

do Nacional estabelecer a unidade de sua constituição não se encontram, em princípio, presentes em espaços transnacionais.

Além disso, um constitucionalismo transnacional também precisará conformar-se com as condições de uma sociedade mundial *duplamente fragmentada*³⁷. Aqui, não é apenas decisivo que, em uma primeira fragmentação do mundo, os setores modernos da sociedade mundial dotados de atuação autônoma insistam, com persistência, em constituições próprias que concorram com as constituições dos Estados Nacionais. Antes, é a segunda fragmentação do mundo em diferentes culturas regionais, assentadas sobre diretrizes de organização social fundamentalmente diferentes, que torna completamente ilusória a identificação de padrões unificados de uma constituição mundial. Quando se pretende manter fiel à ideia de uma “constituição mundial”, a fórmula apenas pode ser a interligação das constituições próprias dos fragmentos globais – das nações, dos regimes transnacionais, das culturas regionais – umas com as outras, formando um direito constitucional de colisões (*Verfassungskollisionsrecht*)³⁸.

37 Sobre a reação do direito transnacional à dupla fragmentação da sociedade mundial, cf. Gunther Teubner e Peter Korth, “Zwei Arten des Rechtspluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft”, in: KÖTTER, Matthias; e SCHUPPERT, Gunnar Folke (Org.), *Normative Pluralität ordnen: Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates*, Baden-Baden, 2009, p. 137-168.

38 Este é o tema do sexto capítulo.

Constituições sociais parciais nos Estados Nacionais*

A constituição de âmbitos sociais parciais é, como já foi explicado no capítulo anterior, uma problemática que não se coloca apenas com a expansão da diferenciação funcional sobre todo o globo terrestre: ela tornou-se virulenta já no tempo do Estado Nacional. Hoje, contudo, sob condições transnacionais, ela ganha uma nova e dramática atualidade. As tendências expansivas dos sistemas parciais globais autonomizados, nocivas tanto social quanto ambientalmente, podem ser limitadas de uma maneira efetiva pela constitucionalização? Ao mesmo tempo indaga-se, com isso, qual papel deve ser desempenhado pela política internacional no que concerne à constitucionalização de instituições da sociedade mundial: poder constituinte para os demais setores da sociedade mundial ou observador participante de processos sociais autônomos de constitucionalização? Coordenador de lógicas sistêmicas divergentes? Ou mecanismo reparador da diferenciação funcional?

Para se ganhar em clareza, devem ser discutidas, a seguir, as concepções de constituições sociais parciais que se tornaram influentes na era do Estado Nacional. Apenas diante de um pano de fundo de opções históricas pode ser determinado, de uma forma mais próxima, de que maneira a globalização modificou a situação-problema e quais novos papéis são assumidos pelas constituições sociais parciais na constelação transnacional de política, direito e sistema social parcial. Dessa discussão, esperam-se indicações de

* Tradução de Regis Anderson Dudena.

direção de como o constitucionalismo nacional pode se transformar em um constitucionalismo social global.

1. Instituições sociais no constitucionalismo liberal

1.1. Espaços livres constitucionais da liberdade individual

“Constituição” da sociedade civil através de sua não constituição estatal – esse paradoxo caracteriza o constitucionalismo liberal¹. Ele concentra a constituição no Estado, conscientemente não a estende às ordens sociais parciais. Constituições liberais são expressamente limitadas às instituições políticas em sentido estrito. Atividades sociais devem permanecer livres do Estado e não ser submetidas às normas da constituição estatal. A dimensão constitucional da separação entre Estado e sociedade concretiza-se nessa abstenção. A isso se presta, ao mesmo tempo, o entendimento dos direitos fundamentais como espaços de liberdade dos indivíduos, que são protegidos por meio de direitos de defesa frente às intervenções estatais, mesmo as de natureza jurídico-constitucional. Atividades sociais não são atribuídas às instituições sociais, mas sim aos próprios indivíduos agentes, que ordenam seus âmbitos de liberdade sem a constituição do Estado.

Em um artigo bastante influente, o historiador Reinhart Koselleck fez uma intensa crítica ao fato de tanto a teoria constitucional quanto o direito constitucional, ainda hoje, estarem envolvidos com esse programa, dedicando sua atenção exclusivamente à constituição estatal². Para Koselleck, já na era do Estado Nacional deveria ser reconhecida a realidade histórica de que não existiria mera-

1 Sobre a pergunta da não constituição de sistemas sociais parciais no constitucionalismo liberal ver Dieter Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt, 1987, p. 11 ss. e p. 192 ss.; Dieter Grimm, “Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus”, in: GRIMM, Dieter, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt, 1991, p. 31-66, aqui, p. 45 ss. Proeminente hoje para a limitação da constituição (instituições básicas da sociedade) a processos políticos em sentido estrito ver John Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt, 1975.

2 Koselleck, “Begriffsgeschichtliche Probleme”. As citações seguintes são encontradas nas p. 369 ss.

mente uma constituição do Estado, mas sim uma constituição abrangente da sociedade, que submeteria tanto as atividades político-estatais quanto as instituições econômicas, sociais e culturais a exigências de direito constitucional. Questões de ordenação da sociedade, da igreja, da economia ou das finanças não poderiam ser mais tratadas meramente como problemas de legislação ordinária, mas sim como problemas de uma genuína “constituição social” (*Sozialverfassung*). Koselleck procura livrar o conceito de constituição de seu reducionismo estatal, estendendo-o a todas as instituições da sociedade. Para uma compreensão realística, ele toma como indispensável o fato de que, no conceito de constituição, “deverem estar incluídas todas as instituições juridicamente disciplinadas e seus modos de organização, sem as quais uma comunidade política em atividade não é politicamente apta a agir.” Então os reais problemas de um constitucionalismo social deveriam ser tratados político-constitucionalmente, em igualdade de condições às questões constitucionais do Estado em sentido estrito.

Koselleck aponta também enfaticamente para a nova problemática do constitucionalismo transnacional. O Estado-centrismo do conceito convencional de constituição tornaria impossível “tematizar os fenômenos pós-estatais, em certa medida supraestatais, da nossa atualidade.” Particularmente interessaria a questão sobre o papel de empresas transnacionais no quadro de uma constituição total.

Com isso, Koselleck abre amplas perspectivas. Ele postula explicitamente a questão constitucional para as instituições não estatais da sociedade. Naturalmente, com isso, ele levanta também novas questões, às quais ele próprio não oferece mais respostas: o que diferencia então a questão de uma “constituição social” daquelas de “legislação”? Ou então: o que diferencia a constitucionalização genuína de instituições sociais de sua mera juridificação? Outra questão: existe uma “constituição social” unitária que submete a sociedade como um todo sob suas exigências, ou existem diversas constituições de setores específicos? Finalmente: as instituições sociais outorgam suas constituições autonomamente, como previsto no direito associativo, na forma de prescrições mínimas do legislador político, ou a política é o legítimo legislador constituinte? Essas questões somente podem ser esclarecidas em uma perspectiva socioteórica ampla, que será desenvolvida em seu respectivo contexto de problemas nos próximos capítulos. Contudo, para tornar

mais inteligível a cegueira própria do constitucionalismo liberal frente às constituições sociais de setores específicos, cabe, nesse ponto, apenas uma apresentação em um curto esboço.

As constituições estatais do liberalismo sabidamente reivindicam para si uma função dupla: a fundação constitutiva (*Konstituierung*)^{NT} do poder político e sua limitação em um Estado de Direito. Autofundação constitutiva (*Konstituierung*) não significa apenas postular as normas organizacionais para as operações políticas, mas também que o poder político se torna independente frente às fontes sociais de poder. Ele não é mais diretamente baseado em poderio militar, riqueza econômica ou autoridade religiosa; antes, ele cria suas próprias fontes autônomas de poder. Formação de poder e consenso para a produção de decisões coletivas – isso caracteriza a autonomia da política da modernidade³. A autonomia do processo

NT Teubner apresenta um jogo de palavras com o ato de se autoconstituir (ou autofundar) de um sistema social parcial (*Konstituierung*); o seu processo de constitucionalização (*Konstitutionalisierung*) e, na medida em que ele chega a realizar um acoplamento estrutural com o direito, ele passa a ter uma Constituição (*Verfassung*). É a passagem do momento em que um sistema se constitui em si mesmo [autofundação constitutiva – termo adotado nesta tradução] (*Selbstkonstituierung*) para o momento de sua constituição interna ou própria (*innere Verfassung* e *Eigenverfassung*). Como tal jogo de palavras do autor, com os termos de origem latina e germânica, não é possível no português, adota-se para o termo primeiro; a saber, *Selbstkonstituierung* – como o momento de se constituir, de se fundar; o que resulta no termo “autofundação constituinte” (escolha também adotada, em parte, pela tradução de língua inglesa deste livro). Usa-se “constituição (interna)” quando se trata já do processo com acoplamento estrutural com o direito, ou seja, após o momento no qual as funções constitutivas (*Konstitution/Konstituierung*) de um sistema social parcial se unem também às funções limitativas pelo direito; momento em que se pode falar de uma constituição (*Verfassung*) interna a este sistema social (*innere Verfassung* ou *Binnenverfassung*) ou própria deste sistema social (*Eigenverfassung*). A passagem da autofundação para a autoconstituição foi a solução da tradução para explicar a passagem da *Konstituierung* (*Konstitution*) para a *Verfassung* nos termos de Teubner.

3 Max Weber, “Politik als Beruf”, in: WEBER, Max, *Gesammelte politische Schriften*, Tübingen, 1958 [1919], p. 505-560.

político de formação de poder e sua dependência apenas indireta de fontes extrapolíticas de poder são produzidas por meio da reflexividade de processos de poder, em que, na relação entre *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*, poder é aplicado sobre poder, e nesse processo emerge um coletivo político autônomo e independente. Isso é “a autofundação” (*Konstituierung*) do poder político em sentido estrito. No entanto, ela necessita da mediação do direito para a sua estabilização, algo que a torna relativamente independente das flutuações do poder e que garante a sua reflexividade de maneira duradoura. Somente essa interação necessária estabelece, em sentido estrito, a “constitucionalização” (*Konstitutionalisierung*) da política (em contraste com sua autofundação constitutiva *Selbstkonstituierung*). Limitação do poder político – com isso se quer dizer a produção dos limites da política em relação ao seu ambiente social. Esse processo de delimitação ocorre essencialmente por meio da garantia dos direitos fundamentais políticos, nos quais a política se impõe autorrestrições frente aos indivíduos⁴.

1.2. Ordens sociais autônomas

Do ponto de vista sociológico, fica claro que as funções da constituição não estão restritas à política⁵. Paralelamente, constituem-se outras ordens sociais autônomas que dependem do direito constitucional para sua estabilização. Ademais, frente a tais ordens sociais, não existem, no contexto da diferenciação funcional, normas imediatas e válidas para a sociedade como um todo. Assim, faz-se

4 Uma excelente interpretação, inspirada na teoria dos sistemas, dos processos constitucionais estatais históricos na Inglaterra e na França pode ser encontrada em Thornhill, “Towards a Historical Sociology”.

5 Nesse sentido, com recurso a clássicos da teoria social ver Prandini, “Morphogenesis of Constitutionalism”; bem como Kjaer, “Metamorphosis of the Functional Synthesis”, p. 532 ss., que observa uma coevolução histórica entre estruturas sociais e estruturas constitucionais e critica a redução da constituição à constituição estatal. Semelhante, com recurso à distinção institucionalizada entre política e economia, e a exigência daí decorrente por uma constituição econômica, ver Anderson, “Corporate Constitutionalism”.

presente também aqui a demanda por sua constitucionalização⁶. Saber se isso inclui a necessidade de constituições postas e escritas é outra questão.

A economia autonomiza-se por via do meio “dinheiro”, tornando-se independente de outras ordens sociais, e criando, através de processos reflexivos, instituições econômicas autônomas⁷. Essa autofundação constitutiva (*Selbstkonstituierung*) é apoiada por instituições jurídicas fundamentais, como propriedade, contrato, sistema monetário. Coloca-se assim a problemática da limitação: por meio de quais institutos equivalentes a direitos fundamentais se assegura que o meio dinheiro não dominará a sociedade como um todo? Algo similar vale para a ciência e a autonomização do meio “verdade” pela formação de epistemologias como o mecanismo reflexivo da ciência. Para a religião postulam-se as perguntas constitucionais correspondentes. Fundação que constitui (*Konstituierung*) ordens autônomas e sua autolimitação – é essa a dupla função das constituições, que no processo de modernização deve ser cumprida por uma multiplicidade de instituições⁸. Aqui é que deve ser procurada a resposta à pergunta que Koselleck deixou em aberto. Diferentemente da mera juridificação de âmbitos sociais parciais, pode-se falar em constitucionalização apenas quando normas jurídicas assumem essa dupla função⁹.

6 Essa é a fundamentação de Luhmann da demanda por constituições políticas na modernidade. Ela deve ser generalizada correspondentemente com todos os sistemas parciais, Niklas Luhmann, “Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems”, in: *Der Staat* 12 (1973), p. 1-22, 165-182, aqui, p. 171.

7 Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1988, p. 302 ss.

8 Mais detalhado em relação a isso no quarto capítulo, item 1. Luhmann levanta ambas essas questões – autoconstitucionalização e autolimitação – não apenas para a política, mas sim para todos os sistemas funcionais da modernidade, contudo sem aplicar explicitamente a terminologia do constitucionalismo. Ele discute essas questões sob diversas rubricas, especialmente da reflexão dos sistemas parciais e da integração da sociedade. Cf. Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 601 ss.

9 Para a correlação entre fundação (*Konstituierung*), juridificação e constitu-

Por que o constitucionalismo liberal permanece cego frente a essa problemática constitucional, que se apresenta não apenas à política, mas a todas instituições sociais? A resposta encontra-se fundamentada na autodescrição da nova sociedade burguesa.

A revolução francesa já havia [...] varrido para longe a frágil autocompreensão de uma ordem hierarquizada da sociedade. No entanto, ela não havia previsto um conceito alternativo da sociedade moderna. Sua concepção de constituição limitava-se ao sistema político e, desse modo, houve apenas uma libertação dos indivíduos para a autodeterminação na condução da própria vida – uma ideia que sucintamente pôde ser interpretada no sentido do “*enrichissez vous*”¹⁰.

Segundo sua autoimagem, a revolução burguesa suprimiu com sucesso as ordens feudais, destruiu definitivamente ordens intermediárias e estabeleceu uma relação imediata entre coletividade e cidadãos. Em sua autodescrição não há lugar para ordens sociais autônomas ao lado da coletividade política¹¹. Rousseau enxergou isso com clareza: “*Il importe donc pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale, qu'il n'y avait pas de société partielle dans l'état*”¹². Instituições sociais autônomas apenas perturbariam essa autoimagem. Elas levantariam questões acerca da legitimidade e dos limites do poder social e, com isso, postulariam a si mesmas a questão constitucional.

cionalização de âmbitos sociais parciais, tomando-se como exemplo a internet, ver Teubner, “Globale Zivilverfassungen”. Mais preciso em relação a isso no capítulo quarto.

10 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 1.083.

11 O quanto essa ótica continua a ter efeitos na teoria política atual tornou-se claro já nos trabalhos mais antigos de Habermas (Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied, 1962; Jürgen Habermas, *Protestbewegung und Hochschulreform*, Frankfurt, 1969), que demandou, de forma veemente, uma constitucionalização democrática dos espaços sociais, mas que em seus escritos tardios retornou a uma constituição da sociedade mundial em uma perspectiva exclusivamente centrada na política (Habermas, “Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?”).

12 Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Paris, 1762, p. 59.

Elas não precisam, no entanto, ser tematizadas, já que após a revolução burguesa todos os poderes intermediários – estratos sociais, igrejas, corporações – são ignorados, relegados ao espaço privado ou oprimidos politicamente. A relação imediata entre cidadãos e coletividade substitui a – ou melhor: obstrui a visão da – diversidade de instituições sociais emergentes, cuja problemática constitucional própria é silenciada e relegada à latência.

É verdade que a liberdade social é explicitamente garantida, mas ela é compreendida exclusivamente como autodesenvolvimento dos indivíduos, em vez de se encontrar relacionada a processos e estruturas supraindividuais, coletivos e institucionais externos à política. É claro que a construção de ordens sociais complexas não passa despercebida; no entanto, tal construção é vista apenas como resultado do exercício individual da liberdade¹³. O direito subjetivo ainda não é entendido, nesse momento, como empoderamento jurídico do interesse privado ou mesmo como mera outorga do direito de ação. Trata-se muito mais fundamentalmente da pretensão do indivíduo de ser fonte do próprio direito. O direito subjetivo torna-se, ele mesmo, fonte autônoma de direito, primeiramente uma *facultas*, mais tarde uma liberdade, que permite aos sujeitos de direito criar regras jurídicas e construir ordens intersubjetivas – no entanto, apenas aos indivíduos, não às instituições sociais¹⁴. Essa auto-fundação que constitui ordens sociais baseada na autonomia privada individual é sustentada pelo direito privado por meio do contrato e do delito. Também aqui vale, evidentemente, uma orientação exclusivamente individualística: “Todo direito dispõe-se a existir para a liberdade moral inerente a cada ser humano”¹⁵. Mesmo

13 Claramente nesse sentido ver Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*.

14 A referência a direito subjetivo exclusivamente a seres humanos em Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Frankfurt, 2008 [1785], p. 345.: “[...] este direito único, originário, conferido a cada ser humano em virtude de sua humanidade”.

15 Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts. Volume 2*, Berlin, 1840, p. 2. O ponto de vista acerca das pessoas jurídicas como ficções do

normas de direito societário, que materialmente constroem instituições coletivas privadas, são compreendidas, nesse momento, como resultado de atividades contratuais de indivíduos¹⁶. Como a famosa disputa acerca da essência da pessoa jurídica demonstra, as coletividades sociais são ou degradadas a ficções do Estado, ou dissolvidas em relações contratuais individuais. Uma “constituição da empresa” (*Unternehmensverfassung*), ou mais genericamente uma “constituição das organizações” (*Organisationsverfassung*), como fundação constitutiva (*Konstituierung*) e limitação da autonomia coletiva, é impen-sável nesse esquema.

Complementarmente, o direito constitucional estatal institui direitos fundamentais – que garantem espaços de liberdade dos indivíduos, em vez de espaços de liberdade de instituições sociais. A constituição de âmbitos sociais parciais é de certa forma tematizada, mas definida apenas como produto da liberdade individual garantida pelo direito privado, sendo, assim, relegada à latência. De fato, isso é apenas uma mera “semântica de transição” da autodescrição da sociedade. Ela vê que antigas estruturas estamentárias estão arruinadas, mas ainda não reconhece os novos sistemas funcionais e as organizações formais em sua autonomia e imputa, portanto, apenas aos indivíduos a construção das ordens sociais¹⁷. Com isso, ignora claramente a problemática relativa às instituições sociais autônomas e suas constituições: como deve ser garantida sua autonomia, como suas tendências expansivas devem ser circunscritas e como ainda é possível uma integração social a despeito de suas tendências centrífugas.

Estado clarifica que a ordem social não é pensada da perspectiva das instituições, mas sim do contraste entre o comando normativo estatal e a força da vontade dos indivíduos, sobre isso ver Franz Wieacker, “Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts”, in: FORSTHOFF, Enerst (Org.), *Festschrift für Ernst Rudolf Huber*, Göttingen, 1973, p. 339-383, aqui, p. 361 ss.

16 Em sentido contrário, a conhecida polêmica de Otto von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1863, p. 141 ss.

17 Niklas Luhmann, “Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft”, in: LUHMANN, Niklas *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Vol. 2, Frankfurt, 1981, p. 45-104, aqui, p. 80 ss.

Que a nova ordem social é mais complexa que uma mera relação imediata de uma coletividade com seus cidadãos equipados com direitos subjetivos, isso é apontado explicitamente desde Hegel, que distingue uma pluralidade de ordens sociais – família, sociedade civil e Estado – e as introduz também em sua teoria constitucional¹⁸. Hegel preconiza um sistema bicameral, no qual a segunda câmara é composta pela “parte volátil da sociedade civil”, cujos membros são representantes de determinadas “esferas” da sociedade civil, nomeados por suas corporações. Uma tal constituição política corporativa reflete em sua abordagem a diferenciação funcional da sociedade. Enquanto o Iluminismo concebeu a sociedade apenas na oposição cidadão-coletividade e, em conformidade a isso, consagrou a democracia e o direito ao sufrágio universal, Hegel reconhece a sociedade civil como esfera intermediária entre família e Estado, formulando um conceito de sociedade que se caracteriza pela diferenciação funcional com estrutura hierárquica. A consequência constitucional não é uma constituição “estamental” – regresso à velha sociedade, como é equivocadamente referida –, mas sim uma representação, na política, da sociedade diferenciada. A integração de tendências centrífugas no sistema de necessidades é atribuída, no entanto, exclusivamente ao Estado.

Mais tarde, as teorias institucionalistas e, especialmente, a nova disciplina da sociologia, baseiam a autodescrição social em fundamentos mais complexos, que identificam, especialmente na modernidade, a multiplicidade de ordens sociais não estatais, suscitando em relação a elas, ao menos implicitamente, a questão constitucional¹⁹. Apenas bem mais tardiamente passaram a ter efeitos, no di-

reito privado e no direito constitucional, autodescrições que não mais veem as ordens sociais como meros produtos da ação privada autônoma de indivíduos, mas sim como instituições com lógicas próprias diversas, cuja autoconstituição, autolimitação e integração coletivas, na sociedade, também passam a ser reconhecidas como problemas constitucionais²⁰. Com isso, a temática do constitucionalismo social é colocada em sentido próprio. A questão de se o sistema político assume o papel decisivo na constitucionalização de âmbitos sociais parciais ou se esses se constituem autonomamente se desenvolverá em uma das questões fatídicas do século XX.

2. Constituições sociais totalitárias

A resposta mais radical às tendências centrífugas da sociedade moderna foi dada pelos totalitarismos políticos do século XX. O constitucionalismo liberal havia remetido as diversas ordens sociais à latência jurídico-constitucional, mas essas se deslocaram, nos conceitos totalitários, para o centro da pretensão estatal de controle. Sabidamente, o Estado totalitário distingue-se por tentar subjugar à sua constituição política cada uma das instituições sociais. Isso se dá na forma de uma consistente regulação de todos os âmbitos sociais, em relação aos quais não se fixam parâmetros apenas na forma de uma constituição parcial geral ou na forma de leis gerais, mas sim prevalece uma intervenção política imediata. Também aqui a questão de um constitucionalismo social permanece em latência, não porém pelo fato de os âmbitos sociais parciais serem ignorados,

18 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Frankfurt, 2008 [1821].

19 Especialmente Emile Durkheim, *Über die Teilung der sozialen Arbeit*, Frankfurt, 2004 [1883], p. 39 ss., p. 163 ss.; Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Florenz, 1918; Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution et de la fondation: Essai de vitalisme social”, in: HAURIOU, Maurice, *Aux sources du droit*, Caen, 1986 [1933], p. 89-128. Um panorama sobre as teorias constitucionais sociológicas é oferecido por Thornhill, “Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions”, p. 2 ss.; especialmente em relação a

constituições de âmbitos sociais parciais ver Verschraegen, “Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights”.

20 Para o direito privado ver especialmente Ludwig Raiser, “Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht”, in: Rechtswissenschaftliche Abteilung der Rechts- und Wirtschafts-Wissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen (Org.), *Summum ius summa iniuria*, Tübingen, 1963, p. 145-167. Para o direito constitucional ver Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, Heidelberg, 1983.

mas por serem subjugados à pretensão totalitária político-estatal. A isso serve principalmente o partido político único, que se estabelece como burocracia paralela sobre cada uma das atividades sociais, controlando-as politicamente²¹.

No entanto, tanto nos regimes socialistas quanto nos fascistas, é notável, embora frequentemente negligenciado, o fato de que, apesar de suas pretensões políticas totalitárias, não é consumada uma desdiferenciação completa da vida social como um todo. O programa consiste antes em sustentar uma autorregulamentação de setores sociais, assegurar o apoio de suas elites por meio da incorporação, na política, de instituições “privadas”, para então as instrumentalizar politicamente. Esses regimes concentram sua atenção justamente nos âmbitos sociais autônomos originados da diferenciação funcional, de modo a poder requerer seu apoio e seu desempenho ótimo para fins da política. Eles buscam alcançar a “sincronização” política dos diversos setores, necessária para esse objetivo, com uma refinada dupla-estratégia. Assim, as constituições sociais totalitárias são mal-interpretadas quando compreendidas como uma anulação regressiva da diferenciação funcional, em favor da lógica do político²².

21 Sobre as constituições do fascismo ver Ernst Nolte, *Der Faschismus in seiner Epoche: Action Française, Italienischer Faschismus, Nationalsozialismus*, Munique, 2008; Stanley Payne, *Geschichte des Faschismus: Aufstieg und Fall einer europäischen Bewegung*, Berlim, 2001. Sobre a constituição da democracia de conselhos no socialismo ver Ralf Burnicki, *Anarchismus und Konsens: Gegen Repräsentation und Mehrheitsprinzip: Strukturen einer nichthierarchischen Demokratie*, Frankfurt, 2002.

22 Uma análise, com base na teoria dos sistemas, do sistema social soviético e suas relações ambivalentes em relação a diferenciação funcional é oferecida por Nicolas Hayoz, *L'étrointe soviétique: aspects sociologiques de l'effondrement programmé de l'URSS*, Gené, 1997. Para constituição da sociedade na República Democrática Alemã essa ambivalência – promoção da diferenciação e ao mesmo tempo a tentativa de “homogeneização” de sistemas parciais diferenciados – é confirmada por Detlef Pollack, “Das Ende einer Organisationsgesellschaft – Systemtheoretische Überlegungen zum gesellschaftlichen Umbruch in der DDR”, in: *Zeitschrift für Soziologie* 19 (1991), p. 292-307, aqui, p. 293 s. Para análises dos regimes fascistas e nacional-socialistas, com base na teoria dos sistemas, ver Thornhill, “Towards a Historical Sociology”.

Ao contrário, o Estado total leva a diferenciação funcional da sociedade moderna em conta, uma vez que não abandona a pluralidade das ordens sociais, mas sim mantém essas ordens, para se fazer apoiar por suas instituições; contudo, constitui-as como organizações formais e hierárquicas, buscando com isso subjugá-las a seu controle.

Enquanto a primeira estratégia resulta em uma totalização da organização formal, a segunda estratégia objetiva uma totalização da política. A fim de atingir a integração política compulsória da persistente pluralidade de âmbitos sociais formalmente organizados, o partido único vincula essa pluralidade, em um rigoroso acoplamento, ao sistema político (em vez de a politizar continuamente – a diferença é crucial). O sistema de conselhos dos soviéticos abole o parlamentarismo burguês e busca organizar politicamente a sociedade como um todo de tal forma que os diversos âmbitos de produção sejam constituídos hierarquicamente e o partido único assuma o controle político dos diversos âmbitos sociais. A “nova constituição econômica e social” dos Estados fascistas, por sua vez, é caracterizada por uma contínua substituição da racionalidade de mercado pela racionalidade de planejamento com a concomitante manutenção das instituições básicas da economia de mercado²³. Diversos setores sociais são mantidos, em sua lógica própria, sob o equivocado título de uma restauração estatal-corporativista, mas são em seguida formalmente organizados e trazidos sob o controle político da organização paralela do partido fascista. “Corporativismo estatal”, ou corporativismo autoritário, designa a forma da constituição estatal das organizações sociais, na qual a limitação numérica, o monopólio de defesa e o caráter compulsório de coletividades sociais são atingidos através das restrições estatalmente orientadas, da eliminação política do pluralismo e da regulação por meios jurídicos coercitivos²⁴. “Sociedades organizadas” autoritárias procuram atin-

23 Rigoroso em relação à conexão entre constituições dos âmbitos parciais estabilizadas pelo Estado e as estruturas sociais subjacentes no nacional socialismo ver Gert Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus. Volume 2: Vom Faschismus bis zur Gegenwart*, Frankfurt, 1979, p. 25 ss., p. 35 ss.

24 Para identificação do corporativismo estatal ver Philippe C. Schmitter, “Still

gir a integração de âmbitos sociais autônomos e divergentes, constituindo-os compulsoriamente como organizações formais, que asseguram seu apoio através na incorporação formal à política, e disciplinando tais organizações por meio de rígido controle político²⁵.

Em razão de sua repressão, as constituições sociais totalitárias encontram-se hoje definitivamente desacreditadas. Dois equívocos graves são responsáveis por seu fracasso histórico, que as subvertem em relação às estruturas da sociedade moderna. A dinâmica da diferenciação funcional foi sufocada justamente pela dupla estratégia dessas constituições autoritárias: por um lado, perpetuando a autonomia de âmbitos sociais parciais – tanto através do sistema de conselhos quanto através das organizações profissionais corporativistas –, enquanto, por outro lado, aproveitando-se dela para fins políticos²⁶.

O primeiro equívoco esconde-se na estratégia da organização. Ela acaba por errar o alvo, por se deixar fascinar excessivamente pela capacidade das grandes organizações formais, nas quais se encontram agrupadas as energias das profissões e seus *constituencies*. Uma vez que ela constitui cada um dos grandes sistemas funcionais da sociedade, como uma organização hierárquica formal, exclui-se o intercâmbio entre o núcleo profissional-organizacional de um sis-

the Century of Corporatism?", in: PIKE, Fredrick B.; e STRITCH, Thomas (Orgs.), *The New Corporatism. Social-Political Structures in the Iberian World*, London, 1974, p. 85-131.

- 25 Uma detalhada análise comparativa das constituições de um corporativismo autoritário na Itália, Espanha, Portugal e Alemanha pode ser encontrada em Thornhill, *A Sociology of Constitutions*, p. 310 ss. A grande diferença das constituições sociais socialistas e fascistas consiste no fato de a constituição socialista evitar estritamente a incorporação de grupos sociais através de um corporativismo autoritário e, no lugar disso, intensifica o controle da sociedade através do partido político, *ibidem* p. 327 ss.
- 26 Hayoz descreve o efeito dessas duas estratégias como "deficiência ou bloqueio da diferenciação funcional ao nível regional", Nicolas Hayoz, "Regionale 'organisierte Gesellschaften' und ihre Schwierigkeiten mit der Realität funktionaler Differenzierung", in: *Soziale Systeme* 13 (2007), p. 160-172. Para os bloqueios paralelos no fascismo ver Thornhill, "Towards a Historical Sociology".

tema funcional e o âmbito espontâneo que lhe é atribuído – isto é, o intercâmbio entre organizações do governo e a esfera pública, entre sociedades empresariais e o mercado, entre tribunais e os jurisdicionados, entre os órgãos de imprensa e o público. A estratégia da organização desconhece o segredo do funcionamento da diferenciação funcional, que torna os âmbitos espontâneos justamente úteis em sua força criativa²⁷. O potencial reflexivo social não está concentrado, de forma alguma, nas organizações formais, nas corporações empresariais, nas organizações científicas, nos tribunais, nos órgãos de comunicação em massa, mas atuam simultaneamente nos âmbitos sociais espontâneos. A estratégia de se constituir todos os âmbitos funcionais como organizações formais desconhece a "compreensão, de que nenhum sistema funcional pode, como organização, ganhar sua própria unidade"²⁸.

O segundo equívoco esconde-se na estratégia de integração típica das constituições totalitárias com ajuda da unidade política partidária. Ela erra seu alvo, por que acopla os setores sociais à política de maneira muito estrita. Ainda que as exigências e subsequentes controles da política não acabem por abolir a dinâmica própria de outros sistemas funcionais, esta é imobilizada de uma maneira insustentável²⁹. A desejada organização formal dos sistemas funcionais e sua contínua politização através da unidade partidária até conseguem, a curto prazo, atingir uma mobilização inesperada das forças sociais. A longo prazo, no entanto, essa concentração de energias sociais acaba por pagar o preço com uma crescente rigidez, incapacidade de adaptação e criatividade social mais limitada³⁰.

-
- 27 Exemplos de âmbitos de organização e âmbitos espontâneos dentro de sistemas sociais parciais ver Teubner, "Globale Privatregimes".
- 28 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 841 ss., p. 1.084 ss.; Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen, 2000, p. 384 s.
- 29 Hayoz, "Regionale organisierte Gesellschaften", p. 165 s.; Pollack, "Ende einer Organisationsgesellschaft", p. 297 ss.; Thornhill, "Towards a Historical Sociology".
- 30 Sobre o fracasso do Estado nos regimes fascistas, ver Tim W. Mason, *Social Policy in the Third Reich: The Working Class and the 'National Community'*, Oxford, 1993, especialmente p. 107.

3. Constituições dos âmbitos parciais no Estado social

3.1. Lições históricas

As concepções de meados do século XX sobre o Estado social reprocessaram a fundo essas experiências históricas: (i) a de como o constitucionalismo liberal ignorou as ordens sociais e (ii) a de como os regimes totalitários as absorveram completamente. Como consequência, encontraram uma formulação verdadeiramente ambivalente para a pergunta sobre se e como os âmbitos sociais parciais devem ser constituídos. A lição dos totalitarismos foi aprendida. As constituições dos Estados sociais, a partir de 1945, podem ser lidas como reação contra os “programas constitucionais altamente interpenetrativos e quase corporativistas dos anos 20 e contra o processo de colonização social por meio de regimes autoritários dos anos 30”³¹. Elas respeitam a autonomia e a capacidade dos sistemas sociais parciais e recusam-se a fixar suas estruturas fundamentais por meio de um controle político direto. Os Estados sociais, portanto, restringem-se a impor-lhes delimitações constitucionais moderadas. Com isso, elas aprenderam, ao mesmo tempo, as lições da abstinência das constituições liberais. Tanto em suas externalidades negativas, quanto em suas tendências centrífugas, a dinâmica própria coletiva dos sistemas sociais parciais entrou tão fortemente na consciência pública, que não é mais plausível deportá-la para a latência do modelo baseado na autonomia privada individual.

A reação é dupla. Por um lado, o Estado de bem-estar social organiza vários regimes sociais funcionais sob sua direção: educação, ciência, saúde, radiodifusão e televisão são constituídos como instituições semiestatais, às quais o Estado concede uma autonomia limitada. Por outro lado, o Estado de bem-estar social deixa outros

sistemas parciais, especialmente a economia, em sua autonomia social, assumindo para si, no entanto, a tarefa de coordenação da sociedade como um todo³². Com essa orientação, a política do Estado de bem-estar social tem a pretensão de normatizar, além da mera regulação da sociedade, também a constituição interna dos âmbitos sociais parciais autônomos. O protótipo é a constituição da empresa, que implementou, por meio de legislação estatal, direitos de coparticipação a determinados grupos sociais, abandonando, contudo, os resultados da autonomia aos atores sociais. O problema da formação da sociedade no Estado social é: como fomentar a autonomia dos sistemas parciais e, ao mesmo tempo, evitar que eles causem danos sociais com suas tendências centrífugas e expansivas? Um dos problemas mais explosivos da diferenciação funcional traduz-se em uma questão da política estatal de constitucionalização: quanto de “expansão para dentro” gera a sociedade, a quanto de monetarização, cientifização, medicinização, midialização ela pode resistir?³³ Consequentemente, os diversos conceitos de constituição da sociedade do Estado social buscam produzir um equilíbrio precário entre, de um lado, a intervenção constitucional estatal nas ordens sociais parciais e, de outro lado, o respeito do constituinte estatal diante de suas constituições próprias³⁴. Mas como esse equilíbrio pode ser atingido?

3.2. Constitucionalismo estatal da sociedade

Um constitucionalismo da sociedade (*Gesellschaftskonstitutiona-*

32 Para as duas formas de aparição ver Thomas Vesting, “Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne”, in: KORIOH, Stefan; e VESTING, Thomas (Orgs.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts: Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?*, Tübingen, 2012, no prelo, manuscrito p. 4 ss.

33 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 757.

34 O quão precário é esse equilíbrio mostra-se na postura ambivalente da dogmática constitucional diante da questão sobre o fato de ser a lei fundamental não apenas a “constituição do Estado”, mas também a “constituição da sociedade” Herzog/Grzeszick in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz* 58. *Ergänzungslieferung*, 2010, parágrafos 50 ss.

31 Chris Thornhill, “State Building, Constitutional Rights and the Social Construction of Norms: Outline for a Sociology of Constitutions”, in: MADSEN, Mikael Rask; e VERSCHRAEGEN, Gert (Orgs.), *Towards a Sociology of Human Rights: New Theoretical and Empirical Contributions*, Oxford, 2012, no prelo, manuscrito p. 20 s.

lismus) estatalmente instituído, como é defendido no direito constitucional, fracassa em face dessa constelação de problemas³⁵. De acordo com essa visão, a constituição estatal não preveria apenas as normas organizacionais para os três poderes, mas também normas “constitucionais sociais”, ou seja, normas constitucionais elaboradas para instituições sociais não estatais. Na Lei Fundamental Alemã, encontrar-se-iam – especialmente na parte dos direitos fundamentais e na regulamentação das competências legislativas – no mínimo elementos de uma constituição econômica, uma constituição cultural, uma constituição dos meios de comunicação em massa, uma constituição militar, uma constituição ambiental, as quais regulamentam estatalmente as estruturas fundamentais predefinidas desses âmbitos sociais parciais. Como princípios jurídicos de direito objetivo, os direitos fundamentais “organizaram” os sistemas funcionais parciais. Seria a tarefa da doutrina constitucional e da jurisdição constitucional processar, em uma sistemática coerente, esses elementos das instituições sociais parciais organizadas pelo Estado.

Embora se deva dar crédito a esse conceito, na medida em que ele formula explicitamente a questão sobre se e como as instituições sociais devem ser constitucionalizadas, seu problema está na resposta estatista. A crítica a esse ponto será insuficiente se enxergar aqui uma inadmissível hipostasia de normas constitucionais particulares em um sistema completo. Também não atinge o cerne da questão o argumento de que a constituição econômica e os outros âmbitos sociais parciais não são regulamentados pela Lei Fundamental Alemã, sendo deixados, em conformidade com o “postulado da textura aberta” da Lei Fundamental Alemã, à liberdade dispositiva do legislador legitimado democraticamente, uma vez que tal argumento apenas vê um problema de divisão de poderes entre Legislativo e Judiciário³⁶. A verdadeira problemática encontra-se em

35 Principal defensor Rupert Scholz, *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, Munique 1971, p. 154 ss., 158 ss.; Rupert Scholz, *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*, Berlim, 1978.

36 Para crítica ver Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte, Staatsrecht II*, Karlsruhe, 1998, parágrafo 104; Rainer Wahl, “Der Vorrang der Verfassung”, in: *Der Staat* 20 (1982), p. 485-516, aqui, p. 508 ss.; Herbert Krüger, “Sub-

saber o quanto a pretensão constituinte do Estado, que não mais se limita aos processos políticos em sentido estrito, deve normatizar as ordens social e econômica. A reveladora formulação de que as normas constitucionais estatais “organizam” por si mesmas os “sistemas autônomos de ação e os sistemas funcionais da sociedade”³⁷, é uma típica superestimação do poder regulador estatal frente à obstinação evolutiva da diferenciação social. Com isso, fica claro que o constitucionalismo social estatista, justamente sob a manta de uma doutrina de direito constitucional, exhibe graves tendências no sentido de um autobloqueio. Mesmo sociedades organizadas na forma de Estado de bem-estar social conhecem esses “effets pervers”, quando elas compreendem sociedade como uma manifestação quase estatal, quando “um corporativismo de grupos profissionais específicos e um dirigismo estatal geram uma sociedade de organizações bastante rígida e altamente estratificada”³⁸. Tendencialmente, isso leva a uma autossobrecarga do Estado, a uma falsa estatização da sociedade e a uma fixação constitucional de posições de poder consolidadas dentro dos âmbitos sociais parciais³⁹.

3.3. Politização de âmbitos sociais parciais

Variações de um constitucionalismo social, no Estado social

konstitutionelle Verfassungen”, in: *Die Öffentliche Verwaltung* (1976), p. 613-624.

37 Scholz, *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, p. 131. A tentativa de se relativizar o estatismo com o conceito de constituição da sociedade “distanciadora” também não leva muito longe: “ao contrário do onipresente mandato de ordenação da constituição interventora, a constituição distanciadora limita suas tarefas disciplinadoras a processos sociais concretos de comportamento”, p. 157.

38 Hayoz, “Regionale organisierte Gesellschaften”, p. 163; bastante crítico frente ambas tendências na França ver Yann Algan e Pierre Cahuc, *La société de défiance: Comment le modèle social français s'autodétruit*, Paris, 2007.

39 Isso fica bastante claro em Scholz, *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, p. 188 ss., que toma como inconstitucional, com fundamentos no “direito constitucional de comunicação”, a “liberdade de imprensa interna” no sentido de uma participação quase paritária dos redatores.

em sentido estrito, procuram evitar esse erro fundamental das soluções estatistas. Essas variações veem claramente os perigos totalitários no caso de as constituições sociais (dos âmbitos parciais) se encontrarem sob a curatela estatal; portanto, demandam que, em todas as inclinações para uma constitucionalização social, intervenções político-constitucionais devam sempre ter em mente as especificidades das relações sociais⁴⁰. Para elas, a constituição política não é meramente um instrumento do Estado, mas sim uma “diretiva normativa” que exige participação democrática e proteção de direitos fundamentais para a sociedade como um todo. Os princípios da constituição política, especialmente os direitos fundamentais, não são formulados apenas para a constituição do processo político de construção da vontade: “eles corporificam princípios normativos, aos quais a sociedade mesma se obriga e que devem permear todas as relações sociais”⁴¹. Diferentemente de um controle estatal direto dos processos sociais, elas estipulam que o Estado se limite a impor às instituições sociais a conformação de processos internos de tomada de decisão ao modelo do processo político estatal. A constitucionalização da sociedade é, conseqüentemente, uma tarefa política do legislador parlamentar, que transpõe as prescrições normativas da constituição política para cada um dos âmbitos sociais. No entanto, tais intervenções constitucionais estatais na sociedade deveriam respeitar as peculiaridades do social, que essencialmente são vistas nas relações horizontais entre privados, em oposição às relações verticais do âmbito público (*des Öffentlichen*)⁴².

40 “After all, only constitutional states draw a clear distinction between and establish an institutional separation of the spheres of public authority and of civil society both of which operate according to distinct societal and, consequently, legal logics.” Ulrich K. Preuss, “The Guarantee of Rights: Horizontal Rights”, in: TROPER, Michel; CHAGNOLLAUD, Dominique (Orgs.), *Traité International de Droit Constitutionnel, Tome III*, Paris, 2012, no prelo, sub II.; Ulrich K. Preuss, “The German *Drittwirkung* Doctrine and Its Socio-Political Background”, in: SAJO, Andras; e UITZ, Renata (Orgs.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht, 2005, p. 23-32.

41 Preuss, “The Guarantee of Rights”, sub III 2 c.

42 Uma variante sobre isso apresenta o conceito de “constituição total” que

A teoria sociológica do *private government* realizou aqui um trabalho pioneiro, na medida em que ela analisou as corporações empresariais e outras organizações privadas como associações políticas de poder, demandando correspondente transferência de princípios políticos para organizações privadas. Seu mérito é identificar empreendimentos de economia privada, ao mesmo tempo, como empreendimentos parapolíticos, como sistemas cuja função seria a construção de poder organizado para a produção de decisões vinculantes para a coletividade pertinente à tal organização⁴³. Dentro de organizações econômicas orientadas, à primeira vista, exclusivamente pela eficiência do mercado, essa teoria pôde identificar genuínos processos políticos de poder, permitindo, com isso, analogias em relação aos grandes sistemas políticos. Portanto, trata-se, de uma perspectiva político-jurídica, de uma crítica de poder e de uma redução de poder, ou ao menos de legitimação e limitação – justamente de constitucionalização do poder econômico. De modo análogo à constituição da soberania político-estatal, os *private governments* precisariam fabricar sua legitimidade por meio de uma configuração explicitamente política de suas regras organizacionais, bem como assegurar espaços de liberdade a seus membros por meio de mecanismos equivalentes aos direitos fundamentais. As relações sociais de poder são limitadas por meio de uma constitucionalização – especialmente via direitos fundamentais –, cuja responsabilidade é do legislador parlamentar.

não tem em vista tanto o papel da política estatal na constitucionalização de âmbitos sociais parciais, mas sim o do direito estatal, especialmente o papel da jurisdição constitucional e das elites jurídicas. Sobre isso ver Mattias Kumm, “Who’s Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law”, in: *German Law Journal* 7 (2006), p. 341-369; Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.), 2004. Mas a “constituição total” pode ter drasticamente subestimado a contribuição da autoconstitucionalização dos sistemas sociais em favor da influência do direito.

43 Textos-chave Selznick, *Law, Society and Industrial Justice*; Robert A. Dahl, *After the Revolution? Authority in a Good Society*, New Haven, 1990, p. 80 ss., p. 100 ss.

Naturalmente, a teoria do *private government* está intimamente relacionada a organizações formais ou talvez apenas a corporações empresariais. Por consequência, teorias mais abrangentes de uma constituição econômica e social de Estado social sustentam que a pretensão de constitucionalização precisa ser expandida para os processos econômicos como um todo e, ao mesmo tempo, para outros processos sociais. O ponto de partida foi a “ideia [política] de uma constituição do trabalho”, isto é, “aquela ordem que garante aos trabalhadores, nos setores determinados por lei ou por acordos, a um coexercício dos direitos de decisão que antes eram atribuídos exclusivamente aos empregadores”⁴⁴. Essa ideia será posteriormente generalizada ainda mais fortemente. A constituição política é compreendida como “constituição social geral” (*gesellschaftliche Gesamtverfassung*), com a consequência de que a participação democrática e a garantia dos direitos fundamentais devem ser estendidas, pelo legislador, para todas as organizações socialmente relevantes, que só até esse ponto detêm legitimidade⁴⁵. O programa pode ser entendido como um disciplinamento da ordem social capitalista por meio de intervenções da política estatal. Essas intervenções se efetivam, em larga medida, diretamente com regulações jurídicas da sociedade; contudo, de forma não menos relevante, elas se dão, indiretamente, pela imposição aos sistemas sociais parciais de constituições conformes ao modelo da política democrá-

44 Ver Hugo Sinzheimer, “Das Wesen des Arbeitsrechts” in SINZHEIMER, Hugo, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Frankfurt sobre o Meno 1976 [1927], p. 108-114; a citação, aqui, é da página 108.

45 Programático ver Helmut Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen, 1975, p. 47 ss.; Helmut Ridder, *Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat*, Stuttgart, 1960, p. 18; Preuss, “The Guarantee of Rights”. Em uma perspectiva de direito comparado ver Anderson, *Constitutional Rights*; Gavin W. Anderson, “Social Democracy and the Limits of Rights Constitutionalism”, in: *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 17 (2004), p. 31-59. Para uma transmissão do programa para a União Europeia ver Florian Rödl, “Constitutional Integration of Labour Constitutions”, in: ERIKSEN, Erik et. al. (orgs.), *Law, Democracy and Solidarity in a Post-national Union*, London, 2009, p. 152-171.

tica. Um pano de fundo sociológico é proporcionado pelos conceitos de transformação da sociedade como o de Polanyi, os quais constata a implacável economicização da sociedade, ao mesmo tempo em que identificam movimentos sociais contrários que tentam reconstruir o “manto de proteção de instituições culturais específicas” contra a total economicização da sociedade⁴⁶.

Tais intervenções constitucionais do Estado social na sociedade subestimam sistematicamente, todavia, o potencial das instituições sociais de desenvolverem suas constituições próprias (*Eigenverfassungen*), ainda que essas intervenções constitucionais do Estado social procurem preservar a sua autonomia. Ao mesmo tempo, elas superestimam as capacidades cognitivas e o poderio do constituinte parlamentar. É ilusório acreditar que o legislativo político definiria autonomamente, em virtude de sua legitimação democrática, as normas fundamentais da economia, da ciência, da arte, da saúde, dos meios de comunicação em massa e as implementariam mediante o direito constitucional. Já Friedrich Schiller sabia que, sobre a constituição interna da arte e da ciência, “[...] ambas desfrutam de imunidade absoluta diante da arbitrariedade do ser humano. O legislador político pode bloquear seu território, porém não o pode dominar”⁴⁷ – mesmo se ele abdicar de regras detalhadas e limitar-se a impor-lhes uma constituição parcial. A constituição política não é um “plano normativo, sobre o qual a sociedade deveria se desenvolver”; ela não é o “projeto de uma boa sociedade, de um futuro que pode ser escolhido”⁴⁸. No que diz respeito às cons-

46 Polanyi, *Great Transformation*, p. 106 ss., p. 182 ss. Na discussão de direito constitucional econômico, acoplam-se explicitamente nas ideias de Polanyi: Marc Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, Baden-Baden, 2001, p. 6 ss.; Christian Joerges, “The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form”, in: JOERGES, Christian; e PETERSMANN, Ernst-Ulrich (Orgs.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford, 2010, p. 491-528.

47 Friedrich Schiller, *Über die ästhetische Erziehung des Menschen in einer Reihe von Briefen*, Frankfurt, 2009 [1879], nona carta.

48 Luhmann, “Politische Verfassungen im Kontext”, p. 21.

tuições sociais parciais, a “politização [direta] de problemas [...] é o melhor caminho para a destruição de complexos processos de auto-organização invisíveis no interior de uma sociedade”⁴⁹. A diferenciação funcional da sociedade não é uma questão de decisão política fundamental, mas sim um processo evolutivo complicado, no qual distinções diretivas fundamentais se cristalizam gradualmente e instituições especializadas se formam de acordo com sua lógica própria. Nesse processo, os sistemas funcionais determinam eles mesmos sua própria identidade, por meio de elaborada semântica da autoatribuição de sentido, da reflexão, da autonomia. A política constitucional pode, no máximo, acoplar-se a tais desenvolvimentos e, em certa medida, interferir de maneira corretiva, mas não pode normatizá-los de forma específica⁵⁰.

Soma-se a isso o fato de a constitucionalização da sociedade promovida pelo Estado social cometer, regularmente, um erro categorial com diversas consequências: os modelos decisórios da política são transmitidos a âmbitos sociais parciais sem serem testados. Ao fazê-lo, espera-se que as tendências de autonomização dos sistemas sociais parciais, tidas como preocupantes, possam ser contidas pela institucionalização, no interior dos sistemas parciais, de processos políticos de formação de poder e de consenso – eleições, representação, oposição organizada, defesa de interesses de grupos plurais, negociação, tomadas coletivas de decisão. O motivo aqui não é, necessariamente, haver uma politização equivocada de instituições sociais, conduzida por partidos proporcionais, mas tal politização é admitida como efeito colateral. O verdadeiro objetivo da constitucionalização do Estado social é alcançar a integração, conduzida pela política, de dinâmicas sistêmicas divergentes, impondo-lhes para tanto uma constituição “política” interna. Nesse sentido, a cláusula do Estado Social e Democrático da Constituição

49 Karl-Heinz Ladeur, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, Tübingen 2000, p. 185. Politização é entendida aqui como solução de problemas através da política institucionalizada, não no sentido de uma politização no próprio sistema parcial. Sobre isso quarto capítulo, item 4.

50 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 745.

alemã, como é entendida, obriga também instituições sociais a adotar estruturas homogêneas com processos de decisão semelhantes aos da política estatal⁵¹. A reforma do ensino superior dos anos setenta oferece material ilustrativo para tais transposições precipitadas, nas quais mecanismos de legitimação e controle que têm sentido no âmbito político são simplesmente transmitidos para as instituições sociais⁵². O difundido padecimento por burocratização democrática das universidades é um sintoma de que um tal mimetismo das instituições políticas, em outros âmbitos, acaba por gerar efeitos contraintuitivos. Não por acaso essa forma de constitucionalização das universidades acabou por se tornar apagada, ao mesmo tempo em que, com isso, um debate mais profundo sobre a constituição da ciência foi desacreditado.

Embora tenha-se criticado, acertadamente, a distinção liberal entre Estado e sociedade, o dualismo do público e privado e o fato do direito constitucional ignorar âmbitos sociais parciais, o erro fundamental de um constitucionalismo do Estado social encontra-se no fato de que ele tira consequências equivocadas dessa crítica. Desconstruir a distinção público/privado já se tornou um ritual hoje, mas a consequência típica do modelo de pensamento do Estado social, que substitui tal distinção por uma fusão do público com o privado em toda a sociedade, é claramente enganosa⁵³. Sociólogos registram sempre a queda do muro entre Estado e sociedade, mas não conseguem ver no seu lugar nada além da politização da sociedade como um todo⁵⁴. Da mesma forma, a distinção entre direito

51 Ridder, *Soziale Ordnung des Grundgesetzes*; Ridder, *Verfassungsrechtliche Stellung der Gewerkschaften*.

52 Um otimismo ininterrupto por uma tal transposição de modelos políticos de decisão para âmbitos fora da política é refletido por Habermas, *Protestbewegung und Hochschulreform*.

53 Importantes contribuições de Morton J. Horwitz, “The History of the Public/Private Distinction”, in: *University of Pennsylvania Law Review* 130 (1982), p. 1.423-1.428; Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, p. 192 ss. Cético contra isso ver Klaus F. Röhl e Hans C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, Köln, 2008, p. 412 ss.

54 Entrementes, *locus classicus* Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, p.

público e direito privado é atacada pelos estudiosos do direito como sendo obsoleta, mas ela deve ser substituída, em sua visão, apenas pela vaga suposição de que o direito privado seria completamente político⁵⁵. Em vez de substituir o ultrapassado dualismo por modelos mais complexos de uma diferenciação plural e então orientar as constituições sociais parciais estritamente em relação às suas diferenças, o conceito de Estado social afirma uma contínua politização da sociedade, procurando estruturá-la por meio da extensão às mais diversas instituições sociais das pretensões normativas que a constituição política dirige à organização do Estado. O resultado é que a diferença fundamental entre a lógica própria da política e dos âmbitos sociais autônomos é inadmissivelmente nivelada⁵⁶. De fato, o conceito de constituições sociais do Estado social desenvolve

uma compreensão bastante ingênua da relação Estado-sociedade, como se o Estado pudesse ditar a estrutura da sociedade e compreende equivocadamente as estreitas relações do Estado com outros âmbitos funcionais sociais (especialmente com o direito e com a economia) como prova de um domínio estrutural do estatal e falha, com isso, em investigar as interdependências entre Estado e outros âmbitos funcionais (especialmente direito e economia) sem atenção para os motivos que lhe são subjacentes⁵⁷.

Em oposição a isso, a questão seria deixar os âmbitos sociais autônomos, por meio de normas constitucionais, com seu direito

97 ss.; para uma perspectiva mais diferenciada ver Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, 1992, p. 435 ss.

55 David Kennedy, "Background Noise? The Underlying Politics of Global Governance", in: *Harvard International Review* 3 (1999), p. 52-57; Karen Engle, "After the Collapse of the Public/Private Distinction: Strategizing Women's Rights", in: DALLMEYER, Dorinda G. (Org.), *Reconceiving Reality: Women and International Law*, Washington, 1993, p. 143-155.

56 Esse é o cerne legítimo da polêmica apontada por Ladeur sobre a excessiva tendência expansiva das pretensões de formação políticas: Karl-Heinz Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft: Zur Verteidigung der Rationalität der 'Privatrechtsgesellschaft'*, Tübingen, 2006, especialmente p. 119 ss.

57 Thornhill, "State Building, Constitutional Rights and the Social Construction of Norms", manuscrito p. 5 s.

próprio e produzir um equilíbrio precário entre autonomia constitucional e intervenção política constitucional⁵⁸. Como já dito, é isso definitivamente o que as concepções de Estado social buscam. Contudo, a integração das dinâmicas próprias divergentes não pode ser atingida por meio da tentativa de se compreender e organizar sistemas sociais parciais como sistemas sociais (para-)políticos. Simplesmente apelar ao legislador para que leve em conta também as especialidades das relações horizontais entre privados não funcionará adequadamente como corretivo. O que falta aos conceitos de Estado social é o respeito incondicional às racionalidades e normatividades próprias dos sistemas funcionais sociais, que se realizam nas constituições próprias dos âmbitos sociais.

4. Constituição econômica como constituição da sociedade

4.1. Constituição econômica ordoliberal

Um respeito incondicional da política pela constituição própria da economia é o que caracteriza a posição econômica contrária à constitucionalização da sociedade típica do Estado social. Ela insiste em uma constituição econômica autônoma diante da política. Esta posição poderia apresentar um potencial promissor, se se enxergasse na constituição econômica o paradigma para uma multiplicidade de constituições parciais autônomas. Mas esse potencial é desperdiçado por meio de questionáveis estreitamentos conceituais econômicos, sendo o mais fatal deles a redução de constituição da sociedade (*Gesellschaftsverfassung*) à constituição econômica. Em perfeito paralelo ao equívoco de uma integração da sociedade por meio de uma politização interna de seus âmbitos parciais, sobre o qual se assentam os conceitos de constituição do Estado social, ela

58 Nesse sentido argumenta também Jens Steffek, "The Legitimation of International Governance: A Discourse Approach", in: *European Journal of International Relations* 9 (2003), p. 249-275, aqui, p. 258, onde ele acentua que as diversas formas de *governance* utilizam-se de diversos princípios e procedimentos de legitimação.

incorre no equívoco de se querer atingir uma integração da sociedade buscando institucionalizar, em todos os âmbitos da sociedade, mecanismos de mercado e a lógica da concorrência.

Propriedade, contrato, concorrência, instituições monetárias – essas instituições fundamentais formam, no ordoliberalismo, a constituição econômica autônoma, que não se esgota nas normas do direito constitucional estatal, mas sim resulta de uma interação entre autorregulação econômica, conhecimento das ciências econômicas e normatização jurídico-política. A legitimidade das instituições jurídicas da constituição econômica não deriva de decisões políticas do legislativo, mas sim, primeiramente, da lógica interna própria das atividades econômicas. Intervenções jurídicas estatais são justificadas em um único caso, mas nessa hipótese são também indispensáveis. Quando a economia desencadeia dinâmicas auto-destrutivas, especialmente limitações à concorrência por cartéis e monopólios, o Estado deve impedi-las. Tais intervenções não devem ocorrer na forma de atos discricionários de poder político, mas sim, exclusivamente, com base em leis gerais⁵⁹.

Em verdade, como já foi dito, esse poderia ser um modelo de pensamento inspirador para uma multiplicidade de constituições parciais da sociedade, no entanto, padece de um economicismo intoleravelmente restrito, especialmente por focar, exclusivamente, no conflito constitucional entre economia e política, que ele soluciona unilateralmente em favor de um primado da economia. Contudo, os não menos graves conflitos constitucionais entre economia e outros sistemas sociais parciais são simplesmente ignorados. Isso se evidencia na teoria ordoliberal dos direitos fundamentais econômicos. Esses são identificados, exclusivamente, nos direitos civis econômicos frente às tendências expansivas do Estado. Essa teoria nunca procura, no entanto, por verdadeiros equivalentes, na econo-

59 *Locus classicus*: Franz Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Berlim, 1933; atualmente o principal defensor: Ernst Joachim Mestmäcker, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2003.

mia, aos direitos fundamentais políticos, isto é, por mecanismos jurídico-constitucionais de proteção frente às tendências expansivas da economia sobre outros âmbitos sociais autônomos, que não são menos problemáticas⁶⁰. Caso fosse levado a sério o conceito de constituição econômica, essa deveria conter, ao lado das regras fundamentais de seu âmbito constitutivo, também regras de limitação das dinâmicas econômicas expansivas. Enquanto o ordoliberalismo exige enfaticamente a limitação da expansão político-estatal, ele permanece cego à limitação das tendências expansivas da economia. Certamente ele tematiza a questão sobre como o poder econômico nos cartéis e nos monopólios pode ser limitado, no entanto, restringe-o aos seus efeitos internos sobre os mercados e sobre os cidadãos de mercado (*Marktbürger*). Restam ocultos os efeitos, possivelmente mais dramáticos, da expansão econômica sobre âmbitos sociais autônomos, cuja integridade deveria ser protegida via direitos fundamentais – seja a integridade do âmbito de ação dos indivíduos, seja a das instituições sociais. Verdadeiros equivalentes aos direitos fundamentais políticos – que sabidamente impõem, com meios políticos, limites às intervenções da política na sociedade – consistiriam em regras contra a expansão da racionalidade econômica na ciência, na arte, na medicina, na cultura e na educação, bem como normas contra a violação da integridade individual por meio da atividade econômica. O ordoliberalismo até institui a exigência de o poder econômico ser reduzido ou mesmo limitado através de normas jurídicas, por meio, por exemplo, de normas como a que estabelece a obrigação de contratar ou a proibição de discriminação para as empresas líderes de mercado. Contudo, não apresenta uma resposta para o verdadeiro problema dos direitos fundamentais de uma constituição econômica, nem sequer o tematiza, a saber: a ameaça à integridade individual e institucional por parte da racionalidade econômica, inclusive em situações sem poder econômico, isto é, mesmo em situações de funcionamento normal do mercado, da concorrência, do meio dinheiro, do mecanismo de preço, do princípio do lucro.

60 Isso foi exemplarmente examinado em suas dimensões constitucionais, mas como *ius supra iura*, por Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht*, p. 11 ss.

Uma oportunidade atual para se ver isso encontrar-se-ia nas novas tendências de privatização, nas quais atividades anteriormente estatais passam agora a ser organizadas de acordo com a lógica de mercado. Para uma constituição econômica que mereça o seu nome, as tendências de privatização seriam uma provocação constante, porque as ameaças aos direitos fundamentais não partiriam mais de instâncias estatais, mas sim de atividades privatizadas. No caso das universidades privadas, colocaram-se questões de direito constitucional econômico do tipo: em uma Universidade-Ltda. (*Uni-GmbH*), seria inconstitucional o direito do gerente de direcionar os cientistas em questões de pesquisa acadêmica? São admissíveis as regras especiais para filhos de ex-alunos e de doadores ricos, comuns nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha? Uma universidade privada pode reduzir as pesquisas fundamentais que sejam pouco lucrativas? A liberdade científica e o foco educacional na formação não estão menos ameaçados quando, em vez de serem subordinadas à racionalidade política, passam a ser subordinadas à racionalidade econômica.

Mas a visão equivocada sobre os direitos fundamentais econômicos não é a única redução economicista. Uma problemática semelhante é querer basear a autonomia da constituição econômica na autoridade das ciências econômicas, como faz, sobretudo, Mestmäcker – isso tanto antes quanto depois da crise financeira. A legitimidade de instituições econômicas seria baseada na sua autorregulação cientificamente justificada, e não em decisões políticas por sufrágio. A pretensão de verdade das ciências econômicas conferiria à constituição econômica sua autonomia frente à pretensão de poder da constituição política estatal, ainda que essa possa invocar para si a legitimação democrática. As seguintes questões, bastante simples, podem indicar quão grotesca é tal concepção neojusnaturalista: uma teoria cognitiva que fornece explicações causais e prognoses, como são as produzidas pelas ciências econômicas, traz já consigo uma legitimidade normativa? Não são necessárias disputas e decisões “políticas”, em sentido amplo, para realizar o salto do cognitivo para o normativo? Quão estável é uma constituição fundada na ciência quando confrontada com controvérsias que não podem ser solucionadas no interior da ciência? A ciência não precisa decidi-las, já que não é compelida a tomar deci-

sões. O direito constitucional econômico, no entanto, precisa decidir. Será, então, que a fundamentação do ordoliberalismo nas ciências econômicas não se trata de uma decisão política encoberta?

Uma constituição econômica autônoma não se deixa absolutamente legitimar pelo tecnocratismo dos mandamentos econômicos. Como ocorre com cada uma das constituições parciais, seja política, seja social, a constituição econômica é um produto de inúmeras decisões tomadas sob incerteza a respeito das alternativas. Nisso se esconde um elemento “político” irreduzível. Não levando em conta esse elemento, qualquer constituição econômica padece então de um déficit de legitimidade, que não pode ser remediado por perspectiva científica, nem por *expertise* profissional, nem por mecanismos de concorrência. Naturalmente, deve-se evitar uma equiparação precipitada entre esse elemento político e uma conexão à política estatal. Antes, vale aqui generalizar-se as perspectivas da teoria do *private government* já comentadas acima, que apontam para o fato de decisões políticas em sentido amplo, isto é, decisões referentes ao bem-comum, serem tomadas não apenas na política institucionalizada, mas também em diversos outros locais na sociedade, especialmente na economia. Aqui se encontra o potencial das constituições sociais próprias, que proporcionam a tais processos políticos um fundamento fora da política institucionalizada. Sua autonomia funda-se não na ciência, nem no mercado ou em mecanismos de concorrência, mas sim em processos políticos de constitucionalização dentro da própria economia. Esse ponto será desenvolvido mais adiante⁶¹.

4.2. Constitutional economics

Na economia surgiu, nesse meio tempo, uma teoria constitucional independente – *constitutional economics*⁶². Ela expressamente

61 Detalhado no quarto capítulo, item 5.

62 Considerado fundador James M. Buchanan, *Constitutional Economics*, Oxford 1991; James M. Buchanan, *The Economics and the Ethics of Constitutional Order*, Ann Arbor, 1994. Para discussões mais recentes Walter E. Block,

não se limita à constituição da economia em sentido estrito, mas sim sustenta que cada agrupamento social e cada instituição social se baseia em regras constitucionais próprias, das quais emanam os fundamentos para as regras operacionais. Em contraste com a redução da constituição da sociedade (*Gesellschaftsverfassung*) à constituição econômica, esse é um avanço interessante, que abre a visão para inúmeras outras constituições parciais na sociedade, para além da constituição econômica. Mas esse avanço é revertido por meio de uma nova restrição da visão: as regras de tais constituições devem guiar-se exclusivamente pelos princípios da *rational choice*. Essa teoria não permite, no entanto, desenvolver uma perspectiva para a sociedade como um todo, não pode abrir a visão para os efeitos destrutivos da economia sobre seus ambientes.

Em última análise, trata-se aqui de um imperialismo econômico que está em operação, impulsionando tanto a constituição econômica ordoliberal quanto as constituições de grupos da *constitutional economics*. Tanto as teorias quanto a prática comportam-se de forma imperialista. As teorias alegam poder explicar com seus modelos qualquer comportamento social, inclusive aqueles externos às transações monetárias. A teoria da *rational choice* declara-se competente para tudo, também para a constituição interna do amor, da ciência, da saúde, da política. Mas ela permanece cega diante do *proprium internum* de outras racionalidades. Mesmo as teorias mais novas da *behavioral economics*, que argumentam contra um domínio universal da *rational choice* em nome de um maior realismo, perma-

"A Critical Look at The Calculus of Consent", in: *Georgetown Journal of Law and Public Policy* 8 (2010), p. 433-450; Viktor Vanberg, "Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy", in: *Journal of Institutional Economics* 1 (2005), p. 23-49; Stefan Okruch, "Verfassungswahl und Verfassungswandel aus ökonomischer Perspektive", in: BECKMANN, Klaus et. al. (Orgs.), *Eine Verfassung für Europa*, Tübingen, 2004, p. 91-115. Especialmente sobre a constituição do direito privado Wolfgang Kerber e Viktor Vanberg, "Constitutional Aspects of Party Autonomy and its Limits: The Perspective of Constitutional Economics", in: GRUNDMANN, Stefan et. al. (Orgs.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlim, 2001, p. 49-79.

necem aprisionadas ao paradigma econômico e oferecem apenas correções empíricas ao modelo. A prática econômica é igualmente imperialista. Como formas de coordenação social, ela conhece apenas mercado, lucro e concorrência, estendendo-nas também, e sobretudo, para âmbitos externos às transações monetárias, utilizando-se de todos os meios possíveis – inclusive de intervenções políticas construtivistas.

Constitucionalismo econômico, teoria dos custos de transação, teoria dos direitos de propriedade, *public choice*, economia institucional e *legal economics* são várias correntes de um movimento que pretende substituir os conceitos supostamente esvaziados de bem-comum, justiça e solidariedade pelo ideal da eficiência econômica. Com o *pathos* de um direito natural, o movimento fala ao mesmo tempo em nome da "natureza" e em nome da "razão". As legalidades internas do mercado e da organização devem ser a natureza da sociedade moderna, que também deve refletir a constituição jurídica da economia e da sociedade. A filosofia da "*rational choice*" processa os princípios da razão da ordem econômica, que reivindicam validade tanto para as ordens constitucionais políticas quanto sociais⁶³. Ela estiliza-se como resultado de uma mudança de paradigma, que suplanta completamente as antigas orientações político-morais. Em sua pretensão de exclusividade, não tolera junto a si quaisquer outros paradigmas⁶⁴. Para tanto, ela invoca especialmente sua vitória histórica nas ordens sociais modernas, a institucionalização da racionalidade econômica por toda a sociedade e, hoje, por todo o mundo. Nisso se encontra, certamente, sua grande força: pois quem pode resistir ao argumento que de a sociedade moderna é uma sociedade econômica e que o direito constitucional moderno tem que desenvolver formas jurídicas adequadas ao mercado e à economia?

Ao mesmo tempo, no entanto, sua grande fragilidade encontra-se em sua pretensão imperialista. Presa em sua própria ótica, ela consegue perceber as modificações sociais apenas como substituição

63 Brian Barry, *Theories of Justice: A Treatise on Social Justice I*, London, 1989.

64 Por exemplo George L. Priest, "The New Legal Structure of Risk Control", in: *Daedalus* 119 (1990), p. 207-227.

de um monocontextualismo moral-político por um econômico. A partir de uma perspectiva da sociedade como um todo, contudo, torna-se perceptível que a racionalidade da “razão da modernidade” alterou-se para um policontextualismo da modernidade tardia, para um pluralismo de racionalidades parciais que proíbe que direito constitucional, tanto estatal quanto social, reaja com uma mera incorporação da racionalidade econômica. Ao lado da economia, estão, sobretudo, política, ciência e tecnologia, saúde, sistema dos meios de comunicação em massa, o próprio direito e uma variedade de organizações formais que seguem, cada qual, suas racionalidades e normatividades peculiares e formam correspondentes ordens constitucionais autônomas. A tentativa de se dominar essas dinâmicas divergentes por meio de uma economicização forçada é, no mínimo, tão questionável quanto a tentativa de sua politização por meio da constitucionalização do Estado social.

5. Pluralismo constitucional

Desse exame das diversas variantes de um constitucionalismo da sociedade (*Gesellschaftskonstitutionalismus*), pode estabelecer-se um resultado intermediário: a tendência do constitucionalismo liberal atualmente pode ser considerada desacreditada por ignorar constitucionalmente âmbitos sociais parciais. Ainda mais desacreditada está a tendência do contramodelo totalitário, por estender a contínua pretensão reguladora do Estado a todos os setores da sociedade. Em contraste, concepções atuais de Estado social destacam corretamente que o Estado deve normatizar as constituições dos âmbitos sociais parciais, mas que isso só é legítimo se, ao mesmo tempo, respeitar suas autonomias. Contudo, essas concepções subestimam a dinâmica da constituição própria (*Eigenverfassung*) de cada um dos sistemas sociais, na medida em que enfatizam a pretensão conformadora do legislador político democraticamente legitimado, impondo-lhe apenas a limitação pouco efetiva de levar em consideração, na medida do possível, as particularidades dos âmbitos sociais. A contínua injeção de procedimentos políticos uniformes de poder e consenso nos diversos âmbitos sociais parciais tem efeito contraproducente. Por seu turno, as teorias econômicas apostam,

com razão, na autonomia da constituição parcial econômica. No entanto, perdem sua credibilidade ao focar exclusivamente na racionalidade parcial do econômico, rechaçando todas as outras racionalidades parciais como irracionais e apostando na integração da sociedade como um todo via mecanismos de mercado e concorrência.

É necessário então navegar por entre a Cila das constituições sociais do Estado social e a Caríbdis de uma constitucionalização apenas econômica. A bússola é oferecida por um *Rechtsverfassungsrecht* (um “direito à (auto) constituição do/pelo direito e um direito constitucional do direito) no sentido de Wiethölter, no qual as constituições sociais parciais são autônomas e submetidas a intervenções da constituição política apenas em caso de crise:

Levar autonomia a sério significa deixá-la a cargo da autodeterminação e, ao mesmo tempo, a cargo da inevitável externalização (controle de fora), que não deve ser compreendida como heterodeterminação, mas sim como um possível suporte vindo de fora em situações nas quais a autoajuda é impossível. Ela seria comparável à ajuda terapêutica e às estruturas de apoio exteriores ao direito⁶⁵.

Diversas variantes de um pluralismo constitucional tentam, na verdade, conduzir esse difícil caminho⁶⁶. Em alguns países da Europa ocidental, experimenta-se uma multiplicidade de constituições sociais parciais autônomas, concedendo-se à constituição política, no máximo, o *status* de um *primus inter pares*. Política constitucional e direito constitucional sucedem, conseqüentemente, não apenas nas instituições estatais, mas sim em toda a sociedade. Não apenas

65 Rudolf Wiethölter, “Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers”, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 3 (1988), p. 1-28, aqui, p. 27 s. Para o programa de um “(direito à constituição do/pelo direito – direito constitucional do direito (*Rechtsverfassungsrecht*)”. ver Wiethölter, “Recht-fertigungen eines Gesellschafts-Rechts”.

66 A melhor elaboração de um constitucionalismo plural é oferecida, até agora, por Neil Walker, “The Idea of Constitutional Pluralism”, in: *Modern Law Review* 65 (2002), p. 317-359.

ubi societas, ibi ius, mas também *ubi societas, ibi constitutio*. Em inúmeros locais da sociedade, formam-se ordens autoconstituidoras, que são estabilizadas, em diferentes graus, por meio de normas jurídicas constitucionais. O direito precisa formar, correspondentemente, um “constitucionalismo multilateral”, que não vincule as ordens sociais parciais unilateralmente à constituição do Estado, tampouco à economia, mas sim que modele constituições específicas que se ajustem às especificidades das diversas ordens⁶⁷.

5.1. Arranjos neocorporativistas

Especialmente influente tanto prática quanto teoricamente, apresentou-se o neocorporativismo, o qual gerou uma multiplicidade de constituições sociais parciais, especialmente na Alemanha pós-guerra⁶⁸. Ainda que a controvérsia entre as posições neoliberais e intervencionistas tenha prevalecido no campo teórico, a prática social foi dominada por arranjos neocorporativistas. As especificidades do regime neocorporativista encontram-se examinadas a fundo, especialmente, nas teorias político-econômicas das *varieties of capitalism*⁶⁹. A teoria de uma tal constituição social, na qual os

67 Em relação ao exemplo dos direitos de acesso às informações, Wielsch desenvolveu o conceito de “constitucionalismo multilateral”, que orienta o direito constitucional do compartilhamento de conhecimento não unilateralmente aos requisitos funcionais da economia, mas também aos de outros sistemas, especialmente ciência e arte. Ver Wielsch, “Epistemische Analyse des Rechts”, p. 70; Dan Wielsch, *Zugangsregeln: Die Rechtsverfassung der Wissensteilung*, Tübingen, 2008, p. 31 ss.

68 Relevante sobre isso ver Wolfgang Streeck e Lane Kenworthy, “Theories and Practices of Neocorporatism”, in: JANOSKI, Thomas et. al. (Orgs.), *The Handbook of Political Sociology*, Cambridge, 2005, p. 441-460.

69 Observadores estrangeiros conseguiram enxergá-las com muito maior clareza que os alemães, que se deixaram cegar pela grande controvérsia ideológica entre as concepções liberais e de Estado social e, com isso, não conseguiram perceber suficientemente as diferenças entre as economias controladas por associações na Europa continental e suas contrapartes controladas pelo mercado no mundo anglo-americano. Como fonte de referência para as *varieties of capitalism* ver Peter A. Hall, David Soskice

interesses organizados exercem funções quase públicas, foi bastante influente durante a década de setenta, antes de recuar diante da crescente onda liberal dos anos oitenta⁷⁰. Somente após a grande crise financeira é que voltou a despertar maior atenção⁷¹.

A vasta influência de grupos de interesse na política, que se estende do lobismo às funções públicas das associações, passando pelos direitos de manifestação, a institucionalização da coparticipação sindical nas empresas, o controle dos mercados por meio da autoadministração da economia, o importante papel das organizações profissionais em quase todos os outros setores sociais, na saúde, no esporte, na cultura, na ciência, na educação, a constituição dupla dos meios de comunicação de massa – todos esses arranjos neocorporativistas, nos quais a representação dos diversos interesses sociais é institucionalizada, fundam-se nas respectivas constituições reais dos âmbitos sociais parciais, as quais dispõem de regras constitutivas para uma regulação social não estatal, ao mesmo

(Orgs.), *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, 2005.

70 Principais representantes Wolfgang Streeck, “Korporatismus”, in: GOSEPATH, Stefan et. al. (Org.), *Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie, volume 1*, Berlin, 2008, p. 655-658; Wolfgang Streeck e Philippe C. Schmitter, *Private Interest Government: Beyond Market and State*, London, 1985; Schmitter, “Still the Century of Corporatism?”.

71 “Ao lado de ambos os extremos, comunismo e capitalismo, existem ainda alternativas, por exemplo, o caminho escandinavo ou alemão. O sistema chinês trouxe bastante prosperidade à população, contudo a preço de grandes violações dos direitos humanos. O modelo de Estado social alemão, ao contrário, funcionou muito bem. Ele poderia ser também um modelo para o novo governo norte-americano.” Joseph Stiglitz, “Deutschland muss mehr tun”, *Spiegel-Online* 2-4-2009. Mesmo antes da crise financeira, já havia se expressado de forma semelhante, do ponto de vista da história econômica, Werner Abelshauser, *Kulturkampf: Der deutsche Weg in die Neue Wirtschaft und die amerikanische Herausforderung*, Berlin, 2003, p. 177 ss. As profecias contrárias, de que o neocorporativismo havia chegado a seu fim nos tempos de globalização, especialmente Streeck, *Re-Forming Capitalism*, p. 230 ss., mostraram ser prematuras dada a rápida recuperação da economia alemã após a crise financeira.

tempo em que possibilitam que os âmbitos parciais possam atuar como participantes de um processo político de coordenação.

Notável é o realismo com o qual as concepções neocorporativistas analisam a concorrência entre regulação estatal e autorregulação social no processo de constitucionalização. Em contraste à rigidez do corporativismo autoritário estatal dos anos 1930, elas podem sustentar com sucesso que apenas grupos sociais livremente formados, sem adesão obrigatória, são capazes de fazer uso produtivo da interação entre elementos espontâneos e organizados nos sistemas sociais parciais. Outrossim, ao contrário da fantasia da onipotência do Estado social, deixam claro que a coparticipação até pode ter sido institucionalizada pela legislação estatal, mas que não pode funcionar, nem política, nem economicamente, sem a autoconstituição dos sindicatos e das empresas. Finalmente, frente à crítica estatista sobre a dominação das associações, elas destacam os elementos autoconstitucionais de uma mediação de interesses, que acentuam no sistema político a diferenciação funcional da sociedade⁷².

Ao mesmo tempo, elas mantêm distância da economia constitucional. Tal como ela, as abordagens neocorporativistas enfatizam a autoconstituição das instituições sociais. Não se comprometem, no entanto, com as pressuposições artificiais da *rational choice* no processo constitucional. Ademais, elas salientam que a influência da autodireção social depende, em larga medida, de sua estruturação jurídico-estatal. De forma igualmente clara, elas argumentam que o direito de coparticipação conferiu certa permanência à organização espontânea de interesses dos trabalhadores, o que permitiu estabilizar sua influência sobre as decisões da empresa com relativa independência das oscilações do mercado e do poder.

A “constitucionalização triangular” dos âmbitos sociais parciais, isto é, a divisão do trabalho entre autofundação que se constitui (*Selbstkonstituierung*) na sociedade, intervenções constitucionais do Estado e estabilização de tais arranjos por meio do direito – essa

72 Uma comparação detalhada dos corporativismos autoritários e sociais é oferecida por Peter J. Williamson, *Varieties of Corporatism: A Conceptual Discussion*, Cambridge, 1985, p. 137 ss.

pode ser considerada a importante contribuição prática e teórica do neocorporativismo. A intrincada interação, por meio da política e do direito, entre constituições sociais próprias e as constituições externas encontra seu paradigma na coparticipação nas empresas, na qual a direção estatal, por meio de leis de coparticipação e organização de empresas (*Mitbestimmungs- und Betriebsverfassungsgesetz*), é ajustada em estreita colaboração com auto-organização social em empresas e sindicatos, cabendo aos tribunais, por sua vez, reajustar constantemente esse equilíbrio.

O calcanhar de Aquiles do neocorporativismo sempre foi, é claro, a constituição interna das grandes organizações sociais, cuja falta de representatividade e estruturação democrática sempre foi motivo de críticas⁷³. Justamente nesse ponto, inserem-se complementarmente as teorias da *deliberative-participatory polyarchy*, que não apenas enfatizam a relevância das instituições da sociedade civil, como também procuram descobrir seu potencial democrático e conceber um programa para o aumento de sua participação⁷⁴. Em paralelo a isso, teorias da sociedade civil conceberam um programa constitucional para a sociedade organizacional moderna, de acordo com o qual “o poder estatal limitado deve ser restaurado e o controle das minúcias deve ser transmitido à sociedade civil, cujas organizações devem ser politizadas e transformadas em ‘comunidades constitucionalizadas e democraticamente autoadministradas’⁷⁵.”

5.2. Societal constitutionalism

Sobre outro ponto fraco do neocorporativismo, concentra-se a teoria sociológica do *societal constitutionalism*, como desenvolvida por

73 Mais detalhado sobre isso ver Gunther Teubner, *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, Tübingen, 1978.

74 Michael C. Dorf e Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, Cambridge (Mass.), 2003.

75 Paul Hirst, “Democracy and Governance” in: PIERRE, Jon (org.), *Debating Governance*, Oxford, 2000, p. 13-35, aqui citado na página 28. Compare-se também Julia Black “Constitutionalising Self-Regulation” in *Modern Law Review* 59 (1996), p. 24-55.

David Sciulli⁷⁶. O neocorporativismo encontra-se muito fortemente comprometido com o dualismo política e economia e acaba por tornar invisíveis outros setores sociais e interconexões da sociedade como um todo. Como sugere o tão frequentemente utilizado conceito de “mediação de interesses”, o neocorporativismo compreende-se muito estreitamente como um arranjo para a mediação entre a política institucionalizada e a economia. Em sua auto-compreensão, trata-se de uma expansão da política sobre as associações econômicas e os sindicatos, para se utilizar da mediação institucionalizada de interesses para as decisões políticas. Uma tal concepção, concebida tão proximamente à política, subestima a autonomia dos sistemas sociais parciais e sua auto-organização, relativamente distantes da política institucionalizada. Ao mesmo tempo, a concepção é concebida muito orientada à economia, muito voltada às organizações profissionais econômicas, às empresas e aos sindicatos. Aqui seria necessária uma reespecificação na direção de outras lógicas sociais próprias. A teoria do *societal constitutionalism*, de fato, corrige esse déficit, porque ela visa, desde o começo, à sociedade como um todo, em seus mais diversos âmbitos parciais, e não meramente à política ou à economia.

Partindo-se do dilema, enfaticamente analisado por Max Weber, dos diferentes processos de racionalização da modernidade, Sciulli questiona a respeito da existência de forças contrárias a um maciço deslizamento evolutivo na direção de um crescente autoritarismo, que se manifesta em quatro impulsos:

(1) Fragmentação das lógicas de ação, com a consequente intensificação da diferenciação, da pluralização e do isolamento recíproco de esferas de sentido apartadas: cada um dos âmbitos sociais de ação desenvolve sua racionalidade formal idiossincrática, que se encontra em conflito irresolúvel com as racionalidades de outros setores;

76 David Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*; David Sciulli, “The Critical Potential of the Common Law Tradition: Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory”, in: *Columbia Law Review* 94 (1994), p. 1.076-1.123; David Sciulli, *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York, 2001.

(2) Dominância do cálculo instrumental como a única racionalidade que encontra reconhecimento em todos os setores: dada a colisão de racionalidades da modernidade, a lógica do calcular instrumental prevalece sozinha, principalmente na economia e na política, mas também de maneira crescente em outros setores de ação;

(3) Abrangente substituição de coordenação informal por organização burocrática: em todos os âmbitos da vida se difundem, crescentemente, organizações formais hierarquicamente estruturadas, dotadas de conhecimentos especializados, como portadoras da racionalidade formal;

(4) Crescente confinamento na “jaula da servidão do futuro”: especialmente fora da política, cresce nos âmbitos sociais a organização formal das ações, cujos efeitos levam a uma ampla orientação reguladora do indivíduo.

Esse fluxo termina, em toda a sociedade, inexoravelmente em uma situação de intensa concorrência por posições de poder e influência social, de controle social altamente formalizado e de autoritarismo político e social. A única dinâmica social que foi capaz de se opor, de forma efetiva, a esse fluxo evolutivo no passado e que pode oferecer resistência no futuro, é encontrada, segundo Sciulli, nas instituições de um *societal constitutionalism*. Seria decisiva a institucionalização de procedimentos de normatizações não racionais (no sentido de *rational choice*), que se deixam identificar empiricamente em *collegial formations*, isto é, em formas organizacionais específicas das profissões e de outras instituições deliberativas e produtoras de normas. Tais procedimentos,

tipicamente, não se encontram apenas em institutos de pesquisa públicos e privados, em redes de artistas e de intelectuais ou em universidades, mas também em agremiações parlamentares, tribunais, comissões, associações profissionais, assim como no departamento de pesquisa de empresas públicas e privadas, inclusive nos órgãos de gestão e conselhos de supervisão de empresas públicas e privadas⁷⁷.

77 Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, p. 80.

A consequência normativa é que a autonomia de tais *collegial formations* deve ser legitimada publicamente, garantida politicamente e assegurada juridicamente. Para além das garantias de autonomia, historicamente consolidadas, para as esferas religiosas, sindicatos patronais e laborais, livres associações, essas garantias deveriam valer também para “centros de reflexão no interior da sociedade civil moderna, para as associações profissionais e para os centros de prática profissional de empresas, universidades, hospitais, grupos artísticos, entre outros”⁷⁸.

A diferença fundamental entre essas variantes de um pluralismo constitucional e seus rivais do Estado social e econômico reside no papel que elas atribuem à política estatal no processo de constitucionalização social. Diferentemente do que ocorre na economia constitucional, o Estado não está limitado a regulamentar pré-condições mínimas de uma constituição econômica autônoma e a fazer correções apenas nos casos de tendências autodestrutivas. Mas o pluralismo constitucional também não se identifica com a implementação de objetivos políticos por toda a sociedade, como almejado pelas concepções de Estado social. Ele concentra, antes, o papel da política na definição de requisitos constitucionais para os âmbitos sociais parciais, de tal forma que uma estreita cooperação entre atores estatais e sociais possa manter as tendências centrífugas da diferenciação funcional sob controle. É atribuída às instituições políticas do Estado Nacional a tarefa da integração dos sistemas parciais conflitantes, porém não para que tomem decisões materiais coletivamente vinculantes, mas sim para que coordenem a cooperação das organizações sociais e políticas⁷⁹.

Após experiências decepcionantes com um contínuo controle político dos processos sociais, essa parece ser uma redução bastan-

78 Ibidem, p. 208.

79 A teoria do controle mais sofisticada, que atribui ao Estado a coordenação dos processos de decisão entre os sistemas parciais autônomos, foi desenvolvida por Helmut Willke. Helmut Willke, *Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, Frankfurt, 1992; Helmut Willke, *Systemtheorie III: Steuerungstheorie: Grundzüge einer Theorie der Steuerung komplexer Sozialsysteme*, Stuttgart, 1995.

te realista das funções do Estado e, ao mesmo tempo, ambiciosa. Ela requer, no entanto, medidas institucionais que permitam a cooperação dos sistemas parciais autônomos com a política estatal ou que os obriguem a essa cooperação. Isso demanda “uma constitucionalização das relações entre os atores sociais organizados, de modo a proteger sua autonomia e assegurar sua compatibilidade mútua”⁸⁰. A constitucionalização interna desses sistemas parciais objetiva, primariamente, que esses sistemas tornem-se capazes de atuar politicamente, de negociar e de assumir compromissos, transformando-se com isso em parceiros adequados para os esforços de coordenação da política.

Nessa orientação para a cooperação, torna-se claro como as diversas concepções de um pluralismo constitucional se complementam mutuamente. Para as estratégias neocorporativistas, que precisam fabricar a capacidade negocial coletiva dos âmbitos sociais, de modo que possam atuar como interlocutores da política, a diferença entre sistema funcional e organização formal representa um problema extremamente embaraçoso. Isso porque os sistemas funcionais, em si, não são capazes de ação, nem de comunicação, nem de negociação, nem de política. Seu lugar precisa ser ocupado por organizações formais que tenham, enquanto atores coletivos, essas capacidades, mesmo quando elas não possam ser rigorosamente representativas de todo o âmbito que deveriam representar⁸¹. Ademais, deve-se assegurar que as inúmeras organizações dos âmbitos sociais sejam suficientemente centralizadas por meio de organizações “guarda-chuva” hierárquicas ou, pelo menos, por meio de densas redes, para torná-las aptas à participação em sistemas corporativos de negociação. As estratégias da *deliberative-participatory polyarchy*, por sua vez, ao exigir a constitucionalização das instituições sociais, focam-se nas capacidades internas de solução de problemas dos atores coletivos. E a estratégia do *societal constitutionalism* procura ampliar a capacidade de reflexão das instituições sociais por meio da inserção de *collegial institutions*.

80 Willke, *Ironie des Staates*, p. 358.

81 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 843.

Evidentemente, um tal arranjo encontra-se circunscrito às condições especiais do Estado Nacional. Especialmente as pesquisas de Wolfgang Streeck mostraram que o pluralismo constitucional, de fato, tem se mostrado bem-sucedido, mas que ele depende de condições sociais e institucionais que são encontradas apenas nos contextos do Estado Nacional⁸². Entre elas inclui-se, sobretudo, o fato de que o processo político e as organizações estatais dispõem de poder e recursos cognitivos suficientes para gerir um complexo processo de coordenação entre os sistemas parciais divergentes. Até o momento, essas condições estão presentes exclusivamente no Estado Nacional. Além disso, há outras condições sociais que, por sua vez, só existem no quadro do Estado Nacional: uma formação de redes de organizações sociais, que estão dispostas a uma cooperação a longo prazo, sob o princípio da reciprocidade generalizada, e que aceitam também limitações de curto prazo das suas opções de ação, na expectativa de vantagens futuras. Isso levanta a questão sobre a possibilidade de se compor equivalentes de um tal pluralismo constitucional sob as condições da globalização. Deve ter ficado claro, na discussão de suas diversas concepções, à qual problemática fundamental reage o constitucionalismo social: construir pressão externa, para barrar tanto as externalidades negativas como as tendências centrífugas dos sistemas parciais autônomos, por meio de sua autolimitação. Esse problema poderia ser colocado de forma ainda mais acentuada sob as condições da globalização.

82 Streeck, *Re-Forming Capitalism*; Streeck e Kenworthy, "Theories and Practices of Neocorporatism".

Sujeitos constitucionais transnacionais: regimes, organizações, redes*

1. Estruturas específicas do global

Como essa situação se altera na globalização? Reconhecidamente, globalização significa, sobretudo, que a diferenciação funcional primeiramente realizada na Europa e na América do Norte passa a abarcar todo o globo terrestre. Isso não quer dizer que todos os sistemas parciais passam a se interligar ao mesmo tempo, com a mesma intensidade, ao redor do mundo. Religião, ciência e economia estão firmemente estabelecidas como sistemas mundiais, enquanto a política e o direito ainda permanecem, em seu cerne, processos que ocorrem no âmbito de Estados Nacionais¹. Suas comunicações transfronteiras são organizadas, ainda hoje, por meio de relações internacionais de unidades agregadas. Processos jurídicos e políticos genuínos, nos quais as comunicações se interligam diretamente em nível mundial, sem levar em conta a intermediação de Estados Nacionais, formam-se apenas gradualmente. Relações políticas internacionais, direito internacional público e direito privado internacional são substituídos apenas lentamente por processos políticos e jurídicos transnacionais.

Desse descompasso decorre, em comparação com a situação de Estados Nacionais, uma crescente necessidade por uma consti-

* Tradução de Thiago Saddi Tannous.

1 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 145 ss., 806 ss.