituinte e pela concretização constitucional, inclusive as comunicações correspondentes (*sistema* constitucional), e, de outro, realidade constitucional como totalidade das expectativas e comportamentos que, mediante outros códigos sistêmicos específicos ou determinações do “mundo da vida”, referem-se ao direito constitucional

cação, a decisão interpretativa da Constituição era caracterizada como metalinguagem “descritiva” (isto é, cognitiva) em relação às *normas* constitucionais. No presente trabalho, trata-se, antes, da relação circular entre *texto* constitucional e sua própria interpretação, que também tem implicações normativas. Nesse sentido, Luhmann (1990b: 217) acentua: “Os componentes autorreferenciais realizam-se pelo fato de que também a interpretação tenta produzir vínculos normativos – e não simplesmente fala apenas sobre o texto. Nesse ponto, o jurista constitucional encontra-se na mesma situação do linguista, que, ao falar sobre a linguagem, reconhece em seu objeto o seu próprio comportamento.” A esse respeito, cf. Hofstadter, 1986: 24-5.



(*ambiente* da Constituição) –. Quanto mais cresce a complexidade social, mais forte se tornam as divergências entre as expectativas referentes ao texto constitucional, e tanto mais o seu significado se altera mediante a interpretação e a aplicação. O que vale para todos os textos normativo-jurídicos é especialmente significativo na esfera do direito constitucional, uma vez que ele é mais abrangente nas dimensões social, material e temporal.

### 3.3. Texto constitucional e política simbólica

A discussão sobre a relação “texto constitucional/realidade constitucional” adquire um significado particular para o presente trabalho quando se trata do fato de faltar ao texto constitucional a normatividade constitucional específica: não lhe correspondem normas constitucionais vigentes como expectativas de comportamento contrafaticamente estabilizadas e congruentemente generalizadas. O texto constitucional cumpre outras funções sociais, não sua aparente função jurídica. Com auxílio do conceito, muito discutido nos últimos anos, de legislação *simbólica* ou “leis *simbólicas*”<sup>99</sup>, pode-se introduzir aqui o conceito de constitucionalização *simbólica* ou texto constitucional *simbólico*<sup>100</sup>. Com isso não se desconhece que a integração sistêmica não depende apenas de “variáveis instrumentais”, mas também de “variáveis simbólicas (expressivas)”<sup>101</sup>. Nessa perspectiva, o direito positivo também precisa do emprego de elementos simbólicos para cumprir suas funções de garantia de expectativas e controle de comportamen-

<sup>99</sup> Esse conceito, que remonta a Arnold (1935), Edelman (1976) e Gusfield (1963, 1967a), encontra particular ressonância na discussão atual sobre as funções da legislação ou das leis. Cf., por exemplo, Noll, 1981; Hegenbarth, 1981; Kindermann, 1988, 1989.

<sup>100</sup> Bryde (1982: 27-9) fala de “Constituições simbólicas” em oposição a “Constituições normativas”. Com base nisso, cf. Grimm, 1989: 639.

<sup>101</sup> Cf. Luhmann, 1983a: 223-32; 1987a: 315 ss.

to<sup>102</sup>. Mas, no contexto do debate sobre legislação ou lei simbólica ou sobre “Constituição simbólica”, é atribuído à palavra “simbólico” um sentido bem específico: refere-se a uma hipertrofia, a saber, ao emprego simbólico da legiferação em contradição com a função específica do sistema jurídico de orientar expectativas normativas e controlar comportamentos<sup>103</sup>. Trata-se, então, evidentemente, de um conceito relativo e gradual<sup>104</sup>. Mas, quando não se trata de caracterizar apenas determinadas leis ou disposições constitucionais como simbólicas no sentido aqui empregado, mas também todo o texto constitucional em suas relações com os direitos fundamentais, a divisão dos poderes e o processo eleitoral, então é de se contestar, completamente, a positividade (como autodeterminação) do direito, pois, nesse caso, o direito constitucional fracassa em sua qualidade de instância reflexiva mais abrangente do sistema jurídico<sup>105</sup>.

Segundo Kindermann, pode ser conteúdo de legislação simbólica: “a) reforçar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado, c) adiar a solução de conflitos sociais mediante compromissos dilatórios”<sup>106</sup>. Sobre o caso do grupo “b” (“le-

<sup>102</sup> O próprio direito é classificado por Luhmann como um dos “meios de comunicação simbolicamente generalizados” (cf. Luhmann, 1975d; 1987b: 135 ss., 222 ss.); mas aqui “simbólico” já tem um sentido distinto daquele presente na diferença entre variáveis “instrumentais” e “expressivas”.

<sup>103</sup> Nesse sentido, Kindermann (1989: 258) afirma: “A legislação simbólica não deve ser vista simplesmente como contraponto da legislação instrumental de proveniência contemporânea, mas sim compreendida como alternativa para o controle normativo-geral de comportamento.” É de ponderar, porém, se, nos casos em que há impossibilidade estrutural para o respectivo controle normativo-geral de comportamento, pode-se falar de “alternativa para”.

<sup>104</sup> Cf. Bryde, 1982: 27-8.

<sup>105</sup> Especialmente nesse particular, revela-se impróprio, então, um tratamento do problema segundo o modelo teórico de implementação; sobre essa abordagem ver Mayntz, 1983; 1988.

<sup>106</sup> Kindermann, 1988: 230; cf. também Kindermann, 1989: 267.



gislação-álbi”<sup>107</sup> tem significado para a constitucionalização simbólica nos países periféricos que adotam, formalmente, instituições democráticas. Trata-se também aqui da tentativa de criar confiança no governo ou no Estado, “de dar a impressão de uma solução”, e não de normatizar problemas e relações sociais de maneira eficaz<sup>108</sup>. A legislação-álbi<sup>109</sup> tem uma função preponderantemente ideológica: falta ao texto constitucional a sua aparente função jurídico-normativa; a linguagem constitucional serve, no plano pragmático, ao desencargo “legitimador” do sistema político perante a realidade que se desdobra no sentido contrário<sup>110</sup>. O fato de ser transmitido um modelo que só pode ser realizado sob outras condições sociais contribui para atenuar e, em parte, controlar a tensão social<sup>111</sup>, e para criar a convicção de veracidade do modelo “democrático” importado.

Encontramo-nos aqui no domínio do ideológico<sup>112</sup>, no sentido (sem querer adotar suas implicações normativas) da seguinte

<sup>107</sup> Kindermann, 1988: 234-8; 1989: 267 ss.

<sup>108</sup> Kindermann, 1988: 234. Esse autor, porém, fala de “solução de problemas sociais” através de leis, o que, sobretudo em relação a Constituições, não é apropriado: elas não podem “alterar diretamente a realidade, mas apenas influenciá-la indiretamente” (Grimm, 1989: 638).

<sup>109</sup> Em contexto diferente, Burdeau (1962: 398) fala de “Constituição” como álbi e símbolo.

<sup>110</sup> Como explica Hollerbach (1969: 42), em estilo prolixo: “Aqui se teria falado, com razão, de Constituição como ‘pura ideologia’, se ela se manifestasse como não mais que uma ‘superestrutura’ sem concretude de conteúdo, ineficaz e sem fundamento no plano real, a qual, quando muito, pode ser mantida com auxílio de ficções ou violações da realidade.”

<sup>111</sup> Segundo Edelman (1976: 34), “uma das funções comprováveis da simbolização é produzir um sentimento de satisfação: o alívio de tensão”. A propósito, no que se refere à legislação-álbi, cf. Kindermann, 1988: 235, que, com base também nesse entendimento, acrescenta (1989: 269): “A legislação-álbi alivia também o público.”

<sup>112</sup> Sem desconhecer, com isso, que o ideológico e o simbólico não se confundem (cf., nesse sentido, Lefort, 1981: 68 ss., 82). No tema em análise, trata-se da intersecção entre as duas esferas.

definição de Habermas: “O que chamamos de ideologia são exatamente as ilusões dotadas do poder das convicções comuns.”<sup>113</sup> Não se trata de ideologia no sentido de Luhmann, que – como neutralização artificial de outras possibilidades<sup>114</sup> ou valoração de valores (mecanismo reflexivo)<sup>115</sup> – pode servir à redução funcionalmente adequada de complexidade na sociedade contemporânea<sup>116</sup>; nos termos do conceito luhmanniano de ideologia, caberia afirmar que se trata do efeito *unilateral* do aspecto “simbólico” da ideologia, quer dizer, da carência de sua correspondente “função instrumental” (compensatória)<sup>117</sup>. Mas, por outro lado, no presente estudo a ideologia não é entendida como deformação de uma verdade essencial, de modo nenhum como uma falsa representação do que “não não é”<sup>118</sup>. Em caso de constitucionalização simbólica, o problema ideológico consiste no fato de que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas. Dessa maneira, perde-se transparência em relação ao fato de que a situação social correspondente ao modelo constitucional simbólico somente poderia tornar-se realidade mediante uma radical transformação social. Ou o modelo constitucional atua como um ideal que seria atingível pelos detentores do poder e sem prejuízo para os grupos privilegiados. Trata-se de ilusões e enganos que imunizam o sistema político contra outras

<sup>113</sup> Habermas, 1987b: 246.

<sup>114</sup> Luhmann, 1962.

<sup>115</sup> Luhmann, 1984c: 182 ss.

<sup>116</sup> “Direito positivo e ideologia adquirem nos sistemas sociais uma função para a redução da complexidade do sistema e de seu ambiente” (Luhmann, 1984c: 179).

<sup>117</sup> Cf. Luhmann, 1984c: 183.

<sup>118</sup> Cf., em postura crítica, Luhmann, 1962: *passim*. Um panorama das concepções dominantes de ideologia na tradição filosófica e científica ocidental encontra-se em Lenk (org.), 1972. A respeito, ver também, resumidamente, Topitsch, 1959. Sobre as relações entre direito e ideologia ver, de diversos pontos de vista, Maihofer (org.), 1969.



alternativas<sup>119</sup>. Com isso, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e as relações sociais, que teriam de ser normatizados de outra forma mediante Constituições<sup>120</sup>, mas também pode ser obstruído o caminho para a mudança social em direção ao proclamado Estado Constitucional<sup>121</sup>.

Na perspectiva sistêmico-teórica, textos constitucionais simbólicos ou a constitucionalização simbólica<sup>122</sup> são considerados sintomas de insuficiente positivação do direito: o direito não é suficientemente diferenciado para constituir um sistema autode terminado. Mais precisamente, ao texto constitucional não corresponde uma Constituição como instância reflexiva do sistema jurídico. Há uma falta de Constituição como subsistema suficientemente (externa e internamente) diferenciado do direito, quer dizer, de Constituição no sentido moderno. O “texto constitucional” serve, primariamente, à política, mas não à normatização jurídica do comportamento político. Sua função é, *em primeira* linha, político-ideológica. As instituições constitucionais como direitos fundamentais, divisão de poderes e eleição política cons-

<sup>119</sup> Considerando-se a perda de realidade da legislação (Hegenbarth, 1981: 204) e que, na política simbólica, está presente não uma fraude, mas uma “assunção social de papéis” (Edelman, 1976: 16), os conceitos de manipulação e engano devem “ser relativizados” (Kindermann, 1988: 238). A esse respeito, Kindermann escreve que “certamente é muito limitado [...], a respeito da legislação-álbi, considerar o legislador como quem engana e os cidadãos como os enganados” (1989: 270), o que vale também para a “constitucionalização-álbi”. Cf. também Offe, 1976: IX s.

<sup>120</sup> Cf. Bryde, 1982: 28-9.

<sup>121</sup> Noll (1981: 364) refere-se, criticamente, aos “atos de legiferação que têm apenas a função de ações ou reações substitutivas, as quais não apenas deixam o problema sem solução, mas ainda obstruem o caminho para a sua solução”. Cf., a propósito, no que se refere especificamente à “legislação-álbi”, Kindermann, 1988: 235; 1989: 270. Mas ver *supra* nota 108 deste capítulo.

<sup>122</sup> A respeito, Luhmann (1990b: 213-4) refere-se a “leis constitucionais” que só podem ser consideradas “meio de política simbólica”, evitando, assim, os equívocos que resultariam da adjetivação no sentido empregado no presente texto perante o sentido atribuído à palavra “simbólico” no contexto de sua obra (ver *supra* pp. 82-3).

tituem a bela fachada de uma frágil construção. Já que a normatividade constitucional não se efetua, o sistema jurídico perde reflexividade (quer dizer, é bloqueado por outros sistemas sociais, sobretudo pelo político) e, com isso, capacidade de desempenhar suas funções e prestações. Em outras palavras: a reprodução autopoietica é frequentemente rompida, o direito falha como generalização congruente de expectativas de comportamento e como mecanismo social para solução de conflitos. Mas não se trata aqui de inefetividade da Constituição no sentido da dicotomia tradicional “normas jurídicas efetivas/inefetivas”. Embora a constitucionalização simbólica implique carência de normatividade jurídico-constitucional, o texto constitucional correspondente cumpre uma função político-ideológica muito efetiva<sup>123</sup>. Apoiando-se em Wilhelm Aubert<sup>124</sup>, pode-se falar de funções ou efeitos latentes da constitucionalização. Retomarei esse tema em outras passagens.

#### 4. A CLASSIFICAÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DE KARL LOEWENSTEIN: UMA REINTERPRETAÇÃO

À luz dos elementos expostos nas duas últimas seções, pode-se reinterpretar a chamada classificação “ontológica” de Karl Loewenstein<sup>125</sup>. “Em vez de se ocupar com a substância e o conteúdo das Constituições, a análise ontológica refere-se à concordância das normas constitucionais com a realidade do processo de poder.”<sup>126</sup> Conforme esse critério, distinguem-se as Constituições em “normativas”, “nominalistas” e “semânticas”.

<sup>123</sup> Cf. Bryde, 1982: 28.

<sup>124</sup> Com base numa pesquisa da lei norueguesa do empregado doméstico, de 1948, Aubert (1967) introduziu a diferença entre funções manifesta e latente da legislação, a qual se baseia em Merton (1968: 105 e 114 ss.). A respeito cf. também Treves, 1978: 169 s.

<sup>125</sup> Cf. Loewenstein, 1975: 151-7; 1956: 222-5.

<sup>126</sup> Loewenstein, 1975: 152.



Característica das “Constituições normativas” é a concordância com a realidade do processo de poder. Segundo Loewenstein: “Suas normas dominam o processo político ou, visto de modo inverso, o processo de poder adapta-se e fica sujeito às normas da Constituição.”<sup>127</sup> Já nos casos das “Constituições nominalistas”, há uma profunda discrepância entre “normas constitucionais” e realidade social. “O estado real das coisas não permite, ou ainda não permite a plena integração das normas constitucionais na dinâmica da vida política.”<sup>128</sup> Mas Loewenstein adverte: “Esta situação, porém, não deve ser confundida com o fenômeno bem conhecido da distinção entre práxis constitucional e teor literal da Constituição.”<sup>129</sup> Metamorfose da Constituição mediante interpretação/aplicação ou concretização é imprescindível para a manutenção das “Constituições normativas” e sua adaptação à realidade. Às “Constituições nominalistas”, por seu lado, faltam também as condições sociais para a realização de seu conteúdo.

Por fim, as “Constituições semânticas” caracterizam-se pelo fato de que, embora sejam “plenamente aplicadas e postas em funcionamento”, “tornaram-se instrumento para a estabilização e perpetuação do controle da comunidade pelos detentores fáticos do poder, em vez de servirem à limitação do poder político”<sup>130</sup>. Aqui se trata das autocracias modernas, sejam em suas manifestações autoritárias ou totalitárias<sup>131</sup>. Enquanto há dificuldades parti-

<sup>127</sup> Loewenstein, 1975: 152.

<sup>128</sup> Loewenstein, 1975: 153.

<sup>129</sup> Loewenstein, 1975: 152. Cf. também Loewenstein, 1956: 223.

<sup>130</sup> Loewenstein, 1975: 153-4. Cf. também *id.*, 1956: 223.

<sup>131</sup> A respeito, cf. Loewenstein, 1975: 52 ss. Segundo Bryde (1982: 30, nota 11), “no conceito [de ‘Constituições semânticas’] Loewenstein admite configurações tão distintas, como as Constituições soviéticas, a Constituição aparentemente democrática (*sic*) de Batista e a Constituição nazista, que a categoria acaba se tornando demasiadamente vaga”. Mas Bryde (29 ss.) introduz uma categoria ainda mais vaga no conceito de Constituições “ritualísticas” (distinguindo-a de Constituições “rele-

culares para se distinguir entre “Constituições normativas” e “Constituições nominalistas”, no que concerne às “Constituições semânticas” há características inconfundíveis para reconhecê-las<sup>132</sup>. Nesses casos, pode-se verificar claramente que os detentores do poder dispõem da “realidade constitucional”.

Nessa classificação de Loewenstein trata-se, primariamente, da própria função (em sentido mais amplo) da atividade constituinte ou do texto constitucional, particularmente perante a realidade política. Se ao texto constitucional corresponder uma normatividade constitucional específica, falar-se-á então de “Constituição normativa”. Isso não significa que entre normas constitucionais e realidade do processo de poder haja uma concordância perfeita. Sempre existirão, necessariamente, tensões entre realidade constitucional e leis constitucionais<sup>133</sup>. A “distância da realidade” é inerente à normatividade da Constituição<sup>134</sup>. A principal característica da “Constituição normativa” é que ela atua de forma efetiva como um subsistema internamente diferenciado no sistema jurídico já socialmente diferenciado. O texto constitucional tem aqui não apenas uma normatividade jurídica específica; além disso, essa normatividade serve essencialmente à formação da Consti-

vantes”), uma vez que ela se refere tanto ao caso para o qual a Grã-Bretanha é um exemplo-padrão, como também às “Constituições semânticas” no sentido de Loewenstein (*ibid.*, 32-3).

<sup>132</sup> Loewenstein, 1975: 154.

<sup>133</sup> Ronneberger, 1968: 426. Ele distingue a realidade constitucional em sentido estrito, como o “espaço de luta entre normas políticas divergentes” (424), da realidade constitucional em sentido mais amplo, que “teria simplesmente a ver com comportamento desviante” (424-5). Caso se queira conservar a dicotomia “direito constitucional/realidade constitucional”, então, no âmbito deste estudo, ela remeterá antes a uma diferença específica entre sistema e ambiente (ver *supra* pp. 81-2 e *infra* p. 128).

<sup>134</sup> “A Constituição toma [...] distância da realidade e somente a partir daí adquire a capacidade de servir de critério de conduta e julgamento para a política” (Grimm, 1989: 635). “Distância da realidade” equivale aqui a “autonomia perante o ambiente” (ver última nota).



tuição como instância reflexiva do sistema jurídico. Atividade constituinte e concretização constitucional são processos reais de filtragem referentes às expectativas constitucionais. Mediante a Constituição como normatização de normatização de normatização (mecanismo reflexivo) (ver *supra* p. 68), impede-se que o sistema jurídico seja heterodeterminado por outros sistemas sociais, sobretudo pela política. A Constituição é, portanto, pressuposto para a positividade como autodeterminação do direito (ver *supra* Cap. I.4 e Cap. II.2). A influência da política sobre o direito é intermediada pelas normas jurídicas. Somente com base nisso o sistema jurídico pode revelar-se como cognitivamente aberto e normativamente fechado (ver *supra* Cap. I.4.2).

A “Constituição normativa” forma, por outro lado, uma estrutura “que se baseia na generalização congruente de expectativas normativas de comportamento” (cf. *supra* pp. 25-6), uma vez que, considerando-se os seus preceitos, já se pode saber com certa segurança se uma situação é lícita ou ilícita. As normas constitucionais constituem *critérios* para a aplicação do código “lícito/ilícito” (ver Cap. V. 1.1).

A “Constituição normativa”, que, portanto, corresponde ao modelo conceitual anteriormente exposto (seção 2 deste capítulo), deve ser a regra nas democracias da Europa Ocidental e da América do Norte, onde há os pressupostos para a sua concretização<sup>135</sup>. Pode-se questionar em várias perspectivas se a situação é realmente assim nos respectivos países<sup>136</sup>. Limitar-me-ei a examinar até que ponto a situação é diversa nos países periféricos *modernos*. Com isso, passo a tratar dos conceitos de Constituição “nominalista” e Constituição “semântica”.

<sup>135</sup> Cf. Loewenstein, 1975: 154; 1956: 223.

<sup>136</sup> Nesse sentido, Burdeau (1962) fala de “dissolução do conceito de Constituição”. Por seu lado, Loewenstein (1975: 157-66) acentua a “desvalorização da Constituição escrita na democracia constitucional”.

Nas “Constituições nominalistas”, a constitucionalização ou o texto constitucional tem, primordialmente, função simbólica. Poder-se-ia objetar que também as “Constituições normativas” cumprem função simbólica<sup>137</sup>. Essa objeção pode ser rejeitada, considerando-se que as “Constituições normativas”, em compensação, têm simultaneamente força normativa. O que quer que se queira dizer, nelas há uma combinação entre as dimensões simbólica e instrumental. Nas “Constituições nominalistas”, pelo contrário, ao texto constitucional falta a correspondente normatividade em tão ampla proporção que sua função simbólica é o que permanece de significativo (ver seção 3.3 deste capítulo e Cap. III.3.2.4). Em relação a elas, não é convincente a comparação de Loewenstein: “O terno permanece temporariamente pendurado no guarda-roupa; mas ele deve ser usado quando o corpo da nação crescer correspondentemente a ele.”<sup>138</sup> Tampouco sua ingênua afirmação: “Mas há a esperança, fundamentada na boa vontade dos detentores e dos destinatários do poder, de que cedo ou tarde a realidade do processo do poder corresponda ao modelo estabelecido na Constituição.”<sup>139</sup> Não se trata de uma função primordialmente educativa da Constituição<sup>140</sup>, mas, antes, de constitucionalização-álibi (ver *supra* pp. 83 ss.). Em linguagem jurídico-doutrinária: “a Constituição (é) apenas uma homenagem às tradições jurídicas, um álbi que mal consegue encobrir o primado do fático sobre o

<sup>137</sup> A respeito, cf. Edelman, 1976: 15-6; Burdeau, 1962: 398. Segundo Bryde, tratar-se-ia aqui antes de aspectos “ritualísticos” das Constituições, uma vez que, ao contrário do caso das “Constituições simbólicas”, os procedimentos decisórios ancorados nos preceitos constitucionais, apesar de sua irrelevância para o “processo de formação da vontade” estatal, são efetuados conforme a normas (cf. Bryde, 1982: 28 ss.; ver também *supra* nota 131 deste capítulo).

<sup>138</sup> Loewenstein, 1975: 153; cf. também Loewenstein, 1956: 223.

<sup>139</sup> Loewenstein, 1975: 153.

<sup>140</sup> Cf., em sentido contrário, Loewenstein, 1975: 153.



direito”<sup>141</sup>. O texto constitucional não serve à mudança social, mas, inversamente – na medida em que ele cumpre uma função ideológico-legitimadora (quer dizer, aqui, uma função-álibi) –, à obstrução da via de transformação da sociedade. O objetivo das “Constituições nominalistas” não é, portanto, “no futuro próximo ou distante se tornar normativa na sua totalidade”<sup>142</sup>. Ao contrário: há muitos indicadores de que os “detentores do poder” e os grupos privilegiados não tenham interesse numa profunda mudança social. No entanto, o discurso do poder invoca o documento constitucional “democrático”, o reconhecimento dos direitos fundamentais, as eleições livres e democráticas, e assim por diante, como conquistas do governo ou do Estado. Os textos das “Constituições nominalistas” e das “normativas” contêm, basicamente, os mesmos modelos institucionais: direitos fundamentais, divisão dos poderes, eleição democrática, como também dispositivos do Estado de bem-estar. Mas, evidentemente, tal textualização tem muito pouco significado para se classificarem os respectivos países no mesmo grupo: “sociedades democráticas”. Mesmo assim, essa fórmula, muito carregada ideologicamente, é usada por governantes *com* “Constituições nominalistas” tão frequentemente como por seus colegas *sob* “Constituições normativas”.

Do ponto de vista sistêmico-teórico, a “Constituição nominalista” implica insuficiente diferenciação do direito, quer dizer, sua deficiente positivação. A despeito do conteúdo do texto constitucional, não é, ou é apenas insuficientemente erigida uma Consti-

<sup>141</sup> Burdeau, 1962: 398. Em Burdeau, porém, essa afirmação tem uma pretensão mais abrangente de validade: ela refere-se também às Constituições atuais da Europa Ocidental e da América do Norte.

<sup>142</sup> Loewenstein, 1975: 153, em sentido oposto. A respeito disso, Bryde (1982: 28, nota 4) escreve, com razão: “A categoria inteira de Loewenstein poderia, porém, remontar à difundida má interpretação, nas décadas de 1950 e 1960, do papel dos estratos dominantes, nos países em desenvolvimento, como ‘elite modernizadora’ idealista.”

tuição como instância reflexiva no interior do sistema jurídico. A Constituição não atua como subsistema internamente diferenciado de um sistema jurídico autodeterminado. Como não existem as precondições para isso, a normatividade do texto constitucional não é suficiente para garantir a reprodução autopoietica dos elementos sistêmicos. O sistema jurídico é, antes de tudo, bloqueado ou alopoieticamente determinado, porque a normatividade constitucional falha: o texto constitucional tem, primariamente, função político-ideológica. Há uma discrepância tão profunda entre legiferação constitucional e aplicação ou observância constitucional que a “Constituição nominalista” não funciona satisfatoriamente nem como controle de comportamento nem como garantia de expectativa. A consequência mais negativa desse estado de coisas é a insegurança jurídica. Trata-se de uma assimetria externa do sistema jurídico no plano da orientação normativa; nesse caso, durante o processo de concretização. Concentrar-me-ei nesse tema adiante em relação aos países periféricos (a partir do Cap. III.2).

No que se refere à “Constituição semântica”, gostaria, inicialmente, de sugerir outra denominação, já que no âmbito da classificação de Loewenstein o termo “semântico” não apresenta quase nenhuma conexão com o sentido usual dessa palavra. Considerando-se que, a respeito dessa categoria, as “Constituições” podem ser caracterizadas de “instrumentos” (ver *supra* pp. 88-9), é mais apropriado falar de “Constituições instrumentalistas”. Com isso não se desconhece que também as “Constituições normativas” são importantes instrumentos da política; mas, além disso, elas são mecanismos para o controle e a limitação da atividade política. Nas “Constituições instrumentalistas”, ao contrário, os detentores do poder utilizam os textos ou leis constitucionais como puros meios de imposição da dominação, sem estarem vinculados nor-



mativamente a esses dispositivos: os “soberanos” *dispõem* dos instrumentos e podem reformá-los ou substituí-los sem nenhuma limitação jurídica.

A “Constituição instrumentalista” – em oposição à “Constituição nominalista” – corresponde à realidade do processo de poder<sup>143</sup>, sem qualquer reação contrafática à atividade política dos detentores ocasionais do poder<sup>144</sup>. Nesse caso, porém, o constitucionalismo – em desacordo com a “Constituição normativa” – é manifestadamente rejeitado. A “Carta” serve então, primariamente, à instrumentalização unilateral do sistema jurídico pela política. Em virtude do “texto constitucional” efetivo, o direito se torna subordinado ao sistema político. Não é de excluir a função simbólica do texto: declaração dos direitos fundamentais, eleição política e outras instituições constitucionais podem pertencer ao seu conteúdo. Mas essa função é secundária, não constituindo o que distingue a “Constituição instrumentalista” tanto da “nominalista” quanto da “normativa”. Já mediante a “Carta” ou outras “leis constitucionais” fica assegurado que as instituições constitucionais não tenham significado, principalmente porque ficam subordinadas a outros princípios como “razão de Estado” ou “segurança nacional”. Nas palavras de Burdeau, pode-se dizer que,

<sup>143</sup> Tendo em vista essa característica, também se poderia falar aqui de “Constituições realistas”, não, evidentemente, por desconhecimento ou negação da realidade das “Constituições normativas” como complexos de expectativas de comportamento válidas juridicamente e respectivas comunicações (cf. *supra* pp. 64 ss., 73-4), mas pelo fato de que a “distância da realidade” não se efetua como autonomia perante o ambiente (ver nota 134 deste capítulo). Mas a eventual escolha deste termo não corresponderia à distinção de Mecham (1959) entre “*nominal and real constitutions*”, que remete, antes, à discrepância entre texto constitucional (“*the nominal constitution*”, “*the composite constitution*” – 259-66) e realidade constitucional (“*the real constitution*”, “*the operative constitution*” – 266 ss.), portanto, ao conceito de “Constituições nominalistas”.

<sup>144</sup> Em relação a isso, Bryde (1982: 33-5) fala de “Constituições descritivas”, em distinção a “Constituições exigentes”.

enquanto a “Constituição nominalista” constitui um *álibi*, a “Constituição instrumentalista” é “apenas uma arma na luta política”<sup>145</sup>. Característico da primeira é a função político-ideológica ou simbólica do texto constitucional; da segunda, a instrumentalização unilateral do “texto constitucional” e, assim, do sistema jurídico pela política.

É manifesta a desdiferenciação do direito no caso da “Constituição instrumentalista”. O “texto constitucional” serve à heterodeterminação política do direito. Há carência de Constituição como mecanismo reflexivo do sistema jurídico. A “Carta” estabelece um espaço livre para a influência direta da política sobre o direito. E quando não pode servir a isso satisfatoriamente, ela é alterada. Na medida em que as “leis constitucionais” excluem os direitos fundamentais, a divisão dos poderes, a eleição democrática e outras instituições constitucionais, a Constituição não desempenha o papel de conduzir os processos decisórios pela via do direito<sup>146</sup>. Trata-se, então, de regimes autoritários ou totalitários. Em relação ao autoritarismo, há uma direta desdiferenciação política do direito; mas os outros sistemas sociais desfrutam de determinado grau de diferenciação, na medida em que, em suas comunicações, a política não é questionada. No totalitarismo, trata-se de direta desdiferenciação política de todas as esferas sociais<sup>147</sup>.

<sup>145</sup> Burdeau, 1962: 398-9. Mais recentemente, Luhmann (1990b: 213-4) falou de leis constitucionais que “podem ser tomadas em consideração apenas como meio de luta [...]”. Na perspectiva do estruturalismo marxista, poder-se-ia afirmar que, enquanto a “Constituição nominalista” desempenha, primordialmente, um papel ideológico, a “Constituição instrumentalista” cumpre, sobretudo, uma função repressiva (cf. Althusser, 1976: 81 ss.; Poulantzas, 1978: 31-8).

<sup>146</sup> Cf. Luhmann, 1973b: 11, especificamente sobre a divisão de poderes.

<sup>147</sup> “A expressão ‘autoritarismo’ refere-se, no entanto, mais à estrutura governamental do que à ordem social. Em regra, o regime autoritário se satisfaz com o controle político do Estado, sem pretender dominar toda a vida socioeconômica da comu-

A “Constituição instrumentalista” falha na função de generalização congruente de expectativas de comportamento. Quer dizer: ela não serve à garantia de expectativa, uma vez que, com base nela, não se pode saber com certeza o que vale hoje como direito, e até mesmo o que ontem valeu como direito. Com base no texto constitucional a política pode atuar ilimitadamente sobre o direito, inclusive com medidas retroativas. Por outro lado, em virtude da hipercomplexidade da sociedade mundial hodierna, não há uma concepção ética, politicamente legitimadora e válida para todas as esferas sociais, que possa atuar como critério para a ação política. O resultado é o alto grau de insegurança jurídica: há a ausência de “legalidade”, isto é, de positividade do direito<sup>148</sup>. Trata-se do outro caso típico de assimetria externa do sistema jurídico no plano da orientação normativa, a saber, de assimetrias que surgem no próprio momento em que o direito é estatuído. Ainda entrarei nessa questão ao enfrentar a problemática constitucional da modernidade periférica (a partir do Cap. III.2).

Observe-se que os conceitos de “Constituições instrumentalistas”, “nominalistas” e “normativas” compõem tipos ideais no sentido de Weber (cf. *infra* pp. 159-61). Na realidade social encontram-se diferentes graus de normatividade, nominalismo e instrumentalismo constitucional. Mas isso não significa nenhuma “banalidade” da classificação<sup>149</sup>, uma vez que está em jogo a perda de segurança e de legitimidade jurídica.

nidade ou moldar a atitude mental dessa conforme sua imagem” (Loewenstein, 1975: 53). “Ao contrário do autoritarismo, o conceito de ‘totalitarismo’ refere-se ao conjunto da ordem política, social e moral da dinâmica estatal” (*ibid.*, 55).

<sup>148</sup> É claro que, nessas circunstâncias, em lugar do direito positivo, outros mecanismos sociais funcionam para que ocorra a integração sistêmica. Para Luhmann (1984c: 193-6), por exemplo, distinguem-se Estados de direito e sistemas ideologicamente integrados.

<sup>149</sup> Outra é a posição de Ronneberger, 1968: 420.

Essa classificação não é, primariamente, para ser esclarecida à luz da dicotomia “tradição/modernidade”<sup>150</sup>. Suposto que os países estão integrados no mercado mundial e nas relações internacionais, instrumentalismo e nominalismo<sup>151</sup> referem-se a “sociedades parciais” da hipercomplexa sociedade atual. No caso do presente estudo, o esquema centro/periferia, que indica uma cisão dicotômica da modernidade, revela-se mais fecundo.

<sup>150</sup> O contrário pode ser deduzido da concepção estritamente evolutiva da transição da “Constituição nominalista” para a “normativa” em Loewenstein (cf. 1975: 153 e 155; ver também *supra* nota 142 deste capítulo) e da expressão “Estados constitucionais tradicionais” em Ronneberger (1968: 419).

<sup>151</sup> Emprego os conceitos “nominalismo/instrumentalismo” ou “nominalismo/instrumentalismo constitucional” para fazer referência às realidades das “Constituições nominalistas/instrumentalistas”. A seguir, as expressões “Constituição nominalista” e “Constituição instrumentalista” serão empregadas sem aspas, para designar os respectivos textos e suas funções reais.



### CAPÍTULO III

## DIREITO E CONSTITUIÇÃO NOS PAÍSES PERIFÉRICOS

### 1. A MODERNIDADE PERIFÉRICA

#### 1.1. O impulso inicial: a discussão no âmbito da teoria do desenvolvimento

A tendência em esclarecer os problemas dos países subdesenvolvidos com auxílio do dualismo “tradição/modernidade” (ver Cap. I.1) e, com isso, desenvolver abordagens para sua solução é fortemente acentuada nas discussões correntes das ciências sociais na Europa e na América do Norte. Parte-se do ponto de vista de que os países do “terceiro mundo” constituem sociedades tradicionais (ou quase tradicionais) que só são capazes de se desenvolver mediante o processo de modernização conforme o modelo dos “países industrializados” modernos. Essa suposição, adotada e difundida em diferentes modelos de pensamento<sup>1</sup>, encontra seu apogeu na “teoria da modernização” desenvolvida após a Segunda Guerra Mundial, especialmente nos Estados Unidos<sup>2</sup>. Nesse cenário específico, aliás, não se trata de uma aplicação da dico-

<sup>1</sup> De Marx, segundo o qual “o país industrialmente desenvolvido mostra ao menos desenvolvido apenas a imagem de seu próprio futuro” (1986: 12), ao teórico da modernização Rostow, que designa o comunismo como “doença da transição” (1967: 193-5). A respeito, cf. Nuscheler, 1974: 197-9.

<sup>2</sup> A respeito, ver Wehler, 1975; Zapf, 1975.

tomia típico-ideal “tradição/modernidade” no sentido da teoria social europeia. Trata-se da formulação das “vias de modernização” e, dessa maneira, de critérios e indicadores<sup>3</sup> da modernidade segundo os modelos de mudança social e de sistemas sociais dominantes na Europa Ocidental e nos Estados Unidos, a serem importados pelos países subdesenvolvidos (“tradicionais”)<sup>4</sup>. O condicionamento ideológico da teoria da modernização revela-se claramente na história de sua formação: em consonância com o “papel de potência mundial dos Estados Unidos após 1945”<sup>5</sup>, destacava-se “uma mecânica geral da evolução”, por meio da qual “guerra, colonialismo, imperialismo e política internacional eram quase totalmente ocultados”<sup>6</sup>. Porém, uma crítica ao desgaste ideológico do contexto de surgimento não basta para refutar a validade da teoria da modernização. Trata-se sobretudo da força de esclarecimento e do significado da aplicação de suas proposições<sup>7</sup>. Sob esse ponto de vista, o fracasso das abordagens refe-

<sup>3</sup> Sobre indicadores ver, em postura crítica, o “esboço para um alfabeto da dicotomia”, formulado por Wehler (1975: 14-5).

<sup>4</sup> Cardoso; Faletto, 1984: 19; Senghaas, 1979b: 7; Senghaas; Menzel, 1979: 280-1; Wehler, 1975: 16. Pode-se, é verdade, afirmar, em sentido mais amplo, que “a teoria da modernização não é um sistema teórico fechado, mas um campo de problemas e sugestões para suas soluções”, em cujo âmbito “a modernização é um processo histórico, que produz soluções muito distintas” (Zapf, 1975: 212); mas, em sentido estrito, o conceito de “teoria da modernização” atua como conceito genérico para aquelas abordagens de origem norte-americana que tendem a recomendar “prementemente aos países em desenvolvimento a cópia das conquistas do mundo ocidental” (Zapf, 1975: 217).

<sup>5</sup> Wehler, 1975: 11.

<sup>6</sup> Wehler, 1975: 18. Considerando a função ideológica da teoria da modernização, Wöhlke e Wogau (in: Wöhlke; Wogau; Martens, 1977: 10) acentuam: “Por isso, não é por acaso que os sistemas políticos que se orientam pelas teorias da modernização, com poucas exceções, não conseguem se manter no poder sem a força militar, o que, aliás [...], contradiz as implicações políticas da teoria da modernização – e do *desarrollismo*.” Também em posição de crítica à ideologia, ver Mansilla, 1974: 214-5; Nuscheler, 1974: 197 ss.

<sup>7</sup> Cf. Wehler, 1975: 19.

rentes à modernização na esfera da política de desenvolvimento alerta que, com base em seu modelo evolutivo linear “tradição (= subdesenvolvimento) → modernidade (= desenvolvimento)”, não se podem esclarecer nem solucionar os problemas dos países periféricos<sup>8</sup>. Tal situação não significa, absolutamente, que a dicotomia “tradição/modernidade” simplesmente cumpra funções ideológicas, de tal modo que deva ser totalmente refutada<sup>9</sup>: ela pode ser muito elucidativa em outras áreas de pesquisa<sup>10</sup>. Mas a questão do “desenvolvimento” *versus* “subdesenvolvimento” diz respeito, fundamentalmente, a duas dimensões sincrônicas da sociedade moderna (mundial), ou seja, de uma cisão da modernidade em centro e periferia.

Como mudança de paradigma na pesquisa sobre desenvolvimento, surgem na década de 1960 a teoria do capitalismo periférico e a teoria da dependência, que tendem a considerar o subdesenvolvimento como problema estrutural do capitalismo e atribuí-lo à divisão desse em centro e periferia. Este não é o espaço para empreender uma análise desses dois modelos, constituídos de abordagens muito heterogêneas e direcionados especialmente às relações econômicas e à política de desenvolvimento<sup>11</sup>. Eles foram alvo de várias críticas, tanto do ponto de vista metodológico<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Cf., por exemplo, Senghaas, 1979b: 8.

<sup>9</sup> Para um ponto de vista como esse, ver Sine, 1976: 47 ss. Contra essa posição, Gusfield (1967b) empreende uma crítica consistente às implicações simplificadas da polarização entre tradição e modernidade.

<sup>10</sup> Cf. Offe, 1986: 97-8.

<sup>11</sup> Para uma visão geral da discussão orientada nesse sentido e que foi significativa no final da década de 1960 e no decorrer da década de 1970, consultar, na numerosa literatura sobre o assunto, Senghaas (org.), 1972, 1974 e 1979.

<sup>12</sup> Na Alemanha, cf. Evers; Wogau (1973: 439 ss.), em relação às “imprecisões teóricas e conceituais” da teoria da dependência; também Godzik; Laga; Schütt (1976), que destacam a falta de verificabilidade ou operacionalidade conceitual (?!), mas se concentram apenas num autor, André Gunder Frank (453 ss.), o qual, a meu ver, oferecia uma das mais simplificadas abordagens da teoria da dependência ou da



quanto em virtude do fracasso de aplicações político-desenvolvimentistas segundo seus modelos<sup>13</sup>. De fato, não contribuíram, consistentemente, para a solução do problema (nesse sentido, eles podem ser considerados ultrapassados), mas para a sua colocação: eles despertaram o interesse por questões fundamentais da relação entre “desenvolvimento” e “subdesenvolvimento”, as quais foram ocultadas ou distorcidas pela teoria da modernização com base no esquema “antes-depois”, e provocaram um debate sobre tais questões em várias partes do mundo. O mérito das várias críticas e objeções não deve, de nenhuma maneira, ser o de suscitar uma rejeição radical das abordagens concernentes à periferia e dependência, mas, antes, de chamar atenção para o fato de que o potencial de problematização que seus conceitos e proposições carregam pode se tornar fecundo como impulso para formulações mais precisas e consistentes<sup>14</sup>. Com essas ressalvas, para tratar da sociedade mundial atual faz sentido recorrer ao esquema “centro/periferia” e, assim, falar de uma modernidade periférica.

A divisão da modernidade em centro e periferia é, primeiramente, uma questão econômica que encontra espaço no âmbito da discussão sobre as condições de surgimento do capitalismo<sup>15</sup>. Mas ela tem implicações para todos os sistemas funcionais da so-

periferia (cf. Frank, 1969). Como crítica marxista, ver Weffort, 1978; em resposta a essa crítica, ver Cardoso, 1979: 123-39.

<sup>13</sup> Cf., por exemplo, Simonis, 1981, posicionando-se criticamente em relação à “estratégia de dissociação”. Sobre “dissociação” como estratégia de superação do subdesenvolvimento, ver Senghaas, 1979c.

<sup>14</sup> Assim, por exemplo, a “abordagem de entrelaçamento de Bielefeld” apresenta-se, mais tarde, como “complemento crítico” das teorias da dependência (H.-D. Evers, 1987: 137). Sobre essa abordagem, cf. também, resumidamente, Schmidt-Wulffen, 1987: 134-5; e posicionando-se criticamente Neelsen, 1988.

<sup>15</sup> Como observam Hopkins e Wallerstein (1979: 156), “o par antagônico ‘centro-periferia’ [...] em seu significado corrente atual” remonta a Raúl Prebisch e seus colaboradores na Cepal. Cf. Prebisch, 1962. Por sua vez, esse par de conceitos foi formulado por Shils (1961) do ponto de vista mais abrangente de uma sociologia geral.

riedade<sup>16</sup>. Não se deve, contudo, interpretar a distinção ora apresentada entre centro e periferia como simplificação grosseira (caso de algumas variantes da teoria da dependência), como se com ela a multiplicidade da sociedade mundial atual fosse deixada de lado: a relação “centro/periferia” reproduz-se entre os países periféricos<sup>17</sup> e tanto no interior das “nações periféricas” quanto das “nações centrais”<sup>18</sup>. Por outro lado, os diferentes tipos dos contextos internos de interesses de classe e de dominação implicam formas distintas de integração dos países periféricos na sociedade mundial; além disso, as particularidades locais e regionais atuam como fatores do desenvolvimento<sup>19</sup>; ademais, os diferentes sistemas funcionais encontram-se em níveis de desenvolvimento muito diferentes também no plano regional. Sem deixar de considerar tudo isso, pode-se seguramente usar o par de conceitos “centro/periferia”, que em última instância refere-se a uma divisão dicotômica e hierárquica da sociedade mundial, e assim introduzir o conceito de “modernidade periférica” como construção “típico-ideal” analiticamente muito fecunda (ver *infra* pp. 159-61).

## 1.2. Modernidade periférica na perspectiva sistêmico-teórica

Numa perspectiva sistêmico-teórica, o conceito de modernidade periférica não fica excluído, mas, antes, adquire mais clareza. Uma vez que a sociedade moderna seja conceituada como socie-

<sup>16</sup> Cf., por exemplo, Galtung, 1972: espec. 44-5, 55 ss., 74 ss.

<sup>17</sup> Fala-se, nesse sentido, de “semiperiferia” (Wallerstein, 1979: 50 ss.; Hopkins; Wallerstein, 1979: 158), “níveis de dependência”/“cadeias de dependência” (Senghaas, 1974b: 21) e “subimperialismo” (Amin, 1974: 92).

<sup>18</sup> Galtung, 1972: 35 ss.

<sup>19</sup> Como é destacado no âmbito da chamada “abordagem de entrelaçamento de Bielefeld” (cf. Schmidt-Wulffen, 1987: 135).



dade mundial<sup>20</sup>, que se forma primordialmente com base em expectativas cognitivas (economia, ciência, técnica)<sup>21</sup>, o esquema “tradição/modernidade” perde força para o esclarecimento do problema dos países periféricos, e vem à luz a inconsistência do argumento de que os problemas do subdesenvolvimento sejam os mesmos que os de uma sociedade tradicional. Com efeito, de um ponto de vista político-jurídico, pode-se ainda falar de sociedades regionais: por falta de unidade mundial na formação jurídica e política, a sociedade mundial não é uma unidade constituída por estruturas normativas de expectativa, não sendo, portanto, nem um império mundial nem um sistema internacional<sup>22</sup>. Mas quando se enfatiza que a sociedade atual se baseia, primariamente, em estruturas cognitivas de expectativa, mais precisamente na economia<sup>23</sup>, e que a diferenciação segmentária das sociedades regionais, assentadas nos sistemas jurídico e político, possui uma “posição subordinada”<sup>24</sup>, infere-se que os problemas dos países periféricos pertencem, primordialmente, às questões fundamentais da sociedade moderna (mundial). A modernização periférica

<sup>20</sup> Cf. Luhmann, 1975b; 1987a: 333 ss.

<sup>21</sup> Luhmann, 1975b: 55 ss. Sobre a distinção entre expectativas cognitivas e normativas, ver *supra* pp. 23-5.

<sup>22</sup> Luhmann, 1975b: 57-8; 1987a: 337. Em outro contexto, Wallerstein (1970: 50-1) distingue entre império mundial e capitalismo como economia mundial (cf. também 47 ss.).

<sup>23</sup> Cf. Luhmann, 1975b: 55 e 58; 1981b: 149 ss.; 1981c: 32. Embora Luhmann venha se afastando desta antiga posição (ver *supra* Cap. I.3.5), a meu ver esse entendimento deve permanecer, não no sentido de um primado “ontológico essencial” (cf. Luhmann, 1975b: 63-4) ou de uma necessária carência de autopoiese nos outros sistemas sociais, mas no sentido de que nos ambientes dos vários sistemas sociais modernos a economia constitui o fator mais relevante, que se pode observar em primeiro plano, ou seja, de que ela está equipada com a codificação binária (sim e não) socialmente mais forte. Não é, porém, de se excluir que com uma forte hierarquização no interior do sistema econômico esse primado se degenere em desdiferenciação econômica da sociedade.

<sup>24</sup> Cf. Luhmann, 1975b: 60-1.

pode ser compreendida como integração subordinada de um país na sociedade mundial, sob proteção do respectivo sistema político-jurídico regional.

No presente estudo, não se trata, evidentemente, de uma diferenciação da sociedade segundo uma hierarquia (tradicional), em cujo âmbito o centro, “representante” da unidade do sistema, e a periferia corresponderiam a uma estrutura fixa de *status*: essa possibilidade foi destruída pela diferenciação funcional como princípio dominante da sociedade moderna<sup>25</sup>. O par antagônico “centro/periferia” ora empregado remete a uma divisão *funcional* da sociedade mundial, orientada primariamente pela economia<sup>26</sup>, mas também a uma relação de suprainfraordenação entre “sociedades parciais” fundadas primariamente na política e no direito<sup>27</sup>. Essa relação refere-se à capacidade dos diferentes sistemas funcionais de se imporem, o que não significa uma negação da modernidade. Trata-se, antes, de um dos problemas estruturais da hipercomplexa sociedade mundial<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Cf. Luhmann, 1986a: 216.

<sup>26</sup> Isso se associa à divisão suprarregional do trabalho, que, segundo Durkheim (1986: 164), “desenvolve-se a partir do séc. XIV”. Cf. *supra* nota 15 do Cap. I.

<sup>27</sup> Uma “sociedade parcial” inclui *todas* as comunicações que se desenvolvem especificamente no interior de uma sociedade regional ou nacional fundada primariamente nos domínios jurídico e político. Com isso não se desconhece que, em última análise, trata-se de uma sociedade mundial orientada primariamente pelo sistema econômico. Com essas restrições, são empregadas aqui, no plural, as expressões “sociedades regionais, sociedades nacionais e sociedades parciais”.

<sup>28</sup> A respeito, escreve Luhmann (1987a: 336): “Parecem ser atuais sobretudo aqueles problemas que resultam de um desenvolvimento geral desequilibrado. Sobressai mais intensivamente o diferente estado de desenvolvimento de cada região do globo terrestre, o qual atualmente não pode mais ser justificado pelo fato de que se trata de diferentes sociedades, mas sim considerado um fenômeno que se manifesta no âmbito da sociedade mundial como um acaso *historicamente condicionado*” (grifei). Mas, embora o “subdesenvolvimento”, diferentemente de outros problemas, não resulte “da diferenciação funcional” e, nesse sentido, portanto, não esteja relacionado “com o princípio estrutural da sociedade moderna” (*ibidem*), há muitos indicadores de que ele constitui um *problema estrutural*, historicamente condicio-



O caráter hierárquico da sociedade mundial, orientada primordialmente pela economia, relaciona-se com o fato de que a reprodução autopoiética dos sistemas jurídico e político regionais (nacionais) da periferia é bloqueada tanto por outros subsistemas funcionais (por exemplo, a economia com seus efeitos sobre a “sociedade parcial”), quanto pelos sistemas regionais jurídico-políticos do centro (um exemplo típico é a intervenção dos Estados Unidos na política da América Latina, especialmente mediante a organização de golpes de Estado). Uma vez que as sociedades nacionais, que se assentam sobre os sistemas político e jurídico, ocupam uma posição subordinada na sociedade mundial, é duvidoso falar de “independência nacional” jurídico-política. “Independência nacional” ou “soberania” pode ser simplesmente a reprodução autopoiética dos respectivos sistemas jurídico e político regionais (cf. *infra* p. 163, nota 11), especialmente perante os outros sistemas políticos e a economia (mundial). Se “objetivos políticos nacionais são alcançados com base numa comparação internacional do estado de desenvolvimento do ponto de vista econômico e técnico”<sup>29</sup>, a “independência política nacional” dos países periféricos constitui uma ilusão ideológica: a autorreprodução operativa elementar da política e do direito nas respectivas sociedades regionais é incessantemente interrompida pelo sistema econômico e por outros sistemas jurídico-políticos “nacionais” (Estados).

Mas o conceito de modernidade periférica não se justifica apenas para ser aplicado às relações “centro/periferia” na sociedade mundial, mas também às características específicas das “sociedades regionais” periféricas, que se mostram hipercomplexas e hipercontingentes, em determinados aspectos mais complexas e con-

nado, do capitalismo mundial (nesse sentido, portanto, um problema estrutural da sociedade mundial).

<sup>29</sup> Luhmann, 1975b: 54.

tingentes que as “sociedades centrais” (ver *supra* pp. 14-6). Trata-se aqui da incapacidade dos sistemas sociais de *determinarem* ou *estruturarem* adequadamente a complexidade<sup>30</sup>. Essa situação não implica o caso extremo de uma indeterminabilidade absoluta: “Complexidade plenamente desestruturada seria o caso extremo da nébula primitiva, da arbitrariedade e igualdade de todas as possibilidades.”<sup>31</sup> Trata-se, antes, da *relativa* incapacidade dos sistemas sociais de estruturar a complexidade determinável de seus respectivos ambientes<sup>32</sup>. De fato, há sempre um desnível de complexidade entre sistema e ambiente<sup>33</sup>, e certa indeterminabilidade do sistema perante o ambiente é condição da flexibilidade<sup>34</sup>. Mas, em relação à modernidade periférica, a indeterminabilidade implica acoplamentos insuficientemente complexos entre sistema e ambiente e, por conseguinte, insegurança de expectativa<sup>35</sup>. Embora o aumento de complexidade exija correspondente seletividade estrutural<sup>36</sup>, os sistemas sociais complexos das sociedades periféricas realmente falham na função seletiva perante seus ambientes supercomplexos. Esse problema significa também carência de racionalidade sistêmica na diferenciação de “sociedades” hipercomplexas<sup>37</sup>. Desse modo, deparamo-nos com flexibilidade (relativamente)

<sup>30</sup> A respeito, ver as indicações bibliográficas na nota 51 do Cap. I. Bertalanffy (1957: 9) fala, analogamente, de complicação desorganizada e organizada.

<sup>31</sup> Luhmann, 1987a: 7. Cf. também Luhmann, 1975a: 211-2; 1987b: 383.

<sup>32</sup> “Somente na relação com um sistema o seu ambiente ganha complexidade determinável. [...] A partir dessa relação, cada determinação de complexidade do ambiente resulta e vale apenas relativamente ao sistema. Apenas em relação a um sistema se pode falar de ambiente” (Luhmann, 1975a: 211).

<sup>33</sup> Cf. Luhmann, 1975a: 210-1.

<sup>34</sup> Luhmann, 1975a: 209.

<sup>35</sup> Cf. Luhmann, 1981f: 96.

<sup>36</sup> Luhmann, 1975a: 207.

<sup>37</sup> “Cada nível do desenvolvimento das relações entre sistema e ambiente tem chances específicas de racionalidade, conforme o modo como a diferença de complexidade em relação ao ambiente seja tratada. O problema da racionalidade en-



desorganizada, precariamente determinável, e negativa contingência/abertura para o futuro; ou seja, com a falta de segurança.

Associado a essa perspectiva, encontra-se o problema da “heterogeneidade estrutural”, cuja discussão remete às abordagens sobre desenvolvimento das teorias da dependência e periferia elaboradas nos anos 1960 e 1970<sup>38</sup>. Nessa constelação, apon- tou-se, sobretudo, que essa questão não pode ser compreendida precisamente nos termos da noção de sociedades dualísticas ou de modernização parcial<sup>39</sup>: uma vez que os diferentes setores “pseudotradicionais” estão integrados na sociedade capitalista e em determinado grau atuam funcionalmente para os “setores modernos dominantes”, reorientando-se, portanto, para as condições da sociedade moderna, a abordagem “dualística” mostra-se muito questionável<sup>40</sup>; embora possam surgir alguns problemas secundários do tradicionalismo, quanto mais forte a inserção periférica na sociedade mundial, tanto mais insignificante se torna a questão da tradição como impedimento da “modernização”. O conceito de “heterogeneidade estrutural” está sujeito, fecundamente, a uma leitura sistêmico-teórica. Trata-se aqui de grandes disparidades no interior de todos os sistemas sociais, assim como entre eles. Mais exatamente, trata-se de códigos e programas/critérios que, difusamente, misturam-se e isolam-se, cruzam-se sem se acoplarem e

contra-se, fundamentalmente, no entrelaçamento de seleções, e a necessidade disso varia com a complexidade do sistema” (Luhmann, 1975a: 214).

<sup>38</sup> Para um panorama, ver Nohlen; Sturm, 1982. No contexto do debate sobre teoria do desenvolvimento, a meu ver, a “abordagem de entrelaçamento de Bielefeld” conduz ao incremento do conceito de “heterogeneidade estrutural”, e não, absolutamente, à sua “falsificação” (cf., porém, Schmidt-Wulffen, 1987: 132 ss.; H.-D. Evers, 1987).

<sup>39</sup> Nessa orientação, cf., por exemplo, Lambert, 1986: 101-26 (Cap. V); Rüschemeyer, 1971.

<sup>40</sup> A respeito, a partir de bases diferentes, cf. Nohlen; Sturm, 1982: 102-3; Cardoso, 1979: 195; Senghaas, 1974b: 22 ss.; Amin, 1974: 77 ss.; Wallerstein, 1979: 36 ss.; Frank, 1969: espec. 53.

sobrepõem-se uns aos outros<sup>41</sup>. Tal cenário sugere que há aumento de complexidade não suficientemente determinável/determinada em virtude de carência de um desempenho seletivo adequado e abrangente de toda a população.

No âmbito das abordagens teóricas do desenvolvimento referentes à periferia ou dependência, a “heterogeneidade estrutural” foi associada à “marginalidade”<sup>42</sup>, a qual, nesse contexto, por um lado, foi considerada especialmente em relação ao grande volume de desemprego aberto e subemprego (ambos sem seguro social); por outro, foi atribuída à orientação da produção nacional fundamentalmente pela demanda externa e (no mercado interno) pela demanda da classe alta<sup>43</sup>. A “marginalidade” não é para ser entendida como não integração ou “não pertencimento”, nem simplesmente como disfuncionalidade setorial. Ela forma, pelo contrário, um tipo específico de integração na sociedade periférica<sup>44</sup>. Sob uma perspectiva sistêmico-teórica, “marginalidade” significa uma subintegração social difusa e muito instável de grande parte da população nos diferentes sistemas funcionais, que se intensifica com a modernização periférica. “Subintegração” significa aqui bloqueio prático do acesso positivo (= no próprio interesse do agente) aos sistemas sociais modernos existentes (economia, política, direito, educação etc.), os quais então afetam os “marginali-

<sup>41</sup> Essa situação implica não apenas o bloqueio sistêmico mediante códigos e programas/critérios “estranhos”, mas também problemas de interpenetração e acoplamento estrutural; cf. *infra* Cap. V.2.2.4.

<sup>42</sup> A respeito, ver, em perspectivas diferentes, Cardoso, 1979: 140-85; Quijano, 1974; Sunkel, 1972: 271 ss.; Amin, 1973: 208-14. Cf. também Nohlen; Sturm, 1982: 104-5; Wöhlke; Wogau; Martens, 1977: 20-2; Evers; Wogau, 1973: 431-2.

<sup>43</sup> Cf., a respeito, Furtado, 1981: espec. 77-94; 1974; 1972: espec. 321 ss.; Amin, 1974: 80. Segundo Elsenhans (1977: 32), “deve-se partir do princípio de que pobreza e subemprego podem ser superados apenas na medida em que as massas produzirem para as massas”.

<sup>44</sup> Cf. Cardoso, 1979: 166-85.



zados” apenas negativamente (por exemplo, como devedor, não como credor; como réu, não como autor). Com base em Luhmann, pode-se designar “marginalização” como *exclusão*<sup>45</sup>, mas não no sentido de não integração de grupos populacionais inteiros, mas de sua *dependência* das prestações dos diferentes sistemas funcionais da sociedade (subintegração), *sem acesso* (no sentido positivo) a elas; retomo esse tema nas seções III.3.2.2. e V.1.3.

Uma objeção contra a afirmação da existência de flexibilidade e abertura para o futuro nas sociedades periféricas seria válida com o auxílio do argumento de que o conceito de “marginalidade” não é compatível com essas características, uma vez que os “marginalizados” (a grande maioria da população) estão subintegrados nos sistemas sociais modernos, ou seja, dispõem de possibilidades de ação muito limitadas. Embora esse argumento possa ser considerado correto sob a perspectiva teórica da ação, os conceitos de flexibilidade, contingência e abertura para o futuro assumem um significado sistêmico-teórico no presente estudo: eles remontam ao excedente de variáveis sistêmicas e, vinculado a isso, às possibilidades existentes no ambiente, que são passíveis de ser realizadas ou eliminadas sistêmico-seletivamente no contexto interativo. Se o sistema estruturar de forma adequada a complexidade de seu respectivo ambiente, criar-se-á uma *positiva* (relativamente segura) flexibilidade e abertura para o futuro. Se, ao contrário, os sistemas sociais falharem nessa determinação da supercomplexidade de seu ambiente (como ocorre incontestavelmente nas sociedades periféricas), resultarão então flexibilidade negativa (relativamente desorganizada) e contingência/abertura para o futuro negativa (relativamente incontrolável), ou seja, faltará segurança social. Assim, por exemplo, um casal, sob condições

econômicas instáveis, não pode estar seguro de que a família poderá ser sustentada com orçamento doméstico mensal (se algo assim for possível), um subempregado que foi roubado não poderá estar seguro de que possa contar com um “bom” (do ponto de vista jurídico ou constitucional) tratamento caso preste queixa na polícia, o vencedor das eleições não pode estar seguro de que assumirá o cargo (a ameaça de um golpe está sempre presente!).

Por outro lado, é de se observar também que, como crítica da rigidez da modernidade, o exemplo oferecido por Claus Offe, em forma figurativa, de um “sistema de transporte sustentado por automóveis”, só pode ser levado em consideração no que diz respeito às “sociedades” centrais: “Sob condições de liberdade de escolha [...] extraordinariamente elevada, em tal sistema qualquer usuário do trânsito pode, a qualquer momento, chegar a qualquer ponto para o qual haja vias de acesso; ao mesmo tempo, porém, o sistema rodoviário, que permite essa fluidez dos procedimentos de deslocamento, é, já por questões físicas (e naturalmente também políticas e econômicas), um fato verdadeiramente incontestável, e do mesmo modo o são suas conhecidas consequências físicas e sociais.”<sup>46</sup> Persistindo-se nessa representação, observa-se em relação à “sociedade” periférica que: de fato, o sistema de trânsito não funciona muito bem (buracos, falta de placas de trânsito, composição limitada de redes etc.) e, por isso, permite uma mobilidade apenas limitada; esse sistema, contudo, é sempre *colocado* em questão no todo e em parte; sempre se deve “esperar” por alterações estruturais e também surpreendentes; além disso, em virtude de irregularidades, falta de sinalização, defeitos de pavimentação etc., aumentam as possibilidades no interior do sistema

<sup>45</sup> Cf. Luhmann, 1981: 25 ss.

<sup>46</sup> Offe, 1986: 104. Offe (*ibidem*) acrescenta ainda sobre os sistemas desse tipo: “Eles abrem todas as opções, mas, ao mesmo tempo, fecham para todos os horizontes temporais relevantes a opção de se poder prescindir deles algum dia.”



existente, elevando assim também o nível de contingência durante a viagem. Do ponto de vista da teoria da ação, essa situação ilustrativa implica, em parte, rigidez, ou seja, baixa mobilidade ou liberdade de escolha. Numa perspectiva sistêmico-teórica, no entanto, ela significa, claramente, um elevado grau de insegurança, flexibilidade desordenada e abertura negativa para o futuro: falta estruturação adequada da complexidade.

Nessa constelação, os problemas da modernidade periférica estão sujeitos a uma leitura no âmbito da dicotomia “redundância/variedade”, tal como formulada por Henri Atlan<sup>47</sup>. Ao se considerar a afirmação de que a “complexidade desestruturada seria complexidade entrópica, um desagregar em direção ao desconexo”<sup>48</sup>, poder-se-ia complementar, conforme o esquema de Atlan, que as sociedades periféricas se ressentem de falta de redundância. Assim, a entropia, na qualidade de informação faltante (“*incertitude probabiliste*”)<sup>49</sup>, não é reduzida suficientemente<sup>50</sup>. Entre redundância e variedade existe, então, um acentuado desnível, que conduz à crescente insegurança. Aumento de variedade exige aumento de redundância: o equilíbrio é condição da autonomia<sup>51</sup>. Nos sistemas sociais das sociedades periféricas, o desnível “(alta) variedade/(baixa) redundância” provoca fortes efeitos heteronormizantes, o que resulta em flexibilidade desorganizada e abertura negativa para o futuro. Não se trata aqui, claro, de “redundância estrutural inicial”, mas de “redundância funcional”, que garante “fiabilidade” como “conectividade” dos elementos sistêmicos<sup>52</sup>. No

<sup>47</sup> Cf. Atlan, 1979.

<sup>48</sup> Luhmann, 1987b: 383.

<sup>49</sup> Cf. Atlan, 1979: 33 ss., 74-5.

<sup>50</sup> Segundo Atlan, H (“informação que nos falta”) relaciona-se inversamente com R (redundância); cf. Atlan, 1979: 48, 50-1, 76-7, 79.

<sup>51</sup> Cf. Atlan, 1979: espec. 43.

<sup>52</sup> “[...] a redundância inicial seria uma redundância de módulos, simples repetição de elementos estruturais, enquanto a fiabilidade seria uma redundância de fun-

âmbito do dualismo de Atlan, “cristal/fumaça” (“*cristal/fumée*”), os sistemas sociais na modernidade periférica, por carência de redundância funcional, tendem à complexidade entrópica, ou seja, à “fumaça”<sup>53</sup>. Retomarei esse tema em relação ao sistema jurídico.

## 2. ASSIMETRIZAÇÃO EXTERNA DO SISTEMA JURÍDICO NO PLANO DA ORIENTAÇÃO NORMATIVA

### 2.1. Delimitação semântica

Os problemas de “heterogeneidade estrutural” ou de insuficiente desempenho seletivo e autonomia do sistema funcional manifestam-se no domínio do direito por meio de sua *assimetriação externa no plano da orientação normativa*. Aqui recorro à concepção de assimetria sistêmica de Luhmann. Mas, como em sua obra a palavra “assimetria” é empregada em diferentes contextos e com distintas implicações de significado<sup>54</sup>, convém aqui, em primeiro lugar, efetuar uma especificação semântica e hermenêutica, a fim de evitar um eventual equívoco. Visa-se, particularmente, à distinção entre relações simétricas e assimétricas, a qual é relevante para a positividade (como autodeterminação) do direito.

Para Luhmann, processos autopoieticos são “necessariamente simétricos”<sup>55</sup>, no sentido de que não há hierarquia na reprodução

ções” (Atlan, 1979: 52). Em outra passagem (129), Atlan fala de “conectividade”; a respeito, cf. também Luhmann, 1986b: 35, nota 61.

<sup>53</sup> “A morte por rigidez, a do cristal, do mineral, e a morte por decomposição, a da fumaça”, assim se refere Atlan (1979: 281) aos dois casos extremos da relação “redundância/variedade”. Observe-se que Atlan sugere aqui uma transferência “analogica e diferenciadora” (1979: 7) de sua construção fundamentalmente biológica à organização psíquica e social (131 ss.) e à ética (233 ss.). Eu também pretendo aqui uma aplicação “analogica e diferenciadora” (sem biologismo!) do esquema “redundância/variedade” aos sistemas sociais, mas de modo algum no sentido da transferência de Atlan.

<sup>54</sup> “Existem muitas possibilidades de assimetriação e, correspondentemente, diversos tipos de semântica que lhe conferem garantia e capacidade de conexão” (Luhmann, 1987b: 632).

<sup>55</sup> Luhmann, 1983b: 140.



operativa elementar do respectivo sistema. Assimetria como negação da autopoiese ( $\rightarrow$  alopoiese<sup>56</sup>) significa, portanto, ou a hierarquização operativa entre elementos sistêmicos (assimetria interna), ou a submissão de um sistema a outro (assimetria externa). Para o direito, simetria significa a exclusão de hierarquias normativas<sup>57</sup>, seja no interior do sistema ou perante determinações externas ao sistema (por exemplo, representações jusnaturalistas). Do ponto de vista cognitivo, no entanto, o direito positivo necessita construir relações assimétricas com seu ambiente, quer dizer, articular disposição para aprendizagem<sup>58</sup>. Nesse sentido, ele forma um sistema, ao mesmo tempo, cognitivamente assimétrico e normativamente simétrico<sup>59</sup>.

Para Luhmann, porém, assimetrias *internas* também têm de ser introduzidas no direito positivo por orientação normativa, uma vez que a Constituição “interrompe o círculo da autorreferência”, ou seja, ela tem de “transformar simetria em assimetria” e com isso constitui “uma hierarquia de fontes do direito (possibilitadas no interior do sistema jurídico)” e ordena “ao mesmo tempo [...] a autodescrição do sistema jurídico”<sup>60</sup>. A esse respeito, a po-

<sup>56</sup> “A assimetria não é tratada como momento da autopoiese, mas como alopoieticamente dada” (Luhmann, 1987b: 631).

<sup>57</sup> Luhmann, 1983b: 140-1. Em outra passagem, porém, trata-se de hierarquia simétrica (cf. Luhmann, 1987a: 359).

<sup>58</sup> Luhmann, 1983b: 141-2.

<sup>59</sup> Luhmann, 1984b: 111. Segundo a abordagem de Luhmann, isso é expressão, no âmbito do direito, da qualidade de todos os sistemas sociais modernos: ser simétrico em sua reprodução operativa e, ao mesmo tempo, assimétrico em sua referência informativa ao ambiente (cf., por exemplo, 1987b: 65 e 262). Em relação à reprodução operativa dos elementos sistêmicos, trata-se aqui exatamente de uma aplicação dos conceitos lógicos de simetria e assimetria de relações: se aRb, então bRa (simetria); se aRb, então não bRa (assimetria). A respeito, cf., entre outros, Kondakow, 1983: 448; Fuchs *et al.* (orgs.), 1975: 559.

<sup>60</sup> Luhmann, 1990b: 190; cf. também 19810: 254-5. A propósito, trata-se aqui de “hierarquias entrelaçadas” [“tangled hierarchies”]; cf. *supra* pp. 68-9, 80-1.

sitividade (como autodeterminação) do direito exige não apenas assimetrias do ponto de vista cognitivo, mas também assimetrias normativas *internas*. Assim, rompimentos heteronomizantes da circularidade ou da reprodução autopoietica do sistema jurídico ocorrem somente mediante sua *assimetriação externa no plano da orientação normativa*<sup>61</sup>. Esse será o tema tratado nesta oportunidade. A seguir, serão considerados dois casos típicos.

## 2.2. Assimetriação normativa externa do sistema jurídico imediatamente no momento da legiferação

Em um dos casos, embora pertença às características distintas do direito ser alterável por decisão<sup>62</sup>, a carência de autonomia sistêmica manifesta-se imediatamente no momento da legiferação, por meio da qual, em desacordo com o modelo luhmanniano de diferenciação entre legislação e jurisdição, é legalizada a “captura do direito por grupos de interesse socialmente poderosos”<sup>63</sup>. Trata-se aqui das típicas situações do totalitarismo e do autoritarismo como experiências da hipercomplexa sociedade moderna. As assimetrias manifestam-se, então, em rupturas diretas da autopoiese do sistema jurídico mediante a política, o que pressupõe Constituições instrumentalistas (ver *supra* pp. 93 ss.). Poder-se-ia, ao que parece, afirmar que se trata de uma hiperpositividade, uma vez que não há limites jurídicos para o estabelecimento/alteração

<sup>61</sup> Sobre as outras implicações semânticas de “assimetria” em Luhmann, cf., por exemplo, Luhmann, 1981p: 167 ss.; 1986b: 28, 30; 1987b: 107, 176, 227, 631-4. Com um significado especialmente importante para a teoria dos sistemas, Luhmann (1975a: 210) emprega a palavra “assimetria” para indicar o desnível entre complexidade do sistema e complexidade do ambiente.

<sup>62</sup> A falta de decidibilidade/alterabilidade é característica de sociedades pré-modernas, ou seja, do direito arcaico e do direito das civilizações pré-modernas (cf. *supra* Cap. I.3.2), ainda que na sociedade mundial atual fenômenos do tradicionalismo possam contribuir para que isso ocorra.

<sup>63</sup> Luhmann, 1990a: 9, em sentido oposto à jurisprudência dos interesses.



do direito. No entanto, por outro lado, cabe observar que a subordinação do direito aos interesses dos “donos do poder” implica a sua rigidez.

### 2.3. Assimetria normativa externa do sistema jurídico no decorrer do processo de concretização

Pode-se diferenciar esse caso daquelas situações nas quais o sistema jurídico, *no processo de concretização, é assimetrizado por injunções externas e no plano da orientação normativa*: embora no nível “abstrato” da legiferação o sistema jurídico apresente o traço da positividade (decidibilidade/alterabilidade e autodeterminação), as normas “positivadas” falham no curso da concretização jurídica em sua função de generalização congruente de expectativas de comportamento e como meio de regulação de conduta. Pretendo a seguir entrar especificamente nessa questão.

A diferenciação do procedimento legiferante, tanto perante o procedimento de execução jurídica quanto perante o comportamento de observância do direito, é uma das conquistas das ordens jurídicas positivas<sup>64</sup>. Quando, no entanto, existe um alto grau de discrepância entre legiferação e execução/observância jurídica<sup>65</sup> como dimensões internamente diferenciadas do sistema jurídico, de modo que faltem correlações que sirvam de orientação, po-

<sup>64</sup> Poder-se-ia afirmar: enquanto a diferença entre execução e observância remete à passagem do direito arcaico para o direito das civilizações pré-modernas, a mencionada diferenciação do procedimento legiferante é característica do direito moderno (positivo). Luhmann (1987a: 234-42; 1981b: 133 ss.; 1990a: espec. 4-5, 11-2) destaca, por seu lado, a separação entre legiferação e aplicação jurídica, ou entre legislação e jurisdição, como característica do direito positivo.

<sup>65</sup> “Com o termo ‘observância’ pretendemos designar quando e até quando se age conforme normas. Com ‘execução’/‘imposição’ pretendemos designar quando e até quando a ação contrária a normas provoca atividades especiais que servem à manutenção do direito ou ao restabelecimento de estados de conformidade jurídica” (Luhmann, 1987a: 267). Cf. também Garrn, 1969: 168-9; Noll, 1972: 259.

de-se falar de assimetrias na positivização do direito. Nesse caso, não somente as “normas primárias” são atingidas, mas também as respectivas “normas secundárias”<sup>66</sup>. As atividades legiferantes não são, portanto, reconhecidas nem no comportamento de observância nem nas atividades de execução jurídica. A capacidade legiferante do sistema e sua autodeterminação conforme as normas postas poderiam, de fato, conduzir a uma representação equivocada de sua positividade; mas a capacidade de execução e observância em relação a essas normas desaponta o observador.

Como os termos “execução” e “observância” adquirem aqui um significado estrito, apresento nesse ponto dois outros conceitos: “aplicação do direito” e “uso do direito”. Da mesma forma que ocorre na execução, a aplicação do direito exige, em ordens jurídicas positivas, o agir de um terceiro competente perante os destinatários da norma. No entanto, a execução consiste, especificamente, em ações impositivas de fato. A aplicação do direito, por seu lado, pode ser conceituada como a fixação concreta do significado de um texto normativo positivo em relação a um caso determinado<sup>67</sup>, o que inclui a produção das respectivas “norma jurídica” e

<sup>66</sup> Sobre esse par de conceitos, ver, por exemplo, Geiger, 1970: 144 ss. No mesmo sentido, Cossio (1964: espec. 661-2) emprega, respectivamente, as expressões “endonorma” e “perinorma”, para destacar que se trata de dois membros disjuntivamente vinculados de uma única norma. Kelsen falava, inversamente, de norma secundária (referente à observância) e norma primária (norma sancionadora), em virtude da superestimação do significado jurídico da sanção (cf. Kelsen, 1966: 51-2; 1946: 60-1; 1980: 52, 124-7). No plano lógico, Vilanova (1977: 64-5, 90) rejeita, com razão, a inversão conceitual e mantém os adjetivos “primário” e “secundário” em seu sentido usual.

<sup>67</sup> “Aplicação normativa é a determinação de uma norma concreta sob a orientação de normas abstratas. [...] Na qualidade de determinação normativa concretizante, a aplicação normativa deve ser distinguida da imposição da norma concretizada no processo da execução coativa” (Garrn, 1969: 166-7). Em Kelsen, a “aplicação” inclui a atividade de execução (imposição da sanção) (cf., por exemplo, Kelsen, 1960: 11, 240; ver criticamente a respeito Garrn, 1969: 169).



“norma de decisão”<sup>68</sup>. Embora aplicação e execução do direito sejam vinculadas, existem, porém, atividades de aplicação jurídica que não se relacionam com execução do direito em sentido estrito, como no caso da jurisdição voluntária. A diferenciação interna entre execução e aplicação (polícia e outros órgãos de execução *versus* tribunais), como característica do direito moderno, conduz ao surgimento de discrepâncias também entre esses dois momentos da concretização do direito, as quais intensificam ainda mais o problema da assimetria. Uma vez que a “norma individual” (do órgão aplicador do direito) constitui “uma mera possibilidade”, não é de se excluir que nem a parte condenada nem os órgãos competentes para a execução se comportem conforme o seu conteúdo<sup>69</sup>. A consonância entre aplicação do direito e legiferação não é suficiente, portanto, para a existência da positivação simétrica: a incapacidade de observância ou da execução é, nesse caso, uma possibilidade que não se deve desconsiderar.

Outra distinção relevante é aquela entre observância e uso do direito. A observância refere-se às “regras de conduta”, isto é, às obrigações e proibições, o uso refere-se às ofertas de regulamentação<sup>70</sup>. Se as condições (“infraestrutura”) para o uso das ofertas de regulamentação legalmente postas não estiverem presentes, pode-se, então, também falar de assimetria na positivação jurídica, embora nesse caso não se trate de observância/não observância das normas jurídicas<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> A respeito, cf. Müller, 1984: 263 ss. Aqui é de observar que a Teoria Pura do Direito já acentuava a relatividade dos conceitos de aplicação e criação do direito (cf., por exemplo, Kelsen, 1960: 240; 1946: 132-3; a propósito, ver Kramer, 1972: 247 ss.).

<sup>69</sup> Kramer, 1972: 255.

<sup>70</sup> Blankenburg, 1977: 36-7. Bulygin (1965: 45 ss.) propõe uma distinção totalmente diferente entre “observância e uso de normas”, segundo a qual a “aplicação” seria classificada como um caso típico de “uso”, a saber, “definida como uso de normas para a fundamentação de decisões jurídicas” (40).

<sup>71</sup> Blankenburg, 1977: 37. Não se trata, então, de observância, desvio e violação, mas de uso, desuso e abuso (Friedman, 1972: 207-8).

Considerando-se que os conceitos de observância, execução, aplicação e uso referem-se a diferentes situações, será aqui empregado como conceito genérico o termo concretização. Nesse sentido, a assimetriação do sistema jurídico corresponde àquelas situações nas quais o conteúdo dos textos normativos (abstratos) legalmente postos é rejeitado ou desconhecido/desconsiderado nas interações concretas dos cidadãos, grupos, órgãos estatais, organizações etc., de modo que a noção de concretização se torna ilusória. Quando não é bloqueado no nível da aplicação jurídica, o processo de concretização é bloqueado no nível da observância/execução ou do uso do direito<sup>72</sup>.

Embora o conceito aqui considerado da assimetriação do sistema jurídico que surge no procedimento de concretização não corresponda ao conceito da ineficácia ou inefetividade das normas jurídicas, ambos os problemas se relacionam estreitamente. Em primeiro lugar, porém, tem-se de recusar uma redução do conceito de eficácia a uma “disposição para aplicação” ou “capacidade de julgar”<sup>73</sup>, uma vez que a decisão aplicadora nem sempre é mantida (executada ou observada). Por outro lado, não se compreende aqui por “eficácia” a observância “autônoma” das normas, como se “a efetividade da norma jurídica tivesse de ser discutida sob o pressuposto de sua possível ‘retidão’”<sup>74</sup>. Também não se pode per-

<sup>72</sup> Emprego o termo “concretização” num sentido mais amplo que Müller, para o qual o “procedimento de concretização” limita-se à produção da “norma jurídica” e da “norma de decisão” (cf. Müller, 1984: 263). É de observar aqui que, segundo Müller (269), também a *norma jurídica* “só é produzida em cada caso”. Por outro lado, cabe destacar mais uma vez que o processo de concretização não deve ser, de maneira nenhuma, voltado para “a ilusão da plena correspondência entre o abstrato e o concreto”, mas sim ser solucionado como problema “mediante um tipo de não identidade integrada do abstrato e do concreto” (Luhmann, 1974: 52).

<sup>73</sup> Bulygin, 1965: 53 ss.

<sup>74</sup> Como afirma Ryffel, 1972: 228. Cf. também Ryffel, 1974: 251-8. Para uma posição crítica sobre essa questão, ver Blankenburg, 1977: 33-4.



mitir a superestimação da observância<sup>75</sup> ou a acentuação da “eficácia regulativa”<sup>76</sup>, na medida em que, destarte, fica suprimido o significado da eficácia através de execução. A eficácia abrange tanto a observância quanto a execução<sup>77</sup>. Logo, a norma só se torna ineficaz se nenhuma de ambas as alternativas disjuntivas se realizar, ou seja, no caso de falharem a “norma primária” e a correspondente “norma secundária”<sup>78</sup>. A diferença entre eficácia e efetividade – o que equivale dizer, a diferença entre a simples conformidade do comportamento ao conteúdo (alternativo) da norma e a obtenção de seus fins<sup>79</sup> – não é relevante para a concepção de assimetização do sistema jurídico no processo de concretização. Essa dicotomia se expressa em Blankenburg mediante a distinção entre vigência e eficácia: o cumprimento dos preceitos condicionais de uma lei implica a sua vigência; a realização de suas determina-

<sup>75</sup> Cf. Garrn, 1969: 169-70. Equívoca é, porém, a posição de Garrn, o qual, em contradição com sua afirmação de que “uma norma é eficaz quando é observada ou executada” (168), escreve: “Ela só pode revelar-se como eficaz por ser observada” (169), de tal modo que sua execução implica exclusivamente a eficácia (observância) da respectiva “norma secundária” (“norma de execução”) (169-70). É verdade que “observância” e “execução” são conceitos relativos, uma vez que a execução de uma “norma primária”, por meio de sua correspondente “norma de execução”, constitui a observância desta última; porém, deve-se acrescentar: na perspectiva de sua observância/inobservância, a última não representa mais “norma de execução” ou “norma secundária”, mas sim uma “norma primária”, à qual, por sua vez, corresponde uma “norma secundária”. Desse modo, ambas as afirmações citadas de Garrn são inconciliáveis e, por isso, equívocas.

<sup>76</sup> Cf. Kramer, 1972: 254 ss.

<sup>77</sup> Cf. Geiger, 1970: 70.

<sup>78</sup> Com tal formulação, não se desconhece que “uma norma que, relativamente aos destinatários normativos primários, não é mais regulativamente eficaz, mas sim apenas repressivamente, a longo prazo cairá de todo – também repressivamente – em *desuetudo*” (Kramer, 1972: 256).

<sup>79</sup> Capella, 1968: 105; Jeammaud, 1983: 53-4 (ambos com inversão dos termos). Noll (1972: 261) denomina esta última “eficácia social”. Em relação aos fins das normas jurídicas, Glasyrin *et al.* (1982: 49-52) distinguem efetividade, inefetividade e antiefetividade de sua atuação.

ções referentes a fins envolve a sua eficácia<sup>80</sup>. Ainda que essa distinção faça sentido, ela permanece no plano referente em que se desenrola o comportamento (ação).

Pretendo expor aqui uma distinção bem diferente entre vigência e eficácia. Considerando-se que tanto a regulação da conduta como a asseguuração das expectativas constituem funções do sistema jurídico<sup>81</sup>, pode-se afirmar que a eficácia se refere à primeira, a vigência à segunda<sup>82</sup>. Embora “eficácia” represente um conceito gradual, mensurável (cotas de observância e execução)<sup>83</sup>, a vigência não pode, por isso, ser medida através de um cálculo de vinculatoriedade com base na cota de eficácia<sup>84</sup>. Apesar de sua relatividade, a vigência do direito<sup>85</sup> é um problema que se encontra, primordialmente, no plano do vivenciar, ao contrário da questão da eficácia, que se manifesta no plano do agir<sup>86</sup>. O fato de que a vigência não pode ser reduzida a uma função da cota de eficácia não exclui que essa cota condicione a vigência das normas jurídicas e vice-versa; pois “nenhum vivenciar é acessível sem o agir, nenhum agir é compreensível sem consideração do vivenciar do

<sup>80</sup> Blankenburg, 1977: 38 ss.

<sup>81</sup> A respeito ver Luhmann, 1981d, em que se trata especialmente da tensão entre essas duas funções.

<sup>82</sup> Aqui se trata claramente de “vigência” no sentido da perspectiva de observação externa da sociologia jurídica, e não de “vigência” no sentido da perspectiva de auto-observação da teoria do direito ou da dogmática jurídica (a propósito, cf., por exemplo, Hart, 1961: 99 ss.; Kelsen, 1960: 9 ss., 196 ss.), ou da perspectiva axiológica da filosofia (a respeito, cf., por exemplo, Radbruch, 1973: 174 ss.). Mas as expressões “vigência fática” *versus* “vigência normativa” (Garrn, 1969: 171-2; Noll, 1972: 259-60; cf. também a distinção de Schreiber, 1966: 58-68, entre vigência fática, constitucional e ideal) são equivocadas, porque, no sentido jurídico-sociológico, “vigência” refere-se a expectativas normativas (ver *supra* nota 38 do Cap. II).

<sup>83</sup> Cf. Carbonnier, 1976: 99-111; Geiger, 1970: 71, 228 ss.

<sup>84</sup> Em sentido contrário, cf. Geiger, 1970: 71-2, 209-10; acompanhando-o, Teubner, 1989: 112.

<sup>85</sup> Cf. Weber, 1985: 17.

<sup>86</sup> Sobre essa diferença, ver Luhmann, 1981m; Kiss, 1986: 12-5.



agente”<sup>87</sup>. As capacidades do sistema jurídico de regular condutas e de assegurar expectativas encontram-se em relação recíproca. A “questão dos desenrolamentos comportamentais” e a questão da orientação pelas expectativas de comportamento pressupõem-se e complementam-se mutuamente numa teoria do comportamento normativo<sup>88</sup>. Não se pode, porém, deixar de considerar: a cota de eficácia de uma norma pode cair fortemente, sem que sua vigência seja significativamente atingida; de modo inverso, a capacidade do direito de assegurar expectativas pode enfraquecer, sem que sua função de regulação da conduta seja abalada. “Pode até mesmo ocorrer”, acrescenta Luhmann, “que uma política jurídica, concentrada demasiadamente em assegurar efeitos, destrua a segurança de expectativa – e, do mesmo modo, pode ocorrer o inverso”<sup>89</sup>. Embora seja verdade que a combinação dessas duas funções seja atribuída às normas jurídicas<sup>90</sup>, isso se torna problemático na sociedade moderna<sup>91</sup>, na medida em que se intensifica a diferença entre agir e vivenciar.

Uma vez que a função primária do direito “não (se assenta) na obtenção de determinado comportamento, mas no fortalecimento de determinadas expectativas”<sup>92</sup>, a assimetria do sistema jurídico no processo de concretização é, primordialmente, um problema da falta de vigência do direito, quer dizer, da incapacidade do direito “positivo” de assegurar ou orientar expectativas normativas, embora a questão da eficácia seja aqui relevante. No plano da legislação, aparenta-se a positividade (decidibilida-

de/alterabilidade e autodeterminação); no plano da concretização, o direito legislado fracassa em sua função de generalização congruente de expectativas de comportamento.

Da eficácia e vigência das normas jurídicas distinguem-se seus efeitos indiretos, “que são medidos pelas conexões, teoricamente postuladas, com outros processos sociais”<sup>93</sup>. Do ponto de vista sistêmico-teórico se poderia dizer que se trata aqui, em primeira linha, de *prestações* do sistema jurídico perante os outros sistemas sociais. À questão dos efeitos pertencem, por exemplo, os problemas da utilidade e economicidade das normas jurídicas<sup>94</sup>. Especialmente importante para o conceito de assimetria da positividade é a concepção dos efeitos simbólicos ou latentes das normas jurídicas (ver Cap. II.3.3), que será tratada novamente adiante (seção 3.2.4 deste capítulo).

No presente estudo não se trata simplesmente do problema da assimetria do sistema jurídico em relação a normas, dispositivos ou ramos jurídicos específicos, mas sim da concretização insuficiente da “Constituição” como instância reflexiva fundamental no sistema jurídico (ver *supra* Cap. II.2) e seu “subsistema” mais abrangente nas dimensões material, social e temporal, de modo que a positividade do conjunto do sistema jurídico é questionada<sup>95</sup>.

#### 2.4. Resumo intermediário

A assimetria externa do sistema jurídico no plano da orientação normativa torna-se evidente diretamente no momento

<sup>87</sup> Luhmann, 1981n: 85.

<sup>88</sup> Blankenburg, 1977: 35.

<sup>89</sup> Luhmann, 1981d: 74.

<sup>90</sup> Luhmann, 1981d: 74.

<sup>91</sup> Luhmann, 1981d: 90.

<sup>92</sup> Luhmann, 1981b: 118.

<sup>93</sup> Blankenburg, 1977: 41.

<sup>94</sup> A respeito, ver Glasyn *et al.*, 1982: 52-60.

<sup>95</sup> Exatamente por isso, não se pode tratar ou solucionar adequadamente o problema conforme o esquema fim/meio das pesquisas sobre implementação (a respeito, ver Mayntz, 1983; 1988); cf. também *supra* p. 83. Para uma reinterpretação sistêmico-teórica da problemática da implementação em relação à política e ao direito, ver Luhmann, 1981p: 166 ss.



da legiferação ou no decorrer do processo de concretização. No âmbito constitucional, ela conduz ao instrumentalismo constitucional (autocracia) ou ao nominalismo constitucional (democracia aparente); ambas as situações, portanto, implicam desdiferenciação ou hererodeterminação do sistema jurídico. Ao dirigir-se a atenção para os países periféricos, pode-se compreender claramente como, em relação à legislação constitucional ou à concretização constitucional, essas formas de assimetrias conduzem ao questionamento da positividade (como autodeterminação) de todo o sistema jurídico.

### 3. O SIGNIFICADO DA CONSTITUIÇÃO PARA A MODERNIDADE PERIFÉRICA

Todas as reflexões conceituais anteriores conduzem a esta seção, na qual é formulada, como hipótese, uma concepção teórica dos sistemas constitucionais periféricos. Realizo uma revisão dessa construção teórica mediante uma apresentação do desenvolvimento constitucional do Brasil na segunda parte deste estudo.

#### 3.1. Assimetrização externa do sistema jurídico no plano constitucional. Entre nominalismo constitucional e instrumentalismo constitucional

No que se refere aos países periféricos, a assimetrização do sistema jurídico no plano da orientação normativa compromete o agir jurídico (a eficácia) e o vivenciar jurídico (a vigência), não somente em relação a determinadas normas e institutos juridicamente estabelecidos, mas também no que diz respeito ao sistema jurídico como um todo. A situação ganha, então, um significado relevante no plano constitucional, no qual ela aparece, de modo mais específico, respectivamente, como nominalismo e instrumentalismo constitucional (ver *supra* Cap. II.4). Nesse contexto, as assimetrias existentes em outros ramos jurídicos constituem, ao mesmo

tempo, situações condicionadas e fatores condicionantes, respectivamente, do nominalismo constitucional (assimetriação no decorrer do processo de concretização) e do instrumentalismo constitucional (assimetriação no âmbito do processo de legiferação). Em outras palavras: o fato de a *Constituição* falhar (nominalismo) ou faltar (instrumentalismo) como instância reflexiva no interior do sistema jurídico (ver *supra* Cap. II.2) é, em outros ramos do direito, condição negativa de vigência e eficácia do direito posto; por seu turno, como *feedback*, a incapacidade do “direito infraconstitucional” de assegurar expectativas e regular condutas impede a orientação do vivenciar e agir jurídicos de acordo com o modelo constitucional. Não me concentro aqui no problema constitucional apenas por uma necessidade de delimitação metodológica do campo de pesquisa, mas sobretudo porque tal problema, a meu ver, destaca-se no centro da questão da assimetrização externa do sistema jurídico nas sociedades periféricas.

A origem das “Constituições” nos países periféricos resultou da descolonização formal. A nova situação não conduzia, absolutamente, à “independência ou soberania nacional” no sentido dos Estados centrais. Caso se queira atribuir a essas expressões um significado dotado de sentido, então elas devem indicar que a política, como sistema territorialmente delimitado, reproduz-se de maneira autopoietica no interior da respectiva “sociedade” parcial<sup>96</sup>. Essa situação ocorre em duas possibilidades: 1) a circulação do poder entre administração (em sentido amplo), política (em sentido estrito) e público<sup>97</sup> não é bloqueada estruturalmente nem pela economia (mundial) nem por outros sistemas políticos (de-

<sup>96</sup> Nesse sentido, cf. Luhmann; Schorr, 1988: 46. Sobre o conceito de soberania no âmbito do conceito de Constituição e suas implicações tautológico-paradoxais, ver Luhmann, 1990b: 194 ss.

<sup>97</sup> A respeito ver Luhmann, 1981e: espec. 164; 1981l: 43 ss.



mocracias); 2) a desdiferenciação política da “sociedade regional” mediante totalitarismo implica a superioridade do sistema político no âmbito doméstico e sua *autonomia* perante os fatores externos<sup>98</sup>. No primeiro caso, existe também a positividade do direito no sentido luhmanniano (autodeterminação) ou o Estado de direito; para o segundo, é característica a assimetria do sistema jurídico mediante a própria produção do direito e, portanto, a falta de positividade (como autodeterminação) do direito<sup>99</sup>. Em ambas as situações, no entanto, revela-se a autonomia do sistema político “nacional”, seja de forma adequada ou inadequada para a complexidade da sociedade mundial.

Na “constitucionalização” dos países periféricos, ao contrário, esvaece a “independência nacional” como reprodução autopoietica do sistema político no interior da respectiva “sociedade regional”, porque a posição e a função subordinadas desta na sociedade mundial e, correspondentemente, a falta de pressupostos internos impedem que tal “independência” tenha um significado prático. O “constitucionalismo” é diretamente afetado por essa situação, seja porque o modelo constitucional “democrático” válido nos países centrais é copiado, sem que existam as condições para sua realização (nominalismo constitucional), seja porque regimes *autoritários* (desdiferenciação política especificamente do direito), em benefício da integração periférica, levam ao instrumentalismo constitucional<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> Mais especificamente, pode-se caracterizar como típico para sociedades tradicionais, diferenciadas segundo o princípio da estratificação, a política se encontrar no topo como o único sistema autorreferencial da sociedade (Luhmann, 1981e: 159-60; 1987a: 166 ss.). Mas não se exclui o retorno dessa situação nas sociedades modernas supercomplexas mediante o irromper de autocracias *totalitárias*, as quais, é claro, em virtude de seus efeitos desdiferenciadores, são inadequadas para a complexidade da sociedade.

<sup>99</sup> Em relação a essa caracterização, Luhmann (1984c: 193-6) distingue sistemas ideologicamente integrados de Estados de direito.

<sup>100</sup> Este é o modelo típico. Em pretensas tentativas de desperiferização, porém, alguns países do “terceiro mundo”, fundamentados em tradicionalismos, *tendem* ao

A alternância entre Constituições nominalista e instrumentalista caracteriza a modernização periférica. A seguir, em primeiro lugar, tratarei mais especificamente da questão das assimetrias do sistema jurídico no decorrer da concretização constitucional (nominalismo constitucional) (3.2). Depois, o objeto de consideração será a imposição do instrumentalismo constitucional (assimetrias do sistema jurídico no âmbito da legislação constitucional) (3.3). Por fim, será abordada a relação recíproca entre ambas as alternativas (3.4).

### 3.2. O nominalismo constitucional: implicações para o sistema jurídico

#### 3.2.1. Importação de modelos constitucionais *versus* realidade constitucional dos países periféricos

A cópia de modelos constitucionais (liberal- ou social-)democráticos dos países centrais nas sociedades periféricas<sup>101</sup>, que representa uma das mais importantes expressões do imperialismo político, implica uma discrepância estrutural entre o texto

totalitarismo, sem que com isso sigam alterações essenciais na forma de sua integração no mercado mundial e na condição interna de “subdesenvolvimento”. Em outras situações (ultrapassadas?!), o país recorre ao bloco do Leste, para garantir sua política “dissociativa”. Poder-se-ia, então, falar de “periferia do socialismo”, o que, a meu ver, é equívoco, uma vez que se trata de uma economia mundial capitalista (cf. Senghaas, 1972b: 11-2, 15-6). Por fim, outros países, mediante reformismos desperiferizantes ou revoluções, tentam implantar, especificamente, estratégias nacionais para a superação do “subdesenvolvimento”, as quais, porém, estão fadadas ao fracasso na medida em que a ideologização da dissociação ou o boicote internacional impõem-se em sentido contrário. Não se deve considerar apenas que estratégias dissociativas não conduzem obrigatoriamente à desperiferização (cf. Elsenhans, 1979: 103); também se deve observar que desperiferização não está direta e necessariamente relacionada a “desenvolvimento” (cf. Cardoso; Faletto, 1984: 27): a primeira é simplesmente uma condição decisiva e *negativa* do segundo. Mas me limitarei ao nominalismo e ao instrumentalismo constitucionais no âmbito dos casos típicos de inserção periférica do país na sociedade mundial: democracias aparentes ou autoritarismo no contexto da integração subordinada no mercado mundial.

<sup>101</sup> Cf. Galtung, 1972: 57.



constitucional posto e o vivenciar/agir jurídico da população<sup>102</sup>. Tradicionalmente, fala-se de contradição entre dever-ser constitucional e ser social, normas constitucionais (direito) e realidade constitucional (cf. *supra* pp. 73-5). Uma vez que a tais dicotomizações subjaz a suposição de que o dever-ser ou as normas constituem idealidades, elas são incompatíveis com o presente estudo (cf. *supra* pp. 23-5, 65-6). Trata-se, neste trabalho, da concretização deformante ou insuficiente do texto constitucional posto (ver *supra* Cap. II.3), mais exatamente, de sua incapacidade de atuar regulando condutas e assegurando expectativas (problemas de sua aplicação, execução, observância e uso). Caso se quisesse manter o esquema “direito constitucional *versus* realidade constitucional”, então, no presente contexto, tal esquema referir-se-ia à desconexão entre *sistema* constitucional (o direito constitucional vigente como complexo das expectativas normativas de comportamento filtradas pela atividade constituinte e pela concretização constitucional e das comunicações que subjazem a essas expectativas e que são desenvolvidas diretamente com base nelas) e *ambiente* constitucional (realidade constitucional como totalidade de expectativas e comportamentos que se referem ao direito constitucional a partir de outras codificações sistêmicas específicas ou do “mundo da vida”). Sob essa perspectiva, pode-se distinguir a “rea-

<sup>102</sup> Nessa constelação, pode-se contestar a tese defendida por Watson (1977) do transplante de normas ou institutos jurídicos em contextos sociais muito diversos (“A conexão de uma regra jurídica com um ambiente específico qualquer é menos íntima do que se pode supor. É uma característica da regra legal ser feita para caber em circunstâncias muito diferentes, tanto em vários Estados quanto também dentro de um Estado” – 1977: 111). Segundo Luhmann, deve-se, pelo menos, também em relação à “cópia de textos constitucionais famosos, comprovados em outros lugares, ou – instituições” (1990b: 212-3), “distinguir, nessa questão, entre direito constitucional e outro tipo de direito” (213, nota 90). Mas, por seu turno, em relação à autonomização do direito, não se desconhece aqui “que grande parte do direito não está de acordo com as necessidades e os desejos da sociedade em que atua” (Watson, 1977: 111).

lidade constitucional que cumpre a Constituição” da “realidade constitucional que mina a Constituição” e da “realidade constitucional violadora da Constituição”<sup>103</sup>. O primeiro tipo corresponde às Constituições normativas das sociedades centrais; os outros dois são característicos do nominalismo constitucional dos Estados periféricos. Na realidade constitucional “que mina a Constituição”, trata-se de danos indiretos ao direito constitucional (evasão constitucional), enquanto a realidade constitucional “violadora da Constituição” implica ofensas diretas e regulares contra os preceitos constitucionais<sup>104</sup>, o que nos países periféricos é realizado “sob a proteção da ‘práxis estatal’”<sup>105</sup>. Poder-se-ia, portanto, em relação a esses dois casos, falar de desconexão entre *sistema* constitucional e *ambiente* constitucional. Mas as situações podem ser lidas como expressão da incapacidade de concretização do texto constitucional; então, trata-se da ruptura sistêmico-interna da circularidade entre legiferação constitucional e concretização constitucional. As duas leituras do problema não se excluem mutuamente; elas constituem, antes, perspectivas complementares.

Considero o esclarecimento evolucionário-linear “direito moderno numa sociedade tradicional”, no mínimo, insuficiente. Embora a existência de modelos tradicionais de comportamento também atue como resistência contra a realização do direito positivo em áreas colonizadas ou neocolonizadas, de sorte que, desse ponto de vista, pode-se falar de dualidade das ordens jurídicas<sup>106</sup>, o pro-

<sup>103</sup> Grimm, 1989: 637.

<sup>104</sup> Grimm, 1989: 637.

<sup>105</sup> Uma expressão de Grimm (1989: 637), com a qual, mediante uma complicada formulação, ele parece antes querer se referir aos casos de instrumentalismo constitucional, ou, em suas próprias palavras, àquelas situações nas quais “sob a proteção da própria ‘prática estatal’ atribui-se à realidade constitucional inconstitucional *status* de Constituição”.

<sup>106</sup> Cf., por exemplo, Heidelberg, 1968.



blema do nominalismo nos países periféricos é *uma questão da modernidade*<sup>107</sup>. A destruição dos nexos tradicionais da ação pela integração subordinada dos países periféricos no mercado mundial eleva a complexidade/contingência da sociedade e exige, por conseguinte, diferenciação funcional. Não obstante, a “heterogeneidade estrutural” e, consequentemente, a “marginalização” de amplos setores populacionais (ver *supra* pp. 109-10) são incompatíveis com o modelo da seletividade mediante diferenciação horizontal. Aquilo que, em sua pesquisa no México sobre direito privado, Volkmar Gessner constatou em relação ao acesso aos procedimentos jurídico-positivos de solução de conflitos em sua pesquisa de direito privado, a saber, que a modernidade não tem papel decisivo<sup>108</sup>, pode ser transferido para o plano constitucional da realidade jurídica dos países periféricos. Trata-se também aqui da falta “de acoplamentos suficientemente complexos entre sistema e ambiente”<sup>109</sup>. O modelo constitucional imitado não é apropriado para assegurar o comportamento previsto, na medida em que a “heterogeneidade estrutural” e a “marginalização das massas” agravam-se na modernização periférica. Direitos fundamentais,

<sup>107</sup> Cf., porém, em uma perspectiva da teoria da modernização, Krüger, 1968: espec. 9 ss., 20 ss.; a respeito, ver posição crítica de Hinz, 1971: 336-9, que se encontra, aliás, no contexto do estruturalismo político-antropológico de Georges Balandier (cf. Hinz, 1971: 352 ss.). Com base na dicotomia “tradição/modernidade”, Alvarez-Correa (1983) tentou esclarecer os obstáculos para a positividade do direito em um típico país da modernidade periférica (Colômbia); cf., com posição diversa, Benda-Beckmann, 1979, que, com base em dois julgamentos ilustrativos, um na Sumatra Ocidental (entre os Minangkabau) e outro na Holanda (338 ss.), apontou que, conforme o primeiro (real) e o segundo julgamento (construído), o direito dos Minangkabau apresenta-se como “moderno” e o direito holandês como “tradicional”. De outro ponto de vista, Trubek (1972: 16 ss.) critica o etnocentrismo e o evolucionismo dos teóricos da “modernização do direito”. Sobre “modernização” do direito como problema mundial nos últimos duzentos anos, ver Galanter, 1966.

<sup>108</sup> Gessner, 1976: 165-7 e 169.

<sup>109</sup> Assim Luhmann (1981f: 96), a respeito da pesquisa de Gessner no México.

divisão dos poderes e eleição democrática perdem significado *primariamente* não em virtude da presença de padrões tradicionais de comportamento, mas em consequência da extrema estratificação social e, em última análise, da enorme desigualdade econômica<sup>110</sup> que se desenvolve no âmbito da modernização periférica<sup>111</sup>.

Se, conforme o que foi exposto, o nominalismo constitucional for compreendido como uma típica questão da *modernidade* (periférica), impõe-se inverter a formulação de Luhmann de que a “positividade do direito é pressuposto de uma sociedade moderna”<sup>112</sup>. De fato, a positividade do direito não é compatível com a rigidez das sociedades tradicionais e, além disso, a emergência da modernidade como formação social supercomplexa e supercontingente exige, em virtude da elevada necessidade de seleção que daí resulta, a positividade do direito. Mas o “direito positivado” pode falhar em sua *função* de generalização congruente de expectativas de comportamento e em sua *prestação* na solução de conflito. Esse é o caso no nominalismo constitucional nos países periféricos (cf. *infra* Cap. V). A sociedade torna-se supercomplexa e supercontingente, em determinado aspecto em grau mais elevado do que na sociedade central (ver *supra* pp. 106 ss.), mas o direito posto e alterável falha em relação a sua finalidade de reduzir adequadamente a complexidade de seu ambiente. No sentido empregado por Atlan (cf. *supra* pp. 112-3), trata-se do fracasso do sistema jurídico em criar *redundância* suficiente e adequada perante a *variedade* de seu ambiente, o que compromete a sua auto-

<sup>110</sup> Cf. Gessner, 1976: 164-5 e 169. A respeito, ver também Luhmann, 1987b: 539-40.

<sup>111</sup> De modo semelhante, Luhmann (1990b: 212-4) considerou posteriormente essas “tendências de desenvolvimento” como problema inerente à sociedade mundial *moderna*, e não mais, como em textos anteriores (cf. Luhmann, 1983a: 65, nota 10; 1987a: 96, nota 114; 1965: 101-2), como uma expressão da simplicidade ou tradicionalidade dos “países em vias de desenvolvimento”.

<sup>112</sup> Cf. Luhmann, 1981b.



nomia. A manutenção da respectiva “sociedade parcial” periférica e sua funcionalidade para a sociedade mundial não é atingida por isso, embora surjam problemas funcional-estruturais no plano doméstico, os quais, porém, favorecem determinados grupos privilegiados e, portanto, de seu ponto de vista, também internamente não são “disfuncionais”. Conforme essas observações, o esquema evolucionário de Luhmann – “direito arcaico → direito das civilizações pré-modernas → direito positivo (que apresenta as características de decidibilidade, alterabilidade e autodeterminação) como pressuposto da sociedade moderna” (ver *supra* Cap. I.3.2) – está sujeito a uma ressalva: a modernidade periférica torna-se funcional para a sociedade mundial, sem que a correspondente positivação do direito possa realizar-se.

### 3.2.2. A relação entre subintegração e sobreintegração no sistema constitucional *versus* o princípio da não identificação da Constituição

Associadas à incorporação subordinada na sociedade mundial, a “heterogeneidade estrutural” e a “marginalização das massas” (exclusão) impedem que o modelo constitucional predominante nos países centrais se realize no interior da periferia. Por isso, pode-se falar de subintegração e sobreintegração no sistema constitucional. Os “marginalizados” tornam-se subintegrados, porque os direitos fundamentais não fazem diferença no horizonte de seu agir e vivenciar. Para os grupos subprivilegiados, os preceitos constitucionais adquirem significado quase somente por seus efeitos cerceadores da liberdade. Essa situação vale para o sistema jurídico “constitucional” em seu conjunto: as camadas sociais subalternas, “marginalizadas” em diferentes níveis e aspectos (quer dizer, a maioria da população), tornam-se integradas no sistema como devedores, réus etc., não como detentores de direitos, auto-

res no processo etc.<sup>113</sup>; embora eles sejam, de fato, dependentes do sistema, não têm acesso (no sentido positivo) a suas prestações (exclusão – cf. pp. 109-10 e Cap. V.1.3). Na esfera constitucional, no entanto, o problema da subintegração adquire uma dimensão especial, na medida em que, em relação aos membros dos estratos subalternos, as violações dos direitos fundamentais são executadas particularmente no âmbito da atividade repressiva do “aparelho estatal”. A subintegração das massas é inseparável da sobreintegração dos grupos privilegiados, os quais, sobretudo na forma de “classe estatal/burguesia estatal” ou com base nela<sup>114</sup>, executam ações que minam e violam a Constituição. Ainda que eles invoquem – em princípio, na medida em que seja de seu interesse ou para a proteção da “ordem social” – de modo regular o texto constitucional democrático, a tendência é que a Constituição não seja levada em conta quando colocar limites significativos ao espaço de possibilidades políticas e econômicas de sua ação. A Constituição não atua, então, como *horizonte* do agir e vivenciar jurídico-político dos detentores do poder, mas como uma oferta a ser usada, abusada ou desusada por eles conforme a constelação concreta de interesses.

Nesse contexto, o princípio da não identificação da Constituição (ver *supra* pp. 70-1) perde qualquer significado que possa ser levado a sério<sup>115</sup>. O texto constitucional é concretizado, desde

<sup>113</sup> A respeito, Gessner (1976: 100) constata em relação à realidade mexicana: “Perante os tribunais civis, das formas de conflitos resulta, necessariamente, que os autores pertencem às camadas mais abastadas e os réus às menos abastadas.” É claro que os processos da justiça do trabalho “sempre correm na direção contrária” (Gessner, 1976: 164). Mas o acesso à jurisdição trabalhista limita-se, basicamente, à força de trabalho organizada, não tendo o direito do trabalho significado relevante para as massas “marginalizadas” dos subempregados e dos desempregados “abertos”.

<sup>114</sup> Cf., a esse respeito, Elsenhans, 1977; 1984: 63-6, 121-4.

<sup>115</sup> Também em relação aos Estados centrais se pode questionar esse princípio, especialmente mediante a tese de que a dominação política, sob a aparência da neu-



que os interesses dos grupos privilegiados, no interior do país e no exterior, não sejam comprometidos. Constitucionalidade contra os interesses dos latifundiários, das multinacionais, da “burguesia estatal”, dos “testas de ferro” etc. seria politicamente “não recomendável”, “inadequada ao ambiente”. (Não se deve deduzir disso um esquema simples, porque, entre os sobreintegrados também ocorrem conflitos jurídicos no plano constitucional e, não raramente, são resolvidos conforme o direito. Mas se, desse modo, o *status quo* social for ameaçado, eles tendem a empregar fórmulas de reconciliação que minam ou violam a Constituição.) Reformas sociais no interior da “ordem constitucional” são caracterizadas como subversivas, na medida em que se coloquem na pauta a abolição de privilégios ou a introdução de medidas compensadoras a favor das camadas subalternas. Por trás da não identificação “formal” do texto constitucional positivado, encontra-se a *identidade* da “realidade constitucional, que mina e viola a Constituição”, com as classes e grupos privilegiados, de modo que as institucionalizações dos direitos fundamentais, da divisão dos poderes e da eleição política (ver *supra* pp. 71-3) tornam-se estruturalmente distorcidas.

A noção de “civilização das expectativas de comportamento” mediante a institucionalização da liberdade de comunicação<sup>116</sup> e, mais ainda, a ideia de igualdade perante a lei<sup>117</sup> tornam-se ilusórias quando se considera que amplos setores da população são

tralidade de classe, é exercitada como dominação de classe (Offe, 1977: 92-3). Nessa perspectiva, a questão tem, nas sociedades centrais, pressupostos e consequências diferentes do que ocorre nos países periféricos. No mínimo, cumpre observar que, na periferia, as “prestações seletivas inversas e dissimuladoras” (Offe, 1977: 92 ss.) falham em sua finalidade.

<sup>116</sup> Luhmann, 1965: 84-107.

<sup>117</sup> “O princípio da igualdade não significa que todo mundo deve ter os mesmos direitos (em tal caso tornar-se-ia inconcebível o caráter do direito como direito), mas que a ordem jurídica de uma sociedade diferenciada deve ser generalizada de acordo com determinadas exigências estruturais” (Luhmann, 1965: 165).

*socialmente obstruídos* de se integrar positivamente (quer dizer, em benefício de suas necessidades ou interesses) no sistema constitucional. Embora a complexidade social exija o livre desenvolvimento da comunicação conforme código *generalizadamente* diferenciado, a “integração subordinada” (“marginalização” ou “exclusão”) de amplos grupos populacionais não é compatível com essa exigência. *Universalismo* como conquista do Estado constitucional ou Estado de direito<sup>118</sup> torna-se, então, figura de retórica. Ao se comparar o texto constitucional com a realidade constitucional no decorrer do processo de concretização, depara-se com particularismos que minam e violam a Constituição, ou seja, com a aplicação/execução/observância/uso do direito conforme os fatores que servem de critérios à estratificação da integração (subintegração e sobreintegração).

Ao dirigirmos a atenção para a divisão dos poderes como mecanismo constitucional específico da diferenciação do direito perante a política (ver *supra* p. 72), a experiência não é diferente: atividades ilegais ou inconstitucionais permanecem juridicamente incontroláveis, uma vez que a fraqueza (falta de autonomia real perante o Executivo) ou a “cumplicidade” dos poderes Judiciário e Legislativo permitem ou promovem essas atividades. Apesar de o texto constitucional cuidar da divisão de poderes, as intervenções *imediatas* (sem filtragem conforme os critérios jurídicos) dos agentes estatais no sistema jurídico, segundo o código do poder<sup>119</sup>, per-

<sup>118</sup> Cf. Parsons, 1967: 124-5; Habermas, 1982b: 265; Luhmann, 1974: 29; 1981k: 411 s.; 1990a: 5 (aqui com ênfase na relação recíproca complementar entre universalismo e especificidade).

<sup>119</sup> Conforme a formulação de Luhmann, trata-se aqui, claramente, do primeiro código do poder, constituído segundo o esquema hierárquico “superioridade/inferioridade”, e não de sua segunda codificação, que ocorre exatamente mediante o esquema “lícito/ilícito” (Luhmann, 1986c: 199; 1988c: 34, 48 ss., 56). Do ponto de vista do sistema político, trata-se, então, da realização insuficiente de seu segundo código.



tencem à realidade do nominalismo constitucional periférico. Nesse contexto, falha a diferenciação entre política e administração como prestação constitucional perante o sistema político<sup>120</sup>. A politização da administração<sup>121</sup> impõe-se não apenas unilateralmente no âmbito dos interesses concretos dos grupos privilegiados e suas atividades bloqueadoras da autonomia da administração, mas, a meu ver, principalmente com base nas prementes necessidades da população miserável, que, evidentemente, não pode esperar<sup>122</sup>. Nesse cenário, pode-se entender por que determinadas intervenções diretas da política (em sentido estrito) na administração, as quais, segundo o documento constitucional e a legislação, seriam condenadas como “corrupção”, são *vivenciadas* como ações benéficas ou até mesmo como “obrigações”, especialmente pelas camadas subalternas, embora não pelos detentores privilegiados de poder, os quais, no entanto, sob a pressão para legitimarem-se<sup>123</sup>, tendem a considerar politicamente corretas as “prestações de auxílio” ou distribuições de vantagens jurídico-positivamente condenáveis<sup>124</sup>. Volto a tratar do caso específico do Brasil no Cap. V.2.2.2.

<sup>120</sup> Cf., a esse respeito, Luhmann, 1973b: 8 ss.

<sup>121</sup> Cf. Luhmann, 1983a: 208-9.

<sup>122</sup> “As necessidades básicas devem ser, em todo caso, satisfeitas, para que qualquer pessoa possa esperar” (Luhmann, 1983a: 198).

<sup>123</sup> A respeito, ver Elsenhans, 1977: esp. 39.

<sup>124</sup> A propósito, Luhmann (1983a: 65, nota 10) escreve, em outra perspectiva: “[...] fatos que em sociedades complexas, fortemente diferenciadas, são considerados corrupção em sentido mais amplo, em sociedades *simples*, ao contrário, correspondem à expectativa moral e são até mesmo estimulados – deve-se ajudar o próximo! Isso nos têm ensinado novas pesquisas realizadas em *países em desenvolvimento* que, nessa questão, se encontram numa *fase de transição*, com conflito institucional” (grifos meus). Entretanto, parece-me que não se trata nesse contexto de um problema de sociedades simples em “fase de transição” (de “países em desenvolvimento”). Essa situação resulta, antes, da “heterogeneidade estrutural” de sociedades modernas complexas, os países periféricos, e, do ponto de vista sistêmico-teórico, pode ser mais bem interpretada como sintoma de complexidade insuficiente ou inadequadamente estruturada.

Relacionado a esse tema, apresenta-se o problema da eleição política. O fato de o texto constitucional prescrever a *universalidade* do direito de voto, a *igualdade* do peso dos votos e o voto *secreto* (ver *supra* pp. 72-3) não é, obviamente, suficiente para garantir a indiferença perante outros papéis e interesses concretos dos eleitores (→ sua igualdade *no* procedimento eleitoral); assim, também não é suficiente para que a eleição atue como apoio descarregante para o sistema político. A realidade do procedimento eleitoral no nominalismo constitucional dos países periféricos não corresponde a esse modelo sistêmico-teórico<sup>125</sup>. Essa situação não resulta apenas das fraudes, subornos e outros delitos eleitorais que distorcem a autonomia do sistema procedimental. Além disso, não se deve desconsiderar que a miséria de grande parte do eleitorado é incompatível com a separação entre papel de eleitor e outros papéis ou interesses concretos dos “subcidadãos”. Nessas condições, formas de “ajudas” e “auxílios” dos candidatos ou dos cabos eleitorais – seja a longo prazo ou no dia da eleição –, que, embora sejam deformadoras da eleição, somente em alguns casos excepcionais são caracterizadas como delito eleitoral, “constroem” no horizonte do vivenciar de amplos setores do eleitorado miserável o sentimento e a ideia de que eles são obrigados a realizar a compensação no momento do voto. A eleição torna-se, assim, distorcida mediante manipulações de interesses e necessidades concretos dos eleitores<sup>126</sup>, de tal maneira que ela não serve para absorver conflitos ou para gerenciá-los no sistema político<sup>127</sup>. Sob outro ponto de vista, também importante, deve-se considerar o problema dos fatores que levam o processo eleitoral, que trans-

<sup>125</sup> Cf. Luhmann, 1983a: 160, nota 11.

<sup>126</sup> “A eleição política não serve para expressar os interesses concretos, tampouco para a decisão de conflitos concretos” (Luhmann, 1983a: 164-5).

<sup>127</sup> Cf. Luhmann, 1983a: 163.



corre sob a pressão “de baixo” e “de cima”, a falhar como mecanismo de neutralização do poder e, simultaneamente, de apoio ao poder. A respeito, escreve Luhmann: “A flexibilidade do sistema político somente pode ser garantida quando o mecanismo eleitoral proporcionar um apoio político suficiente, e não, além disso, quando tiver de pedir a aprovação dos militares, da Igreja, das grandes indústrias etc.”<sup>128</sup> Ademais, vale observar que nos países periféricos a autonomia do sistema político prescrita nas Constituições nominalistas fica prejudicada na medida em que o resultado eleitoral precisa da aprovação dos estratos privilegiados, da embaixada da potência dominante na região etc. Abordo o caso brasileiro no Cap. V.2.2.1.

Se, além dos direitos fundamentais liberal-democráticos, da divisão dos poderes e da eleição política, considerarmos como instituições constitucionais básicas também os “direitos fundamentais sociais” e, portanto, as instituições de bem-estar do Estado social de direito, será constatada uma contradição ainda mais forte entre texto normativo positivado e realidade no nominalismo constitucional da periferia. Atualmente não é mais discutível que um mínimo de condições reais para os direitos fundamentais liberal-democráticos depende da institucionalização e garantia jurídico-constitucional dos “direitos fundamentais sociais”<sup>129</sup>. A estrutura social das sociedades periféricas não é, porém, compatível com as instituições do Estado de bem-estar social, sobretudo quando estas assumem a forma de direitos fundamentais no plano da Constituição. Em relação aos países periféricos, a realização de normas constitucionais próprias do Estado de bem-estar social pressupõe, evidentemente, uma transformação social radical e,

assim, a superação do “subdesenvolvimento”. Na ausência dessas precondições, a introdução de regulações de direito social na Constituição não significa nenhum compromisso com a realidade do processo de poder, de modo que elas permanecerão fora do agir e do vivenciar jurídico da maioria da população. Rigorosamente falando, trata-se da contradição entre a exclusão social de amplos grupos populacionais e as instituições do Estado de bem-estar social proclamadas no texto constitucional. Retomarei essa questão, especificamente em relação ao caso brasileiro, no Cap. V.1.3.

### 3.2.3. Constitucionalização juridificante *versus* realidade constitucional desjuridificante

Essas reflexões sobre as instituições principais da Constituição no sentido moderno e a realidade constitucional periférica que as contradizem colocam a questão de verificar até que ponto as Constituições nominalistas podem contribuir para a juridificação das comunicações na sociedade. Se concordarmos com a formulação de Habermas, de que se podem distinguir quatro “ondas de juridificação”, que correspondem, respectivamente, ao Estado burguês, Estado burguês de direito, Estado democrático de direito e Estado democrático e social de direito (ver Cap. I.3.4), levaremos em conta apenas as três últimas “ondas” no âmbito da concepção moderna – vinculada ao Estado de direito – de Constituição<sup>130</sup>. Na segunda e na terceira fases do processo de juridificação, o constitucionalismo levou à juridificação da política, mas somente até certo ponto, uma vez que a Constituição consiste apenas em uma ordem parcial da sociedade moderna e, assim, não pode juridificar completamente a política, que é um subsistema

<sup>128</sup> Cf. Luhmann, 1983a: 166, nota 21.

<sup>129</sup> Cf. Grimm, 1987b; Grimmer, 1976: 11 ss.; Bonavides, 1972.

<sup>130</sup> “A primeira onda conduz ao *Estado burguês*, formado na Europa Ocidental no quadro do sistema europeu de Estados, na época do absolutismo” (Habermas, 1982a II: 524).



– operante e estruturado segundo critérios próprios – dessa sociedade supercomplexa e diferenciada<sup>131</sup>. No que concerne ao “Estado social e democrático de direito”, o sistema constitucional contribuirá para juridificar relações de classe e familiares, sistemas educacionais, serviços de saúde pública e outras conexões de ação inseridas na “questão social”. Nas sociedades centrais (“Estados de bem-estar social”), as discussões sobre a juridificação referem-se, essencialmente, a essa última “etapa”<sup>132</sup>, do ponto de vista de seus efeitos negativos (“colonização do mundo da vida”, intervenção na reprodução de outros subsistemas autopoieticos) ou positivos (garantia compensatória de liberdade e *status*)<sup>133</sup>.

Em relação à “sociedade periférica”, o debate sobre “juridificação/desjuridificação” deve ser conduzido em outra perspectiva. Poder-se-ia, por exemplo, adotar a distinção de Blankenburg entre juridificação no plano da expectativa (estabelecimento de “mais” regras jurídicas “no lugar de regulações informais”) e juridificação no plano da ação (“mais” eficácia do direito)<sup>134</sup>. Considerando-se essa distinção, discutem-se, entre outras, as questões do acesso ao direito positivo (problema da contingência “de baixo”<sup>135</sup>) e da solução informal de conflitos, que tem significado muito relevante na realidade jurídica das “sociedades periféricas”, na medida em que formas de resolução de conflitos fora do modelo jurídico-positivo excedem consideravelmente os procedimentos diferenciados de solução de conflito mediante tribunais e burocracias competentes<sup>136</sup>. Desse ponto de vista se poderia formular que, nos países periféricos, a tendência desjuridificante no plano da regu-

<sup>131</sup> Grimm, 1989: 636-7, 641-2.

<sup>132</sup> Voigt, 1983: 22.

<sup>133</sup> Voigt, 1980: 30.

<sup>134</sup> Blankenburg, 1980: 84.

<sup>135</sup> Luhmann, 1985: 10 ss.

<sup>136</sup> Cf., por exemplo, Gessner, 1976: 158-60.

lação da conduta opõe-se à juridificação no sentido do estabelecimento de normas. Dessa maneira, a desjuridificação é examinada apenas no plano da ação. No entanto, em condições periféricas, especialmente em relação ao direito constitucional, a desjuridificação inclui também o vivenciar jurídico (as expectativas de comportamento). A distinção entre normatização oficial e institucionalização jurídico-positiva<sup>137</sup> serve melhor ao entendimento dessa situação. Institucionalização não significa aqui internalização, nem reconhecimento real das normas jurídicas, mas “consenso suposto”, a saber, a orientação generalizada das expectativas de comportamento conforme normas positivadas<sup>138</sup>, inclusive no âmbito do comportamento desviante (nesse caso se conhecem os limites do sistema<sup>139</sup> e o perigo de agir ilicitamente, de sorte que se pode falar de uma orientação negativa pelas regras sistêmicas – cf. *supra* pp. 26-7). Esse não é o caso, em ampla proporção, do nominalismo constitucional característico da modernidade periférica. À suposta filtragem das expectativas de comportamento mediante normatização constituinte não segue, absolutamente, a orientação generalizada das expectativas normativas segundo o documento constitucional, quer dizer, a generalização congruente de expectativas constitucionais. O vivenciar normativo dos “subcidadãos” e também dos “sobrecidadãos” implode a Constituição como ordem básica à comunicação jurídica.

Nesse sentido, a desjuridificação nas sociedades periféricas é, *primariamente*, uma questão do vivenciar jurídico (vigência) que, em última instância, remonta à Constituição. No entanto, agir e vivenciar separam-se apenas do ponto de vista analítico, pois eles

<sup>137</sup> Cf. Luhmann, 1987a: 96.

<sup>138</sup> Cf. Luhmann, 1987a: 64-80; 1983a: 122.

<sup>139</sup> “Institucionalização de limites do sistema significa que nas relações cotidianas se pode presumir com suficiente segurança que os outros vão adotar os mesmos limites” (Luhmann, 1975b: 61).



se condicionam reciprocamente. O fato de as expectativas normativas de comportamento, em ampla proporção, não se orientarem nos termos das Constituições nominalistas pressupõe, evidentemente, que haja um alto grau de ineficácia dos respectivos preceitos constitucionais no plano da ação (cf. *supra* pp. 121-2). Assim, normas constitucionais “primárias” e “secundárias” falham em sua função de controle de conduta, o que significa que a observância e a execução não são regularmente levadas a cabo. Sob as condições sociais dos países periféricos, isso não resulta primariamente das resistências de valores ou normas tradicionais. Em relação à não observância, fatores importantes constituem, por um lado, as “condições de penúria” das camadas sociais inferiores<sup>140</sup> e, por outro, a supremacia dos interesses privilegiados no interior e no exterior do país. No âmbito da distinção de Podgórecki entre sistema socioeconômico, subcultura jurídica e estrutura da personalidade, como as três variáveis independentes para a eficácia do direito<sup>141</sup>, pode-se afirmar, então, que o papel decisivo no que diz respeito à ineficácia do direito constitucional nos países periféricos é desempenhado pela primeira variável: a “heterogeneidade estrutural” e a relação entre subintegração e sobreintegração na sociedade ou em seus subsistemas, relação que se baseia primordialmente na enorme desigualdade entre as camadas sociais.

Nesse contexto, os “fatores seletivos” da execução, como o emprego de recursos escassos, oposição de orientação entre condicionamento e efetividade, envolvimento em vínculos na forma de troca e entendimento por contato<sup>142</sup>, assumem um sentido bem diferente daquele que se atribui nos países centrais. Se a escassez

<sup>140</sup> Em outro contexto, Noll (1972: 265) afirma com razão: “Criminalidade produzida em estado de penúria [*Notkriminalität*] não pode ser eliminada por ameaças de punição, mas sim por superação do estado de penúria.”

<sup>141</sup> Podgórecki, 1967.

<sup>142</sup> Cf. Luhmann, 1987a: 276 ss.

de recursos, inclusive a escassez de pessoal, prejudica toda a *infraestrutura organizacional*<sup>143</sup> da jurisdição e do aparato policial (o que frequentemente se relaciona com a irracionalidade da distribuição dos recursos), ela não poderá constituir argumento para a desatenção seletiva, como seria o caso nas sociedades centrais<sup>144</sup>. Ao contrário, perde-se assim a confiança nos órgãos de execução e aplicação do direito. O mesmo vale para a oposição de orientação entre condicionamento e efetividade. O problema não se limita aqui de modo algum à satisfação de eventuais expectativas da esfera pública em relação ao sucesso do trabalho policial, sobretudo o de “contenção da criminalidade mais grave” e de “produção de uma aparência pública de ordem”<sup>145</sup>. Trata-se, antes, de violações usuais dos direitos fundamentais (amparados pelo texto constitucional) dos membros das camadas sociais subalternas pela polícia, sem qualquer reação das respectivas normas sancionatórias: além de situações de suspeita “incerta” e de forte reação da esfera pública ao tipo de crime, os “subcidadãos” são frequentemente torturados, assassinados, colocados ilegalmente na prisão... pela polícia. Nesse contexto, também os vínculos em forma de troca e os sistemas de contato<sup>146</sup> perdem força e significado como “fatores seletivos” de imposição do sistema jurídico positivo, porque, sob pressão “de baixo” (necessidades urgentes) e “de cima” (defesa de privilégios), eles tendem a colaborar para a generalização e regularidade de violações de normas legais e constitucionais<sup>147</sup>.

<sup>143</sup> Cf. Blankenburg, 1977: 38.

<sup>144</sup> Cf. Luhmann, 1987a: 276-7.

<sup>145</sup> Luhmann, 1987a: 278.

<sup>146</sup> A respeito, ver Luhmann, 1987a: 278-280; 1983a: 75-81.

<sup>147</sup> Portanto, nessas condições, não vale a seguinte afirmação de Luhmann: “É claro que essa extrajuridicidade dos sistemas de contato não deve ser entendida como tendência para violações do direito” (1983a: 78).



Os limites da observância e a deturpação dos fatores seletivos da execução, ambos inseridos no plano da ação, atingem, por fim, o vivenciar do direito, ou seja, a vigência jurídica em sentido sociológico, de modo que, na resistência contra a normatização constituinte juridificante, impõe-se uma realidade constitucional desjuridificante nos dois planos de comportamento.

Contra a ideia de uma realidade constitucional desjuridificante poder-se-ia objetar, no sentido do pluralismo jurídico<sup>148</sup>, que outras formas jurídicas atuariam em lugar do direito positivo na solução de conflitos<sup>149</sup>. A esse propósito, deve-se primeiramente considerar que o debate sobre juridificação *versus* desjuridificação diz respeito ao direito positivo como subsistema diferenciado da sociedade<sup>150</sup>. Nas sociedades periféricas, as “alternativas” ao (funcionamento insuficiente do) direito positivo implicam tanto um “discurso ético-social”<sup>151</sup> quanto a injunção *direta* dos códigos do poder e da economia nos mecanismos de resolução de conflitos. Por outro lado, a situação não é comparável ao pluralismo “direito tradicional/direito moderno” dos processos de colonização, uma vez que os colonizadores já encontram estruturas estabilizadas e operantes de controle da conduta e de asseguuração das expectativas<sup>152</sup>. No exemplo das associações de moradores de favelas

<sup>148</sup> A respeito, ver, numa perspectiva mais geral, Carbonnier, 1976: 12-6. Especificamente no contexto do pós-modernismo jurídico, ver Ladeur, 1983; 1984. Bobbio (1977a: 25-6) refere-se a “uma carga ideológica muito precisa” no pluralismo jurídico (que “se apresenta como científico”): a “revolta” contra a estatização e contra a centralização do poder; cf. também Bobbio, 1977b: 91.

<sup>149</sup> Cf., por exemplo – com base numa pesquisa empírica sobre formas não oficiais de solução de conflitos numa favela do Rio de Janeiro –, Sousa Santos, 1977; 1980; 1988.

<sup>150</sup> Cf. Voigt, 1983: 20; Habermas, 1982a II: 524, que, porém, emprega a expressão “direito escrito”.

<sup>151</sup> Sousa Santos, 1988: 25.

<sup>152</sup> Em outra perspectiva, cf. Sousa Santos, 1988: 58-9.

ilegais nas grandes cidades dos países periféricos, manifesta-se apenas uma das formas instáveis e difusas das “estratégias de sobrevivência”<sup>153</sup> no domínio do direito, a qual não deve ser romanizada<sup>154</sup>. O fato de, nesse cenário, muitas unidades sociais de uma sociedade supercomplexa disporem de distintos códigos “lícito/ilícito”<sup>155</sup> não conduz, de nenhuma maneira, a uma racionalidade jurídica tópica, como seria o caso em um direito pós-moderno<sup>156</sup>, mas, antes, a uma extrema insegurança jurídica<sup>157</sup>, cuja manutenção, de forma paradoxal, relaciona-se com a conservação de privilégios e é, naturalmente, nociva sobretudo para os socialmente “deficientes” (os subintegrados). Esses tipos de situações não representam um pluralismo como alternativa ao *legalismo*<sup>158</sup>, mas sim reações difusas e instáveis à falta de *legalidade*. Adiante, nas

<sup>153</sup> Emprego aqui uma expressão típica da “abordagem de entrelaçamento de Bielefeld” (cf., por exemplo, H.-D. Evers, 1987). De um ponto de vista psicossocial, ver Rabanal, 1990: espec. 152 ss.

<sup>154</sup> A meu ver, Sousa Santos tende a isso, quando, com base na pesquisa empírica anteriormente mencionada (nota 149 deste capítulo), acentua o seguinte: 1) em relação direta com o baixo grau de “institucionalização” (diferenciação) da função do direito e com a disposição limitada de meios de coerção, o direito não oficial da favela pesquisada teria um espaço retórico de possibilidades mais amplo que o direito estatal (1988: 43-61); 2) no primeiro caso, tratar-se-ia de um direito “consensual”, “participativo” e “acessível” (1977: 96 ss.); 3) este seria comparável ao direito dos soviets e de outras experiências revolucionárias como *alternativas* ao direito oficial burguês (1988: 77) e ofereceria “grande potencial para o uso revolucionário” do direito – “juridicidade alternativa” para as classes exploradas (1977: 108).

<sup>155</sup> Sousa Santos (1980: 116) fala de “privatização possessiva do direito”.

<sup>156</sup> A esse respeito, cf. Ladeur, 1985.

<sup>157</sup> “Essa segurança, no entanto, só é atingível no interior da sociedade quando somente o sistema jurídico decide sobre o lícito e o ilícito e quando essa decisão não pode depender ainda de estamento ou estrato, de riqueza ou oportunidade política. Além disso, apenas um único sistema da sociedade pode utilizar esse código. [...] Onde essa condição não é realizada – diz-se, por exemplo, que nas favelas das grandes cidades brasileiras se vive conforme um direito próprio, não vinculado ao direito estatal –, falta também a garantia de que lícito não signifique ilícito” (Luhmann, 1986a: 126).

<sup>158</sup> Cf., em outra perspectiva, Sousa Santos, 1988: 25; 1977: 89 ss.



seções V.2.1.3 e VI.1.2, retorno a esse tema especificamente em relação ao caso brasileiro.

Quando se analisa o problema de o código jurídico não estar sob controle exclusivo de um único subsistema da sociedade, depara-se com a questão sobre se, sob essas condições, a violência física ainda pode ser caracterizada como símbolo do direito positivo<sup>159</sup>. Uma vez que, além da atividade dos órgãos encarregados da execução do direito, diversas unidades sociais e indivíduos pratiquem a violência física *ilegal e impunemente*, o direito positivo enfraquece<sup>160</sup>, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais. Quanto mais fortemente a modernização periférica se impõe, mais essa situação se agrava. A suposição de que “não é preciso portar nenhuma arma quando se pisa na rua” não vale sob essas condições<sup>161</sup>. Apesar da supercomplexidade da sociedade, “a proporção dos casos de violência em relação aos casos jurídicos” não se torna, de modo algum, “extremamente baixa”<sup>162</sup>.

No âmbito dessa realidade desjuridificante, “violadora da Constituição”, não é apropriado o modelo luhmanniano do procedimento como *meio* para “a especificação da insatisfação e a dissipação e absorção de protestos” (função do procedimento), sob o pressuposto da “incerteza sobre o resultado” (motor do procedimento)<sup>163</sup>. Dessa maneira, não ocorre a legitimação pelo procedimento, seja apenas como neutralização do poder<sup>164</sup>, seja como

<sup>159</sup> Cf., a respeito, Luhmann, 1987a: 106 ss.

<sup>160</sup> “O direito não pode, porém, continuar a ser direito se a violência física está do outro lado” (Luhmann, 1987a: 109).

<sup>161</sup> Luhmann, 1987a: 115.

<sup>162</sup> Cf., em posição contrária a essa, Luhmann, 1987a: 115.

<sup>163</sup> Luhmann, 1983a: 116.

<sup>164</sup> Cf. Gessner, 1976: 192-4. Diversamente, observa Luhmann (1983a: 102): “Uma institucionalização de conflitos só é atingível quando se obtém êxito em suspender provisoriamente o poder, mas o conservando.”

reestruturação das expectativas jurídicas dos participantes ou da esfera pública<sup>165</sup>, ou como o aprendizado com *terceiros* pelas partes e pela esfera pública<sup>166</sup>. Mediante necessidades urgentes advindas “de baixo”, interesses privilegiados impostos “de cima”, formas paralelas e difusas de solução de conflitos, prática ilegal e incontrollada de violência física etc., o procedimento é deformado, tornando-se incapaz de atuar com efeito legitimador<sup>167</sup> (retomo esse tema no Cap. VI.3).

#### 3.2.4. Constitucionalização simbólica ou textos constitucionais simbólicos

Tudo isso demonstra que a Constituição nominalista não é, de nenhuma maneira, “espelho da esfera pública e da realidade”<sup>168</sup>. Então, torna-se natural questionar por que textos constitucionais democráticos são postos, se a situação social impede amplamente sua concretização vinculatória e falta disposição dos detentores do poder para se empenhar na superação desse obstáculo<sup>169</sup>. Aqui se coloca o problema da constitucionalização simbólica ou uso simbólico do texto constitucional (ver *supra* Cap. II.3.3).

É claro que a integração sistêmica não depende apenas de “variáveis instrumentais”, mas também de “variáveis simbólicas

<sup>165</sup> Cf. Luhmann, 1983a: espec. 119, 171, 252.

<sup>166</sup> Häberle, 1980: 99-100, nota 46.

<sup>167</sup> “A forma não pode congelar-se em um cerimonial representado como um torneio, enquanto os conflitos reais são resolvidos ou não de outra maneira” (Luhmann, 1983a: 102).

<sup>168</sup> Assim se expressa Häberle (1980: 87) em relação à Constituição *normativa*. Hesse (1984: 15), por seu lado, afirma: “Na relação entre União e Estados membros, na relação dos órgãos estatais entre si, como em suas funções, a argumentação e a discussão jurídico-constitucional desempenham um papel dominante.”

<sup>169</sup> “É ingênuo acreditar que bastaria o legislador ordenar para que ocorresse, então, o *querido*” (Schindler, 1967: 66 – grifo meu). Sob determinadas condições sociais, também é ingênuo acreditar (como Schindler, 1967: 67) em *boas intenções* do legislador.



(expressivas)<sup>170</sup>. O direito positivo também precisa, consequentemente, do emprego de elementos simbólicos para cumprir suas funções de assegurar expectativas e controlar condutas. Mas, ao se empregarem as expressões “legislação ou leis simbólicas”, “constitucionalização ou texto constitucional simbólico”, faz-se referência à hipertrofia do uso simbólico-ideológico da legislação em contradição com a função específica do sistema jurídico de orientar expectativas normativas e regular condutas. Embora no âmbito da Constituição dos países centrais sejam cumpridas funções simbólico-ideológicas<sup>171</sup>, tal situação não implica o fracasso da Constituição como instância reflexiva no interior de um sistema jurídico vigente e eficaz, pois, como compensação, realizam-se – seja como for que se queira dizer – as “funções instrumentais” dos preceitos constitucionais.

Não é esse, incontestavelmente, o caso das Constituições nominalistas. Falta-lhes, em larga medida, força normativa; elas fracassam na função especificamente jurídica da generalização congruente de expectativas normativas de comportamento. Fala-se, então, de “constitucionalismo aparente”<sup>172</sup>. Nesse caso, a constitucionalização ou o texto constitucional servem, porém, à legitimação simbólico-ideológica do poder mediante efeitos que ocultam a realidade e eliminam possibilidades. Trata-se aqui de constitucionalização-álibi (ver *supra* pp. 83-4). Em um transporte da teoria dos atos de fala (*speech acts*) para esse contexto, poder-se-ia afirmar que as ações constituintes “comissivo-diretivas”<sup>173</sup> (mais exatamente: sua força ilocucional) fracassam em virtude de “in-

<sup>170</sup> Cf. Luhmann, 1983a: 223-32; 1987a: 315 ss.

<sup>171</sup> Cf. *supra* referências da nota 137 do Cap. II.

<sup>172</sup> Grimm, 1989: 634.

<sup>173</sup> Sobre os tipos de ações ilocucionais, ver Searle, 1973: 116 ss.

*sinceridade*<sup>174</sup>. Mas isso diz muito pouco sobre o alcance dos efeitos simbólico-ideológicos latentes da Constituição-álibi. Trata-se aqui de uma conexão complexa de ações, mediante a qual se transmite um modelo constitucional que – como foi observado acima (pp. 85-6) – só poderia ser realizado sob condições sociais inteiramente diversas. Dessa maneira, perde-se transparência no que concerne ao fato de que a situação social que teria de refletir o modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade por meio de uma profunda transformação das relações sociais. Ou o figurino constitucional atua como ideal a ser atingido, por um lado, mediante a disposição e as boas intenções dos detentores do poder e, por outro, sem prejuízo para os grupos privilegiados. Pertencem ao discurso do poder a invocação do documento constitucional como estrutura normativa asseguradora dos direitos fundamentais, da divisão dos poderes e da eleição democrática e o recurso retórico a essas instituições como conquistas do governo ou do Estado e como provas da existência da democracia no país<sup>175</sup>. A fórmula ideologicamente carregada “sociedade democrática”<sup>176</sup> é empregada regularmente com base no texto constitucional, como se estivesse *sob* uma Constituição normativa (ver *supra* p. 92). Mediante esses “enganos” ou “ilusões”, que implicam uma distorção pragmática da linguagem constitucional, tensões sociais são atenuadas, vias para a transformação da sociedade são obstruídas e o sistema político é imunizado contra outras

<sup>174</sup> Cf. Searle, 1973: 124; Austin: 1968: 141. Sobre a recepção da teoria dos atos de fala na teoria do agir comunicativo, ver Habermas, 1986: 385 ss.; cf. também Alexy, 1983: 77 ss., 137 ss.

<sup>175</sup> Cf., nesse sentido, Bryde (1982: 28-7; 1987: 37), com base no exemplo do desenvolvimento jurídico e constitucional na Etiópia.

<sup>176</sup> “Difícilmente se encontra hoje no mundo inteiro um Estado que não confira valor em se autodesignar como democracia e, como tal, ser internacionalmente reconhecido” (Krüger, 1968: 23).



alternativas. Desse ponto de vista, apesar da falta de eficácia (controle de condutas) e de vigência (asseguração das expectativas), as Constituições nominalistas têm efeitos amplos e significativos. Trata-se, como se poderia designar sob uma perspectiva sistêmico-teórica, de uma “exploração” do sistema jurídico pela política<sup>177</sup>.

### 3.2.5. As “*gag rules*” versus as Constituições nominalistas

No que se refere ao nominalismo constitucional dos países periféricos, diminui em valor o pensamento das *gag rules* (regras do silêncio), mediante as quais determinados temas no sistema constitucional democrático são excluídos da discussão jurídico-política<sup>178</sup>. Trata-se de restrições descarregantes da pauta política com respeito a temas controversos específicos<sup>179</sup>. Uma vez que falta às Constituições nominalistas da periferia “base consensual” como “pressuposto mais importante de sua efetiva vigência de uma Constituição”<sup>180</sup>, ou melhor, da orientação generalizada da esfera pública pelo modelo constitucional, a institucionalização de *gag rules* está condenada ao fracasso<sup>181</sup>. Embora Stephen Holmes acentue o papel das *gag rules* nas “sociedades divididas”, seus exemplos se relacionam a divisões sob pontos de vista específicos<sup>182</sup>. Em virtude da “heterogeneidade estrutural” e da ineficiência do “aparelho estatal” diante das necessidades da maioria da população, há nas

<sup>177</sup> Cf. Luhmann, 1983b: 150.

<sup>178</sup> Cf. Holmes, 1988.

<sup>179</sup> “[...] a forma da política democrática é indubitavelmente determinada pela remoção estratégica de certos itens da agenda democrática. Alguns teóricos têm mesmo argumentado que a supressão de questões é condição necessária para a emergência e estabilidade das democracias” (Holmes, 1988: 24-5).

<sup>180</sup> Grimm, 1989: 636.

<sup>181</sup> Cf., mais cautelosamente, Luhmann, 1990b: 213.

<sup>182</sup> Cf. Holmes, 1988: 27 ss. Se, no entanto, a sociedade estiver “dividida muito profundamente”, as *gag rules* levam, de forma contraditória, à “democracia sem oposição” (Holmes, 1988: 31), ou melhor, à negação da democracia.

sociedades periféricas uma tendência geral para a politização dos mais diversos temas, inclusive da discussão sobre a legitimidade da ordem social como um todo<sup>183</sup>. À proporção que o sistema constitucional perde significado como ordem básica e horizonte da política, ele torna-se tema da discussão política<sup>184</sup>. Sob esse aspecto, a abertura para o futuro é mais intensa que nas sociedades centrais. A respeito, pode-se afirmar que essa distinção entre modernidade periférica e modernidade central relaciona-se, intimamente, com o fato de que o Estado de bem-estar social, mediante a lealdade das massas<sup>185</sup>, ofusca os conflitos de classe, enquanto no capitalismo periférico eles estão em primeiro plano, ou seja, avançam no centro da questão pública na forma nua e crua da luta de classes, não como “discussões de classes”<sup>186</sup>. Numa sociedade primariamente orientada pela economia, esse contexto implica o constante questionamento da estrutura social em sua totalidade. Sob essas condições, a institucionalização de *gag rules* democráticas, implícitas ou explícitas<sup>187</sup>, na realidade constitucional, torna-se muito improvável. Ela só se torna possível com a ditadura, ou seja, com o instrumentalismo constitucional (cf. nota 182 deste capítulo).

<sup>183</sup> Enquanto nos Estados Unidos, por exemplo, a legitimidade da propriedade privada nunca é discutida em sessões legislativas (Holmes, 1988: 26), ela é frequentemente posta em questão nos parlamentos dos Estados periféricos caracterizados por nominalismo constitucional.

<sup>184</sup> Cf., em outro contexto, Luhmann, 1983a: 196. “O direito reina principalmente em uma sociedade em que as questões mais fundamentais dos valores sociais não sejam diretamente discutidas ou discutíveis em geral” (Parsons, 1967: 133).

<sup>185</sup> A respeito, ver Narr; Offe, 1975: 27-37.

<sup>186</sup> Não se pode, portanto, falar de “domesticação da luta de classes através da juridificação da luta trabalhista”, como Preuß (1989: 2) o faz em relação ao Estado de bem-estar europeu.

<sup>187</sup> Embora Holmes se limite à análise de *gag rules* abertas (cf. 1988: 27), o conceito inclui também regras implícitas (cf. 1988: 26).



### 3.3. Transição para o instrumentalismo constitucional

No contexto do não funcionamento de *gag rules* (“democráticas”), não se podem caracterizar as Constituições nominalistas como simples jogos de soma zero nas relações de dominação<sup>188</sup>. No âmbito das liberdades prescritas na Constituição, é sempre possível que a partir delas se forme uma esfera pública limitada<sup>189</sup> que inclua alguns agrupamentos engajados contra o *status quo*, como trabalhadores organizados, sacerdotes “progressistas” e partidos de esquerda. Nesse cenário, surgem movimentos que colocam em questão a ordem social da periferia. Como, com isso, interesses privilegiados tornam-se ameaçados tanto no interior do país quanto no exterior, surgem, com a intensificação de tendências reformistas ou revolucionárias, mecanismos internos e externos de pressão para o “restabelecimento da ordem” mediante golpes de Estado ditatoriais, nos quais quase sempre se pode contar com o apoio das potências dominantes nas respectivas regiões.

Assim é introduzido o instrumentalismo constitucional que, nos países periféricos, assume a forma de autoritarismo, ou seja, de desdiferenciação política específica do sistema jurídico (cf., porém, nota 100 deste capítulo). Não se trata mais, então, de bloqueios políticos do sistema jurídico por concretizações constitucionais deformantes (nominalismo constitucional), mas de instrumentalização política do direito com referência direta à carta constitucional imposta e suas alterações juridicamente ilimitadas (assimetriação normativa externa no âmbito da atividade constituinte). É

<sup>188</sup> A problemática constitucional da periferia não é tão simples, como pode dar a entender a afirmação de Loewenstein (1956: 224) de que “a existência ou inexistência de uma Constituição normalmente não atinge muito a vida do mundo dos negócios ou da população simples”. Assim, nominalismo e instrumentalismo constitucional não fariam diferença politicamente.

<sup>189</sup> Cf. Bryde, 1982: 29, nota 9, em relação a um “caso extremo”, a “Constituição simbólica” da Etiópia em 1955.

certo que no instrumentalismo constitucional da periferia ocorrem formas de concretização deformante da legislação ordinária e do texto constitucional e que elas também podem desempenhar funções simbólico-ideológicas (normas concernentes ao Estado social, por exemplo); mas característico do sistema jurídico é, primariamente, que a negação da institucionalização de direitos fundamentais, divisão dos poderes e eleições democráticas e, por conseguinte, a intervenção juridicamente ilimitada/incontrolada da política no sistema jurídico baseiem-se na carta constitucional e em outras leis constitucionais, nas quais princípios como “razão de Estado” e “segurança nacional” estão em primeiro plano. Desse ponto de vista, as Constituições instrumentalistas são efetivas *de mais* (elas correspondem exatamente à realidade do processo de poder<sup>190</sup>). No entanto, elas não contribuem para a generalização congruente de expectativas normativas de comportamento (asseguração das expectativas), na medida em que, com base nelas, agentes e expectantes não podem adquirir certo grau de segurança para verificar se seus comportamentos estão ou estavam conforme ou desconforme o direito (medidas retroativas – ver *supra* p. 96). Trata-se, aparentemente, de hiperpositividade do direito, porque não há limites para a decidibilidade/alterabilidade do sistema jurídico. Mas a subordinação do código do direito ao código do poder provoca, inadequadamente em sociedades complexas, a imobilidade do direito. Nessas condições, o sistema jurídico é invadido por redundância externa, que negligencia ou reprime a elevada variedade do ambiente.

Para a caracterização do instrumentalismo constitucional autoritário dos países periféricos é imprescindível observar que, nele,

<sup>190</sup> Falta, portanto, “distância da realidade” como autonomia perante o ambiente (cf. *supra* nota 134 do Cap. II).



tampouco o sistema político constitui uma unidade social autorreferencial como no totalitarismo, no qual esse sistema se encontra no *topo* da sociedade e imuniza-se contra influências diretas do exterior. No típico instrumentalismo constitucional dos países periféricos, que se manifesta especialmente na forma de regime militar, o sistema político *nacional é diretamente* bloqueado ou externamente determinado tanto pela economia (mundial) como também por outros sistemas jurídico-políticos (Estados). Ele encontra-se sob pressão e controle de grupos economicamente privilegiados e de Estados do centro dominantes na região. Nesse cenário, os regimes autoritários servem tendencialmente ao fortalecimento de privilégios e da estratificação social, ainda que se inclinem a políticas “modernizadoras”.

Não se trata exatamente, portanto, de “restabelecer a ordem”<sup>191</sup>, mas de garantir privilégios<sup>192</sup>. Tal situação relaciona-se ao fato de que, ao contrário do que ocorre no nominalismo constitucional, o crescimento dos movimentos de oposição (em sentido amplo, não apenas na forma de partidos políticos) criticamente engajados contra o *status quo* é juridicamente impedido. Assim é assegurada aos detentores do poder a *liberdade* de promover os privilégios ou o *status quo*. Mas a experiência mostra que, com o tempo, tal política manifestadamente repressiva, voltada contra a maioria da população e que não conta a função “ideologicamente legitimadora” de uma Constituição nominalista, conduz a movimentos de oposição abertos e amplos – apesar das rigorosas proibições jurídicas – contra o governo ou a resistências contra a ordem social dominante, assim como provoca “indignação” internacional perante a “violação dos direitos fundamentais”. Para evitar “o pior”,

<sup>191</sup> Cf., porém, Krüger, 1976: 18, em posição justificadora.

<sup>192</sup> Em relação ao golpe militar do Chile, em 1973, Wedel (1973: 379), por exemplo, escreveu: “Os militares não salvaram a ‘essência da Constituição’, mas apenas os privilégios de alguns poucos.”

é comum grupos privilegiados no país e no estrangeiro cederem à pressão para o “restabelecimento da democracia”. Além disso, normalmente colabora para a ruína do instrumentalismo constitucional o fato de que os Estados dominantes na região, que anteriormente contribuíam para o “restabelecimento da ordem”, pressionam os governos autoritários dependentes para o “restabelecimento da democracia”<sup>193</sup>. (E quando, em virtude de fortes tendências revolucionárias, esse recurso não é mais possível, frequentemente é prestada ajuda militar para a “manutenção da ordem”).

### 3.4. A alternância entre nominalismo constitucional e instrumentalismo constitucional

Mediante a utilização das fórmulas que se substituem em sequência, “restabelecimento da ordem” e “restabelecimento da democracia”, alternam-se nas “sociedades periféricas” instrumentalismo constitucional e nominalismo constitucional, ou autoritarismo e democracia aparente. Em ambos os casos falta autodeterminação do direito, mas também do sistema político nacional. Sob essas estruturas jurídico-políticas persiste a condição moderno-periférica. Pressuposto para a superação desse estado de coisas é o desmonte de privilégios e a integração horizontal do país na sociedade mundial. Essa demanda implica transformações sociais radicais desfavoráveis aos interesses dominantes no país e no exterior. Constitucionalismo, como reconhece Grimm<sup>194</sup>, pressupõe

<sup>193</sup> A respeito, serve de exemplo a seguinte “afirmação de um oficial superior de Bangladesh, antes das eleições de janeiro de 1979”, citada por Bryde (1982: 28, nota 6): “O Ocidente, e especialmente o Congresso norte-americano, gosta de que sejamos denominados uma democracia. Isso torna o recebimento de ajuda mais fácil para nós.”

<sup>194</sup> “Com a invenção da Constituição (constitucionalismo) surgiu também a possibilidade do semiconstitucionalismo ou do constitucionalismo aparente. Sem revolução precedente, faltava-lhe sobretudo o efeito de justificação da dominação” (Grimm, 1989: 634; cf. também Grimm, 1987a: 45-6, 56-7).



revolução. Mas há indícios de que, nas sociedades periféricas, as condições e as consequências de uma eventual revolução democrática em direção a um constitucionalismo real divergiriam fortemente daquelas das revoluções burguesas nos países centrais.

## SEGUNDA PARTE

### UMA INTERPRETAÇÃO DO CASO BRASILEIRO