LUCAS FUCCI AMATO

Imaginação constitucional: direitos humanos, cultura e desenvolvimento a partir de Luhmann e Unger

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Celso Fernandes Campilongo

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

LUCAS FUCCI AMATO

Imaginação constitucional:
direitos humanos, cultura e desenvolvimento
a partir de Luhmann e Unger

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Professor Titular Dr. Celso Fernandes Campilongo.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

Catalogação da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

AMATO, Lucas Fucci. Imaginação constitucional: direitos humanos, cultura e desenvolvimento a partir de Luhmann e Unger / Lucas Fucci AMATO; orientador Celso Fernandes Campilongo -- São Paulo, 2017. 419 f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.
1. Teoria da Constituição. 2. Direitos Fundamentais. 3. Sociologia da Constituição. 4. Niklas Luhmann. 5. Roberto Mangabeira Unger.

I. Campilongo, Celso Fernandes, orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

NOME: Lucas Fucci Amato

TÍTULO: Imaginação constitucional: direitos humanos, cultura e desenvolvimento a partir de Luhmann e Unger

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Professor Titular Dr. Celso Fernandes Campilongo.

Aprovada em: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Celso Fernandes Campilongo — Instituição: Universidade de São Paulo

Julgamento: _____ — Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ — Instituição: _____

Julgamento: _____ — Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ — Instituição: _____

Julgamento: _____ — Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ — Instituição: _____

Julgamento: _____ — Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ — Instituição: _____

Julgamento: _____ — Assinatura: _____

Aos meus pais, Rita e João, que me deram sempre as melhores formas, cores, sons, risadas e ideias imagináveis; e às minhas avós, Emma e Nisa, que viveram e contaram as melhores histórias.

AGRADECIMENTOS

> [...] assim que ele sair agora pela cancela, tudo isso se tornará uma lembrança e para ele perderá para sempre sua importância real, e dali a um ano ou dois todas essas imagens agradáveis vão ficar embaçadas em sua consciência, no mesmo nível das coisas imaginadas e das fantasias.[1]

Mais do que por uma formalidade, agradeço aqui a cada um com quem aprendi e sem cuja intervenção na minha trajetória esta tese seria, em seu conteúdo e em sua forma, bem diferente. Reconheço a cada página a marca ora de um ora de outro desses mestres.

Ao meu orientador, professor Celso Campilongo, devo agradecer sobretudo pela acolhida generosa a este projeto de doutorado direto e pelos diversos meios que propiciou para que o trabalho amadurecesse, em clima de liberdade, dúvida e desafio.

Este trabalho nasceu de uma epifania que se seguiu a uma inspiração. A epifania deu-se ao assistir a uma entrevista de televisão do professor Roberto Mangabeira Unger, em 16 de julho de 2012. A partir de então, o contato com sua obra foi uma grande experiência de libertação intelectual. Frequentar seus quatro cursos em Harvard em 2016 foi testemunhar a vitalidade e a grandeza de um pensador extraordinário. Maior ainda foi o entusiasmo de poder com ele conversar sobre diferentes dúvidas e inquietações na escrita deste estudo.

Certamente a primeira inspiração deste projeto veio do professor Marcelo Neves, principal discípulo de Niklas Luhmann na reflexão sobre teoria constitucional. Desde a primeira semana do meu curso de graduação, em 2009, suas aulas cativaram-me; seu estímulo, consideração e exemplo desde então foram sempre valiosos e insubstituíveis.

[1] Tchekhov, 2014 [1887], p. 49.

Meu supervisor em Harvard, professor Samuel Moyn, combinou atenção inestimável com ideias muito provocantes. A ele agradeço pela viabilização daquela experiência de pesquisa.

O apoio pessoal e as muitas lições do professor Orlando Villas Bôas Filho também me marcaram como uma referência permanente e determinante para os rumos que aqui tomei. Registro gratidão a ele e ao professor Rafael Pucci, pelas preciosas observações que este trabalho recebeu na banca de qualificação de tese; e aos mestres com quem pude aprender durante o curso de doutorado na USP, seja por suas aulas, seja pela bibliografia indicada – especialmente Álvaro de Vita, Rainer Schmidt, Ronaldo Porto Macedo Junior, Diogo Coutinho, Carlos Portugal Gouvêa, Calixto Salomão Filho e Elza Boiteux. Ainda, em Harvard foram muito importantes o curso de teoria do direito e os esclarecimentos do professor Lewis Sargentich. Agradeço também, pelos incentivos, aos professores Carlos Sávio Teixeira e Willis Santiago Guerra Filho.

Seria imensa e com injustos esquecimentos a lista dos colegas com os quais troquei tantas ideias e muito aprendi no percurso de construção desta tese. Antes uma omissão geral e abstrata do que uma injustiça individual e concreta.

Não posso omitir, porém, o agradecimento especial que devo à Universidade de São Paulo (USP) e à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP, processos 2014/02114-6 e 2015/24200-4), que proveram uma infraestrutura privilegiada para esta pesquisa, quase ininterruptamente desde a iniciação científica, na graduação, até a conclusão do doutorado direto. Também à Harvard Law School e ao Harvard International Office agradeço pela oportunidade de aprender e pesquisar nas melhores condições imagináveis.

Um homem de 50 anos, relativamente pobre e com tempo de sobra, começa a ler livros sobre cavaleiros andantes. Animado pelas leituras, resolve sair de seus cômodos. Recusando a inevitabilidade da pequenez, quer ser grande. Vê no sacrifício e no enfrentamento o caminho que leva à grandeza. Os vizinhos o têm na conta de estranho ou louco. Consegue, porém, recrutar escudeiro, que não acredita em suas fantasias, mas se deixa seduzir por ele. Das lutas que trava, o homem ganha algumas, perde outras e empata em muitas. Trazido de volta para casa, adoece, delira, conclui que se iludira e morre.

Essa é a história de Quixote e Sancho, no curso da qual Quixote começa a sanchificar-se e Sancho a quixotizar-se. É uma história sobre o trabalho do amor e da imaginação diante da morte. Trata de como viver após haver reconhecido o descompasso entre as circunstâncias amesquinhadoras em que todos vivemos e o desejo infinito do infinito. Carrega significado especial para sociedade e cultura como as nossas, que dificultam e desautorizam toda tentativa de virar as costas para o que se pode ver e tocar.

Ideologias e religiões, projetos de renovação política, estética e moral trazem, no mundo moderno, a mensagem dos cavaleiros andantes. Armam a confusão de interesses com fantasias e inspiram a luta contra as rotinas e as soluções de hoje. A imaginação atua duas vezes: abraçando tais mensagens e lutando contra elas, para decantá-las da ilusão. Quando a imaginação, movida por ilusões, começa sua guerra contra a ilusão, ninguém sabe se o desfecho será entendimento aprofundado do ideal ou se será nada, o niilismo.

A imaginação abre caminho para o amor. No início, nenhum de nós é ninguém. Mesmo quando nascidos em situação privilegiada ou bem-sucedidos nas empreitadas mundanas, recebemos da sociedade um roteiro de conduta que nos diz como fazer, pensar e sentir. Ao seguir o roteiro, morremos pouco a pouco. Para sermos gente, aumentando nossa capacidade de amar e ser amados, temos de jogar o roteiro fora.

A essência da sabedoria consiste em aprender a desproteger-nos. É o que nos ensina a imaginação. O erro fatal é apelar ao distanciamento irônico para nos resguardar contra a desilusão e o risco. Mumifica-nos.

Das muitas razões para democratizar a sociedade e assegurar direitos ao indivíduo, a mais importante é permitir a cada pessoa engrandecer-se, quebrando a múmia que a vai encobrindo e matando. As ilusões políticas que mais temos a temer são aquelas que tomam certas instituições como a forma definitiva da liberdade e param no meio a luta contra a mumificação.

Há um problema tanto na aventura moral quanto na transformação política: a incerteza sobre o caminho. Sempre há caminhos diferentes e nunca a escolha é clara e segura. Precisamos descobrir o que é mais e o que é menos ilusório. Para isso, não bastam livros sobre cavaleiros andantes. É preciso sair a campo, arriscando derrotas, desvarios e desilusões. Da ação resultam esclarecimento e esperança. Da imitação da grandeza resulta grandeza.[2]

[2] Unger, 2001a [1998]: 100-1.

RESUMO

AMATO, Lucas Fucci. Imaginação constitucional: direitos humanos, cultura e desenvolvimento em Luhmann e Unger. 2017. 419 ff. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Esta tese de doutorado apresenta um exercício de análise jurídica que concebe os direitos fundamentais como instituições e explora suas configurações alternativas. Em oposição às reduções dos direitos subjetivos a faculdades da pessoa, normas jurídicas ou princípios morais, situa os direitos constitucionais como estruturas que vinculam os "ambientes internos" ou "esferas públicas" dos sistemas jurídico e político (personalidade jurídica e opinião pública). Pergunta como esses direitos funcionam em relação às incongruências da sociedade mundial funcionalmente diferenciada, expressas em semânticas morais que emergem como "autoconsciências" dessa sociedade: os discursos dos direitos humanos, da cultura, da democracia e do desenvolvimento. Constrói uma fundamentação teórica construtivista a partir sobretudo das obras jurídicas e sociológicas de Niklas Luhmann e de Roberto Mangabeira Unger. Descreve a morfologia dos sistemas jurídico, político e econômico, esquadrinhando as formas estruturais e semânticas da cooperação entre direito e política institucionalizada pela constituição. Revisa o constitucionalismo liberal em seus ideais e formas de organização, critica as alternativas esboçadas ao longo do século vinte e apresenta uma diretriz normativa redefinida como base para um novo modelo de direitos ("DIPA"). Sob uma ótica superliberal e à luz do experimentalismo democrático, discerne quatro tipos de direitos: direitos de desestabilização, direitos de imunidade, direitos de participação e direitos de autonomia. Explora, com as ferramentas do direito constitucional comparado e seguindo o construto teórico elaborado, essa modelagem emergente de direitos públicos – focando não apenas os direitos constitucionais em ordens jurídicas nacionais, mas também as implicações para direitos humanos no direito internacional e em outros tipos de ordem jurídica.

Palavras-chave: Teoria da Constituição. Direitos Fundamentais. Sociologia da Constituição. Niklas Luhmann. Roberto Mangabeira Unger.

ABSTRACT

AMATO, Lucas Fucci. Constitutional imagination: human rights, culture and development starting from Luhmann and Unger. 2017. 419 ff. Doctoral Dissertation – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

This doctoral dissertation presents an exercise of legal analysis that conceives constitutional rights as institutions and explores their alternative set-ups. Opposing the reduction of rights to faculties of a person, legal rules or moral principles, it places constitutional rights as structures that bond the "internal environments" or "public spheres" of the legal and political systems (legal personality and public opinion). It asks how these rights work in relation to the incongruities of the functionally differentiated world society, which are expressed in moral semantics that emerge as "self-consciousnesses" of this society: the discourses of human rights, of culture, of democracy and of development. It builds a constructivist theoretical foundation starting mainly from Niklas Luhmann's and Roberto Mangabeira Unger's legal and sociological works. It describes the morphology of the legal, political and economic systems, scanning the structural and semantic forms of the cooperation between law and politics institutionalized by the constitution. It revises the liberal constitutionalism in its ideals and forms of organization, criticizes the alternatives sketched during the twentieth century and presents a redefined normative guideline as a basis for a new model of rights ("DIPA"). From a super-liberal optics and under the light of democratic experimentalism, it envisages four types of rights: destabilization rights, immunity rights, participation rights and autonomy rights. It explores, with the tools of comparative constitutional law and following the designed theoretical construct, this emerging model of public rights – focusing not only on constitutional rights in national legal orders, but also on the implications to human rights in international law and in other types of legal order.

Keywords: Constitutional Theory. Constitutional Rights. Sociology of the Constitution. Niklas Luhmann. Roberto Mangabeira Unger.

RÉSUMÉ

AMATO, Lucas Fucci. L'imagination constitutionnelle: droits de l'homme, culture et développement chez Luhmann et Unger. 2017. 419 ff. Thèse de doctorat – Faculté de droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2017.

Cette thèse de doctorat présente un exercice d'analyse juridique lequel conçoit les droits fondamentaux en tant qu'institutions et puis il explore leurs configurations alternatives. En s'opposant à la réduction des droits aux facultés d'une personne, aux règles de droit ou aux principes moraux, on considère les droits constitutionnels comme des structures qui lient les «ambients internes» ou «sphères publiques» des systèmes juridiques et politiques (la personnalité juridique et l'opinion publique). La thèse demande comment ces droits sont mis en marche par rapport aux incongruités de la société mondiale fonctionnellement différenciée, exprimées dans les sémantiques moraux emergeant comme les «auto-consciences» de cette société: les discours des droits de l'homme, de la culture, de la démocratie et du développement. La recherce établit un fondement théorique constructiviste soutenu avant tout par les travaux juridiques et sociologiques de Niklas Luhmann et Roberto Mangabeira Unger. Elle décrit la morphologie des systèmes juridique, politique et économique, en analisayant les formes structurelles et sémantiques de la coopération entre le droit et la politique laquelle est institutionnalisée par la constitution. L´étude révise le constitutionnalisme libéral dans ses idéaux et formes d'organisation, il critique les alternatives esquissées au cours du XXe siècle et il présente une ligne directrice normative redéfinie comme base d'un nouveau modèle de droits («DIPA»). Sous un régard super-libéral et sous la lumière de l'expérimentalisme démocratique, il envisage quatre types de droits: les droits de destabilisation, les droits d'immunité, les droits de participation et les droits d'autonomie. Avec les outils du droit constitutionnel comparé et suivant la construction théorique conçue, le travail explore ce modèle émergeant de droits publics – en ayant par but pas seulement les droits constitutionnels dans les domaines des ordres juridiques nationaux, mais aussi leurs conséquences pour les droits de l'homme dans le droit international et dans d'autres modèles d'ordre juridique.

Mots clés: Théorie constitutionnelle. Droits fondamentaux. Sociologie de la Constitution. Niklas Luhmann. Roberto Mangabeira Unger.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....14

CAPÍTULO 1. ILUMINISMO SOCIOLÓGICO E IMAGINAÇÃO INSTITUCIONAL: FUNDAMENTAÇÃO DO CONSTRUTIVISMO JURÍDICO...17

1.1. Imaginação sociológica e imaginação constitucional.....18
1.2. As "jurisprudências" dos direitos.....54
1.3. Para além do giro kantiano.....71
1.4. Coda.....129

CAPÍTULO 2. A CONSTITUIÇÃO COMO INSTITUIÇÃO: ORGANIZAÇÕES, AMBIENTES INTERNOS E RE-ENTRADAS PROCEDIMENTAIS.....134

2.1. Direito, política e economia: uma morfologia.....136
2.2. Constitucionalização como institucionalização.....147
2.2.1. Forma tríplice.....151
2.2.2. Tríplice sentido.....155
2.2.3. Tríplice ordem de prestações.....159
2.3. A constitucionalização dos centros organizados.....161
2.3.1. A interpretação dos direitos.....167
2.4. A constitucionalização dos ambientes internos.....184
2.5. Re-entradas procedimentais: ação, crédito e voto.....199

CAPÍTULO 3. CONTINGÊNCIA E TRANSCENDÊNCIA: PARA UM CONSTITUCIONALISMO SUPERLIBERAL.....213

3.1. Liberalismo clássico.....218
3.2. Socialdemocracia.....225
3.2.1. Liberalismo tardio.....234
3.2.2. Republicanismo, comunismo, corporativismo e comunitarismo.....244
3.3. Experimentalismo democrático.....253
3.3.1. O modelo DIPA.....275
3.3.1.1. Direitos de desestabilização.....278
3.3.1.2. Direitos de imunidade.....286
3.3.1.3. Direitos de participação.....296
3.3.1.4. Direitos de autonomia.....306

CAPÍTULO 4. A COEVOLUÇÃO DAS AUTOCONSCIÊNCIAS: CONSTITUCIONALISMO NA SOCIEDADE MUNDIAL.....310

4.1. O contexto pós Segunda Guerra Mundial.....313
4.2. As autoconsciências e o direito: uma ilustração.....330
4.3. Redescrevendo as autoconsciências.....345
4.3.1. Unidades.....347
4.3.1.1. Inclusão/ exclusão e simbiose.....348
4.3.1.2. Mundo/ região e sincretismo.....354
4.3.1.3. Moral/ ética e moralidade de valores.....364
4.3.2. Diferenças.....369
4.3.2.1. Vanguardas e retaguardas.....369
4.3.2.2. Democracia e burocracia.....375
4.3.2.3. Identidade e universalismo.....378

CONCLUSÃO.....384

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....390

INTRODUÇÃO

A imaginação é mais importante que o conhecimento.
O conhecimento é limitado.
A imaginação circunda o mundo.[3]

Os direitos, imaginados como unidade da diferença entre estado e sociedade, emergem enquanto essa diferença simples vai obsolescendo, naufragando, diante da sociedade mundial funcionalmente diferenciada que vai se constituindo. Os direitos propõem liberdade para a política e a economia, a ciência e a religião. Tentam organizar a inclusão da pessoa em cada sistema e, como direitos humanos, no mundo. Ao mesmo tempo, heterogeneidades regionais e segmentações nacionais permanecem como diferenças que fazem a diferença; e aqui encontramos os direitos fundamentais nas constituições.

Nesse cenário, a constituição estrutura o centro organizado do direito e da política, mas também suas "esferas públicas" ou "ambientes internos". Pela personalidade jurídica, as pessoas são observadas como sujeitos de deveres, direitos, poderes e responsabilidades. Tal é o ambiente interno do direito, assim como o mercado é o ambiente interno da economia e a opinião pública, da política.

Minha tese é que variedades de constitucionalismo visíveis ou imagináveis estruturam de modos diversos essas esferas (personalidade jurídica e opinião pública) e, em geral, as interfaces entre direito, política e outros sistemas sociais, com impactos sensíveis em termos de democracia, cultura, desenvolvimento e direitos humanos. Essas são semânticas morais – "autoconsciências" – que alarmam a sociedade sobre problemas estruturais concorrentes; tais ideias-guia podem vir a se encarnar em diferentes soluções de organização dos sistemas sociais, inclusive do direito, da política e de seu vínculo institucional: a constituição.

Pela constituição, o direito imagina a política e vice-versa, organizando os poderes políticos e o judiciário. Mas também pela constituição, o direito e a política imaginam a economia, a educação, a saúde, o esporte, a religião, a arte, a ciência. Essa é a função da constitucionalização de direitos. As constituições imaginam: a política, o direito e o ambiente externo da política e do direito. É preciso, então, (re)imaginar instituições que

[3] Einstein, 1929, p. 117.

imaginam: as constituições e particularmente o ambiente interno que elas estruturam, os direitos fundamentais. Esse é meu tema.

O trabalho busca apresentar uma perspectiva internamente coerente e responsiva ao cenário atual do constitucionalismo. Enfrentar analiticamente as demandas de reconstrução institucional postas e repostas pelas incongruências do desenvolvimento, da cultura e da democracia. Conceber os direitos como instituições. Aqui os direitos não são enfocados como lugares comuns de um discurso moral agnóstico diante dos obstáculos empíricos e teóricos da mudança estrutural da sociedade e de seu direito. Tampouco são reduzidos a tipos de normas jurídicas formalizadas. São analisados sob uma perspectiva que se poderia chamar, por suas influências e ambições, de construtivismo jurídico.

O método geral da pesquisa é a exploração das tensões e complementaridades entre duas grandes empreitadas contemporâneas de pensamento social que buscaram atualizar, criticar e redefinir as perspectivas clássicas do século dezenove. Assim, a argumentação se desenvolve em diálogo com e a partir da obra de dois autores que elaboraram amplas teorias do direito e da sociedade, com reflexões específicas sobre constituição e direitos, assim como sobre cultura, desenvolvimento e democracia: o alemão Niklas Luhmann e o brasileiro Roberto Mangabeira Unger.

O longo e tortuoso capítulo 1 esboça as bases de um enfoque construtivista sobre o direito e os direitos. Aqui o mote central do iluminismo – a emancipação pela razão – é aplicado à discussão sobre um de seus símbolos (os direitos do homem) e se vê confrontado pelo ceticismo sociológico. Dessa confrontação emerge a crítica dos pressupostos e escopos da teoria do direito, assim como a redefinição de um regime de colaboração entre análise sociológica e análise jurídica – o método específico do qual o trabalho passa a se servir e pelo qual os direitos são construídos e observados como estruturas internas do sistema jurídico.

No capítulo 2, as formas semânticas e estruturais da política e do direito (em paralelo ilustrativo com a economia) são mapeadas por meio da construção de uma morfologia desses sistemas – cuja unidade vem a ser precisamente a constituição. Introduzo aqui a ideia da "personalidade jurídica" como ambiente interno ou esfera pública do direito. É o campo de reflexão do ambiente no sistema – todas as pretensões políticas, econômicas, religiosas, científicas, educacionais, sanitárias, artísticas, familiares ou ambientais são traduzidas em termos jurídicos como questões de direitos e deveres, responsabilidade e poder, marcadas com o símbolo da validade. A constituição é uma

instituição que vincula os centros organizados da política e do direito (organização e separação de poderes) e as esferas públicas desses sistemas (opinião pública e personalidade jurídica), produzindo procedimentos, organizações e conflitos pelos quais ela mesma – a constituição – se constrói.

O capítulo 3 firma as bases normativas para uma reconstrução do constitucionalismo. A ideia ungeriana de "superliberalismo" é a diretriz que se contrapõe às versões canônicas ou recentes de liberalismo político. O jogo recíproco entre refinar ideais à luz de suas encarnações institucionais estabelecidas e repensar essas instituições à luz de ideais redefinidos, explorando seus espectros de possibilidade, é aqui praticado em vista das instituições constitucionais consagradas e, especialmente, dos modelos de direitos. Resulta um esboço de quatro tipos de direitos, conforme suas funcionalidades: desestabilização, imunidade, participação e autonomia (modelo "DIPA").

O capítulo 4 apresenta uma perspectiva sobre as assimetrias estruturais da sociedade atual, refletidas na forma de uma autoconsciência global dessa sociedade a respeito de sua fragmentação (a semântica da cultura) e de outros discursos de fundo moral que emergem no ambíguo processo histórico de autonomização dos sistemas sociais – ao mesmo tempo em que firma sua autorreferência, cada sistema funcional propõe-se a resolver todos os problemas do mundo; prega então desenvolvimento (economia), direitos humanos (direito), democracia (política). Como aquele modelo de direitos ("DIPA") se aplica ao sistema jurídico mundial de ordens múltiplas (locais, nacionais, inter, supra e transnacionais) é a questão final enfrentada.

CAPÍTULO 1. ILUMINISMO SOCIOLÓGICO E IMAGINAÇÃO INSTITUCIONAL: FUNDAMENTAÇÃO DO CONSTRUTIVISMO JURÍDICO

> Aquilo que é possível é praticamente infinito; o real, rigorosamente delimitado, pois só uma dentre todas as possibilidades pode vir a ser realidade. O real é apenas um caso particular do possível e, como tal, também pode ser concebido de outra maneira. Assim, para poder adentrar no possível, devemos transformar o conceito de real.[4]

O ponto de chegada deste capítulo é oferecer um conceito de direitos como instituições. A ele chego ao esboçar rudimentos de um enfoque do direito visto como ponto de fuga entre as reflexões jurídicas e sociológicas de Luhmann e de Unger. Por sua vez, esses construtos teóricos são interpretados como versões pós-kantianas e pós-weberianas de teoria social e jurídica. A teoria social construtiva de Unger, informada pelo pragmatismo, e o construtivismo sistêmico de Luhmann abrem as portas para uma abordagem que poderia ser chamada de *construtivismo jurídico*.

O primeiro passo é localizar a problemática dos direitos públicos na reflexão sociológica e apresentar um quadro geral da integração entre as obras de Unger e de Luhmann no plano da teoria da sociedade. Segue-se a visão dos conceitos de direitos nas teorias jurídicas dos séculos dezenove e vinte. O terceiro passo é fornecer as bases jurídicas, sociológicas e epistemológicas para a definição de direitos como instituições.

Assim, o itinerário do capítulo gira, por um lado, em torno de um debate metodológico e, por outro, ao redor de uma definição do conceito de direitos. O debate metodológico envolve a crítica dos pressupostos da teoria da sociedade e a crítica das premissas sociológicas das teorias do direito, que têm implicações para suas visões do raciocínio jurídico e das tarefas da reflexão jurídica. A questão substantiva surge quando se contemplam as bases epistemológicas minadas dessas várias teorias do direito e dos direitos. É então que se coloca a busca afirmativa pelos primeiros traços do conceito de direitos como instituições – mais precisamente, como estruturas internas do sistema jurídico. No próximo capítulo será dado o passo seguinte: definir estas diante de outras

[4] Dürrenmatt, 1987 [1985], p. 54. Comparar Unger, 2007a, pp. 61-2.

estruturas do direito e mapear o regime de cooperação e conflito entre direito e política institucionalizado pela constituição e pelos direitos fundamentais.

1.1. Imaginação sociológica e imaginação constitucional

O problema da autodescrição da sociedade moderna – o tema sobre o qual a sociologia se afirma como a semântica competente – é de que tal sociedade não pode se conter no estado. Que um conceito de sociedade que não se contém no estado se afirme depois do contexto que gestou as declarações de direitos das revoluções francesa e americana, entre outras, não pode ser mera coincidência. O problema da sociologia dos direitos é que a diferenciação da sociedade em relação ao estado é em si uma criação do estado, transcrita juridicamente na forma de direitos. Os direitos afirmam emancipação da economia, da religião e da ciência em relação ao estado na mesma medida em que fazem dessa liberação não um momento definitivo, mas uma decisão política de cuja memória o direito é o guardião. Ao direito constitucional cabe constantemente lembrar ou esquecer essa imunização da sociedade diferenciada em relação ao estado. Tal imunização é uma expectativa generalizada ou uma instituição instituída por meio do próprio estado. O percurso da diferença estado/ sociedade, cujo ponto cego é o espaço imaginário dos direitos, inicia-se com as "sociedades parciais" ou "intermediárias", "grupos primários" e "secundários", alijados da semântica do contrato social e do positivismo jurídico, que representa o vínculo direto entre indivíduo e soberano. Essas sociedades fora do estado mostram que a sociedade não se resume a ele. Para Durkheim[5], serão elas uma condição indispensável para os direitos individuais. Já Marx[6] verá o estado como um "momento" da sociedade civil e reclamará de que nela, onde o homem produz sua vida como pessoa privada, não viverá como o cidadão livre das declarações de direitos. Weber[7] verá a expansão das liberdades no campo econômico associada à administração racional do estado; os direitos, surgidos na semântica do direito natural, serão pragmaticamente postos a serviço da razão instrumental.

A semântica mais afim ao constitucionalismo foi aquela condensada nas teorias contratualistas[8]. O contrato social foi a chave para desdobrar a improbabilidade da sobrevivência de indivíduos e grupos isolados em probabilidade da sua cooperação, o que pressupõe a especialização de cada um. O improvável apoio a um poder superior a todas as

[5] Durkheim, 1992 [1890-1900], cap. 5.
[6] Marx, 1987 [1843].
[7] Weber, 1978 [1922], pp. 666-752.
[8] Sobre constituição e contrato social, ver Schmitt, 2008 [1928], pp. 112-24.

forças individuais torna-se a provável aceitação desse poder como condição para a segurança de todos. A evolução era ainda explicada em termos de suas vantagens racionais, o que sugeriria uma interpretação propositiva ou intencional[9] – nada mais intencional que a assinatura do contrato. Os resultados dessa cooperação institucionalizada a partir do estado (*a* "sociedade civil") são uma complexidade e uma variedade ampliadas dos meios (de comunicação, de produção, de ação). Esse resultado então pode ser visto como um produto *social* do qual se retiram as parcelas individuais. E, como que guiado por uma mão invisível, cada qual, perseguindo seus interesses e buscando riqueza pessoal, contribui para aumentar a riqueza coletiva.

A passagem do estado de natureza ao estado de sociedade (sociedade civil, estado) teve muitos correspondentes na sociologia, quando o próprio estágio inicial foi concebido como uma forma de sociedade (pré-moderna, tradicional) e o estágio atual foi caracterizado como sociedade moderna. Assim, no século dezenove teorizou-se a passagem da comunidade à sociedade (Tönnies), da solidariedade mecânica à orgânica e do direito repressivo ao direito restitutivo ou cooperativo (Durkheim), do "status" ao "contrato" (Maine), da sociedade militar à industrial (Spencer), do estágio teológico ao científico (Comte), da selvageria à civilização (Morgan), da sociedade aristocrática à sociedade de massas (Tocqueville). Em Marx a sociedade sem classes (o comunismo primitivo) passaria à sociedade de classes e retornaria a uma forma superior de sociedade sem classes, que daria início à história da humanidade propriamente dita. Nos dois extremos do século vinte anunciou-se primeiro a progressão irrefreável do irracionalismo à racionalidade instrumental (Weber); depois, a passagem da sociedade industrial à pós-industrial, da modernidade à pós-modernidade, do capitalismo à sociedade pós-capitalista ou sociedade da informação. Luhmann lembra então o juízo de Spencer – o pai do evolucionismo na sociologia – de que a evolução só pode ter seu fim no estado de maior perfeição e mais completa felicidade: "Mais de um século depois, ainda podemos aceitar isso – embora com uma observação adicional: então simplesmente não há fim!"[10]

Assim como na imaginação sociológica, o contratualismo persiste na autoimagem do constitucionalismo. O poder constituinte aparece como a emergência da multidão passional – o povo diretamente, não por qualquer representante – que termina o direito até então existente, estabelecendo uma situação de mero poder, de anomia, ruído e barbárie: um estado de natureza. Os poderes constituídos são gerados então como um pacto (um

[9] Ver Luhmann (2012 [1997], pp. 251-2), sobre evolução.
[10] Luhmann, 2012 [1997], p. 423 (nota 18).

"contrato social") que (re)cria a soberania e garante os direitos, (r)estabelecendo a ordem, a civilização, a "sociedade civil" – o estado identificado com a própria sociedade. Essa identificação é plena na concepção de revolução como a causa da constitucionalização ou reconstitucionalização. Nesse sentido, a revolução é ruptura da ordem anterior e a instauração da nova. O momento de desinstitucionalização e reinstitucionalização do direito, em que se manifesta o puro poder: o poder constituinte – inicial e incondicionado. Na imaginação sociológica, também a revolução permanece entendida como clímax da pressão histórica que atrita as estruturas sociais, fazendo-as integrar-se em uma grande crise, que as destrói, dando início a uma nova forma social.

A sociologia é, como toda comunicação, uma operação de produção da sociedade, portanto historicamente situada. Retira sua plausibilidade do contexto em que se apresenta. Em seu nascimento, no século dezenove, reage a transformações estruturais e semânticas, construindo para análise um objeto próprio (a sociedade), diferente das formas de autodescrição conhecidas em experiências históricas anteriores. Entre as transformações que levam a essa mudança na reflexão[11], a confiança no progresso natural, irrefreável e não autocontraditório é substituída por análises de diferenciação social, dependências organizacionais e estruturas de papéis. A correta ordenação da coletividade, a "vida boa", passa desde antes da revolução industrial a ser observada como conflito entre as aspirações e razões dos indivíduos e a ordem social que lhes atribui e nega oportunidades de realização. Célebre desde o final do século dezoito e ainda em Marx, uma concepção de sociedade a partir da economia ("sociedade civil"/ "economia política") é posta em xeque por controvérsias entre abordagens econômicas e culturais, materialistas e intelectualistas. Observam-se a diferença entre indivíduo e sociedade e suas re-entradas, por meio de conceitos como socialização e papéis sociais. Ainda quando se continua a identificar a sociedade como um conjunto de indivíduos, torna-se viável a crítica ontológica da falsidade das estruturas sociais diante da autenticidade possível da vida coletiva. Assim também foi viável a constatação cética e romântica quanto a essa possibilidade: o diagnóstico da pressão irresistível do racionalismo ocidental (Weber). Ainda hoje, a sociologia pode desesperar-se fazendo uso da semântica iluminista e associando-a à "modernidade": é a tensão entre razão e realidade, a crise e a crítica[12].

[11] Para esse diagnóstico da sociologia clássica, ver Luhmann, 2012 [1997], pp. 3-7.
[12] Ver Kosselleck, 1988 [1959].

Como a sociedade pode ser coordenada e como os direitos atuam nessa coordenação interna[13]? Por uma racionalização de impulsos passionais na construção de uma ordem de solidariedade independente da bondade individual (o contrato social)? Por uma crescente generalização de valores e símbolos que faça frente à diferenciação social (Durkheim, Parsons)? Pela crença na legitimidade da dominação que regule a arbitrariedade do poder-violência (Weber)? Pela separação do homem privado em relação ao cidadão público, pela consagração do estranhamento entre produtor da ordem social e produto dessa ordem (Marx)?

Não seria exagero definir a fundação da sociologia (como ciência da sociedade) a partir da operação teórica de historicização da "sociedade civil". Como narrativa fantasiosa, o contrato social apenas pode ser interpretado como justificação filosófica de que é melhor para os indivíduos (individual e coletivamente) uma ordenação de suas relações, uma mediação institucional de seu autointeresse, e de que essa mediação institucional necessária e suficiente é o estado, que por meio dos direitos define e garante para os indivíduos um recurso simbólico: a definição do "meu" e do "teu" (Hobbes). Por um dispositivo imaginário, a diferença entre natureza e civilização é diferida e transformada pela vontade individual: os indivíduos devem então obediência ao soberano. A institucionalização desse estado de coisas está garantida pelo contrato e ele – não a natureza ou a razão – é o mecanismo regulador da justiça e legitimidade do governo (por vezes autorizando, pelo direito de resistência, a intervenção dos súditos na própria organização do estado e mudança dos governantes).

O estado aparece para os contratualistas como *a* "sociedade civil"; para a economia política, aparece como uma condição estrutural *para a* "sociedade civil", a sociedade comercial, civilizada, moderna. Com Marx, a sociedade civil deixa de ser o estado instituído imaginariamente pelo contrato social e passa a ser um tipo histórico: a sociedade civil burguesa, o capitalismo. Tipos históricos diferem empiricamente a diferença entre natureza e civilização (como propunha a antropologia da época). O contrato social representou a formação do estado como ato pronto e acabado, como estrutura que ordena o caos e a barbárie, tornando viável a sociedade, a civilização. Concentrado o poder no estado, diferenciado o sistema político e sua organização, a razão e os limites de seu funcionamento são definidos pela instituição dos direitos. Então pode se desenvolver a vida privada dos cidadãos, colocando como prerrogativa de cada um fazer uso de sua

[13] Luhmann, 2012 [1997], p. 8.

liberdade econômica e progredir. Os direitos do cidadão são os direitos do "homem egoísta". A sociedade civil passa a ser o contraponto do estado e a esfera da luta de todos contra todos, como se fosse uma continuação do estado de natureza hobbesiano.

Em certo sentido toda sociologia descreve a sociedade a partir de dentro e, de Durkheim a Luhmann, de Marx a Weber, há sempre um diagnóstico de diferenciação social associado à modernidade[14]. No caso de Marx, os direitos permitem uma dupla vida da pessoa: enquanto cidadão do estado e enquanto homem privado, com sua educação, sua profissão e sua religião. Weber descreve a racionalização de diferentes setores da vida, como religião, política, arte e erotismo. Aqui a diferenciação diz respeito ao "politeísmo de valores", que substitui a ordem moral abrangente pré-moderna assim como a solidariedade orgânica toma o lugar da solidariedade mecânica em Durkheim. Parsons desenvolve uma teoria da ação que apresenta a diferenciação de papéis sociais associada ao individualismo moderno. Luhmann expandirá o diagnóstico da diferenciação funcional de Durkheim: não é só a divisão de trabalho e a continuidade das "sociedades parciais" que impedirão a contenção da sociedade pelo estado; o próprio estado não pode se assumir como centro diretor da sociedade, mas apenas como centro organizador de um sistema (o político) cujas operações concorrem com a de outros sistemas parciais da sociedade (o direito, a economia, a religião, a arte)[15]. Os sistemas se observam mutuamente e se fecham de modo que cada qual não pode realizar o trabalho do outro.

O ideário liberal de acabar com as organizações intermediárias – vistas como resquícios do corporativismo medieval – para ligar diretamente o indivíduo ao estado se institucionalizou na forma dos direitos, mas não se concretizou plenamente. Há, paradoxalmente, mais direitos e mais sociedade fora do estado. Marx manteve aquele ideal de outra forma – a absorção da sociedade pelo estado como antessala da extinção do estado e da emergência da comunidade livre. O século vinte e o incremento da diferenciação funcional e da mundialização da sociedade desacreditaram ambas as filosofias da história. Entre o estado mínimo e o estado máximo, um estado que sintomaticamente se define como "social" transformou a funcionalidade dos direitos. É nesse cenário que encontramos Luhmann e Unger. O estado social e as expectativas por ele institucionalizadas são alvos da crítica de ambos. Ao mesmo tempo, o "retorno" a um liberalismo mítico é uma fantasia não autorizada.

[14] Luhmann, 2013 [1997], pp. 1-2.
[15] Luhmann, 2007 [1995].

Mas, afinal, por que invocar precisamente Luhmann e Unger como pontos de partida para este trabalho? Graduado em direito, Luhmann (1927-1998) trabalhou na administração pública em sua cidade natal na Alemanha e em 1961 foi para Harvard estudar com Talcott Parsons. Ingressou na carreira acadêmica pelas mãos de Helmut Schelsky e em 1968 tornou-se professor de sociologia na Universidade de Bielefeld, onde permaneceu até se aposentar, em 1993. Já Unger (n. 1947), graduado em direito no Brasil em 1969, fez mestrado e doutorado na Harvard Law School ao mesmo tempo em que começava a lecionar (no início dos anos 70), até hoje ocupando a cátedra Roscoe Pound.

Na literatura secundária, afora menções passageiras de afinidades ou contraposições, não localizei nenhuma comparação entre os autores da extensão e com o alcance da que proponho[16]. No "debate" direto entre os autores, apenas localizei duas menções que Luhmann, na segunda edição de sua *Sociologia do direito* (1983, primeira edição em 1972), faz a *O direito na sociedade moderna* (1976), de Unger (além de uma referência semelhante em artigo de Luhmann de 1988). A evidente similaridade de escopo e método daqueles livros contemporâneos entre si apenas é confirmada quando Luhmann indica o livro de Unger para o tratamento de um tema nada periférico na própria teoria luhmanniana, isto é, "para uma avaliação da relatividade histórica de um sistema jurídico autônomo"[17]. Essas obras dão pistas sobre a semelhança de família na formação sociológica dos autores, assim como sobre o duradouro impulso que marca suas empreitadas teóricas como revisionárias da tradição que vai de Weber a Parsons[18].

Ambos os autores desenvolveram uma ampla teoria da sociedade e também uma teoria do direito. Eles apresentaram o eixo de suas concepções sobre direitos antes dos 40 anos de idade (Luhmann nos anos de 1960, Unger nos anos 80); por isso, redescrever esses entendimentos à luz das décadas posteriores de sua produção intelectual é também uma

[16] Até o presente trabalho, até onde pude localizar, as comparações mais aprofundadas entre Luhmann e Unger foram as elaboradas por Christodoulidis (1996; 1998, pp. 242-7) e Carassale (2005). O primeiro nota que Luhmann se encaixa no estilo de teoria de "estruturas profundas" criticado por Unger, o que explorarei adiante. O segundo autor, adicionando Habermas na comparação, centra-se na obra juvenil de Unger (anos 70), que sofreu importante virada na década seguinte, e não analisa seus principais livros de teoria social (a trilogia *Política*); oferece uma crítica relevante à concepção normativa comunitarista abraçada primeiramente por Unger, considerando que ela não resolve o problema da imanência e da transcendência (ver *infra 3.2.2*).

[17] Luhmann, 2014 [1983], p. 382, nota 1. Para a outra referência de Luhmann a Unger, ver a discussão *infra 2.3.1*, sobre interpretação jurídica. O encontro entre esses personagens, segundo relato pessoal de Unger, resumiu-se a um simpático e cordial almoço, provavelmente em Frankfurt, durante uma semana em que os alunos de Habermas (e seu assistente de então, Honneth) discutiam a teoria social de Unger.

[18] Sobre o "legado" de Parsons nas teorias da sociedade desde os anos 60, ver Münch (1994). Apesar do status canônico de Parsons na sociologia e da evidente filiação de Luhmann à sua vertente de teorização, há quem considere que a teoria dos sistemas avançada por Luhmann "não tem muito a ver com teoria dos sistemas tal como entendida nas ciências sociais"; o (des)entendimento é complementado pela observação de que é "notoriamente obscura" (Vermeule, 2011, p. 181, nota 3).

oportunidade para a inovação. Que haja divergências, tensões e complementaridades entre os autores é não só natural como produtivo: afinal, este trabalho pretende redescrever suas contribuições para construir ferramentas de observação e usá-las para tratar de temas e problemas específicos. Não é porém uma escolha injustificável, uma justaposição arbitrária e inocente. Essa desconfiança pode começar a ceder quando descemos a alguns paralelos mais concretos. Antes de tudo, poderíamos esquematizar uma dúzia de pontos de fuga entre as construções teóricas de Luhmann e de Unger.

Os autores combinam formação jurídica ao estudo sociológico, apresentando uma reflexão sobre o direito em grau de detalhe que foge aos seus contemporâneos na teoria social (1). Além do que já destaquei – a afinidade weberiana em seus primeiros escritos de sociologia do direito (2) e a reflexão, ao longo de suas décadas de produção teórica, sobre temas centrais deste trabalho, como direitos, constituição e democracia (3) –, ambos retomam a pretensão de uma teoria de alto grau de abrangência, abstração e universalidade, como a dos autores clássicos da sociologia europeia[19] (4).

É importante notar também que os grandes construtos teóricos apresentados pelos autores-guia deste estudo são uma alternativa às tendências dominantes da sociologia contemporânea: a "teoria crítica" da tradição europeia e as ciências sociais positivas da tradição americana (5). Ademais, um observador[20], constatando que a teoria dos sistemas pode ser facilmente considerada como uma "grande teoria" ou "teoria de estruturas profundas", aposta na possibilidade de utilizá-la como uma "prototeoria", no sentido que Unger pretende emprestar a seu projeto: "menos o esboço de um único e coerente sistema teórico do que a descrição de ideias que podem fornecer uma base para várias teorias diferentes"[21].

Ambos os autores tem uma visão seja da "sociedade mundial" (Luhmann), seja da história mundial (Unger) – isto é, uma teoria que não se restringe a dado contexto nacional (6). Mas não são apenas teorias de pretensões universais em sua abstração: ambos vão além do provincianismo europeu (7). Não reduzem seu campo de observação a especificidades de alguma sociedade ou região do mundo. Essa é uma razão não menos

[19] Há quem condene então Luhmann e Unger por produzirem "teorias *muito* teóricas", "colocadas em um nível de abstração demasiado elevado para produzir hipóteses testáveis (verificáveis ou sujeitas a falsificação)" e que, por isso, talvez sequer mereçam a qualificação de "científicas" (Tamanaha, 1997, p. 19). A única resposta adequada a esse tipo de crítica não deve ser uma defesa abstrata, mas o uso produtivo dessas teorias a evidenciar se elas de fato são ou não são inócuas e se agregam ou não vantagens explicativas à reflexão.
[20] Guerra Filho, 2001, p. 212.
[21] Unger, 2001b [1987], p. 33.

importante, tanto em vista do universalismo do modelo aqui trabalhado (no plano de uma teoria da constituição e dos direitos não específica de uma região ou ordem jurídica) quanto de seu contexto de inspiração mais próximo (as dificuldades e limites da experiência constitucional brasileira). Luhmann contempla o ocaso da velha Europa e pretende redescrever o tipo de civilização que ela implantou em escala mundial – a sociedade moderna –, buscando uma linguagem cibernética liberta dos pressupostos e pretensões do racionalismo ocidental. Ainda que tardiamente, o contato de Luhmann com a América Latina, por exemplo, levou-o a tentar redefinir aspectos importantes de sua teoria. Descrevendo o sul global, a "modernidade periférica", os países "em desenvolvimento", ele revela as potencialidades e os limites que sua própria tradição – a sociologia europeia, com seus traços de teoria da modernização americana – tem para abordar a sociedade mundial para além de seu paradigma (o centro como regra, a periferia como exceção). A razão, a crítica, o consenso são fórmulas insuficientes para o mundo como ele é e, afinal, vale perguntar "como a sociedade moderna no final deste século [agora início do outro] pode atingir uma representação de si mesma em si mesma (onde mais?). E, tudo considerado, meu veredito é: não em Frankfurt"[22]. De sua parte, Unger preocupa-se em discernir trajetórias alternativas na história e, sobretudo, projetos para o futuro político e econômico, distendendo o estreito repertório institucional ao qual o mundo parece haver convergido neste início de século vinte e um. Ao lado de esquadrinhar trajetórias divergentes na história do "Atlântico Norte" (em sua organização política, jurídica e econômica), Unger tem em vista, em sua reflexão assim como em sua prática política, os grandes países "emergentes", a América Latina, e sobretudo o Brasil.

Há, ainda, uma afinidade epistemológica fundamental entre os autores (8): Unger desenvolve uma teoria da sociedade e da política que pretende radicalizar o pragmatismo americano (Dewey, James), enquanto Luhmann incorpora à teoria social funcionalista e sistêmica os aportes transdisciplinares do construtivismo radical, corrente que integra biólogos, físicos, filósofos da linguagem, da matemática e da lógica, teóricos da comunicação e da cibernética (Maturana, Varela, Foester, Bateson, Günther, Spencer-Brown). A afinidade entre essas correntes é testemunhada pelo próprio Luhmann, quando se refere ao advento histórico de "uma sociedade que não poderia mais determinar sua própria 'essência', que tratou sua história como passado e que colocou suas esperanças em

[22] Luhmann, 2002a [1990], p. 193.

um futuro autodeterminado. As consequências epistemológicas foram primeiro o pragmatismo e então o construtivismo"[23].

No plano da reflexão sobre o direito, tanto Luhmann quanto Unger apresentam uma alternativa às correntes racionalistas de teoria do direito, como o formalismo e idealização principiológica (9). Embora Luhmann rejeite pretensões normativas em sua teoria, abre espaço para um tratamento dos valores que se revela compatível com aquele dado pelo ideal experimentalista de Unger (10). Ainda, ambos rejeitam tomar como única opção realista ou como horizonte descritivo um modelo puramente liberal de sociedade (clássico ou socialdemocrata), que veem como incompatível com a complexidade social e a variedade institucional existentes ou possíveis hoje (11). Finalmente, o principal escrito de Luhmann sobre os direitos constitucionais os apresenta segundo o conceito de instituição, enquanto Unger desenvolve um sistema de direitos como parte de uma análise e de um programa de reforma institucional do constitucionalismo (12).

Desse elenco de afinidades entre Luhmann e Unger, é importante especificar primeiro esse último aspecto: a comparabilidade entre suas reflexões sobre direitos. Após destacar que "a maior potência do hemisfério sul recentemente completou um dos mais prolongados e conflituosos processos de feitura de constituição na história moderna" – os "dezenove meses de trabalho pela Assembleia Constituinte do Brasil" –, o historiador Perry Anderson constatou que, "[p]or coincidência, os mesmos meses viram a publicação no hemisfério norte de um exercício unicamente ambicioso em teoria constitucional, por parte de um brasileiro-americano que busca expor o desenho não apenas de uma comunidade política [*polity*], mas também de uma concomitante economia e sociedade."[24] Em Unger, os direitos aparecem sobretudo nas propostas formuladas no famoso "manifesto" d'*O movimento dos estudos jurídicos críticos*, originalmente uma conferência proferida em 1982, assim como em uma série de artigos publicados na imprensa ao longo e antes da Assembleia Constituinte brasileira (entre 1984 e 1988)[25], e finalmente na peça

[23] Luhmann, 2013 [1997], p. 234.
[24] Anderson, 1992 [1989], p. 130.
[25] Em meio ao processo de redemocratização do Brasil, no final dos anos 70 e na década de 80, Unger assessorou o Movimento Democrático Brasileiro (MDB, depois PMDB) e, em seguida, militou no Partido Democrático Trabalhista (PDT). Dessa oportunidade política é que surge a ocasião para desenvolver seu pensamento constitucional. Ver Unger, 1990, pp. 62-75. Para uma categorização da produção de Unger dentro das linhagens do pensamento brasileiro, ver Teixeira, 2015. Unger é aí classificado na corrente do "construtivismo institucional" (ao lado de Oliveira Vianna, Celso Furtado, Ignácio Rangel, Guerreiro Ramos e Darcy Ribeiro), em oposição ao "liberalismo culturalista" (Tavares Bastos, Rui Barbosa, Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda, Raimundo Faoro, Roberto DaMatta) e ao "estruturalismo sociológico" (Caio Prado Junior, Florestan Fernandes, Fernando Henrique Cardoso, Francisco de Oliveira).

central de seu principal trabalho sociológico, o livro *Falsa necessidade* da trilogia *Política: uma obra em teoria social construtiva*, de 1987.

De um lado, essas obras já trazem a marca de uma mudança na visão jurídica, sociológica e filosófica que marcou seus escritos dos anos 70. A crítica do formalismo na visão tradicional de interpretação jurídica quase dedutiva a partir de um sistema completo de regras, o método tipológico da descrição sociológica e a "crítica total" ao liberalismo são substituídos. No direito, predomina o julgamento sobre a tendência idealista da teoria do direito, sobretudo a corrente que busca a integridade interpretativa a partir de princípios e políticas, vista como retomada do formalismo no sentido de concepção baseada em formulações pretensamente impessoais e imparciais do conteúdo jurídico. A contraparte é uma proposta de raciocínio jurídico para a reforma institucional. Na teoria social, há uma crítica ao método tipológico, estrutural e funcionalista, com uma exploração histórica e programática de como as formas de organização política e econômica ampliam ou restringem sua própria corrigibilidade e reproduzem-se atenuando contrastes e divisões entre pessoas. No plano filosófico-político, um "superliberalismo" substitui a anterior resposta comunitarista. De outro lado, é importante ler tais obras em que Unger teoriza seu "regime" ou "sistema de direitos" à luz do desenvolvimento posterior de seu pensamento, que explicita seu projeto de pragmatismo radical, aprofunda sua visão normativa e traz novas ilustrações de propostas de mudança institucional.

Já em Luhmann, o livro central dedicado ao tema dos direitos constitucionais é *Os direitos fundamentais como instituição*, de 1965, escrito à luz da nova constituição da Alemanha Ocidental após a segunda guerra mundial, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Aquela obra é precedente à *Sociologia do direito* (1972) e quase três décadas anterior à conclusão da consolidação do pensamento luhmanniano, *A sociedade da sociedade* (1997). Existe, portanto, um grande potencial de complementação daquele diagnóstico à luz das três décadas posteriores de desenvolvimento da obra de Luhmann – inclusive à luz de suas observações recorrentes sobre constituição e direitos. A mudança de paradigma que marcou seus escritos a partir dos anos 80, com a incorporação do repertório conceitual do construtivismo radical, também precisa ser realinhada no tratamento dos direitos.

À primeira vista, as concepções desses autores parecem divergentes. Aqui argumento que elas não são tão incompatíveis e que respondem de forma comparável a um mesmo contexto, não apenas da história da sociedade (as ideias e estruturas que dominam as décadas finais do século vinte), mas também da história da sociologia. Na metade do

século vinte, Parsons fez a mais influente síntese da tradição sociológica europeia, de Marx, Durkheim e Weber, propondo uma teoria abrangente da ação e das estruturas. Partindo daqueles clássicos e dessa síntese também clássica, Luhmann e Unger tomaram caminhos divergentes. Luhmann desenvolve uma sociologia modelada à luz das ciências naturais e exatas: a lógica, a física e a biologia *("hard sciences")*[26]. Nessa sociologia, a sociedade e seus subsistemas observam e comunicam. Os corpos e mentes humanos, assim como a natureza, estão de fora. Complexidade e contingência são os atributos do sentido e o sentido é o conceito sociológico fundamental[27]. A sociologia é a autodescrição científica da sociedade. Conforme a ordem de complexidade que sustenta, a sociedade restringe ou amplia a virtualidade, os estados de coisas possíveis. Mas tudo o que acontece ocorre simultaneamente. Com essa elaboração teórica, Luhmann pretende superar a "velha semântica europeia"[28]: a ontologia clássica, com sua ética política e sua visão finalista da natureza; o racionalismo moderno do humanismo, do iluminismo e da crítica.

Na direção oposta, Unger[29] casa a teoria da ação a um pragmatismo radical, enfatizando a orientação para o futuro, a contingência e o experimentalismo como atributos do agente, da personalidade à luz da qual a sociedade deve ser modelada. Podemos compreender a sociedade porque a fazemos e estudar como ela é é observá-la à luz do que pode vir a ser. O novo é possível, a história é aberta, o tempo é real, tudo muda mais cedo ou mais tarde e nem tudo ocorre simultaneamente. Toda ação, embora aconteça no presente, pode ter em vista o futuro. Não há um plano subjacente à história nem uma estrutura permanente por detrás das mudanças e estados de coisas transitórios no mundo. Nem a natureza, nem Deus, nem o espírito absoluto pré-definem por onde vamos. Em vez de uma revolta romântica, ilusória e passageira, contra as estruturas e as rotinas, deveríamos almejar a uma sociedade em que a mudança não dependa da crise e em que a instabilidade seja estável. Em vez de construir a sociologia à luz da visão moderna, inanimada da natureza, deveríamos construir uma visão que reconheça um mesmo regime para natureza e sociedade. Tanto no universo quanto na sociedade não há uma essência governada por leis de ordem superior. Mesmo as regularidades naturais estão sujeitas à história, ao tempo e à mudança. Mas as regularidades da natureza não predefinem as formas sociais – natureza e história não estão necessariamente do lado do indivíduo e a criação da sociedade e das formas de vida humanas depende de da imaginação e do teste da

[26] Luhmann, 2012 [1997], p. 28.
[27] Luhmann, 1990a [1971].
[28] Ver Luhmann, 2013 [1997], cap. 5.
[29] Ver sobretudo Unger, 2007a; 2014, esp. pp. 143-82; 2015a, esp. pp. 67-75 e cap. 4; 2016.

experiência, considerando que somos inexauríveis pelas formas sociais e culturais dentro das quais nos movemos.

Na "microssociologia", um autor analisa sistemas que comunicam e observam, enquanto o outro elabora o agente que imagina e experimenta. A recursividade – "a capacidade, mais diretamente expressa na linguagem, para a infinita variação com base em elementos finitos"[30] – que Unger atribui à personalidade, Luhmann imputa aos sistemas sociais. Já na "macrossociologia", na interpretação das transformações das estruturas sociais informada por uma visão histórica de longo alcance, Luhmann aperfeiçoa a explicação evolucionária e tipológica que tradicionalmente caracterizou a sociologia como ciência da "sociedade moderna". Obviamente, não subscreve a uma visão moralizante e linear do progresso de um estágio a outro de civilização. Mas ao identificar a "forma de diferenciação" como a estrutura mais importante da sociedade, tipifica quatro formas, sobretudo com base na história europeia: a diferenciação segmentária, a diferenciação pelo esquema centro-periferia, a diferenciação hierárquica e a diferenciação funcional. Cada qual sustenta uma ordem de grandeza de complexidade. A sociedade moderna é a mais complexa dessas formas e *a* sociedade funcionalmente diferenciada. Não apenas *uma* sociedade, mas a única e mundial. O direito, a economia, a política, a educação e tantos outros são todos subsistemas da sociedade, justapostos, sem nenhuma relação de hierarquia, sem qualquer coordenação central e sem capacidade de, diretamente, mudar as operações e os estados de coisas uns aos outros. A diferenciação funcional não é mais então nem a divisão técnica de tarefas e especialização (como na fábrica de alfinetes de Adam Smith) nem a divisão social do trabalho, como na teoria das formas de solidariedade de Durkheim. É a distinção-diretriz de um tipo de sociedade caracterizada pelo fechamento operacional de uma série de sistemas que, embora espraiem suas estruturas por toda a sociedade, identificam-se pela especificidade dos problemas a que respondem em relação ao sistema social mais abrangente.

O conceito de função em Parsons[31] orientava uma esquematização da ação social nos respectivos sistemas: a economia serve à função adaptativa, a política direciona a consecução de objetivos coletivos, a integração social é provida, por exemplo, pelo direito e a os padrões culturais latentes são transmitidos pelas instituições fundadas na confiança, como a família, a escola e a igreja. Já em Luhmann função designa a relação de cada sistema social com a sociedade, o serviço específico que cada qual presta em relação ao

[30] Unger, 2007a, p. 126.
[31] Ver Parsons, 1971, cap. 1.

sistema social mais abrangente. A função de cada sistema não é derivada dos requisitos funcionais da sociedade expressos em uma esquematização da ação, mas sim definida por uma codificação da comunicação: pelo que cada sistema identifica como problema, vinculando a esse problema a solução técnica que o respectivo sistema é competente para oferecer. O ganho analítico dessa teoria é a exploração das equivalências funcionais, homologias e isomorfismos estruturais entre os sistemas – o que vai além de meras analogias superficiais entre fenômenos[32].

O conceito de sociedade não se desenvolve antes do século dezoito[33], a não ser por referência a experiências históricas regionalmente localizáveis ("civilizações"), a territórios estatalmente delimitados (estados, impérios), à relação de trocas entre privados ("mercado"), ao modo de vida citadino, ou ainda por referência aos indivíduos (a "socialidade" como uma faculdade ou paixão) e à interação, ao encontro, à copresença de pessoas e às regras da boa interação (etiqueta) e da vinculação familiar (matrimônio) entre membros de um mesmo estrato ou de estamentos diferentes (povo/ nobreza, povo/ "sociedade"). A novidade é uma ideia de sociedade como realidade diferenciável da natureza e da mente, onipresente como a natureza para os antigos e Deus para o medievo, e que inclui potencialmente a todos enquanto atores ou comunicadores; ainda, uma ideia de sociedade que não se restringe por critérios naturais, espaço-temporais, estratificatórios ou funcionais: todas essas diferenças são internas, construções de sentido da própria sociedade, não limites externos a ela. Finalmente, a sociedade não se contém na política, nem na economia, nem na religião – todos são subsistemas sociais. E indivíduos não estão adstritos a posições sociais fixas, podem desempenhar diferentes papéis em diferentes situações. Uma ordenação hierárquica unitária, assim como uma alocação fixa de posições na estrutura social passam a ser contestados e a perder funcionalidade para a reprodução social. A diferença entre sistemas funcionais, ganhando prioridade como forma de diferenciação de sistemas no interior da sociedade, reproduz diferenças individuais de inclusão e exclusão, de acesso e dependência em relação aos subsistemas – com os papéis sociais não deixam de existir diferenças de classe, mas já não é a própria classe o critério de cisão interna da sociedade. Princípios estratificatórios como a hereditariedade passam por filtros (a isonomia institucionalizada por direitos) que os imunizam diante da verificação, por cada sistema parcial, do cumprimento de seus próprios requisitos para a inclusão ou exclusão das pessoas.

[32] Sobre isomorfismo, ver Bertalanffy, 1968, pp. 80-6.
[33] Luhmann, 2012 [1997], pp. 222-3.

Em toda forma de diferenciação a sociedade se multiplica em subsistemas. A sociedade estratificada[34] é integrada hierarquicamente pela acumulação de meios de reprodução na nobreza, que assim pode se descrever em metonímia como *a* sociedade ou – já que, acumulando todos os meios, é também moralmente a melhor – como *a boa* sociedade. O povo permanece como um ambiente das alterações no sistema de poder-ter-direito-verdade-valor da nobreza. Essa conjunção de recursos somada à endogamia encerra a nobreza em si mesma. Cada estrato opera dentro de si mesmo e apenas pode observar o outro como ambiente. Tentativas de cruzar a fronteira são punidas como desvio e registradas na semântica como romance, como conflito da pessoa contra as estruturas sociais. Com a diferenciação dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, seu fechamento operacional e sua neutralização moral (impossível em condições estratificatórias), ocorre a especialização de autorreferências comunicativas que apenas cuidam da atribuição de um autovalor – os sistemas funcionais. Então, o direito é competência do sistema jurídico; o poder, do sistema político; a verdade, da ciência. Nessa sociedade, não há sistema que a integre, dirija, regule, centralize. Ela é uma sociedade desintegrada e só pode ser vista em âmbitos parciais: economia, direito, política, religião, ciência *da sociedade*.

Nesse cenário, os direitos de liberdade surgem como expectativas normativas de reforço e isolamento dos sistemas diferenciados, principalmente frente à política e ao estado: a religião, a economia, a ciência são tiradas da sombra do controle estatal quando se afirmam as liberdades individuais nas declarações de direitos e nas constituições. Marx[35] afirmou que "[o] homem então não foi libertado da religião; ele recebeu liberdade de religião. Não foi libertado da propriedade; recebeu liberdade de propriedade. Não foi libertado do egoísmo do comércio; receber liberdade para comerciar." De fato, essas liberdades individuais têm um significado para os sistemas funcionais – são antes de tudo liberdades da economia, da religião, da ciência diante do expansionismo do estado. Desintegrando-os, reduzindo as limitações mútuas que uns impõem sobre outros (sobretudo as restrições da política à religião, à economia, à ciência), as liberdades servem para aumentar a complexidade social e imunizar, estabilizar, cauterizar, garantir a diferenciação funcional[36].

[34] Luhmann, 2012 [1997], pp. 216-7.
[35] Marx, 1987 [1843], p. 149.
[36] Esse é o mote central de Luhmann, 2010a [1965].

Nos termos de uma sociedade cuja distinção-diretriz é a especialização em sistemas funcionalmente diferenciados, a dualidade cidadão/ produtor não poderá ser superada pela reabsorção da sociedade civil pelo estado, dando início à comunidade de homens livres[37]. Se não por outros motivos, simplesmente por que, quando realizada, a retrotração da sociedade ao estado reduz a complexidade social, a capacidade de reprodução da economia e da política, gerando crises de abastecimento e legitimidade incontornáveis[38]. Isso porque há na sociedade moderna uma fragmentação muito maior do que aquela entre cidadão e "homem egoísta" ou entre estado e sociedade. Primeiro, há a fragmentação em termos de diferenciação entre sistemas funcionais: política, economia, religião, saúde, educação, ciência, família, arte, direito. Contra o perigo da politização dos outros sistemas é que as estruturas jurídicas da sociedade "liberal" se insurgiram, "privatizando" a religião e a economia. De outro lado, mesmo o social-liberalismo ou socialdemocracia do século vinte, ao "publicizarem" a economia, a educação, a saúde, não o fizeram senão na medida de ligações cirúrgicas e apoios mútuos, que na prática mixam e obsolescem uma cisão purista entre público e privado. (Note-se que, a despeito das semânticas liberais ou "sociais", na sociedade moderna há sempre acoplamentos entre política e economia; variam em conteúdo e na forma de acesso – pelos apoios mais ou menos explícitos e casuísticos do estado a certos privados com acesso privilegiado ao poder, ou por critérios mais racionais-formais, descentralizados e menos corporativistas[39].)

Em segundo lugar, há a diferenciação de papéis: trabalhador/ empresário, produtor/ consumidor, aluno/ professor, eleitor/ eleito, partes da ação/ juiz. O acesso a esses papéis é aberto e livre, na medida em que controlado por critérios de cada sistema funcional. Isso diminui as hierarquias de nascimento da sociedade estamental. O conceito de "classe social" é uma formulação semântica dessa transição – já não se trata de estamentos, mas ainda não reconheceu a liberdade dos sistemas funcionais. Hoje, a própria dinâmica dos sistemas funcionais é que regularia predominantemente as chances de inclusão/ exclusão, mas não deixam de existir classes sociais, com diferenças bem marcadas; do lado de Unger, também se reconhece a contingência da distribuição de vantagens e oportunidades, de modo que as divisões hierárquicas e comunitárias de classe parecem ainda mais arbitrárias do que em uma ordem estratificada rígida, com seus pilares morais

[37] Há evidente similitude desse ideal com a visão comunitarista desenvolvida nos anos 70 e 80; por exemplo, em Unger, 1984a [1975], cap. 6. Ver *infra 3.2.2*.
[38] Ver Luhmann, 2013 [1997], p. 130.
[39] Unger, 2007b, pp. 138-50.

justificadores[40]. O mais grave é que a perda da garantia inata de pertencimento a um estrato, com sua conjunção de apoios familiares, econômicos, sanitários, educacionais, religiosos, potencializa os riscos da exclusão total, um fenômeno próprio da sociedade funcionalmente diferenciada[41]. Em vez da garantia de inclusão pela "autoajuda" das corporações medievais – que substituem os apoios familiares e colocam-se como intermediárias entre o indivíduo e o estado (Hegel) –, as organizações modernas de cada setor reproduzem hierarquias e exclusões, distinguindo membros e não membros[42]. Cada sistema regula a inclusão/ exclusão de cada indivíduo (como aluno/ professor, produtor/ consumidor etc.). Esses sistemas reproduzem-se para os incluídos, sob a ficção do acesso aberto e universal. A semântica dos direitos de liberdade representa essa vedação da comunicação de critérios entre sistemas funcionais (impondo a isonomia) e essa ficção da liberdade igual, da inclusão potencialmente de todos. Ao mesmo tempo, exclusões parciais (de cada sistema) vão se acumulando em direção à exclusão total – quando pessoas deixam de contar socialmente, de acessar e usar os meios de comunicação simbolicamente generalizados: poder, direito, dinheiro. Contra essa exclusão é que se voltam as infraestruturas estatais de bem estar social. O direito social é um direito do gerenciamento de riscos – o maior deles, o risco da exclusão. (Ao lado desse risco na interface indivíduo/ sociedade, na diferença entre esta e a natureza surgem os riscos que o direito ambiental busca imunizar.)

Há também a diferenciação entre interação e organização[43], que o ideal comunitário do consenso parece esmaecer (a comunidade livre que passa do "socialismo utópico" ao "comunismo científico" torna-se, no "socialismo real", vítima da enorme burocratização estatal). Por fim, organizações não se confundem com sistemas funcionais. Sob pena de uma redução da complexidade absoluta, que trava a capacidade de reprodução da política, da economia, da arte, da ciência, nem a política pode se resumir ao estado (mas depende de partidos e da opinião pública), muito menos toda a sociedade. Por isso, também, a contraposição liberal entre estado e sociedade é uma simplificação. Em certa narrativa, um contrato dá origem ao estado como sociedade civil; uma vez formado o estado, ele deve se limitar diante da sociedade que o circunda. Em outro conto, o estado deve absorver toda a sociedade, para que essa se reaproprie dele e o extinga, dando origem à verdadeira

[40] Sobre classes sociais (em contraposição a estratos e papéis), ver Luhmann, 2013 [1997], pp. 179, 289-92; Unger, 1984a [1975], pp. 164-70, 315-8; 1984b, pp. 216-8; 2007a, pp. 247-51.
[41] Ver Luhmann, 1998a [1994]; 2006a [1999]. Ver também a discussão *infra 4.3.1.1*.
[42] Sobre organizações, ver Luhmann, 2013 [1997], pp. 141-54.
[43] Sobre interação, ver Luhmann, 2013 [1997], pp. 131-40; 1987. Comparar Unger, 1984b, pp. 106-7, 123.

sociedade livre. Mas não só o estado é um sistema social, parte do sistema político, como a política tem em seu ambiente não simplesmente um bloco unitário (a sociedade), mas toda uma série de sistemas funcionais (economia, direito, educação, religião) e de interações, organizações, conflitos e protestos, sistemas menores que transitam entre esses grandes subsistemas da sociedade.

Assim, Luhmann[44] pergunta como pode a sociedade sobreviver a mudanças em sua forma de estabilidade "em direção a formas de diferenciação que envolvem maior complexidade, mais oportunidades, mais contingências estruturais, períodos de tempo mais curtos (aceleração) e mais riscos de colapsos imprevisíveis?" A resposta é de que a sociedade tem que desenhar mais fronteiras, produzindo mais diferenças entre sistemas e seus ambientes, diferenças estas que podem re-entrar o sistema, permitindo-lhe oscilar entre auto e hetero-observação. Mas então, "[e]m contradição com todas as tradições que ensinam que alguém pode apenas entender o que fez por si mesmo (Bacon, Hobbes, Vico etc.), uma re-entrada leva a uma indeterminação insolúvel". Não podendo assegurar a correspondência entre sua observação (nem por um observador externo) e sua realidade interna, o sistema precisa de uma função de memória (cultura), que apresente o presente como resultado do passado. A distinção entre passado e futuro torna-se um "universal evolucionário" e o tempo aparece como dimensão do "mundo". Desde o século dezoito se reconhece então que toda origem é inventada: a sociedade, a cultura, o direito positivo (criado politicamente, artificialmente, contraposto ao costume como direito natural, lei da terra imemorial).

É o mesmo século que elevou a símbolo do novo tempo ("modernidade") os direitos naturais do homem. A ideia de direitos do homem, no seu sentido universalista, só emerge quando a estrutura social avança em direção a uma sociedade mundial, territorialmente fragmentada, mas diferente da justaposição de diversas sociedades fechadas em si mesmas. No par estrutura/ semântica, estrutura designa a forma de diferenciação da sociedade: trata-se de uma tribo ou de uma sociedade estamental? Os direitos são uma forma que faz a diferença na comunicação quando começa a prevalecer sobre as outras formas de diferenciação da sociedade a diferenciação funcional: entre política e economia, direito e política, cidadão e governante, consumidor e produtor, trabalhador e empresário. Quando a diferenciação funcional se realiza, surge um sistema

[44] Luhmann, 1997a, p. 71.

especializado – a ciência – e uma ciência especializada na autodescrição da sociedade – a sociologia.

A sociologia busca (auto)descrever a sociedade pela conjugação da estrutura social à sua semântica, às formas de autodescrição que a própria sociedade apresenta e que se colocam à disposição dos observadores posteriores. Em oposição à redução racionalista dos eventos a ideias (tratáveis em termos estritamente lógicos) e à redução empiricista (pela categoria da causalidade, em que a correlação e a sequência adquirem duração), a sociologia procura um modo de explicação não estritamente lógico nem causal, mas sim estrutural[45].

Quando Luhmann trata da diferença entre estrutura social e semântica[46] ou correlaciona as autodescrições da sociedade com as formas de diferenciação social[47], estrutura social não diz respeito ao plano "micro", das expectativas e mecanismos de memória social, mas sim ao aspecto "macro", da própria forma de diferenciação. Para apreendermos o sentido por meio de suas formas, precisamos ativar a memória como modalidade de conhecimento. Mas quando dispensamos a dicotomia sujeito/ objeto e vemos todo objeto como construção social, como distinção contingente de sentido, tornamos o conhecimento um exercício da imaginação. Há, porém, uma relação complexa entre semântica e estrutura social.

Toda produção de sentido reproduz a diferença entre atualidade e potencialidade e depende de que se acione o mecanismo da memória social: a distinção entre lembrar e esquecer. Essa distinção se realiza quando lançamos mão de estruturas como as semânticas, as indicações historicamente restabilizadas como formas corretas de autodescrição da sociedade. As semânticas dão-nos uma seleção de indicações com as quais podemos estruturar a complexidade do sentido e lidar com a contingência. Na diferença estrutura/ semântica, o segundo termo re-entra o primeiro: a semântica é uma estrutura. Mas a realidade da estrutura é também ela uma construção semântica – uma tautologia.

O que é semântica? "Todas as sociedades conhecem não apenas a linguagem, mas também modos condensados de expressão na linguagem como nomes ou temos, ditos, definições situacionais e fórmulas, provérbios e contos para salvar a comunicação que

[45] Unger, 1984a [1975], pp. 13-4.
[46] Luhmann, 1983a [1980], esp. cap. 1. Ver também Baraldi, 1987.
[47] Luhmann, 2013 [1997].

valha a pena preservar para reuso"[48]. Em outros termos, a semântica é uma conexão geral de sentido diante da qual se distinguem as explicações que se fazem verossímeis em uma dada estrutura social. É o repertório conceitual que se mobiliza para a comunicação em certo contexto. A semântica dos direitos é um desses repertórios ativados nas disputas políticas, na solução jurídica de conflitos, nas trocas e cooperações.

Variadas formas ou distinções são utilizadas na comunicação. Essa variação de informação leva a uma pressão seletiva que conduz ao sucesso de certas formas, cujo uso reiterado as torna estruturas da comunicação, padrões de tematização redundantes, condensações de sentido típicas disponíveis para reuso. Por facilitar a superação da improbabilidade e fugacidade da comunicação, a semântica é também uma estrutura social, ativando o mecanismo da memória e facilitando a complementaridade de expectativas e a identificação da informação a que cada comunicação dá expressão. A estrutura social (*i.e.* a forma de diferenciação social prevalente), de outro lado, diferencia-se pelo nível de complexidade e contingência que permite: o excesso de possibilidades não realizáveis, a quantidade de alternativas, o grau de contradição sustentável entre as comunicações. A estrutura se torna visível por sua semântica, mas os termos não se confundem: a mudança na ordem de grandeza da complexidade estruturalmente aceitável requer mudança semântica e a plausibilidade e a evidência da nova semântica regem sua conformação à nova estrutura sob a qual a comunicação se processa. A seleção de sentido com o uso do acervo semântico dá-se sempre no presente e poderia ser diferente – é contingente e pragmática. "Há condições estruturais para a plausibilidade das descrições; e há tendências históricas na evolução da semântica que severamente restringem o escopo para variação". Mas "essas teorias são suas próprias construções e não devem ser confundidas com a descrição corrente do sistema societal"[49].

A semântica é um tipo de estrutura, pois fornece algo que é dado como fixo a cada mutável comunicação: os pressupostos, as indicações. Mas a construção do sentido de uma estrutura social – de um tipo de sociedade – só é visível à luz de sua semântica. É produto da imaginação. Há algo de autológico ou autorreferencial nessa explicação. É preciso assumir que o sucesso de uma semântica é a medida de sua adequação à estrutura social que ela representa (em termos weberianos, há uma "afinidade eletiva" entre estrutura e semântica). Isso não impede a crítica de uma estrutura social por variações semânticas internas, por semânticas insurgentes e posteriores. Vulgarizando a dignidade e os

[48] Luhmann, 2013 [1997], p. 32.
[49] Luhmann, 2012 [1997], p. 47.

privilégios estamentais na forma de direitos universais, o constitucionalismo liberal foi esse tipo de semântica insurgente em seus contextos originários; em outras regiões, foi retrospectivamente invocado em defesa de hierarquias e divisões de uma ordem social ainda pouco diferenciada em sistemas funcionais autônomos.

As semânticas da modernidade, que reiteram as possibilidades ilimitadas da humanidade e a colocam como unidade para além dos provincianismos locais, têm seu entusiasmo justificado por uma questão estrutural. Isso porque[50] a sociedade mundial moderna "atingiu um mais alto grau de complexidade com maiores contingências estruturais, mais mudanças inesperadas e imprevisíveis (algumas pessoas chamam isso de 'caos') e, sobretudo, mais dependências e independências interligadas". Nessas condições, "construções causais (cálculos, planos) não são mais possíveis de um ponto de vista central e logo 'objetivo'". Essas construções "diferem dependendo dos sistemas observantes, que atribuem efeitos a causas e causas a efeitos, e isso destrói os pressupostos ontológicos e lógicos da direção central". A sentença é: "[t]emos que viver em uma sociedade policêntrica, policontextural", não há forma de diferenciação visível para além da diferenciação funcional e toda crítica feita até agora negligenciou essa forma de diferenciação, superestimando estratificações de classe e centro-periferia, que são mero subproduto da anarquia dos sistemas funcionais.

Se a vantagem comparativa que advém de Luhmann é justamente a visão das equivalências entre os sistemas funcionais (a diferenciação operacional e os *isomorfismos* entre direito, política, economia), a vantagem da teoria de Unger está justamente em apresentar a contingência dessas formas de organização (jurídicas, políticas, econômicas) pela visão da subdeterminação funcional na evolução histórica: diferentes formas de organização podem dar respostas evolutivamente equivalentes aos mesmos problemas (*indeterminação institucional*).

À similitude da tradição há pouco referida por Luhmann e invocando Vico e Hobbes, Unger[51] parte justamente da ideia de "sociedade como artefato", "como feita e imaginada", para radicalizar a proposta de uma teoria social antinaturalista, para a qual a mudança social não obedece a uma ordem natural de corrupção e regeneração (como na ontologia clássica) nem a leis naturais da evolução (como pensaram os progressistas, liberais e socialistas no século dezenove). A sociedade circunscreve-se diante da natureza. Esses limites são reais, mas as respostas diante de tais constrangimentos – as formas de

[50] Luhmann, 1997a, p. 75.
[51] Unger, 1987a, pp. 1-87, 224-5. Para sua visão da sociologia clássica, ver Unger, 1976a.

organização da sociedade – são variáveis, definidas pelo conflito prático e pela imaginação das alternativas. As instituições aparecem, então, como "política congelada"[52].

Seja nos impérios agrários burocráticos pré-modernos[53], seja nas reformas do comunismo e da socialdemocracia no século vinte[54], é possível avaliar a mudança social em relação ao grau em que as estruturas sociais são rígidas a ponto de se estilhaçarem sob pressões e traumas, crises e guerras, ou plásticas a ponto de se adiantarem e se moldarem para fazer frente à reorganização pressionada pelas mudanças que se acumulam historicamente (evitando, portanto, as crises). Essas mudanças envolvem o grau de dependência das pessoas em relação à natureza e em relação umas às outras. Em termos oitocentistas, diríamos: progresso tecnológico ou prático e progresso moral ou cultural. Em termos luhmannianos, são mudanças no grau de complexidade interna da sociedade, o aumento do excedente de possibilidades que afrouxa a integração da sociedade com seu ambiente – a natureza e os indivíduos.

Tanto para Luhmann quanto para Unger, a mudança social se explica como evolução, não no sentido da filosofia da história do século dezenove, do progresso como conjunção necessária e teleológica entre melhoria moral e material da sociedade. Quebrando tal crença no progresso, Darwin ocupou lugar central na definição da visão moderna de natureza, não mais vista em harmonia com a ordem humana, nem como fonte normativa para a sociedade. Sua teoria tem três pilares centrais[55]. O primeiro é a ideia de que a evolução se explica não pela sabedoria e bondade da natureza, mas pela luta de cada organismo para sobreviver e se reproduzir. As relações recorrentes formam a regularidade.

---

[52] Unger, 1987a, pp. 11, 145; 2001b [1987], pp. 42, 103, 112, 252; 2001c, p. xxviii; 2007a, pp. 33, 49. Por mixar sociedade e política, carecendo de uma visão da diferenciação funcional, Unger (1987a, pp. 10, 88) usa um conceito intencionalmente ambivalente de "política". Mais estreitamente, refere-se ao conflito pelo domínio do poder governamental (o que em Luhmann corresponde ao sistema político). Mais amplamente, política é "o conflito sobre os termos de nossas relações práticas e passionais" e sobre "todos os recursos e pressupostos que podem influenciar esses termos". Trata-se de práticas que são institucionalizadas, rotinizadas: controvérsias normativas, trocas econômicas, conflitos pelo poder. Dentre os pressupostos dessas práticas, estão "os arranjos institucionais e pré-concepções imaginativas que compõem uma moldura, contexto ou estrutura social" (em Luhmann, trata-se da autopoiese, como produção dos sistemas sociais pela própria produção de seus elementos, as comunicações). Os conflitos dão-se pelo controle dos "meios de construção da sociedade" (Unger, 2001b [1987], p. 33): basicamente, poder, dinheiro e autoridade cultural; isto é, são disputas pelo "domínio do capital e do trabalho produtivo, acesso ao poder governamental e familiaridade com os discursos pelos quais reimaginamos a sociedade e governamos a natureza" (em Luhmann trata-se dos "meios de comunicação simbolicamente generalizados": poder, dinheiro, verdade, valores, dinheiro, amor). Ainda, para Unger (1987a, p. 153; 2001b [1987], pp. 420-4), ao contrário da tese marxista, quando se acirra o conflito, em vista de suas posições futuras na ordem social transformada, as classes deixam de ter interesses bem definidos e as alianças políticas podem se apresentar como aparentemente incongruentes com as posições ancoradas na ordem social anterior.

[53] Ver Unger, 1987b, cap. 1.

[54] Ver Unger, 2001b [1987], pp. 44-51, 115-24.

[55] Ver Gould, 2002, pp. 13-24 e 93-103.

Toda “ordem superior” de regularidades e condicionantes emerge, sem direção intencional, dessa luta de cada organismo para obter vantagens para si próprio diante de um ambiente adverso. É o caso análogo à “mão invisível” de Adam Smith, que cria a ordem a partir do caos, pela maximização da utilidade individual e do interesse egoísta. Não há uma força intrínseca, teleológica movendo a evolução; ela resulta das pequenas acomodações e adaptações cotidianas. A explicação funcionalista é paradoxal: consequências são tomadas como causas. A segunda ideia-chave é de que a seleção natural é uma verdadeira força causal na natureza, um mecanismo capaz de eliminar o menos apto e produzir o novo, o mais apto, pelo acúmulo de efeitos da seleção operada durante inúmeras gerações. Finalmente, a operação desse mecanismo seletivo é considerada explicação suficiente não apenas para as mudanças dentro de cada espécie, ao longo do tempo, mas também para a criação, ao longo do enorme tempo geológico, da imensa variedade de espécies de organismos do planeta.

A teoria social de Unger é como que uma radicalização do primeiro princípio, de que a “ordem superior” (as estruturas) é criada pelos próprios conflitos rotineiros na sociedade: as instituições são sinais de trégua provisórios, registrados como direito. Restrições orgânicas não são capazes de estreitar as opções sociais a ponto de determinar um único caminho. É uma restrição endógena que explica a limitação de repertórios de ideias e instituições. Assim se estabelece o paradoxo de que as estruturas conformam os eventos, mas surgem dos próprios eventos. A ordem superior surge de baixo. Uma temporalização pode desparadoxizar a situação: uma cadeia de eventos passados cristaliza o caminho para os eventos futuros. Mas como a novidade pode surgir então, se as operações são estruturadas por uma trajetória herdada? Para Luhmann, a assimetria entre variação e seleção, com a adição ainda da diferença entre seleção e restabilização, é o motor do novo. Ela opera sobre toda ação intencional (que não pode controlar seus efeitos) e sobre todo o material histórico caoticamente produzido. Uma série inimaginável de pequenas variações acumuladas ao longo de sucessivas gerações pode gerar grandes mudanças, por mais invisíveis que pareçam as etapas intermediárias. Unger e Luhmann concordam nesse ponto darwiniano.

Mas a teoria da autopoiese elaborada pelos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela é uma alternativa à teoria da “seleção natural”, interpretada esta no sentido de que a evolução ocorre pela “ação” do ambiente. A autopoiese implica que só o próprio sistema (e não seu ambiente) pode controlar suas condições evolutivas, produzindo

os próprios elementos que o produzem e alterando seus estados internos (organismo e meio estariam em permanente "acoplamento estrutural", nas palavras dos autores). Assim, não há simplesmente uma competição egoísta de organismos individuais pela sobrevivência em relação ao grupo, mas combinações de condutas "egoisticamente altruístas" e "altruisticamente egoístas"[56].

Para Unger, a "seleção natural" que opera sobre os materiais providos pela história é uma grande explicação sobre como se faz a sociedade[57]. É também o esquema neodarwiniano de variação e seleção que Luhmann refina em sua teoria da evolução[58]. Mas Unger[59] rejeita a explicação funcional vinculada a leis (quase) naturais que guiem uma convergência histórica. O teste de eficiência na solução prática de problemas (a seleção) atua sobre um material (variação) providenciado pela contingência histórica, na qual se incluem os esforços deliberados de reforma. Há sequências frouxamente ligadas de conflito ideológico e fricções institucionais que produzem uma trajetória de descontinuidades na sucessão de formas institucionais. Elas não são infinitamente maleáveis, transformáveis por um ato de vontade ou suscetíveis à substituição por ruptura violenta. Essas formas se estabilizam pela consolidação de rotinas organizacionais, pelo suporte de interesses de grupo e pela justificação discursiva. Mas esse "contexto formador" transforma-se, essa estrutura social desestabiliza-se: 1) pela indefinição e redefinição que os interesses e alianças de grupos podem ganhar à luz de trajetórias alternativas de mudança; 2) pelo sucesso prático que formas organizacionais e tecnológicas copiadas, desmontadas e recombinadas podem apresentar diante daquelas práticas rotinizadas; 3) pelas redefinições de ideais e interesses e pela indeterminação na tradução de ideais em instituições (por exemplo, diferentes arranjos de democracia ou mercado).

Há ainda uma relação causal de reforço entre o grau de abertura à revisão que determinada estrutura social sustenta ("entrincheiramento"/ "desentrincheiramento") e os instrumentos de negação e reforma que ela promove ("capacidade negativa")[60]. Na organização da sociedade, suas formas institucionais dizem respeito ao acesso aos meios com que a sociedade constrói hoje seu futuro, como poder, dinheiro e conhecimento. Conforme sua configuração, as instituições (os direitos, por exemplo) podem funcionar mais como enrijecedoras dessa ordem (entrincheirando-a, fazendo mudanças dependerem

[56] Maturana; Varella, 1992 [1984], pp. 101, 115, 197-8. Ver também Escobar, 2012.
[57] Ver Unger, 2001c, p. xxxvii; 2001b [1987], pp. 294-5, 336-7.
[58] Ver Luhmann, 2012 [1997], cap. 3.
[59] Ver Unger, 2001b [1987], pp. 246-340, 631-3; 1998, pp. 10-6, 20-7.
[60] Ver discussão *infra 3.3*.

de crises) ou como cunhas para a correção dela (desentrincheirando-a, tornando-a mais plástica e revisável no curso de sua reprodução); podem ampliar a autonomia individual compatível com a reprodução social (dando instrumentos para a capacidade negativa) ou associá-la à dependência e à despersonalização (reduzindo essa capacidade).

Os elementos de um contexto formador – suas instituições – constroem os caminhos permitidos sobre os quais se desenrolam as estratégias e usos de poder, dinheiro, autoridade, direitos. A substituição de um desses elementos altera a forma e o resultado dos usos, consensos e conflitos. Hoje, o complexo institucional dominante (nos países do Atlântico Norte e, em grande medida e sob sua influência e efeito demonstração, no mundo) inclui[61]: na organização do estado, esquemas de descentralização do poder consolidados sob o liberalismo protodemocrático do século dezoito combinados com procedimentos eleitorais que sustentam uma rivalidade partidária incongruentemente relacionada com diferenciações sociais (de classe, profissão, localidade, etc.); na economia, a descentralização da oferta por direitos de propriedade quase absolutos no escopo e hereditários na duração, por formas de hierarquia técnica e relações contratuais, com um contrapeso à mercantilização do trabalho pela organização sindical livre e setorialmente diferenciada; no direito, controle burocrático e judicial do exercício dos direitos privados, defesa das garantias processuais e mecanismos de exigibilidade dos direitos públicos.

Todos esses componentes são decomponíveis e transformáveis, à luz mesmo de suas funções e justificações. Um exemplo[62]: o grande direito subjetivo emergente do constitucionalismo liberal – a garantia da propriedade privada unificada – reproduz autonomia e dependência. Permite uma economia relativamente descentralizada e dinâmica, porém com grandes barreiras de acesso a recursos, oportunidades e vantagens. Essas barreiras representam não apenas exclusão social como também autorrestrição dos ritmos e formas da inovação e, portanto, do crescimento econômico. É como se, contra o estado absoluto e cedendo suas prerrogativas naturais (como a autodefesa) ao soberano, os signatários do contrato social houvessem recebido de troco uma espécie de poder absoluto na esfera privada: para os proprietários, garante segurança contra os riscos e oscilações da economia; os não proprietários protegem-se ao ligar-se aos primeiros por relações de dependência, que podem ser tão arbitrárias quanto voláteis. O constitucionalismo social

[61] Unger, 1987a, p. 152.
[62] Ver Unger, 2001b [1987], pp. 511-23; 2015b [1982], pp. 187-8; 1998, pp. 16-7, 273-5; 2007a, p. 122. Ver também as discussões *infra 3.1* e *3.3.1.2*.

buscou formas para ampliar a autonomia e atenuar a dependência entre os privados. Porém, em grau variável, gerou novas dependências, agora entre cidadão e estado. A economia de mercado concretiza um ideal de descentralização do poder decisório na economia. Essa descentralização, porém, sofre de uma instabilidade: quanto mais absoluto, incondicional e hereditário o direito conferido aos proprietários, maior a tendência à concentração e à exclusão, à perpetuação de não proprietários. O número de agentes capazes de decidir no mercado – de proprietários – pode, porém, ser expandido por formas condicionais e temporárias de propriedade. Ainda: essas formas podem combinar a cotitularidade de diversos agentes (indivíduos, comunidades, estado), viabilizando economias de escala e ampliando a descentralização econômica.

O critério do grau de desentrincheiramento/ capacidade negativa permite um julgamento das formas históricas de sociedade sem que lhes superestimemos a uniformidade e repetibilidade, dirigindo-nos a analisar as novidades e continuidades em contextos com delimitação mais ou menos contingente, e sem que fiquemos reféns apenas dos próprios critérios fornecidos pela conjunção de valores que cada contexto cultiva e autoriza[63]. Assim, o grau de capacidade negativa e de desentrincheiramento das estruturas é a diferença fundamental entre uma sociedade de castas, uma sociedade estamental e uma sociedade de classes[64]. Mas, além disso: em quaisquer desses "tipos", há variadas formas de aumentar a plasticidade das instituições ou seu enrijecimento. Apenas analisando contextos históricos mais ou menos definidos, estruturas sociais concretas, podemos julgá-las e revisá-las à luz de seus ideais proclamados. O exercício analítico não para então na simples subsunção de dada realidade regional a um tipo (como "sociedade moderna"): o modo como as estruturas sociais organizam-se em um contexto específico e sua relação com a semântica aí proclamada é que serve à análise social[65]. Teorias gerais sobre "modernidade" e "diferenciação funcional" só podem ser levadas a descrever experiências históricas específicas com essa mediação, essa indagação sobre a morfologia, a morfogênese e a metamorfose das estruturas e semânticas e o sincretismo entre as tendências mundiais e os traços locais.

Toda sociologia rejeita uma forma canônica de organização da sociedade, a integração dos homens em uma ordem social que não é senão a continuação da natureza, submetida a suas leis. Porém, o estilo mais influente de teoria da sociedade é aquele das

[63] Ver discussão *infra 4.2.*, sobre historicismo e racionalismo.
[64] Ver Unger, 2001b [1987], p. 514-5, 526;
[65] Ver Unger, 2015b [1982], p. 133.

"estruturas profundas"[66]. Ele distingue as rotinas cotidianas das trocas, argumentações e acordos de um pano de fundo que permanece largamente constante e as molda. É a distinção entre "contexto formador" e "rotinas formadas". Em Marx, são os conflitos de classe produzidos e reproduzidos dentro de determinada estrutura social. As experiências históricas espacial e temporalmente delimitáveis e discerníveis são, porém, tidas como explicações de tipos gerais (como os "modos de produção": feudalismo, capitalismo, socialismo; ou, como atenuou o século vinte, as "variedades de capitalismo": livre mercado, economia mista, economia de mercado regulada, economia de controle). Esses tipos são dispostos em uma lista fechada. Podem se reproduzir em regiões diferentes em épocas diferentes, não sendo meramente a descrição de uma específica trajetória concreta. Finalmente, esses tipos obedecem a uma sequência e mudam quando têm que mudar: segundo leis históricas, segundo as restrições econômicas, psicológicas, naturais que são a lógica oculta da evolução social. Em Marx, essas forças determinam o grau de desenvolvimento das "forças de produção"; as "relações materiais de produção" progridem na direção do desenvolvimento dessas forças e a classe que representa tal progresso (o melhor uso dessas forças, que está sendo restringido pelas relações sociais então vigentes) vence, estabelecendo novo modo de produção.

Unger usa a referência a "estruturas profundas" em analogia a esse conceito desenvolvido na linguística de Chomsky[67]. Como explica Luhmann[68], estruturas linguísticas dizem respeito a restrições ao uso de palavras, à gramática e à sintaxe. "Estruturas profundas" respondem à urgência da aquisição da linguagem por gerações consecutivas. Chomsky defende a competência inata da aquisição da linguagem, enquanto Luhmann defende o oposto: que a necessidade de aprender rapidamente a usá-la deve ter sido um constrangimento que atuou evolutivamente, selecionando as estruturas (neurofisiológicas, por exemplo) que tornam tal aprendizagem possível. São restabilizadas apenas linguagens auto-organizadas com alto grau de redundância para permitir rápida comunicação. Na teoria social, Unger aponta o marxismo e o estruturalismo como expoentes de uma teoria de "estruturas profundas". Tais estruturas seriam o resquício naturalista da explicação da evolução social, vendo-a como sobredeterminada por restrições psicológicas e tecnológicas e não como evolução autocontrolada apenas pela indeterminação interna das instituições e ideias.

[66] Ver Unger, 1987a, pp. 87-130, 228-35; 2015a, pp. 67-75. O tema tem origem na primeira publicação de Unger (1968): uma crítica ao estruturalismo.
[67] Unger, 1984a [1975], pp. 8-9, 114, 125-6 e 296 (nota 2). Ver Chomsky, 1965, cap. 3.
[68] Luhmann, 2012 [1997], pp. 132 e 389 (nota 48).

Se o exemplo mais claro de teoria de "estruturas profundas" é a teoria de Marx, há em Weber um parcial desligamento dos determinismos, mas ainda uma acentuação unilateral de tendências da Europa de sua época que aparecem como irreversíveis e universais: a burocratização, a racionalização e o desencantamento[69]. A tese de Unger é de que abandonar os determinismos da base social, da estrutura econômica, e colocar no centro da explicação a política não leva necessariamente ao bloqueio da teoria social de largo alcance; antes, esclarece a mutabilidade e novidade dos complexos institucionais, as insuficiências, incoerências e dissensos internos a despeito das condições de sustentação de estruturas renitentes.

Na interpretação e crítica de Unger, a teoria de Marx desenvolve dois princípios explicativos: o método funcional e os pressupostos de "estruturas profundas". Pelo primeiro princípio, um modo de produção é substituído historicamente por outro por causa de suas vantagens práticas: ele coloca as forças de produção em um novo nível de desenvolvimento. Essa consequência opera como uma causa. Assim, as forças de produção dentro de um modo reproduzem um tipo de conflito de classes, de relações de produção. A classe vencedora, que sobrevive no modo de produção sucessivo, é aquela que encarna o interesse universal no avanço das forças de produção – o progresso material e moral como necessidade histórica. A luta de classes é o mecanismo fundamental de variação e as forças de produção são o constrangimento natural que seleciona a nova forma de vida mais apta.

A caracterização de Unger a respeito das teorias de "estruturas profundas" ajusta-se como luva à teoria de Luhmann. Aqui, a forma de diferenciação da sociedade[70], como sistema social mais abrangente que se diferencia internamente em outros sistemas sociais, é explicada pela morfogênese da complexidade: níveis diferentes de complexidade significam incremento ou redução de variações e diferentes pressões seletivas – afinal, quantas relações entre elementos uma estrutura social é capaz de selecionar, estruturar e suportar. Historicamente verificam-se diferentes formas de diferenciação social dominante. Na história mundial, não há uma sequência linear dos tipos, de modo que é possível encontrá-los ao mesmo tempo em diferentes regiões. Na história europeia, porém, há uma transição típica de formas prevalentes. Primeiramente, a forma segmentária distingue entre subsistemas sociais similares, como famílias, tribos, linhagens, clãs ou outras unidades estruturadas pelo princípio da parentela e internamente divididas por outros critérios naturais (sexo e idade). A seguir, emerge a diferenciação entre centro e periferia, com

[69] Unger, 2012 [2001], p. 113.
[70] Ver Luhmann, 2013 [1997], cap. 4.

dessemelhança entre as unidades: por exemplo, a distinção entre campo e cidade na Grécia antiga ou a distinção entre Roma e a periferia do Império Romano. O território, não mais a descendência, define a sociedade. A concentração de recursos nos centros (em relação às periferias) preside a emergência de sociedades estratificadas, cuja distinção-diretriz é aquela entre nobres e povo. A modernidade é descrita como a formação de uma só sociedade mundial prevalentemente diferenciada por subsistemas funcionalmente especializados: economia, política, direito, arte, religião, educação, ciência. É a sociedade em que direitos e dinheiro são meios generalizados.

Para Luhmann[71], cada forma de diferenciação social é "a mais importante estrutura social, que, se puder impor-se, determina as possibilidades evolutivas do sistema e influencia a formação de normas, posteriores diferenciações, autodescrições do sistema, e tudo o mais". As formas de diferenciação se distinguem porque "há possibilidades limitadas de desenvolvimento dentro de cada forma de diferenciação prevalecente". Como na descrição das origens da cidade antiga, famílias e tribos podem se unir em grupos maiores; na sociedade de estratos, podem se desenvolver mais diferenças além daquela central entre nobres e povo. "Mas essas possibilidades de crescimento vão de encontro ao que se é tentado a chamar de barreiras orgânicas. Mais evolução então é impossível, ou requer a transição para outra forma de diferenciação." Uma nova forma de diferenciação não destrói as formas anteriores: tribos não são substituídas por estratos, nem a nobreza pela ciência, pela economia ou pela política. Os centros e as periferias mantêm a diferenciação por famílias, assim como o fazem os estratos da sociedade hierárquica. A sociedade moderna funcionalmente diferenciada continua sendo estratificada na forma de diferenças de classes sociais e de distinções entre centro e periferia, "mas elas são subprodutos da dinâmica endógena dos sistemas funcionais". Há também estruturas e "avanços pré-adaptativos", como formas de diferenciação funcional em sociedades estratificadas, inclusive nos centros urbanos ou imperiais, como Atenas ou Roma. Um sincretismo ou fusão das formas de diferenciação é "típico, de fato evolutivamente necessário, embora mudanças espetaculares no tipo ocorram apenas quando as formas dominantes são suplantadas". Essas mudanças permanecem latentes enquanto são preparadas no interior da ordem que será substituída pela prevalência de um novo princípio diferenciador. A credibilidade da velha ordem é posta em xeque quando a nova ordem, já gestada e madura, emerge do interior da velha formação. Quando elementos

[71] Luhmann, 2013 [1997], pp. 10-16.

desestabilizadores ganham espaço (são selecionados e restabilizados), um novo patamar de estabilidade é estabelecido. Muda a forma prevalente de diferenciação. A unidade da sociedade é, então, uma nova diferença-diretriz. Essa mudança é, em termos sistêmicos, uma "catástrofe".

Embora haja possibilidades de regressão de uma forma a outra em uma mesma região, é muito improvável que suceda a uma sociedade segmentária uma estrutura de prevalência de diferenciação funcional. Isso porque, embora afirme ser insustentável a tese da crescente, progressiva e constante diferenciação, Luhmann sustenta a tese da mudança nas formas de diferenciação, com saltos para formas mais complexas, capazes de incorporar mais dessemelhanças e formas de comunicação mais diversas. Cada forma de diferenciação social, sendo a estrutura estruturante, define a complexidade sustentável, os limites de compossibilidade entre as outras estruturas: as expectativas, a memória e a semântica social.

A estrutura social define as expectativas plausíveis, o que esquecer e o que lembrar e o acervo semântico que a descreve. Como registrado, Luhmann fala de "barreiras orgânicas" que afinal constrangem as possibilidades dentro de uma estrutura social. Os "meios de disseminação" da comunicação (da imprensa à internet) também definem a complexidade socialmente estruturável. Por exemplo, a comunicação presencial (interação) estabiliza um patamar de divergência entre expectativas. Esse patamar é imensamente ampliado com a escrita, ao criar o problema da interpretação de textos, e a interpretação só pode ocorrer como produção de novos textos (a serem interpretados...). Com a imprensa e o advento do sistema de meios de comunicação de massa, maior é a ordem de grandeza da sustentação de expectativas divergentes e da regulação da memória social (o que lembrar e o que esquecer). Com o avanço da diferenciação funcional, ainda, diferenciam-se os "meios de comunicação simbolicamente generalizados" (ter, poder, verdade, direito), de modo que a comunicação codificada e aceita por um sistema pode ser rejeitada por outro e a inclusão em um sistema pode não coincidir com a inclusão em outro. Ademais, como sublinha Luhmann[72], a diferenciação funcional não aparece mais (como nas narrativas do contrato social, da fábrica de alfinetes de Adam Smith, ou como na teoria da solidariedade de Durkheim) como um ganho de bem estar ou produtividade advindo da divisão de trabalho – apenas como um incremento de complexidade.

[72] Luhmann, 2013 [1997], p. 105.

A transição do feudalismo ao capitalismo é substituída por Luhmann pelo tema da transição da sociedade estratificada a uma sociedade funcionalmente diferenciada. É aí que se universalizam os direitos. As "formas de diferenciação" (segmentária, *e.g.* em tribos; centro/ periferia, *e.g.* pela distinção entre campo e cidade na antiguidade grega ou romana; hierárquica, na Europa medieval; funcional, na sociedade mundial moderna) substituem os "modos de produção". Elas representam diferentes ordens de grandeza de complexidade.

Na sociedade estamental, os seres humanos são distribuídos em camadas que formam, em conjunto, uma hierarquia e, cada qual para si, uma forma de vida própria – um conjunto de expectativas, rotinas e instituições. Segundo a autoimagem da sociedade estamental, sua elite acumula um conjunto de recursos (ter, poder, beleza, virtude) e tem dignidade; os estratos inferiores são protegidos da exclusão por uma vida familiar e comunitária altamente integrada. A sociedade funcionalmente diferenciada é a sociedade moderna: ela não pode viver sem revolucionar – reproduz alto grau de contingência e complexidade, transcende as fronteiras nacionais (tornando-se global) e inclui a todos, potencialmente. Todos são iguais em dignidade e direitos – basta aproveitar as chances da vida e sobressair pelo mérito. Todos os corpos e mentes (indivíduos) estão fora desse campo que abarca toda a comunicação, mas fruem dos produtos de cada sistema funcional como pessoas, máscaras sociais: incluem-se nos sistemas parciais da sociedade ocupando papéis complementares, como produtores ou consumidores, professores ou alunos, médicos ou pacientes, eleitores ou eleitos. Ninguém mais está seguramente incluído em uma camada social ou em uma comunidade que lhe proveja em suas necessidades, garantindo sua subsistência, algum aprendizado para a vida e algum cuidado médico. Nessa sociedade surgem de fato os excluídos – corpos e espíritos sem sentido para as empresas e escolas, para o esporte ou a arte. Aqui surgem os direitos universais, justamente para manter a diferenciação funcional e gerenciar os riscos da exclusão. O que poderá por em xeque essa sociedade moderna, mundial, funcionalmente diferenciada? Talvez os desastres ecológicos...[73]

O problema da explicação funcional é que, embora forneça um esquema racional para a causalidade histórica, é incapaz de dar uma resposta àquilo que parece querer responder: por que a história só poderia ser da maneira como foi. Em outros termos, a explicação funcional precisa assumir a hipótese de *equivalentes funcionais*. Pode ser que mais de um tipo de organização social, mais de um conjunto de instituições fosse capaz de

[73] Ver Luhmann, 2013 [1997], pp. 323-34; 1989 [1986]. Sobre natureza, comparar Unger, 2007a, pp. 239-42.

dar uma resposta igualmente eficiente aos desafios postos pela história e pela natureza – mas sobretudo pelo próprio "tipo" de sociedade que antecedeu a este seu substituto. Na verdade, há uma dependência da trajetória na mudança social, na sucessão entre complexos de ideias e instituições. Mas não há um evento instantâneo que substitua um "tipo" por outro. As formas institucionais dependem da "correlação de forças" que as estabelecem e do repertório de ideias que as inspiram[74].

De um lado, é importante frisar a distinção entre estrutura (ou contexto) e rotina (Unger) ou entre forma de diferenciação e as operações pelas quais a sociedade se reproduz (Luhmann). De outro lado, a teoria luhmanniana é explicitamente informada em suas generalizações históricas (as formas de diferenciação) pela experiência ocidental, especialmente do Atlântico Norte e, sobretudo, europeia. Afinal, comentando sobre o direito, Luhmann admitiu que a própria diferenciação funcional talvez fosse "uma anomalia europeia"[75]. Contudo, o complexo de instituições e ideias dito "modernidade", embora tenha origem nos desenvolvimentos históricos específicos da Europa, mundializou-se[76]. Luhmann o apreende ao identificar hoje uma única sociedade: a sociedade moderna como sociedade mundial. Não é aceitável negar tais fenômenos e suas dimensões – a diferenciação entre direito, economia, política, ciência etc. e o âmbito mundial de reprodução desses sistemas. Essa dinâmica reproduz-se, porém, assimetricamente, ao se acoplar às trajetórias históricas regionais e a seus específicos critérios biológicos, geográficos e hierárquicos. De outro lado, sistemas funcionais tanto são operacionalmente fechados e se guiam por seus próprios critérios e elementos quanto se vinculam a outros sistemas funcionais por meio de organizações, procedimentos, interações. "Acoplamentos estruturais" são vínculos bivalentes, que valem de modo específico para cada sistema acoplado e evitam que os ruídos e irritações entre os sistemas escalem em conflitos abrangentes entre esses sistemas (como veremos, é o caso da ligação constitucional entre política e direito). Portanto, uso a menção à diferenciação funcional nesse sentido heurístico da emergência de uma nova forma de inclusão/ exclusão que se apresenta mundialmente, em combinação com outros critérios (etnia, gênero, nacionalidade, classe), conforme as dinâmicas regionais de modernização e mundialização.

[74] Ver Unger, 2001b [1987], pp. 95-115.
[75] Luhmann, 2004 [1993], p. 490.
[76] Comparar Eisenstadt, 2000 ("múltiplas modernidades"); Luhmann, 2013 [1997], pp. 305-9 ("modernização"); Unger, 1976b, pp. 223-37 ("variedades de modernidade").

Na teoria de Luhmann[77], "[d]iferenciação funcional é um arranjo histórico específico que se desenvolveu desde a Idade Média tardia e foi reconhecido como disruptivo apenas na segunda metade do século XVIII". No entanto, defendo que, para compreender essa dinâmica de longa duração e sua variedade, não basta identificá-la tão simplesmente à "modernidade" e subsumir todo fenômeno que observarmos à força inescapável da diferenciação funcional, fazendo a apologia ou crítica desse alvo da obsessão sociológica chamado de "sociedade moderna". São necessários dois deslocamentos metodológicos. Em que termos podemos entender, então, a diferenciação funcional? Apenas pela conjugação de duas teses precisas: em primeiro lugar, a *variável conjugação de critérios funcionais e de outras formas de diferenciação* (em termos históricos e geográficos); em segundo lugar, a *interdependência entre os sistemas funcionais*, conjugação independência e dependência, com fechamento operacional tanto quanto acoplamento estrutural – inclusive ligações por sistemas intermediários entre as interações presenciais e os sistemas funcionais. São sistemas como organizações, protestos, conflitos e procedimentos. Eles revelam uma especial capacidade de transcender fronteiras dos sistemas funcionais.

A tese da diferenciação funcional precisa ainda ser redimensionada na direção de um paradigma do sincretismo ou fusão das formas de diferenciação: segmentárias, centro-periféricas, hierárquicas e funcionais. Elas constituem oportunidades e restrições para a inclusão/ exclusão social assim como os demais sistemas que se desenvolvem no interior da sociedade: sistemas de interação, organizações, movimentos de protesto, procedimentos e conflitos. Diferentes padrões de diferenciação cortam-se transversalmente, amplificando, restringindo, modelando inclusões e exclusões. Se isto é uma recusa à teoria – pois Luhmann só admite que ou há ou não há (prevalência da) diferenciação funcional, que ou há ou não há exclusão ou inclusão, no sentido de "tudo ou nada"[78] –, teremos que seguir por um outro caminho teórico. Pode haver uma forma de diferenciação sistêmica predominante em cada contexto histórico, mas as demais diferenças continuam se reproduzindo no presente, não apenas como memória ou atavismo.

Para compreender o significado da diferenciação funcional como dinâmica de longa duração e sua variedade passada, presente e futura, importa ampliar a escala de observação: observar sistemas funcionais específicos e seus vínculos, assim como

[77] Luhmann, 1997a, p. 70.
[78] Ver Luhmann, 1998a [1994], pp. 170-6.

"contextos formadores" historicamente mais delimitados[79]. Só assim se poderá compreender de que maneiras a forma da diferenciação funcional acopla-se a outras formas, sincreticamente. E isto dá identidade aos diferentes contextos formadores – da sociedade mundial e de suas regiões. Ainda, a sociedade é também um sistema operacionalmente fechado: embora "irritadas" pelo ambiente natural (os seres humanos inclusive) e com influências causais, as operações sociais produzem sua própria complexidade e indeterminação. Combinada ao postulado das equivalências funcionais, a explicação da diferenciação funcional abre espaço para a visão da indeterminação institucional: as variadas formas de organização do direito, da política, da economia.

As "macroestruturas" sociais – formas de diferenciação (Luhmann) ou contextos formadores (Unger) – não são unidades indivisíveis, que só se pode manter ou substituir em bloco. A respeito, ao comentar sobre a polêmica da política nos últimos dois séculos sobre reforma *versus* revolução, Luhmann[80] disse que "alteração total das estruturas a partir de um movimento monolítico e capaz de gerar a mudança radical de um golpe jamais existiu"; a crença nesse pretenso "corte" na história "[g]erava incompreensões típicas do período pós-revolução bolchevique, com a descontinuidade entre mudança infraestrutural e superestrutural". Diante disso, a sociologia se retraiu da pretensão marxista de fazer "previsões ao procurar estabelecer leis históricas".

A ideia de revolução como necessidade histórica imanente, natural, foi o símbolo maior do marxismo. Uma importante tradição de antropologia evolucionista, influenciada por Marx e ecoada por Luhmann, via na tecnologia o fator explicativo e classificatório para a análise do progresso civilizatório. Marx iluminou o trabalho como unidade da diferença entre natureza e sociedade e como categoria geral da interação e da construção material e simbólica da sociedade (na sociedade capitalista, trabalho como mercadoria e mercadoria como forma geral de mediação). Luhmann vê a unidade entre natureza e sociedade apenas como "irritação": a sociedade só pode comunicar sobre a natureza. Ao mesmo tempo, há "barreiras orgânicas" aos sistemas sociais. Esse contraste apenas ilustra que o fechamento operacional de qualquer sistema (dos sistemas sociais, pela comunicação) não significa

[79] Ver a proposta de Villas Bôas Filho, 2009. Ressalto que, diferentemente dessa proposta, pretendo aumentar a escala de observação não especificando uma história regional (e retornando ao conceito nacionalista de sociedade), mas tratando das semânticas que marcam as diferenças espaço-temporais na sociedade moderna (é a discussão sobre as "autoconsciências", *infra* capítulo 4); também amplio a escala de observação, no eixo da institucionalidade especificamente jurídica, não focando apenas nos tribunais, mas também na periferia do direito, seu ambiente interno e seus acoplamentos estruturais, particularmente a constituição (*infra* capítulo 2).

[80] Luhmann, 1993a [1990], pp. 217-8.

isolamento causal. Na autopoiese, o ambiente está sempre envolvido, mas o sistema só pode controlar parte das causas e dar-lhes desdobramento na reprodução do sistema[81]. Entretanto, afinal, são as "barreiras orgânicas", pressionadas pela comunicação, – ou as comunicações, pressionando seus limites naturais – que definem a mudança catastrófica na forma de diferenciação da sociedade?

Um autor citado em fases diversas do pensamento luhmanniano é Darcy Ribeiro, que, seguindo Marx, utiliza o critério tecnológico (ação humana sobre a natureza) para a demarcação das formações socioculturais. Ao citá-lo ao lado da análise de Schluchter sobre a teoria da história (e o método tipológico) em Weber, Luhmann comenta: "Apesar de todas as críticas dos historiadores, divisões de época ainda não morreram na sociologia. E como alguém poderia de outro modo demonstrar tendências empiricamente?"[82]

Não deixa de ser surpreendente que um historiador marxista tenha saudado a possibilidade de outro modo – precisamente, o modo concebido por Unger. Assim, Perry Anderson identifica no conceito ungeriano de "contexto formador"[83] uma alternativa à tipologia antiga dos regimes políticos e àquela moderna dos modos de produção. Um contexto formador é uma aglomeração mais ou menos frouxa e acidental de práticas institucionais e concepções ideológicas. Um contexto é a estrutura social mais abrangente e forma rotinas – práticas de trocas, discursos, disputas, produção. Contextos formadores variam na medida em que fornecem os próprios instrumentos para seu desafio e transformação. A revolução, a substituição mais ou menos instantânea e violenta de um contexto formador por outro, é mais um símbolo, uma romantização. Na história, diz Unger[84], há reformas que não mudam as estruturas e a revolução não é mais que um "caso-limite". Transformações estruturais ocorrem primacialmente na forma de "reformas revolucionárias": alterações de peças do contexto formador, mudanças institucionais apoiadas por pressões vindas "de baixo" (da sociedade) e movimentos "de cima" (do estado). Se quisermos descrevê-las para além da política, diríamos que essas reformas ocorrem em cada sistema social (o direito, por exemplo) como uma determinação interna que obedece a pressões ambientais (da natureza, das mentes ou de outros sistemas sociais)

[81] Luhmann, 2012 [1997], p. 74.
[82] Luhmann 2013 [1997], p. 429, nota 340, citando Darcy Ribeiro (1997 [1968]) e Wolfgang Schluchter (1981 [1979]). Ver também Luhmann, 1983a [1980], p. 14, nota 10.
[83] Anderson, 1992 [1989]. Ver Unger, 2001b [1987], pp. 58-66.
[84] Sobre reforma revolucionária, ver Unger, 1987a, pp. 163-4; 2001b [1987], pp. 64-5, 79-80, 86, 104, 121, 253-4, 259, 324, 428, 550, 557, 570; 1998, pp. 18-20; 2001c, pp. xxi-xxvi, ci, cxx; 2007a, p. 114.

e precisa ser apoiada tanto pela periferia do sistema (o legislativo, os negócios privados) quanto por seu centro (os tribunais).

Essas reformas são possíveis porque as "macroestruturas" sociais não são um bloco indiviso; são decompostas em instituições. Mudam então fragmentariamente, embora com resultados cumulativos que potencialmente poderão vir a ser julgados como "revolucionários". Ainda, essas instituições devem ser discernidas como estruturas internas dos sistemas sociais. São então aglomerados de "microestruturas": na conceituação de Luhmann, de expectativas. Instituições, como veremos, são complexos de expectativas socialmente generalizadas. É por meio dos sistemas sociais que as expectativas tornam-se generalizadas como pressupostos para a ação e a comunicação. Dessa decomponibilidade das estruturas sociais surge o conceito paradoxal da "reforma revolucionária" como via da mudança social: mudanças institucionais não totalmente controláveis cujos resultados dependem sempre da imponderabilidade da evolução. Essa visão realista da mudança social, liberta dos pressupostos necessitários de conservadores e progressistas e das principais teorias sociais do século dezenove, deveria evitar a queda no agnosticismo normativo de Luhmann. Afinal, as mudanças sociais não podem ser somente objeto de descrição retrospectiva; elas dependem das ideias e alternativas que os sistemas sociais apresentarem, selecionarem e integrarem estruturalmente. Afinal, a pureza descritiva do registrador de observações de observadores também tem seu risco: comprar muito facilmente as autodescrições e enviesar-se por seu caráter apologético.

Como visto, Unger, partindo de uma crítica à explicação funcional e de estruturas profundas, propõe uma visão organizada pelo conceito de "contexto formador", capaz de discernir complexos de formas institucionais e ideológicas contingentes e localizáveis. Incursionando nesses complexos seria possível desvendar as soluções dominantes e desvios exemplares, rudimentos de trajetórias alternativas reprimidas. Esse projeto explicativo é construído como alternativa tanto ao marxismo quanto às explicações de médio alcance das ciências sociais positivas. Fundada em métodos empíricos e na modelização de fenômenos restritos, essa prática de ciência fornece sobretudo explicações internas às estruturas, sem enfatizar a diferença entre ações e conflitos rotineiros e o enquadramento estrutural desses eventos. Entende-se que a ordem institucional emerge espontaneamente das práticas; não se distinguem, porém, os movimentos de mudança de contexto daqueles de mera reprodução da estrutura e, assim, não se apreende como as estruturas formatam as práticas e de que modo a mudança das instituições é historicamente

descontínua e contingente. Ainda que sem confiar em leis históricas providenciais ou catastróficas dirigindo a evolução ("fetichismo estrutural"), ciências positivas como a economia pressupõem também uma visão de convergência institucional, por "tentativa e erro" e "seleção natural", àquelas tidas como as "melhores práticas" e mais perfeitos modos de organização social, como nas teorias da modernização ("fetichismo institucional")[85]. Na história, porém, há uma ampla gama de descontinuidades, equifinalidades e equifuncionalidades. Por isso, trajetórias alternativas de transformação institucional – em vez de modelos estáticos e reprodutíveis – podem ser imaginadas, ainda que não se trate de projetos totalmente controláveis e ainda que todo esforço intencional esteja submetido ao imponderável de cada sistema e contexto social.

Ao lado de sua prática explicativa de crítica e construção que pretende ser uma "alternativa radical ao marxismo", Unger coloca uma ambição programática: ir além do complexo institucional e ideológico dominante, fruto do ideário socialdemocrata[86]. Nesse projeto, um aliado vital é a pesquisa das configurações alternativas das instituições sociais, cujas variações são esquadrinhadas, explicitadas e justificadas nos materiais do direito e no discurso doutrinário. Também no direito encontramos soluções dominantes e uma margem de variações que podem ganhar escala e se apresentarem como novas formas cruciais para a organização da democracia, do mercado e da "sociedade civil". Surge então a proposta de mobilizar a análise jurídica a serviço da "imaginação institucional". Afinal, no limiar do século vinte e um torna-se forçoso reconhecer que os direitos não dependem simplesmente de amparo normativo – de sustentação por regras válidas, impositíveis coercitivamente. O gozo efetivo de todo direito depende de condições práticas que colocam o sistema jurídico em contato com outros sistemas sociais. A forma burocrática e centralizada de coordená-los é uma das vias, mas há tantas outras. Como analisar as estratégias alternativas de desenho e implementação dos direitos?[87] Não é um simples problema de interpretação textual e argumentação judicial. É esse o desafio de uma visão construtivista dos direitos, da concepção dos direitos como instituições.

[85] Sobre "fetichismo institucional" e "fetichismo estrutural", ver Unger, 1987a, pp. 200-2; 1998, pp. 25-7; 2001c, pp. cxxii-cxxiii; 2007a, pp. 112-8.
[86] Unger, 2001b [1987], p. 1.
[87] Ver Unger, 1996, pp. 28-30.

1.2. As "jurisprudências" dos direitos

Na descrição de Unger[88], o que as teorias sociológicas (mesmo as de estruturas profundas) rejeitam é a visão canônica de sociedade, a ordem social (política) fundada na razão imanente da natureza, a ontologia clássica. Essa rejeição corresponde, na visão de Luhmann[89], à distinção entre expectativas normativas e cognitivas (normalidade e normatividade), ao fato de a sociedade passar a operar em um plano de observação de segundo grau: se Aristóteles ou são Tomás viam um mundo em comum dado e ordenado pela natureza ou pela criação, essa visão cosmológica e ontológica é desintegrada quando a sociedade perde qualquer centro ordenador e passa a ver todo sentido como construção contingente do observador. Não há valor que não seja definido pelas trocas; o valor é definido quando observadores observam outros observadores no mercado. A "verdade" na política é o que é construído quando eleitores observam outros eleitores, candidatos e eleitos – opinião pública. Cientistas observam uns aos outros por meio das publicações – e aí está o "mercado" de ideias[90]. Como mostrará o capítulo 2, para o direito isso significa a mútua observação dos direitos e deveres, poderes e responsabilidades pelos sujeitos de direito; não há determinação transcendente do valor do direito subjetivo como elemento que precisa estar em harmonia com a ordem das coisas. Isso pressuporia entender a sociedade como continuação da natureza, como sendo capaz de sofrer corrupção e regeneração. Ao contrário, como horizonte de sentido das pessoas, a sociedade reproduz contingência. É feita e imaginada, como representou a semântica do contrato social. Nessa sociedade, o direito subjetivo é produto do que o sistema jurídico avaliar, da forma como ele processa internamente as irritações provenientes do restante da sociedade: da economia, da política, da ciência, da educação. Há, porém, variáveis configurações que esse campo dos direitos pode ter como parte da estrutura do direito – e, portanto, da sociedade.

Tal visão dos direitos como estruturas do direito, como instituições, nos é obstaculizada pelo repertório herdado de conceitos de direito subjetivo. A trajetória truncada desse conceito na passagem do direito natural clássico aos direitos naturais do racionalismo moderno basicamente reduziu os direitos a faculdades da pessoa – um dado inato, como a razão ou a vontade. A superação dessa semântica na teoria do direito dos últimos dois séculos apresentou basicamente quatro compreensões sobre os direitos:

[88] Unger, 1987a, pp. 80-9.
[89] Luhmann, 2013 [1997], pp. 102 e 105.
[90] Essa observação de observadores corresponde ao "espaço" institucional dos ambientes internos ou esferas públicas dos sistemas (ver *infra 2.4*). Sobre as implicações dessa dissolução da ética antiga para a moderna moralidade de valores, ver *infra 4.3.1.3.*

reduziu-os a relações jurídicas, a interesses, a normas formalizadas ou a valores moralmente justificados. Buscar um sexto conceito de direitos – como instituições – é o ponto de chegada deste capítulo. Antes, percorramos os caminhos dessa evolução da semântica jurídica no plano reflexivo da teoria do direito ("jurisprudência").

A desagregação da antiga unidade (aristotélica) entre política e ética, direito e moral, estado e sociedade redunda no positivismo jurídico, como reação às velhas teorias do direito natural (por meio de novas teorias de direitos naturais, como em Hobbes), e na sociologia, como rejeição de uma forma natural, única, canônica de organização da sociedade. Em Marx, a sociedade emerge como algo distinto do indivíduo e do estado. A economia – o trabalho – realiza a passagem da natureza à sociedade, criando um mundo à parte dos indivíduos, uma realidade "reificada" da qual os sujeitos estão "alienados". Diagnosticada essa diferença, esse "estranhamento", pela ciência (a sociologia), coloca-se como tarefa política (do socialismo) superá-la. Essa superação, porém, não é apenas uma vontade política contingente; é vista como necessidade histórica. Na reflexão jurídica, a tradição contemporânea a Marx, influente sobre sua visão do direito e por ele criticada é justamente a da "escola" histórica, liderada por Savigny[91]. Ela representa a transição entre uma visão naturalista do direito e o pleno reconhecimento da contingência – se não arbitrariedade – do direito positivo.

A reflexão sobre o direito natural é constitutiva do próprio direito, na medida em que define o justo e o injusto por dedução de um conteúdo fixo, já presente desde o início. Pode haver variações interpretativas, mas o direito não muda por um ato arbitrário, por decisão infundada. A certeza repousa justamente na perenidade da ordem social justa, da "vida boa" tal qual entendida pelo filósofo-jurista. É certeza substancial, aliada da verdade e da sabedoria da história. Com a positivação do direito – a centralização da decisão sobre o lícito e o ilícito em órgãos eles mesmos regulados por essa diferença –, a unidade entre direito e moral se esfacela.

O direito é desfundamentado – ou autofundamentado, na medida em que só ele fornece os critérios para seu funcionamento. A constituição como norma jurídica superior cumpre esse papel, substituindo a remissão do direito positivo ao direito natural como direito superior. O mesmo ocorre com os demais sistemas. Não se trata apenas da construção de espaços e ações excepcionados ao juízo moral: a razão de estado, a cobrança de juros, o lucro. É a própria indiferença dos códigos lícito/ ilícito, saber/ não saber, ter/

[91] A sugestão da comparação entre Marx e a "escola" histórica do direito e, sobretudo, a análise de Savigny, Puchta e Jhering advêm de De Giorgi, 1998 [1979], pp. 9-73.

não ter ao código bom/ mau que está em jogo. Na falta de uma moral abrangente a cimentar e unir a sociedade, com validade transcendente aos "valores" operativos dos sistemas (em grande medida indiferentes a uma moralidade substancial), o mau passa a ser então a sociedade negar o acesso ao lado positivo dos códigos funcionais e a ética (a reflexão sobre a moral) passa a detectar como falha moral a corrupção dos códigos funcionais: dinheiro na política, medicamentos no esporte, parcialidade nas cortes[92].

Para os historicistas, o direito que brota das forças culturais do "espírito do povo" ganha forma jurídica quando mediado pelo estado. No direito positivo atual, seu objeto, Savigny via não só a transformabilidade, mas sobretudo a permanência de um passado exemplar: as instituições (ou institutos) do direito romano. Como história e dogmática do direito, cabia à ciência desvelar a necessidade histórica que se realizava no direito presente e sistematizá-lo. O sistema é um todo coordenado em partes – os conceitos. Constrói-se por lógica e abstração a partir as instituições – os pilares do sistema abstrato e da vida social concreta.

Diz Savigny[93] que decisões sobre direitos individuais dependem da referência a regras gerais do direito objetivo, da legislação estatal. A "raiz viva e a força convincente" dessa decisão sobre direitos encontram-se na relação jurídica, assim como o fundamento mais profundo do direito está nas instituições, cuja conexão orgânica constitui gradualmente o sistema. Para além da superfície de decisões governadas por regras, encontramos as relações jurídicas, que são governadas pelas instituições. Aí está "a verdade e a vida" do direito. O método tipológico e sistemático as exibe em sua complexidade e concretude. Teoria e prática do direito não são apartadas, pois a intuição da instituição que domina uma específica relação jurídica é operação mental da mesma natureza que a construção do sistema jurídico pela ciência.

Fazendo da ciência do direito uma "jurisprudência dos conceitos", Puchta[94] desenvolve uma tensão entre liberdade (direito) e necessidade (razão). O sujeito de direito é o indivíduo livre, capaz de querer e decidir, independentemente de seu valor moral. O direito, como liberdade, estrutura-se pela igualdade, pela indiferença diante da diversidade. A forma jurídica abstrai as desigualdades reais, mas estas lhe são imanentes: re-entram seu conteúdo. A construção sistemática e racional do direito, a pirâmide conceitual, faz re-entrar a necessidade na liberdade, a desigualdade das relações na igualdade dos sujeitos. O

[92] Luhmann, 1994a.
[93] Savigny, 1867 [1840], pp. 8-9.
[94] Ver Puchta, 1854a [1841]; 1854b [1847].

direito estruturado em sua complexidade, disponível para seleções de sentido, é abstração e desigualdade, uma conexão gradual de igualdades diferentes. Uma vez positivado, pouco importa a fonte material do conteúdo do direito (a cultura, o povo, a história); sua validade é formal (autorregulada). Paradoxalmente, a liberdade jurídica e a necessidade racional convertem-se, pela ciência do direito, em liberdade formal e necessidade material. Aqui há também uma visão da economia como continuação da natureza, como foi típico dos fisiocratas, do liberalismo econômico e do marxismo.

Há uma visão dos direitos e da interpretação jurídica lastreada em pressupostos sobre a ordem social[95]. Direitos são aqui analisados sob o prisma das relações jurídicas. Elas são concebidas como o campo das relações de coordenação pura entre sujeitos livres e iguais, cujo complemento e garantidor é a ordem constitucional pela qual o estado baliza as regras mínimas para a garantia da confiança nessas relações. O pressuposto é que há uma ordem natural do mercado e da política, uma moralidade imanente encarnada no corpo do direito: nos materiais das leis, jurisprudência, costume. Ao direito cabe regular tal ordem moral em detalhe e policiar a fronteira entre a liberdade privada e sua moldura politicamente definida. O direito privado do contrato e da propriedade é distributivamente neutro e o verdadeiro protagonista; pelas relações jurídicas interindividuais, os homens exercitam sua liberdade com o mínimo de coação – utilizando discretamente a ameaça da violência estatal. Os direitos constitucionais servem para abrir esse espaço para o exercício da liberdade. Todo o direito público é suspeito: resultado de grupos que mobilizam o poder do estado para consagrar seus interesses. O controle judicial de constitucionalidade serve para invalidar o direito público que distorça essa ordem privada de coordenação. A doutrina americana da ação estatal, que distingue entre instituições politicamente criadas e aquelas previamente dadas, serve para policiar a redistribuição de recursos e vantagens pelo estado, cuja atividade então é vista como intervenção no curso natural da economia.

A ficção de um sistema coerente e completo de regras e doutrinas (a ordem do direito vislumbrada pelos pandectistas, pelos codificadores, pela jurisprudência dos conceitos) está justificada pela ordem social: como na visão tipológica da sociologia, há tipos de sociedade, dentre os quais o tipo de uma sociedade livre tem um conteúdo jurídico inerente; a função da criação e interpretação do direito é desdobrá-lo. Ele tem uma unidade e obedece a leis históricas. A criação do direito ordena essa fórmula institucional da

[95] Para a caracterização seguinte do formalismo, ver Unger, 1996, pp. 41-6; 2015b [1982], pp. 83-93. Weinrib (2002 [1995], pp. 23-5; 1988), um destacado defensor contemporâneo do formalismo, parte justamente da caracterização de Unger.

sociedade livre em códigos e constituições. Há uma única forma, uma vez subscrito um dos dogmas ideológicos disponíveis. A interpretação e aplicação do direito pela subsunção, por um método quase dedutivo, garante a integridade da ordem jurídica e serve para diferenciar claramente criação política e interpretação judicial, apolítica. Não é, portanto, mera questão de um preconceito sobre a determinabilidade da linguagem: o fechamento autorreferencial das regras e conceitos permite uma invariabilidade diante de contextos e situações os mais diversos, filtra do direito preferências ideológicas, permite que o juízo jurídico seja autônomo em relação à política, na medida em que a formulação política do direito é vista ela mesma como desdobramento de um tipo bem definido de sociedade.

A prática desse modelo racionalista, segundo o qual as formas jurídicas deveriam levar a uma determinação unívoca das decisões, foi minando-o internamente pela revelação, por exemplo, da indeterminação institucional da ordem do mercado: variadas formas de contrato e propriedade poderiam gerar uma ordem econômica competitiva, aumentando ou reduzindo o acesso dos agentes econômicos a essa ordem. De outro lado, quando esmaece a visão de um esquema único de organização de uma sociedade livre, é difícil conter a heterorreferência do direito – a relação de direitos com interesses e valores – para determinar a decisão jurídica. Afinal, várias parecem as decisões possíveis.

Com Jhering atinge-se a unidade da diferença entre a "jurisprudência dos conceitos" e a "jurisprudência dos interesses". Sua obra faz a travessia de um lado a outro da distinção. A abstração conceitual do direito produz uma igualdade formal em que se reproduzem as desigualdades materiais, mas é historicamente possível que a construção formal e abstrata do direito deixe de ser condicionada pela heterorreferência (uma utopia similar, se bem que oposta à de Marx, para quem a objetividade das igualdades abstratas deveria ser rompida pela mudança nas relações materiais). O sistema poderia fechar-se em si mesmo logicamente. A agregação das proposições, conceitos e institutos destila a matéria extrajurídica (social e histórica) em pura e abstrata coesão de um material plenamente jurídico. Rejeitando seu vislumbre primeiro, Jhering inaugura a "jurisprudência dos interesses". Nessa vertente, encontramos juristas como Gény na França e Holmes nos Estados Unidos, um precursor dos realistas dos anos de 1920 e 30.

Assim é que, partindo do final do século dezenove e adentrando as primeiras décadas do século vinte, desenvolvem-se, com afinidades com a jurisprudência dos interesses, teorias do direito referidas como sociais, sociológicas, empíricas, psicológicas, realistas, pragmáticas ou institucionalistas. De outro lado, avançam teorias formalistas,

positivistas, normativistas. As primeiras têm uma visão abrangente do direito e vinculam-se a empreendimentos de reorganização da administração pública, como a construção dos serviços públicos e de esquemas de regulação e proteção do estado social. Mas também descrevem (mais do que propõem) a específica tarefa de interpretação judicial. No espírito dos realistas americanos – que foram arquitetos do estado regulador durante o *New Deal* –, regras formais precisam ser referidas a valores materiais; regras jurídicas são expressões de políticas públicas, portanto, de escolhas "éticas"[96]. Segundo a avaliação de Unger[97], essas tendências que floresceram durante a decadência do formalismo no debate teórico definem basicamente uma visão deflacionária do papel das cortes: a interpretação estritamente jurídica parte dos materiais autoritativos e os interpreta à luz da analogia, circunscrita por propósitos atribuídos. Na jurisdição ainda há uma inescapável discricionariedade; o contraste entre criação e aplicação do direito é relativo, pois os conflitos de visões e interesses que moldaram a criação legislativa prosseguem, sob constrangimentos diferentes de papéis e argumentos, na arena judicial.

Luhmann[98] aborda esse contraste entre jurisprudência dos conceitos e jurisprudência dos interesses segundo o par fechamento operativo/ abertura cognitiva do sistema jurídico. O direito é um sistema social que se reproduz por suas operações: não uma unidade filosófica, ideal, coerente e completa, nem uma estrutura singular e unitária. Ele abre-se ao seu ambiente e aprende com ele (reconstruindo internamente a política, a economia, a moral) apenas por seu próprio fechamento em seus critérios e programas. Paradoxalmente, conceitos servem a interesses, valores ganham concretude por sua referência a interesses e interesses precisam ser selecionados por procedimentos (regrados) para ganharem status de direitos. A pura referência a interesses para colmatar lacunas, decidir entre regras em conflito e entre interpretações contrastantes de uma mesma regra dissolve o direito em seu ambiente, com considerações (econômicas, políticas, morais) que ele não tem base – critérios, repertório, legitimidade – para resolver. A institucionalização (pressuposição de apoio consensual) dos interesses depende da diferenciação de procedimentos políticos, de tomada de decisão coletivamente vinculante, e procedimentos jurídicos, de reforço de expectativas contrafáticas frustradas. A separação de poderes

[96] Para essa posição realista, ver *e.g.* Cohen, 1931, pp. 215-6.
[97] Unger, 2015c, pp. 50-1. Ver discussão *infra 2.3.1*, sobre interpretação de direitos.
[98] Luhmann, 2004 [1993], pp. 68-9, 343-6; 2013 [1997], pp. 94-5. Ver também Campilongo, 2012 [2011], pp. 143-57; Gonçalves, 2013, esp. cap. 4.

promove a circulação e contracirculação permanente entre esses tipos de decisões e suas respectivas formas de argumentação[99].

No século vinte, o formalismo resistiu na teoria do direito, mas apenas de forma transformada. Embora ganhe sua formulação última na década de 1960, o espírito do "positivismo analítico" encontra-se nas décadas anteriores, seja em suas influências intelectuais, seja na pretensão de garantir a especificidade do direito em meio ao denso conflito ideológico daqueles tempos[100]. Não era mais possível abordar o positivismo em seu sentido original – de comando do soberano e obediência dos súditos, sem uma fundamentação que não a própria ordem de poder (como em Austin[101]); não era mais possível fundir teoria e doutrina, como no formalismo original, nem defender suas premissas tão estritas sobre a interpretação jurídica como construção lógica, autorreferente e autointegrada, de regras formais. O positivismo tornou-se "analítico"; desengatou-se da doutrina e concebeu-se como observador científico neutro quanto a controvérsias de fato e valor. Era uma forma de garantir, ao menos, a autonomia metodológica do direito, esteio do estado democrático de direito em meio ao pluralismo de valores de uma socialdemocracia liberal.

Quanto à interpretação, os positivistas analíticos apresentaram um formalismo mitigado, pós-realista. Em Kelsen, a lógica e as regras formais conduzem o intérprete, abandonando-o a um passo da decisão: depois de construída racionalmente a moldura dos sentidos possíveis, a escolha de um dentre esses é puro ato de vontade[102]. Em Hart, a inevitável "textura aberta" da linguagem em que se formulam as regras produz interstícios de discricionariedade[103]. Em Kelsen, o direito apresenta-se como hierarquia puramente formal de normas, das quais os direitos e deveres, poderes e responsabilidades são um reflexo[104]; em Hart, os direitos são também reflexo da estrutura concreta do direito: a união de regras primárias e secundárias[105]. Do ponto de vista deste trabalho, embora se apresentem como teorias estruturais do direito, na verdade ambos tratam da semântica jurídica – as normas e a interpretação. Por isso, seus conceitos de direitos não se confundem com uma concepção estrutural de direitos. Ademais, por fugirem de

[99] Ver a discussão *infra 2.3*, sobre decisões programadas e programantes, programas condicionais e finalísticos e centro e periferia do direito.
[100] Ver Unger, 2015c, p. 57.
[101] Ver a crítica de Hart, Herbert, 1994a [1961], cap. 2.
[102] Kelsen, 1967 [1960], cap. 8.
[103] Hart, Herbert, 1994a [1961], cap. 7.
[104] Kelsen, 1967 [1960], cap. 4.
[105] Hart, 1994a [1961], cap. 5. Ver também MacCormick, 2008a [1981], cap. 8.

controvérsias empíricas e normativas, distinguem-se da abordagem de direitos como instituições. (Conceituação análoga sobre os direitos foi dada nos moldes empiricistas e logicistas do realismo jurídico, quando o direito subjetivo foi definido como nada mais do que um esquema retórico de apresentação da ligação entre as consequências jurídicas advindas da aplicação de uma norma e o titular da pretensão sustentada por essa norma[106].)

A todo custo, busca-se sustentar a objetividade e determinabilidade racional do juízo jurídico contra o subjetivismo e as preferências políticas que pareciam ao realismo como os determinantes últimos da decisão judicial. Ambos adversários do ceticismo sobre o alcance justificador das normas jurídicas, Hart e Fuller travam um debate que representa a unidade da diferença entre o racionalismo formalista e o racionalismo idealista – uma virada que se fará sentir na teoria do direito apenas nas décadas seguintes. A conclusão do debate parece indicar que regras formais apenas conduzem racionalmente a justificação das decisões se interpretadas por referência a propósitos – finalisticamente[107] (ainda, ao final de seu embate com o idealismo, Hart se assumirá, sobre a relação entre regras e valores, como um "positivista moderado" ou inclusivo[108]).

No contexto pós segunda guerra mundial, um renascimento do direito natural acompanha a institucionalização do direito internacional dos direitos humanos e uma revitalização do direito constitucional pela consolidação e expansão do controle judicial de constitucionalidade. Aí surge uma "jurisprudência" não mais "dos conceitos", nem "dos interesses", mas sim "dos valores". Em seguida ao nazismo e buscando a legitimidade de uma constituição *provisoriamente provisória* (a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, que se tornou a constituição definitiva da Alemanha ocidental), o tribunal constitucional alemão passou a entender a constituição como uma "ordem objetiva de valores" e seu guardião (o próprio tribunal) como o realizador dessa ética concreta[109]. O tribunal adotou crescentemente um método de interpretação de "sopesamento" de "valores" e "interesses", ampliando sua intervenção na realização do estado social alemão. Aliado à doutrina, aquele tribunal foi pródigo na criação de fórmulas argumentativas para o juízo sobre direitos

[106] Comparar Ross, 1957 [1951]; Cohen, 1935.
[107] Ver Hart, Herbert, 1958; Fuller, 1958.
[108] Ver Hart, Herbert, 1994b.
[109] Sobre essa "jurisprudência dos valores", ver a análise e crítica de Habermas (1996 [1992], pp. 253-66). O teórico dessa visão de "ordem objetiva de valores" (e do "estado como integração") foi Smend; sua tentativa de ver o direito como ordem imanente e a história como realização racional não poderia ser mais representativa daquilo do "racionalismo" de que logo tratarei (como também revela aquele comunitarismo corporativista que marcou os estatalismos facistas). Sua obra consolida teoricamente a superação da breve República de Weimar, símbolo do constitucionalismo socialdemocrata do início do século vinte. Sobre a proposta de Smend e a teoria do estado no tempo de Weimar, ver a coletânea (com textos de Kelsen, Weber, Preuss, Triepel, Schmitt, Heller etc.) organizada por Jacobson; Schlink, 2000, esp. pp. 207-48.

fundamentais: “dignidade da pessoa humana”, “proibição do retrocesso”, “reserva do possível”, “vedação da proteção insuficiente” etc. Com o desenvolvimento teórico e a precisão metodológica dessa tradição, Alexy[110] constrói sua teoria dos direitos fundamentais como normas jurídicas estruturalmente identificáveis (*em regra*) como princípios, isto é, como mandamentos que devem ser realizados na medida do possível (possível definido pela colisão com outros valores /interesses e pelos meios materiais disponíveis). Além de seu vínculo com a reflexão jurídica alemã, Alexy parte da influência da teoria de princípios desenvolvida por Dworkin.

É preciso considerar a trajetória que leva a reflexão anglófona a inaugurar tal estratégia teórica. O positivismo formalista emergiu no século dezenove em oposição às teorias do direito natural. Nas décadas de 1920 e 30, o realismo nasceu como uma crítica ao formalismo. Desde os anos 50, Henry Hart e Albert Sacks desenvolveram em Harvard um influente material didático sobre “o processo jurídico” – manancial principal de um reavivamento do idealismo. A partir dos anos 60, ganhou força a sociologia jurídica empírica, enquanto no final dessa década e início da próxima ganharam vulto as críticas de Dworkin ao “convencionalismo” de Herbert Hart. Ao mesmo tempo crescia a análise econômica do direito (*law and economics*). Nos anos 70 e 80, o movimento dos estudos jurídicos críticos (*critical legal studies, CLS*) desenvolveu-se como crítica às correntes que colocam a eficiência, os papéis institucionais ou os princípios liberais de justiça e as políticas públicas de bem estar como centro normativo da teoria do direito e da argumentação jurídica. Apesar das diferenças internas, esse movimento reconhece a normatividade da teoria do direito – seu engajamento argumentativo e doutrinário, as controvérsias valorativas que nela se inserem –, mas rejeita uma visão moral unitária (tipicamente, alguma versão canônica de liberalismo) em favor do conflito ideológico aberto (assumidamente político).

Voltemos ao debate entre Herbert Hart e Lon Fuller para entender essa transição. Hart representa um formalismo mitigado, enquanto Fuller torna-se um dos representantes da escola do “processo jurídico”. O idealismo de Fuller[111] é, porém, bem mais concreto e empírico do que vieram a se tornar as teorias principiológicas e morais do direito. Ele defende uma prática prudencial de “fidelidade ao direito”, que começa com a observação de que, mais do que interpretar palavras, os tomadores de decisão jurídica interpretam

[110] Sobre as diferenças entre a “jurisprudência dos valores” do Tribunal Constitucional Alemão e sua própria teoria dos direitos fundamentais, ver Alexy (2008 [1986], pp. 144-79).
[111] Ver Fuller, 1971 [1968], pp. 70, 82-99.

instituições: parcialmente reveladas pelos textos jurídicos criados, parcialmente sustentadas por expectativas amplamente difundidas, a normatividade tácita, o "direito implícito" (a grande parte de expectativas normativas generalizadas, costumes sobre os quais o direito estatal faz intervenções pontuais, remodelando as crenças herdadas). Fuller foi um idealista jurídico, mas não advogava que ideais e propósitos fossem derivados "de cima", de alguma concepção abstrata do justo que se afinasse com a moralidade de certa comunidade; pelo contrário, para ele os ideais jurídicos deveriam ser tomados do direito estabelecido e ancorados "por baixo", nos corpos de legislação, regulação, acordos e precedentes e nas expectativas sociais relativas a eles. O que é "adequado e próprio" pode apenas ser alcançado nesse raciocínio, porque "valores gerais não decidem problemas concretos".

Em Henry Hart e Albert Sacks[112], porém, toma forma a prática idealizante de "elaboração racional" do direito: o contraste mais marcado entre o juízo jurídico e a decisão política. Eles diferenciavam quatro tipos normativos. Primeiro, a regra é "prescrição jurídica que requer para sua aplicação nada mais que a determinação da ocorrência ou não ocorrência de eventos físicos ou mentais – isto é, determinações de fato". Aqui "[o] tipo de situação trazendo à tona a regra foi fielmente previsto e a política pública a respeito foi totalmente determinada de antemão". Regras incompletas ou rudimentares, com linguagem mais imprecisa, são, na verdade, "veículos de delegação de poder". Segundo, o *standard* requer "uma avaliação qualitativa daqueles eventos em termos de suas prováveis consequências, justificação moral, ou outro aspecto da experiência humana em geral". Terceiro, uma política (*policy*) "é simplesmente uma declaração de objetivo". Quarto, um princípio "também descreve um resultado a ser atingido", mas assevera que esse resultado "deve ser atingido e inclui, seja expressamente seja por referência a bem conhecidos corpos de pensamento, uma afirmação das razões pelas quais ele deve ser atingido". É o caso da cláusula *pacta sunt servanda* e da vedação ao enriquecimento ilícito. Os tipos têm diferentes consequências quanto à atribuição de poder a diferentes órgãos e à relação entre interpretação e as "bases de autoridade" do respectivo órgão. Regras e *standards* são em geral definidos pelo legislador. Políticas e princípios dão vazão seja à discricionariedade administrativa, seja à "elaboração racional" – maior ônus de justificação – por parte do juiz.

[112] Ver Hart, Henry; Sacks, 1994 [1958], pp. 138-58. Segundo Eskridge, Jr. e Frickey (1994, p. 2051, nota 122), "Posner e Unger foram estudantes na disciplina eletiva de Harvard 'O processo jurídico'".

Para interpretar, o juiz precisa considerar normativamente a divisão de trabalho jurídico: qual o seu papel no processo de produção do direito, em contraponto, por exemplo, ao legislador. Essa visão leva ao paroxismo o contraste entre duas genealogias do direito[113]. De um lado, o direito é visto como resultado de conflitos entre grupos de interesse organizados, que selam sua vitória marcando seus interesses com o certificado de validade jurídica: como direitos. De outro, o direito é visto como produto de uma história de evolução própria de ideais. O primeiro vocabulário, típico da visão da política como mercado, centra-se no legislativo; o segundo, nas cortes. Além de serem incompatíveis entre si, seus *loci* cada vez mais se confundem: com a atuação de grupos de pressão nas cortes, com o debate de ideais na política, com o desenho de políticas públicas no executivo. (Para compreender a unidade da diferença entre direito e política, seria necessário reconhecer que valores se determinam por referências a interesses, e que interesses se guiam por ideários.)

Outras escolas teóricas seguirão tal contraste[114]. A análise econômica do direito concebe, de um lado, políticos que tomam suas decisões buscando maximizar suas vantagens de poder; de outro, coloca a eficiência, a maximização de utilidade, como ideal normativo que explica e justifica todo o corpo de direito e que deve ser promovido pelas cortes[115]. As teorias de direitos como princípios atualizam o velho formalismo à luz de um desenvolvimento da racionalização do direito que não se limita mais à abstração, ao universalismo e ao relativismo consagrados por uma legalidade formal do estado de direito – direitos universais que dão abertura a conflitos de valores. A substancialização do raciocínio jurídico exposta pelos ataques realistas do começo do século precisa ser contida em seu próprio terreno (de uma racionalidade material) por novas técnicas de determinabilidade da argumentação jurídica e da decisão judicial que façam frente ao instrumentalismo, à abertura pura e simples da interpretação do direito ao arbítrio subjetivo ou às preferências políticas. Depois do ataque realista, concluiu-se que a reflexividade jurídica não pode mais ser contida entre regras e precedentes autoritativos. Precisa incorporar a referência a fins, valores, interesses, a fim de ganhar determinação de significado. Mas essa referência é extremamente aberta e contingente, como mostraram os céticos. Então, respondem os idealistas, para garantir a objetividade do direito, é preciso ordenar esses valores em um esquema mais ou menos fixo, lastreado em "concepções de

[113] Ver Unger, 1996, pp. 52-9.
[114] Ver a crítica de Unger, 2015b [1982], pp. 90-3.
[115] Ver Posner, 1990, cap. 12.

associação humana possível e desejável a serem impostas em diferentes áreas da prática social"[116]. Elas são uma moralidade comunitária, uma espécie de consenso sobreposto metaideológico, que paira sobre as diferentes visões de mundo ao mesmo tempo em que fornece os limites em que elas podem livremente divergir.

A proposta de Dworkin[117] de "levar os direitos a sério" reage tanto ao positivismo quanto ao realismo; tem como antecedente próximo a teoria do processo jurídico e institui uma nova modalidade de racionalismo: se não mais o racionalismo consistente na crença na capacidade das regras jurídicas de conduzirem a uma decisão correta (formalismo), agora o racionalismo que aposta em revolver o solo das regras jurídicas, buscando seus fundamentos morais. Para que a interpretação e a argumentação não se percam em uma atribuição variável e indeterminada de valores, é preciso abstrai-los em direção a concepções teóricas mais amplas sobre o justo político e moral. Os direitos aparecem então como uma questão de princípio, como "trunfos" morais que dão as cartas nas "controvérsias teóricas" sobre o que o direito requer, ultrapassando outros tipos de justificações (como aquelas que indicassem o aumento do bem estar geral por uma medida que violasse ou relativizasse um direito)[118].

O direito é então racionalizado como uma ordem moral imanente, a ser mantida pelo controle judicial que interpreta o sentido acumulado do sistema jurídico como uma narrativa coerente, diante da qual desvios representados por decisões políticas que inovem a ordem jurídica podem ser corrigidos. Essa ordem não se revela apenas na integridade das formas do direito posto (regras), tampouco se esvai na referência mais ou menos indeterminada a propósitos, valores, interesses. É ancorada em uma teia moral subjacente. Essa teia revela o conteúdo necessário de uma ordem jurídica e social da liberdade igual, a qual deve ser resguardada pelas cortes contra a arbitrariedade de acordos políticos contingentes e reversíveis, dos compromissos de visões e interesses que dão forma ao direito na arena legislativa.

Uma diferença que unifica o velho e o novo racionalismo (o formalismo do século dezenove e o idealismo do século vinte) é o contraste ideológico entre direito privado e direito público. Mesmo teorias pensadas em bases gerais e abstratas e tomadas como paradigma mundial do novo não deixam de reproduzir a velha contraposição oitocentista entre o direito privado como ordem natural espontânea, autogerada, de coordenação e o

[116] Unger, 2015b [1982], p. 99.
[117] Ver Dworkin, 1986.
[118] Ver a discussão *infra 3.3.1*, sobre interpretação dos direitos.

direito público como uma intromissão às vezes útil, mas sempre artificial, da política (como se a moldura do direito privado e as formas do mercado não fossem politicamente definidas). Por exemplo, após criticar a tese positivista de que, quando regras não conduzem a uma decisão racional, juízes devem usar sua discricionariedade para prover a solução como se fossem legisladores, Dworkin[119] cedo propôs a distinção entre argumentos de políticas e argumentos de princípio (uma distinção que pode ser vista como instância de outras oposições: utilitarismo, consequencialismo, instrumentalismo ou teleologia *versus* contratualismo, deontologia; interesses parciais e crenças contestadas nos acordos políticos *versus* moralidade neutra; política *versus* direito-moralidade). As políticas indicam referência à promoção de objetivos coletivos da "comunidade como um todo"; os princípios indicam uma justificação baseada no respeito ou garantia de "algum direito individual ou grupal". Legisladores apoiam-se em ambos os tipos de argumentos (se não em outros); juízes, quando nenhuma regra dita a decisão, normalmente decidem e devem decidir com base em princípios, não em políticas. Os direitos, como princípios, derrotam políticas – o primeiro reino deve ser aquele de juízes isolados das maiorias e dos interesses parciais. Eles asseguram o império do direito. Mas e quando um direito enraíza a promoção de "algum objetivo coletivo"?[120]

A suposição subjacente do historicismo oitocentista – tão importante e comum à filosofia de Hegel, à sociologia, de Marx a Weber, à "ciência jurídica" (doutrina ou dogmática) e ao institucionalismo econômico – é precisamente de que regras aglomeram-se, conformando instituições, pelo papel obscuro e impessoal de "metarregras", sejam elas entendimentos perenes compartilhados ou constrangimentos incontroláveis de natureza tecnológica, lógica ou cultural. Na análise jurídica – na interpretação tanto teórica quanto prática – esses constrangimentos são exemplificados pelo caráter coletivo do povo: a moralidade incorporada nas instituições legadas dos romanos, para os juristas germânicos, ou os adágios sapientes e imemoriais esculpidos e purificados pela equidade e pela justiça natural do direito comum, para os anglófonos. Nesse cenário, o que conta para a metodologia formalista do pensamento jurídico é primeiramente essa pressuposição de restrições colocadas por metarregras substantivas na agregação contingente de regras, interpretadas como razões para agir e para decidir casos concretos. Esses constrangimentos geram tipos de complexos institucionais – formas de vida, de sociedade – e dentro de um

[119] Dworkin, 1967, p. 23; 1975, pp. 1058-62.

[120] Esse não é só o caso de muitos direitos "sociais" (de acesso a serviços públicos universais), mas também de direitos de "desestabilização", "difusos", "institucionais", de "terceira geração". Ver a discussão *infra 3.3.1.1*, sobre direitos de desestabilização. Ver também a discussão *infra 2.3.1*, sobre programação finalística.

desses complexos, assumido como invariável ou incontroverso, escolhas são interpretações verossímeis com um alto grau de determinação[121].

A racionalização retrospectiva como atitude psicológica dos juízes – que primeiro chegam intuitivamente a soluções e depois encontram justificativas para elas, como se sua decisão fosse a única autorizada pela lógica – já fora descrita pelos realistas. Diz respeito à formação psicológica de sentido, não à expressão social desse sentido, pela comunicação. Sua plausibilidade como arquétipo comportamental a torna uma hipótese elementar. Como Dewey[122] enfatizou, o raciocínio jurídico prático não trata de chegar a conclusões, mas sobretudo de justificá-las. A lógica intervém como uma ferramenta experimental e flexível para encontrar normas gerais e descrever fatos particulares que sirvam como premissas para uma conclusão que pode haver sido vagamente antecipada (às vezes ao lado de soluções rivais possíveis).

A racionalização criticada por Unger vai além desse *modus operandi* elementar. Consiste, no que diz respeito ao pensamento jurídico, em encontrar uma base para a crítica e justificação que não dependa de ideologias políticas ou teorias da justiça específicas, mas possa ser praticada ao longo de um largo espectro de crenças, tendo ainda o compromisso de ser uma descrição sobre o direito existente (e não uma proposta de reforma dele). A teoria do direito (acoplada à doutrina) é distinta da teoria moral ou política, mas em ambos os campos há uma tentativa similar de providenciar uma fundamentação mais ou menos neutra para a avaliação[123]. Na verdade, a "análise jurídica racionalizadora"[124] – esse estilo de interpretação do direito, essa ideologia operacional dos juristas e juízes – por vezes reivindica observar a "moralidade do direito" como tendente a algo como uma visão normativa de uma teoria política do justo, uma base acima das disputas ideológicas e preferências subjetivas.

Assumindo que o corpo de direito têm uma coerência e integridade que ele empiricamente não pode expor – sendo produto contingente de dissenso e disputa, provisoriamente tomado como definitivo, após procedimentos decisórios –, essa prática de interpretação subestima os desvios, exceções e alternativas estabelecidas no direito,

[121] Esse tipo de visão de complexos institucionais também foi recepcionada por abordagens neomarxistas da história do direito dentro dos *critical legal studies*, ao lado da visão da "política de identidade". Ver a crítica de Unger (2015c, pp. 28-9; 1986; 1983, pp. 563-4, nota 1).
[122] Dewey, 1924, pp. 22-4.
[123] Para a contraparte na teoria social ou política normativa, ver *infra 3.2.1*.
[124] É o rótulo criado por Unger, 1996. Ver também, referindo-se à "elaboração racional", Unger, 2015c, cap. 1; classificando-as como visões formalistas e objetivistas contemporâneas (exemplificadas pelas escolas dos direitos e princípios e do direito e economia), ver Unger, 2015b [1982], cap. 4, esp. pp. 90-3.

"reconstruindo-as" no espírito geral do direito atual. Assim um teórico[125] pode chegar a conjecturar que, quando discordam, "cidadãos reflexivos" não estão "simplesmente afirmando suas convicções pessoais contra as convicções dos outros", mas realmente "contestando uma concepção diferente de um conceito que eles supõem ter em comum". Tudo não passa então de desacordos linguísticos.

De um lado, realistas inflam o aspecto cognitivo, ao abordar o direito pelo ângulo do comportamentalismo. Para conhecer o direito, e apenas ele, "você deve observá-lo como um homem mau, que se importa apenas com as consequências materiais que tal conhecimento lhe possibilita predizer, não como um homem bom, que encontra suas razões de conduta dentro ou fora do direito, nas sanções ainda mais vagas da consciência"[126]. Assim, o direito consiste nas "profecias sobre o que as cortes farão de fato"[127]. Em outras palavras, "[l]avado em ácido cínico, cada problema jurídico pode então ser interpretado como uma questão concernente ao comportamento positivo de juízes"[128]. Do outro lado, idealistas inflam a normatividade do direito, colapsando-a em abstrações morais. O juiz Hércules[129], um observador autoconsciente sobre-humano, é o ideal regulador de um juiz capaz de encontrar "a única resposta correta" ao interpretar o contrato social – aliás, a constituição e os outros materiais do direito. Esse juiz transcendental seria capaz de construir por si mesmo uma teoria constitucional, testando os princípios e políticas que se adéquam ao ramo do direito com o qual ele está lidando e o justificam. Assim ele delimitaria, por exemplo, a justificação do esquema de governo apresentado pelo direito estabelecido, apresentando-o na sua melhor face. "Ele deve desenvolver tal teoria referindo-se alternativamente a filosofia política e detalhe institucional" e a superestrutura correta deve ser o resultado da geração de "possíveis teorias que justifiquem diferentes aspectos do esquema" e do teste delas "diante da instituição mais ampla". Esse alfaiate dos ideais forneceria um véu ou "teia inconsútil" que cobre a maior parte do direito positivo, rejeitando alguns erros injustificáveis. Vindo depois da história e com suas luzes e poder, tal juiz revelaria que, na verdade, as contradições do direito (registros das divergências políticas, econômicas etc. que marcam a criação do direito) são uma ilusão superficial. Ele desvela unidade de valor essencial e duradoura, e encontra não apenas a melhor justificação (contestável) para sua decisão, mas também os pressupostos dessa possível

[125] Dworkin, 1975, p. 1107.
[126] Holmes, Jr., 1897, p. 459.
[127] Holmes, Jr., 1897, p. 461.
[128] Cohen, 1935, p. 840.
[129] Ver Dworkin, 1975, pp. 1083-1109.

contestação. Na verdade, um juiz empírico é instado a atingir uma opinião substantiva ao situar e dimensionar o lugar de cada argumento colidente, e não construirá uma teoria abrangente a cada caso, mas trabalhará – por meio de um tipo de mão invisível ou consciência coletiva – em uma narrativa coerente *em evolução*, *tendencialmente* uma teoria normativa que é historicamente composta a várias mãos pelas autoridades ao longo do tempo, com os materiais autoritativos que elas interpretam.

Em síntese, Unger[130] identifica os pilares desse estilo de interpretação do direito. O primeiro é a rejeição do raciocínio "analógico": aquele de baixo grau de abstração e com consideração finalística, mas sem pretensões de formar um sistema substantivamente coerente. A tendência à idealização está centrada na concepção de um sistema de direitos de base constitucional e derivado da filosofia política do liberalismo. Essa prática racionalizadora – que trabalha no plano do discurso de concepções abrangentes do justo político (princípios) e políticas públicas impessoais de bem estar, como se aperfeiçoassem um só plano racional e defensável de sociedade – amplia exponencialmente o poder de revisão dos juízes, promovendo um deslocamento das decisões em direção às cortes, reduzindo o espaço dos poderes políticos democraticamente legitimados. Finalmente, idealizar o direito por meio da interpretação previne a visualização de suas falhas e a pretensão de atacá-las diretamente por meio de mudanças normativas. Um reformismo moderado e marginal nas mãos de juízes é o que resulta, a pretexto de interpretação, buscando compensar a disputa aberta e política pela reforma e recriação do direito. Essa concepção impessoal do justo funciona justamente para compensar, nas cortes, por apelo ao interesse público difuso, os grupos que perderam as disputas políticas (legislativas), balizando o direito gerado pelo conflito político em uma sociedade com grupos de pressão organizados e maiorias desorganizadas e desconsideradas na formação da vontade parlamentar (não apenas minorias vulneráveis).

Esse estilo racionalizador de raciocínio, análise e argumentação no direito aparece como última expressão da longa tendência, que percorre toda a história da doutrina ou dogmática jurídica, de ver o direito como "ordem moral imanente", como realização de uma racionalidade na história. Essa é a tradição do direito natural clássico. Seu contraponto, a visão do direito como decisão política contingente do soberano, aparece junto da teoria moderna dos direitos naturais e do contrato social (Hobbes). Essa visão – afinal, o positivismo jurídico – fundamenta o estado tanto em versões democráticas

[130] Unger, 1996, pp. 34-119, 177-9. Ver também Unger, 2015c, pp. 3-24; 2007a, p. 119.

lastreadas na soberania popular (como a experiência da república de Weimar, representada por Kelsen e Preuss) quanto em experiências autoritárias (como o estado nazista, nascido do ocaso de Weimar e cujo teórico mais representativo parece ser Schmitt).

Para o racionalismo antigo, a filosofia grega e a jurisprudência romana, o direito era imanente à sociedade. As associações humanas, como coleções de pessoas, são sociedades e constituem direito: a família, a amizade, a estrutura de dominação do espaço público. O direito não é um dever-ser puramente formal, com conteúdo arbitrário: tem um conteúdo necessário, inscrito na ordem da natureza, da qual as sociedades humanas são um subconjunto. Muitos institucionalismos jurídicos reprisaram essa ideia do direito imanente à sociedade, contrapondo o pluralismo das organizações civis ao monismo estatal. O costume, misto de expectativas cognitivas e normativas, é a expressão maior dessa visão de direito como direito natural.

Na semântica do racionalismo moderno, o sujeito ascende como criador do mundo por sua razão e vontade. A racionalização do direito o apresenta não mais como dado da ordem natural ou revelação da criação divina, mas na forma lógica do imperativo de autonomia moral e cognitiva; o conteúdo do direito então não é autoevidente, mas contingente – poderia ser diverso do que vem a ser em dado momento. O sentido do positivismo está nessa concepção. Na democracia, procedimentos dão uma legitimidade a essa ideia da qual ela não dispunha em teorias da soberania como a de Hobbes.

Na virada do século dezoito para o dezenove, colapsa o direito natural antigo e moderno; surge a sociologia. Ela observa que de fato toda sociedade tem seu direito, mas não há um direito válido para todas as sociedades em todos os tempos. Em um longo aprendizado, chega à noção que a ordem do mundo não reprisa ponto por ponto a mente dos indivíduos, nem é resultante de pressupostos invariáveis da ação. Indivíduo e sociedade são mutuamente estranhos e indeterminados um para o outro. No atrito entre eles, as estruturas sociais conformam a razão individual e a razão individual dirige-se a conhecer a sociedade e agir sobre ela, modificando suas estruturas. Não é possível definir a causa primeira desse movimento. A novidade e o impulso inacabado da sociologia, que tanto Unger quanto Luhmann seguem[131], está em buscar a terceira margem, entre a tradição doutrinária do direito como "ordem imanente" da sociedade (atualizada pelo formalismo doutrinário do século dezenove e pelo idealismo de fim do século vinte) e a visão positivista do direito como criação arbitrária, vontade de quem detém o poder

[131] Para a avaliação das três tendências que acabo de descrever, comparar Luhmann, 2014 [1972], cap. 1; Unger, 2013; 2015c, cap. 2; 1996, pp. 182-90; 1976b, cap. 2.

(soberano, que na democracia é em última instância o povo). A terceira margem é o direito como estrutura da sociedade. Apresentar os direitos como instituições (como estruturas do direito) e o direito como estrutura da sociedade (sistema funcionalmente diferenciado) é caminhar na direção da novidade do "iluminismo sociológico".

1.3. Para além do giro kantiano

Em sua metafísica, Kant pretendeu executar para o conhecimento uma revolução análoga à observação de Copérnico, que contra a evidência do mundo e a tradição de Aristóteles e Ptolomeu provou que a terra é que girava ao redor do sol, e não o contrário. Assim, para Kant, a razão não é imanente à natureza, à ordem das coisas, à arquitetura dos seres e comunidades (como na ontologia clássica), não é mero resultado das intuições trazidas pela experiência, nem exercício de dedução a partir de premissas dogmáticas herdadas da tradição. As condições de possibilidade do conhecimento estão em estruturas ou formas racionais inatas aos sujeitos, que submetendo os conteúdos advindos da empiria a tais formas, constroem o objeto de seu conhecimento. Analogamente a tal giro transcendental no conhecimento teórico, Kant apresentou, no campo da razão prática, o direito como um sistema de direitos subjetivos, uma concretização da integração, pela vontade, de liberdade e razão.

Essa conjugação de razão e direitos revela o espírito de seu tempo. Às vésperas da revolução francesa, Kant[132] afirmou que o iluminismo significa a capacidade de usar o próprio entendimento sem a direção alheia, a resolução e a coragem de praticá-lo. E acrescentou: com a condição de que haja liberdade, alguns pensadores independentes que façam uso público da própria razão quase inevitavelmente levarão as massas a pensarem por si mesmas. Mas as próprias massas podem ser convencidas pelos guardiões dogmáticos do saber a se revoltarem contra esse autoesclarecimento e a se vincularem a uma crença inalterável. Essa vinculação é criminosa, atenta contra o progresso natureza humana, que autoriza cada geração a rejeitar os vínculos consagrados em decisões que a antecederam.

O autoesclarecimento substitui a obediência cega à legalidade pela capacidade de cada sujeito de impor a si mesmo suas próprias normas (autonomia), de regular a própria conduta segundo preceitos eticamente generalizáveis, reconhecendo a dignidade de cada ser humano. É o que Kant[133], em ensaio censurado, observou materializado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: a afirmação do direito natural de um povo de dar-se

[132] Kant, 1996 [1784].
[133] Ver Kant, 1991 [1798]. Ver também Bobbio, 2004 [1992], segunda parte.

livremente uma constituição civil que reconhece os direitos naturais dos indivíduos. A revolução francesa era então um signo de que "o gênero humano está em constante progresso para o melhor", a revelação de uma tendência na "história profética" da humanidade, um vislumbre de seu futuro.

Na verdade, a semântica secular dos direitos naturais, como espécie de religião civil que vem à tona quando se privatizam as disputas religiosas (a diferenciação entre religião e política), atinge seu ápice e seu fim nas declarações de direitos das revoluções liberais. Não raro, mudanças estruturais radicais são descritas não como ocorreram, mas por uma visão retrospectiva alicerçada em conceitos inadequados de uma tradição decadente. "As mudanças semânticas seguem as mudanças estruturais com considerável atraso. A condensação de sentido pela repetição e esquecimento sob novas condições toma tempo."[134] A revolução francesa, símbolo de grandes transformações, apenas registrou mudanças estruturais que já vinham se realizando, dando-lhes visibilidade no plano da autodescrição[135].

Afinal, a positivação dos direitos naturais produziu um novo incômodo na relação entre direito e política. Na prática, a questão gerou discussões e soluções a respeito da precedência entre poderes do estado (*e.g.* a tradição francesa da supremacia parlamentar)[136] e do grau de vinculatoriedade jurídica dos direitos (fórmulas de conveniência política ou instrumentos aptos ao controle judicial?). Na teoria, o formalismo foi seu produto mais característico. Consiste na busca um método relativamente apolítico de tomada de decisão sobre o direito; seu pressuposto é que as formas institucionais tenham estabilidade o bastante (como se espera dos códigos e constituições) para que as regras que as regulam sejam racionalizadas ao longo do tempo como um sistema coerente e unitário de prescrições e proposições – o direito positivo vigente como exigência racional realizada.

Após as críticas realistas e reconhecendo a interpenetração prática de direito e política, o positivismo jurídico do século vinte apartou-se dos acidentes da dogmática e da argumentação jurídica – suas controvérsias fáticas e normativas. Construiu-se como positivismo "analítico", como formalismo "metodológico". Em 1927, Kelsen, por exemplo, considerava que quem procurar o que está por trás do direito positivo "encontrará – temo – não a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta de um direito natural. Quem levante esse véu sem fechar os olhos vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da

[134] Luhmann, 2013 [1997], p. 344.
[135] Luhmann, 2013 [1997], p. 81.
[136] Ver *infra 3.3.1.3* a discussão sobre supremacia parlamentar e precedência entre poderes do estado.

górgona do poder"[137]. Fugindo à semântica do direito natural, Kelsen reprisou o intento dos teóricos mais sistemáticos e racionalistas dos direitos naturais: de construir uma ciência jurídica capaz de assentar-se em certezas análogas às matemáticas. Construiu sua reflexão sobre o direito aplicando o método que Kant havia elaborado especialmente em vista da matemática e da física: a razão pura teórica[138].

A separação kantiana entre ser e pensar, entre conhecimento e vontade, mundo e pensamento só pode ser unificada imaginariamente: não por um sujeito empírico, mas transcendental. A diferença sujeito/ objeto re-entra o sujeito, que só pode assegurar a realidade a partir do pensamento. Em Kelsen, a influência dessa elaboração conduz a teoria do direito a uma radical oposição entre direito e política, entre ciência do direito (descrição de normas) e política do direito (interpretação e criação de normas, seja pelo legislador, seja pelo juiz) e entre ciência do direito como "teoria pura" e dogmática como prática argumentativa impura, porque permeada de juízos ideológicos, causais, morais. Kelsen desenvolve então uma ciência normativa, não por prescrever como o direito deve ser, mas apenas por descrevê-lo como norma e ordem normativa. Essa atitude teórica leva Kelsen a expulsar da ciência normativa do direito (a "teoria pura") a questão do conteúdo das normas (arbitrário) e a questão da eficácia – a dogmática jurídica e a sociologia do direito. Identificar o direito pelo seu conteúdo seria confundi-lo com a justiça e descrevê-lo como um sistema estático de deduções – direito natural. O direito positivo vale, existe por sua forma – por sua institucionalidade de órgãos e procedimentos, isto é, por normas. Tanto seu conteúdo quanto sua eficácia podem ser pesquisados empiricamente pela sociologia (a sociologia jurídica como "ciência natural", empírica)[139]. A arbitrariedade do conteúdo pode ser apenas contida fora do direito: pela política e pela filosofia. A ciência do direito auxilia apenas a discernir as interpretações possíveis da norma, mas não define qual a interpretação correta, que deve conduzir à decisão. Na teoria da interpretação Kelsen não é tanto um formalista, mas praticamente seu oposto – se a decisão sobre qual interpretação acolher é, afinal, política, há uma aproximação ao realismo jurídico. É o que nota Unger[140]: em Kelsen, a ciência do direito é capaz de circunscrever as interpretações possíveis e a escolha das regras aplicáveis é racional, enquanto o ato decisório do caso concreto elege, subjetivamente, uma interpretação. Mas a interpretação não envolve justamente decidir em que situação uma regra deve ser seguida?

[137] Citado por Losano, 1998, p. xx.
[138] Sobre Kelsen e Kant, ver Kelsen, 1998 [1960]; Goyard-Fabre, 1993; Paulson, 1992.
[139] Ver Amato (2015a), sobre o debate entre Kelsen e Ehrlich e para um paralelo com Luhmann.
[140] Unger, 1984a [1975], p. 308 (nota 32).

A raiz dessa cisão – entre ciência (teoria) do direito e dogmática, entre teoria do direito e sociologia, entre ciência e filosofia – está no reconhecimento preciso e na sucessiva marginalização do problema da institucionalização. O objeto da teoria pura – a norma e a ordem normativa – resvala na política, não só na definição de cada decisão interpretativa, mas também na definição da norma (pela sanção) e da ordem normativa (pela centralização estatal da coerção). A arbitrariedade da interpretação é salva pela circunscrição das questões de lacunas e antinomias do conjunto de normas às respectivas soluções aproximadas à lógica formal. A salvação de se ter como última instância a eficácia da qual depende a validade das normas e do ordenamento é dada pelo cientista transcendental do direito, que pressupõe a norma fundamental. Esse ato de conhecimento salva o positivismo kelseniano do fato político da soberania e da regularidade empírica da obediência, que eram a diferença unificadora do positivismo original.

O problema da institucionalização foi imaginado pelo pensamento político como "contrato social" e, pela ciência das normas jurídicas, como "norma fundamental". Kelsen afirmará a plena artificialidade do direito positivo como pura forma da razão, como objeto construído pelo sujeito que quer conhecê-lo. O direito é isolável como realidade por um pressuposto transcendental que o unifica como estrutura escalonada de normas. A ciência jurídica é essa teoria pura e aparta-se das impurezas normativas da dogmática, da interpretação jurídica das normas jurídicas. A norma fundamental é a unidade da diferença entre fato e norma, entre poder e direito. Como unidade da diferença, é invisível; só pode ser vista se imaginada. No horizonte epistemológico da filosofia da consciência kantiana, essa imaginação é um ato de conhecimento do sujeito. A norma fundamental é a unidade imaginária da diferença entre o direito como ciência e o direito como objeto da ciência. Com isso, é paradoxalmente um ato de vontade de conhecer: condição para conhecer o direito como ordem normativa, isto é, o direito tal como duplicado pela ciência normativa. A norma fundamental é mera forma, paradoxalmente com um conteúdo: a instituição de um padrão produtivo de normas, de um "fato criador de normas"[141]. Essa instituição imaginária manda obedecer à constituição, à qual afinal é remetida a definição desse padrão – mais uma vez, também a constituição é concebida como pura forma, como norma de normas, princípio ordenador da existência concebida como validade. Em vez de Deus ou da razão, temos a ciência.

[141] Kelsen, 1967 [1960], p. 196.

Como anota Luhmann[142], pretendendo descrever o direito por si mesmo, Kelsen acaba externalizando o paradoxo da autorreferência do direito à ciência, para assim fugir à desparadoxização pela política: o que ocorre pela diferença entre poder constituinte (fato político) e poderes constituídos (criação de normas segundo normas). Se a unidade dessa diferença é imaginada pelo cientista puro do direito como norma fundamental, é imaginada pela sociedade, na sociedade, como institucionalização: pressuposição do consenso. Em ambos os casos, a diferença é diferida: o poder constituinte antecede os poderes constituídos e se exaure, enquanto estes se perenizam. Já a hipótese transcendental ocorre como um procedimento para o conhecimento, um método para a construção de seu objeto, o que consome tempo. O sujeito constrói o sistema. Para poder conhecer o direito como ordem normativa (isto é, como objeto duplicado pelo sujeito, pela ciência), é preciso antes pressupor uma condição não empírica de possibilidade da ordem normativa empírica. Não dispondo de um conceito de sociedade (mas apenas referindo-se à "socialidade"), Kant resumira o conhecimento ao solipsismo individual[143].

Hart alcança a possibilidade de um ponto de vista independente da aceitação das normas (isto é, uma teoria do direito independente da argumentação doutrinária) não por um pressuposto transcendental de quem quer conhecer o direito como hierarquia de normas, mas pela delimitação pressuposta do conjunto de normas jurídicas válidas segundo o costume das autoridades do direito (a regra de reconhecimento como regra social)[144]. O problema também se apresenta na forma do poder constituinte, como refletido em uma polêmica entre Fuller e Hart.

Após uma revolução, uma quebra da ordem jurídica, os critérios para reconhecimento do direito válido desestabilizam-se. Fuller[145] entendia que a sustentação a um sistema jurídico repousaria sempre em "aceitações e expectativas tácitas" que corroboram o sentido de que tal sistema é justo, correto, mas que não podem ser expressas em termos de obrigação ou capacidade. Tal sustentação de um sistema jurídico por expectativas acerca de sua correção (moral) seria uma questão sociológica, empírica, antes que jurídica, normativa. Diante dessa crítica, Hart[146] defendeu sua teoria da regra de reconhecimento para explicar especificamente o caso da persistência do direito após a

[142] Luhmann, 2001a [1985], p. 23.
[143] Sobre Kant, ver Luhmann, 2013 [1997], pp. 95, 139, 169-171, 187, 193, 233, 239, 272-3, 399; 2012 [1997], pp. 72, 374 (nota 151), 416 (nota 326), 446 (nota 245).
[144] Ver Hart, Herbert, 1994a [1961], cap. 6.
[145] Ver Fuller, 1969 [1964], pp. 137-42.
[146] Ver Hart, Herbert, 1983a [1965], pp. 359-63.

autoridade que o produziu haver sido tirada do poder. Essa persistência da validade de todo o corpo de regras anteriores é explicável não a partir de hábitos de obediência à autoridade, mas da referência aos critérios atualmente aceitos para a identificação do direito válido, critérios estes que constituem a própria regra de reconhecimento e que fazem referência ao órgão aceito como produtor do direito, e não à pessoa que o ocupe. Após uma revolução, tais critérios são colocados sob incerteza, mas tão logo tribunais, legisladores e outros oficiais desenvolvam uma prática uniforme de reconhecimento, de aplicação de certos critérios para a identificação do direito válido, tem-se uma nova regra de reconhecimento, uma prática social reiterada, institucionalizada, sobre a qual também repousa o direito anterior – que estava sob outra regra de reconhecimento, mas que possa ser identificado como válido pelos novos critérios estabilizados. O reconhecimento, portanto, independe do endosso moral do direito posto.

Ao rejeitar a possibilidade da perspectiva externa, valorativamente descompromissada, do positivismo analítico em sua pretensão de fornecer uma teoria geral do direito indiferente às controvérsias normativas do discurso jurídico dogmático e argumentativo, a idealização do direito virou-se à razão prática[147]. Observou o direito como "a institucionalização da razão"[148] ou um "departamento da moralidade"[149]. A idealização jurídica de fim de século entende que não se pode entender o direito por referência apenas à institucionalização formal, a regras e procedimentos. Essa visão do direito, ao mesmo tempo descritiva e prescritiva, não se contenta com a autorreferência mais ou menos flexível, indeterminada, contingente entre regras formais, *standards* empíricos e valores, positivados ou não. Sua pretensão de objetividade, de "única resposta correta", requer a pressuposição de uma moralidade comunitária que tende, no limite, a uma visão teoricamente articulada e coerente sobre uma hierarquia de valores. É a antiga concepção sistemática do direito natural moderno.

No pano de fundo da interpretação jurídica, há uma teoria política que funciona como ideal do juízo moral. Ambicionando ao "objetivo utópico e sempre irrealizado – a unidade de valor de Platão" –, o filósofo político deve "encontrar o lugar de cada valor em uma teia de convicção maior e mutuamente sustentada que exponha conexões apoiadoras

[147] Ver Dworkin (2006 [2004]), criticando o "arquimedianismo" em referência à dicotomia hartiana entre ponto de vista externo e ponto de vista interno, que propõe para a teoria do direito o ponto de vista "externo moderado" (que entende, mas não aceita as regras), separando-a, portanto, da dogmática e da argumentação judicial (Hart, 1994a [1961], pp. 82-91). Sobre essa virada da teoria do direito à "razão prática", ver MacCormick, 2008b.
[148] Ver Klatt (2012), referindo-se a Alexy.
[149] Dworkin, 2011, p. 5.

entre valores morais e políticos em geral e então os coloque no contexto ainda maior da ética."[150] Segundo tal concepção, o juiz não é um filósofo, mas seu raciocínio moral assemelha-se ao deste como um caso-limite.

O problema é que essa unidade platônica do valor é uma idealização problemática mesmo como ideal regulativo, diante do pluralismo cultural e da fragmentação estrutural da sociedade[151]. Como interpreta Günther[152] – de quem Luhmann[153] toma o conceito de "policontexturalidade" para descrever a diferenciação funcional, a falta de um centro diretor, a heterarquia da sociedade moderna, "sem topo nem centro" –, a ontologia clássica trabalhava com uma lógica "monocontextural". Platão distinguia ser e pensamento e Aristóteles buscava na dedução do particular a partir do geral, ou na indução do geral a partir do particular, uma ponte entre a objetividade do ser e a subjetividade da ideia. Para Platão, tudo o que pudesse ser pensado poderia ser remetido a um único princípio, uma ideia unificadora e geradora no topo da pirâmide. Para Aristóteles, o universo seria monocontextural: tudo o que existe pertence ao ser; o que está fora do universo é o nada; não se pode transitar do nada ao ser ou vice-versa. Na modernidade, Hegel veio a romper com essa concepção ao propor que se pode passar de um valor à sua negação, pois o valor não marcado, visto como o caos e o inexistente, deve ser marcado, visto como ordem e ser, em outra "contextura". Há potencialmente infinitas contexturas e cada dado ontológico do mundo é a interseção de várias contexturas, não pode ser retrotraido à unidade fundamental de uma só contextura.

Assim, uma sociedade "policontextural" é aquela que se reproduz pela autorreferência de diversos subsistemas, ou "contexturas", e que não pode assim atingir qualquer unidade de pensamento ou ação. Luhmann toma então uma posição fortemente historicista para descrever a justiça como uma "fórmula de contingência" do sistema jurídico – uma combinação, em cada caso concreto, de fechamento e abertura, de consistência jurídica e adequação social, lastreada na autoconcepção histórica de cada

[150] Dworkin, 2006 [2004], p. 168. Para o desenvolvimento dessa proposta, ver Dworkin, 2011.

[151] Ver, na linha luhmanniana, a crítica de Neves (2013 [2011], pp. 141-70) à subcomplexidade da "comunidade liberal" posta como ideal regulativo do juiz Hércules diante da policontexturalidade da sociedade atual; há evidente paralelo com a crítica do consenso no modelo normativo de democracia deliberativa habermasiano, o que leva Neves (2008 [2000], pp. 136-56) a enfatizar a dualidade *dissenso substantivo/ consenso procedimental* como condição estrutural do estado democrático de direito. Ver *infra 2.3.1*, a discussão sobre interpretação e também *infra 3.2.1*, a discussão sobre filosofia política ou teoria social normativa (especialmente a crítica a Rawls e Habermas).

[152] Günther, 1973.

[153] Ver *e.g.* Luhmann, 2012 [1997], pp. 13, 46, 149; 2013 [1997], pp. 125, 183, 225, 281-2, 313, 337, 343. Weber referia-se ao "politeísmo de valores" (ver Oakes, 2003).

sociedade, definida por sua semântica[154]. De outro lado, vimos a análise jurídica racionalizadora como expressão de uma racionalização material do direito, no quadro weberiano da modernidade. O raciocínio de meios e fins, instrumental ou finalístico é semântica que expressa uma estrutura jurídica que se encaminha rumo à materialização, não mais se cinge à pura autorreferência jurídica, mas enfatiza a heterorreferência do direito (à política, à economia, etc.). Tal estilo de interpretação busca conter a indeterminação dessa relação entre meios e fins, regras e valores.

> Ronald Dworkin reivindica que problemas jurídicos, mesmo em "casos difíceis", podem apenas ter uma solução correta segundo a teoria jurídica. Ele com isso justifica a reversão a princípios morais no direito. Como se vê, porém, isso não significa dizer que a correção possa ser provada. Aparentemente apenas significa que um jurista que leve o direito a sério deve ser abençoado com uma suficiente falta de compreensão das opiniões dos outros. O racionalismo ocidental em sua fase final dificilmente poderia tornar sua própria fraqueza mais clara.[155]

O racionalismo ocidental teorizado por Weber dizia respeito ao progresso da racionalidade instrumental, do cálculo entre meios e fins, como forma de autointerpretação da sociedade moderna e de orientação da ação social. No direito, esse racionalismo seria representado pela formalização, como abstração do conteúdo do direito pela autorreferência pura entre regras formais, o que garantiria a certeza necessária à economia competitiva e à administração regular do estado. Mais amplamente, seguindo Unger, podemos ver como mesmo a idealização do direito é expressão de uma racionalização (agora material), por referir valores a uma moralidade pretensamente neutra, buscando garantir, agora substantivamente, aquela certeza e segurança. Essa visão moral funciona paradoxalmente como uma espécie de forma impessoal dentro da qual variações valorativas precisam ser contidas como interpretações concorrentes de um mesmo conceito. O sentido mais próximo de racionalismo em termos da fundamentação da análise jurídica racionalizadora é aquele da filosofia moral e política, da busca por critérios normativos imparciais que independam de especificidades históricas de certa sociedade e sejam neutros com relação às preferências individuais.

Vale notar que há certas descontinuidades que colocam nuances no sentido em que o racionalismo da ontologia clássica pode ser interpretado como precursor do racionalismo

[154] Ver Luhmann (2004 [1993], cap. 5), assim como a comparação de Villas Bôas Filho (2007) entre a concepção luhmanniana de justiça e a crítica de Kelsen a Platão. Ver também a discussão *infra 4.3.1.3*, sobre valores.
[155] Luhmann, 1998b [1992], p. 27.

moderno[156]. A busca por uma objetividade do valor no racionalismo antigo oscilou entre a tentativa de desvelar uma estrutura racional latente no juízo moral, em vista de uma teoria da realização humana (Aristóteles), e uma tentativa de se afastar da opinião moral convencional, transcender os costumes e atingir uma perspectiva externa, uma realidade superior, uma ordem escondida, para julgar essas ideias (Platão). Enquanto a primeira privilegia a opinião e a experiência de certos grupos, a segunda parece ser muito discutível para se impor sobre a percepção comum do mundo. O racionalismo moderno procurou superar essas doutrinas buscando um método imparcial para o juízo político e moral. Ele sofre, porém, de uma instabilidade: mantém sua neutralidade quando indeterminado, mas a perde quando, para chegar a conclusões específicas, incorpora mais ou menos arbitrariamente formas institucionais e entendimentos historicamente situados. Ademais, a recombinação de ideias e formas de vida na história acaba por revelar significados contrastantes atribuídos aos mesmos ideais e uma indeterminação no modo de institucionalizá-los. Coloca em xeque a pretensão racionalista de encontrar uma forma de avaliação que transcenda culturas, sociedades e histórias.

Ainda, o impulso racionalizador do direito se constrói em seu intuito de casar história e razão, na concepção da evolução jurídica (por mudanças legislativas e jurisprudenciais) como realização de uma ordem moral imanente, assim como Hegel entendia a realização do "espírito absoluto" na história: culminando na superação de todas as contradições[157]. Como representado pelo ideal regulativo do juiz Hércules, o método de construção dessa visão contrafática – o ideal de justiça que precisamos pressupor que toda argumentação jurídica vise – é forjá-la *como se* o direito houvesse sido concebido e criado por uma só mente e uma só vontade; ao mesmo tempo, diante dos "acidentes" da história

[156] Sobre racionalismo antigo e moderno, ver Unger, 1996, pp. 170-4; 2007a, pp. 3-4.

[157] Sobre esse impulso hegeliano ("o real é racional"), ver Unger, 2013, pp. 24-5; 2015c, pp. 10-1; 2007a, pp. 5-6; 2014, pp. 163-4. Notando que Unger trata da "análise jurídica racionalizadora" não como a teoria do direito de determinado autor, mas como estilo acadêmico e prático de análise jurídica, Waldron (1998, pp. 513-7, 523) considera que a pretensão da filosofia do direito de Hegel – não de prescrever o dever-ser, mas de revelá-lo como razão imanente à história – não é o que está em jogo especificamente em propostas de "interpretação construtiva", como em Dworkin (1986, cap. 2). Aqui, o intérprete atribui propósitos às soluções regradas e julga qual disposição de valores dá sentido mais coerente à prática normatizada. Embora demande crenças menos inverossímeis, parece-me que essa proposta produz o mesmo resultado quanto à subestimação da medida em que há contradições e desvios inscritos no direito e em que eles se vinculam a disputas contingentes de interesse e visão que transitam entre governos e tribunais. Não é a questão trivial e acessível ao positivismo de um conflito de normas; é o problema da geração possível de planos divergentes de organização social a partir da elaboração interpretativa das normas. Por suas pretensões de objetividade, ao raciocinar sobre as regras em jogo em dada controvérsia, constatando sua agregação institucional em uma "forma de vida", a interpretação construtiva idealizante tende a aplicar a disjunção entre "pegar ou largar": a prática em questão tem um conteúdo inerente e justifica-se por certo *pool* de valores; quem a pratica, adere às regras do jogo. A verdade é que a prática da prática tende mais a revelar sua falta de univocidade, de natureza, do que sua coerência.

jurídica – mudanças legais e jurisprudenciais –, essa racionalização só pode ser retrospectiva; é o final da história que oferece "a melhor luz" sob a qual interpretar a "narrativa" precedente. Embora normativa, essa visão cumpre uma função empírica: filtrar o direito que seja mero produto da vitória de interesses poderosos nas arenas políticas (nos poderes políticos), fornecendo como produto final o direito purificado: apenas aquele que possa ser justificado para a felicidade de todos e o bem da nação – isto é, como amparado por critérios deontológicos do justo (princípios) ou, no mínimo, por políticas públicas imparciais aptas a produzirem o bem estar coletivo. Uma instabilidade é inerente a tal estilo de raciocínio e argumentação. Esse reformismo magnânimo liderado por juízes precisa ser moderado o bastante para não solapar a diferença entre criação e interpretação do direito; ao mesmo tempo, por superdimensionar o elemento ideal no direito e conceber o direito real (as decisões legislativas, governamentais, judiciais, privadas) como racional, essa visão, se eficaz, estreitaria os limites da divergência política aceitável – a controvérsia ideológica e o conflito de interesses aberto. É uma espécie de "terapia social evasiva"[158]; afinal, como diria um observador, é plausível que se considere que "o público, em vez do departamento de filosofia da Universidade de Michigan, deve decidir as determinações morais envolvidas no governo", mesmo que os acadêmicos fizessem melhores escolhas[159]. A política real continuará a ser uma disputa regrada entre interesses poderosos que buscam o estado para transformar-se em direito adquirido. O direito é produto do costume herdado e de decisões coletivamente vinculantes (função da política), seleções democraticamente legitimadas, que não podem ser vistas mais como acidentes de percurso do que como escolhas criadoras que exigem deferência por parte dos intérpretes do direito, nos limites de sua função especializada e legitimada. O máximo a que pode chegar o idealismo jurídico é a autoilusão de que as disputas políticas não são tão importantes, pois afinal a última palavra caberá a cortes esclarecidas. Essas cortes é que poderiam desvelar o plano racional por detrás dos acidentes da história jurídica. O direito posto não poderia ser modificado à luz das preferências ideológicas e decisões políticas, mas apenas corrigido em seus desvios dessa visão moral imparcial, mais universal e mais abstrata, que paira acima das divisões de ideais e interesses.

O contraponto a esse racionalismo extremado é o ceticismo da indeterminação

[158] Unger, 1996, pp. 82-3.
[159] Schauer, 1988, p. 541.

radical, a corrente mais visível que se desenvolveu nos *critical legal studies*. Unger[160] avalia que a tese de que a interpretação do direito pode levar a virtualmente qualquer resultado é enganosa. Seu intento era criticar os pressupostos políticos ou morais subjacentes, que fixam o significado das regras jurídicas. Em vez de buscarem uma racionalização retrospectiva para encontrar um acordo profundo entre posições em dissenso (como se fossem apenas interpretações de uma mesma palavra ou conceito), os céticos entendem que a certeza do significado das normas jurídicas só pode ser dada pelos pressupostos institucionais e ideológicos que gravitam em seu entorno, incluindo considerações de propósitos, procedimentos e, mais amplamente, hipóteses ou dogmas avaliativos e empíricos, sobretudo tácitos. Por exemplo[161], a prevalência da "liberdade de contrato" sobre a "legislação social" pode ser vista como uma exigência da "natureza do governo livre", como uma idealização de dada tradição institucional nacional. E então juízes podem assumir que "o estado que governa melhor é o que governa menos". Mas esse pressuposto ideológico de fundo pode ser descrito como uma semântica que toma seu significado da estrutura de uma sociedade agrícola, "que precisa de pouco controle social". Conforme a economia política muda para uma sociedade urbana e industrial, a estrutura subjacente mina a semântica da sociedade livre e o que é tomado como seus "requisitos" normativos. Como observou Pound[162], "[q]uando tais figuras ideais adquiriram certa firmeza na tradição judicial e profissional, elas são parte do 'direito' tanto quanto os preceitos jurídicos". Era precisamente esse tipo de pressuposto político que os proponentes da visão da indeterminação radical queriam criticar. Não é uma questão de incomunicabilidade e indeterminação da linguagem, mas uma crítica da própria moldura institucional e ideológica sob a qual ocorre a interpretação jurídica.

No final das contas, a visão racionalista do direito, por incrível que pareça, atinge efeito equivalente ao do ceticismo jurídico absoluto (ou "irracionalismo") que procura combater: o direito como continuação da política por outras vias. A racionalização contribui para minimizar o grau de contradição e desvio do direito existente, deslocando as escolhas da arena da política contingente e problemática para o altar do direito necessário e justo. A indeterminação radical da crítica jurídica observa o direito como matéria amorfa

[160] Para a crítica seguinte da "indeterminação radical", ver Unger, 1996, pp. 120-2; 2015c, pp. 26-8. Ver também Unger, 2007a, pp. 123-4. Como reconheceu Postema (2011, p. 236), em um balanço da teoria do direito anglo-americana no século vinte, Unger é talvez o autor da "crítica mais contundente ao que ele chama de 'a radicalização da indeterminação'".
[161] Pound, 1923, pp. 653-4.
[162] Pound, 1923, p. 654.

de contradições e desvios que podem ser mobilizados instrumentalmente ou cuja escolha é guiada pela condição de classe, gênero e etnia do intérprete. Entre valores colidentes, não pode haver uma metarrazão justificadora: "A imagem do sopesamento pressupõe exatamente o tipo de unidade mais abstrata de medida que o sentido de contradição exclui." Contra essa idealização, a imagem que simboliza o que de fato ocorre na ação e interpretação orientada a valores seria aquela da filosofia existencialista: "Fazemos compromissos e os perseguimos. O momento do abandono não é mais racional que o do começo, e é igualmente um momento de terror."[163]

Portanto, de um lado, para um crítico cético[164], a indeterminação é reproduzida quando se passa de regras em conflito para níveis mais abstratos – propósitos e doutrinas colidentes, até debates políticos gerais e ideologias. Aí não há uma diferença qualitativa entre raciocínio jurídico e outros tipos de argumentação. De outro lado, para um racionalista idealista[165], a indeterminação é também reproduzida no nível ideal dos princípios, propósitos e políticas, mas o argumento jurídico não atinge o livre debate político de preferências valorativas subjetivas, porque é possível atingir um equilíbrio racional coerente dentro dos ideais jurídicos, a moralidade institucionalizada do próprio direito. Esse véu de integridade evita a desintegração da argumentação na volatilidade das preferências subjetivas.

Entretanto, a objetividade pretendida pelo método dos princípios e políticas é insustentável não por uma razão de linguagem e interpretação. O problema não é a determinação ou indeterminação *interpretativa* radical do direito. A questão da objetividade no direito está na relação entre os planos da argumentação jurídica e das divisões procedimentais e orgânicas – o contexto institucional. A divisão do trabalho jurídico (constitucionalmente, a separação de poderes) é interna à legitimidade decisória e aos estilos argumentativos que identificam e diferenciam direito e política. Dada a instabilidade do raciocínio guiado por valores, este de fato ameaça permanentemente escalar em uma visão de moralidade (em um plano de vida inteligível e racional para cada área da sociedade: a política, a economia, etc.). A solução idealista é pressupor – ainda que como ideal regulativo e de forma tanto abstrata quanto fragmentária – uma unidade de valor ou um quadro ético que confira objetividade à escolha entre valores. Assim controlado o raciocínio, justifica-se que caiba dentro da autoridade e conhecimento das

[163] Kennedy, Duncan, 1976, p. 1775.
[164] Kennedy, Duncan, 1979, p. 360.
[165] Ver Dworkin, 1975; 1986.

cortes. É uma espécie de "razão prática" discernível do livre conflito ideológico. Mas então o campo de trabalho da política se estreita – para prejuízo do dissenso democrático e por uma falsa pressuposição: da possibilidade de uma hierarquia única na valoração de valores e da univocidade da conformação de regimes de regras segundo as imagens ideais resultantes dessa valoração (se do juízo de valores resulta a "liberdade igual", é possível que o arranjo institucional que melhor a realize na política seja uma "república democrática" – mas então como organizar tal república? Qual democracia? Que regime eleitoral?). Esse é um nível de discussão que o direito pode confiscar à política?

No estado constitucional, a "valoração de valores" – ideologia, na definição luhmanniana[166] – parece ter lugar próprio: os poderes políticos. Poderia esse exercício ser tão apolítico a ponto de ajustar-se ao judiciário? Nesse sentido, vale referir à empreitada kantiana de fundamentar as condições de possibilidade do direito como um âmbito da moralidade, da razão prática. Kant apresentou como uma ideia da razão a unidade sistemática do direito, articulada em suas doutrinas e instituições[167]. Pela razão, o homem guia sua vontade para transcender a natureza e realizar sua liberdade. O contrato social, como ideia da razão e não fato histórico, tem realidade prática ao obrigar o legislador a produzir o direito segundo uma vontade unitária da nação, como se cada cidadão houvesse consentido com essa vontade geral. Da origem na razão prática e no estado de natureza (que apresenta um sistema de coordenação privado instável), vem a se constituir um sistema de direito público. Está no âmbito da razão prática, que diz respeito não àquilo que é dado empiricamente no mundo, mas ao que fazemos existir por nossa vontade, pelo exercício da liberdade. É a realização de uma representação mental. Na razão prática, princípios são normas que podemos racionalmente impor a nós mesmos (autonomia) e seguir como universalizações puramente formais, independentemente do conteúdo (é o caso do imperativo categórico). Kant trabalha no plano das condições de possibilidade da experiência e as localiza no próprio indivíduo (sujeito transcendental), que dá a si as leis morais que deve seguir. Mas, no âmbito da razão prática, o direito diferencia-se da ética, pois diz respeito à combinação de vontades livres individuais, às "relações externas" entre pessoas (e não ao cumprimento espontâneo de um dever autoimposto tendo como motivação a pura obediência a um princípio moral). Então como "somar" escolhas individuais? Para Kant, seguindo uma lei universal da liberdade e pela ação de um espectador imparcial, o juiz, que, observando as interações e expondo publicamente o

[166] Luhmann, 2012 [1997], p. 223. Ver também Febbrajo, 1975, pp. 199-208.
[167] Para essa interpretação de Kant, ver Weinrib, 1987, pp. 478-508.

direito e seus princípios práticos, possa fazer mover o aparato coercitivo do estado para a execução dos direitos e deveres (limitação da liberdade para a proteção da liberdade).

Aquela indagação – sobre como somar as vontades individuais – foi um problema central da discussão sociológica ao longo do século vinte. Em seu individualismo metodológico, Weber[168] abriu mão de um conceito de sociedade e definiu-se ao redor de um conceito de ação social, como agir reciprocamente referido: um agente referindo o sentido subjetivo de sua ação a outros agentes e determinando-a por uma crença no valor de seu comportamento, por costume, por um impulso emocional ou de modo racional (isto é, estratégico, instrumental, finalístico): tomando coisas e pessoas como meios para alcançar seus próprios fins.

A crescente racionalização formal do direito, que Weber[169] viu consagrada nos sistemas racionalistas de direito natural e depois na jurisprudência dos conceitos, representa uma especificação das estruturas jurídicas que as habilita a manterem segurança e previsibilidade para a ação racional. O desenvolvimento do direito social ao longo do século vinte (na forma de esquemas de solidariedade públicos e privados para a gestão de riscos, assim como da idealização do discurso jurídico e de sua abertura a parâmetros extrajurídicos: políticos, econômicos, éticos) parece ter demonstrado uma contratendência – a racionalização material. Afinal, como nota Luhmann[170], a materialização do direito também tem vantagens: a elasticidade, a adaptabilidade a situações imprevisíveis.

Para Parsons[171], seria necessário um consenso sobre valores no sistema cultural como pressuposto para a ação social. A orientação normativa reduz a incerteza (como na tese durkheimiana), pois os atores (como na tese weberiana) orientam seu agir racional (mobilizando meios em vista de fins) antecipando e reproduzindo tal consenso. O direito serve para conter o conflito na medida em que carreiras jurídicas estabilizam o sentido de normas mediante interpretação; a política impõe as orientações normativas com o uso ou ameaça da coerção[172]. A validade jurídica, como a solvência na economia ou a vinculatoriedade coletiva das decisões políticas, é um símbolo generalizado que contribui

[168] Weber, 1978 [1922], parte 1, cap. 1.
[169] Weber, 1978 [1922], pp. 654-66.
[170] Luhmann, 2014 [1972], p. 15. Ver também Unger (1976b, pp. 166-223), diagnosticando um declínio da legalidade liberal no estado social (ou "sociedade pós-liberal"). Ver também a discussão *infra 3.2*, sobre estado social e liberalismo tardio.
[171] Como o interpreta Luhmann, 2014 [1972], pp. 15-7; 2004 [1993], p. 129.
[172] Resenhando Unger (1976b), Parsons (1977, pp. 147-9) já notava uma acentuação do aspecto da política, com pouca consideração à autonomia do sistema jurídico construído ao redor das carreiras jurídicas e tribunais (evito essa subestimação ao discutir lado a lado centro e periferia do direito, *infra* capítulo 2)

para sustentar a integração comunitária. O problema dessa concepção[173] é tentar deduzir a diferenciação da sociedade a partir de uma decomposição do conceito de ação; ocorre que não é possível deduzir a organização social como se estivesse inscrita como um dado ontológico na consciência individual.

Habermas[174] retorna a Kant para afirmar normativamente que a validade das normas morais e jurídicas é dada pelo critério de que os possíveis atingidos hipoteticamente pudessem concordar com elas em um discurso racional. Para Luhmann[175], porém, não é claro que tal validade possa se impor mesmo para aqueles que não tomaram parte na comunicação e que tal argumentação prática voltada a um consenso valorativo seja de fato um contrapeso à altura da realidade da disputa política estratégica entre interesses e ideais. Indivíduo e sociedade reproduzem sentido, pensamento e comunicação atritam-se pela linguagem, mas não se confundem. No âmbito da sociedade, importam os sentidos comunicados e as expectativas generalizadas. Produzindo-os, os sistemas sociais constroem sua própria realidade, à parte das intencionalidades individuais. A autonomia individual constrói-se lado a lado à autonomia e autorreferencialidade dos sistemas sociais. A teoria dos sistemas, seguindo a "virada linguística", posiciona as condições de possibilidade não no sujeito transcendental, nem em qualquer outro pressuposto transcendental "intersubjetivo", mas sim na linguagem – do ponto de vista de uma sociologia, na própria sociedade[176]. Meios de comunicação simbolicamente generalizados, como poder, dinheiro, verdade e direito, ajudam a marcar o sistema que deve processar a comunicação, aumentam o potencial de aceitação dessa comunicação – pelo sistema político, ou econômico, ou científico, ou jurídico. Ao processar a comunicação, cada sistema social poderá individualizá-la, imputando-a a atores. Essa construção operacional de "unidades" de ação é produto dos próprios sistemas sociais (a sociedade e seus subsistemas), uma referência comunicativa, e não um dado ontológico. Quanto ao consenso, a continuidade da sociedade não depende de concordância fática, mas da pressuposição continuada de consenso – a institucionalização (o correspondente ao conceito weberiano de dominação). O direito contribui para sustentar empiricamente essa institucionalização especialmente ao normatizar e implementar procedimentos, sistemas

[173] Ver a crítica de Luhmann, 1995a [1984], pp. 279-80.
[174] Ver Habermas, 1996 [1992], esp. pp. 118-31.
[175] Ver Luhmann, 2005a [1982]; 1996a. Ver também a discussão *infra 3.2.1*, sobre a teoria normativa de Habermas.
[176] Luhmann, 2012 [1997], p. 131.

pelos quais o dissenso pode ser reduzido a decisões legitimadas e sempre reciclado para novas escolhas.

Por sua vez, contra a ideia kantiana de unidade do direito, os *critical legal studies* apresentaram uma tese que não se confunde com a degradação de valores qualitativamente diferentes a quantidades a serem submetidas ao escopo unitário de maximização da riqueza ou utilidade (análise econômica) nem com a resposta pluralista padrão, que vê a arbitrariedade das preferências políticas e intuições morais dos juízes (ou órgãos decisórios em geral) restringida apenas por fatores como socialização, contexto histórico, práticas interpretativas, procedimentos e organização institucional, exigências de coerência com a jurisprudência e com as convenções de sua comunidade. A posição crítica aceita o pluralismo normativo, mas dele extrai a concepção de que a racionalização do direito jamais elimina as contradições inerentes à personalidade, à sociedade e ao direito, no qual diferentes linhas de raciocínio permitem chegar a soluções opostas para o mesmo problema. Pretender buscar uma unidade racional do juízo jurídico – não contaminada pela história contingente, por conflitos (a "política" em um sentido amplo) – seria conferir ao direito uma falsa aparência de objetividade e necessidade. Daí a postura pluralista em termos de valores[177].

Já na crítica dos valores na perspectiva neokantiana de Weber[178], valores desdobram-se ao longo do desenvolvimento cultural, da história, não sendo dedutíveis de leis gerais que lhes imprimam as formas e gerem um sistema fechado. Mesmo em uma filosofia que tomasse como tarefa dimensionar e delimitar as esferas de validade de cada valor, a hierarquização seria injustificável. A ação social interpreta e atualiza valores institucionalizados, não segundo uma teleologia, mas conforme um juízo prático. Esse julgamento não é arbitrariamente subjetivo, mas tem validade objetiva, podendo ser observado nas modalidades tanto da explicação (cognitiva) da ação quanto da avaliação (normativa) dos valores[179].

---

[177] Weinrib, 1987, pp. 477-8.

[178] Ver Schluchter, 1981 [1979], cap. 3.

[179] Como Kelsen, Weber reafirmava ainda a neutralidade científica, pelo hiato entre descrição neutra e ação moralmente demandada, prática. Sobre Kelsen e Weber, ver Kelsen, 1949 [1945], pp. 175-6; Bobbio, 2008 [1992], cap. 8; Shivakumar, 1996. Ainda, a cisão entre descrição e prescrição marcou os grandes teóricos da linguagem (o "primeiro" Wittgenstein), do estado (Heller, Jellinek) e da economia (Schumpeter) no início do século vinte. A influência dessa visão sociológica (weberiana) e filosófica (linguística, analítica) conforma o positivismo analítico de Hart (1994a [1961], p. v), confirmando não por acaso sua semelhança de família com Kelsen. Como nota Unger (1996, pp. 122-3), a pretensão de pureza (universalidade e invulnerabilidade diante de variáveis empíricas e normativas) da *Teoria pura do direito* só tem paralelo na economia pós-marginalista, isto é, na vertente principal da ciência econômica do século vinte, baseada na modelização formal (matemática) do tipo ideal de ação instrumental (maximizadora de utilidade e eficiência).

É preciso também lembrar a relação entre valores e interesses. Em uma narrativa puramente semântica sobre o progresso autônomo de ideais (ou ideias normativas), como se este fosse se realizando sem referência a conflitos de interesses materiais localizados e contingentes, esquece-se que tais conflitos não são senão a própria disputa sobre a institucionalização desses interesses, sua organização prática e legitimação cultural[180]. Valores e interesses são consagrados em instituições e práticas. O idealismo jurídico contém o movimento de disputa entre interesses e justificação de ideais – o motor discursivo da reprodução do direito, que tem lugar variavelmente nas diferentes arenas deliberativas, mais políticas (como os parlamentos) ou mais jurídicas (como as cortes). Ainda, ao subir o degrau da disputa jurídica elementar para o caso difícil, ou para a argumentação sobre a moralidade política, esse idealismo precisa conter arbitrariamente a indefinição da relação entre os ideais e interesses mobilizados argumentativamente e as práticas e instituições que podem corporificá-los praticamente. Para haver única razão e justiça, os ideais e interesses reconhecidos no direito teriam que se vincular logicamente a uma lista fechada de arranjos sociais. Mesmo que se concorde que uma constituição consagra uma república, uma economia de mercado e um regime presidencial, há diversas formas de se organizar tal estado e tal economia. Idolatrar determinadas formas de organização social, política, econômica como a única tradução possível da liberdade diz respeito ao que Unger chama de "fetichismo institucional": a presunção de que o real seja racional, isto é, de que a história proveu a seleção das melhores práticas e instituições, cabendo a todos reconhecer e subscrever às formas vencedoras dessa competição civilizatória mundial.

Ocorre que, na tradução do modelo ideal (em seus traços positivos e normativos) em arranjos sociais concretos, há espaço para uma variedade de formas de organização. É uma indeterminação *institucional*, no plano da criação do direito, e não uma indeterminação interpretativa, um problema de comunicação e texto. Não é nessa dimensão que as cortes deveriam atuar ou têm capacidade técnica e autoridade social para comunicar. Contudo, a visão da indeterminação institucional – das formas de organização da sociedade, de sua relação com ideais e interesses, do significado jurídico de tudo isso – gera sim uma contrapartida na visão da interpretação e argumentação do direito. Afinal,

[180] Ver a crítica de Gartman (1983) à interpretação da teoria weberiana do "racionalismo ocidental" por Schluchter (1981 [1979]).

dimensionar as tarefas e instrumentos do direito exige vislumbrar o alcance e os meios da política[181].

Contemplando o abismo a que pode levar a indeterminação radical e a arbitrariedade da visão normativa pressuposta pela elaboração racional, é preciso reconhecer que as disputas sobre regras justificadas por referências a valores são conflitos rotineiros dentro do direito (tomando como dada a arquitetura institucional posta pela política e representada pelo direito); podem escalar em conflitos sobre o direito, sobre tal estrutura juridicamente pressuposta mas politicamente disputada, passando ao nível "agregado" das regras que se aglomeram em instituições e dos valores que se dimensionam em ideologias. Direito e política são diferentes, mas permeáveis. Em que sentido isso é verdade é problema para o capítulo seguinte. Seu método é justamente a teoria da diferenciação dos sistemas funcionais. Seu tema é precisamente o vínculo entre política e direito institucionalizado pela constituição.

O desbalanceamento entre direito e política – ou a judicialização da política – é também uma profecia autorrealizada do idealismo jurídico, "elaboração racional" ou "análise jurídica racionalizadora". Como veremos, em matéria constitucional, por razões estruturais, tal descompensação ganha significado especial; melhor ainda será constatar que esse estilo de análise jurídica não é inevitável e que há não apenas razões e constrangimentos institucionais que justificam abrir mão da "principiologia" como também alternativas metodológicas que viabilizam praticamente o intento de fazer com que o direito deixe de ser refém desse método[182]. Com base em Luhmann e em Unger, veremos que a argumentação judicial deverá se conter em um nível mais concreto de imputação de valores e fins para fechar o raciocínio baseado em regras, ou encontrar formas de tratar programas finalísticos como condicionais.

A generalização de orientações puramente subjetivas como expectativas que se institucionalizam na forma de estruturas internas da sociedade, pressupondo consenso de terceiros indefinidos, constitui as instituições. Instituições conformam práticas. Por sua vez, essas práticas – a micropolítica e a macropolítica em Unger, as comunicações autorreferenciais em Luhmann – evolucionariamente restabilizam seu próprio enquadramento institucional. Se a sociedade é um "artefato", as instituições surgem então como "política congelada", provisoriamente, ou como generalização de orientações de sentido tomadas como pressupostos da comunicação, dos eventos ou operações de

[181] Ver *infra 2.1*, a diferenciação entre centro e periferia dos sistemas jurídico e político.
[182] Ver *infra 2.3.1*, a discussão sobre interpretação dos direitos constitucionais.

autoprodução da sociedade. O direito regula as instituições e as estabiliza (ou imuniza); a argumentação jurídica as representa, esmiúça seu regime regulatório e produz justificativas para decisões a respeito.

A política reativa conflitos entre interesses e ideais, recicla consensos e serve ao autoaprendizado da sociedade, à inovação de suas estruturas. O direito é um freio que estabiliza tais conflitos, tratando-os no "varejo" como acomodações àquela estrutura que a política pré-definiu (no "atacado"). Mas entre política e direito há interpenetração. Seria mais preciso descrever então o contraste como aquele entre os poderes políticos e o judiciário – na formulação constitucional clássica, "separação de poderes". Em um estado constitucional com separação de poderes, o conflito ou o consenso sobre interesses e ideais têm vias institucionais e formas discursivas variadas, paralelas à diferente capacidade técnica e legitimação dos órgãos ou organizações. As grandes disputas sobre valores e os conflitos de interesse têm, em uma democracia, uma arena institucional própria. É a arena da criação política do direito (das "decisões programantes"). Informá-la é também tarefa do jurista, propõe Unger. Trata-se de mobilizar a análise jurídica a serviço da "imaginação institucional". Mas nesse nível de estudo, aquilo que é próprio da dogmática ou doutrina (a análise em detalhe das regras e precedentes combinada à justificação lógica e moral das soluções interpretativas) precisa ser combinado com um plano mais geral da descrição e justificação das formas de organização da sociedade (o campo da sociologia e da filosofia política). De baixo, da concretude jurídica, e de cima, da discussão da teoria social e política, encontra-se a meio caminho o plano de análise institucional: da exploração empírica e crítica normativa, do detalhamento das formas alternativas de organização da sociedade, em seus diferentes setores, conforme as diferentes circunstâncias. Tal estilo de análise serve à inovação jurídica, à criação e reforma do direito, não à sua aplicação. Embora criação e interpretação/ aplicação seja uma diferença de grau, praticado em diferentes arenas um mesmo estilo de argumentação produz resultados díspares. Assim também, na reflexão jurídica, há aquelas mais voltadas para um ou outro lado da reprodução do direito. Essa diferenciação no plano da teoria do direito é consequência de afirmá-la como continuação (com diferenças apenas de abstração e universalidade) da doutrina. Como semântica, os discursos de justificação mimetizam ou reconstroem as diferenças estruturais internas ao sistema sobre o qual refletem; por isso, pode haver variedades mais políticas, mais jurídicas, mais econômicas de argumentação sobre o próprio direito e dentro do próprio sistema jurídico.

Mas, afinal, tal intento de refundar algo como uma "ciência da legislação", a crítica do direito posto, como a praticaram reformadores iluministas como Bentham e Beccaria, não seria um voluntarismo desautorizado pela lógica própria da evolução social? Essa pergunta tem como fundamento uma determinada visão de história e sociedade. A matriz das teorias sociais clássicas, pensadas na Europa ocidental entre as últimas décadas do século dezenove e o início do século vinte, apresenta os arranjos de produção e poder, as formas de hierarquia e o conjunto de crenças então emergentes como "a modernidade": a forma de vida a ser subscrita por todo o mundo. É o que Unger[183] chamou de um "romance da razão prática". Essa convergência prática, a ser concretizada por conflito social, guerras, choque de nações e visões de mundo, era vista também em maior ou menor grau como uma força irrefreável da história, que prenderia a todos na "jaula de ferro" da modernidade.

> Ninguém sabe quem viverá nessa jaula no futuro, ou se ao final desse tremendo desenvolvimento profetas totalmente novos surgirão, ou se haverá um grande renascimento de velhas ideias e ideais, ou mesmo a petrificação mecanizada embelezada com uma espécie de presunção convulsiva. Sobre o último estágio desse desenvolvimento cultural, pode-se muito bem dizer: "Especialistas sem espírito, sensualistas sem coração; essa nulidade imagina ter atingido um nível de civilização jamais alcançado."[184]

Não é difícil perceber em Luhmann a culminação e exasperação dessa visão abismal. Por isso, quando o interesse analítico vai além de racionalizar retrospectivamente a evolução das ideias e estruturas da velha Europa, as ferramentas conceituais de sua teoria precisam ser articuladas a descrições mais contextualizadas, à percepção das variações institucionais e à exploração dessas variações com um interesse no presente e no futuro. Em um estudo sociojurídico também é importante considerar essas evidências.

É preciso, em primeiro lugar, reconhecer o caráter de profecias autorrealizáveis de nossas crenças sobre a sociedade e a história – elas em grande medida se realizam ao motivarem certo curso de ação pela própria expectativa cognitiva de que é assim que as coisas funcionam[185]. Em segundo lugar, ao se desembaraçar do esteio das visões modernizantes simplificadas, a observação da sociedade mundial no século vinte registrou as vantagens práticas que muitas regiões do mundo expõem ao dissociarem, fragmentarem, copiarem e recombinarem o moderno-ocidental-mundial com tradições idiossincráticas

[183] Unger, 1987a, p. 112-3.
[184] Weber, 2005 [1905], p. 124 (citando Goethe).
[185] Unger, 2001b [1987], pp. 251, 323-4; 2001c, pp. xlix, l.

locais tidas como arcaicas, excedendo qualquer lista fechada de configurações institucionais[186].

Assim é que, confrontando a inevitabilidade de uma dinâmica de racionalização e desencantamento, Unger[187] propõe um exercício profético para a análise do direito: não uma previsão do futuro, que extrapola os meios e o papel do cientista social, mas uma exploração prospectiva sobre o repertório de formas de organização política, jurídica, econômica, a partir das variações presentes no direito e de seu possível futuro adjacente e por meio de uma expansão da argumentação doutrinária que aprofunde questões empíricas e juízos avaliativos sobre tais arranjos sociais. Se o direito precisa ser interpretado por meio da atribuição de propósitos, é preciso evitar um "dogmatismo causal" e realmente pesquisar os meios de implementação e seus resultados. Se há uma visão normativa detalhada em normas jurídicas e promulgada como direito, é preciso explorar suas ambiguidades e indeterminações. Nesse exercício, o que se rejeita é justamente derivar do direito, como fazem os formalistas e idealistas, um único plano inteligível e defensável para cada setor da vida social.

Unger[188] define o direito como "a forma institucional da vida de um povo vista em relação aos interesses e ideais que dão sentido a tal regime. Nossos interesses e ideais sempre permanecem pregados na cruz das instituições e práticas que os representam de fato. O direito é o ponto dessa crucificação." Essa forma institucional não pode ser restringida a uma pretensa comunidade nacional e vista como bloco coerente de sentido, determinação intrínseca de um tipo de sociedade livre (como para o formalismo doutrinário ou jurisprudência dos conceitos). Seria melhor dizer, portanto, "forma institucional da sociedade". A relação com interesses e ideais é aberta e indeterminada, como vislumbraram a jurisprudência dos interesses e o realismo; por isso, em juízo apenas pode ser abordada cirurgicamente, de forma "local" e "concreta", por meio da interpretação finalística de peças do corpo de direito. Pretender referi-lo a uma visão moral abrangente é conter arbitrária e artificialmente essa indeterminação, como faz o racionalismo idealista. É fora das cortes, porém, que tal complexidade e contingência, que a indeterminação dos ideais, interesses, instituições e práticas deve ser analisada e deliberada – como pré-requisito para o direito posto e interpretado.

[186] Unger, 1987b, pp. 206-12.
[187] Unger, 1996, pp. 182-90; 2015c, pp. 73-5. Ver também Unger, 1984b, parte 4. Sobre futuro, comparar Luhmann, 1976; 1997b.
[188] Unger, 2015c, p. 47.

É à arena institucional própria para a criação e reforma, e não ao centro de interpretação e controle de consistência do direito (as cortes), que se dirige a proposta de análise jurídica de Unger, uma espécie de doutrina ou "dogmática periférica"[189], na interface do direito com a política. O discernimento sobre o público a quem se dirige esse estilo de reflexão sobre o direito que nubla as fronteiras entre argumentação jurídica e controvérsia política – transformando ambos os polos – está presente desde o manifesto dos *critical legal studies*: nele Unger[190] reconhece que os juízes e profissionais do direito voltados à solução de disputas continuarão e devem continuar a trabalhar interpretando textos; quando o significado for controverso, devem procurar estabelecê-lo pela atribuição de propósitos no contexto; se ainda não houver suficiente determinação do significado, eles teriam porém que reconhecer que estão adentrando as vizinhanças da argumentação moral e política, que prossegue no direito sob limites distintos. Não poderiam apelar à abstração de que o direito culmina em uma visão moral abrangente e unitária que apenas eles têm meios e legitimidade para acessar e revelar. Há razões de prudência para que um juiz não desempenhe o papel de um reformador institucional; ademais, a argumentação prática e doutrinária no direito não pode substituir outros discursos e disputas. Não cabe a essa teoria do direito fornecer uma fundamentação da divisão do trabalho jurídico, uma definição dos papéis dos atores do direito; afinal, isso faz parte da institucionalidade que pode ser reimaginada e reformada. Na prática pode haver juízes e advogados que façam um "uso incongruente dos papéis institucionais".

Naquele manifesto, Unger propôs uma prática de "doutrina desviacionista" ou "expandida"[191] como método para esse esquadrinhamento das formas de organização da sociedade no corpo do direito. O direito não é idealizado como um sistema coerente e completo, mas como um conjunto de soluções dominantes e desviantes para a organização da sociedade – soluções desviantes que podem ser pontos de partida para uma reconstrução de todo um campo do direito e da sociedade. A doutrina expandida pode seguir um raciocínio de "desenvolvimento interno": toma alguns ideais da vida social, os compara

[189] A expressão "dogmática periférica" é de Ramos, 2014, p. 160. Daí que, ao tentarem aplicar a "doutrina desviacionista" de Unger à decisão judicial, Hutchinson e Monahan (1984, pp. 1513-8) falham e não chegam à resolução da disputa entre os interesses e ideais em oposição.

[190] Ver Unger, 2015b [1982], pp. 98, 101-2, 142

[191] Sobre "doutrina desviacionista", ver Unger, 2015b [1982], pp. 95-103. Para exemplos dessa prática de "doutrina desviacionista" a partir do "desenvolvimento interno", ver Unger, 2015b [1982], pp. 143-78 (direito contratual); Koskenniemi, 2006 [1989] (direito internacional). Note-se que o jogo entre princípio e contraprincípio explora a indeterminação do direito; a questão é se essa exploração é necessária e adequada à arena judicial (como propôs a corrente mais popular dos CLS) ou não (como enfatizou Unger). Para exemplo de doutrina desviacionista a partir de uma visão de transformação, ver Unger, 2015b [1982], pp. 127-43; 1996, pp. 30-3 (é a discussão *infra 3.3.1.1*, sobre direitos de desestabilização).

com suas realizações na ordem jurídica e observa os conflitos entre os ideais proclamados e as regras que deveriam promovê-los; então imagina como esses ideais poderiam se concretizar de maneira diferente – mais abrangente, por exemplo – no direito. Procede assim revisando os ideais à luz de suas possibilidades práticas de realização (formas institucionais). A vantagem desse método é partir da autoridade de uma tradição já impressa nos materiais de certa ordem jurídica; seus riscos advêm da dependência dessa tradição em particular. Outra forma de raciocínio na doutrina expandida é o "discernimento visionário", a imaginação ampla de uma nova forma de vida social (mais aberta à inovação e à autocorreção, por exemplo) e a busca, no corpo do direito e na experiência jurídica, de materiais com que se poderia definir progressivamente as formas institucionais que se encaminham nessa direção intuída.

Mais tarde, Unger redescreveu sua proposta como um método de exercício de "imaginação institucional" por meio de mapeamento e crítica[192]. Esse método visa a evitar os descaminhos das discussões usuais na política e no direito. De um lado, uma discussão puramente ideológica, que toma dogmaticamente esta ou aquela forma de organização da política ou da economia. A imaginação institucional precisa empírica e normativamente como diferentes soluções institucionais podem ou não servir e de que modo podem ser combinadas. De outro, foge à argumentação jurídica centrada de um modo ou de outro no momento fatal da decisão judicial. Ao argumentar sobre esta ou aquela interpretação de normas e fatos, a doutrina e os advogados precisam fazer movimentos táticos para superestimar a coerência do direito em seu favor e aumentar a elasticidade dos significados, hipóteses e consequências, quando conveniente. Os direitos são tratados dessa forma e os juízes, ao idealizá-los por referência aos valores constitucionais, podem buscar até a interpretação que melhor cumpra uma boa "função social"; esse reformismo nos limites da interpretação não pode, porém, chegar a atacar frontalmente qualquer porção do direito estabelecido, que faz parte do quadro institucional que o julgador precisa tomar dogmaticamente para exercer sua atividade.

A imaginação institucional se faz no direito primeiramente por meio de um mapeamento da "microestrutura" institucional definida em regras expressas e tácitas interpretadas à luz de valores ou ideais. A análise das instituições é justamente sua quebra em expectativas normativas amparadas e generalizadas pelo direito. O mapeamento deve ser feito no interesse e à luz de um segundo passo: a crítica dessas formas institucionais, o

[192] Sobre mapeamento e crítica no direito, ver Unger, 1996, pp. 129-34.

discernimento sobre a medida em que elas apenas imperfeitamente realizam os próprios ideais que se considera que as justificam.

De fato, a proposta ungeriana de uma (anti)dogmática pode ser vista como uma resposta à *Teoria pura do direito* de Kelsen, cuja tentativa de tornar a teoria do direito uma ciência neutra culmina na tensão weberiana entre ciência e política[193]. Essa tensão atinge seu clímax quando Kelsen aborda o tema da interpretação e atribui à ciência do direito a tarefa de mapear as várias interpretações possíveis que circunscrevem a decisão autoritativa. Sua negação da possibilidade de apenas uma interpretação correta diante da textura de contradições e indeterminações inerente à ordem jurídica segue lado a lado sua negação do poder da teoria do direito de criar o direito e preencher suas lacunas – em forte oposição à concepção oitocentista de "ciência do direito" providenciada pela jurisprudência dos conceitos. A asserção de Kelsen sobre o divórcio entre teoria do direito e doutrina é então uma instância da distinção entre conhecimento e vontade ou entre ciência do direito e política do direito. Unger propõe uma espécie de re-entrada da política do direito na ciência do direito – paradoxalmente, uma ciência da política do direito. Ao contrário de Kelsen, propõe um continuum em vez de uma descontinuidade entre teoria do direito e doutrina. Mas, como Kelsen, vê como tarefa da ciência do direito o mapeamento das várias interpretações possíveis, o desvelamento em vez do encobrimento das lacunas, indeterminações e contradições. A ciência do direito torna-se política do direito na crítica reflexiva dos valores que se considera que as formas jurídicas promovem e das formas de enraizar esses ou aqueles ideais e interesses no direito. O pluralismo de valores, também caro a Kelsen mas por ele mantido à parte da ciência, invade a arena da teoria e da interpretação jurídica, como proposto pelos realistas. Mas a tarefa profética do pensamento jurídico não é a previsão do tipo que Holmes sugeriu para o direito e Weber vedou à sociologia. É a elaboração de alternativas para a sociedade, desviantes mas promissoras, encontradas no direito, partindo do status peculiar da doutrina jurídica como explanação que mixa ambições descritivas e prescritivas e trabalha no nível de formas detalhadas combinadas a conteúdos ideais.

A tarefa de desembaraçar esse casamento, peça por peça, de revisar formas (instituições e práticas) à luz da substância (interesses e ideais) e vice-versa está fora do ambiente judicial. Em vez de política judicial (juízes como imperadores morais ou ativistas políticos), tem-se em vista a política política – a imaginação institucional é dirigida às

[193] Ver Weber, 1946 [1918].

"decisões programantes", não às programadas. Mas, afinal, Montesquieu ou os Federalistas são menos jurídicos e doutrinários do que a atividade de juízes que interpretam o esquema de separação de poderes segundo determinada constituição? É precisamente esse paradoxo – a política como direito, o direito como política – que a constituição regula e que está implícito na ideia de direito moderno como direito largamente estatal (como na imagem do próximo capítulo, esse paradoxo pode ser descrito pelo fato de poderes políticos estarem a um só tempo no centro do sistema político e na periferia do sistema jurídico, não havendo hierarquia entre centro e periferia). Claramente, a proposta de Unger volta-se a uma espécie de "estadismo". Mas ela pode ser aplicada por analogia aos outros sistemas (como a economia), que coproduzem o direito privado ou "social" (contratos, acordos privados ou mesmo ordens privadas também ocupam a periferia do sistema jurídico). Assim, a imaginação institucional também está em ação na modelagem de arquiteturas organizacionais e relacionais.

Não se trata de um discurso puramente político, pois trabalha com os materiais e doutrinas jurídicos, que têm a vantagem de descreverem em minúcia fatias da estrutura da sociedade, não apenas "textualizando" uma autoimagem da sociedade sobre si mesma, mas também justificando esses arranjos. Não opera no plano das abstrações da comunicação política, mas lida com uma visão muito mais polimórfica das peças das configurações estruturais das sociedades existentes – peças que são expressas, explicadas e justificadas no direito e no discurso jurídico. A imaginação institucional tampouco se reduz ao desenho de programas governamentais – envolve, por exemplo, tocar estruturas nucleares do estado, eventualmente propondo novas formas de organização e procedimento (incluindo mudanças nos poderes de estado existentes ou a criação de novos poderes). Isso dificilmente se adequaria a qualquer conceito de "política pública" – como rótulo genérico para a discussão de "problemas sociais", como qualquer orientação do estado (incluindo regular ou não determinada área, prescrever esta ou aquela sanção a um ilícito, fornecer certos bens e serviços dessa ou daquela forma) ou como programas voltados a implementar administrativamente objetivos determinados pela legislação.

Por sua relativa abertura e concretude na modalidade de proposição de reformas do direito, a discussão jurídica oferece mais espaço para a exploração detalhada da ligação entre interesses, ideais, instituições e práticas; essa ligação é mais contingente e não se contém a uma única visão abrangente social, política ou econômica. Não obstante o mapeamento e a crítica possam ser praticados com relação a problemas jurídicos mais

circunscritos e delimitados, que não demandam ancoragem em nenhuma "grande teoria", entendo que, quando se trata de redescrever amplamente um ramo ou setor do direito, a argumentação, por sua dimensão e universalidade, pode acabar por envolver a discussão de teorias abrangentes (é o que tenta este trabalho).

Em todo caso, a vantagem comparativa da discussão jurídica não se perde. Na verdade, nem a teoria política nem a sociologia, em suas formas prevalentes, são aptas a executar tal tarefa diretamente. A teoria política tende a reproduzir a fórmula institucional dogmática das ideologias do século dezenove: certa interpretação e hierarquização de valores diretamente culminante em determinada solução institucional: livre mercado, economia regulada, socialização dos meios de produção, extinção do estado. A sociologia, por sua vez, desenvolveu-se na forma das ciências sociais positivas[194], da investigação de "médio alcance", que analisa as regularidades sociais dentro de uma estrutura institucional tomada como ponto de partida dogmático (e não estudada em sua gama de variações existentes e possíveis, em sua coevolução com as práticas que ela regula). É o que vemos na economia, na ciência política e nas discussões sobre políticas públicas. Analisa-se a solução de problemas e o conflito de interesses dentro de dadas "instituições" (como o mercado e o parlamento), segundo um modelo de maximização de interesses e escolha racional, e assim também as diversas estruturas são compreendidas como resultado da interação de agentes racionais e submetidas a um teste funcional de otimização das soluções políticas e econômicas, que revela uma convergência a certas configurações de política e economia. A definição dos detalhes práticos de desenho institucional utiliza essas ferramentas uma vez dada a imagem elaborada pela filosofia normativa, que busca definir *a priori* princípios de justiça e um padrão de distribuição de recursos e direitos. Os interesses e ideais concretos em jogo na política e nos outros sistemas sociais são purificados por uma atividade reflexiva que os corrige em suas parcialidades ou inconsistências.

O método da imaginação institucional não divide a definição dos ideais da análise do detalhamento institucional; não é a justaposição de uma engenharia institucional anexada à definição anterior de princípios de justiça[195]. Como estilo de análise do direito, toma os interesses e os ideais consagrados decisoriamente no material jurídico e reabre na argumentação a controvérsia política. Foge à conjunção da definição institucionalmente agnóstica de princípios de justiça na filosofia política com a discussão empírica de ciência

[194] Ver as críticas de Unger (1987a, pp. 120-35; 1998, pp. 16-20) e Luhmann (1994b [1993]).
[195] Unger, 2014, pp. 297-8, 308-9; 2007a, pp. 121, 194.

política ou políticas públicas (ancorada na visão da democracia ou do mercado como esquemas de otimização das decisões de agentes políticos e econômicos). Reintroduz no direito a contingência real do dissenso enfrentado nas decisões programantes e filtrado por procedimentos. Informado empírica e normativamente, não pretende constituir uma metalinguagem à parte dos discursos jurídicos e políticos, substituindo suas fundações cambiantes pela certeza de uma verdadeira "ciência" do comportamento humano e da correta tomada de decisões[196].

Ao lado das ciências sociais de estilo americano, outra parte da teoria social (da sociologia do direito, inclusive) seguiu a linha de "teoria crítica", exorcizando o progresso da "razão instrumental" e do iluminismo, potencializando a sugestão weberiana acerca da "jaula de ferro" da "modernidade". O propósito do iluminismo, de "desencantar o mundo" e "substituir a imaginação pelo saber" teria levado à "total mistificação das massas", à dominação da natureza e dos homens, à "integração total" no "mundo administrado"[197]. Pela fixação nessas tendências quase inexoráveis do progresso social e apenas no plano das macroestruturas e suas representações (o capitalismo, o iluminismo), há certa indisposição da teoria crítica à análise institucional detalhada e empiricamente informada; por isso, quando ela se aproxima da reflexão jurídica, oscila entre o ceticismo e o idealismo já referidos. Outra característica[198] é a condenação antecipada da sociedade existente por sua "falsidade" diante das relações sociais "autênticas" de uma comunidade livre.

[196] Pela conjugação de uma discussão normativa ancorada na busca de um "consenso sobreposto" sobre os valores universais da democracia liberal ("neutralidade política") com evidências da economia, da psicologia e da economia comportamental ("certeza técnica"), pode-se chegar a propostas minimalistas de "desenho institucional" que tratem de incentivos, constrangimentos e sanções a guiar e ajustar marginalmente o curso dos processos decisórios – eleitorais, burocráticos, parlamentares (*e.g.* Vermeule, 2007). Problemas: 1) usa-se uma teoria da escolha racional incompatível com a abordagem da autorreferência dos sistemas psíquicos e sociais (aqui trato das instituições como estruturas internas dos sistemas sociais); 2) adotando-se uma visão instrumental do direito, perde-se o caráter dinâmico do juízo sobre instituições (esquadrinhadas em regras) à luz de propósitos atribuídos e do refinamento normativo dos ideais à luz das variáveis modelagens institucionais, dos diferentes regimes jurídicos que podem atualizá-los. Busca-se uma ancoragem externa, "científica", para além da controvérsia e do dissenso que caracterizam a produção e a aplicação do direito na democracia; na prática, todas as decisões movem-se para a zona de competência da tecnocracia regulatória, e de incompetência da política e do direito (ver a crítica de Unger, 2015c, pp. 41-2, ao "benthamismo encolhido"). Então os "especialistas sem espírito" podem adquirir autoridade para prescrever universalmente as regras constitutivas do seu "nível de civilização jamais alcançado" (ver a discussão *infra 4.2*, sobre direito e desenvolvimento).

[197] Horkheimer; Adorno, 2002 [1944]; Pollock, 1990 [1941].

[198] Ver as críticas de Luhmann (2002a [1990]; 1994b [1993]; 2012 [1997], p. 13; 2013 [1997], pp. 223-6; 2006a [1999]) à teoria crítica/ escola de Frankfurt.

Uma parte da teoria crítica[199] rejeita a "superteoria" – a fixação de um quadro analítico abrangente sobre a sociedade, combinada com a explicação de longo alcance da história – em favor da "ultrateoria", a recusa em apresentar um sistema teórico coerente. Sua prática consiste na crítica continuada das instituições e ideias prevalentes, negatividade que é combinada com uma defesa dos desvios, anomalias, possibilidades reprimidas e um julgamento lastreado em certa utopia de comunidade livre. Essa imagem e essa crítica arriscam cair no negativismo puro do existencialismo e do modernismo: resistindo a toda e qualquer instituição e estrutura, esperam que a política das ideias abra espaço para a imaginação. Mas não uma imaginação institucional; como nota Rorty[200], diferenciando essa tendência do pragmatismo ungeriano, a empreitada teórica da Unger é o preciso oposto do "resentimento crítico" com todas as "estruturas e discursos de poder", que leva pensadores pretensamente radicais a lavarem suas mãos sobre a tarefa de estudar, imaginar e apontar qualquer proposta de mudança institucional.

Uma tendência "crítica" do final do século vinte consegue ainda combinar dois atributos[201]: assume a explicação necessitária da "grande teoria" de estruturas profundas (fala então de "crises" do "capitalismo tardio" ou algo do tipo) e, esvaindo-se do estudo de formas alternativas de organização política e econômica, enfatiza a prioridade da "cultura", a "política das identidades", criticando preconceitos ao mesmo tempo em que os estereotipiza como critérios normativos para a crítica social e o conflito (tipicamente, para além da luta de classes, a luta pelo reconhecimento de etnias e gêneros). O problema é que, desengatada da mudança nas estruturas dos sistemas funcionais, essa prática arrisca tornar-se apenas um policiamento semântico. Não refere as crenças e a crítica dessas crenças à reformatação das instituições.

O que defendo aqui é que a solução luhmanniana para a reflexão jurídica e sociológica é complementar à solução ungeriana. Unger notou a reflexão jurídica como campo de trânsito entre um discurso jurídico (judicial), *do direito,* e um discurso *sobre o direito,* observando como unidade dessas diferenças a argumentação sobre formas de organização social. Propôs então que as soluções jurídicas para cada setor da vida social sejam mapeadas e criticadas, tomando as soluções desviantes e excepcionais como ponto

[199] Ver os comentários de Unger (1987a, pp. 135-99; 2015c, pp. 28-9), sobre "superteoria", "ultrateoria" e o marxismo que enfatiza a "autonomia relativa" da cultura ou da política diante da determinação da base econômica.
[200] Rorty, 1990 [1987], pp. 31-2.
[201] Ver *e.g.* Fraser; Honneth, 2003. Sobre a passagem de "economia" para "cultura" na teoria social, ver também a crítica de Friese; Wagner, 1999.

de partida para uma reforma de todo um campo do direito e da sociedade. Em sua sociologia, analisou os complexos institucionais e ideológicos políticos, econômicos, sociais como formações históricas mais ou menos contingentes. São "contextos formadores" que geram "rotinas formadas", instituições que regram práticas. O detalhamento jurídico desses complexos e suas alternativas leva a discussão empírica e normativa a um grau de maior concretude que a teoria da sociedade geral. Daí a vantagem comparativa da reflexão jurídica.

Luhmann, por sua vez, construiu sua sociologia como uma teoria dos sistemas sociais[202]; sua sociologia do direito é uma teoria do sistema jurídico da sociedade. O direito é observado como sistema social, empírico, e não meramente no sentido ideal conhecido da reflexão jurídica tradicional. É um sistema funcionalmente diferenciado, por suas operações (comunicações), e não por suas estruturas (normas). Não é sistema como um conjunto autointegrado, completo e coerente de proposições e prescrições, como o racionalismo naturalista ou positivista imaginaram. Reproduz risco e segurança, certeza e incerteza, conflito e consenso.

Nesse paradigma sistêmico, a sociologia do direito apresenta-se como teoria do direito, uma redescrição de semânticas e estruturas jurídicas, e não uma exploração da linguagem ou uma interpretação sobre atores e ações, de um lado, instituições e teorias, de outro. Da parte de Luhmann, é justamente em *Os direitos fundamentais como instituição* que encontramos a posição mais próxima de sintetizar essa ambição de colaboração entre saber sociológico e argumentação doutrinária.

> As instituições são expectativas de comportamento temporal, objetual e socialmente generalizadas e como tais formam a estrutura dos sistemas sociais. Nessa medida – e só nessa medida – são possível objeto de positivação jurídica. Ao mesmo tempo estão colocadas na ordem social como componentes estruturais da pergunta por sua função, o que por sua vez possibilita um controle intelectual do processo de positivação jurídica. Sobre esse contexto se baseia nossa hipótese de que uma análise dos direitos fundamentais com os meios da teoria funcional-estruturalista dos sistemas possa fecundar a dogmática dos direitos fundamentais.[203]

É certo que em sua produção teórica posterior, Luhmann tanto marginalizou o conceito de instituição quanto diferenciou enfaticamente os campos da sociologia do direito e da dogmática jurídica. Sobre tal conceito, Luhmann notou que a teoria jurídica "institucional" de Romano "identifica o direito com a estrutura de qualquer sistema social", mas, à sua época "ainda não tivera possibilidade alguma de se modelar por uma

[202] Ver Luhmann, 2005b [1967].
[203] Luhmann, 2010a [1965], p. 86.

teoria sociológica do sistema social [...]"[204]. Depois, em um de seus últimos livros (*A política da sociedade*), lembrou a obsessão da ciência política com o conceito de instituições, que se poderia entender, com a ajuda do direito, como "complexos de normas"[205]. Finalmente, ao contrário de certa sugestão em sua teoria dos meios de comunicação simbolicamente generalizados (poder, dinheiro, direito, verdade, valores), não considerarei tais meios como instituições[206] – e sim entenderei que as instituições são definições sobre a forma de acesso a esses meios de reprodução social.

Já para Unger, um contexto formador é formado por estruturas imaginativas e institucionais. Assim, ele definiu primeiramente as instituições como "os específicos grupos organizados aos quais indivíduos pertencem. Elas são a face imediatamente visível da vida social." Acrescentava que "[a]prendemos sobre a ordem social estudando a vida institucional, mas apenas podemos compreender totalmente o caráter da última depois de ter entendido a primeira"[207]. Nesse entendimento, Unger revela expressa influência de Weber, que diagnosticara o conceito de instituição (*Anstalt*) como um artefato jurídico da modernidade: a partir da secularização do conceito de corporação, a forma "instituição" surge com a criação de empreendimentos públicos de massa – como escolas, asilos e bancos estatais –, aos quais não poderia ser atribuído o regime jurídico de corporações, por não terem sócios[208]. Posteriormente, Unger passou a entender que uma instituição é "[u]m conjunto de regras e crenças que formata um aglomerado de práticas informado pela

[204] Luhmann, 2005c [1967], p. 54 (nota 37). Ver Romano, 1917.
[205] Luhmann, 2009a [1998], p. 88.
[206] Luhmann (2012 [1997], p. 191) chega a admitir que os meios simbolicamente generalizados são instituições na medida em que fornecem um quadro de referência que reduz a complexidade e contingência e absorve a incerteza. Vale mencionar que, para Luhmann, os meios de comunicação simbolicamente generalizados são equivalentes ao conceito de "regra" (regularidade, então, "instituição") em Wittgenstein (1999 [1953], §§ 184-242). Tais *media* podem ser vistos como instituições, na medida em que simbolizam a provável compreensão de terceiros, isto é, o apoio na dimensão social (seja pela aceitação, seja pela negação da comunicação): a comunicação tende a ser tomada como pressuposto no prosseguimento da comunicação – se se trata de uma comunicação identificada primariamente como um problema de poder, provavelmente será relevante para o sistema político e nele tratada; se for uma comunicação sobre direito (e isso só o sistema jurídico poderá definir), terá chances de ser tratada juridicamente. A constituição existe para arbitrar o conflito de competência entre política e direito. Assim, codificando as comunicações com o uso de meios de comunicação simbolicamente generalizados, o sistema seleciona a "irritação" que sente de seu ambiente, digitalizando-a como informação relevante, como problema processável segundo as técnicas do sistema, que também definirão as soluções apresentadas. Semânticas como a dogmática jurídica fornecem um acesso a tal acervo de técnicas especializadas. Ainda, diz Luhmann (2012 [1997], p. 248) que se poderia aplicar o conceito de "cultura" para designar o "efeito combinado de todos os meios de comunicação – linguagem, meios de disseminação e meios simbolicamente generalizados".
[207] Unger, 1984a [1975], p. 170.
[208] Ver Weber, 1978 [1922], pp. 714-5.

concepção de como as pessoas, em certo domínio da vida social, podem e devem lidar umas com as outras"[209].

Diante dessa heterogeneidade, para manter o entendimento das instituições dentro de uma teoria da comunicação (e não na usual dicotomia entre estrutura e ação), sigo neste trabalho a proposta conceitual de *Os direitos fundamentais como instituição*, adotando a definição de instituição como *complexo de expectativas congruentemente generalizadas que constitui a estrutura interna dos sistemas sociais*. Instituições orientam, regram, motivam práticas e ações – ou comunicações e observações que são imputadas como ações. Esse conceito exige a superação de pelo menos quatro usos: "instituição" como sinônimo de organização (como no institucionalismo jurídico); "instituições" como eufemismo para estado (como na ciência política); "instituições" como forma de apoio político-jurídica às operações econômicas, como suporte ambiental ao sistema econômico (como no entendimento da nova economia institucional). Finalmente, e com certa influência sobre todos esses conceitos, não cabe subscrever o conceito sociológico tradicional de "instituição" como conjunto estável de papéis, apoiados em uma generalização de expectativas complementares sobre padrões de conduta e sanções – isto é, um esquema de interação dotado de autoridade, por um lado pelo compartilhamento de valores, por outro por mecanismos de controle social[210].

Esse conceito implica uma explícita dificuldade para explicar o comportamento desviante e a mudança institucional[211]. De um lado, confunde os aspectos simbólicos das instituições, suas justificações normativas e apelos morais, com a análise estrutural. De outro, pretender que as instituições repousem na identidade, na integração, na solidariedade ou no consenso entre os indivíduos é desconhecer as assimetrias no domínio dos meios de comunicação simbolicamente generalizados (poder, dinheiro, verdade, direito), o grau de dissenso sustentável em uma sociedade complexa e relativamente livre e, ainda, o caráter autorreferencial das instituições, sua possibilidade operacional continuada por presunção de consenso e de confiança, com alto grau de indiferença do sistema ao ambiente.

Note-se que trabalhar o conceito de estrutura na teoria cibernética da diferenciação de sistemas só é possível quando se define a atribuição sistêmica de dada estrutura – a que sistema ela pertence. Como todo sistema funcionalmente diferenciado, o direito define seu âmbito de atuação por suas próprias operações. Não se trata de diferenciação estrutural.

[209] Unger, 2013, p. 14.
[210] Parsons, 1991 [1951], esp. pp. 36-45.
[211] Ver a crítica de Mills (2000 [1959], cap. 2) a Parsons.

Expectativas normativas (resistentes à desilusão, contrafáticas) e expectativas cognitivas (que aprendem com os fatos, remodelam-se quando contrariadas) espraiam-se por toda a sociedade. O que diferencia os sistemas é o "serviço" que eles prestam no tratamento da comunicação, o resultado que produzem em termos dessas expectativas. Assim, o direito desempenha certa função com respeito a todas as instituições: às estruturas internas do direito (as instituições jurídicas propriamente ditas) e dos outros sistemas (instituições políticas, econômicas etc.).

É necessário precisar duas ideias que decorrem dessa conclusão: uma ideia sobre a relação entre estruturas (especificamente) jurídicas e estruturas sociais (em geral); uma ideia sobre a diferenciação ou indiferenciação entre planos de reflexão sobre o direito. Primeiro: trata-se do tradicional problema descrito como relação entre direito e sociedade. A sociologia jurídica de tendência empírica, como ciência social positiva, tendeu a conceber direito e sociedade como esferas mutuamente apartadas, prescrevendo ao direito uma função de correção ou reforma da sociedade, de engenharia social, de reparos efetuados desde fora. Mas se o próprio direito é uma das instâncias da sociedade (tendo em seu ambiente os outros sistemas sociais funcionalmente diferenciados), há uma coevolução. Não cabe ver o direito como fachada que transcreve literalmente a estrutura interna do edifício social, como em sociedades aristocráticas e corporativas. O direito não reproduz a topografia social ponto por ponto, porque se diferencia como um sistema social com suas próprias diferenças. Na sociedade moderna, o direito constrói-se por universalidade, generalidade e abstração das diferenças de classe, por exemplo. A observação reformista desse direito quer desenhar mecanismos jurídicos como subversão dessas diferenças às quais o direito liberal permanece indiferente (e por isso as reproduz)[212]. Isso implica vinculações complexas entre sistema jurídico e ambiente social do direito.

O direito não observa a sociedade de fora. Mas pode ser observado desde fora, pela ciência? Aqui atingimos uma dissonância sensível entre as teorias do direito de Unger e de Luhmann: o primeiro teoriza em um plano que vê como qualitativamente indistinto do raciocínio jurídico prático e doutrinário; o último pretende fornecer uma sociologia "externa" do direito, como um observador passivo. Enquanto para Unger o observador de observadores, aquele que pode discernir a contingência das estruturas, está no mesmo campo de batalha que as doutrinas e interpretações práticas que observa – como um cavalo

[212] Unger, 2015b [1982], p. 106.

de Tróia –, Luhmann concebe a observação de segunda ordem como ciência pura e descritiva, como abordagem sociológica que vê o direito à distância, da outra margem do rio. Nas palavras de seu principal oponente, Habermas, em um discurso em honra a Ronald Dworkin quando este recebeu o prêmio Niklas Luhmann (!), o que Luhmann faz é descrever "o sistema jurídico da distância de um observador sociológico" e, ecumenicamente, incluir "a autodescrição do jurista prático e do teórico do direito em sua própria descrição"[213]. Não tem o ponto de vista de um participante do sistema jurídico, mas de um cientista.

Ao longo das décadas, Luhmann moveu-se de sua pretensão inicial de "fecundar" a dogmática para uma distinção entre a autodescrição operacional do direito, que a doutrina ou dogmática fornece, e o plano da reflexão sobre o sentido e a unidade do sistema jurídico – tarefa da teoria do direito. A teoria do direito emerge então enquanto "acoplamento estrutural" entre a reflexão do próprio sistema jurídico e o sistema da ciência. Desse modo, sua sociologia do direito é uma teoria do direito, mas autoconcebida como apartada dos problemas circunscritos de interpretação e argumentação dos quais cuida a doutrina[214]. Nesse aspecto, minha proposta neste trabalho é resgatar justamente o "jovem Luhmann" em sua pretensão de colaboração entre sociologia, teoria e dogmática jurídica e no uso do conceito de instituição; e assim conjugá-lo à proposta ungeriana de análise jurídica como imaginação institucional. Proponho entendê-la como um regime de colaboração entre argumentação jurídica, sociologia do direito e teoria política. Evitando uma cisão entre dogmática e teoria *do* direito (*sobre* o direito), a ideia é aproveitar o potencial da semântica jurídica da tradição doutrinária em ser uma teoria *no* direito[215]. Já discuti neste capítulo a visão de teoria do direito que tal cooperação pressupõe. No capítulo 3, discutirei a visão filosófico-política invocada pelo exercício de imaginação constitucional. A seguir, buscarei complementar o esclarecimento sobre a visão de sociologia que essa cooperação ou acoplamento teórico requer.

Lembremo-nos da ideia de "sociedade como artefato" em Unger ou do conceito de autopoiese em Luhmann e veremos que o problema do cisma kantiano entre conhecimento

[213] Habermas, 2009 [2006], pp. 38-9.
[214] Comparar Luhmann, 1983b [1974]; 2014 [1993], cap. 11.
[215] Assim é que Luhmann (1990b [1981], pp. 24-9), notando que a filosofia política moderna foi incorporada em seu próprio objeto (o estado) e que as teorias se integram em instituições e (por meio da constituição!) se transformam em normas, propunha não uma teoria política sobre o estado de bem estar, mas uma reflexão sobre a teoria política no estado de bem estar. "Dessa forma, uma separação estrita entre ciência e política no sentido de sistemas sociais diferentes, critérios diferentes e diferentes responsabilidades não é questionada. Todavia, assume-se que a comunicação não obstante permanece possível." Por que não fazer o mesmo com relação ao direito?

e ação reaparece à luz da reflexão sobre os sistemas vivos e os sistemas sociais. Maturana[216] relata que, pensando sobre o dilema de Quixote entre seguir uma vida de guerreiro (*praxis*, ação) e seguir a vida da literatura (*poiesis*, criação, produção), inventou a palavra "autopoiese" para designar a dinâmica de autonomia própria dos sistemas vivos. Luhmann[217] entende que "autopoiese" serve para indicar que o sistema é o produto de sua própria atividade, e não para aludir a uma atividade autossuficiente e agradável em si mesma ("autopraxis"), como nadar, fumar, conversar ou talvez pensar. Na autoprodução há causas controláveis e causas incontroláveis, que o sistema não encontra dentro de si mesmo. O que ele pode controlar, em certa medida, é a seleção de causas externas por operações internas. Perdido esse controle, o sistema se dissolve no seu ambiente. Isso vale para a sociedade e todos seus subsistemas: interações, movimentos de protesto, organizações, sistemas funcionais (direito, economia, política, saúde).

Em sua profissão de fé e plano de trabalho, o texto *Iluminismo sociológico* (1967) – contemporâneo ao livro sobre direitos fundamentais (1965) –, Luhmann discerne como a sociologia respondeu e pode responder ao problema do iluminismo, "redescrevendo-o", modificando seu significado, estendendo as ferramentas conceituais para tratá-lo e fugindo à semântica racionalista daquele movimento[218]. Luhmann[219] apresenta o problema do iluminismo como a apreensão da complexidade, ou melhor, redução e aumento de complexidade, pois só estruturando-a (diminuindo-a, portanto) é que aumentamos as possibilidades atualizáveis e atualizadas; a questão é garantir um excedente de possibilidades não realizadas, um estoque de alternativas que possa continuamente estar disponível para novas seleções. A diferenciação da sociedade em subsistemas sociais é o veículo concreto do aumento de complexidade sustentável – de mais incongruências, oportunidades, riscos e chances.

No diagnóstico luhmanniano, o iluminismo buscava desgarrar as relações sociais dos entraves da tradição e dos preconceitos; seu apogeu no século dezoito seguiu-se a um declínio rumo ao ceticismo no século seguinte, quando se constitui a sociologia como disciplina científica. A sociologia colocou em suspeição "a participação igual de todos os homens numa razão comum que eles possuem sem ulterior mediação institucional, e o otimismo, certo do seu triunfo, em relação ao estabelecimento de situações justas"[220].

[216] Maturana; Varella, 1980 [1972], p. xvii.
[217] Luhmann, 1994c, pp. 40-2.
[218] Sobre redescrição, ver Hesse, 1966, p. 176.
[219] Ver Luhmann, 2005c [1967], pp. 34-46.
[220] Ver Luhmann, 2005c [1967], pp. 21-2.

Enquanto a filosofia prática buscava orientar a ação pelo pressuposto da homogeneidade da razão dos sujeitos pensantes e agentes, a sociologia constrói uma "perspectiva da incongruência" (Kenneth Burke). Marx, por exemplo, vê a genealogia das ideias na base econômica. A moral, a linguagem, a religião, tudo pode ser visto como condicionado socialmente em um grau antes impensado; pode ser visto como contingente em medida que não se poderia imaginar quando se afirmava a homogeneidade da razão por referência à natureza humana.

Em segundo lugar, a distinção entre sentido manifesto e funções latentes mina a visão ingênua de uma orientação intencional da ação. Sentidos são codeterminados por dados inconscientes de contexto. A orientação e a motivação da ação demandam economia de tempo e atenção, de modo que a redução da complexidade coloca-se como condição de possibilidade da ação: diversas variantes contextuais têm que permanecer latentes e indefinidas para que se possa operar conscientemente e propositivamente sobre algumas poucas delas. A sociologia então passa a se interessar pela porção recalcada da realidade, contrapondo o manifesto ao tácito, o formal ao informal, o oficial ao real, os problemas sociais aos benefícios da sociedade. Dada a racionalidade limitada dos atores para interpretarem seu contexto, a ação intencional, propositiva é tão indeterminada diante da sociedade quanto os estados da sociedade não são diretamente resultado da conduta individual consciente[221]. Fins declarados têm que ser relativizados e analisados junto às latências.

Ainda, a sociologia transita das explicações fatoriais para as sistêmicas. Não podendo mais derivar a orientação das ações de algum impulso psicológico (à imitação, à competição) ou de fatores ambientais (como o clima), trabalha com a unidade dos sistemas ou instituições sociais – a economia, a igreja, a fábrica – e pressupõe que cada um deva solucionar múltiplos problemas para não perecer. Leis necessárias e causalidades lineares tornam-se simplificações abusivas para analisar como esses sistemas manipulam seus meios: o dinheiro, o poder, o saber. As autoconcepções dos agentes são postas sob suspeita e declaradas meras racionalizações, ideologias, superestruturas, crenças. Funções e estruturas latentes dos sistemas institucionalizados são exploradas, assim como isomorfismos entre sistemas diferenciados.

Finalmente, lança-se mão do método funcional. Não se trata simplesmente de discernir relações causais ou correlações estatísticas, mas de explorar como a estabilidade

[221] Sobre a distinção latente/ manifesto e consequências não antecipadas da ação, ver Merton, 1968 [1949], cap. 3; 1936.

das instituições sociais depende de soluções, de respostas que se inserem em um horizonte de outras possibilidades. A autoconstrução das estruturas sociais isola sistemas com suficiente complexidade para satisfazer exigências contraditórias e elevada indeterminação para lidar com situações e estados muito diversos, com certa indiferença ao ambiente. A diferenciação dos sistemas torna-se uma "aquisição evolutiva"; como eles constroem sua própria realidade interna, não há uma correspondência ponto por ponto com o ambiente – por exemplo, na relação entre direito e (o restante da) sociedade. Ainda, a comparação funcional revela meios alternativos que podem ser equifinais, atingir resultados equivalentes.

Assim como a economia continua a se autodescrever como resultado de atores racionais em busca da maximização de sua utilidade, as disciplinas normativas ou práticas continuam a postular algo como um sujeito capaz de, refletindo autonomamente, encontrar o que tem em comum com toda a humanidade e atingir o consenso, generalizando regras práticas de reta conduta. A sociologia clarifica a ilustração, observando seus limites. Revela os condicionamentos sociais e históricos da ação, a pluralidade de orientações e as consequências não intencionais. Esses quatro movimentos básicos da análise sociológica[222] minam as bases para uma visão da ação e da razão centrada em sujeitos individualizados que podem cooperar e competir socialmente por já disporem na mesma medida de um mesmo substrato racional que lhes pode revelar leis generalizáveis para conhecer e agir sobre o mundo. Diante disso, a proposta da sociologia luhmanniana está em voltar-se para sistemas sociais que observam, interpretam e descrevem a si mesmos e uns aos outros. Pensamentos e vontades individuais podem apenas "irritar" a sociedade e seus subsistemas, mas não determinar univocamente suas operações. Cada "ação" não é mais que a atribuição da comunicação produzida nos sistemas sociais a determinado agente, à máscara social (pessoa) de um acoplamento entre um sistema biológico e um sistema psíquico (indivíduo). Indivíduo e sociedade permanecem largamente intransparentes um para o outro – e mesmo os subsistemas da sociedade se fecham em suas próprias operações, observando a si mesmos ou aos outros apenas por seus próprios meios e critérios.

Vale frisar: a mediação institucional da razão a que se refere Luhmann foi um problema que Kant e o neokantismo buscaram contornar por sua pureza analítica como indiferença aos conflitos de valor e variedades empíricas, as duas margens unidas pela imaginação institucional. Foi também o problema que levou às aporias do idealismo

[222] Ver Luhmann, 2005c [1967], pp. 23-34. Ver também Baecker, 1999.

alemão, que sucedeu a Kant e informou as teorias sociais necessitárias, para as quais a mudança social segue a razão imanente à história. No direito, o historicismo, que redunda no formalismo do século dezenove, responde por essa tendência, representando a contenção da contingência do direito positivo pela ordem conceitual que a doutrina deveria buscar no caos da produção jurídica – o costume transitando à legislação pela mediação pelo estado. Esse mesmo racionalismo expressa-se nas teorias de direitos como princípios, para as quais há, para além das contingências da evolução jurídica, uma lógica de valores subjacente e coerente a ser pressuposta e, no limite, conhecida pelo juiz. Que as relações entre regras tenham agora que ser referidas a valores e interesses foi o resultado da crítica realista e da jurisprudência dos interesses. Mas essa relação indeterminada entre forma (regras) e matéria (ideais) é contida pela pressuposição de uma moralidade comunitária que enraíza uma teia coerente de valores: sua posição fixa.

O reconhecimento da mediação institucional da razão evita definir o direito como a realização da razão. Definir o juiz como um quase teórico, capaz de discernir a unidade de sentido e valor do direito, é colocar o direito como obstrução da política. Contra esse erro, a imaginação institucional, a visão ampliada do juízo normativo e da exploração empírica de alternativas institucionais, não cabe nas cortes – volta-se à periferia do direito, isto é, à reforma política e à inovação pelos ordenadores privados. Isso porque a contingência não está totalmente disponível ao juiz. Por um lado, a distinção entre criação e interpretação do direito é relativa e a luta pelo reconhecimento, como direito, dos interesses e ideais ocorre tanto nos parlamentos quanto nas cortes. Por outro, há razões de legitimidade e capacidade institucional que promovem, em um estado democrático de direito, diferenças entre o procedimento legislativo e o judicial (que selecionam os interesses) e entre a decisão política e a jurídica (que restabilizam os interesses como direitos reconhecidos, estruturas). É apenas pela interpretação finalística das regras, sem pretensões de referência ao nível de abstração de uma superestrutura moral completa e coerente, que caso a caso o judiciário tem conhecimento e legitimidade para decidir. Suas decisões, embora com constrangimentos que levam à busca por coerência (como a conformidade com precedentes e a justificação da superação de entendimentos herdados), são também contingentes, embora não arbitrárias. Essa é a estrutura "analógica" da argumentação jurídica/ judicial, por oposição às grandes decisões sobre mudanças disruptivas nas instituições, decisões para as quais os poderes políticos é que estão capacitados e legitimados.

No plano da sociedade em geral, o reconhecimento dessa mediação institucional da razão elide o naturalismo: a confusão entre indivíduo e sociedade (pensamento e comunicação) ou a visão da sociedade como subconjunto da natureza. Aquela confusão e fusão é tentada pelas teorias orgânicas. Ela é um erro teórico, mas também prático – o liberalismo é a principal semântica que a representa como uma crença que restringe a liberdade individual, e assim os liberais se contrapõem à ordem social corporativista. A subsunção da sociedade à natureza, por outro lado, leva ao naturalismo que, em diferentes graus, perpassa a antiga visão ontológica da sociedade e atinge mesmo as teorias sociais modernas (com sua remissão a "estruturas profundas" – não sociais – da sociedade)[223].

Rejeitar esse naturalismo leva, por um lado, à distinção luhmanniana entre indivíduo (sistema biológico e psíquico, que, como toda a natureza, está fora da sociedade, em seu ambiente) e sistema social (a sociedade e seus subsistemas). Cada sistema é fechado, autorreferencial, autônomo: determina a si mesmo, reduz e aumenta sua complexidade, produzindo internamente indeterminação e determinação. Essa cisão clara vincula-se à crítica luhmanniana da imagem da sociedade como consenso (seja como a ordem comunitária da antiguidade, seja como o pacto de sujeição entre indivíduos – o contrato social moderno). Justamente porque há instituições, há dissenso. Elas não são convenções deliberadas, mas produto da autorreprodução dos sistemas sociais, que definem significados e constroem estruturas pressupondo o lastro do consenso, mas sem ter que testá-lo a todo tempo e sem poder expor seu núcleo duro.

A mediação institucional da razão conduz também à indeterminação institucional notada por Unger: não apenas há diferentes modos (funcionalmente equivalentes) de organização da política, da economia etc., como também fórmulas ideais como economia de mercado e democracia podem ter diferentes concretizações práticas, reguladas juridicamente em detalhe. Não é possível deduzir do ideal abstrato a única versão concreta justificável (como pressupõem o formalismo do século dezenove e o idealismo do século vinte). De outro lado, as instituições sob as quais vivemos influem em nosso juízo sobre o possível e o desejável. Por isso, a proposta de Unger de mobilizar a análise jurídica para o mapeamento e a crítica de alternativas institucionais inicia no seguinte passo: "A ideia fora de moda do iluminismo seria hoje mais bem aplicada aos esforços para dissipar o fetichismo institucional que vicia as doutrinas ortodoxas em cada uma das disciplinas sociais. Dissipá-lo seria o trabalho em tempo integral de uma geração de críticos sociais e

[223] Ver Unger, 2007a, pp. 19-22.

cientistas sociais."[224] Ao repelir o "fetichismo institucional" das ciências sociais contemporâneas, cabe também afastar o fetichismo estrutural das teorias da sociedade clássicas, lastreadas na concepção necessitária do progresso, da razão imanente à história.

Após a crítica à primeira premissa problemática do iluminismo (seu agnosticismo institucional derivado da ideia da razão compartilhada), o que dizer da segunda crença que o iluminismo sociológico colocou em xeque – o otimismo sobre o progresso rumo à justiça? Embora correlatas, essas premissas apresentam um problema predominantemente cognitivo e outro especialmente prático. Dessa questão prática ou normativa a sociologia que refletiu sobre a experiência do século vinte tendeu a abrir mão, opondo a contingência à necessidade histórica. Assim, para Luhmann, os limitados poderes analíticos da ciência da sociedade recomendam apenas cautela.

> Não será buscar com um olhar para trás e querer carregar-se de esperança – pois de outro modo não a haveria – com conceitos que a história já desmentiu? [...] No seguinte não se trata de chegar por outro caminho a um quadro mais favorável da sociedade moderna; sobretudo renunciamos a trocar conceitos como planificação, direção ou ética por projetos que – por sua proximidade com a prática – se lhes parecem. Sabemos demasiado pouco mesmo para decidir sobre a forma de conduzir as ações. Isso só pode suceder nos sistemas funcionais, para seu âmbito respectivo. Naturalmente isso não significa abster-se dos assuntos práticos, embora seja bom permanecer diante desses intentos na posição de observador dos observadores e assim perceber que é que sucede quando alguém reclama planificação ou ética para si, com o propósito de introduzir novas diferenças na sociedade.[225]

A unidade da diferença entre passado e futuro, entre o antigo e o novo, é marcada imaginariamente pelo iluminismo, no século dezoito. Inaugurado o novo tempo, o otimismo romântico transforma-se em ceticismo e desespero: no século dezenove, a sociologia revela que as ideias precisam enfrentar a fricção das estruturas sociais, que diminuem a velocidade das transformações apenas imaginadas. É o atraso das semânticas em relação às estruturas, que reclamam atualização das semânticas. A proposta do paradoxal "iluminismo sociológico" de Luhmann é romper de vez com a filosofia do sujeito, com o imperativo hegeliano de transfigurar plenamente a realidade segundo a razão, superando a diferença entre o possível e o real[226]. Essa superação – a realização do espírito na história – oscila entre utopia e distopia, entre a mais plena libertação e o mais apocalíptico totalitarismo. Para Luhmann, a realidade não é a verdade ontológica escondida por trás das aparências; a realidade só é apreensível como redução de complexidade – de possibilidades de sentido –, como manutenção de complexidade e

[224] Unger, 1996, p. 7.
[225] Luhmann, 2013 [1997], p. 109.
[226] Ver Bachur, 2010, pp. 30-8.

contingência. Assim é que a sociedade se resolve e torna o sentido disponível para os indivíduos. Não há perspectivas de reconciliar sistema e ambiente: o ambiente permanece sempre mais complexo que os sistemas. A sociedade só se torna apreensível aos homens porque reduz complexidade; não é o sujeito que imporá à sociedade as suas vontades. Cada sistema mantém fora de si – no ambiente – um estoque de possibilidades sempre atualizáveis, que podem algum dia vir a gerar mudanças no sistema. Esse isolamento operacional entre mente individual e sistemas sociais reproduz-se em na diferença entre os sistemas sociais. Não há observador externo que possa apreender a totalidade e transformá-la: toda comunicação ocorre dentro da sociedade, pela sociedade. E não há instância interna – o estado, a esfera pública, a sociedade civil, a economia – que forneça a única observação competente sobre o sistema abrangente. A teoria, como observação de segundo grau, não deixa de ser comunicação sobre comunicações, auto-observação do sistema e, portanto, sua reprodução. A sociologia jurídica de Luhmann é uma teoria do direito e teorias do direito não o observam simplesmente de fora; acoplam sistema jurídico e sistema científico.

Afinal, assim como afirmou que semânticas costumam atrasar-se em relação às estruturas que pretendem representar, Luhmann[227] também reconheceu que, desde a invenção da escrita, não se pode assumir uma sincronia entre estrutura social e semântica, de modo que – sobretudo "quando estimulada por problemas internos e inconsistências" – a semântica "pode mudar mais rapidamente e possivelmente antecipar ou mesmo iniciar potenciais para o desenvolvimento da sociedade". Da mesma forma, pode "conservar tradições obsoletas e então prevenir a produção de descrições histórica e faticamente apropriadas".

A diferenciação de sistemas é a produção da diferença sistema/ ambiente, de modo que "cada subsistema reconstrói o sistema compreensivo ao qual pertence e para cuja formação contribui pela sua *própria* (específica do subsistema) *diferença entre sistema e ambiente*"[228]. Não se trata de um esquema parte/ todo. Pela diferenciação, o sistema geral acaba se multiplicando em subsistemas (e não se dividindo). Mudando um subsistema, muda o ambiente para os outros sistemas (*e.g.* uma mudança na economia é uma mudança no ambiente do direito) e "[o] que quer que ocorra, ocorre em multiplicidade – dependendo da referência sistêmica". Em termos evolucionários, novas aplicações da forma sistema/ ambiente são desvios que, acumulados, geram pressão seletiva e acabam sendo

[227] Luhmann, 2012 [1997], p. 172.
[228] Luhmann, 2013 [1997], pp. 3-4 (destaques no original).

selecionados e restabilizados, de modo a reiterar a diferenciação (*feedback* positivo). A evolução gera oportunidades para mudanças estruturais, mas é espontânea, *quase* cega e implanejável[229]. Mas evolução da sociedade não é totalmente cega e indiferente às pressões e contribuições individuais. Há de fato desvios e variações produzidos intencionalmente para serem selecionados. Ocorre que resultados planejados podem diferir imensamente de resultados produzidos, assim como as variações intencionais são uma parte bem pequena do conjunto de desvios produzidos na sociedade, cuja seleção no plano das estruturas é uma questão de acaso, não de controle. Dado o excedente de alternativas disponíveis, não é possível que um sistema geral controle seus sistemas parciais nem que se distinga qual variação será selecionada e restabilizada com sucesso. Há influências causais entre sistemas sociais[230] e entre eles e os sistemas psíquicos, mas o fechamento operacional implica que um sistema só pode ser "irritado" pelos demais, sem fluxo comunicativo entre eles. O que conta como operação do sistema é definido pelo próprio sistema.

É certo que "[a] sociologia deve entender sua relação com a sociedade como uma relação de aprendizado, não de instrução"[231]. Assim, Luhmann[232] critica a posição da sociologia do século vinte (citando como exemplos Schumpeter e Geiger) de, seguindo o iluminismo do século dezoito, ver os intelectuais como críticos, como fatores disruptivos, a serviço da variação. A produção de variação não pode ser restringida a um papel social. Além disso, intelectuais podem agir também como amplificadores, mas estão muito condicionados por modas intelectuais e requisitos de consistência semântica para serem capazes de gerar a quantidade de variação necessária. Diante dessa posição luhmanniana, o problema afinal não parece ser que a reflexão produza variação, mas apenas que se desconsidere a variação produzida em todos os níveis de comunicação. De qualquer modo, Luhmann[233] ressalta que a valorização da crítica, do desvio e das alternativas leva a sociedade a incrementar suas esperanças – e, portanto, seus desapontamentos.

A réplica do pragmatismo ungeriano é que, de um lado, a teoria da sociedade não pode mais contar com as premissas necessitárias do progresso histórico como força natural externa à sociedade como complexo institucional e ideológico. Na transformação desse complexo, a correlação de forças seleciona dentro do repertório de alternativas cultivadas pela imaginação. A exploração programática, no pensamento e na prática, assume pois seu

[229] Luhmann, 2012 [1997], pp. 278-9.
[230] Luhmann, 2012 [1997], p. 371 (nota 123).
[231] Luhmann, 2012 [1997], p. 5.
[232] Luhmann, 2012 [1997], pp. 275-6.
[233] Luhmann, 2012 [1997], p. 284.

lugar, embora não determine por si só o curso futuro da sociedade. Essa exploração, de formas de organização amparadas por justificações empíricas e normativas, ganha especificidade em disciplinas como o direito, que, além de fornecer uma variedade de materiais que representam tais alternativas, trabalha discursivamente combinando o detalhamento de formas institucionais em regras e o apelo justificador sobre as possíveis soluções – aqui não para um caso concreto, um litígio individual, mas para o pano de fundo desses litígios, a estrutura da sociedade. Essa estrutura pode ser decomposta em instituições (institucionalizações de interesses e ideais que conformam práticas) e as instituições decompostas em regras. Dominando esses níveis de análise, é possível interpenetrar o estudo do direito com outras ciências sociais (sociologia, política, economia).

De outro lado, a visão das alternativas institucionais – a complexidade e a contingência ampliadas, indisponíveis ao papel da dogmática voltada à solução judicial de conflitos localizados – é um pressuposto do próprio entendimento do direito existente. Para conhecê-lo, submetê-lo ao tribunal da razão (no sentido kantiano da "crítica"), é preciso colocá-lo sob a luz da exploração construtiva das formas que ele pode vir a tomar. A indeterminação institucional é o pano de fundo sob o qual os arranjos atuais (de contrato, de propriedade, de tributação, de constituição) podem ser julgados, não só em contraponto a um passado interpretado como também a um futuro imaginado. Esse pragmatismo, argumento, casa-se aos pressupostos epistemológicos do construtivismo radical que Luhmann abraça. Ambos dão sequência à constatação da crítica weberiana dos valores (ou do que Luhmann chamou de "perspectivas incongruentes"): o mundo não tem um sentido intrínseco, um sistema de valores dado, independente da disputa por estabelecê-lo. Como concebeu a jurisprudência dos interesses, a luta pelo direito é o conflito pela institucionalização de interesses iluminada pela referência a ideais. Em termos sistêmicos, interesses são variações que buscam ser selecionadas e restabilizadas como direitos – expectativas normativas generalizadas, imunizadas contra o risco pelas estruturas e semânticas do direito. Mas, afinal, para compreender a especificidade do direito, precisamos dar o salto de indivíduos empíricos e sujeitos transcendentais para a observação de sistemas que se observam mutuamente[234]. A concepção construtivista do conhecimento esboçada a seguir é premissa da análise dos sistemas político e jurídico que explorarei no próximo capítulo.

[234] Ver Foester, 1984 [1981]; Luhmann, 1995b.

"Aquilo que não pode ser concebido por meio de outra coisa deve ser concebido por si mesmo." Luhmann[235] coloca na epígrafe de sua obra maior este segundo axioma da *Ética* de Spinoza. O primeiro afirma que "[t]udo o que existe existe ou em si mesmo ou em outra coisa."[236] Tentou-se muitas vezes descrever Deus e o homem, a natureza e a razão por si mesmos ou um pelo outro. Tentou-se muitas vezes descrever a ordem social a partir de um desses termos ou de pontos de vista assemelhados. De preferência, a visão de Deus: o observador onisciente, o invisível que tudo vê, o espectador pleno que, uma vez tendo tudo criado, agora pode tudo observar. (No direito, o juiz Hércules.)

O primeiro sociólogo a se indagar, em uma fórmula de estilo kantiano, "como é possível a sociedade?" foi Georg Simmel. Sua resposta, porém, concebeu a sociedade não a partir de si mesma, mas a partir do indivíduo: o sujeito como elemento que constitui a sociedade[237]. Dispondo ou não de um conceito de sociedade, outras respostas à pergunta sobre a possibilidade da "socialidade" ou de um "mundo" em comum entre diferentes indivíduos foram normativas, apelando para o direito natural, o contrato social ou a moralidade consensual como exigências da razão[238]. A possibilidade e a existência da sociedade são questões empíricas. Pressupondo-se que ela exista – o que é plausível –, precisa ser concebida por si mesma, imaginada. Como a sociedade não pode ser observada de fora, apenas pode produzir sua auto-observação e autodescrição. Como a unidade da sociedade é invisível, precisa ser construída por meio de distinções contingentes, imaginárias.

Construir o sentido de um universo, sua unidade, é desenhar distinções. Indicar é distinguir. Assim como a pele distingue o corpo de um ser vivo de seu ambiente, desenhar uma circunferência sobre um plano a distingue. A distinção marca a perfeita continência de um universo em si mesmo. Uma forma é a unidade de um conceito e de seu contraconceito, pois tudo o que é indicado pressupõe sua contraparte, seu valor de reflexão. A unidade das diferenças é um espaço não marcado, invisível – o papel em branco, o silêncio. Não podendo ser visto, esse espaço só pode ser imaginado. Ele é a fronteira que se precisa cruzar para ir de um valor a seu contravalor. A fronteira, porém, só pode ser vista de um dos lados da forma. Se um lado observar o outro observando a fronteira, a fronteira aparece dentro deste último – o re-entra. A "re-entrada" (*re-entry*) da forma na forma significa ver

[235] Luhmann, 2012 [1997].
[236] Spinoza, 2010 [1677], p. 15.
[237] Simmel, 1910. Ver a crítica de Luhmann, 2009b [1980], cap. IX; 2012 [1997], p. 7.
[238] Luhmann, 2012 [1997], p. 190.

que uma distinção secundária advém de um dos lados de uma primeira diferença[239]. Ainda, re-entrada significa que uma distinção ocorre duas vezes: como diferença produzida por um dos lados e como diferença observada por um dos lados[240]. (Por exemplo, como observei, a distinção entre ciência e política pode re-entrar o primeiro termo: então distingue-se uma "ciência da política do direito": a imaginação institucional.)

Chamando um universo de sistema, temos que seu oposto é o ambiente. A distinção entre sistema e ambiente é uma operação do próprio sistema; re-entra o primeiro termo da distinção. O uso das distinções mobiliza também o uso de re-entradas e assim as formulações se tornam paradoxais: x *porque* não x, sistemas abertos *porque* fechados. Um sistema só pode abrir-se para seu ambiente observando esse ambiente pelas próprias operações do sistema, em sua cadeia fechada de elementos. É cada operação que reproduz a diferença, cruzando-a de um lado a outro. O sentido é, diz Luhmann[241], unidade operacional de distinção e indicação.

Aderimos a uma teoria do conhecimento radicalmente construtivista, para a qual "o conhecimento é possível somente *porque* não tem acesso à realidade externa"[242]. Tal "realidade" só pode ser (e precisa ser) pressuposta, imaginada, não vista: ela é em si um contínuo de materialidade que não obedece às setorializações e sistematizações, às distinções e aos fechamentos criados pelos sistemas psíquicos e sociais em sua autorreprodução; para estes, só conta a construção dessa realidade como comunicação ou pensamento[243]. Conhecemos *porque* não temos acesso direto à realidade e às mentes alheias. *Porque*, e não *apesar de*. Afinal, a realidade que conta socialmente é a construída pela sociedade – e por seus subsistemas. Comunicação resistindo a comunicação é o teste de resistência da realidade construída.

Cada indivíduo e toda a sociedade estão imersos no meio do sentido[244]. Assim como o ar é o meio em que se produzem os sons e a luz é o meio em que discernimos as formas dos objetos, o sentido é o meio dos sistemas psíquicos e sociais. Nesse meio produzem-se as formas, que são distinções, diferenças, indicações. A diferença *meio/ forma* indica que acoplamentos frouxos de elementos (o ar, a luz, o sentido – meios) são

[239] Sobre essas noções vindas do cálculo, ver Spencer-Brown, 1972 [1969], pp. v, 1-3, 56-7, 69-76.
[240] Luhmann, 2012 [1997], p. 19.
[241] Luhmann, 2012 [1997], pp. 26-7.
[242] Luhmann, 2006b [1988], p. 242.
[243] Luhmann, 2012 [1997], p. 54.
[244] Sobre sentido, dimensões de sentido, comunicação e meios de comunicação, estruturas e memória, ver em geral Luhmann, 2012 [1997], cap. 1 e 2; 2013 [1997], cap. 5 (especialmente pp. 167-183 e 335-344). Sobre expectativas, ver Luhmann, 2014 [1972], pp. 24-49; 1997a, pp. 69-74.

condições para o enlace mais rígido desses elementos (o som, a imagem, a linguagem – formas). A linguagem e os símbolos são "acoplamentos estruturais": unem e diferenciam, "interpenetram" consciência e sociedade, que permanecem mutuamente supercomplexos e opacos quando vistos de um ou outro lado da diferença. Normas jurídicas textualizadas são agentes duplos, trabalhando do lado das consciências individuais e da sociedade.

Não temos acesso imediato, palpável, à sociedade, que produz a si mesma – é um sistema autopoiético (é empiricamente, não como pensamento ou metáfora). A sociedade (e sua operação ou elemento: a comunicação) não se pode produzir na consciência, nem a consciência (e o pensamento) na sociedade. Ambos se pressupõem mutuamente, mas só podem "irritar" um ao outro. O "ruído" da mente precisa ser transformado em ordem social como comunicação e o "ruído" social só é decodificado pela consciência quando estrutura o pensamento. Linguagem e símbolos são interfaces para tal unidade (sentido) e diferença (consciência/ comunicação). Enquanto repertório de palavras e signos, a linguagem é meio para a produção de formas (frases). Além dos substratos mediais – o meio do sentido para os sistemas sociais e psíquicos, o meio da vida para os sistemas biológicos –, há meios de disseminação da comunicação (da escrita à imprensa, à microeletrônica, às telecomunicações, à internet) e meios que facilitam a comunicação em âmbitos especializados da sociedade, aumentam as chances de seleção, vinculando condições de aceitação das comunicações à motivação para aceitá-las: são os meios de comunicação simbolicamente generalizados, como verdade, valores, amor, poder, direito (validade), propriedade (dinheiro), arte. É mais fácil conseguir bens e serviços com dinheiro e tem mais poder quem concentra meios de coerção tanto quanto a aceitação generalizada de que pode usá-los (legitimidade). Esses meios substituem a necessidade de consenso e de qualquer concordância substantiva, mesmo como norma ideal ou hipotética. Quem tem direitos assegurados pelo direito válido não precisa da concordância dos outros para fazer valer suas pretensões.

No penúltimo tópico d'*A sociedade da sociedade*, Luhmann fornece uma explicação sobre a autologia de sua teoria: como é possível uma descrição sociológica da sociedade na própria sociedade. Aí retoma as três dimensões de sentido e as vincula às subteorias que compõem sua teoria da sociedade[245]. A dimensão social da autodescrição da sociedade implica ou pressupõe a autopoiese da sociedade pela comunicação (síntese de informação/ uso/ compreensão).

[245] Luhmann, 2013 [1997], pp. 335-344.

A evolução diz respeito à dimensão temporal de sentido, à diferença entre antes e depois, ou entre passado e futuro. Não se trata de previsão do futuro nem descoberta dos rumos da história, mas apenas de uma explicação sobre a mudança estrutural, sobre os resultados de eventos imprevistos ou planejados (mesmo a indução não pode controlar seus resultados, daí o problema das consequências não intencionais). À variação e à seleção do esquema darwiniano, Luhmann acrescenta a *restabilização*, que vem a ser a integração do novo elemento (informação) na cadeia de reprodução de comunicação, ou seja, sua pressuposição estrutural (já como redundância) para a continuidade do sistema. Entre variação de comunicações, seleção de expectativas e restabilização do sentido na cadeia de autorreferência, o único vínculo é o tempo e o acaso[246].

As formas de diferenciação da sociedade vinculam-se à dimensão fatual ou material, à diferença entre sistema e ambiente. Aí cabe a discussão sobre as formas de diferenciação da sociedade (diferenciação segmentária, centro-periferia, hierárquica ou funcional). Na sociedade em que é crucial a diferenciação funcional, seus subsistemas são sistemas funcionais (como direito, economia, política, arte, educação, saúde, religião), organizações, movimentos de protesto, procedimentos e interações.

A figura a seguir apresenta o desdobramento do *medium* sentido em três dimensões e as distinções sucessivas que Luhmann usa para desenvolver sua teoria da sociedade e do direito.

[246] Sobre evolução, ver Luhmann, 2012 [1997], cap. 3.

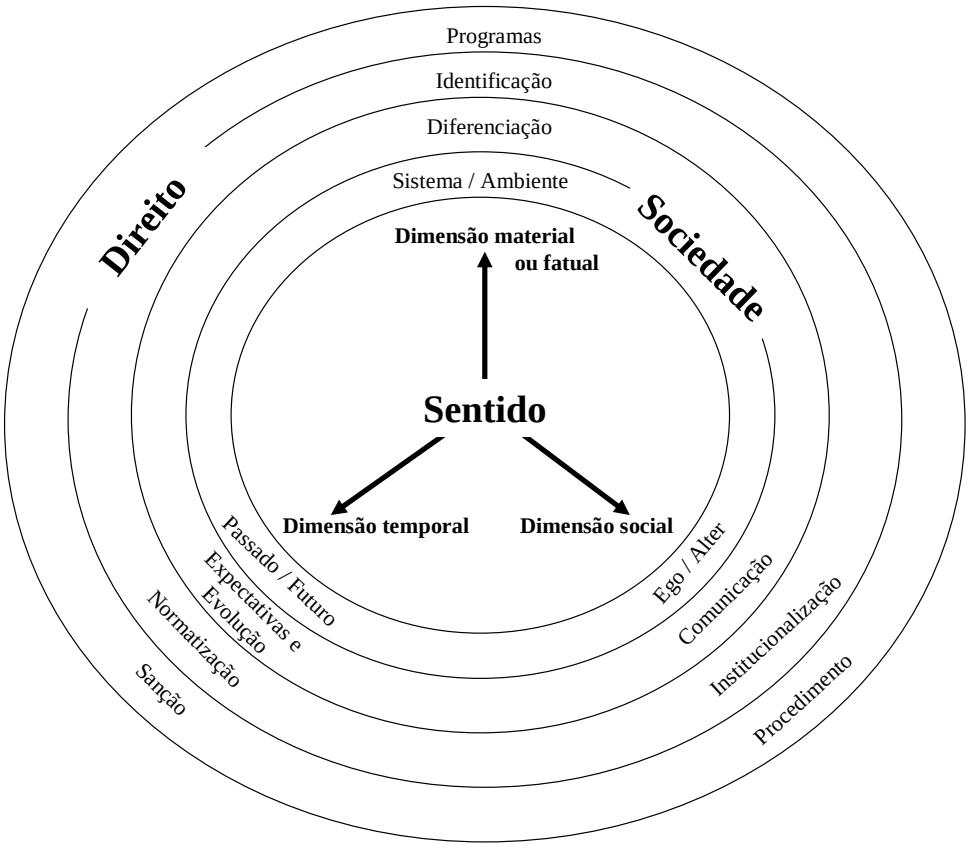

Figura 1.3.1. Dimensões de sentido na sociedade e em seu direito

Na dimensão temporal de sentido, encontramos as estruturas. Aqui, estrutura é expressão da diferença entre estrutura e evento ou entre estrutura e elemento. Estruturas são o que permite a continuidade de um sistema a despeito da variação e inconstância na produção de seus elementos. Ao restringirem o campo de operações conectáveis umas às outras, estruturas permitem a um sistema criar sua ordem interna compatível com a desordem no ambiente. São esquemas aplicáveis a uma variedade de situações, que rotinizam a lembrança e o esquecimento, fornecendo um modelo cognitivo ou normativo de reconhecimento e repetição. "Direitos" são uma estrutura do sistema jurídico – um esquema de interpretação de situações que devem ser tratadas pelo direito. A produção dos elementos de um sistema por este sistema é a própria produção do sistema – *autopoiese*; a unidade do sistema é definida não por suas estruturas, mas por suas operações em recursividade. O direito define sua unidade com operações que distinguem entre o lícito e o lícito.

Há uma interdependência das dimensões de sentido: as expectativas ("microestruturas", na dimensão temporal) generalizam-se congruentemente como

instituições (dimensão social) e estas aglomeram-se em complexos institucionais mais ou menos identificáveis (“formas de diferenciação”, na dimensão material). A forma de diferenciação define os limites operacionais de circulação do elemento social: a comunicação. A memória social depende de tecnologias de comunicação (“meios de difusão”) e produz a distinção entre lembrança e esquecimento – consagrando, por exemplo, repertórios de formas para a produção de sentido (semântica). A partir de certa forma de diferenciação da sociedade (a diferenciação funcional na sociedade moderna), torna-se possível distinguir entre “meios de difusão” e os “meios de sucesso” da comunicação, que são “meios de comunicação simbolicamente generalizados” (poder, dinheiro, verdade), pelos quais a informação relevante é codificada por um sistema e por ele processada. As expectativas também são estruturas, pois tornam provável a continuidade da comunicação apesar dos “silêncios” e “reservas mentais”, das descontinuidades dos eventos comunicativos. As expectativas viabilizam a conexão entre as operações, elementos ou eventos dos sistemas psíquicos e sociais.

As expectativas são, como o sentido, comuns à mente e à sociedade. Mas podemos discernir a dupla face desses termos. A sociedade pressupõe as mentes individuais, mas elas estão do lado de fora. Não entram na comunicação. *Ego* não pode tocar os pensamentos de *alter*; apenas pode construir *alter* como uma referência comunicativa (pessoa, *alter ego*), pressupondo a diferenciação de seu sistema psíquico acoplado a um sistema biológico (indivíduo) e cogitando das suas intenções por meio das comunicações. Aqui emergem as expectativas: em um espaço de dupla contingência, *ego* não sabe o que *alter* pensa, nem o que *alter* pensa sobre o que *ego* pensa... As expectativas precisam estruturar a comunicação, dar-lhes duração, viabilizar sua continuidade. Esta é a dimensão temporal do sentido, tradicionalmente representada pela ideia de movimento. É a diferença entre passado e futuro, ou seja, o presente. Direitos funcionam como reduções dos riscos do futuro; são garantias lastreadas por um reconhecimento de interesses no passado.

Importa à sociedade que *ego* possa compreender suas comunicações como ação, mas também considerar as comunicações de *alter* como vivência, construir o *alter ego*. Tal é a dimensão social do sentido: tradicionalmente, a ideia da socialidade, do “animal social” ao “homem lobo do homem”. No interior da sociedade, *alter* e *ego* podem ser generalizados na direção da distinção entre qualquer sistema e seu ambiente. O sistema distingue seu ambiente e o constrói como referência. Assim pode imputar comunicações a si mesmo, sistema, ou a seu ambiente. Direito e política, por exemplo, encontram-se em

dupla contingência: não sabem com certeza o que esperar um do outro. A constituição, como uma instituição que os vincula, procura construir referências mútuas para reduzir essa incerteza.

Finalmente, ao lado das dimensões temporal e social, há a dimensão material ou fatual do sentido, que apenas forma formas se consegue identificar distinções, diferenciar referências, significá-las. O símbolo, que é a aplicação do signo ao signo, é altamente conectável na rede de comunicações e altamente redundante; é capaz de indicar o que está ausente, de fazer referência ao que permanece latente quanto se expressa um lado da questão. Parte do direito é simbolizada, textualizada. E assim, em grande medida o direito reproduz-se como interpretação: produção de textos a partir de textos.

Com a função de generalização congruente de expectativas normativas nas dimensões temporal, social e material de sentido[247], o sistema jurídico da sociedade em primeiro lugar dignifica simbolicamente como normas jurídicas expectativas contrafáticas, normativas, resistentes a despeito de serem contrastadas pelos fatos de tempos em tempos. A ligação da conduta a uma sanção reforça a norma pela expectativa da punição do desvio. Em segundo lugar, o direito faz com que essas expectativas gozem da presunção de estarem apoiadas em um consenso generalizado – consenso este reciclado e reafirmado por procedimentos. Finalmente, o direito identifica as normas por referências a pessoas, papéis sociais, programas e valores. Sobretudo o direito se reproduz e evolui pela interpretação apoiada em programas decisórios, as normas jurídicas formalizadas que permitem ligar condutas a sanções (programas condicionais). Na fronteira com a política, programas finalísticos definem estados de coisas a serem atingidos, deixando em aberto a escolha dos meios.

Luhmann apresenta como um continuum a diferença entre expectativas normativas e expectativas cognitivas (no plano do que chamei de "microestruturas" da sociedade). Há expectativas resistentes a desapontamentos: normas (ou, genericamente, "normas sociais"). Como o direito constitui algumas delas como jurídicas, reforçando a capacidade – dessas normas – de resistência contrafática? Como o direito atua sobre as dimensões de sentido, isto é, como o sistema jurídico constrói a sociedade? Na dimensão temporal, ele estrutura as comunicações por meio de expectativas que resistem a desilusões, expectativas normativas. Espera-se *x*, mas a contingência e complexidade dos sistemas sociais levam ao resultado *y* (isso inclui o que pode ser observado como ação individual). Em vez de

[247] Ver Luhmann, 2014 [1972], cap. 2, esp. pp. 73-4.

transformar a expectativa diante dos fatos e aprender com eles (expectativas cognitivas, típicas da ciência e da economia), o direito sustenta a expectativa inicial: a norma diante de sua violação. Quanto mais violados, mais se invocam os direitos. As normas (= expectativas normativas) têm um conteúdo próprio: discernem pessoas e papéis, identificam valores e programas decisórios (esses programas são as normas sociais propriamente formalizadas e reconhecidas como jurídicas). Mas essas normas só ganham dimensão social quando institucionalizadas, quando se tornam expectativas apoiadas sobre expectativas presumidas de terceiros. Assim, o direito atua sobre expectativas normativas – as seleciona como "normas jurídicas"; as institucionaliza, sustentando-as frente à generalidade das comunicações sociais; as identifica, dignificando-as simbolicamente como textos de normas jurídicas. Daí o serviço que o direito presta à sociedade: desempenha a função de generalizar congruentemente expectativas normativas nas dimensões social, material e temporal de sentido.

O direito desempenha sua função em relação a todas as estruturas internas da sociedade, isto é, em relação a todas as instituições dos sistemas sociais, e não apenas em referência a suas "próprias" instituições (como tribunais e ações). O mercado, o sistema financeiro, os partidos políticos, as escolas, os hospitais, tudo recebe do direito esse serviço de institucionalização de expectativas resistentes à desilusão, de apoio e generalização de orientações contrafáticas. Cada sistema diferencia-se por seus elementos (comunicações) e operações (pagamentos, sentenças, leis, aulas, filmes), trabalhando sobre estruturas espraiadas por toda a sociedade (no plano das microestruturas: expectativas). Expectativas normativas, com as quais trabalha especialmente o direito, amparam todas essas operações.

Luhmann[248] pergunta se a unidade de um elemento deve ser explicada "como emergência 'de baixo' ou como constituição 'de cima'" e opta pela segunda alternativa, entendendo que "[e]lementos são elementos apenas para o sistema que os emprega como unidades e são assim apenas em meio a esse sistema. Isso é formulado no conceito de autopoiese". Concede que, afinal, aquele contraste pode ser quebrado por um "conceito circular (cibernético) de hierarquia". Operações tem como pressuposto estruturas (comunicações precisam estar apoiadas por expectativas); segundo entendo, apenas no plano agregado das instituições (feixes de expectativas) é que as estruturas definem sua "marcação" sistêmico-funcional, sua filiação prioritária ao direito ou à política, à arte ou à

[248] Luhmann, 1995b [1984], pp. 22 e 501 (nota 23).

religião. Assim é que, ao confrontar-se com o estruturalismo, Luhmann[249] concluiu que a autorreferência dos sistemas, seu fechamento operacional, tem como contraparte indispensável a ideia de estruturas de cada sistema – a elas chamo de instituições.

Nessa dupla marcação, como estrutura da sociedade e como um de seus subsistemas funcionalmente diferenciados (com suas próprias estruturas internas), o direito apresenta-se como um sistema imunológico[250]. Não pode simplesmente espelhar a sociedade em toda sua complexidade; para manter um futuro aberto, mantendo um excedente de capacidade para resolver distúrbios internos que venham a se apresentar, precisa desenvolver grande complexidade interna e contar com sensores ambientais bem localizados: acoplamentos estruturais (com a política, esse acoplamento é a constituição; com as consciências individuais, é a linguagem). Conflitos são sistemas parasitários; o direito serve para que a sociedade contenha esses sistemas e gerencie riscos estruturais. Ainda, permite que os conflitos gerem aprendizado e correção para além do caso concreto, com potencial de generalização das soluções encontradas. Normas jurídicas formalizadas servem como anticorpos nessa função de defesa.

A imunização é um sinônimo da generalização de expectativas normativas produzida pelo direito nas dimensões do sentido. Outros sistemas atuam diferentemente sobre o sentido. Mobilizando as dimensões desse meio, a sociedade forma-se; pode construir a si mesma por suas operações e, utilizando essas mesmas operações reais, desenvolver a auto-observação (que também é uma operação real). Cada (sub)sistema social também pode operacionalmente fechar-se em seus elementos (comunicações codificadas por um meio simbolicamente generalizado: dinheiro, poder, verdade, validade) e desenvolver suas próprias formas de auto-observação e hetero-observação: as "teorias reflexivas". A ciência, por exemplo, especializa-se em observar a si mesma (metodologia, epistemologia), mas também em observar os outros sistemas e suas teorias reflexivas: assim produz, por exemplo, sociologia do direito.

Importa notar que o meio do sentido, próprio à mente e à sociedade, traz em si uma distinção: a diferença entre atualidade e potencialidade (ou entre realidade e possibilidade). A forma selecionada no meio do sentido poderia ter sido outra e pode ser modificada no futuro. É contingente. As relações de sentido que uma comunicação atualiza deixam de lado algumas possibilidades de seleção de indicações, mas abrem caminho a outras distinções que se pode usar. Há sempre um ponto cego, um espaço imaginário que as

[249] Luhmann, 1995a [1984], pp. 281-2.
[250] Ver Luhmann, 2004 [1993], pp. 475-7.

distinções usadas deixam de iluminar. A complexidade é o excesso de possibilidades não atualizáveis. O meio do sentido é complexo e contingente – logo o somos cada um de nós, assim como a sociedade. O mundo emerge, então, como horizonte de sentido, nunca se mostrando em sua evidência e transparência. Afinal, nunca atingimos todo o meio do sentido, mas apenas as formas, as distinções com seus respectivos pontos cegos e espaços não marcados. Não basta ver para crer. Em vez da ontologia, da materialidade e evidência do mundo, só podemos nos certificar da realidade pela própria consistência interna das autodescrições que a sociedade nos fornece, das semânticas, das formas que fazem sentido em nossa comunicação. "Tratar as construções imaginárias como autodescrição nos dá uma posição à qual podemos nos deslocar se renunciamos ao esquema de cognição sujeito/ objeto"[251]. É a própria sociedade que se observa, interpreta-se e produz suas autodescrições – a comunicação sobre a sociedade ocorre na sociedade.

> Temos, assim, a especificidade de um mundo no qual toda observação pode se realizar de maneira *contingente*, dependendo das distinções que possam ser empregadas. Tudo o que se pode observar é artificial, ou relativo, ou histórico, ou plural. O mundo pode ser reconstruído, então, sob a modalidade da contingência e de outras possibilidades de ser observado. O conceito de contingência do mundo designa, portanto, o que é dado (experimentado, esperado, pensado, imaginado) à luz de um possível estado diferente; designa os objetos em um horizonte de mudanças possíveis. Não é a projeção pura (no sentido negativo), mas pressupõe o mundo dado; isto é, não designa o possível em si, mas aquilo que, visto a partir da realidade, pode ser de outra forma.[252]

Entretanto, a contingência e a complexidade são apresentadas pelos sistemas de forma reduzida em seu nível básico de operações. Um juiz não se vê confrontado com todas as possíveis soluções para o seu caso – está circunscrito pelas normas que deve interpretar e aplicar, pelas convenções que segue, pelas rotinas de seu trabalho. Para realizar uma compra, o consumidor decide sob condições de grande limitação de informações e segundo o que lhe for ofertado. Organizações decidem com base em decisões anteriores e em referência à prospecção de decisões posteriores. Essa autorreferência básica limita o campo de possibilidades que as organizações podem observar. Estamos aqui no plano da observação de primeira ordem. Luhmann usa a distinção *observação de primeira ordem/ observação de segunda ordem*, a partir da formulação da cibernética de Heinz von Foester.

O que isso significa em termos sociológicos? O isolamento da comunicação como elemento da sociedade e a exclusão de corpos e mentes desse sistema (e, por consequência,

[251] Luhmann, 2013 [1997], p. 168.
[252] Luhmann, 2010b [1996], p. 169.

de todos os subsistemas da sociedade) não exclui a influência causal entre indivíduos e sociedade, nos dois sentidos. Mas a determinação direta de cada pensamento e comunicação é controlada apenas, respectivamente, por cada consciência e pelos sistemas sociais. Que diferenças fazem a diferença, qual é o significado indicado é a operação dos sistemas que operam no meio do sentido. Só suas próprias operações podem definir as respostas.

Esse quadro exclui qualquer voluntarismo na concepção de que a sociedade seja feita por indivíduos ou de que o direito possa ser substituído pela política ou que a política possa ser substituída pela economia. De outro lado, concebe a necessidade de cada sistema pressupor os demais em seu ambiente: não há direito sem política, nem indivíduo sem sociedade nem sociedade sem indivíduos. A ideia de re-entrada explica mais uma vez o paradoxo: por exemplo, a re-entrada da política no direito implica o estado de direito, o estado constitucional, enquanto a re-entrada do direito na política implica a produção do direito por órgãos estatais, o direito estatal. A re-entrada da sociedade nos indivíduos é o que tradicionalmente se designou como socialização; a re-entrada dos indivíduos na sociedade é o que se pode chamar de pessoa. Como corpos e mentes (o que Luhmann chama de "indivíduo"), estamos fora da sociedade, mas a re-entramos como referências comunicativas, como máscara social (o que Luhmann convencionou como "pessoa")[253]. Dizer que pessoas são referências comunicativas é afirmar justamente que não podemos descrever suas ações como realização de intenções na sociedade, como expressão de estados mentais, como concretização de pensamentos. Apenas podemos imputar ações a pessoas. A ação aparece então como um artefato comunicativo: uma comunicação *x* é imputada a uma pessoa *y* e a esse vínculo se chama "ação". Mas realizar tal imputação é também uma ação, ou seja, uma construção comunicativa – não idiossincrática, mas com sentido generalizável e, nessa medida, "objetivo". Observamos uns aos outros como agentes. Imputada a comunicação a sujeitos, a "ação" de *ego* constitui a "vivência" de *alter*. E assim, na observação de primeira ordem, agimos e vivenciamos. Porém, os sistemas observam como nos observamos, produzem *observação de segunda ordem* e, assim, vislumbram a contingência da imputação da ação a um sujeito. Apreendem tal vínculo como comunicação – como uma distinção produzida na sociedade e só discernível conforme seu sentido público. Ao observar observadores, o direito produz a figura do sujeito de direito.

[253] Frisei aqui a concepção da forma "pessoa" em Luhmann (1998c [1995]), cuja contraparte é o "indivíduo". Comparar Unger, 1984b, p. 95.

Como na explicação das expectativas (em que *ego*, sem acesso à consciência de *alter*, reconstrói *alter* como *alter ego*), essa distinção entre observação de primeira e segunda ordem propõe uma analogia entre interações e quaisquer outros sistemas sociais: um movimento de protesto observando o direito, uma organização observando uma comunicação entre pessoas, a política observando a arte. Cada sistema só pode operar suas próprias operações, mas estas incluem observar a si mesmo (auto-observação) e observar o ambiente, outros sistemas (hetero-observação). Observar as observações é observação de segunda ordem, é reflexividade ou reflexão[254].

Em primeiro lugar, é possível distinguir operações de reprodução basal do sistema, a autorreferência básica das comunicações, a *autopoiese*: no direito, os vínculos normas-normas-normas, com a abertura de normas a fatos; na economia, a circularidade pagamentos-pagamentos-pagamentos; em quaisquer organizações, a cadeia decisões-decisões-decisões. O que está em jogo é a dimensão social de sentido, a diferença entre elemento e relação. O plano é o da observação de primeira ordem. O fechamento operacional também produz abertura cognitiva, mas na observação de primeira ordem não se vislumbra a distinção entre sistema e ambiente, podendo-se operar com a ideia de que o sistema tem contato com o ambiente. Nesse plano, são avaliadas causas e efeitos, não a especificidade dos códigos e operações. Os sistemas entendem as comunicações como ações, as pessoas como agentes, o mundo como ontologia, não como fenomenologia.

Mas há também a reflexividade. *Reflexividade* diz respeito à autorreferência processual, à dimensão temporal, à diferença entre antes e depois. Envolve aplicação de observações a observações, de comunicações a comunicações, de formas a formas: mais precisamente, é uma diferença que é diferida, pois envolve uma operação que precisa ser realizada antes de outra operação que se refira a ela. Exemplos são: amar o amor (amor romântico), ensinar a ensinar (pedagogia), pesquisar como pesquisar (metodologia), conhecer como conhecer (epistemologia), normatizar juridicamente a normatização jurídica (direito processual), valorar valores (ideologia). Já aqui, portanto, com a observação de observadores, atingimos o plano da observação de segunda ordem, na qual os sistemas podem entender as ações como construções comunicativas imputadas a pessoas, podem discernir seu fechamento operativo em relação ao ambiente, podem

[254] Sobre a diferença entre observação de primeira e segunda ordem, ver Luhmann, 2012 [1997], pp. 49-50. Sobre a diferença entre os três níveis de autorreferência dos sistemas (autopoiese, reflexividade e reflexão), ver Luhmann, 1995a [1984], pp. 443-4; 2012 [1997], p. 223. Sobre a diferença entre função, performance (ou prestação) e reflexão, ver Luhmann, 2013 [1997], p. 96.

apresentar o mundo não como necessidade, mas como contingência[255]. É no plano da reflexividade que operam os mercados, a opinião pública e também a personalidade jurídica.

Ainda na observação de segunda ordem, diferenciamos finalmente a *reflexão*, que diz respeito à dimensão fática ou material de sentido: com ela é que se reforça a distinção entre o sistema e seu ambiente e, no sistema, a diferença entre auto-observação e hetero-observação. Esse reforço ocorre pela produção de textos, interpretações, semânticas e autodescrições. A observação de um subsistema social em relação à sociedade é designada como função; a observação de um sistema em relação a outros sistemas em seu ambiente social ou em relação ao ambiente natural é designada como desempenho ou prestação (*Leistung*); a auto-observação do sistema é, em sentido estrito, reflexão. Nessa dimensão desenvolvem-se as teorias. Assim diz Luhmann[256], "o conceito 'Estado' serve para a autodescrição interna (reflexão) do sistema político e não deve ser confundido com a função social do sistema, de tomar decisões coletivamente vinculantes. Essa confusão leva a uma consciência hipertrófica do Estado", isto é, a tomar toda política como política estatal ou, mais precisamente, a confundir o sistema funcional da política com seu sistema organizacional central (mas não exclusivo), o estado. Do lado da economia, descrevê-la como "a extração de materiais do ambiente natural e como a satisfação das necessidades seja das pessoas seja dos outros sistemas funcionais da sociedade" é indicar a prestação do sistema econômico a seu ambiente social ou natural. Não se confunde com a função da economia, que é "assegurar o abastecimento futuro sob condições de escassez".

Para a reflexão, é importante ressaltar o valor cognitivo de aliar a crítica à construção nas ciências sociais. A contingência, como possibilidade da inovação, precisa ser mantida não apenas em termos de excedentes de possibilidades estruturalmente disponíveis (complexidade), mas também refletida teoricamente, uma vez que a teoria fornece variações interpretativas, seleções de estruturas e restabilizações de sentido – isto é, atua na evolução do direito. A função da teoria do direito é fornecer a autoimagem do sistema jurídico; para tanto, cabe projetar essa autoimagem contra o pano de fundo das mudanças e variações vislumbráveis nas estruturas jurídicas. Assim, é preciso levar o entendimento da contingência no plano dos sistemas sociais para além da racionalização retrospectiva da história, abrindo espaço para a imaginação exploratória de possibilidades

[255] Para prosseguimento na discussão da observação de segundo grau por mecanismos de reflexividade, ver *infra 2.5*.
[256] Luhmann, 2013 [1997], p. 96.

futuras de estruturação jurídica dos diversos sistemas sociais. Vislumbrando a argumentação jurídica como modo de autorreferência do direito (seja ela na problemática dos casos concretos, ou com pretensões sistemáticas de doutrina e teoria), é necessário reconhecer que a produção de variação também ocorre no plano da reflexão do sistema.

O ceticismo de Luhmann ao pretender esclarecer os limites do iluminismo o leva, no campo do direito, a uma teoria que se distancia da dogmática e "lava as mãos" quanto a qualquer recomendação prática de mudança estrutural. Decerto, a imaginação institucional pretende utilizar o conhecimento sociológico não para desconstruir o iluminismo, mas para continuá-lo por outras vias. Como observação de segunda ordem sobre o direito e o discurso jurídico, tem potencial para aumentar sua complexidade, abrindo um horizonte de sentido que não se vislumbra na autorreprodução basal do direito e na argumentação problemática de casos, acordos, juízes e advogados.

Toda essa construção luhmanniana – especialmente assentada nos conceitos de sentido, contingência, complexidade e observação de primeira e de segunda ordem – apresenta um paralelo importante com a concepção de Unger da sociedade como "coisa feita e imaginada". O conceito de imaginação em Unger corresponde à noção de observação de segundo grau em Luhmann e diz respeito à apreensão da contingência, vista como atributo do sentido, isto é, da mente e da sociedade. Mais precisamente, a imaginação articula a possibilidade da observação de segunda ordem na direção de um pragmatismo radical. Assim, transitando de Luhmann a Unger, esta abordagem construtivista do direito não busca um equivalente à "consciência coletiva" de Durkheim, submetendo o "sujeito" a algum ente conceitual exterior, imanente e objetivo, como "discurso"[257]. Como evidencia o contraste entre os capítulo 2 e 3, entendo ser coerente com o reconhecimento da diferença (da dupla contingência) entre indivíduo (especialmente sistemas psíquicos, que produzem consciência) e sociedade (sistemas que reproduzem comunicação e marcam os corpos e mentes individuais pela máscara social da "pessoa") tratar tanto da autodescrição dos sistemas sociais quanto da reflexão normativa associada a esses sistemas. Essa reflexão normativa não é senão a observação da zona de "irritação" entre esses dois tipos de sistemas operacionalmente fechados, isto é, das expectativas

[257] Combinando Luhmann com a teoria do discurso de Habermas e tendências pós-estruturalistas e desconstrutivistas (que tanto influenciaram a visão da indeterminação interpretativa radical nos *critical legal studies*), Teubner também propõe uma versão de construtivismo jurídico (ver Teubner, 1989). Ele aproxima-se da abordagem aqui esposada por, ao contrário de Luhmann, trabalhar em um plano que transita da teoria do direito à dogmática de ramos específicos. Mas não sigo as variantes que ele aplica ao horizonte teórico luhmanniano.

contrafáticas que asseguram os indivíduos e a sociedade, de lado a lado, contra os riscos de seu mútuo desconhecimento – expectativas que emergem devido à autorreferência entre pensamento e comunicação, e não apesar dela. Como registra um observador[258], o sentido da imaginação em Unger está justamente em reconhecer a opacidade epistêmica que leva a cognição individual a jamais contar com garantias definitivas de fundamentação e orientação da ação. Apreender o sentido da possibilidade social ampliada para além da realidade concretizada por dados arranjos institucionais exige explorar a complexidade e a indeterminação tanto dos construtos mentais quanto das estruturas sociais. Pragmaticamente, em referência ao direito (dada sua condição prevalente de direito estatal), o acesso ao sentido de sua transformabilidade exige principalmente a exploração de alternativas políticas.

Na filosofia moderna, o sujeito, podendo certificar-se de sua existência pelo seu pensamento (Descartes), torna-se o produtor do sentido, da realidade, construindo-a como objeto (Kant). Em Luhmann, os sistemas psíquicos e sociais é que produzem sentido e a observação é também uma operação dos sistemas sociais: é a operação que apresenta uma distinção, uma forma. Luhmann busca fugir tanto à ontologia quanto à filosofia do sujeito que marcam a velha semântica europeia. A construção da realidade dada por sistemas que observam (sistemas) permite que Luhmann[259] redescreva sua concepção de "mundo como horizonte de sentido", derivada de Husserl. Enquanto nossa crença cotidiana na realidade permanece intacta, suas condições de possibilidade não são postas em discussão. Mas essas condições são constituídas dentro de uma subjetividade transcendental. Luhmann[260] critica a incapacidade dessa teoria de conciliar auto e heterorreferência, caindo no paradoxo da "intersubjetividade", que nada explica. Embora seu oponente, Habermas[261], que adota esse conceito, acredite que Luhmann é que não foge da filosofia da consciência, na verdade a operação de observação de segundo grau permite que se observe o observador como um sujeito, não como um objeto, quebrando então a viabilidade dessa distinção kantiana (sujeito/ objeto), pois paradoxalmente o objeto é um sujeito, mas não apenas o próprio sujeito solipsista em auto-observação. Sistemas psíquicos (indivíduos) observam sistemas sociais e são por eles observados (como pessoas). Sistemas sociais observam-se uns aos outros. No lugar de uma realidade externa inacessível, a ordem da criação, aparece o mundo como horizonte de sentido, limite último das formas contingentes que são indicadas

[258] Dunn, 1990 [1987].
[259] Luhmann, 2012 [1997], p. 26. Ver também Luhmann, 2013 [1997], pp. 263-77.
[260] Luhmann, 2013 [1997], p. 422 (nota 270).
[261] Ver Habermas, 1987a [1985], cap. 12.

pela comunicação (e, nos sistemas psíquicos, pelo pensamento), sem nunca esgotarem o potencial de novas indicações, deixando sempre espaços não marcados. A cadeia de observações (de observações de observações...) jamais atinge uma totalidade ou se esgota em uma realidade última apreensível, batendo em algo de concreto.

A fenomenologia concebia o mundo como campo de manifestação dos fenômenos, à parte da realidade dos entes. Mas toda realidade apenas pode ser revelada dentro do mundo interpretativo, ainda que isso signifique pressupor uma realidade fora do alcance dessas empreitadas interpretativas. Esse entendimento[262], que segue Heidegger, também o segue na negação de que seja possível uma "visão de lugar nenhum", ancorada em uma realidade imóvel e última (como Deus, a natureza ou a razão), fora do alcance do tempo, como se houvesse um eterno agora. Radicalizando essa visão, Unger[263] concebe o tempo como "a transformação da transformação", de modo que mesmo as dinâmicas de mudança que provisoriamente se estabilizam são alteradas mais cedo ou mais tarde. Há uma coevolução entre as regularidades e os fenômenos por elas regulados, de modo que conexões causais na história são tão indeterminadas a ponto de não poderem ser descritas por leis gerais, não sujeitas elas mesmas ao tempo.

Para a observação do direito[264], isso significa rejeitar qualquer essencialismo historicista e culturalista que exagere a unidade nacional de cada sistema jurídico e subestime sua capacidade de ser retalhado e recombinado com soluções institucionais das mais diversas experimentadas no palco da história mundial. Significa também rejeitar o funcionalismo sociológico ortodoxo, o apontamento de determinadas formas de organização políticas e econômicas como resultantes inevitáveis dos constrangimentos naturais a que a sociedade respondeu em sua história. Como a sociedade reproduz sua complexidade internamente, há diversas soluções funcionalmente equivalentes para a organização dos diferentes sistemas sociais e de seus acoplamentos.

Assim como em Luhmann a contingência é um atributo do sentido, da distinção entre atualidade e potencialidade, Unger[265] nota que "[a] subsunção dos fenômenos reais em um campo maior de possibilidades não realizadas não é, para a ciência, uma conjectura metafísica; é um pressuposto operativo indispensável". Assim, contra o pano de fundo da experiência imediata, pode-se tratá-la como um caso especial de um domínio contrafático

[262] Ver Gordon, P., 2006.
[263] Unger, 2007a, cap. 6.
[264] Para a crítica do culturalismo historicista e do funcionalismo sociológico no direito, ver Unger, 1996, pp. 123-8.
[265] Unger, 1996, p. 3. Comparar Unger, 2014, p. 161;

de variações de sua possível transformação; as estruturas sociais não são nem rigidamente perenes e irreformáveis nem aleatoriamente mutáveis[266]. É nesse aspecto cognitivo que se apresenta o conceito de imaginação. Na história das ideias, foi ele foi uma alternativa apresentada pelos pensadores do iluminismo e do romantismo ao contraste entre razão e desejo; concebida como uma faculdade de união entre pensamento e sentimento, tornou-se ao mesmo tempo uma crítica ao pensamento liberal, ao focar a totalidade em que situava o indivíduo[267]. Posteriormente, Unger[268] redefiniu a imaginação como "a faculdade pela qual colocamos o real sob a luz do possível". De um ponto de vista pragmático, o aspecto cognitivo está internamente engatado ao aspecto normativo. A crítica articula-se lado a lado à construção. Essa premissa é fundamental para a perspectiva crítica e construtiva a ser discutida no capítulo 3[269].

1.4. Coda

No plano da teoria da sociedade, Luhmann visa a superar alguns "obstáculos epistemológicos", especialmente quatro "pressupostos interconectados e mutuamente reforçantes"[270] que dizem respeito à obsolescência conceitual na sociologia. Primeiro, a ideia de que a sociedade consiste em pessoas e suas relações, sendo distinguida então pelos atributos que diferenciam as pessoas dos animais: moralidade, imaginação, razão, vontade, inteligência. Segundo, a crença em que a sociedade se mantém por consenso, complementaridade de propósitos, integração, solidariedade. Terceiro, a concepção regional ou nacionalista de sociedade, que a circunscreve a territórios estatais ou a uma nostalgia cultural – a sociedade brasileira, a sociedade americana. Finalmente, a suposição de que a sociedade pode ser descrita (e julgada) de fora, observada como uma realidade externa. Qual a solução de Luhmann? Uma teoria radicalmente anti-humanista, antirregional e construtivista.

Cabe perguntar em que medida a teoria de Unger responde a esses obstáculos. Parece-me que seu grau de abstração permite tratá-la não como a teoria de uma sociedade nacional, embora utilize o clássico conceito nacional-estatal de sociedade. A questão do consenso (como a ideia do contrato social) pode ser substituída pela ideia de que a

[266] Unger, 1984b, pp. 149 e 263; 1984d [1982], pp. 285-9.
[267] Ver Unger, 1984a [1975], p. 124.
[268] Unger, 2001c, p. lii.
[269] Ver *infra 3.3*.
[270] Luhmann, 2012 [1997], pp. 6-13. Sobre "obstáculos epistemológicos", ver Bachelard, 2002 [1938], esp. cap. 1.

sociedade é um complexo institucional e imaginativo, de forma que as instituições e semânticas permitem a estruturação de rotinas sociais mesmo em contextos de profundo dissenso – há instituições *porque* há conflito, parte do conflito é "congelado" como regra do jogo para que a disputa prossiga em campo. Como "coisa feita e imaginada", a sociedade vem definida em Unger como uma criação humana – como na narrativa hobbesiana, um esforço esperança e medo, de imaginação e luta. Mas sua perspectiva pragmática oferece um encaminhamento à rejeição da diferença sujeito/ objeto alternativo em relação ao construtivismo luhmanniano. É uma solução que coloca a crítica e a descrição como funções da explicação e da construção social. É admitido, enfim, que a sociedade só pode ser criada e reproduzida (e descrita) a partir de si mesma, internamente. Mas formas históricas diferentes apresentam um grau variável de suscetibilidade à autorrevisão e sustentação da autonomia individual – essa variável permite um juízo normativo que não fique refém dos próprios dogmas de cada cultura.

No plano da reflexão jurídica, em contraponto às tendências racionalizadoras do direito (formais ou materiais, teóricas ou práticas), aqui foram esboçados rudimentos de uma visão cognitiva lastreada sobretudo no construtivismo epistemológico e na apresentação de um conceito institucional de direitos. Trata-se de um caminho alternativo tanto ao construtivismo transcendental kantiano quanto ao individualismo metodológico weberiano. É a fundamentação da abordagem sistêmica da constituição apresentada no capítulo 2. Como instituições, direitos são expectativas generalizadas que constituem a estrutura interna do sistema jurídico. Diferenciá-los em relação a outras estruturas, esclarecer sua relação com a semântica do direito (plano das normas jurídicas formuladas como programas decisórios, da interpretação, argumentação e justificação) e iluminar o vínculo entre direito e política institucionalizado pela constituição é do que trata o capítulo seguinte.

Reitero aqui o significado dos conceitos de instituições, direitos e direito que resultou da discussão deste capítulo e em que eles serão usados neste trabalho. Instituições são complexos de expectativas congruentemente generalizadas que constituem as estruturas internas dos sistemas sociais. A sociedade se reproduz por diversos tipos de sistemas – especialmente interações, organizações e sistemas funcionalmente diferenciados. Cada sistema tem sua estrutura interna, sua forma institucional. Interações, comunicações face a face, são sistemas mais fugazes e amorfos, de menor complexidade. Não há comunicação entre mentes; por isso, mesmo esses encontros ocorrem na sociedade

e modelam-se à luz das expectativas congruentemente generalizadas, não meramente idiossincráticas. Organizações têm uma estrutura interna – um conjunto de expectativas socialmente compartilhadas e pressupostas – mais hierárquica, voltada à circulação de informações e à tomada de decisões. Sistemas funcionais (como veremos no próximo capítulo) têm uma estrutura interna caracterizada pelo contraponto entre organizações e uma esfera não organizada que reflete o ambiente no sistema. O direito tem suas estruturas internas (dentre as quais os direitos), mas todos os sistemas as têm. O direito é a imunização normativa das instituições, das estruturas internas da sociedade, das estruturas de todos os sistemas sociais – ele as regra em detalhe, identificando-as e apoiando-as contra a desilusão dos fatos; representa uma aceitação presumida, por parte de terceiros, desses regimes institucionais, da forma de tais estruturas. Essa aceitação *erga omnes* presumida tem como base o consenso institucionalizado e reciclado por meio de procedimentos decisórios e neles justificado argumentativamente por referência às regras, valores e interesses legitimados por procedimentos e simbolizados como direito. É uma definição autológica.

A sociologia iluminou o iluminismo. Quem iluminará a sociologia? O direito, talvez. O que é particular do direito e do discurso jurídico é combinar visão de detalhe das estruturas sociais com pretensão avaliativa sobre as diferentes soluções regradas. Ampliar a visão da contingência do direito é função da imaginação institucional. Essa prática de pesquisa e avaliação serve para exorcizar tanto o otimismo iluminista quanto o desespero sociológico. O direito imuniza as estruturas de todos os sistemas sociais e a semântica jurídica as representa em textos e argumentos que giram ao redor de normas formalizadas, programas decisórios. O corpo de direito – os textos normativos, a doutrina, a argumentação prática – exibe a variedade das estruturas sociais. Analisando-as e trazendo-as à luz, podemos discutir a variedade de regimes jurídicos, que não são senão formas alternativas de organização do próprio direito, mas também da política, da economia, da saúde, da educação, da ciência; do estado, do sistema financeiro, da tributação, da herança, da universidade. Essa variedade ilumina a sociologia, pois não se conforma aos tipos de sociedade identificados pelas grandes teorias da sociedade e ideologias políticas do século dezenove. Ao se esquadrinhar o direito, constata-se que as macroestruturas sociais são decomponíveis e que as instituições que as constituem podem ser organizadas de formas diferentes. Não se trata de discussão puramente de teoria normativa, como fixação de bases de julgamento sobre os arranjos sociais sem a análise empírica da diversidade das formas

de organização da sociedade a serem avaliadas[271]. Não se reduz à fixação de uma imagem da política, do direito ou da economia (extraída de idealizações constitucionais ou modelos institucionais das tradições tidas como de autoridade mundial) como ambientes institucionais da disputa entre agentes sociais que agem para maximizar seus interesses ou defender seus valores, validando-os como política pública. Também não é puramente sociologia do direito, nem como análise das profissões jurídicas, de suas práticas e representações[272], nem como estudo apenas das estruturas do sistema jurídico – política, economia e todos os demais sistemas sociais também são objeto de discussão, na medida em que suas estruturas são imunizadas e representadas pelo direito. Ainda, como reflexão sobre o direito da sociedade, não basta discutir se há ou não diferenciação funcional – observando as estruturas de cada sistema é que se pode constatar *qual* diferenciação funcional existe e *como* ela existe[273].

A perspectiva do construtivismo jurídico que proponho forma-se pela conjunção da visão dos isomorfismos entre sistemas funcionalmente diferenciados (vantagem comparativa da teoria de Luhmann) e do vislumbre da indeterminação institucional que marca a organização da sociedade em cada área (vantagem comparativa da teoria de Unger). O resultado é abrir caminho à exploração da estrutura interna dos sistemas sociais e de sua variedade. Essa estrutura constitui-se de feixes de expectativas generalizadas, institucionalizadas, que são as instituições. Essas instituições aglomeram-se dando forma ao contexto, à (macro)estrutura social sob a qual vivemos. Há uma mimetização entre a morfologia estrutural – a organização interna – dos sistemas funcionais e suas semânticas. No direito: o centro do sistema, os tribunais, são a referência e a arena principal de constituição de um tipo de interpretação e argumentação jurídica. É aquele discurso que toma os textos de normas jurídicas como dados dogmáticos e observa as múltiplas possibilidades de atribuição de sentido, justificando certa seleção de significado por referência a textos e expectativas compartilhadas sobre valores e interesses. É também o discurso da dogmática ou doutrina jurídica (tradicional). Ele trabalha "localmente", no plano das microestruturas (as expectativas normativas, isto é, normas), referindo-as a valores e interpretando-as por finalidades atribuídas. Há, porém, uma produção discursiva

[271] Ver discussão *infra 3.2.1*.
[272] Ver a crítica dessa redução, comum na sociologia empírica, em Luhmann, 2014 [1972], pp. 1-8.
[273] Ademais, para avaliar empiricamente essa questão, seria preciso discutir um contexto regional específico ou, ainda, comparar diferentes contextos. Não é o que pretendo aqui. O foco é construir um modelo geral de constituição, direito e política, indicar sua diversidade existente e algo de suas variações possíveis, mas não sua adequação para a descrição empírica deste ou daquele país ou localidade.

que se orienta à criação do direito, à inovação disruptiva – não à busca de coerência e às inovações incrementais características da jurisprudência. A zona de inovação do direito é sua interface com os poderes políticos e os privados. A análise jurídica como imaginação institucional é o tipo de discurso voltado a essa periferia do sistema jurídico: conecta o plano elementar das regras e valores ao plano "agregado" das instituições e ideologias (valorações de valores). Assim, volta-se à reconstrução de campos mais ou menos amplos do direito – isto é, a partes significativas da (macro)estrutura social. Mas, afinal, como diferenciar o "centro" e a "periferia" do sistema jurídico? É do se ocupa a primeira seção do capítulo seguinte.

Uma última observação: embora crítica e construção estejam vinculadas e devam referir-se mutuamente, há uma acentuação do aspecto cognitivo nesse tratamento da constituição como instituição sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Luhmann (próximo capítulo). A dimensão prática ou normativa desse estudo exploratório é trabalhada nos capítulos 3 e 4. Afinal, problemas análogos aos que a "análise jurídica racionalizadora" apresenta na teoria do direito reaparecem em suas contrapartidas nos discursos do desenvolvimento, da cultura da democracia e dos direitos humanos, bem como na filosofia política ou teoria política normativa: em seu tratamento dos valores, dos interesses e das instituições. No aspecto normativo, é principalmente o pragmatismo radical de Unger que norteará a busca de uma visão alternativa àquelas dominantes. Nessa alternativa, o otimismo iluminista sobre a realização da justiça, transformado pelas teorias sociais do século dezenove em apologia ou crítica do progresso, como evolução moral e necessidade histórica, assume a forma de busca de possíveis zonas de interseção entre os requisitos institucionais da maior independência diante da necessidade natural e os pressupostos estruturais para a menor reprodução de desvantagens e exclusões no curso da autoprodução da sociedade. O que importa é explorar formas de assegurar tal possibilidade, garantindo ao menos elevada complexidade – a questão do iluminismo – e amplas possibilidades de escolha – o sentido e a razão da democracia.

CAPÍTULO 2. A CONSTITUIÇÃO COMO INSTITUIÇÃO: ORGANIZAÇÕES, AMBIENTES INTERNOS E RE-ENTRADAS PROCEDIMENTAIS

> Mas, para propósitos jurídicos, um direito é apenas a hipóstase de uma profecia – a imaginação de uma substância suportando o fato de que a força pública será exercida sobre aqueles que façam coisas que se considere que a contravieram – exatamente como falamos da força da gravidade respondendo pela conduta dos corpos no espaço.[274]

> [...] uma forma de circunlóquio na qual entre o fato jurídico e a consequência jurídica são colocados direitos imaginários.[275]

Sistemas diferenciam-se e constroem sua unidade ao vincular suas comunicações a comunicações anteriores e posteriores, encadeando-as temporalmente, socialmente e tematicamente: isto é, com pretensões de continuidade da autorreferência, de suporte da comunicação de um sistema por outro (ou de *ego* por *alter*) e de identificação e compreensão da informação e de seu uso. O fechamento operacional dos sistemas é condição para sua abertura cognitiva e ambos os lados da forma (abertura + fechamento = autopoiese) são reforçados pelo desenvolvimento de mecanismos, instituições ou estruturas que permitem a um sistema o contato permanente com outro sistema, não pela comunicação entre sistemas, mas pela potencialização seletiva das "irritações" de um sistema a outro. Essa sensibilidade aguçada e localizada permite um uso ortogonal dos "códigos" sistêmicos (em sentido cibernético). São os acoplamentos estruturais. Pela constituição, a diferença lícito/ ilícito apresenta-se como relevante para a política (estado de direito), assim como a diferença poder/ não poder (poder como meio) aparece como condição do direito (direito político, isto é, estatal). Pela propriedade e pelo contrato, a diferença lícito/ ilícito apoia a diferença ter/ não ter (o dinheiro como meio), segundo a qual se reproduz a economia (assim se tem a economia de mercado). Há outros exemplos de acoplamentos estruturais, além da propriedade, do contrato (ambos acoplamentos entre direito e economia) e da constituição (entre direito e política). Eleições são acoplamentos estruturais entre política e economia na medida em que fazem resultados políticos

[274] Holmes, 1920 [1918], p. 313
[275] Ross, 1957 [1951], p. 818

(eleitorais) dependerem de condições econômicas, da intervenção econômica do governo e do financiamento das campanhas. São também acoplamentos estruturais: entre educação e economia, o diploma; entre educação e ciência, a universidade; entre política e ciência, a tecnocracia e a assessoria de especialistas. Além da diferença entre autopoiese e acoplamento estrutural, outras duas diferenças precisam a observação dos sistemas funcionais: as distinções entre centro e periferia e entre esfera pública e esfera organizada.

Sistemas funcionais desenvolvem organizações centrais – como os bancos, para a economia; o estado, para a política; os tribunais, para o direito – e contam também com outras organizações que atuam na implementação da função sistêmica; é o caso dos partidos políticos, das assessorias jurídicas, das empresas. Sistemas funcionais reproduzem comunicação segundo critérios que eles mesmos desenvolvem: o direito, o poder, o dinheiro serão alocados conforme os "programas" (também em termos cibernéticos) de cada sistema. Os programas – programas de investimento, leis, sentenças – programam os códigos: ter/ não ter (economia), poder/ não poder (política), lícito/ ilícito (direito).

Mas além das organizações, sistemas estruturam uma re-entrada do ambiente no sistema: são as esferas públicas ou ambientes internos. Ilustrativamente: a economia mensura todo seu ambiente (o direito, a natureza, a política, a educação, a religião) por meio do mercado; a política mede suas demandas conforme a sensibilidade da opinião pública. E o direito? Luhmann não explicita qual seria o equivalente funcional, no sistema jurídico, ao mercado e à opinião pública.

Minha proposta neste capítulo é entender a personalidade jurídica como o ambiente interno do sistema jurídico, cujo centro são os tribunais. Na constituição, a ligação entre opinião pública e personalidade jurídica responde pelo conceito sociológico de "cidadania" e pelo conceito jurídico de "direitos fundamentais" – e a ligação entre os centros organizados (judiciário e governo) consiste na institucionalização dos poderes do estado, com seus mecanismos de interdependência. A personalidade jurídica (ou, como na ciência do direito do século dezenove, as relações jurídicas) é uma fórmula que congrega complexos de direitos e deveres, responsabilidades e poderes. Pode-se fazer referência a essas instituições, em metonímia, como simplesmente a esfera dos *direitos*.

A esfera pública (ou o ambiente interno) constitucional é definida justamente pela vinculação entre opinião pública e personalidade jurídica e pela institucionalização procedimental de vínculos entre essas esferas política e jurídica e os centros organizados da política e do direito: os poderes políticos e os tribunais. Entender a conformação

estrutural da esfera dos direitos – notadamente dos direitos constitucionais – em suas variantes históricas e possibilidades latentes é um passo do exercício de imaginação institucional proposto neste trabalho.

2.1. Direito, política e economia: uma morfologia

Explorar a morfologia dos sistemas sociais é observar suas formas semânticas e estruturais. As formas semânticas são as distinções, conceitos, indicações: as formas ou diferenças que fazem a diferença na comunicação identificada e processada por aquele sistema[276]. Assim é que a semântica conforma autoimagens nos sistemas sociais. Estruturas são mecanismos seletivos eles mesmos selecionados e restabilizados de comunicações anteriores; são coagulações ou cristalizações que formam o leito pelo qual correm os fluxos comunicativos. Estruturas viabilizam a coevolução entre sistemas psíquicos e sociais e permitem a seleção de expectativas. Podem ser conformadas de modo diverso; discernir a variabilidade de formas estruturais e sua decomposição detalhada em instituições permite vislumbrar isomorfismos e equifinalidades. Se há uma subdeterminação funcional das instituições pela (macro)estrutura social ("contexto formador"), estruturas diferentes podem cumprir funções semelhantes e atingir resultados equivalentes[277].

Se instituições são feixes de expectativas generalizadas ou complexos de regras, elas ganham do sistema jurídico a conformação contrafática voltada à congruência nas três dimensões de sentido: essas expectativas ou regras devem ser estruturadas de modo a dispor de um suporte social, de uma identidade de significado e de uma estabilidade que potencializem sua redundância, as imunizem contra contestação e conformem conflitos sobre essas instituições a padrões também institucionais – regras institucionalizadas, identificadas e resistentes a violações.

As instituições jurídicas são aquelas que usam ou implementam a função do direito: a propriedade, o direito subjetivo, o contrato, o presidencialismo, o controle de

[276] Ver a discussão *supra 1.3* sobre o conceito de forma em Spencer-Brown.

[277] A teoria dos sistemas, em seu alto grau de abstração, pode reconhecer isomorfismos, não simples analogias, embora não possa, como no antigo pensamento europeu, pressupor uma unidade subjacente do mundo (dada pela natureza ou pela criação) e uma racionalidade imanente a essas equivalências. O conceito de isomorfismo é elaborado tanto pela clássica teoria geral dos sistemas (abertos) – estando presente em Bertalanffy (1968, pp. 80-6; 1950: pp. 136-9) – quanto pela teoria dos sistemas sociais autopoiéticos (*e.g.* Luhmann, 2002b [1995], p. 49). Por isomorfismo designo a semelhança de forma e função das estruturas internas dos sistemas em comparação. Luhmann chega a adotar também, em sua sociologia do direito, o conceito de "equifinalidade" de Bertalanffy, esclarecendo que por equifinalidade designa-se "o fato de que o mesmo estado de um sistema (aqui: o direito) pode ser atingindo a partir de diferentes constelações originais e por diferentes caminhos" (Luhmann, 2014 [1972], p. 325, nota 16).

constitucionalidade, o federalismo, a separação de poderes, as liberdades públicas, a autonomia privada, a constituição, o direito à saúde, a ação judicial, o voto etc. Um ponto de vista privilegiado para observá-las está na conformação de regimes institucionais para acoplamentos estruturais e para organizações. Trata-se de duas formas de vincular sistemas funcionais.

Organizações existem dentro e fora de sistemas funcionais. Quando dentro destes, isto é, associadas à sua função, operando com base no código e nos programas funcionais específicos, organizações ainda assim ultrapassam a fronteira do sistema funcional e se comunicam com o ambiente desse sistema. Organizações são também sistemas autopoiéticos e produzem suas próprias fronteiras operacionais com base em decisões autorreferidas a decisões. São sistemas de decisão[278].

Os sistemas funcionais não se confundem com sistemas organizacionais, mas há uma organização ou tipo de organização que distingue o centro da periferia do sistema funcional[279]. Não há hierarquia entre centro e periferia do sistema – há diferentes ângulos de abertura ao ambiente e fechamento operacional, de tradução da irritação ambiental em comunicação sistêmica ou de autorreferência da decisão sistêmica. Uma hierarquia unidirecional tornaria o sistema excessivamente rígido e o implodiria. Centro e periferia, ao contrário, envolvem a permanente revisão das decisões dentro do sistema. Enquanto o centro tem o imperativo de tomar decisões que gerenciam o paradoxo ineludível do sistema funcional – e, como sistema tomador de decisões, o centro é uma organização –, a periferia programa os usos que o código do sistema pode ter em referência aos temas que provêm de outros sistemas. Não há centro sem periferia, nem periferia sem centro. Em termos de programas produzidos pelas organizações, leis e contratos, autorregulações, códigos organizacionais podem ser produzidos ou não, mas só a sentença é resultado de uma decisão compulsória. Segundo a conjuntura política ou econômica, há razões ou não para se votar uma lei ou fechar um contrato. Por isso, os poderes políticos e os negócios jurídicos estão na periferia do sistema jurídico. Mas é lícito decidir sobre o lícito e o ilícito? O sistema jurídico só não é devorado por esse enigma por que os tribunais têm a competência não para decifrá-lo, mas para contorná-lo (em termos hartianos, poderíamos dizer que as regras secundárias "externalizam" para um metanível – dentro do direito – o paradoxo gerado pela necessidade de decisão sobre as regras primárias). Só as cortes precisam decidir sobre o direito por critérios estritamente jurídicos, com maior

[278] Ver Luhmann, 2005d [1978].
[279] Para o que segue sobre centro e periferia, ver Luhmann, 2004 [1993], pp. 291-304.

autoisolamento cognitivo do que parlamentos ou partes privadas. Para tanto, transformam a obrigação de decidir (proibição da denegação de justiça, do *non liquet*) em liberdade para decidir: podem transformar o indeterminado em determinado, construir ficções interpretativas, "criar" princípios implícitos. Essa atividade do centro organizado do direito permite-lhe dar vazão à função de generalizar congruentemente expectativas normativas, mas essas expectativas não podem depender apenas dos tribunais. Comparado em termos quantitativos com o direito que chega aos tribunais, o direito da periferia é a produção em massa daquela generalização congruente. O ajuste fino dessa congruência, porém, depende das formas deliberativas e argumentativas desenvolvidas nas cortes – ou por referência a elas.

A organização central do sistema toma decisões dramáticas e precisa contar com consenso para isso. Mas não pode depender do consenso, senão ficaria paralisada. Lança mão de um equivalente funcional: a ficção do consenso, o consenso presumido – na política, a vontade do povo; no direito, a razoabilidade, o homem prudente. Exceto quando opera segundo a equidade, uma corte não pode criar o direito a não ser segundo motivos jurídicos – precisa interpretar o direito, remetendo-se à legitimidade das leis aprovadas pelo parlamento, da história jurisprudencial ou dos acordos no âmbito autonomia privada (contratos e leis são programas programantes para o direito e sentenças judiciais são programas programados). O centro do sistema depende de um alto grau de institucionalização. Precisando decidir, precisa poder decidir inclusive contra as maiorias. Angaria legitimidade para tanto tomando decisões de acordo com decisões anteriores – sobretudo, seguindo procedimentos, que precisam estar abertos à possibilidade de inovação e não podem ter seus resultados postos desde o início. Além dos procedimentos, a própria organização burocrática, as garantias profissionais e a competência funcional dos juízes os imunizam para que tomem decisões apenas levando em conta o direito, sem mais considerações consequencialistas (tão usuais quanto prudentes na política ou na economia). Essa imunização burocrática contra a determinação extrajurídica do direito ajuda, no plano organizacional, a reforçar o fechamento operacional do sistema jurídico.

Mas além da dimensão social de sentido, há diferenças nas dimensões temporal e material. Temas e problemas são muito mais abertos e indeterminados nos programas da periferia. Só as cortes, porém, têm necessariamente o dever de dar coerência, por meio de interpretação, argumentação e justificação, ao amálgama de programas jurídicos tomados como fundamento para a solução da disputa. Um legislador ou contratante privado também

interpretam o direito. Mas um juiz não apenas o interpreta, como argumenta sobre as interpretações daqueles intérpretes anteriores (observação de segundo grau) e justifica a escolha entre alternativas, a fim de construir uma visão de consistência das normas que regulam o caso. Quanto ao tempo: as constrições temporais da decisão são muito mais severas no centro e seu serviço é confirmar ou desconfirmar expectativas normativas, prolongando-lhes a duração ou estancando-as desde já. Além disso, leis e contratos buscam planejar o futuro em alguma medida. Sentenças pressupõem uma reconstrução seletiva do passado, nos termos das provas produzidas, do direito válido, dos argumentos apresentados no processo. Essa reconstrução, por sua vez, está ligada a uma decisão necessária sobre o futuro – em regra, sobre o futuro imediato do caso concreto[280] e sobre o futuro mais durável das próprias cortes, na formação da jurisprudência, com seus requisitos de coerência e continuidade.

Mas a diferença entre centro e periferia não é exclusiva do direito. Bancos gerenciam o paradoxo envolvido na função do sistema econômico de assegurar que demandas futuras sejam satisfeitas, considerada uma ligação estável com cada distribuição atual. Bancos são o centro do sistema, pois gerenciam essa função operacionalizando o paradoxo de vender seus próprias dívidas com lucro, de incitar a economia a poupar e gastar dinheiro ao mesmo tempo. Cobrando tanto de quem toma emprestado quanto de quem investe, bancos lidam com o fato econômico fundamental de que pagamentos ligam-se a pagamentos e cada pagamento produz capacidade de pagar e inabilidade de pagar. Bancos desdobram esse dilema no tempo, oferecendo oportunidades de investimento e de crédito. O mercado financeiro consolida o fechamento da economia em si mesma: pelo mercado, a economia observa o seu ambiente (os demais sistemas sociais e o ambiente natural dos corpos, mentes e recursos naturais); pelo mercado financeiro, a própria economia observa suas próprias observações. Na economia financeirizada, investimento e especulação não dependem só de capital próprio, mas também em grande medida de crédito.

Na política, o estado é o centro, já que aí a função de tomada de decisões coletivamente vinculantes é combinada ao paradoxo da soberania – de que tais decisões vinculam a seus tomadores também. Mas, assim como cortes transformam a compulsão

[280] Que o futuro do caso concreto possa não ser tão imediato – simplesmente a condenação ao pagamento de uma indenização ou à prisão – é um problema das reformas estruturais empreendidas pelo judiciário. Nesse caso, está em jogo a implementação de medidas que requerem monitoramento e revisão continuados (muitas vezes em áreas estranhas – saúde, educação, economia – ao campo com o qual os juízes estão acostumados a lidar na execução penal, civil ou tributária). Ver discussão *infra 3.3.1.1*.

decisória em liberdade de decidir, o estado (os poderes políticos e a administração pública) precisa se libertar de certas decisões já tomadas para tomar novas decisões. A autovinculação é então desdobrada no tempo, na matéria e na forma de institucionalização. Hoje pode se alterar o que foi decidido ontem. Decisões tem um conteúdo específico – pode-se decidir sobre isto ou aquilo. Procedimentos definem as condições de consenso para a mudança. Por isso, estado não se confunde com a própria sociedade (como na "sociedade civil" dos contratualistas) nem com o próprio sistema político liberal mas não democrático do século dezenove. Partidos políticos e grupos de interesse, manifestos, programas eleitorais, protestos – a periferia da política, com suas organizações e programas – é tão necessária quanto o estado, única organização que pode decidir e impor suas decisões a todos (soberania territorial).

Sistemas funcionais reproduzem comunicação segundo critérios que eles mesmos desenvolvem: o direito, o poder, o dinheiro – ou os códigos direito/ não direito, poder/ não poder, ter /não ter – serão alocados conforme os programas de cada sistema. Programas[281] são uma semântica de critérios que determinam as condições de atribuição dos valores positivos ou negativos do código. O código define a simplicidade e invariância do sistema e a operação do sistema faz uso de técnicas para passar de um lado a outro do código. Os programas definem a complexidade e mutabilidade do sistema, bem como suas interdependências (pesquisa científica depende de dinheiro, bem como um contrato; o direito depende de decisões políticas via legislativo e executivo). Teorias e métodos são programas para a ciência, assim como para o poder juridificado o são as leis, sentenças e contratos; para a economia, há os programas de investimento e de consumo, monitorados por balanços e orçamentos; para a família e o meio do amor, há as memórias de uma história em comum. Os programas restringem as possibilidades de acoplamento – ainda que operacional, episódico – entre os sistemas. A informação de um sistema é ruído para o outro. Programas são regras para a seleção dos ruídos relevantes e "decodificação" desses ruídos (externos) em informação (interna) para o sistema.

No início do século dezenove, teorias jurídicas do pluralismo institucionalista e a sociologia jurídica chegaram a vislumbrar a própria estrutura organizacional como elemento definidor da juridicidade. Essas teorias contribuíram para revelar que a produção de sentido jurídico transcende em muito as cortes e os governos – revelaram o direito na periferia do sistema jurídico, suas formas heterodoxas de autorreferência, por vezes com

[281] Sobre programas, ver Luhmann, 2012 [1997], pp. 217-27.

eficácia para além dos limites aceitos pela "delegação" estatal de poderes na forma de autonomia privada. Todavia, é preciso considerar o momento "fatal" para o "direito vivo": a centralidade da sentença, dos poderes políticos e dos mecanismos de decisão e implementação que aproximam da realidade o ideal do estado centralizado e monopolizador da força e do direito. O estado moderno – instituído como "instituição das instituições" e, segundo a visão liberal, com vistas a combater os corporativismos e particularismos – tem um aparato com legitimidade e eficácia para modelar as formas jurídicas de modo a mantê-las em grande medida na sua órbita.

A definição do direito pelos programas é ainda mais célebre que a visão institucionalista. O tema das "fontes do direito" ocupou o positivismo jurídico e foi construído como forma, como distinção entre "fontes formais" e "fontes materiais", entre o que empiricamente dá causa à construção da normatividade jurídica e o que esta normatividade reconhece como (auto)gerador de normas. Assim, definições do direito como ordem ou ordenamento jurídico, ou como sistema de regras modificável segundo regras autoinstituídas, substituíram versões mais simples de redução do direito à lei ou à sentença judicial. Em regra, essas definições do direito por seus programas levaram a uma concepção monista e a uma redução estatalista (direito = ordem jurídica estatal) – o oposto da definição orgânica do direito, que conduziu ao pluralismo jurídico.

Ambas as definições – pela organização ou pelo programa – são superadas na medida em que, como conceberam as abordagens sociológicas clássicas, o próprio direito é visto como estrutura da sociedade[282]. Mas e a estrutura interna do direito? Para a teoria luhmanniana, a estrutura do direito não é vista em si como definidora da juridicidade, mas como aparato institucional apto a processar a comunicação para a qual é relevante a distinção entre lícito e ilícito. A definição do que é jurídico ou não se dá pelo evento comunicativo, e não pelas estruturas. E esses eventos ou operações de comunicação que usam o código do direito definem as fronteiras do sistema jurídico. Essas fronteiras não se confundem com critérios de uso do código (com as "fontes do direito") nem com as organizações ("instituições") que atuam no interior do sistema jurídico ou que fazem uso de seus serviços.

Além das organizações centrais e periféricas, sistemas funcionais desenvolvem outra forma de vínculo com o ambiente. Os acoplamentos estruturais são vínculos institucionais que dosam, modulam ou calibram a coevolução entre sistemas funcionais:

[282] Ver Luhmann, 2014 [1972], cap. 1.

intensificando e canalizando irritações dos dois lados (ao lado de um e de outro sistema), restringem as opções disponíveis a um sistema na medida de sua compossibilidade diante de requisitos apresentados pelo outro sistema acoplado. Ao mesmo tempo, há uma amplificação da capacidade de cooperação dos sistemas, um aumento de prestações recíprocas envolvidas. Há uma covariação e cosseleção que precedem a restabilização dos elementos selecionados na cadeia autorreferencial de cada sistema. Acoplamentos estruturais são estruturas internas de dois sistemas ao mesmo tempo. Mas, como formas de integração entre sistemas (reduzindo o grau de liberdade dos sistemas acoplados no processamento de comunicações), no que acoplamentos estruturais diferem de outros modos de integração?

Organizações são sistemas autopoiéticos que transpassam sistemas funcionais, reproduzindo comunicação além das fronteiras destes sistemas (funcionais), mas dentro de seus próprios limites (organizacionais). Acoplamentos estruturais são mecanismos de integração entre sistemas funcionais – esses sistemas não passam a se comunicar entre si, fora de suas fronteiras; apenas a irritação de um sistema por outro é reforçada. Acoplamentos estruturais são instituições de ligação, operacionalizando organizações, procedimentos e complexos de regras[283]. Mas um sistema funcional, além de se vincular ao ambiente por organizações ou de se vincular a outro sistema por acoplamento estrutural, também conta com um espelho interno de seu ambiente. Nos termos da forma sistema/ ambiente, esse reflexo é, em termos paradoxais, o ambiente interno do sistema.

Nos sistemas funcionais há comunicação nas organizações centrais e nas outras organizações. Há comunicação em organizações fora de sistemas funcionais. Há comunicação em interações presenciais, sistemas fugazes e instáveis que se formam dentro ou fora de organizações e sistemas funcionais. Dentro dos sistemas funcionais, ainda é possível distinguir entre uma "esfera organizada" e uma "esfera pública". Para além das organizações, há nos sistemas uma construção institucional que lhes permite refletir internamente o ambiente externo. São os "ambientes internos" ou "esferas públicas". Não devemos confundir o conceito luhmanniano de "esfera pública" com seus usos mais recorrentes, vinculados apenas à política (ou a uma visão de sociedade centrada na política

[283] Não adoto a diferenciação de Teubner (1991) entre "acoplamentos estruturais" e "instituições de ligação"; ela diz respeito a uma conceituação da semântica jurídica (a contestabilidade de conceitos transformada em processos de irritação e "diálogo" entre sistemas) tributária das ideias de vinculação "intersistêmica" e de diferenciação simples entre direito e "sociedade (civil)", o que não cabe na teoria da diferenciação funcional. É certo, porém, que em nenhum dos casos se trata de um significado "interdiscursivo" que transcenda as fronteiras operacionais dos sistemas envolvidos por meio de uma "racionalidade" comum.

e na economia e que busca na "sociedade civil" ou "esfera pública" o contraponto ao estado e ao mercado). Não se trata de um *lócus* moralmente superior, onde se depositem as esperanças da transformação social. O ambiente interno é uma institucionalidade complexa que permite ao sistema observar observadores personificados e atribuições de sentido individualizadas – sujeitos de direito, agentes econômicos, cidadãos.

Ambientes internos ou esferas públicas ajudam a explicar porque sistemas funcionais não se resumem a organizações: política não se resume a estado, religião não se resume às igrejas, há educação para além das escolas, ciência para além das universidades e centros de pesquisa, economia para além dos bancos, direito fora dos tribunais. Isso porque há outras organizações para além daquelas centrais ao sistema: o governo é também relevante para o direito, as empresas para economia, partidos e grupos de pressão para a política. Mas, além das organizações centrais e periféricas há uma "zona" não organizacional nos sistemas: a esfera pública ou ambiente interno. Diz Luhmann que a esfera pública da política é a opinião pública, a esfera pública da economia é o mercado e as publicações são a esfera pública da ciência. Não encontrei menção em sua obra sobre qual seria a esfera pública ou o ambiente interno do direito[284]. O mote deste capítulo é defender que se trata justamente da personalidade jurídica – desde que entendida essa fórmula sem antropomorfismo.

Uma imagem pode valer para apresentar essa série de distinções traçadas por Luhmann para mapear a institucionalidade interna do direito, da política e da economia e os isomorfismos e equivalências funcionais entre esses sistemas.

[284] Campilongo (2012 [2011], pp. 115-6) atesta essa lacuna e sugere que o ambiente interno do direito seja o "o espaço por onde circula o direito válido, afirmam-se direitos subjetivos, são reconhecidos direitos da cidadania, humanos ou fundamentais e assegurado o acesso à justiça".

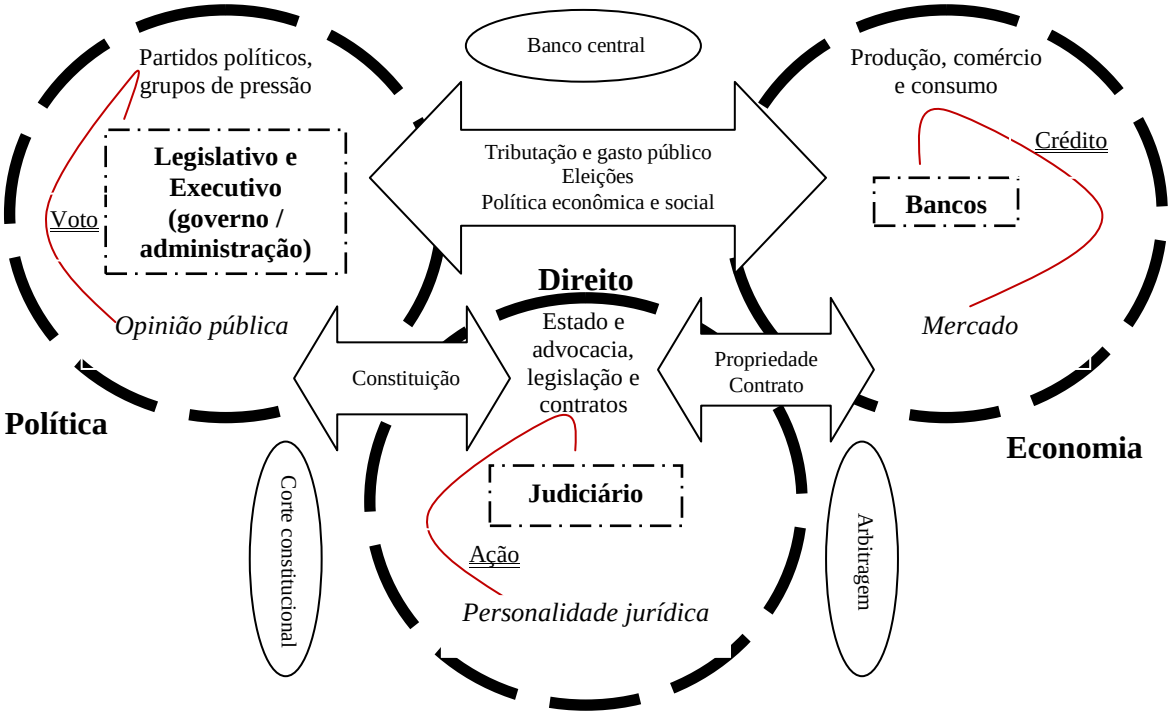

Figura 2.1.1. Direito, política e economia: centro e periferia, esfera pública e acoplamentos estruturais dos sistemas

O esquema corresponde ao que o próprio Luhmann[285] identifica como centro e periferia, esfera pública e acoplamentos estruturais dos sistemas jurídico, político e econômico, com três inclusões principais e outras três alterações menores. O que não faz parte da teoria luhmanniana são justamente três eixos principais deste capítulo. Em primeiro lugar, a personalidade jurídica como a esfera pública do direito. Assim também, inclui o que denomino de mecanismos de re-entrada procedimental, que reapresentam a esfera pública do sistema na tomada de decisões por sua organização central e que constituem um vínculo de confiança entre esfera pública e centro organizado, mediado pelas organizações periféricas do sistema (são portanto mecanismos de triangulação: esfera pública – organização periférica – centro organizado). Assim, na política tem-se o voto

[285] Sobre o centro e a periferia dos sistemas político, jurídico e econômico, ver Luhmann, 2004 [1993], cap. 7; 1993b [1991], pp. 180-4; 2009a [1998], pp. 272-9. Sobre os acoplamentos estruturais entre política, economia, direito, ciência e educação, ver Luhmann, 2013 [1997], pp. 108-15; 2009a [1998], cap. 10; 2004 [1993], cap. 10. Especificamente sobre a constituição e em perspectiva histórica, ver Luhmann, 1996b [1990]. Sobre as esferas públicas dos sistemas econômico, político e científico, ver Luhmann, 1988a, cap. 3; 2009a [1998], cap. 8; 2013 [1997], p. 102. O conceito de esfera pública como ambiente interno do sistema é devido a uma sugestão de Dirk Baecker, como reconhece Luhmann, 2000a [1996], p. 104. A diferença entre esfera pública e esfera organizada (que inclui as organizações centrais e periféricas) dos sistemas funcionais é enfatizada por Teubner (2012, pp. 88-96). Teubner também se refere às esferas públicas como "esferas espontâneas". Essa nomenclatura, porém, parece remeter a uma ideia naturalista *a la* Hayek. Entretanto, como enfatizo aqui, as esferas públicas têm também uma conformação institucional contingente e são perpassadas pelas demais diferenças da estrutura social.

(como metonímia de "participação") mediado por partidos ou o vínculo entre opinião pública e governo por meio de grupos de pressão. Similarmente, na economia é o crédito para as empresas e consumidores (ou os binômios crédito/ dívida e poupança/ investimento) que vincula o mercado aos bancos. No direito, a ação, o procedimento judicial (ou procedimentos isomórficos – administrativos, arbitrais, mediadores) é que vincula os direitos e deveres, poderes e responsabilidades à decisão dos tribunais. Em terceiro lugar, Luhmann coloca o banco central como acoplamento entre política e economia; preferi colocá-lo como organização isomórfica às cortes constitucionais e à arbitragem (adicionei ambos ao esquema), para fins de comparação. É preciso frisar que organizações, procedimentos e interações são sistemas que ultrapassam os limites dos sistemas funcionais; portanto, o direito (estatal) pressupõe em seu ambiente (ou mesmo na periferia do sistema) os poderes políticos e a economia (de mercado) pressupõe o estado. O caso dos bancos centrais e das cortes constitucionais – e, no plano mundial, do sistema financeiro internacional (FMI, Banco Mundial) e das cortes e órgãos dos sistemas universal (ONU) e regionais de direitos humanos (Corte Interamericana, Corte Europeia) – é ainda mais paradoxal, pois nesse caso o centro organizado de um sistema é duplicado por uma espécie de órgão regulador que é também duplicação do centro de outro sistema. Assim, a corte constitucional é cúpula do judiciário ("corte das cortes") e também um tribunal mais político que os demais, (quase) uma parte do governo; o banco central e os "bancos centrais mundiais" são órgãos estatais ou interestatais e "bancos dos bancos". Há um apoio político de fundo a sustentar essas organizações que gerenciam a reflexividade constitucional do direito e a reflexividade financeira da economia.

Quanto às demais modificações: em primeiro lugar, Luhmann refere-se ao centro do sistema político como o estado; preferi definir esse centro enfatizando a composição dual de poderes políticos ("governo") e a administração pública[286]. Além da diferença entre organização burocrática e tomada de decisão política (representativa), essa modificação no esquema está ligada à ideia de que os poderes políticos (executivo e legislativo) muitas vezes atuam conjuntamente em diferentes arranjos de parlamentarismo e presidencialismo, daí justificando a referência unitária a "governo" ou "poderes políticos" (em contraponto ao judiciário, visto também como um poder, embora relativamente apolítico, na doutrina tradicional da tripartição dos poderes). Em segundo lugar, embora Luhmann coloque apenas o parlamento na periferia do direito, posicionei o

[286] Sobre a diferença governo/ administração, ver Luhmann, 2009a [1998], pp. 279-89.

estado de modo geral, seja pela importância do executivo no processo legislativo, seja pela atividade regulatória dos órgãos administrativos (obviamente que, no direito estatal, o centro do sistema jurídico é também um poder do estado). Essas alterações no desenho justificam-se como atualizações diante das tendências de transformação institucional verificadas ao longo do século vinte, como o crescimento do executivo diante do legislativo e a difusão do controle judicial de constitucionalidade, para além das estruturas do judiciário tradicional. A terceira mudança é a inclusão da política social ao lado da política econômica, no acoplamento estrutural entre política e economia (segundo o sentido corrente do "social" como compensação ao econômico). (Pode se tratar de um acoplamento "trifuncional", entre política, direito e economia, para além da forma bivalente teorizada por Luhmann.) Na verdade, a política genericamente dita "social" abrange também outros sistemas funcionais além de política e economia: saúde, educação, arte, esporte, família, religião.

Já foram definidas a tese da indeterminação institucional e a proposta de mobilização do direito para o mapeamento e crítica das formas atuais e possíveis de modelagem das instituições. Avançando aquela tese e essa proposta com relação à morfologia interna dos sistemas sociais, podemos analisar as trajetórias e horizontes divergentes de construção institucional dos sistemas sociais. Diferentes modos de programação dos sistemas funcionais, de estruturação das organizações, das esferas públicas e dos acoplamentos estruturais entram nesse escopo de imaginação institucional. Pretendo focar aqui a indeterminação institucional dos acoplamentos estruturais e dos ambientes internos em sua relação constitutiva com a instituição chamada constituição, particularmente com o tipo liberal-democrático de constituição. A morfologia dos sistemas é ferramenta analítica primordial para essa exploração em seu duplo sentido, estrutural e semântico. A morfologia diz respeito tanto às estruturas internas do sistema (instituições) quanto às formas semânticas pelas quais a comunicação é internamente processada, isto é, às distinções que constituem significado em cadeias autorreferenciais (*e.g.* material/ processual ou constitucional/ infraconstitucional). Essas diferenças fazem a diferença; não deveríamos pretender tomá-las para uma desconstrução que leve à perda do horizonte de sentido de cada sistema social, mas sim para uma construtiva remodelagem interna da semântica.

2.2. Constitucionalização como institucionalização

No caso do acoplamento estrutural entre direito e política – a constituição –, estão envolvidas prestações como a normatização jurídica da transformação política das normas jurídicas (processo legislativo) e a legitimação política da inovação da ordem jurídica (a decisão com suporte social presumido sobre o conteúdo das leis etc.). Procedimentos precisam garantir o dissenso e canalizá-lo como suporte às opções realizadas pelos poderes políticos. Decisões políticas põem em marcha os procedimentos para inovar a ordem jurídica. Idealmente, a administração pública trata de mobilizar procedimentos para concretizar os meios aptos à realização dos escopos definidos pelo governo.

Como acoplamento estrutural entre política e direito – ou instituição de ligação entre esses sistemas funcionais –, a constituição restringe as possibilidades e formas de inovação política da ordem jurídica ao mesmo tempo em que submete a transformação do direito à tomada política de decisões (coletivamente vinculantes). As diversas diferenças constitucionais (poder constituinte/ poderes constituídos; constitucional/ infraconstitucional; constitucional/ inconstitucional) restringem a variabilidade da legislação e da execução e antepõem vários controles à seleção de decisões, que precisam passar por um crivo jurídico reforçado (o código constitucional/ inconstitucional como complemento ao código lícito/ ilícito). As escolhas postas na constituição são restabilizadas com maior durabilidade, identidade e consenso presumido. Diferenças procedimentais dão concretude à institucionalização reforçada das normas constitucionais, à sua mutabilidade restringida (o fechamento operacional do direito reduz, nesse ponto, o ângulo de sua abertura cognitiva). Assim, diferentes graus de exigência de "maiorias" representam um reforço à dimensão social de sentido (a amplitude do consenso no parlamento como substituto funcional ao consenso do público). Mexer na constituição atrai ainda grande potencial simbólico, reforçando a gravidade da mudança proposta, na dimensão material de sentido. A constituição enraíza expectativas pretensamente eternas e sua quase imutabilidade pode não só ser consagrada por procedimentos de mudança mais exigentes quanto por limitações formais e materiais (impedindo emendas que reduzam direitos individuais, direitos fundamentais em geral ou aspectos do centro organizado do poder) – e, ainda, a própria criação de impasses institucionalizada pela separação de poderes freia o ritmo da mudança constitucional.

De um lado, há a definição de um grau de entrincheiramento ou rigidez da constituição (e de específicos dispositivos constitucionais especialmente reforçados contra

a mudança) como condição para a tomada de decisões coletivamente vinculantes (função da política). De outro, a maior velocidade e profundidade das mudanças requeridas pelo ideal democrático e institucionalizadas por procedimentos democráticos. Em que medida cabe constitucionalizar instituições e reforçá-las contra a transformação normal pela política? Em que medida colocá-las a salvo da política normal ou mesmo de reformas constitucionais – só as tornando tangíveis pela revolução e pela reconstitucionalização – é um fator habilitante da democracia ou uma restrição à participação e uma conservação de privilégios? Sendo a constituição uma instituição bivalente, entre política e direito, é ela uma forma de determinar os métodos de convivência e bloqueio entre esses sistemas e a gestão dos riscos que um impõe ao outro.

Resulta evidente por que a constituição é acoplamento estrutural entre política e direito – ainda que a norma constitucional que se queira criar, manter ou alterar trate substancialmente do sistema econômico, educacional, sanitário, religioso ou qualquer outro. O regime de trocas funcionais consagrado na instituição "constituição" consiste na criação de limites e oportunidades estruturais de variação, seleção e restabilização de comunicações jurídicas e políticas. O que essa instituição institui é uma mais estreita coevolução entre política e direito. Em se tratando de constituição, é a inovação e perenidade do direito e da política o que está em jogo. Requisitos procedimentais mais exigentes, os freios e contrapesos da separação de poderes e limitações materiais e formais à reforma constitucional são mecanismos de desaceleração do direito e da política. Essa desaceleração no plano das organizações e procedimentos é, na doutrina liberal, tão importante quanto os direitos e garantias individuais na conformação de uma autocontenção estrutural do estado. É uma desaceleração que, de um lado, imuniza o estado de receber uma complexidade tão alta que supere sua capacidade operacional para estruturá-la e que, de outro, imuniza o ambiente do sistema político de intervenções pelas quais o estado – expandindo suas operações – atue como ventríloquo dos outros sistemas, manipulando outros códigos funcionais com o meio "poder", ou submetendo-os à diferença governo/ oposição.

Todo acoplamento estrutural funciona como mecanismo de seleção e intensificação permanente de irritações entre os sistemas, potencializando que cada sistema acoplado transforme o ruído do outro em informação ordenada em suas cadeias de autorreferência, digitalizando a comunicação. O que Luhmann não indica é que, em cada acoplamento estrutural, também podemos discernir a institucionalização de um centro organizado e de

uma esfera pública – mais precisamente, de vínculos entre os centros organizados e as esferas públicas *dos sistemas acoplados* (o que se pode chamar, ainda que com certa imprecisão, de centro organizado e ambiente interno *do acoplamento*, embora não precisemos considerá-lo um sistema em si mesmo).

A constatação de que a constituição define a matéria, o ritmo e a legitimidade da mudança política do direito não deve ofuscar que nem só de política e direito trata a constituição. A constituição atua na institucionalização de padrões definidores da comunicação entre a esfera pública e a esfera organizada dos sistemas político e jurídico. Para tanto, a própria constituição estrutura um centro organizado e um ambiente interno. Em "seu" centro organizado – a estruturação orgânica e procedimental dos poderes –, a constituição trata do centro organizado da política (o governo e a administração) e do direito (o judiciário). Mas também a constituição "tem" uma esfera pública – os direitos fundamentais – e nela estrutura as formas de atuação daqueles centros organizados em relação às esferas públicas do direito e da política, mas também as formas de atuação daqueles centros organizados e esferas públicas (políticos e jurídicos) em relação a outros sistemas funcionais – aqueles que estão fora do acoplamento. Fórmulas usuais para expressar essa hetero-referrência são "políticas públicas", "direitos civis" e "direitos sociais".

De um lado, a constituição institucionaliza ligações entre o ambiente interno e o centro organizado da política e do direito. De outro, trata das relações entre política e direito e outros sistemas funcionais. Há ainda as formas de programação típicas de cada esfera: na esfera organizada (estatal), a hierarquia das "fontes de direito"; na esfera pública, a ideia de que a cidadania (direitos públicos subjetivos) inclui a autonomia privada como poder. Ainda, na esfera da autonomia privada (dos direitos subjetivos privados), há uma distinção substancial similar àquela da matéria constitucional. No acoplamento estrutural entre direito e economia, a propriedade corresponde à esfera organizada; é o equivalente funcional, no sistema econômico, ao poder estatal. Já os contratos estruturam o ambiente de circulação dos direitos privados – equivalem à esfera pública do vínculo entre os sistemas econômico e jurídico.

Por que a constituição acopla direito e política e a propriedade e o contrato acoplam direito e economia? Estas instituições não são também políticas? Na medida em que são constitucionalizados, propriedade e contrato estão sob um duplo regime: o da esfera pública constitucional (cidadania, autonomia privada como direito público subjetivo); o da

esfera organizada (propriedade) ou da esfera pública (contrato) no que diz respeito à institucionalidade jurídico-econômica.

Propriedade e contrato, portanto, integram tanto direito e economia quanto direito e política, pois restringem a evolução (variação, seleção, restabilização) dos três sistemas, exigindo um teste de tripla compossibilidade: qualquer assunto que tome forma de contrato ou propriedade, de direitos subjetivos referidos ao sistema econômico, depende não apenas da viabilidade (econômica) da provisão futura de coisas e dinheiro como também da generalização congruente de expectativas normativas (jurídicas), por sua vez sustentadas pela tomada (política) de decisões coletivamente vinculantes.

Mas a mera exigência da obediência dos negócios privados à legislação estatal acopla apenas direito e economia: a criação privada do direito e seu controle pela aplicação jurídica de normas jurídicas (não importa se politicamente criadas). Pressupõe-se que haja política, mas a mutabilidade da política não é restringida. A forma jurídica das operações econômicas só passa a restringir a tomada de decisões políticas na medida em que aquela forma é vinculada à matéria constitucional: entra em jogo a liberdade econômica e o plano então não é mais da conformidade dos atos privados à legislação ou à normatividade estatal infralegal. Adentrando a matéria constitucional, está envolvido o acoplamento estrutural entre política e direito, pois entram em questão as limitações formais (jurídicas) da criação política do direito.

Da mesma forma, a política econômica (em uma economia de mercado) reduz a liberdade das operações econômicas e das decisões políticas – a economia depende então dos usos do poder e a política restringe suas opções conforme o sucesso ou fracasso econômico provocado. O direito só entra em acoplamento estrutural quando estão envolvidas formas de contrato ou propriedade (do lado da economia) ou questões de organização do estado ou de direitos constitucionais (do lado da política). A esfera organizada da política econômica diz respeito às decisões estatais, enquanto sua esfera pública diz respeito às decisões dos agentes privados que o estado pretende influenciar (decisões estas que estão no ambiente da política).

Os acoplamentos estruturais têm três atributos funcionais. Em primeiro lugar, restringem a evolução da comunicação dos sistemas vinculados. Essa função de integração é aquela reconhecida por Luhmann quanto trata do tema. Mas, além dela, há outras duas funções. Em segundo lugar, acoplamentos estruturais criam "sua própria" esfera organizada e "sua própria" esfera pública; ou melhor, o vínculo com as esferas dos

sistemas acoplados. Assim, a propriedade é esfera pública em relação à política (direito subjetivo constitucional) e esfera organizada em relação à economia ("poder" de mercado).

O terceiro atributo é que acoplamentos estruturais são mecanismos reflexivos. Política econômica só funciona quando decisões políticas são controladas por decisões políticas e a demanda por coisas é medida pela demanda por dinheiro. Contrato e propriedade dependem da simbolização de trocas por dinheiro (sejam trocas de coisas, na "economia real", sejam trocas de dinheiro, na "economia financeira") e da normatização estatal da autonomia privada. E a constituição?

A constituição é um mecanismo reflexivo tanto em termos formais quanto materiais. É norma de normas para o direito (diferença constitucional/ infraconstitucional) e decisão coletivamente vinculante de decisões coletivamente vinculantes para a política (a constituição, diversa da lei constitucional, na diferenciação de Schmitt). Essa reflexividade formal está fortemente associada à tomada de decisão no centro organizado da constituição – nos poderes, isto é, no centro organizado da política e do direito, estado e tribunais. De outro lado, porém, há a reflexividade material, realizada sobretudo na forma da textualização de direitos e princípios – direitos constitucionais que se colocam como reforço dos direitos ordinários; mas sobretudo seu conteúdo valorativo, que é visto como metavalor para o sistema jurídico (em termos luhmannianos, valoração de valores é ideologia – então a reflexividade material diria respeito a uma "ideologia constitucional" que vale para o direito). Embora fortemente vinculados à esfera pública (cidadania constitucional), esses direitos e valores obviamente dependem da atividade interpretativa e argumentativa dos centros organizados. Embora com base textual a que os tribunais devem maior deferência e interpretação mais estrita, com consideração do quadro de direitos e dos conflitos entre direitos (a esfera pública do direito), a tal "ideologia constitucional" é flutuante em termos dos poderes políticos e se vincula ao dissenso da opinião pública (a esfera pública da política). Essa ambiguidade é constitutiva do estado constitucional.

2.2.1. Forma tríplice

A sociedade moderna continua a reproduzir formas de diferenciação anteriores à modernidade, mas distingue-se por uma novidade: a reprodução da diferenciação funcional como forma que submete à sua dinâmica a reprodução das outras diferenças. Assim também, o direito moderno continua a reproduzir-se por modos antigos e perenes: a prudência dos juristas, os usos e costumes, os valores morais. Sua novidade, isto é, sua

modernidade define-se, porém, por uma prevalência: direito moderno é direito positivo, posto ao alcance de decisões deliberadas. Historicamente a definição de direito positivo indica diferença em relação a direito natural, a costume e a direito imanente às relações sociais. Direito positivo é direito desnaturalizado, é direito textualizado e é direito posto por decisão. Autofundamentação, textualização e procedimentalização definem o direito moderno.

Mas o direito contingente, mutável por decisão, requer uma forma de descarga da complexidade e controle das decisões: a separação de poderes torna-se um mecanismo de alongamento das cadeias decisórias pelo desdobramento de cada decisão em uma série de decisões; com isso, o "processo governamental" opera por meio de uma série de controles intra e interorgânicos, entre as casas do parlamento, entre executivo e legislativo, entre governo e administração, entre estado (poderes políticos e administração pública) e judiciário, entre estado e opinião pública (via procedimentos eleitorais e participativos)[287].

Ainda, direito positivo é "direito objetivo", em contraponto a "direito subjetivo". Portanto, *personalização* também define o direito moderno. A constitucionalização – a emergência da constituição como forma jurídica – ocorre como quinto atributo na confluência desses quatro processos históricos e características definidoras do direito positivo, do direito moderno. (Se tomarmos todos esses rótulos como identificação do direito positivo, nada exige a tomada de uma posição positivista, no sentido preciso do positivismo analítico do século vinte: uma concepção formal de direito que saneia a discussão jurídica das controvérsias normativas substanciais – tese tradicionalmente representada como separação entre direito e moral.)

A desnaturalização significa uma desfundamentação do direito ou uma autofundamentação. As expectativas normativas são estruturas que se espraiam por toda a sociedade, mas uma visão teleológica, de normatividade imanente à natureza ou às relações sociais é rejeitada como critério para decidir quais dessas expectativas são jurídicas. A juridicidade é definida na medida em que uma questão seja identificada como problema de atribuição de certo valor (lícito/ ilícito) e sua solução seja processada por procedimentos e organizações que se reconhece como competentes – aqueles procedimentos e organizações que atualizam a função do direito. Do problema à solução, a comunicação é autorreferencial e codificada segundo aquela diferença, que é o "autovalor" do direito, não

[287] Ver Loewenstein, 1965 [1957]. Ver também a discussão *infra 3.3.1.3*, sobre impasses institucionais e direitos de participação.

um valor a ele transcendente. Esse autovalor é simbolizado pela validade jurídica[288]. A autofundamentação exigiu evolutivamente a emergência de novas diferenças, complementares à distinção entre lícito e ilícito. Três diferenças são acrescentadas pela forma "constituição" e complementam o código-chave do direito.

A diferença *poder constituinte/ poderes constituídos* torna o direito responsivo à política e a política responsiva ao direito, formando o estado democrático de direito ou estado constitucional. Pelo paradoxo do poder constituinte o direito externaliza o paradoxo de sua autorreferência, não pelo apelo a uma fundamentação moral, mas pela referência retrospectiva a um fato contingente de quebra de autorreferência: a revolução que dá legitimidade à constitucionalização, que estabelece o novo padrão de legalidade.

Essa diferença reproduz em uma situação empírica o desdobramento temporal encontrado no paradoxo do estado de sociedade instituído pela força da razão e da vontade presentes no estado de natureza – e então a constituição aparece como o equivalente empírico da ideia reguladora do contrato social. Mas, ainda, o paradoxo do poder constituinte se resolve em outra distinção: aquela entre soberania do estado e soberania do povo. A soberania do estado, tão unívoca e indivisível quanto o poder divino, desdobra-se no dogma trinitário da separação dos poderes (constituídos). A soberania do povo, manifesta no poder constituinte do povo, desdobra-se em termos de poderes constituídos pela referência procedimental ao povo no governo representativo. Soberania torna-se então cidadania: em sentido estrito (nacionalidade e direitos políticos) ou amplo (todos os direitos fundamentais).

A diferença *constitucional/ infraconstitucional* identifica os programas normativos e exige que sejam produzidos conforme a constituição. Isso duplica a validade como meio circulante do direito, como "moeda" ou "selo" que identifica a juridicidade de uma operação, de uma cadeia de eventos, de um ciclo de comunicação. Com o controle de constitucionalidade – por órgãos e procedimentos legislativos, mas sobretudo pela revisão judicial das normas e atos infraconstitucionais –, a diferença constitucional/ infraconstitucional é reforçada pela atribuição do código *constitucional/ inconstitucional*. O símbolo da validade jurídica é então duplicado.

Essas três diferenças consagradas na forma "constituição" não são aquisições evolutivas sincrônicas. A teoria do poder constituinte pode ser remontada por exemplo aos debates sobre "soberania do povo" (Rousseau) e soberania da "nação" (Sieyès) na

[288] Luhmann, 2004 [1993], p. 122.

revolução francesa e aos debates federalistas e antifederalistas na revolução americana. Na verdade, em todas as suas formas, a soberania do "povo" ou da "nação" busca quebrar o paradoxo da soberania constitucional: a soberania territorial do estado é remetida hierarquicamente à vontade do soberano; na democracia, o soberano, o ápice da pirâmide, é remetido à base, à soberania popular. Essa referência deixa de ser meramente simbólica e ganha alguma legitimidade na medida em que tal soberania se exerça no mínimo por um órgão colegiado e representativo (o parlamento).

Ademais, havia tradicionalmente a válvula de escape tradicional do direito de resistência e de revolução contra o tirano: se o soberano reivindica a obediência, precisa ele mesmo obedecer (ao direito); se as pessoas devem obediência ao direito, o direito deve obedecer à sua vontade (política). A resistência emerge quando essas simetrias são quebradas e vem à tona a pura arbitrariedade do poder, o estado de natureza. Desse modo, o direito de resistência é "o lado negativo da autorreferencialidade do direito"[289].

Nos últimos dois séculos, porém, a separação de poderes (com o controle legislativo do exercício do governo) e a universalização do sufrágio são duas técnicas organizacionais distintas que, associadas, rotineiramente incrementam essa referência paradoxal do topo à base. As reformas dentro da ordem são potencializadas pela pressão recorrente da opinião pública, pela ameaça eleitoral; um contrapeso é a necessidade do consenso dentro do centro de poder (a superação dos vetos dos vários poderes no esquema de freios e contrapesos ou no parlamentarismo). Ainda assim, há a possibilidade da ruptura e a transição caótica de uma ordem a outra não é plenamente ordenada. A reemergência do poder constituinte, liberado dos compromissos acumulados dentro de dada ordem, é deixada então para os casos excepcionais de crise, golpe, revolução.

Já a diferença constitucional/ infraconstitucional diz respeito à inovação de uma constituição "rígida" (em regra, textualizada em apenas um documento) em relação a uma constituição "flexível" (paradigmaticamente, a "constituição" britânica). O grau de dificuldade de alteração das normas constitucionais e as restrições ao poder de revisão, comparativamente aos procedimentos de mudança das normas infraconstitucionais, definem a restabilização dessa diferença. Essa definição não é evidente, mas sim política – importa decidir, por exemplo, se a constituição deve ser feita para durar e infinita enquanto dure (isto é, até uma revolução, que quebra a autopoiese e exige a heterorreferência radical do direito) ou se deveria ser alterada a cada geração (como queria Thomas Jefferson).

[289] Luhmann, 1993b [1991], p. 131.

Finalmente, a diferença constitucional/ inconstitucional, embora também processada no parlamento, só se restabiliza com o desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade, notadamente com sua expansão na segunda metade do século vinte. O centro do centro jurídico de decisão – as cortes superiores ou constitucionais – vive então no limite a oscilação entre interpretação estritamente jurídica e consideração consequencialista das "responsabilidades" políticas.

2.2.2. Tríplice sentido

O sentido é "um produto das operações que usam sentido e não, por exemplo, uma qualidade do mundo atribuível a uma criação, uma fundação, uma origem. Não há, por conseguinte, idealidade divorciada de experiência fática e comunicação". Assim também, "a memória constrói estruturas apenas para uso momentâneo para manter seletividade e conectividade limitada"[290]. A função "memória" torna o passado presente – seletivamente, em cruzamento com expectativas (sobre o futuro). O *output* é reintroduzido como *input*. Como a constituição atua nas três dimensões de sentido: a material, a temporal e a social?

A autopoiese do direito – o direito regulando sua própria produção, elidindo controles externos – é improvável. A constituição reduz essa improbabilidade ao definir um regime de colaboração e conflito entre direito e política. A constituição reduz os sentidos possíveis no direito e na política, pois exige a compossibilidade; assim, reforça os controles políticos da mudança jurídica e os controles jurídicos da mudança política, impondo condicionamentos que limitam o escopo de variação aceitável. Ao mesmo tempo, paradoxalmente, a constituição alarga o repertório dos argumentos políticos e jurídicos ao ampliar o potencial de controvérsia, pois o que conta como constitucional não é marcado definitiva ou claramente. A constituição só existe e se pereniza como comunicação sobre a constituição. Como texto, desacopla os momentos de informação e uso, de uso e compreensão; aumenta a incerteza sobre a compreensão do que se quis dizer; abre campo para conexões estranhas e imprevistas. O jogo entre determinação e indeterminação do sentido constitucional pode levar à normalização do que de início parecia um desvio, um sentido patológico do ponto de vista de certa orientação interpretativa. Diferenças de horizontes temporais (interpretação "originalista" *versus* interpretação "evolutiva" ou "construtiva") podem ser levantadas para justificar a transição de um valor a outro. Erro, decepção, uso e abuso intencional ou não dos signos normativos fazem parte da memória

[290] Luhmann, 2012 [1997], p. 18.

constitucional. A produção e a memória de critérios interpretativos – de formas, distinções – é a principal ferramenta para assegurar a consistência.

Mas também a constituição adiciona um nível de reflexividade que generaliza expectativas normativas muito exigentes, cuja concretização é improvável. Embora as normas infraconstitucionais devam ser interpretadas conforme a constituição, e não o contrário, a generalidade e a abstração das normas constitucionais demandam a um só tempo concretização hermenêutica (novos textos: interpretação e criação de sentido normativo) e institucional (desdobramento em órgãos e procedimentos). A concretização é criadora de sentido, gera a identidade constitucional. No plano da concretização, é aberta uma flexibilidade quanto às sequências e formas possíveis de alteração estrutural do sistema jurídico para dar conta das normas constitucionais. A criação de formas constitucionais (*e.g.* constitucional/ inconstitucional) e seu uso procedimental pretende regular os limites jurídicos e políticos dessa flexibilidade. As doutrinas sobre interpretação das normas de direitos fundamentais e as diferentes formas de controle de constitucionalidade dizem respeito a essa autorregulação.

A constituição atua na dimensão temporal de sentido: é norma de normas, e mais: um conjunto de normas de segunda ordem, algumas menos mutáveis que as normas ordinárias, outras imutáveis pelos poderes constituídos. Na dimensão social de sentido – a da institucionalização – o consenso presumido que suporta a vinculatoriedade das decisões políticas e jurídicas é reforçado constitucionalmente na medida em que a constituição constrói-se como ordem procedimental mais abrangente (nos termos hartianos, definindo regras de alteração e de julgamento). Finalmente, a diferença entre texto e norma constitucional configura a dimensão material do sentido – o problema da identificação de sentido e da interpretação. Aqui as normas processuais e materiais da constituição, por seu grau de abrangência temática, ganham uma qualidade ordenadora de toda uma ordem jurídica.

Em suma, a fixação textual da constituição leva ao seguinte[291]: 1) a constituição aumenta o potencial de autorrestrição do direito pela política e da política pelo direito, isto é, regula o escopo de seleção de sentidos sustentáveis por ambos os sistemas (compossibilidades); 2) a linguagem da constituição precisa lidar com o fato de que mais informação leva a menos aceitação, por isso desenvolvendo um grau de indeterminação ampliado, como nível de reflexividade das normas jurídicas ordinárias e das decisões

[291] Sobre texto e escrita, ver Luhmann, 2012 [1997], cap. 2, esp. p. 173.

políticas normais; 3) a textualização aumenta a diferenciação nas diversas dimensões de sentido, ampliando a possibilidade de especificação de temas, de combinação de dispositivos para a construção de normas e de remissão a diversos participantes que podem ser vistos como partes interessadas em decisões sobre a constituição; 4) a realidade "traduzida" no texto demanda formas complexas de argumentação sobre o que é necessário e o que é alterável; 5) o suporte material do texto escrito o expõe a maiores possibilidades de observação de segundo grau – de crítica, controvérsia e desestabilização das estruturas sociais consagradas em sua semântica.

O constitucionalismo pretendeu substituir a razão de estado e os segredos do poder por uma forma institucional – pública, organizada e procedimentalizada – de cooperação entre direito e política. O que era segredo tornou-se símbolo, uma manifestação que remete a um estado de coisas latente. Essa manifestação ou publicidade abre espaço à controvérsia sobre o sentido constitucional – à sua vinculação com a opinião pública e a personalidade jurídica ou, em síntese, às disputas sobre direitos. Desse modo, mesmo a forma de organização dos poderes precisa ser justificada à luz dos direitos do cidadão.

Ambientes internos contrabandeiam para dentro do sistema funcional o desnível de complexidade que caracteriza a diferença entre sistema e ambiente. Não só o ambiente é mais complexo – tem um excedente de possibilidades não realizáveis maior – que o sistema. Dentro do sistema, o ambiente interno é mais complexo que a esfera organizada. Essa característica estrutural manifesta-se em ciclos de confiança e desconfiança na conformação das expectativas que sustentam os sistemas. Na economia tais ciclos são medidos como inflação ou deflação. As expectativas do mercado desajustam-se em relação ao que as empresas e os bancos podem oferecer. Na política há reiteradas esperanças e decepções: da confiança inocente ao descrédito absoluto nas promessas dos governos, partidos e movimentos sociais. E no direito? O campo da personalidade jurídica, as diversas modelações e atribuições de direitos e deveres, poderes e responsabilidades, permanece sempre maior que os meios de acesso aos tribunais (ou mecanismos públicos ou privados equivalentes) e a capacidade institucional de processamento do centro decisório do direito. Assim, as expectativas podem oscilar entre reclamações sobre o "legalismo" e o inconformismo com a "impunidade" – o direito está funcionando "demais" ou "de menos"[292]. Particularmente no contexto constitucional, a ação convicta e resoluta para

[292] Neves (2008 [2000], pp. 244-58) não apresenta o legalismo e a impunidade como problemas do desnível entre esfera pública e esfera organizada, mas sim como problema de "corrupção sistêmica" (do direito pela política, pela economia e pelas boas relações) que trava a interpretação, como processamento da diferença

acabar com a distância entre esfera pública e esfera organizada pode cair em uma concepção instrumental do direito, com a submissão a uma política autoritária. Porém, na democracia o que ocorre como desajuste sobre as expectativas que encorpam a confiança na relação entre o centro constitucional (os poderes do estado) e a esfera pública (os direitos) são o simbolismo constitucional ou a idolatria constitucional. O simbolismo corresponde ao descrédito dos centros político e jurídico em dar um mínimo de realidade às pretensões da cidadania. A idolatria é a confiança excessiva, a esperança cega em que a atual arquitetura organizacional seja a mais adequada, senão mesmo perfeita, para garantir a liberdade, a igualdade e a solidariedade[293].

Na idolatria constitucional, a redundância de distinções que aumentam a consistência da comunicação ganha aqui uma qualidade sagrada da memória, da remissão às origens, a um passado fundador que pelo texto constitucional permanece presente. Ao intérprete cabe a elaboração racionalizadora sobre a autoridade consubstanciada no texto e nas instituições que ele sacraliza. A permanência do texto escrito permite uma contínua reabertura de controvérsias, de sentidos possíveis. Mas, nesse caso, a potencialização do

---

entre texto normativo e norma jurídica, e se associa à relação diferenciada de acesso ao direito e dependência do direito: em relações de "sobrecidadania", o indivíduo goza do apoio do sistema jurídico a suas expectativas, mas não se submete às obrigações e sanções (acesso sem dependência); os "subcidadãos" são "excluídos por baixo", sofrem as punições, mas não têm acesso aos benefícios (dependência sem acesso). Ver as discussões análogas sobre pluralismo jurídico (*infra 4.2*) e sobre inclusão/ exclusão (*infra 4.3.1.1*). A concepção que apresento neste capítulo diverge do modelo constitucional de Neves (2008 [2000], cap. 4) em pelo menos outros três pontos fundamentais. O primeiro diz respeito ao uso da distinção entre centro/ periferia e decisão programante/ decisão programada, associada à estrutura e à semântica do direito e da política. O autor não usa tais diferenças em sua leitura procedimental da separação de poderes (comparar *infra 2.3*). Um segundo ponto diz respeito à "esfera pública constitucional". O autor propõe uma noção normativamente carregada, um conceito mais habermasiano do que luhmanniano de esfera pública. A respeito da esfera pública, faz duas qualificações em relação à proposta da teoria da ação comunicativa: substitui a pretensão consensualista por uma abertura ao dissenso substantivo; reconhece o caráter de sistema não só à política e à economia, mas também a outras esferas de comunicação e insere na esfera pública as pretensões sistêmico-funcionais ao lado das pretensões morais, valores e interesses. Ao contrário, defendo que a esfera pública da constituição não pode ser considerada para além dos sistemas, como uma emanação do mundo da vida, mas apenas como a unidade de uma diferença: entre opinião pública e personalidade jurídica. Assim, na tensão entre a esfera pública da política e aquela do direito "está" a esfera pública constitucional. Não se trata de um campo de debates da "sociedade civil" desvinculado de referências sistêmico-funcionais. (Para uma comparação entre as concepções de esfera pública de Luhmann e de Habermas, ver Ribeiro, P., 2012.) O terceiro ponto diz respeito à discussão sobre "eficácia das normas constitucionais", que perdeu seu caráter de heterorreferência fática e tornou-se um padrão de autorreferência normativa. Em sentido próprio, eficácia é a constatação empírica da aplicação da norma (a observância espontânea da conduta prescrita ou a imposição efetiva da sanção). A doutrina constitucional passou a considerar a eficácia quase que uma qualificação da validade das normas: a produção de efeitos na relação entre normas (ver *infra 4.2*). Esse significado é impróprio para descrever o problema da implementação. A ideia de "concretização normativa" apontada por Neves como alternativa pretende indicar a passagem da norma jurídica à "realidade normada". Parece-me, porém, que essa concepção aposta excessivamente na interpretação constitucional, descuidando da necessidade de não apenas interpretar normas, mas também de implementar de medidas (relacionadas ou não à interpretação da constituição e a procedimentos judiciais).

[293] Sobre simbolismo, ver Neves, 2007 [1992] e a discussão *infra 4.3.1.1*, sobre inflação e deflação; sobre idolatria, ver a discussão *infra 3.3*, sobre experimentalismo democrático (Unger).

sentido é fortemente restringida por uma crença na perenidade das formulações, dos problemas e soluções apontados pelo constituinte. A noção moderna do poder constituinte incorpora essa visão do mito fundador – um ente que cria uma nova ordem e se desfaz, ou permanece latente na normalidade constitucional; uma vontade originária, ilimitada, autoproduzida e autofundamentada. Outras expressões são o originalismo e formas de culto à constituição ou "patriotismo constitucional".

2.2.3. Tríplice ordem de prestações

Até agora deve ter ficado clara a vinculação entre constitucionalização, positivação e desnaturalização do direito enquanto processos históricos: a constituição só se desenvolve quando o direito não é mais capaz de buscar referências externas para se justificar. A constituição, com sua superioridade formal na hierarquia de normas, substitui o direito natural conteudista (na verdade, tal hierarquia é uma representação simplificada de uma série de diferenças somadas: constituição/ legislação, legislação/ regulamento administrativo, legislação/ contrato, decisão administrativa/ sentença judicial etc. – mais que uma hierarquia, há uma série de especializações funcionais e esferas de poder e competência). A textualização do "direito político" em um documento unificado e orgânico também é funcionalmente relevante para diferenciar as expectativas jurídicas representadas como instituições diante de outras convenções implícitas que permanecem atrás do palco da política e do direito, como pactos e entendimentos entre os políticos e seus aliados dentro e fora do estado, entre os profissionais do direito e os políticos etc. Como texto público e com o diferencial da abrangência e generalidade de seu conteúdo (em comparação com a normatividade infraconstitucional), a constituição pode então ser tomada como base de protestos e cobranças por parte da sociedade, forjando a opinião pública. Esse vínculo, essa *representação* – como manifestação visível que mantém latentes, invisíveis alguns mecanismos do poder – é o que consegue o governo representativo democrático.

Com uma base textual, é possível de algum modo discernir as expectativas que são e as que não são imputáveis ao texto constitucional. Mas seria um populismo falseador da realidade afirmar que a "sociedade livre" *interpreta* a constituição em sentido propriamente jurídico, isto é, tendo em vista o binômio lícito/ ilícito como identificador de um problema jurídico que requer uma solução jurídica – ou seja, interpretação com vistas à decisão, à última (embora provisória) palavra sobre a questão. A especialização funcional

dos órgãos e procedimentos – que precisam decidir e, para isso, reduzir complexidade e desconsiderar muito da irritação do ambiente social – faz com que eles tenham a responsabilidade e a competência para interpretar, argumentar, justificar com exigências reforçadas de referência ao texto normativo. O liame com a opinião pública, porém, não é em vão: para os poderes políticos, exige uma retórica justificadora dos atos, faz com que as decisões sejam monitoradas também por um sistema especializado com especial função conformadora da opinião pública: o sistema dos meios de comunicação de massa. Também o judiciário, como organização controladora da consistência jurídica, embora não representativa, dispõe de mecanismos, procedimentos e exigências argumentativas que dão alguma realidade à exigência de motivação das decisões. A opinião pública, portanto, não decide, mas não é isolada como irrelevante – permanece como público diante da encenação. Isto diferencia uma democracia direta de uma democracia representativa, mas também esta diante de um regime autoritário.

A diferença entre democracia e ditadura, do ponto de vista constitucional, não se dá, em regra, no plano textual. Portanto, não é suficiente para captá-la uma teoria da norma ou da interpretação (como teoria da diferença texto-norma). Assim como costumam se impor a pretexto de salvar a democracia (como uma intervenção cirúrgica, temporária), ditaduras costumam usar como escudo de legitimação um texto constitucional. Quebrando a ordem jurídica vigente, constroem o argumento de que promoveram uma revolução para centralizarem a decisão constituinte: a inauguração de uma nova ordem. Outorgada sua constituição, ditaduras caracterizam-se pela centralização decisória, no que concerne ao centro organizado do direito e da política, e pela restrição de direitos, no que diz respeito ao ambiente interno da constituição. Isso ocorre em parte pela via jurídica (a *autólise* do direito pelo próprio direito), em parte por uma submissão do direito à política. Por isso, o direito ditatorial se reproduz não apenas quando o estado segue à risca textos manifestamente autoritários, mas também quando, diante de textos que mantêm o autoritarismo latente sob uma aparência democrática, o aparato público impõe fortes bloqueios políticos à concretização normativa.

A constituição institucionaliza – sobretudo conformando procedimentos estáveis e conteúdos invocáveis em controvérsias substanciais – vínculos entre as esferas públicas e as esferas organizadas dos sistemas político e jurídico. Sendo prestações os serviços que um sistema funcional presta a outro, a constituição institucionaliza diversas ordens de prestações ao ligar política e direito:

1) Prestações entre os centros organizados: representadas geralmente sob o rótulo de separação de poderes e controles interorgânicos. A constituição impõe obrigações de concretização de direitos ao governo e à administração pública e ferramentas de controle e efetivação de direitos ao judiciário. Poderes políticos e cortes são vinculados com regras sobre controles recíprocos e com garantias à imparcialidade dos juízes; essa divisão de competências permite que o judiciário controle (re-entrada do centro organizado da política no centro organizado do direito) suas atribuições politicamente definidas (re-entrada dos tribunais no estado).
2) Prestações entre os ambientes internos: geralmente apresentadas como direitos fundamentais, vinculados a demandas dos cidadãos. Assim, a constituição não apenas protege a esfera pública política com direitos de liberdade como também faz com que a esfera pública política tenha relevância na formação da vontade estatal (direito de voto, procedimentos eleitorais e participativos) e que a esfera pública jurídica (os direitos) seja reforçada por cobranças a respeito da efetivação e garantia de direitos. A opinião pública re-entra a personalidade jurídica e vice-versa.
3) Prestações de vínculo entre centro e esfera pública do sistema: essas prestações incluem tanto procedimentos quanto o reconhecimento da legalidade (personalidade jurídica) e legitimidade (representatividade política) das organizações da periferia do sistema. Opinião pública e personalidade jurídica são vinculados pelos direitos constitucionais, enquanto instituição que viabiliza e habilita as demandas que provêm de fora do direito para que sejam processadas juridicamente (re-entrada das esferas públicas política e jurídica no centro organizado político e jurídico).

2.3. A constitucionalização dos centros organizados

A distinção entre centro e periferia tem como base a racionalidade da tomada de decisão, referida aos programas que conduzem a decisão. É uma distinção típico-ideal, que apresenta empiricamente variações de grau. Considero adicionalmente que pelo menos seis séries de variáveis do desenho normativo contribuem para mover a tomada de decisão em um sentido ou outro do eixo *criação / aplicação* do direito, *decisão programada/ decisão programante* ou *centro/ periferia*. São as variações:

- no plano da *estrutura da norma*, de *standards* vagos a regras precisamente definidas;
- na *cadeia hierárquica e circular da normatividade*, a série de subordinações (direitos humanos, direito constitucional, legislação ordinária, regulamento), com a paradoxal dependência de normas superiores em relação a normas inferiores (que "desdobrem" o conteúdo daquelas);
- no plano *procedimental*, a série de mecanismos de controle intra e interorgânicos;
- no plano das *relações entre ordens jurídicas*, restrições, permissões ou obrigatoriedades determinadas pela relação entre ordens jurídicas diferentes;
- no *grau de vinculatoriedade* dos instrumentos normativos (*soft law* e *hard law*; declarações não vinculantes, normas imperativas ou *ius cogens*; normas programáticas e normas autoexecutáveis);
- na *justiciabilidade e executoriedade* das normas (monitoramento por comitês e sanções reputacionais *versus* condenação por tribunais e sanções de invalidação normativa, indenização, compensação simbólica, até a execução complexa de reformas estruturais).

A estruturação dos centros organizados da política e do direito obedece a basicamente dois tipos de padrões de centralização/ descentralização do poder: um critério territorial e um critério orgânico-funcional. Pelo critério territorial são definidas competências judiciárias e, quanto aos poderes políticos, formas de estado unitário, de estado regional ou de federalismo. Pelo critério orgânico-funcional, tem-se sobretudo a diferença entre os poderes: mais especificamente, entre os poderes políticos, a administração pública e o judiciário e, quanto aos poderes políticos, os diferentes sistemas de governo, com variedades de presidencialismo e parlamentarismo, e formas de governo, com variedades monárquicas e republicanas. O centro organizado de uma constituição liberal consiste assim em uma teia procedimental de interdependência, com a instituição de um regime de competências e de controles interorgânicos e intraorgânicos.

Embora o foco deste capítulo seja a esfera pública constitucional, um olhar mais atento ao centro organizado é um pressuposto indispensável. Os poderes e sua especialização são vistos, dessa perspectiva, sobretudo como mecanismos de interpretação e implementação de direitos e deveres, poderes e responsabilidades. A interpretação e a

implementação operacionalizadas por esses poderes realizam-se em sistemas procedimentais, que são o mecanismo de vinculação entre centro organizado e esfera pública.

A diferença conformada na forma "direito positivo" é não só a contraposição deste ao direito natural, mas sobretudo, quando se opera dentro do direito positivo, a diferença entre direito atual e direito possível. É como se o direito possível – as expectativas normativas marginais ao sistema jurídico – re-entrasse o direito positivo como potencialidade de revisão e reforma das estruturas do sistema jurídico atualmente operantes. Mas não se trata mais de um direito imanente à ordem das coisas; é apenas um direito possível, diferente do atual, que pode ser justificado como melhor, mas sem uma base moral tão densa ou ampla como a da semântica racionalista ou teológica. Direito positivo é aquele contingente, que autocontrola sua evolução por acoplamentos seletivos com outros sistemas (como política e economia) e reduz, no sistema jurídico, o espaço para considerações normativas (valorativas) que não sejam as já consagradas em alguma instância do próprio direito. Essas definições substanciais idealmente precisam ser canalizadas pela tomada política de decisões (legislação) ou por decisões econômicas, artísticas, educacionais, religiosas limitadas pelo direito estatal (autonomia privada). No sistema jurídico – especialmente em seu centro –, vale a autorreferência ao direito posto e atualmente vigente e este direito posto é que já deve ter incorporado, substancialmente, a heterorreferência necessária. É o sentido da ideia clássica do positivismo de que a aplicação do direito não se confunde com sua criação. O direito possível – contraposto ao direito real, atual – pode ser clamado da periferia do sistema jurídico, mas não é padrão institucionalizado para a tomada de decisão jurídica, para a sentença. Esse direito possível ocupa o espaço dos juízos de direito natural, mas em vez de fundado em uma ordem de valores evidente, abrangente, compartilhada e imediatamente válida, o direito possível não tem fundamentos últimos; é simplesmente aquele que pode passar a direito válido na medida em que obedeça aos procedimentos do direito atual.

Vejamos o exemplo da relação entre o judiciário e os poderes políticos. No século dezenove, especialmente na França, o legislativo pôde ser representado como o centro do sistema jurídico e os projetos de codificação pretendiam ao mesmo tempo selecionar e restabilizar o acúmulo de normas da tradição e vincular o futuro. Na dimensão temporal, as leis, especialmente os códigos, eram feitos para a imutabilidade e a eternidade. Na dimensão material, essa crença era plausível diante de semânticas jurídicas (a escola da

exegese) que pregavam a viabilidade da certeza formal pela redução da diferença ou mesmo pela identificação (literal) entre texto e norma (ou mesmo pelo não conhecimento dessa diferença). Na dimensão social, a produção de textos pelo legislativo e a contenção interpretativa proposta na teoria significava, por um lado, contenção do poder dos doutrinadores, que começariam a criar o direito a pretexto de interpretá-lo, como fizeram por séculos os romanistas. Por outro lado, a legitimidade política do parlamento – se não democrático, ao menos representativo – asseguraria sua supremacia contra o poder corporativo dos juízes. O positivismo então poderia ser identificado com a centralidade da lei. E essa é uma tradição constitucional centrada na supremacia parlamentar, tida como manifestação orgânica da soberania do povo.

Se o século dezenove pode ser caracterizado pela legislação e codificação, o século vinte marca a passagem da constituição de uma carta meramente política a uma instituição controlável por critérios estritos de juridicidade. Seria possível falar de uma transição da centralidade da legislação à centralidade da jurisdição (em sentido amplo, dos tribunais judiciais, das câmaras arbitrais, das agências administrativas e dos órgãos da administração direta).

No século vinte, deslocamentos nas três dimensões de sentido asseguraram a passagem da centralidade da decisão sobre normas jurídicas em parte ao executivo, em parte ao judiciário. Na dimensão temporal, como ressaltava a crítica sociológica e realista desde o século anterior, ficou evidente que os fatos superariam o direito e que este deveria correr atrás das mudanças na estrutura social. Assim, a intensidade de produção normativa do estado aumenta ao mesmo tempo em que se torna evidente a dificuldade de controlar o futuro. Na dimensão social, relativa à institucionalização do poder, a complexidade que foi aportada ao estado – com a demanda de que regulasse (ou mesmo planejasse, dirigisse) todos os outros sistemas sociais (economia, educação, saúde, arte) e até mesmo o ambiente natural – levou o executivo a uma vasta expansão de seu aparato administrativo e, do lado político, a uma crescente iniciativa legislativa (muitas vezes protagonizada pelo executivo). A unidade da diferença entre executivo e legislativo passou a autorizar, tanto no parlamentarismo quanto no presidencialismo, o uso do termo *governo* para indicar os poderes políticos, a despeito dos graus variáveis de independência procedimental e orgânica.

Já no que diz respeito à diferença entre executivo, como poder político, e administração pública, como seu aparato burocrático, foi marcante a estruturação de

serviços públicos, de um lado, e de outro o desenvolvimento de órgãos financeira e administrativamente autônomos, como bancos centrais, empresas estatais, agências reguladoras, órgãos antitruste e de defesa do consumidor. Essa imensa complexificação organizacional turvou a rigidez hierárquica dos esquemas de "fontes do direito" e gerou obsolescência do dogma de que só a legislação poderia criar novos direitos e deveres, poderes e responsabilidades ("inovar a ordem jurídica"). A esfera pública foi progressivamente redesenhada pela atividade normativa daqueles órgãos autônomos, de modo a romper com o padrão do regulamento administrativo subordinado à lei (política).

Ainda no plano organizacional, em contraponto ao governo (poderes políticos) manteve-se não apenas o judiciário como poder jurídico, relativamente apolítico, mas desenvolveu-se uma forma de acoplamento organizacional entre poder político e poder estritamente jurídico pelo progresso do controle judicial de constitucionalidade das leis e normas administrativas, sobretudo nas formas de controle concentrado, com uma corte constitucional, mas também na forma de controle difuso com um tribunal superior. A dimensão material de sentido implicou, na semântica jurídica, um desenvolvimento crescente da diferença entre texto e norma, isto é, de teorias da interpretação, sobretudo em vista da indeterminação típica das normas constitucionais. O direito constitucional, visto até então como reduzido basicamente à dimensão orgânica, formal (estruturação e separação de poderes), passou na segunda metade do século vinte – em seguida a um renascimento do direito natural no pós guerra – a enfatizar a "força normativa" dos direitos. Materialmente, essa ênfase ocorreu no contexto de novas teorias da interpretação – não só interpretação constitucional, mas certamente com especial referência à constituição e impacto na doutrina constitucional. Os direitos passam de fórmulas políticas de conveniência e oportunidade a normas jurídicas criadoras de pretensões exigíveis. Segundo essas teorias, os direitos têm um conteúdo valorativo (moral), mas são controláveis por órgãos eminentemente jurídicos, porque é possível uma razão prática, uma teoria da argumentação jurídica diferente do livre debate ideológico típico dos órgãos políticos. Institucionalmente, portanto, ficou evidente que alguém deve ser o guardião da interpretação dos direitos: os tribunais que realizam controle de constitucionalidade.

Diante dessa história, como fica a forma clássica de estruturação constitucional dos centros organizados da política e do direito, a "separação dos poderes"? Continua sendo precisa a ambiguidade fundamental de que a especialização de órgãos no desempenho de funções próprias ao mesmo tempo limita o poder – "dividindo" o poder (como meio de

comunicação) e criando poderes (órgãos) contrapostos – e potencializa a eficácia da ação estatal, pelas vantagens da divisão de trabalho. Mas, além disso, é necessária uma releitura procedimental dessa doutrina.

A meio caminho entre interação e organização, há três tipos de sistemas sociais autopoiéticos: conflitos, procedimentos e movimentos de protesto. Conflitos formam-se parasitariamente em outros sistemas. O direito, ao mesmo tempo em que os permite, os submete a procedimentos que envolvem terceiros na solução de disputas. Assim, diz Luhmann[294]: "O homem rico pode rejeitar uma comunicação de qualquer modo; mas o pobre agora também pode fazê-lo, se estiver *no seu direito*". E acrescenta, criticando o "funcionalismo moral" de Durkheim e os filósofos do direito, que "a primeira função do direito não é a integração moral da sociedade, mas a intensificação das possibilidades de conflito em formas que não coloquem em perigo as estruturas sociais".

Para solucionar conflitos, há uma forma de manifestação da esfera pública mais ou menos isolada em relação às organizações: é o protesto. Outra forma de solução de conflitos são os procedimentos, sistemas sociais que se desenvolvem no interior de sistemas organizacionais e que vinculam organizações à esfera pública ou ambiente interno do sistema funcional. Seja conformando acoplamentos estruturais, seja estruturando organizações, o direito tem na criação de procedimentos a principal ferramenta de operacionalização de instituições, de rotinização da autorreferência de instituições a decisões.

É preciso destacar que, na narrativa produzida neste tópico, fica faltando um aspecto essencial que esteve de fora das concepções clássicas de "separação de poderes": trata-se da universalização do sufrágio (e a criação de órgãos e procedimentos eleitorais), da institucionalização dos partidos políticos e da influência de grupos de pressão ou *lobbies* (precisamente as organizações periféricas do sistema político, em contraponto com o estado como organização central). Em suma, a doutrina da "separação de poderes" é anterior à democracia tal como a conhecemos e descuida da periferia do sistema político. Discutirei esse tema em relação às variedades de constitucionalismo – notadamente, o constitucionalismo liberal protodemocrático, o constitucionalismo socialdemocrata associado à extensão do sufrágio (e à decorrente expansão dos direitos sociais) e o

[294] Luhmann, 2012 [1997], p. 281 (destaque no original).

constitucionalismo da democracia empoderada, de alta energia ou do experimentalismo democrático[295].

2.3.1. A interpretação dos direitos

O constitucionalismo do século vinte pode ser caracterizado, quanto à esfera pública, pela inflação dos direitos – definida precisamente como uma declaração textual em muito superior à capacidade organizacional de implementação desses direitos. Essa inflação decorre sobretudo do vínculo entre direitos públicos subjetivos (o ambiente interno do direito) e opinião pública (o ambiente interno da política) – em outros termos, da democratização na forma de extensão do sufrágio e do desenvolvimento de procedimentos eleitorais e participativos guiados por critérios amplos de inclusão.

Quanto ao centro organizado, o constitucionalismo contemporâneo é identificado primeiro pela democratização, como vínculo procedimental entre opinião pública e decisão política (apoiado por vínculos também com o judiciário e os direitos), o que envolve o desenvolvimento de uma estrutura organizacional para a realização de eleições, outros mecanismos participativos e mesmo uma exigência argumentativa de justificação pública das decisões. Em segundo lugar, tal constitucionalismo é caracterizado pelo agigantamento do executivo, notadamente por seu aparato burocrático capaz de iniciar o processo legislativo e implementar as medidas que dão concretude aos programas políticos agora transformados em lei – políticas públicas. Em terceiro lugar, passa a ser evidente um fortalecimento do controle judicial de constitucionalidade e da atuação dos tribunais na definição, controle e monitoramento de políticas públicas. Mas a transformação semântica e estrutural do constitucionalismo autorizou ainda algo mais: na medida em que a esfera pública, as declarações de direitos ganham juridicidade e são vistas como exigíveis por critérios jurídicos e executáveis não simplesmente segundo a discricionariedade administrativa e conveniência política, a organização e o funcionamento dos poderes políticos são avaliados em função de sua contribuição para o alargamento ou restrição, a concretização ou o bloqueio de direitos. Essa avaliação tem como protagonista o judiciário. E com relação a este centro organizado do sistema jurídico, precisamente os temas da interpretação e da implementação vêm à tona.

Retomemos a morfologia do sistema jurídico. A diferença de posição das organizações no sistema funcional do direito é descrita justamente *em função* da

[295] Ver *infra capítulo 3*.

contribuição que essas organizações dão para a atualização da *função* do direito: para o resultado de se ter expectativas normativas generalizadas, isto é, para a criação e manutenção de instituições apoiadas normativamente (resistentes a fatos). No plano dos programas, essa geografia das organizações (centro e periferia do direito) tem o paralelo na diferença entre as formas de programação do direito: precisamente, em termos da teoria da decisão e da teoria das organizações, trata-se da diferença entre decisão programante (política) e decisão programada (jurídica)[296]. Seu correlato é a diferença entre centro e periferia do sistema jurídico: os tribunais como centro e os poderes políticos em sua periferia.

Luhmann[297] claramente aponta que a interpretação judicial é diferente da interpretação do direito pelo parlamento ou por partes privadas, pois as cortes interpretam as interpretações anteriores e argumentam sobre elas, com um dever de justificar que depende da construção da coerência do conjunto de normas elencado (coerência estritamente jurídica, não apenas adequação econômica, política, "social"). Embora filósofos digam que toda decisão jurídica – inclusive a legislação – é tomada em bases racionais, a necessidade de autorreferência do centro do sistema jurídico é diferente dos constrangimentos de sua periferia.

A institucionalização do estado de direito – sua forma de organização e seu respectivo apoio social – tradicionalmente supõe a gradualização progressiva dessa diferença entre decisão programante e decisão programada; precisamente, uma hierarquia de fontes formais do direito. Assim, em termos típico-ideais: primeiro, o constituinte estabelece a decisão programante que não deve recursividade a nenhuma decisão programada anterior. Em seguida, o legislador, dotado de legitimidade e argumentando pela valoração política de valores (ideologia), produz uma decisão programante que apenas precisa referir-se juridicamente à interpretação da constituição. Enfrenta alta complexidade desestruturada, devendo ouvir e considerar interesses e valores dos mais conflitantes, expressos pelas formas mais diversas, de modo a produzir uma decisão "representativa" dos grupos que garantem a provisão do apoio político e que possa ser universalizada como expressão em alguma medida da "vontade do povo". A administração pública não pode criar direitos e deveres, mas apenas detalhar a lei por meio da produção de normas

[296] A análise da decisão judicial é desenvolvida por Campilongo (2011 [2000], esp. cap. 3). Luhmann (2014 [1972], pp. 179-85; 1990c [1970], pp. 125-9) usa a diferença entre decisão programante e decisão programada desenvolvida por Herbert Simon (1955; 1977 [1960], cap. 2), reconhecendo (Luhmann, 2014 [1972], p. 353, nota 73) tratar-se de um *continuum*.
[297] Luhmann, 2004 [1993], p. 297.

infralegais (programadas pela constituição e pelas leis). Finalmente, o juiz, em face de um caso concreto, precisa argumentar considerando as circunstâncias fáticas e a interpretação das normas constitucionais, legais, administrativas e contratuais. A sentença, então, é a decisão mais programada, que mais exige recursividade a textos jurídicos, limitando assim o arbítrio do julgador.

A descrição desse cenário institucional não é (mais) totalmente plausível. Por um lado, as diferenças entre centro e periferia do direito, entre decisões programadas e decisões programantes e a observação de que as programações finalísticas são prioritariamente políticas, enquanto as programações condicionais são a matéria prima típica do direito, autorizam a interpretação de que Luhmann adota em termos descritivos algum formalismo, ainda que mitigado, em contraste com o realismo típico da sociologia jurídica mais empiricista e comportamentalista. Mas a semântica formalista nos termos estritos de uma separação asséptica entre arbítrio político e prudência judicial não resiste à configuração estrutural da tomada de decisões arranjada pela separação de poderes. Aqui, procedimentos reduzem a incerteza na tomada de decisões, fazendo com que sua aceitação presumida por terceiros (institucionalização) não dependa de qualquer consenso substantivo quanto a valores. As expectativas podem ser reestruturadas sem que os indivíduos tenham que "internalizar instituições". Basta que confiem que os outros confiam na tomada de decisões. O problema da arbitrariedade da dominação e da redução da complexidade e da contingência ganha a forma certeza/ incerteza. O paradoxo da certeza da incerteza é gerenciado por procedimentos, que associam à incerteza do resultado a certeza da correção dos ritos e formas da deliberação[298]. Aumenta aqui o potencial de aprendizagem, correção e revisão do direito. A separação de poderes constitui uma teia procedimental pela qual procedimentos judiciais, administrativos, eleitorais, legislativos entram em uma conexão circular e conflituosa, podendo as mesmas decisões serem reabertas e redefinidas, assim como fechadas pelo esquema de vetos múltiplos. Por esse esquema se controla e se reduz a capacidade de aprendizagem. Pela sobreposição procedimental e circulação e contracirculação das escolhas, viabiliza-se o dissenso substantivo com a confiança nos procedimentos[299]. Afinal, não há uma redução crescente de complexidade associada aos poderes e fontes do direito; a hierarquia formal esconde

[298] Luhmann, 1980 [1969].
[299] Neves, 2008 [2000], pp. 136-56.

que em cada arena as questões substanciais são reabertas[300]. Apenas a determinabilidade da semântica à disposição e dos constrangimentos institucionais é que define a diferença de grau e estruturação entre a complexidade a ser enfrentada em cada centro decisório, político ou jurídico.

Por outro lado, a complexidade reduzida e estruturada a ser enfrentada pelo juiz (o fechamento operativo do direito no centro), em comparação com a abertura e indeterminação do legislador ou administrador (a abertura cognitiva na periferia do direito), é expandida pela delegação de poder contida na formulação de normas abertas, no uso de conceitos indeterminados, em flexibilizações da irreversibilidade das sentenças e na inclusividade de procedimentos envolvendo direitos de titularidade coletiva ou difusa e/ ou riscos que demandam análise técnica de alta especialização e mecanismos de reversibilidade das decisões judiciais e monitoramento da implementação de medidas não elementares em termos gerenciais[301].

O juiz, devendo produzir uma decisão programada (a sentença), com recursividade a decisões programantes, precisa justificar uma fidelidade interpretativa. Produzir textos com base em textos – precisamente, *interpretar*. Essa recursividade ou autologia constitui o fechamento operacional. No interior de um sistema social específico – o procedimento – a interpretação está vinculada à *argumentação*: justamente observação de segundo grau, observação sobre as interpretações[302]. Assim, a diferença entre texto e expectativa ("fato ou norma") corresponde ao problema da interpretação. Para a interpretação jurídica, a questão é que norma "extrair" de um texto dotado de autoridade para o sistema (fonte do direito). Mas as várias possibilidades de norma que a interpretação produz e estrutura precisam ser processadas com vistas a determinantes situacionais e a uma decisão a que se tem que chegar. A argumentação precisa "manipular" as possibilidades interpretativas para eleger uma dentre elas – e, então, *justificar*.

Quanto à abertura cognitiva que o fechamento operacional proporciona, a consequência da teoria luhmanniana para a interpretação jurídica é uma rejeição ao formalismo interpretativo estereotipado como dedução mecânica ou interpretação literal. O direito só pode decidir sobre o lícito e o ilícito, essa decisão é mediada por programas, mas a interpretação e a argumentação flexibilizam o sentido, de modo que toda aplicação é

[300] Neves, 2008 [2000], pp. 186-7. Daí a solução de Merkl/ Kelsen: a hierarquia (estrutura escalonada) formal de validade das normas deixa em aberto a definição do conteúdo para além das atribuições de competência. Ver a discussão *supra. 1.3*.
[301] Ver a discussão *infra 3.3.1.1*, sobre direitos de desestabilização e a proposta de um poder reconstrutor.
[302] Sobre a especificidade da argumentação jurídica, ver Luhmann, 1995c; 2004 [1993], cap. 8.

também criação de norma. Direito positivo é direito contingente: poderia ser diferente. Não há como produzir certeza plena. Apenas é possível imunizar o sistema contra insegurança radical ("anomia") pela exigência de justificação das decisões. A distinção entre decisão programante e decisão programada capta as possibilidades da decisão. Decisões programantes são jurídicas, mas sensíveis a outros sistemas, como a economia (os contratos como decisão programante) e a política (a lei como decisão programante). Porém, não é possível excluir totalmente a indeterminação na tomada de decisões mais jurídicas, mais programadas: as decisões administrativas e, sobretudo, a decisão judicial. Ademais, a decisão judicial se vê confrontada com uma indeterminação substancial que não é plenamente resolvida apenas pela referência a programas condicionais.

Assim, as teorias positivistas-analíticas revelaram um lado indispensável do direito: o aspecto formal, de procedimentos que ligam interações a organizações e organizações que tomam decisões por procedimentos. Deixaram à periferia do direito (aos poderes políticos) o outro lado: a questão da substância do direito. O conteúdo é decisão política, decisão programante – com essa divisão de trabalho, preserva-se a dignidade do legislativo e do executivo. Suas decisões, sendo políticas, devem ser democráticas (responsivas à opinião pública) e legítimas. Quando ganha vulto uma teoria da interpretação substancial do direito, idealista, ao mesmo tempo em que se fortalece o controle judicial de constitucionalidade, é preciso balizar a tomada de decisões programadas (jurídicas) sobre uma decisão programante (política): desdobrar o paradoxo da decisão constitucional.

Por meio do procedimento, a diferença *direito pleiteado/ dever* é transformada na diferença *direito reconhecido/ responsabilidade*, cuja unidade é a sanção (positiva ou negativa). Essa transformação requer o procedimento como infraestrutura institucional pela qual a argumentação se desenvolve como unidade da diferença entre interpretação e decisão. Unificando o lado das instituições (direito/ dever) e da argumentação (interpretação/ decisão) está a norma: o procedimento jurídico é não apenas autorregulado (competência decisória, rito procedimental) e regulador (criação de normas segundo normas) no aspecto formal, mas também regrado no que diz respeito às balizas argumentativas (direito substancial). A reflexividade constitucional é usada não apenas para a coerência na interpretação de normas constitucionais, mas também se expande para a "interpretação conforme a constituição" da normatividade infraconstitucional (e, na dogmática, desenvolvem-se as doutrinas de eficácia privada dos direitos, assim como de constitucionalização dos diversos ramos do direito, especialmente do direito privado).

A argumentação jurídica prática ou doutrinária não pode se conter em considerações lógicas sobre relações formais entre regras. Precisa adentrar em considerações substantivas. Com o declínio do direito natural, como nota Ely, citando Unger, casos concretos revelam "uma mistura do geral inútil com o específico controverso"[303]. Sem poderem se referir à moralidade imanente como verdade revelada (direito natural), os juristas precisam apelar à opinião comum partilhada em diversos tempos e sociedades. Mas, quanto mais concretos os argumentos, menos convincentes; quanto mais vagos, mais indeterminados e abertos a uma variedade de interpretações[304].

Atenuando a separação entre política e direito, a análise jurídica racionalizadora prega que o juiz pode tomar decisões fundamentais enquanto interpreta a constituição. Isso porque sua decisão não é apenas um juízo lógico sobre regras (antinomias e lacunas do sistema) e uma verificação da regularidade formal, procedimental (da validade dessas regras). É um juízo sobre a política – não tanto a política empírica, das controvérsias ideológicas, dos partidos e da opinião pública, mas a "moralidade política" de uma "comunidade".

A complexidade do ambiente interno do direito – por onde circulam direitos e deveres, poderes e responsabilidades – foi reconhecida primeiro por meio da diferença temporal entre direito subjetivo garantido e exercício desse direito. É o conflito de pretensões jurídicas mutuamente excludentes (ainda que parcialmente) com titularidade diversa. É o conflito "interindividual", ao qual respondeu o conceito de "abuso de direito". A diferença entre direito garantido e direito exercido, pela qual o sistema jurídico desdobra temporalmente o paradoxo da autorreferência em ambiente interno, produz-se no sistema como uma contradição nos casos em que se reconhece o "abuso de direito", em situações concretas isoladas.

Posteriormente, houve o amplo desenvolvimento de uma visão que distinguiu regras e princípios como estruturas normativas e identificou direitos predominantemente com princípios. Com isso, desenvolveram-se critérios de interpretação e argumentação para a tomada de decisões que não tivessem à disposição rígidos roteiros de programação condicional (se-então; hipótese de fato e consequente normativo), mas em relação às quais pudessem ser identificados, também ou exclusivamente, critérios mais elásticos de programação finalística, com a definição mais ou menos vaga de objetivos sem uma estrita ordenação dos meios e procedimentos para realizá-los.

[303] Ely, 1980, p. 64.
[304] Unger, 1984a [1975], p. 241.

Mas princípios não podem ser simplesmente equacionados a valores – como preferências prescritas, isto é, normativas. Valores são socialmente estáveis e agregadores de consenso, enquanto psiquicamente são instáveis. São muito abstratos para permitir a seleção de qualquer ação e, em situações concretas, apresentam-se sempre em conflito de valores. Jamais são preferências incondicionais e, ainda quando não estejam explicitadas suas condições de aplicabilidade, dependem de deliberação e solução caso a caso. "Valores são então nada além de um conjunto altamente móvel de pontos de vista. Eles não se assemelham a estrelas fixas, como as ideias outrora se assemelhavam, mas a balões mantidos à mão para ser inflados quando preciso, especialmente em ocasiões festivas"[305]. Pretender a formação progressiva de uma teia moral coerente – ao longo de uma história jurisprudencial de interpretações – é exigir uma orientação que a moralidade de uma sociedade complexa não pode fornecer na reflexividade de valores em ideologias e argumentações, nem sustentar como pretensão meramente normativa de objetividade ou coerência.

Não há problemas para se reconhecer, em termos da teoria dos sistemas, a diferença entre regras e princípios como desdobramento do paradoxo (ou desparadoxização) de que o sistema jurídico é cognitivamente aberto porque operacionalmente fechado. A diferença princípio/ regra diz respeito ao grau de estruturação da complexidade oferecida às organizações que decidem sobre o direito. Essa diferença é construída na cadeia de interpretação-argumentação-decisão voltada à solução de um problema: portanto, quando o sistema jurídico realiza observação de segundo grau. Regras oferecem um maior grau de estruturação da complexidade e são diretamente razões para a decisão – reforçam o fechamento operativo do direito. Princípios permitem a abertura do direito à complexidade desestruturada do ambiente social externo; trazem para o direito uma complexidade pouco estruturada (*i.e.* pouco reduzida, pouco "preparada"). Dependem da aplicação ou criação de regras para a justificação da decisão. Há, entre regras e princípios, uma relação de complementaridade e tensão[306]: enquanto princípios operacionalizam uma reflexividade sobre as regras (referindo-as a propósitos e valores considerados normas jurídicas), regras reduzem o campo de sentido disponível ao intérprete. Portanto, o direito institui normas de normas não apenas formalmente (reflexividade procedimental), mas também materialmente (remissão de regras a princípios, políticas e propósitos).

[305] Luhmann, 2012 [1997], p. 204. Ver a discussão sobre valores *infra 4.3.1.3*.

[306] Para essa interpretação dos princípios e regras constitucionais como diferença que emerge na argumentação e na dogmática, ver Neves, 2013 [2011], cap. 3.

Observando o contexto jurídico em que emerge e tem sucesso a visão dos direitos como princípios, é preciso apontar que se trata de um contexto de materialização do direito e de judicialização da política. Os programas jurídicos incorporam, em sua indefinição interna (em vez do caráter formal das regras), a remissão a parâmetros extrajurídicos (formas políticas, econômicas, científicas, que o direito processa pelo caráter "material" dos princípios). A questão então é como remeter essas decisões para o centro do direito, torná-las processáveis nos limites das cortes, fora de sua zona de conforto (a tecnicidade administrativa ou a legitimidade política).

Se cruzarmos o eixo decisão programante/ decisão programada com o eixo programação condicional/ programação finalística, teremos que a programação finalística seria da competência dos poderes políticos, especialmente da constituição, depois da lei e, no máximo, do poder executivo – a quem, mais precisamente, caberia realizar os fins, dispondo dos meios com certa discricionariedade. Ao menos político e mais jurídico dos poderes – o judiciário – caberia apenas aplicar as regras, os programas condicionais: constatando os fatos descritos na hipótese normativa, impor a sanção aí prevista. A expansão do controle judicial de constitucionalidade – com a extensão das formas de intervenção do judiciário ou da corte constitucional sobre as decisões legislativas e administrativas – esfumaçou essa divisão de trabalho. E a semântica jurídico-teórica correspondente estabeleceu uma circularidade estreita entre teoria do direito e decisão judicial. Assim, por exemplo, o que é a fórmula da proporcionalidade desenvolvida pelo tribunal constitucional alemão e sistematizada por Alexy[307]?

Evidentemente, esse raciocínio exemplifica a expansão da oferta de justificativas decisórias proporcionada por novas teorias interpretativas, especialmente quando colocam como escopo oferecer mecanismos que degradem a contradições superáveis caso a caso paradoxos consagrados como matéria constitucional – a indeterminação institucional do imaginário constitucional. Após reconhecer que a decisão judicial depende de argumentação que supere os impasses a que chega o órgão decisório por técnicas tradicionais de interpretação, teorias constitucionais contemporâneas oferecem diversas vias argumentativas de controle da racionalidade da justificação da decisão.

O juiz ou tribunal pode aferir a adequação e a necessidade do ato legislativo ou administrativo e sopesar o bem que ele promove com o mal que causa ou é capaz de causar (transcritos como promoção ou restrição de direitos). O que não é evidente é que o sucesso

[307] Alexy, 2008 [1986].

do método da proporcionalidade e seu uso na judicialização da política advêm de que se trata justamente de um mecanismo de conversão de programas finalísticos em programas condicionais e de uma volta por cima do judiciário sobre o governo – programando o programador. Hierarquia entrelaçada ou metáforas semelhantes são as imagens paradoxais que vêm à mente. Então, fica difícil sustentar a expectativa dos codificadores e da escola da exegese: se há centro do direito, não é (mais) o legislativo.

Mas por que *conversão de programas finalísticos em condicionais*?[308] O direito transforma programas condicionais em finalísticos ou (1) definindo a finalidade episodicamente, e não como um fim de todo o sistema; (2) ou por regras processuais, pelas quais se imuniza os julgadores de serem responsabilizados por não atingirem a meta – assim, a decisão é orientada pelos elementos à disposição do convencimento do magistrado, e não vinculada à obtenção dos fins. A proporcionalidade permite a redução pragmática dos fins ao caso concreto, e em seus limites informacionais.

A técnica do sopesamento responde pela desparadoxização da diferença entre decisões programantes (finalísticas) e decisões programadas (condicionais) por meio da condicionalização dos programas finalísticos. Mas também se aplica para desparadoxizar a diferença entre utilidade coletiva (o caráter consequencialista das políticas públicas) e direito individual (com caráter deontológico, *a priori* inviolável, insuperável, absoluto).

Reconsideremos então a visão dos direitos como princípios, ou como "trunfos" que derrotam qualquer outra justificação de medidas e decisões políticas[309]. Toda justificação político-moral deve partir da igual liberdade dos cidadãos. Ao se balancear os interesses em jogo, um cálculo utilitarista que considerasse em pé de igualdade os interesses de todos poderia conduzir à defesa de certa medida, mesmo que ela contrariasse um interesse fundamental individual, desde que houvesse um incremento comparativo do bem estar geral. Conceder à minoria a prerrogativa de deter tal medida seria dar peso especial a seus interesses, quebrando o igualitarismo do cálculo. Dessa forma, o papel distintivo dos direitos na argumentação moral, política e jurídica está em ultrapassar todas essas justificações de fundo sobre objetivos coletivos. Mas essa solução só se sustenta por um paradoxo: a própria teoria da justiça política (a consideração dos valores e do bem estar coletivo) é defensável uma vez que seja igualitária; uma vez que seja igualitária, não pode se contentar com a igual consideração dos interesses individuais no cálculo geral das preferências; precisa contrabandear pela porta dos fundos a exceção: a medida com

[308] Ver Luhmann, 2004 [1993], pp. 196-203.
[309] Dworkin, 1984 [1981]. Ver a discussão *supra 1.2*.

consequência mais positiva para o bem estar da comunidade prevalece, *desde que* não fira um direito. Como os valores normatizados não conduzem por si só à decisão, a decidibilidade precisa ser habilitada por uma distinção interna. A conclusão paradoxal, como se haveria de esperar de qualquer filosofia liberal, é de que o justo político é justo porque abrange o direito individual. O último re-entra o primeiro.

"Talvez ainda estejamos esperando, mas provavelmente sem muita esperança de sucesso, uma correspondência entre decisão e princípio, uma fórmula redentora, conclusiva, um sistema no sentido daquele de Kant e uma lei geral, válida a priori. Todavia, o fundamento geral de toda decisão reside não em um princípio, mas em um paradoxo."[310] Direitos são então apenas *a priori* triunfantes: absolutos, invioláveis, insuperáveis por considerações utilitaristas ou consequencialistas de bem estar coletivo e política pública. Afinal, podem ser derrotados não apenas pela demonstração de alguma falácia de validação formal ou substancial (o direito subjetivo invocado não é amparado pelo direito), mas também pela demonstração de algum custo excepcional e irrazoável que a sustentação daquele direito (a prevalência da dignidade ou da igualdade) iria impor contra a medida conflitante com tal direito[311].

Apesar da racionalização idealista do direito, avançada sob a justificativa de uma semântica capaz de nutrir a segurança e a certeza do direito contra as aventuras da indeterminação realista e crítica, as cortes estariam de novo desorientadas pela filosofia e dependentes de um juízo técnico (a mensuração dos custos em questão). Essa recaída no empiricismo, porém, tende a ser na prática escamoteada[312], pois é mais fácil à argumentação jurídica e ao discurso doutrinário permanecer no plano normativo, seja aquele de primeiro grau (das regras já formalizadas e reconhecidas como jurídicas), seja aquele de segundo grau (que indaga dos valores subjacentes a tais regras, colocando em questão sua defensabilidade moral/ normativa, ou remete a normas jurídicas – princípios, *standards*, políticas – elas mesmas diretamente remissíveis a juízos de fato e valor).

Mais uma vez, a solução criativa do sopesamento ou da regra da proporcionalidade vem a decidir o que a pura remissão a valores e fins deixa em aberto. A questão dos meios – da liberdade política de escolha dos meios – permanece, porém, vulnerável. E então as fricções entre política e direito, ou entre centro e periferia do sistema jurídico, fazem-se sentir, entrando em cena considerações de legitimidade e capacidade técnica na análise

[310] Luhmann, 2008 [1992], p. 20.
[311] Dworkin, 1977, p. 200. Ver também a discussão de Costa-Neto (2015), sobre direitos como trunfos e sopesamento.
[312] Como nota Teubner, 1989, pp. 742-52.

institucional comparativa. Da controvérsia sobre o caso em juízo, sobre como decidir, passamos ao juízo sobre as controvérsias institucionais, sobre quem deve decidir e sobre como decidir quem decidir.

Dado esse passo, da indeterminação interpretativa à indeterminação institucional, como podemos interpretar o problema da interpretação em referência aos centros da política e do direito? Da parte de Luhmann, como visto, é preciso coordenar, de um lado, o reconhecimento da diferença entre centro e periferia do direito – ou entre decisão programada e decisão programante; de outro, a perspectiva da abertura cognitiva por meio do fechamento operacional na comunicação jurídica, isto é, na interpretação e na argumentação. Estruturas normativas (a constituição, os princípios) aumentam a indeterminação, a complexidade circulante no sistema jurídico e em seu subsistema central: os tribunais. Esse aumento de complexidade aumenta o grau de variabilidade interpretativa e a flexibilidade da argumentação. Mas a conformação institucional – procedimental – da tomada de decisão judicial restringe seu escopo em relação à decisão política.

Da parte de Unger, não seria impreciso descrever que sua teoria do direito está muito mais preocupada em ampliar a capacidade de variação da periferia do sistema jurídico e de seus acoplamentos estruturais (poderes políticos, constituição, contrato, propriedade) do que em prover critérios de consistência para o centro do direito – as cortes. Não obstante, sua crítica da análise jurídica racionalizadora tanto quanto da visão da indeterminação radical do direito encaminham-se em paralelo a uma observação sobre o escopo da sentença. A forma de argumentação típica no auditório judicial é o raciocínio analógico, visto como um método de equiparações caso a caso, com referência a propósitos, mas com baixo grau de abstração e generalização. Em contraste com esse raciocínio "local" coloca-se não apenas um positivismo ou formalismo que desconhece controvérsias substantivas em nome da aplicação "legalista" de regras, mas também uma visão moralizante e com aspirações sistematizadoras, uma superestrutura que não apenas revela parcialmente o caráter substancialmente controverso do direito, mas pretende que o juiz seja protagonista de uma racionalização que consagre pouco a pouco a correta ordenação valorativa e a melhor forma de organização de cada setor da sociedade.

E aqui encontramos, finalmente, uma referência explícita de Luhmann a Unger[313]. Unger apresenta os juízos finalísticos como particularistas e instáveis, uma vez que o meio

[313] Luhmann, 2014 [1983], pp. 285 e 384 (nota 14); 1988b, p. 24 (nota 27); Unger, 1976b, p. 86.

mais efetivo para um fim varia de situação a situação e os propósitos são complexos e móveis. Luhmann considera a posição de Unger "muito controversa". Mas afinal concorda que a programação condicional combina abertura e fechamento do direito, reduzindo a margem para considerações causais e fazendo com que cada remissão a finalidades ou propósitos torne o sistema muito dependente de considerações ambientais e o desestabilize. Desse debate, podemos extrapolar uma conclusão sobre as teorias idealistas do fim de século: expandir raciocínios finalísticos para além do particularismo, com a pretensão de tender a uma teia coerente de valores que confira objetividade ao juízo normativo só pode desestabilizar o direito a ponto violar abertamente o fechamento operativo do sistema jurídico – e, portanto, sua abertura cognitiva.

De fato, fora da mentalidade formalista e do direito liberal por ela conceituado, o direito social, "substancializado" pela heterorreferência a questões econômicas, políticas, sanitárias só pode ser construído e interpretado juridicamente por referência a propósitos, princípios e políticas (em termos normativos) e a *standards* e critérios técnicos (em termos empíricos). Essa dupla abertura precisa ser cauterizada pelas regras formais e dá margem a certa indeterminação. Contê-la pelo suporte de fundo dos princípios em concepções abrangentes de valor e justiça pode dar integridade e objetividade à interpretação – mas será uma coerência falsa e arbitrária. Em termos de ambiente institucional da interpretação, configura reforçar a juristocracia diante dos poderes políticos. Em termos de operação interpretativa, coloca um único modelo de organização da área do direito em questão onde a ação conjunta dos propósitos, princípios e políticas em jogo produz na verdade esquemas de vida diversos e divergentes. Mas elevar a discussão a esse nível (das regras formais e normas ideais correspondentes à inter-referência desse material normativo a teias de valores abrangentes) é passar para o lado da política, da criação do direito, o que recomenda deferência dos juízes aos legisladores e administradores. O que não pode ser resolvido pela interpretação de regras formais à luz de uma substância ideal a ela referente de modo mais ou menos incontroverso não deve dar margem a "acordos teóricos" entre juízes; deve ser remetido o mais possível do lado de arenas em que os acordantes são mais abrangentes e representativos.

Essa divisão rotineira de papéis institucionais na construção do direito (mantida na interpretação finalística e analógica) é o caso normal; pode, é certo, ser insuficiente para

situações excepcionais[314]. Assim é que, de um lado, diante de casos em que a interpretação do direito posto conduziria a resultado manifestamente injusto e dissonante dos costumes e das expectativas associadas a papéis e posições, essa interpretação pode ser superada por meio de um ajuste pela equidade. De outro lado, especialmente no controle de constitucionalidade, a inércia e os impasses dos poderes políticos podem conduzir a uma situação de crise indecisória; então, sobretudo as cortes superiores precisarão compensar a incompetência da política por uma intervenção de reinterpretação radical da constituição, em um ato de "estadismo judicial". Em ambos os casos, o desvio da normalidade jurisprudencial pode manifestar suas justificações sem pretender desvendar razões ocultas e moralidades subjacentes em uma história de precedentes e leis. No caso da macrointervenção, é certo, sua legitimidade é ampliada à medida que a ação judicial é apoiada, se não pelo centro da política (paralisado), por sua periferia (movimentos sociais, partidos, grupos de pressão). Mas então as regras do jogo são as da contestabilidade política.

É certo que essa escolha de estilos interpretativos é mais a prescrição de uma dinâmica contingente de autocontenção judicial (moldada pela cultura jurídica e por incentivos e constrangimentos organizacionais) do que uma decorrência inerente da distintividade da argumentação jurídica. Parece ser a última trincheira defensável da racionalidade do discurso jurídico; uma espécie de "formalismo" mitigado, se por formalismo entendermos "um compromisso em, e então também uma crença na possibilidade de, um método de justificação jurídica que contrasta com disputas abertas sobre os termos básicos da vida social – disputas variavelmente apelidadas de ideológicas, filosóficas ou visionárias"[315].

A tese da indeterminação institucional de Unger reconhece o caráter controverso do direito e, justamente por isso, volta-se para a argumentação sobre os diferentes modos de organização social juridicamente especificados – para o mapeamento dessas alternativas e sua crítica segundo critérios empíricos e normativos. O problema da análise jurídica racionalizadora está em fechar o campo de visão das alternativas juridicamente moldadas – fechar este campo seja pelo foco privilegiado no juiz, seja pela redução da controvérsia substantiva e valorativa presente na comunicação jurídica. Pretendendo sitiar a

[314] Sobre esses níveis de interpretação, ver Unger, 2015b [1982], pp. 98-9, 177-8. Sobre o caso normal e os casos especiais da interpretação judicial, ver Unger, 1996, pp. 113-9; 2015c, pp. 50-1. Sua visão de interpretação parece então próxima à de Fuller (ver discussão *supra 1.2*) e mesmo à da nova retórica de Perelman (citado em Unger, 1970).
[315] Unger, 2015b [1982], p. 79. Comparar com Schauer (1988), sobre "formalismo presumido".

discricionariedade na tomada de decisões, esse neorracionalismo acaba por marginalizar os procedimentos políticos de produção do direito.

Em suma, há diferentes modos de organização e de procedimentos que conformam a argumentação. A argumentação também se volta à confirmação ou criação de instituições, e certas doutrinas ou princípios empoderam o judiciário nessa tarefa – por exemplo, teorias como as de "interpretação conforme a constituição", "eficácia privada", "constitucionalização do direito" e "estado de coisas inconstitucional". A argumentação jurídica não ocorre no "céu dos conceitos", das formas puras. A argumentação, de um lado, ocorre em um contexto institucional e, de outro, forja instituições. A unidade dessa diferença é que a argumentação é não apenas produção de normas jurídicas a partir de normas jurídicas, mas também segundo normas jurídicas. E mais, o produto desse processo é jurídico e seus fatores também, pois a argumentação, a motivação, a justificação têm que comunicar sempre usando o código lícito/ ilícito e o meio da validade. Essa comunicação – fechamento operacional – é também uma representação: ela é que conta socialmente. Mas não estão excluídas quaisquer motivações ou causas para além do direito, para além das confessáveis.

Reconhecido que a positivação do direito e sua constitucionalização produzem uma complexa teia de reflexividade formal e material do direito e que a interpretação e a argumentação jurídicas são conformadas por essa institucionalidade, é possível abrir a visão das formas alternativas de organização do centro organizado "da" constituição. Vários exemplos podem ser referidos. Vejamos dois.

O primeiro exemplo de um debate sobre as alternativas institucionais do centro organizado da constituição são as diversas formas de controle de constitucionalidade (das "fortes" às "fracas"), que mostram justamente as alternativas envolvidas na articulação de competências e procedimentos de cada poder. O segundo exemplo nasce da constatação de que a divisão e multiplicação dos poderes incrementa a complexidade da esfera organizada da política e do direito, em seus centros e periferias, ampliando as chances de consideração e reconsideração de opções interpretativas; assim, para ampliar esses ciclos de consideração e reconsideração de opções de sentido, podem ser desenhados novos poderes de estado. Nessa via, a proposta de outros poderes voltados à interpretação e implementação de direitos pode ser coerente a partir do entendimento dos limites da capacidade cognitiva e da legitimidade procedimental dos tribunais.

É preciso então frisar como se relacionam os problemas da interpretação, argumentação e justificação jurídica/ judicial e de sua inserção no contexto institucional de diferenciação de organizações e sistemas funcionais. A partir do reconhecimento da diferença entre texto normativo e norma jurídica, a hermenêutica constitucional avançou na especificação de formas interpretativas e procedimentos organizados voltados aos direitos. Porém, a lição mais importante dos desdobramentos da teoria da interpretação constitucional ao longo do século vinte foi de que há uma descontinuidade fundamental entre interpretação e implementação. Por mais que se preocupe com a "eficácia" e "concretização" dos direitos e afirme que toda aplicação do direito é "criação", a hermenêutica jurídica submete essas categorias a uma autologia na relação entre norma e texto normativo que apenas sublinha os limites da diferença entre determinação/ indeterminação interpretativa e determinação/ indeterminação institucional. Um problema dessa distinção é muitas vezes identificar instituições com organizações, e então tratar de procedimentos mais que da argumentação substancial sobre o direito. De outro lado, pode-se tratar da argumentação substancial sem colocá-la no quadro mais amplo de seus limites e das possibilidades que ela deixa de fora.

A diferença interpretação/ instituição certamente apresenta uma unidade: instituições (complexos normativos) são interpretadas segundo textos e a interpretação é condicionada por limites *institucionais*, no sentido mais sociológico e jurídico de normas tanto quando no sentido mais usual de órgãos funcionalmente especializados (definidos por normas). Como evidente na crítica de Unger à "análise jurídica racionalizadora", teorias da interpretação judicial podem ter um efeito restritivo do campo de visão da indeterminação institucional, funcionando como profecias autorrealizáveis sobre a razoabilidade e justiça do direito atual e a concentração de poder decisório no judiciário.

Os limites institucionais de uma interpretação judicial não podem ser confundidos com a indeterminação das instituições jurídicas – diferentes organizações gozam de diferente legitimidade (ou melhor, institucionalização, consenso presumido) para a modelação, modificação e criação de instituições (direitos, propriedade, federalismo, eleições). Por isso, a tese ungeriana da indeterminação institucional – de que mercados, governos e outros âmbitos da sociedade podem ser organizados de diferentes formas, esquadrinhadas na textura fina do direito – não se confunde com o problema da indeterminação interpretativa do direito no âmbito judicial. Esse problema, que tem monopolizado a teoria do direito e a teoria constitucional, é foco de controvérsias teóricas

como aquela entre o interpretativismo de Dworkin e a indeterminação radical com a qual se estereotipizam os *critical legal studies*.

A tese da indeterminação institucional tem alcance mais largo que o problema da interpretação judicial. Ela permite mapear e criticar as diferentes formatações de órgãos e procedimentos voltados à interpretação do direito, inclusive colocando em disputa os termos da precedência ou deferência judicial, da soberania do parlamento, da competência do executivo para a definição e implementação de direitos (na forma de políticas públicas) ou de tarefas colocadas pela ordem jurídica que demandariam novos poderes de estado.

Da perspectiva interpretativista, cujo horizonte é a tomada de decisão jurisdicional, a indeterminação do direito decorre daquilo que Hart[316] chamou de "textura aberta da linguagem", incontornável em qualquer enunciado (inclusive nos jurídico-normativos). De uma perspectiva institucional, que não só coloca a jurisdição no contexto da separação de poderes, mas sobretudo no quadro da diversidade de alternativas de organização e procedimento na produção do direito (jurisdição, mediação, contrato, legislação, gestão), é preciso constatar a especificidade da indeterminação que toma corpo no judiciário. Essa especificidade advém justamente de sua posição de órgão decisório central do direito: como identificado por Luhmann[317], a proibição do *non liquet*, de decidir não decidir, transmuta a obrigação de decidir em liberdade para decidir, isto é, coloca o juiz na posição de observador de segunda ordem, ampliando o horizonte de contingência, de soluções possíveis. Essas soluções então só podem ser trabalhadas no discurso de argumentação sob critérios mais ou menos pré-definidos, como observação de segundo grau – não da mera interpretação, como produção de textos com base em textos. Tal obrigação de decidir, que distingue o judiciário dos poderes políticos e das formas privadas de solução de conflitos, gera um tipo de indeterminação específico, decorrente da posição institucional no sistema jurídico. Não por acaso, as garantias de imparcialidade do juiz caminham lado a lado com sua imunização quanto a responsabilidade pelas consequências de sua decisão. Daí o formalismo relativo que caracteriza e limita as cortes, o centro do direito, em contraste com a liberdade criativa das formas que identifica a periferia do sistema jurídico.

Por exemplo: comentando esse tema e apresentando essa distinção entre indeterminação interpretativa e institucional, um observador[318] afirma o dilema central da ideia de que o judiciário possa implementar reformas estruturais de longo alcance em vez

[316] Hart, 1994a [1961], cap. 7.
[317] Ver Luhmann, 2004 [1993], pp. 274-304.
[318] Rodriguez, 2016, p. 125.

de se cingir à tradicional solução de controvérsias interindividuais. Trata-se do "*trade-off*" de que "quanto mais 'efetiva' a ação do Judiciário, menos limitada; quanto menos 'efetiva', mais limitada".

Contudo, a questão não é assumir esse dilema: ele só vale dados os pressupostos atuais de organização, procedimento e arsenal argumentativo; pode ser destravado pela transformação desses pressupostos. É preciso então passar da estática à dinâmica, sem pretender que a "escolha" das novas molduras será dada por um processo análogo à reprodução interna dentro da moldura atual de crenças e instituições. Que tipos de mudanças em procedimentos e organizações voltados à implementação de direitos permitiriam uma saída a tal dilema? Pois, afinal, a hipótese aqui é de que, esgotado o potencial interpretativo e argumentativo do direito, batemos nos limites institucionais da posição judicial. "Se esgotei as justificações, então atingi a rocha dura e minha pá entortou. Então estou inclinado a dizer: 'é assim que eu ajo'."[319] Não há mais regra a seguir nem a interpretação é capaz de solucionar a controvérsia sobre regras e apontar qual é a regra[320]; é preciso criar nova regra. É então necessário mudar o pano de fundo institucional da tomada de decisões, transitando à periferia do sistema jurídico ou remetendo a escolha a outros sistemas.

É certo que a proibição da denegação de justiça, a vedação do *non liquet* caracteriza o centro decisório do direito, impedindo-o de aplicar o código ao código: de perguntar se é lícito ou ilícito decidir sobre o lícito e o ilícito naquele caso. Os dribles, as técnicas para evitar encarar a górgona do paradoxo constitutivo do direito e ser paralisado por ele, são variados[321]: a distinção antiga entre direito natural e direito positivo, lei e equidade; a distinção moderna entre razões razoáveis e razões irrazoáveis, direito positivo e direitos naturais (pré-positivos, como aplicação do código lícito/ ilícito anterior ao próprio direito); a ficção formalista da completude e coerência formal do conjunto de normas e da racionalidade do legislador; a diferenciação analítica entre regras primárias e secundárias na autorreferência do direito, a decisão de mérito evitada por vícios processuais; a distinção entre as regras e princípios, programas condicionais (se-então) e propósitos, políticas e princípios a eles atribuíveis, manifestos ou tácitos, construídos por abstração sistemática ou apelo às "normas sociais". Afinal, a determinação da decisão, quanto mais difícil, mais depende do apelo específico a noções indeterminadas, do discurso

[319] Wittgeinstein, 1999 [1953], § 217.
[320] Hershovitz, 2002.
[321] Luhmann, 1988c. Para os correspondentes na filosofia política e nas autodescrições da sociedade, ver Luhmann, 1988d.

"escolástico", de falar precisamente de coisas vagas. Mas passos sucessivos para trás, a fim de aumentar o raio de visão e a abstração e a generalidade da ficção sistemática, a fim de dar coerência e integridade à ligação entre o direito em geral e o direito no caso concreto, podem levar, se não à queda no abismo da arbitrariedade e da usurpação de poder, à autocontenção nos limites da competência e da capacidade institucional.

Mas não ocorrem apenas transformações semânticas que permitem ao direito e seus agentes prosseguirem por novas distinções argumentativas e doutrinárias, invisibilizando o paradoxo da autorreferência do direito; mudanças estruturais destravam o pano de fundo diante do qual essas distinções operam e fazem sentido; é esse o escopo da imaginação institucional. Daí que progressos na esfera pública dos direitos – incrementos de complexidade – tenham que estar ligados à complexificação da esfera organizada: novos órgãos e procedimentos para processar novos tipos de direitos, relações e conflitos. Aqui a morfologia e a reprodução rotineira do direito passam ao campo da metamorfose e da alteração direta e disruptiva do arcabouço institucional da titularidade e do exercício de direitos, das relações jurídicas, dos conflitos e das soluções de controvérsias[322].

2.4. A constitucionalização dos ambientes internos

O fechamento operacional dos sistemas lhes permite manter alto grau de complexidade interna, pois se desligam de uma reprodução que atenda imediatamente às mudanças no ambiente. Com isso, o sistema cria sua própria realidade, a única a ele acessível. Nessa autoprodução comunicativa, o sistema distribui conhecimento e ignorância, surpresa e confirmação de expectativas, variedade e redundância. Estruturado por expectativas, o sistema é capaz de realizar antecipações. Nos meios de comunicação simbolicamente generalizados, o sistema encontra formas aptas ao reuso, que condensam e confirmam expectativas e se aplicam a uma grande variedade de situações – a circulação da moeda, da validade e do poder dão concretude à autonomia operacional dos sistemas econômico, jurídico e político. Com seu meio prioritário, o sistema pode desenhar internamente suas próprias fronteiras: a cada comunicação, distinguindo a fronteira entre o que interessa e o que não interessa ao sistema e permanece no seu ambiente. Ainda, por re-entrada, o sistema, na comunicação que lhe interessa como informação, oscila entre o lícito e o ilícito, o ter e o não ter (dinheiro, propriedade), o governo e a oposição.

[322] Ver a discussão *infra capítulo 3* sobre variedades de constitucionalismo e um novo sistema de direitos ("DIPA").

A definição luhmanniana de sociedade – como sistema social que abrange todos os outros, como conjunto de todas as comunicações – lembra, como ele próprio reconhece[323], a definição aristotélica da "comunidade política" como aquela que inclui todas as outras comunidades e grupos. Entretanto, cada subsistema social não é apenas parte da sociedade, mas desenha uma fronteira entre sistema e ambiente, observando-se a si mesmo (autorreferência) e à sociedade como um todo (heterorreferência).

Para promover a circulação de seus meios de comunicação (isto é, a reprodução do código e o "cumprimento" da função), o sistema não pode deixar de assegurar permanentemente a heterorreferência em condições de autonomia operacional. Para tanto, os sistemas precisam dispor da estruturação de um ambiente interno. Precisam criar sua ordem interna, controlando a produção de determinação e indeterminação, pois não podem alcançar o controle operacional de outros sistemas (em seu ambiente).

A diferenciação de sistemas em relação a seus respectivos ambientes também produz ambientes intrassistêmicos. A institucionalização de um ambiente interno depende de acoplamentos estruturais[324], dispositivos que restrinjem o escopo de estruturas que um sistema pode usar na sua autopoiese, integrações localizadas que diminuem o grau de liberdade dos sistemas acoplados. O sistema precisa gerar complexidade interna e interromper a coincidência ponto por ponto com seu ambiente, mas não pode abrir mão de "sensores ecológicos". Afinal, a constituição impõe limites ao que a política e o direito podem fazer; a propriedade e os contratos limitam a circulação de dinheiro e da validade dos acordos. Mas essa restrição de liberdade dos sistemas acoplados só é viabilizada na medida em que o sistema atinge alta complexidade, excedentes de sentido, de poder, validade, dinheiro. Estruturas de memória e de acoplamento estrutural ajudam os sistemas a lidarem com esse excesso de indeterminação e a fazerem frente a um ambiente para eles desconhecido e incontrolável. São os olhos e ouvidos do sistema, mas também seus filtros e canalizadores: a influência que provém do ambiente só merece ser decodificada pelo sistema e valer como se fosse sua operação ou na forma episódica do acoplamento operativo (caso do pagamento que simboliza o fechamento do contrato) ou na forma perene do acoplamento estrutural (a política conta para as operações jurídicas nas formas e limites da constituição). O que está incluído pelo acoplamento reforça o vínculo e a autonomia dos sistemas acoplados; o que está excluído pode ser reproduzido, mas apenas destrutivamente. Na medida em que o acoplamento estrutural viabiliza a coevolução dos

[323] Luhmann, 2012 [1997], pp. 40 e 83-4.
[324] Para o que segue sobre acoplamentos estruturais, ver Luhmann, 2012 [1997], pp. 54-68 e 74.

sistemas – e já não é realista conceber economia nem direito sem contrato ou propriedade, nem direito ou política sem constituição – podemos tratá-lo como "interpenetração". Mas porque os acoplamentos estruturais constituem-se como instituições? Na medida em que a "irritação" do ambiente é percebida pelo sistema acoplado, quando ele a compara com seus estados internos ou eventos, com suas estruturas, expectativas – e dentre as expectativas há determinado feixe que lhe permite reconhecer aquele ruído do ambiente como informação que lhe interessa: de fato, o valor de um negócio interessa ao direito na medida em que é conteúdo de um contrato.

O texto constitucional restabiliza – por ser texto, por se constituir das normas que (re)inauguram uma ordem jurídica, por ser mais estável (exigindo maiorias qualificadas para a alteração) – os consensos mais importantes, mais abrangentes sobre a construção institucional do estado, inclusive sobre a arquitetura institucional com que o estado pretende moldar a sociedade ("cidadania"). Essa solidificação do consenso dentro e fora da organização estatal (por acordos entre políticos, partidos e grupos de pressão; pelas grandes esperanças produzidas em discursos e atos públicos; pela mídia) é que permite que o dissenso se desenvolva no sistema político, dentro do estado (governo/ oposição) e fora dele (opinião pública). Que a opinião pública tenha que ser considerada é um ônus que a democracia representativa realmente impõe aos tomadores de decisão. A constituição organiza meios de autocontrole do estado, multiplicando centros decisórios e os ligando por procedimentos; organiza também meios de heterorreferência, de vinculação ao ambiente social refletido como ambiente interno do direito: os direitos fundamentais são vinculados ao centro do poder por uma série de procedimentos catalisados por direitos ou garantias processuais (direito de acesso à justiça, seja a procedimentos judiciais, seja a procedimentos de controle administrativo; direito de voto etc.) que permitem a cobrança da realização dos direitos substanciais.

Toda a teia procedimental e a multiplicação e sobreposição de organizações – sistemas tomadores de decisão – revelam a função da constituição como norma de normas formal, como instituinte dos procedimentos e competências para o autocontrole do direito, para o controle jurídico da política (especialmente por órgãos e procedimentos judiciais) e para o controle político do direito (especialmente com a normatização do processo legislativo). Fica clara a ligação entre constitucionalização e positivação: criação do direito por decisão. Esse lado das engrenagens organizacionais e procedimentais do poder, com sobreposição e divisão funcional, com "freios e contrapesos", é bem iluminado pelo

positivismo jurídico e, na reflexão constitucional, pela doutrina da separação dos poderes. Porém, e a *personalização do direito*?

Atentando quase que exclusivamente à constitucionalização autorreferente (isto é, à organização do estado), teorias constitucionais elucidaram a separação de poderes como autorrestrição do decisionismo pela especialização de órgãos e entrelaçamento de procedimentos, conformando o estado de direito. Os direitos foram vislumbrados como meios desses procedimentos e ferramentas para o julgamento. O aspecto substancial – o conteúdo ideológico e valorativo do direito que é consagrado com muita ênfase na formulação dos direitos – foi remetido apenas ao outro lado da constituição: a política. Direitos seriam, portanto, fórmulas de conveniência política. Ganhariam realidade na medida que o aparato estatal se estruturasse. Com serviços policiais e judiciários, já era possível garantir os direitos individuais. Mas não caberia invocar direitos (acesso à justiça, direito à saúde, direito à educação, direito à moradia) para cobrar a própria expansão desses e de outros serviços públicos. Aqui, o judiciário teria que esperar a política.

O cenário muda com as sucessivas teorias que pretendem extrair da previsão textual de direitos obrigações de implementação judicialmente exigíveis. Entretanto, além de reconhecer os direitos como normas, é preciso reconhecê-los como instituições. Para tanto, é preciso considerá-los como uma forma institucional que faz o sistema jurídico remeter-se a seu ambiente ou, no plano constitucional, faz os poderes do estado serem constrangidos e habilitados pelos direitos fundamentais (vistos tanto como limites quanto como justificativas para a ação estatal).

Entender os direitos ou a personalidade jurídica como uma instância institucionalizada de um sistema social leva esses conceitos para além da visão subjetivista (direitos como faculdades da pessoa – algo inerente como a vontade, a cognição ou qualquer função neurológica), assim como da visão objetivista (direitos como norma). Embora não possam abrir mão de uma base pessoal (um indivíduo, uma organização) assim como de uma base normativa ou "programática" (isto é, da inclusão em programas jurídicos), os direitos não se resumem a esses pressupostos. São instituições na medida em que se estruturam como expectativas congruentemente generalizadas – um patrimônio de sentido comum e mais ou menos delimitado. Ainda, são instituições normativizadas, na medida em que se apresentam como um escudo contrafático, uma resistência à desilusão: seja quando permanecem latentes, com a expectativa de que os direitos de todos devem ser respeitados, seja quando se tornam manifestos e são invocados justamente quando

violados. Os direitos são instituições e são normativos, ainda, porque representam substancialmente regras para a comunicação – esquemas imaginativos, padrões de latência e manifestação sobre o atual e o possível.

Mas, para caracterizar a radicalidade das possibilidades abertas quando a sociedade passa a poder operar com observações de segunda ordem, é necessário precisar "onde" os mecanismos reflexivos atuam e "onde" os sistemas podem realizar esse tipo de observação, observando como sistemas observam pessoas, inclusive a observação de pessoas que observam umas às outras. Pela esfera pública, o ambiente re-entra o sistema e o sistema observa as observações dos outros sistemas sobre ele mesmo. Em uma visão antropocêntrica, o ambiente interno é o local onde compradores observam vendedores (mercado), onde progressistas observam conservadores (opinião pública), onde titulares de direitos observam titulares de deveres (personalidade jurídica).

Porém, pessoas, assim como objetos, são tratáveis pelos sistemas sociais apenas como tópicos de comunicação[325] e é isso precisamente uma possibilidade aberta pela obsolescência do velho conceito de mundo como unidade de coisas e seres e pela emergência do mundo como pressuposto de cada operação no meio do sentido. Assim como mercados não se definem apenas como locais para a troca de coisas – mas como o ambiente institucional da própria operação de pagamento –, direitos subjetivos não se definem como partes da coisa devida (como em seus "avanços pré-adaptativos" na filosofia grega ou na jurisprudência romana), mas como o ambiente institucional da operação de reprodução do direito, circulação da validade, criação e aplicação de normas jurídicas.

Como ambiente interno, a esfera pública permite que um sistema observe os demais sistemas (que também o observam). Ela viabiliza a observação de segunda ordem. Na observação de primeira ordem, o sistema faz seu trabalho, com seus elementos, sem saber sobre suas condições operativas, produzindo autorreferência, mas sem consciência do fechamento operacional. Opera com a ilusão do contato com o ambiente. Nunca pode abandonar esse plano completamente. Ao permitir a duplicação do mundo, Deus apareceu em muitas sociedades como o equivalente funcional da observação de segunda ordem, o reverso da cognição e ação finitas. O mundo deixa de ser a ordem das coisas, realidade, e passa a ser a observação de Deus como observador da criação, a contemplação falha e restrita da possibilidade ilimitada, da unidade de todas as diferenças. Essa observação constrói-se paradoxalmente como aprendizado da ignorância, escapando-lhe sempre a

[325] Ver Luhmann, 2012 [1997], pp. 54, 59 e 372 (nota 129).

apreensão total de sentido – como filosofou Nicolau de Cusa[326]. A observação de segunda ordem não multiplica os objetos observados, mas amplia o horizonte de sentido a partir de uma diferenciação interna da própria observação. A escrita permite esse salto e o exercício da crítica, como observação de outros observadores, o realiza. O amigo de Cusa, Gutemberg, potencializou esse potencial da escrita. Inovações tecnológicas nos meios de difusão coevoluem com inovações institucionais, com o progresso da imprensa e a formação do sistema dos meios de comunicação de massa. As declarações de direitos textualizam um sentido universalizável de reconhecimento e assim as pessoas passam a se observar como titulares de direitos e a produzirem textos a partir dos textos das declarações e constituições. Assim se poderia redescrever a noção cristã de dignidade como uma divinização da pessoa ou da humanidade. O sistema jurídico constrói-se como grande teia de interpretações por toda a sociedade, mas mantém sua unidade ao produzir observação de segunda ordem das interpretações: as interpretações são interpretadas com os recursos da argumentação jurídica e os juízes desempenham o papel de argumentar sobre as argumentações, decidindo justificadamente. A filtragem procedimental e o controle de consistência das expectativas normativas, centrados nos tribunais, reduzem a complexidade da reserva de sentido ancorada no potencial da esfera pública: o campo aberto dos direitos. O excedente de possibilidades da esfera pública é constantemente reduzido pela esfera organizada, mas a contingência é mantida na medida em que a abertura das interpretações dos direitos mantém-se em circulação, viabilizando novas decisões que "fechem a questão" a respeito de uma dada atribuição de direitos, reiterando ou modificando a jurisprudência.

A crítica dos limites e a aposta no potencial de realização do mercado, da opinião pública e da personalidade jurídica contribuem para configurar aquelas formas de semântica descritas como "autoconsciências"[327]. Os ambientes internos dos sistemas não fogem à reprovação pelos juízos morais. O mercado uniformiza o que é excelente e o que é de mau gosto, em regra potencializando o pior lado; a mercadoria coisifica o trabalho humano. A opinião pública é desinformada, volátil e passional; não entende a complexidade que enfrenta o tomador de decisão em seu posto especializado. Os direitos subjetivos consolidam privilégios e desigualdades em vez de promoverem a "justiça distributiva"; são a fachada formal de igualdade que impede a igualdade material, "real".

Essas semânticas são formas de reflexão, de autoformulação, pelo sistema, de uma visão de sua própria unidade. A observação de segundo grau pode ocorrer não apenas pela

[326] Ver Luhmann, 2012 [1997], pp. 49-50, 85, 167 e 378 (nota 198); Unger, 2007a, cap. 3, esp. p. 28.
[327] *Ver infra* capítulo 4.

reflexão teórica, mas também pela institucionalização de mecanismos de *reflexividade*. Eis o ponto cego da diferença entre autorreferência basal dos sistemas (operando no plano da observação de primeiro grau, vendo o mundo como necessidade e buscando certeza) e o tipo de operação que concebe o mundo como contingente e reproduz incerteza quanto mais incrementa sua produção de informações. Há modalidades (não apenas teóricas, mas práticas) de autorreferência sistêmica que ampliam a contingência e a complexidade processável pelos sistemas e que reforçam a abertura cognitiva do sistema ao ambiente. Replicam, internamente ao sistema, seu ambiente externo, incluindo o excluído. Estamos falando precisamente dos mecanismos de *reflexividade*.

A escrita e os meios de difusão são importantes por ampliarem as possibilidades de observar observadores[328], que são mais restritas em uma interação, em um encontro face a face. Assim, pode-se contemplar o amor do personagem de um romance (livro) ou filme, fomentando o amor romântico (amar o amor). Ou se pode estabelecer um texto normativo-jurídico que normatize como estabelecer todos os outros textos normativo-jurídicos (o texto constitucional).

A capacidade dos meios de comunicação de massa de transcender estratificações sociais e desestabilizar estruturas[329] – associada à formação de idiomas nacionais e à instrução pública – levou a tentativas de restrição à imprensa, às quais respondem as demandas contrafáticas por liberdades públicas. A observação de observadores reforçou a abstração filosófica, as heresias produzidas pela ciência, a publicidade nas decisões jurídicas e políticas e a organização política subversiva que expõe os segredos do poder – por exemplo, por panfletos anônimos dirigidos ao público em geral. A imprensa regula o que é de conhecimento geral – a ignorância pode ser imputada a indivíduos e as críticas e controvérsias também realçam o destaque individual, de modo que a expansão do saber e das possibilidades de saber e comunicar é celebrada na semântica do iluminismo como a própria natureza do que é o iluminismo. O século dezoito celebrou a novidade com o conceito de "opinião pública" – a sociedade observando a si mesma, o público dentro da política, monitorando o estado. Com a escrita, a presença não é mais necessária para a comunicação e o espaço perde sua centralidade na redução das possibilidades comunicativas. A opinião pública é perene, anônima e sem endereço. Como memória pública, a imprensa traz à luz a inconsistência dos mitos de origem sobre as dinastias, o que abre espaço à contestação sobre por que obedecer ao soberano – e então a imaginação

[328] Luhmann, 2012 [1997], pp. 168 e 173.
[329] Para o que segue sobre imprensa, ver Luhmann, 2012 [1997], pp. 174-89.

filosófica pode criar narrativas como a do contrato social. Com a infraestrutura do texto escrito, tradições são desestabilizadas e o legislativo passa de uma atividade ocasional a uma produção massificada de leis. Os textos literários passam à observação de segundo grau – incluem o leitor como objeto, com romances sobre os efeitos de romances nos desejos românticos da leitora ou contos de cavalaria sobre a loucura de leitores que se inserem como personagens nesses contos (Dom Quixote). Ainda, a literatura moderna exemplifica como a arte produz-se como imaginação na medida em que proporciona ao leitor ou espectador a reativação de possibilidades de sentido eliminadas. Faz com que o mundo – como horizonte de sentido e limite de complexidade – reapareça no mundo vivenciado, com a representação simbólica de percepções: do invisível no visível, do silêncio no som. Assim, a ficção "gera uma realidade com um direito à sua própria objetividade"[330]. Apesar das diferenças de letramento, a generalização da comunicação escrita, como pressuposto da posterior comunicação oral ou escrita, acaba criando um público indistinto e generalizando o conceito de ser humano. A ideia de que todo homem apresenta vontades iguais e enfrenta limitações comparáveis no mundo real faz parte do universalismo cultivado pela literatura moderna.

Merece menção contemporaneidade entre a formação de um sistema dos meios de comunicação de massa e a estruturação do mercado, que significa a produção de tudo o que se possa vender[331]. A imprensa desenvolve-se, então, como atividade econômica, fomentando com o apoio da economia conflitos com as verdades religiosas – aumentando dissonâncias entre os fiéis e a hierarquia da organização eclesiástica e levando à diferenciação entre a igreja-organização e a comunidade leiga. A imprensa forja a opinião pública, conferindo relevância política às observações de um povo indistinto, fazendo com que a política não possa mais ser identificada apenas a organizações, estratos ou grupos, mas tenha que ser refletida também em uma esfera pública anônima. Os textos são então dirigidos a diferentes "públicos" – conforme a diferenciação funcional. Mas se espera que todos estejam inseridos nas diferentes esferas públicas. Essa igual disponibilidade do conhecimento é condição para novas diferenças: pessoas mais ou menos informadas, mais ou menos opinativas serão distinguidas. E o indivíduo será então alvo de consideração ou desprezo por essas qualidades idiossincráticas. Disponíveis virtualmente a todos, esses atributos nisso se distinguem da moralidade das interações cultivada pelos nobres, embora a etiqueta das cortes não deixe de existir.

[330] Luhmann, 2012 [1997], p. 210.
[331] Para o paralelo entre imprensa, mercado e direito, ver Bachur, 2010, pp. 58-62 e 127.

E qual a relação entre imprensa e direito? Ao multiplicar exponencialmente o número de intérpretes e sistematizadores dos textos da tradição jurídica, ela criou o problema da decisão sobre o sentido do texto, isto é, da decisão da norma – o problema do positivismo jurídico. O sentido, até então estabilizado por referências a uma moralidade comum (correspondente a uma sociedade estratificada) e por uma especialização dos intérpretes, passa a ter dificuldades de estabilização, gerando conflitos entre os intérpretes: a universidade (doutrinadores), os tribunais (juízes), o parlamento (legisladores). Seja com base nos precedentes do *common law*, seja com base nas fontes romanas, papéis sociais e organizações – no fundo, sistemas (ciência/ educação, direito, política) – colocam-se em conflito sobre o direito objetivo. Doutrinadores tentam impor sua visão científica como fonte do direito, legisladores tentam conter juízes e juristas, fixando legislativamente as normas válidas, o direito positivo – códigos e constituições. E ainda, com os contratos, letras de câmbio e outras ferramentas jurídicas do comércio, a criação do direito chega quase ao descontrole. Nas disputas sobre textos e normas, o que está em jogo são os direitos e deveres de cada pessoa. A instabilidade do jogo passa a ser controlada quando se afirmam documentalmente os direitos de todos (declarações de direitos) e de cada um (contratos privados), colocando tudo sob o controle estatal da validade (deferência à lei e ao juiz). A solução constitucional é afirmar os direitos fundamentais e a separação de poderes como símbolo de reiteração de que as normas jurídicas devem reverência às decisões políticas, mas também como mecanismo de desaceleração da mudança política do direito. O reforço jurídico dessas engrenagens de contenção da política virá com o controle judicial de constitucionalidade. Da mesma forma, a impressão de papel moeda e a administração dívida pública farão a economia ser colocada sob o controle de um órgão do estado: o banco central.

Já o desenvolvimento dos meios de comunicação simbolicamente generalizados tanto quanto dos acoplamentos estruturais institucionaliza a reflexão do ambiente dentro do sistema, a re-entrada institucional do ambiente no sistema, fazendo com que a sociedade funcionalmente diferenciada possa operar no nível de observação de segunda ordem[332], o que rompe com a certeza do mundo garantida pelas estruturas sociais que se fundamentavam em ontologias, isto é, pelas formas de diferenciação anteriormente prevalentes. Essa é mais uma novidade moderna. No mercado, "[p]reços oferecem a possibilidade de observar como outros observam o mercado e se eles compram ou não a

[332] Luhmann, 2012 [1997], p. 188.

um certo preço"; igualmente, a opinião pública reflete para a política a observação de segunda ordem do poder: "relações de poder são totalmente dependentes da mútua observação de observações; de outro modo, ter-se-ia que ameaçar ou provocar ameaçar para se encontrar quais comunicações são cobertas pelo poder"[333].

Assim, por exemplo, no sistema da ciência, a reflexividade do meio verdade (que reforça o uso do código verdade/ falsidade) permite que se considere como verdadeiro o conhecimento falsificável e que tal controle seja reforçado por teorias e métodos[334]. E na economia? Na dimensão fática, a especificação do código econômico *ter/ não ter* é sustentada pelo desenvolvimento de um meio próprio (o dinheiro), dando à luz a economia monetária; mas aquele código é também suplementado pelo código jurídico lícito/ ilícito, especialmente pela institucionalização da propriedade e do contrato. Na dimensão social, então, observadores observam observações de outros observadores pelo mecanismo da precificação (assim como a religião observa Deus como observador dos homens[335]). Na dimensão temporal, dinheiro é aplicado a dinheiro, dinheiro passa a ser precificado: cria-se então um mercado financeiro, capaz de suplementar a oferta e procura de coisas (heterorreferência) com a oferta e procura de dinheiro (autorreferência). Crédito e investimento são mecanismos que processam no tempo a procura e oferta de dinheiro. Daí que bancos apareçam como as organizações centrais do sistema econômico.

Sem uma infraestrutura institucional formada pelos direitos fundamentais (inclusive seus modos de concretização), o estado torna-se uma máquina eficiente mas desdiferenciante, degradando uma série as diferenças entre indivíduo e sociedade e entre a política e os demais sistemas funcionais. Ao final, a própria forma de diferenciação da sociedade seria forçada a conter-se dentro da diferenciação interna de uma organização. Isso implicaria enorme perda de complexidade estruturável na sociedade, uma restrição à manutenção do excesso de possibilidades. A semântica da liberdade é usada para indicar o que essa restrição representa em termos das expectativas, da fronteira entre o indivíduo (corpo e mente) e a sociedade na qual se realiza a pessoa (com seus papéis). Essa é a função dos direitos.

O realismo jurídico empreendeu análises visando a desmistificar o conceitualismo doutrinário – caricaturizado como pretensão de buscar formas puras e abstratas, desentranhadas das dificuldades concretas e mecanicamente aplicadas na solução lógica de

[333] Luhmann, 2012 [1997], p. 225.
[334] Luhmann, 2012 [1997], p. 203.
[335] Luhmann, 2012 [1997], p. 291.

problemas jurídicos. Nesse espírito, criticou o direito subjetivo e, usando a mesma lógica, provou ser ele uma categoria vazia, uma simples ferramenta retórica para a ligação de causas a resultados jurídicos. O positivismo analítico chegou a resultado semelhante: também reduziu o direito subjetivo a reflexo da norma – esta sim a estrutura elementar do direito, a ligação de hipóteses de fato a consequências prescritas.

Já a crítica sociológica (neo)marxista entendeu que conceitos como o de direito subjetivo nada mais seriam do que falsas expressões de um universalismo abstrato, voltado a legitimar a base concreta das relações sociais injustas ou a hegemonia das instituições coercitivas e a capturar os conflitos, amenizando-os e disciplinando-os, ao trazê-los para o âmbito do estado e de seu aparato ideológico, o direito. Diferenças de classe – ou, depois, de gênero ou raça – seriam apagadas sob a ilusão de neutralidade das formas jurídicas, prevenindo o encontro com a realidade concreta de uma vida comunitária tanto sem autonomias individuais estanques quanto sem a divisão de trabalho que concede autoridade a alguns papéis especializados para resolverem disputas em nome do estado. Essa crítica – mais materialista ou mais culturalista – apenas reproduziu assim o velho entendimento da escola histórica, que via no direito a tensão entre história e razão e a formulação abstrata da consciência de um tipo específico de sociedade. Assim, um dos expoentes daquela escola pôde expor a conclusão de que "o direito é aquela igualdade à qual a desigualdade é imanente"[336].

O ponto de vista aqui avançado é que, de um lado, o direito efetivamente colabora na institucionalização das estruturas internas dos sistemas sociais ao apoiá-las por expectativas normativas congruentemente generalizadas. Assim também, como sistema social, o direito colabora na institucionalização de suas próprias estruturas internas. As instituições atuam sobre as práticas pessoais – encorajando-as ou desencorajando-as – e as comunicações sistêmicas – facilitando o entendimento e mesmo motivando a aceitação. O direito não se resume portanto à tópica ou à hermenêutica – embora, como todo sistema social, tenha estruturas associadas a semânticas que as representam. Na reprodução do direito, expectativas normativas – isto é, normas – são moldadas e justificadas. Mas essas expectativas e sua agregação em instituições não deixam de ser estruturas. As diversas distinções – personalidade/ capacidade, direito em abstrato/ exercício do direito, direito/ dever, obrigação/ responsabilidade, poder/ direito, competência/ capacidade – existem como semântica que representa estruturas e como estruturas que "fazem sentido" uma vez

[336] Sobre essa formulação de Puchta, ver De Giorgi, 1998 [1979], pp. 47-60.

apresentadas por semânticas. O direito não é, portanto, apenas ferramenta de legitimação (discursiva) do estado ou das estruturas sociais em geral, mas modela essas próprias estruturas – em cooperação com os demais sistemas sociais, cada qual com suas competências e limites operacionais. O direito existente pode ser não apenas criticado "externamente", politicamente; a eficiência, legitimidade ou justiça das instituições ganha o próprio discurso "interno", dogmático ou doutrinário, de justificação do direito. Ainda, as formas institucionais não são uma determinação da lógica inerente a cada tipo de sociedade, aprisionada em regimes, modos, módulos ou sistemas indivisíveis e coerentes. Sua vinculação a um contexto social-histórico específico – heuristicamente descrito segundo rótulos mais ou menos abstratos – inclui um grau de indeterminação aberto tanto pela equivalência funcional de diferentes arranjos institucionais (ou mesmo pela falha em diagnosticar e desenvolver arranjos mais eficientes) quanto pelas contingências do fechamento operacional de cada sistema, das incongruências e desalinhamentos que ela gera e da volatilidade dos acordos políticos que criam o direito estatal.

De outro lado, a limpeza de qualquer conteúdo inerente do direito subjetivo realizada pelas teorias realistas ou analíticas contribui para o próprio reconhecimento da indeterminação e complexidade da personalidade jurídica. Do ponto de vista sistêmico – do ambiente interno do sistema jurídico – o sujeito de direito é uma construção da personalidade jurídica, assim como a pessoa é uma construção da sociedade. São centros de imputação de expectativas. Um sujeito de direito é um centro de imputação de normas. Como o reconhecimento de personalidade jurídica a organizações demonstra, não há qualquer pressuposto ontológico, biológico ou psicológico que se exija para que um "ente" seja observado como sujeito de direito. Ainda, como a litigância de interesse público ou de interesses difusos demonstra, a duplicação do sujeito de direito em papéis procedimentais permite que autores ou réus apresentem e representem direitos e deveres que não podem ser imputados a um sujeito de direito específico ou a um grupo determinado. A esfera pública da personalidade jurídica, ao atingir procedimentalmente o centro do sistema por meio da ação, duplica-se no centro organizado que a representa (titulares da ação, ocupantes das posições processuais) e na esfera pública que é representada (interessados na ação, potenciais atingidos pelas medidas decretadas). Assim também a opinião pública, por meio do voto, transforma-se em um centro organizado (eleitos e seus partidos) que representa o povo. Quanto maior a abrangência e profundidade das decisões, mais os interessados em uma ação judicial parecem coincidir com o povo – o que traz à tona a

judicialização da política potencializada e contida por essa ponte entre os sistemas jurídico e político que é a constituição.

A indeterminação no desenho do ambiente interno do direito é representada por uma série de formas: direitos individuais/ direitos coletivos; responsabilidade civil/ responsabilidade penal; responsabilidade subjetiva / responsabilidade objetiva; dever de respeito/ dever de proteção (contra terceiros); deveres de bloqueio (respeito e proteção)/ deveres de promoção e realização; sanções negativas/ sanções positivas (promocionais); poder autônomo (autorregulação)/ poder heterônomo; eficácia privada direta / eficácia privada indireta; poder-dever (função)/ direito-dever (*e.g.* voto obrigatório).

Os direitos constitucionais, especialmente, costumam ser descritos pela referência a "status" pessoais ou por oposições entre "direitos civis" e "direitos sociais", "liberdades positivas" e "negativas". Conceitos jurídicos formais, como a distinção entre personalidade jurídica (universal) e capacidade jurídica (diferenciada) são pressupostos. Nada disso, no entanto, parece esclarecer a morfologia dos direitos – isto é, a modelagem da esfera pública do direito.

A forma principal dos direitos reais, modelada à luz da propriedade unificada, constitui a base jurídica mais sólida para a imunidade pessoal, definindo expectativas *erga omnes* que circunscrevem um espaço de arbítrio individual ao redor de cada sujeito de direito. A segurança contra a exclusão já não depende do pertencimento a uma casta ou estamento, mas ainda assim circunscreve o âmbito dos que dispõem da imunidade garantida pela propriedade (diante daqueles que recaem sob a dependência econômica dos proprietários). A vinculação com a esfera pública era clara na justificação do voto censitário: a propriedade é a base concreta da autonomia e a autonomia individual a base indispensável da autonomia pública, ambas em uma relação interna e indissociável.

Uma via de contrabalançar esse efeito, na esteira do direito social e da preocupação com a fruição efetiva de direitos que acompanha o declínio do formalismo conceitual, foi o reforço do direito público por meio de poderes regulatórios e direitos sociais. Assim, a personalidade jurídica já viria "de fábrica" com dotações básicas a protegerem os sujeitos do risco de não formarem um patrimônio jurídico suficiente para a inclusão e a imunidade pessoal. Minimiza-se assim a titularidade diferenciada de direitos que preenche a forma da pessoa jurídica por posições obtidas nas relações privadas e garantidas pelo direito estatal. O sufrágio universal, ao mesmo tempo em que desvincula o direito de voto da titularidade de direitos privados, amplia o círculo de referência da opinião pública (aquela que conta

para a política), que alimenta a expansão da personalidade jurídica pelas dotações sociais universais.

As liberdades e os direitos civis são mais ou menos formatados à luz do modelo da propriedade unificada – posições exclusivas entre autonomias autossuficientes. O voto, a "liberdade positiva", gera também uma expectativa já individualizada. Os direitos sociais, entretanto, parecem conformar expectativas de perfil diverso. Todos os direitos, de qualquer tipo ou "geração", impõem custos ao estado e exigem uma organização burocrática, a começar pelo judiciário. Direitos sociais enquanto benefícios sociais (assistenciais ou previdenciários) contam com a organização de um esquema de solidariedade universal que permite expectativas individuais cobráveis desde já. E por que não os demais serviços públicos? O direito, por si só, é que define essa diferença? Ou é tudo uma questão política e econômica?

A organização dos serviços públicos – ou mesmo políticas públicas de regulação dos serviços privados, ou de provisão por meio desses serviços privados ou de organizações não lucrativas – é um meio pouco definido quando se afirmam direitos à saúde, à educação, à moradia, ao transporte. A princípio, qualquer bem ou serviço – hospitalar, escolar, judicial, por que não? – pode ser privatizado. Mas a princípio, também, a declaração de direitos sociais implica o dever do estado de garantir o acesso aos bens e serviços essenciais – seja por que meios for. (Por exemplo, já se chegou a defender que a garantia pública da educação seria mais bem satisfeita se o estado fornecesse tíquetes, *vouchers*, para que os pais escolherem a escola privada em que seus filhos estudarão[337].)

Em que medida as expectativas associadas aos direitos sociais são formuladas como esperança coletiva indivisível na progressiva implementação dos respectivos serviços sob responsabilidade do estado? E, se são expectativas coletivas, valem apenas como compromisso dilatório, "norma programática", diretriz não exigível desde já? Em que medida os direitos sociais, como os direitos civis, podem ser individualizados e judicialmente cobrados como pretensões individuais à "parte que me cabe" desses bens e serviços? Interesses e procedimentos coletivos, controle das políticas públicas, direitos difusos, defesa da cidadania são todas fórmulas e formas que visam a encaminhar o problema da modelagem diferenciada desses direitos cuja fruição efetiva não depende apenas de uma ordem judicial para sanção de um privado, invalidação de uma norma ou

[337] Friedman, M., 2002.

imposição de uma obrigação simples de dar, fazer ou não fazer a alguma instância do estado.

Mas, além de garantida pela viabilização do acesso aos bens e serviços essenciais para a autoconstrução individual e social (educação, saúde etc.), a imunidade pessoal também depende da vinculação liberal tradicional entre direito privado e direito público como garantia de direitos privados. Assim, também o direito privado haveria de ser transformado a fim de aumentar o campo da inclusão econômica associada à fruição efetiva dos direitos. Formas sobrepostas e fragmentárias, condicionais e temporárias de direitos de propriedade dariam nova modelagem a tais expectativas, podendo facilitar a expansão da iniciativa, os empreendimentos em diversas modalidades cooperativas e ganhos de escala. Quanto aos direitos obrigacionais, o modelo do contrato bilateral, instantâneo e executório, contraposto aos limites determinados pela legislação e pela regulamentação estatal, deixa de considerar as expectativas associadas a papéis, relações continuadas e de confiança diferenciada (qualificação fiduciária). Essa rede de solidariedade que cobre relações de família e de cooperação econômica poderia ser abordada como uma dinâmica das expectativas em dois momentos[338]: durante o relacionamento negocial, uma definição incompleta e revisável dos termos negociais, imersa em expectativas soldadas por confiança aumentada e regida por padrões de boa-fé; na necessidade de judicialização da relação contratual, a delimitação retrospectiva e mais estrita das obrigações, segundo os efeitos concretos do relacionamento e o exercício contextual dos direitos e obrigações.

Como evidente, esse redesenho dos direitos privados acaba por ressoldar a forma de seus elos com os direitos públicos. A relação entre direito privado e direito público é transformada. De um lado, pela modificação das formas dos direitos privados: a construção e reconstrução do mercado por direitos reais fragmentários, novos recortes e recombinações da propriedade unificada, absorve parte das tarefas compensatórias atribuídas ao direito público regulatório da ordem econômica[339]. E ainda pela reconceituação das formas contratuais, pelo reconhecimento das expectativas parcialmente articuladas e normas sociais pouco formalizadas como amplo espectro entre os extremos da vontade estatal posta por lei e do acordo privado com transações, obrigações e pretensões totalmente textualizadas e previamente definidas[340]. De outro lado, os direitos públicos

[338] Unger, 2015b [1982], pp. 123-4.
[339] Unger, 2001b [1987], pp. 520-3.
[340] Unger, 2015b [1982], pp. 168-70.

podem abrir espaços para a ordenação jurídica privada (autorregulação) para além dos limites da autonomia privada circunscrita por lei; podem generalizar formas de acesso a bens e serviços que diminuam a dependência da autonomia individual em relação às diferenças de patrimônio jurídico e titularidade de direitos privados; podem amparar interesses de voz e saída na relação entre indivíduos e organizações públicas ou privadas.

Todos esses exemplos servem apenas para introduzir o tema da formatação do ambiente interno do direito, da modelagem da personalidade jurídica e para evidenciar o quanto a doutrina e a teoria do direito e da constituição não esclarecem sobre o assunto. Por isso, como alternativa às classificações correntes, proporei e discutirei um novo modelo de direitos públicos (fundamentais e humanos), composto por direitos de desestabilização, de imunidade, de participação e de autonomia (modelo "DIPA")[341]. Mas, para completar a tese de que a esfera pública do direito pode ser formatada variavelmente, é preciso discuti-la em relação com as variedades de constitucionalismo. É o tema do capítulo 3.

2.5. Re-entradas procedimentais: ação, crédito e voto

A ligação institucional entre o ambiente interno do direito (a personalidade jurídica) e seu centro organizado (os tribunais) ocorre pela ação. Já ressaltei, dentre as características do direito moderno, a personalização (a diferença direito objetivo/ direito subjetivo), a procedimentalização (a diferença direito material/ direito processual) e a positivação (direito atual/ direito possível). É preciso reforçar a ideia de que há disjunção, bem como complementaridade necessária, entre direito subjetivo e procedimentos. Essa disjunção é representada pela diferença entre o direito subjetivo e o direito de ação. Ela permite a exigência de um direito por diversas vias procedimentais, judiciais ou não. A complementaridade – o fato de que procedimentos são necessários para dar concretude a direitos – é expressa na tradição constitucional do devido processo legal. Direitos (ou garantias) processuais são propriamente "direitos jurídicos" e, como ferramenta de efetivação de direitos materiais (políticos, econômicos, sanitários), permitem que a comunicação de diversos sistemas (econômico, educacional, religioso, político) re-entre o direito, em seu centro organizado (o tribunal), para uma decisão sobre o lícito e o ilícito. No procedimento judicial (ou administrativo), há uma re-entrada da esfera pública na esfera organizada: a personalidade jurídica, seja um indivíduo seja um representante de

[341] Para prosseguimento dessa discussão, ver *infra 3.3.1*.

organização, é o público que se apresenta dentro do tribunal. Esse mecanismo de re-entrada da esfera pública no centro organizado, que consiste na criação do público, como posição processual subjetiva, é um artifício notável para a potencialização da legitimação pelo procedimento. Um caso especial de dupla re-entrada é o tribunal do júri, em que o ambiente interno não apenas re-entra o centro organizado na posição processual de parte, mas também o re-entra na posição de juiz. Mecanismos processuais como o *amicus curiae* e audiências públicas são outras vias de re-entrada do público no centro organizado.

A diferença direito/ ação, configuradora do ambiente interno do sistema jurídico e de sua ligação com o centro organizado (os tribunais) é complementada pela diferença entre esse centro jurídico e o centro organizado da política – o governo. É a tradição da soberania desdobrada em poderes do estado, que culmina com a diferença judicial estado-juiz/ estado-parte. O paradoxo da soberania – a capacidade de autovinculação do estado, essencial para o estado de direito ou *rule of law* – é desdobrado pela separação de poderes como institucionalização da especialização orgânica e da vinculação procedimental entre órgãos, assim como pela vinculação procedimental democrática (entre os poderes de estado e a esfera pública política). A separação funcional de órgãos e sua ligação procedimental permitem ao estado responsabilizar a si mesmo, isto é, ter mecanismos de retroalimentação como a exigência judicial de medidas legislativas e administrativas concretizadoras de normas constitucionais (controle da omissão inconstitucional), o controle substantivo e procedimental das medidas tomadas (controle abstrato de constitucionalidade, controle de políticas públicas) e a responsabilização civil e administrativa do estado (pelo estado) pela violação concreta de direitos.

Na conformação de direitos (ou garantias) processuais – no processo judicial ou administrativo –, há um complemento dos mecanismos de desaceleração e controle da variabilidade do direito e da política por mecanismos de desestabilização recíproca dos sistemas. Essa desestabilização ocorre, no caso, por procedimentos judiciais e administrativos que restringem a discricionariedade do governo (legislativo e executivo) e fornecem uma nova via de irritação e canalização do dissenso aos descontentes com as decisões políticas. Como toda via procedimental, produz um conflito limitado, configurando-o como um caso à luz de regras e solucionando-o também nos modos pré-programados.

A tomada de decisão dentro dos poderes políticos traz também mecanismos tanto de desestabilização quanto de controle da variabilidade: o processo legislativo com casas

revisoras (bicameralismo), o poder de veto do executivo, o poder de revisão dos vetos pelo parlamento. Além dos controles no procedimento legislativo, a competência fiscalizatória do parlamento sobre o executivo consiste em outro mecanismo de autodesestabilização do sistema político. Coalizões entre executivo e legislativo reduzem, na prática, os riscos que um poder impõe a outro.

Se a ligação procedimental entre ambiente interno e centro organizado do direito se dá pela ação e pelo processo judicial, a ligação entre a opinião pública e os poderes políticos ocorre sobretudo pelo voto. O direito de votar e ser votado tem uma configuração contingente: voto universal e igualitário ou censitário; voto facultativo ou obrigatório (direito-dever)? De outro lado, mandato imperativo ou representativo?

A institucionalização do estado pelo voto – a democracia política no sentido mais restrito e mais específico de garantia de suporte social (pressuposto, mas com alguma base concreta) – conta com a integração procedimental e a mediação entre a opinião pública e o centro do poder governamental por meio de dois tipos de organizações da periferia do sistema político: os partidos políticos e os grupos de pressão.

Outras formas de institucionalização da ligação entre opinião pública e tomada de decisão no centro organizado do poder são os mecanismos participativos do plebiscito e do referendo, experiências de democracia direta, audiências públicas e órgãos de governo conciliares, com a participação da "sociedade civil". No caso de plebiscitos e referendos, a participação semi-direta é canalizada por procedimentos semelhantes ao voto igual e universal e combinada com a tomada de decisão pelos representantes, pelos políticos no governo. Já nas formas de democracia direta, como comitês, conselhos e audiências, a legitimação procedimental desses mecanismos participativos é diferente daquela envolvida no sufrágio universal e igualitário, na escolha de representantes para o governo. A democracia direta ou participativa enfrenta o paradoxo de que toda participação (direta) é representação (indireta) – em algum grau, também inovações processuais para a garantia de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos, ações coletivas ou *class actions*, enfrentam questão semelhante. O nó dos procedimentos participativos está em que os participantes sempre serão poucos, comparado ao escopo de se ter a participação direta de todos nas deliberações, mas ainda assim (ou por isso mesmo) quem está presente deveria representar algum segmento importante, contar por uma parcela significativa dos ausentes. Dessa forma, a legitimidade da participação se constrói em função do caráter representativo dos efetivamente participantes. O procedimento participativo também

precisa criar seu *público*, seu centro de imputação das decisões, sua forma de re-entrada da esfera pública na tomada de decisões organizada. Na produção da diferença entre ausentes e presentes, a mera interação acaba se convertendo em organização: membros de organizações representam a "sociedade civil". Incrementam-se então os riscos de corporativismo e da "captura" dos privados pelo estado (assim como seu reverso, a "captura" do estado pelos interesses privados)[342].

Já vimos como, de um lado, por meio de direitos políticos e jurídicos (as garantias processuais) – e regrando organizações e procedimentos –, a constituição trata de institucionalizar as relações entre política e direito e entre suas esferas públicas e organizadas. Falta a consideração de como a constituição trata de institucionalizar a relação da política e do direito com os outros sistemas funcionais. Por meio da representação política e do direito de ação judicial, a matéria desses outros sistemas ingressa como comunicação a ser decidida em termos de poder e licitude, de criação e aplicação do direito. Mas também a constituição institucionaliza a abertura aos outros sistemas funcionais pela criação de uma esfera pública ou ambiente interno constitucional: o campo dos direitos fundamentais. De um lado, a constituição organiza os poderes, isto é, os órgãos, suas competências e procedimentos; de outro, institucionaliza uma esfera pública própria, colocada – pela ideia de soberania popular – como a razão de ser daqueles órgãos. No ideal do estado democrático de direito, o centro organizado da política e do direito é visto como meio eficiente para a garantia e promoção da esfera pública.

Da mesma forma que a separação de poderes, os freios e contrapesos, os procedimentos de mudança constitucional e os limites à reforma constitucional atuam como desaceleradores e limitadores da variabilidade da política e do direito, alguns direitos (os "direitos adquiridos" defendidos judicialmente) bloqueiam a transformação política, enquanto outros (direitos sociais e civis cobrados em cortes ou protestos, por exemplo) são a contraparte aceleradora e potencializadora da variabilidade e da contingência nos sistemas político e jurídico. Esses direitos são também imunizações contra os usos e abusos da comunicação jurídica e política. Mas essas imunizações, imunizadas elas próprias contra a mudança (já enquanto normas constitucionais, ainda mais enquanto limites materiais à revisão constitucional), dão uma estabilidade ao potencial de autodesestabilização e autoirritação da política e do direito – pela exigência continuada da reparação de violações concretas, pelas demandas pelo cumprimento de direitos

[342] Ver *e.g.* Fedozzi; Martins, 2015.

prometidos e pelo bloqueio de medidas conjunturais ou estruturais vistas como tendentes a reduzir a promessa ou a fruição efetiva dos direitos.

Além dos direitos políticos (votar e ser votado, participar de deliberações diretas e semi-diretas) e dos direitos processuais (acesso à justiça e garantias do devido processo legal), encontramos então – na esfera pública ou ambiente interno constitucional – todos os outros direitos constitucionais ou fundamentais. A constituição não é um acoplamento entre o direito, a política e os outros sistemas, pois a comunicação dos outros sistemas funcionais só ganha relevância política ou jurídica na medida em que se trate de tomar decisões coletivamente vinculantes sobre tais comunicações ou que se trate de generalizar congruentemente expectativas contrafáticas sobre elas.

Já vimos a variabilidade institucional em termos do centro dos sistemas político e jurídico e do ambiente interno do direito. A variabilidade das periferias organizacionais desses sistemas funcionais levaria à discussão, por exemplo, das diferentes formas de partidos políticos (partidos de quadros/ partidos de massa), grupos de interesse (movimentos sociais/ *lobbies*) e advocacia (pública e privada).

O sistema econômico também pode ser ilustrativo para discernir as equivalências funcionais entre as instituições dos sistemas comparados. Na periferia da economia estão não só os consumidores, como também todas as empresas; no centro, estão os bancos. Na economia, aquela triangulação é basicamente a ligação entre o mercado, as empresas e consumidores e os bancos, por meio do crédito, da dívida, da poupança e do investimento. Por meio desses mecanismos, equivalentes aos procedimentos políticos e judiciais, a esfera pública (o mercado) re-entra o centro organizado do sistema (os bancos), vinculando a variação de preços a decisões sobre poupança e investimento e à regulação, pelos bancos, da oferta de crédito.

Re-entradas institucionais vinculam o ambiente interno do sistema funcional, suas organizações periféricas e seu centro organizado, fazendo com que aquela esfera pública "reapareça" em termos das decisões tomadas pelas organizações centrais do sistema. São re-entradas na medida em que, partindo da diferença entre esfera organizada e esfera pública do sistema funcional, fazem a esfera pública reapresentar-se na esfera organizada, no primeiro termo da distinção.

Se, em termos econômicos, essa "reaparição" significa acesso a crédito, na política é representada pela participação, especialmente pelo voto. O voto vincula a esfera pública política – a opinião pública – ao estado, pela mediação de partidos políticos. Dentro ou

fora das eleições, grupos de pressão (associações, sindicatos, movimentos sociais, ONGs) vinculam de modo semelhante opinião pública e poderes políticos. No direito, o sujeito de direito aparece nos tribunais pelo acesso à justiça, ao procedimento judicial, isto é, pelo exercício da ação judicial (ou pelo uso de procedimentos alternativos de mediação, conciliação e arbitragem). Devedores diante dos bancos representam papel semelhante àquele dos eleitores diante do estado e dos litigantes diante dos tribunais. "O povo", "o mercado" e "o cidadão" ou "a pessoa" são os símbolos usuais a que os políticos, o sistema financeiro e os juízes apelam para argumentar sobre a confiança que dá suporte à institucionalização da autoridade desses centros dos sistemas funcionais.

A segurança é o contravalor de reflexão ao risco; risco diz respeito ao que um sistema reconhece como incerteza autoproduzida, controlável por suas decisões (a incerteza não processável pelo sistema, ele atribui ao ambiente como fator de insegurança)[343]. A "confiança é uma solução para problemas específicos de risco"[344]. A confiança é uma redução da complexidade e da contingência social: é uma expectativa sobre a convergência entre as expectativas de *alter* e as expectativas de *ego*[345]. Afinal, o mundo é o horizonte da experiência comum. O apoio social, a institucionalização de decisões apesar dos riscos, da mútua intransparência e da ignorância, depende de confiança, pois ela (ao lado dos meios de comunicação simbolicamente generalizados: dinheiro, poder, verdade) generaliza uma predisposição à aceitação da comunicação, reduzindo a complexidade, o medo, o sentido do inesperado, pela antecipação imaginária do sucesso na comunicação – o que permite ampliar na verdade a complexidade, a improbabilidade e os riscos sociais. É o tradicional problema da lei e da ordem, da dominação, da redução da complexidade e da organização do caos. Como na hipótese do contrato social ou da norma fundamental – a imaginação no lugar da arbitrariedade –, buscam-se fundamentos racionais para a confiança, embora seu único fundamento de fato seja a confiança de que os outros confiam naquilo em que se confia. Como o futuro contém mais possibilidades do que aquelas que poderão ser e serão realizadas, a incerteza radical precisa ser gerenciada e contida pela antecipação imaginária da congruência entre as expectativas. Essa é a função do que tradicionalmente se chamou de instituições sociais e o

[343] Luhmann, 1993b [1991], pp. 14-28.
[344] Luhmann, 1988e, p. 95.
[345] Luhmann, 2005e [1968].

que garante que cada um que nasce não criará um mundo novo, mas seguirá mais ou menos no mesmo horizonte de sentido e experiência[346].

Assim como confiança e risco são amplamente tratados pela economia, são indiretamente temas presentes na discussão política e jurídica (aqui, em rótulos como certeza e segurança jurídica). Assim como o mercado é representado, pelas expectativas que moldam a poupança e o investimento, nas decisões sobre crédito e débito tomadas no centro financeiro e bancário da economia, a opinião pública é representada pelos eleitores que escolhem seus representantes dentre aqueles indicados na periferia política – a opinião pública é representada pelos eleitores e estes são representados pelos eleitos na tomada de decisões coletivamente vinculantes no estado. Por meio da ação judicial, a esfera dos direitos reaparece na corte. Tudo o que possa ser julgado – o ambiente do direito – precisa ser espelhado, decodificado, traduzido no sistema e pelo sistema. Direitos subjetivos e suas distinções correlatas são essa tradução. Desse modo, os litigantes e afetados pela decisão judicial representam (individual e concretamente) aquela esfera dos direitos sustentada (geral e abstratamente) pela periferia, por normas previamente impostas ou negociadas. Embora agreguem apoio (dimensão social), imponham pautas, elaborem programas (dimensão fática) e aportem conhecimento e demandas (dimensão temporal) para o centro político, partidos, movimentos sociais e grupos de pressão não dão a última palavra sobre normas que vinculam a todos os membros do estado. Embora pré-programada por decisões que formatam programas jurídicos na política e na economia, a decisão judicial também tem uma autoridade universalista – uma amplitude de institucionalização – superior à periferia jurídica no que diz respeito à "última palavra" sobre o direito posto. É claro que o legislador pode mudar o direito posto e, então, a decisão que poderá novamente chegar às cortes, em um círculo potencialmente ininterrupto de controle entre os poderes. Mas esse círculo, também é verdade, é descontinuado caso a caso, embora no tempo longo possa sempre haver reversão.

Se segmentarmos os sistemas político, econômico e jurídico tal como figurados no início deste capítulo, poderemos perceber tendências de distensão ou relativo isolamento "para cima" ou "para baixo": respectivamente, quando o centro organizado do sistema vincula-se estreitamente à periferia organizada, desligando-se da referência "universalista" à esfera pública "anônima", ou quando o centro organizado "ouve" o ambiente interno do sistema mas processa seus apelos sem "consultar" os programas e organizações da periferia

[346] Ver a discussão *infra 3.3*, sobre capacidade negativa.

do sistema. Os mecanismos de re-entrada institucional – exigindo a triangulação de ambiente interno, periferia e centro organizado – previnem essas tendências. Na política, trata-se de um fechamento do circuito das decisões coletivamente vinculantes entre o estado, os partidos e os movimentos e grupos organizados de interesse – uma tendência de "oligarquização" e "corporativismo". O contrário – o contato direto entre o líder e as massas, ou entre o chefe de estado e a opinião pública – resulta em práticas "populistas" ou "plebiscitárias". Ambas as tendências resultam ainda em enfraquecimento nas distinções internas ao centro: o legislativo subordinado ao executivo, a administração instrumentalizada pelos políticos (governo). Na economia, uma ligação direta entre o sistema financeiro e a economia real com pouca mediação do mercado constitui políticas econômicas que privilegiam certas organizações e promovem um aumento de gastos públicos insustentável e contraproducente em médio ou longo prazo. Na direção oposta, um vínculo estreito entre mercado e finanças sem grande referência à produção, ao comércio e ao consumo resulta em "bolhas" especulativas que quebram a reflexividade da economia real pela economia financeira, o que exige mecanismos de poupança e investimento para o financiamento da produção e do consumo. No direito, um paralelo seria o ativismo do judiciário lastreado na invocação de direitos e princípios constitucionais[347], sem muita atenção à mediação por programas legislativos, políticas públicas ou acordos privados; de outro lado, uma atitude de omissão, "legalismo" ou autocontenção excessiva, pela qual o judiciário não "irrita" a produção política ou privada do direito e não corrige suas omissões ou excessos. Fecha-se surdo ao barulho das demandas ressoadas na esfera dos direitos. (Na ciência, a discussão autorreferente sobre autores e teorias pode perder de vista a heterorreferência: o vínculo entre teoria e fenômenos ou problemas reais de que ela, por meio de modelizações, tipificações, observações experimentais ou hipóteses imaginadas, pretende tratar.)

Voto e participação na política equivalem a ação e acesso à justiça no direito. Se o principal mecanismo de re-entrada da personalidade jurídica no centro do direito é o procedimento judicial, a ação, vale referir aos modos pelos quais a variabilidade do ambiente interno do direito chega aos tribunais. Especificamente é relevante aqui a discussão sobre direitos individuais e coletivos e sobre procedimentos individuais e coletivos. Fora questões de caráter histórico e ideológico, é aqui – no campo dos

[347] Para esse paralelo entre reflexividade econômica e reflexividade jurídica, considerando a constituição como "instância reflexiva mais abrangente do sistema jurídico" e tratando da relação complementar entre regras e princípios, ver Neves, 2013 [2011], pp. 120-60.

procedimentos judiciais – que a distinção entre direitos civis e políticos e direitos sociais pode fazer algum sentido. Um problema está na possibilidade de se exigir direitos sociais universais por meio de ações individuais. São direitos universais, não direitos trabalhistas ou a prestações de seguridade social ou de um programa social; é o caso do direito à saúde, à educação, à moradia, à comida, à água, ao transporte, à cultura, ao lazer. Pode um litigante individual requerer "sua parcela" de educação ou saúde? Ou um cidadão pode apenas contar com os serviços públicos já oferecidos e cobrar do judiciário apenas o controle das políticas públicas? A diferenciação dos procedimentos precisa dar conta dos diferentes modos de "representação" da esfera dos direitos no centro decisório das cortes.

As esferas públicas parecem operar com a ficção de inclusão universal: todos têm direitos e deveres, compram e vendem, podem votar e ser votados, criticar e ser criticados. Elas permitem aos sistemas funcionais tratar o pressuposto de que todos estão incluídos na sociedade e a consequência de que só cada subsistema social é competente para definir as regras de inclusão/ exclusão em seu âmbito. Situações de exclusão total são marginalizadas. O ambiente interno dos sistemas reflete a igualdade potencial de todos, dando condições para a desigualdade atual. Porque não deixam de ser configuradas institucionalmente, esferas públicas reproduzem também inclusão e exclusão.

Os direitos humanos, os direitos fundamentais ou estruturas normativas congêneres são funcionais à diferenciação funcional, favorecem seus critérios de inclusão/ exclusão (regulados por cada sistema parcial da sociedade) e opõem resistência a critérios típicos de outras formas de diferenciação. A inclusão universal da pessoa – todos têm igual dignidade e liberdade – e a diferenciação de seus papéis sociais, pela qual cada pessoa desfrutará de inclusões parciais conforme posições em cada sistema social é a chave do paradoxo da esfera pública do direito: o sujeito de direitos, a pessoa jurídica. É a ideia de que todos têm personalidade jurídica, são igualmente sujeitos de direito, mas empiricamente acumulam um diferente "capital" ou patrimônio jurídico – diferentes posições concretas de direitos e deveres, poderes e responsabilidades, além de diferentes meios e chances de exercer tais posições. Sob o modo de inclusão/ exclusão da personalidade jurídica, a igualdade é condição de possibilidade da desigualdade.

Essa desigualdade está associada à reflexividade dos sistemas sociais, que produz um incremento da liberdade dos sistemas, uma desintegração em relação às demandas individuais ("distributivas") e uma maior capacidade de expansão dos seus meios. O fechamento operacional reforçado pela referência de direito a direito (procedimentos e

constituição), de dinheiro a dinheiro (economia financeira) e de poder a poder (política estatal) – e não apenas pela referência de normas jurídicas a valores morais, de dinheiro a bens e de poder a influências sociais difusas (família, amizade, "capital social") – não produz "justiça distributiva", mas sim desdobra e expande os usos dos meios. Mercado, personalidade jurídica e opinião pública interrompem a reciprocidade, permitindo maior liberdade nas transações e vínculos.

Assim como o dinheiro permite um funcionamento da economia largamente indiferente à estratificação social, o meio "direito subjetivo" cria um público abstrato para o direito e confere ao estado maior margem de manobra para tomar decisões de política pública sem ter que negociar concretamente com cada um dos afetados, distribuindo-lhes privilégios ou liberdades diferenciadas[348]. A liberdade dos direitos subjetivos é a liberdade de mudança do direito objetivo. Categorias mais abstratas abrem maiores possibilidades de combinação e no fundo a modificação das posições jurídicas subjetivas por meio de medidas tomadas por toda organização (estado, escolas, empresas) passa a ser uma questão de negociação política. O direito, sobretudo pelos direitos fundamentais e pela proteção do "direito adquirido", fornece ao mesmo tempo freios de bloqueio à variabilidade ilimitada da ordem jurídica politicamente conduzida.

Pode-se captar essa descontinuação entre autorreferência sistêmica e sincronia com o ambiente pelo exemplo da política. O meio "poder" responde à situação-problema em que a ação de *alter* é precisamente a decisão sobre a obediência de *ego*[349]. A improbabilidade de aceitação dessa decisão demanda seu suporte por estruturas normativas e formas de institucionalização – sanção e consenso. A democratização do poder está ligada, de um lado, a sua normatização: a previsão, pelo direito positivo, das formas de sanção e de suas hipóteses. De outro, a decisão concreta sobre a imposição da sanção desdobra-se na própria decisão em abstrato sobre a programação jurídica da violência – essas decisões sucessivas dependem de um consentimento que não pode ser assegurado de forma individualizada (sendo improvável a submissão, seria improvável o poder). É um consentimento presumido, institucionalizado – aferido diretamente apenas em certos pontos da rede complexa de decisões do estado. Essa aferição é a ligação do centro do poder político à opinião pública. É preciso reforçar que as formas de estruturação do estado democrático de direito são, porém, aquisições evolutivas não simultâneas: o devido

[348] Luhmann, 2001b [1981]; 2009c [1984]; 2009d [1970].
[349] Sobre o meio poder, ver Luhmann, 2012 [1997], pp. 212-4; 1995d [1975].

processo legal, a liberdade de imprensa, o governo representativo, o sufrágio universal, o controle de constitucionalidade, os direitos sociais (de inclusão).

A política se constitui como sistema, diferenciando um ambiente, justamente quando "recolhe" as lutas de poder dispersas na sociedade, regrando-as, e faz o código poder/ não poder re-entrar o primeiro lado: o não poder é institucionalizado como possibilidade de poder, como oposição, ao lado do governo (atual). A diferença governo/ oposição "confisca" o conflito político disperso na sociedade, remetendo-o ao âmbito de uma organização: o estado. Assim, tão artificial e amoral quanto o dinheiro e a validade jurídica, o poder político institui medidas que o desvinculam de um recurso direto ao ambiente natural (violência) tanto quanto de uma sincronia perfeita com o ambiente social – poder político não se confunde com outros meios de comunicação (direito, ter, verdade, validade ou propriedade), nem com o poder interno das organizações não políticas (como empresas, escolas, hospitais). A constituição marca justamente a alta amoralidade do direito, ao interromper uma correspondência direta entre direito e razão ou direito e natureza: formalmente, a constituição fecha a autorreferência procedimental das normas; substancialmente, fornece os valores últimos que valem no direito.

Política, economia e direito desenvolvem não um princípio de distribuição centralizada dos meios, mas uma formatação institucional que os leva a expandirem-se e dispersarem-se. A forma típica da democracia política moderna – o governo representativo – constitui-se basicamente de vários elementos institucionais e imaginativos, adicionados cada qual a um tempo diferente e em uma relação que inclui inconsistências semânticas e fricções com as diferentes estruturas sociais[350]: o produto geral, entretanto é um *desdobramento das decisões sobre decisões coletivamente vinculantes*, um alongamento das cadeias decisórias, seja dentro dos poderes políticos (separação de poderes), seja na administração pública, seja nos vínculos entre eleitores e eleitos e entre administração pública e cidadãos. São diversas teias procedimentais que diferem a tomada de decisão e a decompõem.

[350] Luhmann, em diferentes ocasiões, aponta ora um ora outro atributo como sendo *o* definidor da democracia. Assim, refere-se ora ao paradoxo de que "todo poder se realiza por submissão ao poder, e o poder supremo existe pela submissão do poder mais baixo" (*e.g.* Luhmann, 2012 [1997], p. 224), ora à cisão da cúpula decisória (*e.g.* Luhmann, 1990d [1986], p. 232), ora à "decomposição social do decidir em subdecisões sobre a aprovação ou declinação direta ou indireta (representativa) de decisões" (*e.g.* Luhmann, 2005d [1978], p. 28). Às vezes, uma definição anula a outra: por exemplo, quando Luhmann (1990d [1986], p. 232) nega que a democracia seja o "domínio do povo sobre o povo" ou um princípio de tomada de decisões de modo "participativo" (o que levaria a uma sobrecarga decisória). Uma visão de conjunto me parece necessária. É a tensão entre esses diversos elementos que torna dinâmicas e autocontraditórias as configurações institucionais.

Da ideia de que só o poder contém o poder (Montesquieu) – só o poder vale como meio de comunicação política e só um poder restringe o outro – vem a forma institucional da separação de poderes do estado na forma de organizações funcionalmente diferenciadas, com vínculos procedimentais de interdependência: autonomia decisória e poderes de veto ("freios e contrapesos", segundo Madison). É o arranjo de eficiência e autocontenção do centro organizado do sistema político.

Democratização é também burocratização e cisão: o estado é apenas uma organização, mas precisa tomar decisões sobre todos os sistemas que permanecem em seu ambiente. Isso depende uma estrutura administrativa crescente – pois só mais organizações permitem a um sistema funcional comunicar-se com seu ambiente[351] –, de um desdobramento de decisões em cadeias e mais cadeias decisórias. A legitimação dessas cadeias decisórias depende de procedimentos e de focos de participação e representação política que cruzem a prática tecnocrática: a diferença política/ administração também precisa buscar sua unidade. Do lado da política, além de procedimentos e organizações, é crucial que a centralização decisória (o governo como unidade entre executivo e legislativo) seja cindida na cúpula pela diferença entre governo e oposição. Com a distinção válido/ inválido o direito é operacionalizado, assim como a política e o código "poder" são tecnificados com a diferença governo/ oposição.

O equivalente desdobramento das decisões no mercado e no direito ocorre pela autorreferência do dinheiro e pelo reconhecimento da personalidade jurídica e dos direitos subjetivos. Pela reflexividade de direitos e deveres a direitos e deveres, constituem-se as relações jurídicas e sua justiça formal a ser defendida no tratamento igual de casos iguais pelas cortes. A propriedade é também condição para a financeirização, como reflexividade de dinheiro a dinheiro que viabiliza as diferenças mercadológicas entre ter dinheiro excedente sem necessidade de convertê-lo em bens (investimento financeiro) e não ter o dinheiro necessário para adquirir bens (empréstimo financeiro). Regulando as diferenças entre oferta e demanda (de dinheiro) presente e futura, os bancos aparecem como centro da economia moderna.

Pelo mercado, a economia observa seu ambiente; pelo mercado financeiro, observa a si mesma, observa suas observações. Pela personalidade jurídica, o direito observa seu ambiente: atribui poderes ao estado, responsabilidades ao poluidor, direitos e deveres aos contratantes. Pela "cidadania constitucional", pelos direitos fundamentais, o direito observa

[351] Luhmann, 2013 [1997], p. 9.

a si mesmo, observa os direitos e deveres que sustenta como válidos. Assim como a economia financeira observa a economia real, produzindo informação e alocando riscos, a constituição é um mecanismo de auto-observação do direito: mais que o topo de uma hierarquia imaginária de normas, é uma central de informação para o direito e sobre o direito. Nela está concentrado o sentido básico da forma e do conteúdo de uma ordem jurídica, sua ordem geradora de procedimentos e valores. A legitimidade e a justiça em cuja crença a política e o direito têm seu pressuposto estão fundidos na institucionalização da constituição. Os riscos da política para o direito são imunizados: a política normal é uma política dentro da ordem constitucional. Os riscos do direito e sua identidade básica são dados a conhecer à política: para vincular a coletividade, a política precisa ater-se às formas e fórmulas constitucionais.

O controle último da reflexividade dos sistemas está alocado em organizações que funcionam como o topo do centro de cada sistema (a corte superior, o banco central) e como zonas de interpenetração intensificada entre sistemas (a política e o direito nas cortes superiores e constitucionais, a política e a economia nos bancos públicos e nos bancos centrais, o direito e a economia nas cortes arbitrais). Uma corte constitucional é o mais político dos órgãos jurídicos e o mais jurídico dos órgãos políticos. Um banco central é o mais político dos órgãos econômicos e o mais econômico dentre os políticos. E as cortes arbitrais processam o paradoxo central do direito – a sentença –, mas atuam em maior coordenação com as exigências econômicas. Um paralelo entre os tribunais constitucionais e os bancos centrais ajuda a compreender como essas organizações servem para o controle da circulação dos meios, submetendo-os a cadeias decisórias e prevenindo sua inflação ou deflação. Diz Luhmann[352] que o dinheiro serve para observar a escassez e transformá-la em operações do sistema econômico, o que requer dinheiro não escasso. A oferta de dinheiro então precisa ser controlada, ou por lastro em uma *commodity* escassa, como o ouro, como era no passado, ou pelo sistema atual de regulação da oferta de dinheiro em circulação por meio da expansão ou retração da oferta de crédito pelo banco central. Essa organização, ao mesmo tempo em que vincula a economia à política e é um instrumento de política econômica, reforça a reflexividade interna de uma economia financeira.

A especificidade do banco central está em que não apenas, como qualquer organização, permite que a comunicação transcenda as fronteiras de sistemas funcionais. O que o distingue é o fato de vincular dois centros organizados de sistemas funcionais

[352] Luhmann, 2012 [1997], p. 232.

diferentes – o centro econômico (bancos) e o centro político (estado). Poderíamos vislumbrar aqui uma equivalência funcional com as cortes constitucionais como organizações que vinculam os centros da política (governo) e do direito (tribunais). Ainda, ao operacionalizarem a interpretação da constituição – o mecanismo de reflexividade mais abrangente do sistema jurídico – por critérios de justificação que precisam se apresentar estritamente segundo o código lícito/ ilícito (e não segundo o código poder/ não poder ou governo/ oposição), as cortes constitucionais reforçam a capacidade de autorreferência do direito. Essa autorreferência permite a prestação, pelo sistema jurídico, de critérios para o controle do poder como meio da comunicação política. Por outro lado, essas cortes supremas ou constitucionais podem contrabandear para o direito os riscos da tomada de decisões coletivamente vinculantes (compensando a incompetência da política) e servir ao uso incongruente de papéis (com movimentos sociais, partidos e grupos de pressão buscando nesses tribunais, especialmente, uma extensão dos meios e oportunidades da disputa política).

Finalmente, tribunais arbitrais parecem desempenhar função equivalente. Vinculam o centro decisório do direito às organizações econômicas (não necessariamente ao centro bancário da economia). Partindo de uma base contratual, operacionalizam a solução de disputas segundo procedimentos e formas de argumentação que em parte reproduzem o modo de produção da decisão judicial, em parte adaptam-no a exigências da economia, como maior celeridade e juízos cognitivos em matéria "técnica" (*i.e.* não jurídica), reforçando a abertura consequencialista. Porém, tribunais arbitrais não tratam necessariamente do centro econômico nem da reflexividade jurídica. Podem fazê-lo quando tratam do sistema bancário e financeiro ou quando envolvem de algum modo questões isomórficas às constitucionais – problemas de organização do poder (ainda que do poder interno de uma organização econômica) ou de direitos fundamentais (prerrogativas reforçadas dos proprietários, administradores ou partes interessadas). O reconhecimento das sentenças arbitrais e sua execução pelo judiciário estatal providenciam um elo institucional residual com o estado, mas já se trata da periferia do sistema político (e centro do sistema jurídico, as cortes).

CAPÍTULO 3. CONTINGÊNCIA E TRANSCENDÊNCIA: PARA UM CONSTITUCIONALISMO SUPERLIBERAL

> Adão: Isso é reminiscência de um velho. Mas o desejo ardente do meu jovem peito é outro: um vislumbre do meu futuro. Quero ver por que luto e por que sofro.
>
> Eva: Deixa-me ver também. Será que meu encanto não se definhará, não se perderá no decorrer de tantas mudanças?
>
> Lúcifer: Assim seja! Jogarei feitiço sobre vós, e podereis ver o futuro até o fim dos tempos, qual cena de um sonho efêmero; porém, se virdes quão insensato será o objetivo, quão pesada a luta a que vosso caminho vos levará, e para que, devido a isso, o desânimo não vos atinja, e não tenteis escapar do combate, lançarei sobre o horizonte um pequeno raio de luz que vos alentará e incentivará mostrando que aquela visão não passa de uma miragem enganosa, e esse minúsculo raio é a esperança.[353]

Como variação do tema da relação entre iluminismo e sociologia, trabalhado no primeiro capítulo, uma consideração complementar destacaria o seguinte[354]. O esmaecimento da crença no mundo como ordem da criação transcendente, a observação da diversidade das formas de vida e a colocação do sujeito como centro racional de conhecimento sobre o mundo e, por sua vontade, de ação moralmente defensável ou útil sobre ele conduz à desagregação da antiga identidade assumida entre o natural, o racional e o bom. Na justificação filosófica, a ação individual desordenada coloca-se, como imperativo moral, necessidade prática ou estratégia eficaz, a organização das relações de poder ao redor de um poder superior a todos – o estado. Na descrição histórica, as formas de divisão e organização de grupos sociais parecem fornecer uma anatomia das sociedades e nelas revelar a diferenciação ou indiferenciação reconhecidas a indivíduos e coletividades. Na difícil junção entre o conhecimento histórico, que coloca em perspectiva as tendências atuais e provavelmente universais (a "sociedade moderna"), e a avaliação das formas institucionais mais adequadas em vista das pretensões iluministas de igualdade e liberdade dos indivíduos, a sociologia se constitui como busca de leis da evolução social análogas às regularidades necessárias da natureza. Essa pesquisa gira ao redor seja da ação

[353] Madách, 2014 [1861], p. 49.
[354] Sobre o iluminismo e a história da teoria social até a década de 1970, ver Hawthorn, 1987 [1976]. Ver também Antoni (1959 [1940]), sobre sociologia e historicismo.

individual autoconsciente, seguindo o postulado de uma razão homogeneamente distribuída entre os indivíduos e anterior a seus condicionamentos sociais, seja de uma identificação da razão nas estruturas sociais e em sua transformação, segundo um curso teleológico da história – nova forma de naturalismo. No curso necessário da evolução, o estado aparece ora como garantia ora como negação da liberdade. O progresso moral, conduzindo a uma forma de ação autoconsciente que espontaneamente combinasse egoísmo e altruísmo, é a outra esperança. A divisão de trabalho, a especialização de funções, a diferenciação das estruturas teriam marcado a diferença entre indivíduo e sociedade e feito emergir uma moral que valoriza o individualismo, sua ação utilitária e seus direitos invioláveis. Diante dos problemas do individualismo, pergunta-se sobre as condições institucionais da solidariedade, da integração social como consenso moral, como "consciência coletiva" a emergir das consciências individuais e a moldá-las. De outro lado, constata-se que a sociologia é sempre autodescrição da própria sociedade, dependente de sua constelação de valores e interesses. O historicismo garante a objetividade da ciência ao custo de ancorá-la em uma cultura particular; ao mesmo tempo, generalizações e universalizações seriam permissíveis pela construção de tipos ideais, formas purificadas da referência a determinada experiência localizável. De todo modo, há um retraimento da ambição sociológica do século dezenove em fornecer grandes tipologias e as explicações causais exaustivas.

Esse é o cenário a que respondem as obras dos autores-chave deste estudo. No capítulo 1, busquei apresentar as respostas de Luhmann ao problema do iluminismo sociológico e no capítulo 2 aplicar seu método funcional, estrutural e sistêmico ao estudo da constituição. Aqui o autor-guia será Unger. Algumas de suas respostas a esse cenário da teoria social também já foram introduzidas, sobretudo seu conceito de "contexto formador" como negação de forças determinísticas (racionais, naturais, econômicas, teleológicas) na conformação dos arranjos institucionais. Este capítulo prossegue no esclarecimento da posição de Unger em relação aos dilemas da teoria social, trabalhando na passagem da explicação à teoria normativa. Aqui, revela-se sobretudo uma alternativa ao historicismo e à pretensão kantiana de formulação de um quadro moral abstrato, o mais formal e trans-histórico possível, a partir do qual seria possível criticar ideais e instituições concretos. A explicação sociológica desvencilhada da ilusão de descobrir leis do desenvolvimento histórico associa-se positivamente a uma visão do progresso não como tendência natural e necessária, mas como zona de intersecção possível entre atenuação das hierarquias e

clivagens sociais e maior autonomia da autoconstrução da sociedade diante de restrições ambientais.

Essa discussão teórica e metodológica não permanece em nível puramente formal, mas tem interesse na medida em que aplicada à análise substantiva das formas institucionais do constitucionalismo e dos direitos fundamentais. Este capítulo pretende, portanto, conectar o plano da teoria social normativa à observação da teoria constitucional. Para tanto, critica os ideais e instituições do constitucionalismo clássico e de sua reconfiguração socialdemocrata. Busca prospectar modelagens alternativas de constituição e direitos no cenário atual e defender uma visão "superliberal". Chega então à diferenciação de quatro tipos de direitos que responderiam a essa visão, aos problemas estruturais que ela identifica e às assimetrias da sociedade mundial tratadas no capítulo 4. São caracterizados os direitos de desestabilização, de imunidade, de participação e de autonomia.

Este capítulo reconstrói e critica a principal vertente de justificação sobre as instituições constitucionais. Se a moralidade ou ideologia que se ajusta ao constitucionalismo e o justifica é o liberalismo, é preciso ir além das formas institucionais e elencos discursivos do liberalismo para satisfazer, na sociedade atual, as aspirações que o próprio liberalismo expressou a seu tempo e lugar. Essa autossubversão, conveniente se não necessária, foge aos limites da ressurreição tardia do liberalismo proposta pelas mais celebradas teorias da justiça e da sociedade de fim do século passado.

O tema é, portanto, filosofia política, ou a chamada "teoria política normativa", em associação ao mapeamento das variedades de constitucionalismo. Na verdade, dada a diferenciação funcional da sociedade, cabe falar, mais amplamente, de teoria social normativa ou filosofia social. Está-se em busca de uma visão contrafática que reconheça a política ao lado dos outros sistemas sociais, de uma orientação normativa que guie a indagação a respeito da direção possível e desejável da transformação dessa sociedade complexa. Embora essa transformação em última instância não possa ser dirigida, senão pela evolução *quase* cega, a reprodução social também é reflexiva a respeito de seu curso e critérios normativos servem para fundamentar propostas de correção de rota – do contrário, estaríamos tratando de seleção natural, não de autopoiese social. A definição de uma direção normativa esboça um pano de fundo contrafático à luz do qual os instrumentos e iniciativas podem ser julgados. Mas a contingência social não recomenda a circunscrição a um quadro normativo fixo como referência para julgar os distanciamentos ou

aproximações da realidade em direção ao ideal. Paradoxalmente, a diretriz normativa delineada deve ser tão flexível e indeterminada a ponto de permitir a determinação dos melhores meios a cada situação concreta. A imaginação da direção, do horizonte, serve para guiar aqui e agora as escolhas a respeito do futuro mais ou menos imediato, explorando "o vínculo crucial entre discernimento do existente e imaginação do possível adjacente: a penumbra dos '*alis*' a que podemos chegar partindo do *aqui*"[355].

A visão de sociedade – e, portanto, de constitucionalismo – que é o ponto de chegada deste capítulo é justamente uma que reconheça a complexidade e contingência da estrutura social e oportunidades de desestabilização no curso da própria estabilização dessa estrutura. Uma sociedade e um constitucionalismo mais mudancistas teriam que ir além do desbotado figurino liberal – teriam que ser "superliberais". Mas não poderiam cair no autoritarismo e retrotrair a sociedade ao estado – para garantir suficiente excedente de possibilidades (lembremo-nos: a questão do iluminismo[356]), teriam que seguir o curso do "experimentalismo democrático". Trata-se de reconhecer a contingência do mundo e então imaginar e construir instituições que nos habilitem a aumentá-la, transcendendo os contextos em que vivemos.

O fato mais importante sobre a relação entre estruturas jurídicas e estruturas sociais é representado pela diferença que o direito e o constitucionalismo liberais apresentam em relação ao direito pré-revolucionário, e pela diferença que um direito e um constitucionalismo pós-liberais podem apresentar em relação ao modelo jurídico dos últimos séculos[357]. Isto é: o direito das sociedades estratificadas e corporativas simbolizava, normatizava e institucionalizava a diferenciação hierárquica, tanto na organização do poder (governo misto, câmara dos lordes, senado) quanto na atribuição de direitos (pense-se nos privilégios dos barões feudais na Magna Carta inglesa de 1215); as constituições liberais produzem uma simbolização, uma institucionalização e uma normatização generalizantes, abstraindo as diferenças segmentárias (sexo, idade), centro-periféricas (rural-urbano, dependência pessoal) e hierárquicas (classe, status), mas marcando a diferenciação funcional: a especificidade dos meios "poder" e "direito", a autocontenção do governo dos homens pelo governo das leis (estado de direito) e a universalização dos direitos básicos (que liberam da política a religião, a economia, a ciência). A sociedade constrói um foco próprio de autorreflexão normativa, com um

[355] Unger, 2015c, p. 61.
[356] Ver *supra 1.3*.
[357] Sobre o direito em geral, ver Unger, 2015b [1982], p. 106; sobre a constituição em particular, ver Thornhill, 2011.

distanciamento das diferenças sociais, e esse distanciamento é a marca de sua normatividade – do idealismo abstrato que identifica o direito liberal.

A constituição moderna não se confunde mais com a antiga *politeia*, uma miscelânea de expectativas (sem a diferenciação clara entre expectativas cognitivas e expectativas normativas, que só a vem a ser marcada pelo positivismo jurídico) que sancionava socialmente a organização e composição do poder público segundo a estrutura básica da sociedade: a influência social difusa, amalgamada pelas relações de dependência econômica, não é diferenciada do poder especificamente empregado na tomada de decisões coletivamente vinculantes. O retorno a essa normatividade imanente, emergente da "ordem natural" das coisas e pessoas, marcou no século vinte várias aspirações autoritárias pelas quais o estado – com sua instituição diferenciada e organizada do poder e da força – pretendia impor à sociedade sua ordenação jurídica "concreta". A esse tempo, a diferenciação do poder político e a complexidade da ordem social já fizeram com que só muito violentamente a sociedade pudesse ser desdiferenciada e retrotraída à hierarquia estatalmente comandada. Por outro lado, permanece o problema da medida em que a constituição e o direito liberais deixam de produzir diferenças que fazem a diferença. Por sua própria indiferença às diferenças "não funcionais", os direitos liberais não deixam de as reproduzir e de estarem disponíveis diferencialmente para as pessoas, conforme suas posições nas outras formas de diferenciação social, que são esquematizadas pela diferenciação funcional, mas continuam a se reproduzir (diferenças de classe, nacionalidade, gênero etc.). A constituição diferencia-se como instituição funcionalmente específica em relação à estrutura social recalcitrante que ela em grande medida não domina nem reconstrói.

Diante dessa indiferença com relação aos aspectos não funcionais da estrutura social (abstraídos do direito e da interpretação jurídica), o diagnóstico pode ser de que as constituições não passam de "folhas de papel" e nada valem contra os "fatores reais de poder", que são a "constituição real e efetiva"[358]. Mas essa visão simplesmente reprisa o velho entendimento pré-liberal da ordem jurídica imanente à ordem social. Apela-se então à igualdade e à liberdade "reais", "materiais", em contraponto aos universais jurídicos meramente "formais". A questão estrutural é que o direito não mais reproduz a topografia social ponto por ponto e isso implica ampla liberdade de produção das formas jurídicas e atenuação da rigidez das classificações sociais. Se se quer aumentar a sensibilização do

[358] Lassalle, 1862.

direito pelas diferenças de seu ambiente social, será preciso traduzir essas diferenças contrafaticamente no próprio direito, em formas jurídicas (a diferença é que essas diferenças são reintroduzidas não mais para serem confirmadas pelo direito, mas para serem repelidas, "superadas"). A esse processo deram-se os nomes dúbios de "materialização do direito" e de "direito social" e sua base social foi uma decomposição dos processos decisórios sobre a criação e aplicação do direito – a democratização. Assim, no interior da abstração e universalidade do direito e das constituições liberais, construíram-se diferenciações seletivas por remissão a desigualdades, principalmente econômicas, a serem consideradas e compensadas na produção do direito.

O passo mais importante a ser dado em uma análise da instituição "constituição" é vislumbrar como ela regula (e, pela expansão imaginativa das experiências visíveis, pode vir a regular) a diferenciação funcional entre direito e política, mas também como ela desarticula (e pode vir a desarticular) clivagens rígidas de classe, status, etnia, nacionalidade etc. Como a constituição e os direitos fundamentais podem institucionalizar formas de reprodução do direito e da política que funcionem como cunhas de desentrincheiramento das estruturas sociais em geral? Precisam observar e decodificar, política e juridicamente, as estruturas que permanecem no ambiente desses sistemas. Mas como? Construindo que formas? Esse é o horizonte de indagação de um constitucionalismo fundado no fato da diferenciação funcional e na aspiração do experimentalismo democrático.

3.1. Liberalismo clássico

Ao diagnosticar, pelo contraste histórico entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, o conflito entre as esferas públicas política, jurídica e econômica – entre a autonomia pública (a participação no estado) e a autonomia privada (a inviolabilidade das zonas individuais para a persecução do interesse próprio) –, Constant[359] reivindica a subordinação da primeira à segunda. Na verdade, com isso marca o princípio institucional do governo representativo, em oposição à democracia direta, e a singularidade da emergência moderna da figura dos direitos naturais, inconcebível na semântica antiga do direito natural. Agora a sociedade civil como continuação da natureza é a economia, não a associação política. A política é o campo da invenção deliberada, e deve servir a essa ordem natural sustentada na vida privada, no comércio. Mercado, opinião pública e direitos

[359] Constant, 1988 [1819].

diferenciam-se, no lugar da antiga contraposição entre economia doméstica (o privado) e democracia patriarcal (o público). Constant não finaliza seu discurso sem elogiar ainda a liberação esfera pública da economia, o mercado, saudando o livre comércio como propulsor da riqueza das nações (cada uma dedicando-se à sua vantagem comparativa) e da paz entre os homens (fazendo-os ver o bem comum acima de rivalidades nacionais, ideológicas, religiosas). (É certo que, para se aproximar de tais resultados, todo esse discurso na prática tirou vantagem do nacionalismo, do protecionismo seletivo e do imperialismo.[360])

O liberalismo clássico é uma semântica responsiva a uma transformação estrutural que marca o aumento do grau sustentável de complexidade e contingência da sociedade. Perigos desconhecidos e não marcados a passam a ser decodificados como riscos – econômicos, políticos, sanitários. A tal transformação corresponde a psicologia do medo, base do individualismo liberal, e a associação da autoridade do estado primeiro ao medo da violência (justificando o estado absoluto, com soberania indivisível e combate às facções, em Hobbes), depois à confiança na manutenção de um esquema centralizado mas fragmentado de poder (a separação de poderes)[361]. A transcrição direta da estrutura social para a institucionalidade política – o equilíbrio das formas de governo associadas à composição entre os vários estratos da sociedade (governo misto) – é substituída por um distanciamento entre estrutura social (classes) e organização política (poderes), fazendo a estabilidade do poder depender de uma diferenciação organizacional interna que filtre, dome e contenha as paixões transformadoras da maioria (liberdades e propriedade *versus* opinião das massas). A constituição de um sistema organizacional diferenciado (o estado) e de uma esfera pública de inclusão abstrata universal (os direitos) permite ao mesmo tempo o funcionamento do sistema político com ampla indiferença às diferenças de classe, dependência, sexo, etnia (que, por essa mesma indiferença isonômica, continuam a se reproduzir).

O constitucionalismo liberal clássico, exemplificado pelo presidencialismo americano, caracteriza-se por alguns pilares estruturantes[362]. Quanto ao centro organizado do poder, o mais importante atributo é a associação da fragmentação do poder a um esquema de vetos múltiplos: não apenas os centros decisórios são divididos, mas também há "freios e contrapesos" que estabelecem uma proporção entre a ambição transformadora

[360] Unger, 2007b, pp. 23-4 e 135.
[361] Castro, 2005.
[362] Unger, 2011 [2008], pp. 62-3.

do projeto e os obstáculos que ele enfrenta.

Afinal, quais são as intenções, as justificativas e os princípios organizacionais desse esquema? Madison[363] observa as observações de Montesquieu sobre a organização do estado britânico como o espelho da liberdade política e constata que nesse caso tão paradigmático os poderes legislativo, executivo e judiciário não são de modo algum separados; na verdade, os membros de um poder cumprem funções que caberiam a outro e há uma composição cruzada dos departamentos de governo. O equilíbrio da dinâmica de um poder conter o outro poder advém de que afinal nenhum titular de um poder detém ao mesmo tempo todo o outro poder: quem julga não faz as leis, quem faz as leis não as executa, os poderes não estão unidos em uma mesma pessoa ou corpo decisório. Entretanto, há interpenetrações e controles de um poder sobre o outro. Madison conclui que a mera demarcação das zonas de competência de cada poder não é salvaguarda suficiente contra a tirania. É preciso fragmentar o poder, mas sempre há sobreposições. Na construção de um esquema que oponha interesses e grupos rivais contra a prevalência da maioria, cada poder deve ser um freio às ambições do outro, fazendo do "interesse privado de cada indivíduo" a "sentinela sobre os direitos públicos". É preciso buscar uma solução interna ao centro organizado do poder, sem apelar a mecanismos de externalização da decisão (convocar o povo, representado por uma comissão, para resolver impasses e redefinir os limites constitucionais, seria confiar na paixão da multidão, das facções e de seus representantes, em vez de na razão dos homens prudentes que chegam ao centro de comando do governo; isso levaria a pressões por estender a esfera de ação de cada poder e, assim, ao desrespeito a um esquema claro de distribuição constitucional dos poderes). Além de manter as cadeias decisórias fechadas na estrutura interna do estado, é preciso manter a independência entre os poderes (sem interferências entre os agentes dos diferentes ramos), mas também controles múltiplos. O problema (da época) é que, diante da estreiteza das funções executivas e da contenção do judiciário, o legislativo avulta como o poder naturalmente superior (o que Madison considera atributo intrínseco do regime republicano). Os legisladores podem fazer as normas gerais, têm acesso ao bolso dos contribuintes, sustentam redes de dependência social e exercem a capacidade de interferir na composição e no orçamento dos outros ramos do governo. O desenho constitucional dá ao legislador poderes mais extensos e menos sujeitos a limites precisos. Assim, cada poder não está equipado com igual capacidade de autodefesa. A solução é dividir o legislativo,

[363] Ver Hamilton; Madison; Jay, 2008 [1788], n. 47 a 58. Vermeule (2014, cap. 3.) interpreta esse desenho institucional como típico de um "constitucionalismo de precaução".

criando um freio interno por meio do bicameralismo. Tudo nesse desenho do centro constitucional organizado é justificado como garantia indispensável da propriedade e dos direitos individuais, e explicitamente quer blindar os interesses da minoria contra a "tirania da maioria". Deve-se prevenir a tomada do estado por uma facção e dificultar coalizões majoritárias, promovendo-se uma fragmentação ampla dos grupos e interesses.

Note-se que a simples fragmentação do poder é capaz de ampliar a capacidade decisória; a eficiência pode ser prejudicada por sobreposições de competências, mas haveria como estabelecer dispositivos de solução de impasses (por alguma hierarquia entre os poderes, segundo algum critério material, ou pela convocação de referendos ou plebiscitos em termos acordados pelo parlamento). O resultado da associação dessa fragmentação de poder com um sistema de vetos múltiplos é desacelerar a transformação política da sociedade, em nome da estabilidade. O preço é um atraso constante da política, que faz as transformações dependerem de crises. No parlamentarismo europeu, as altas exigências de consenso no governo e a dependência do gabinete em relação ao parlamento são um equivalente funcional a essa institucionalidade política conservadora.

A contraparte no plano territorial do desenho do centro organizado da política é um federalismo baseado na divisão rígida de competências, que impõe às unidades federadas uma cópia estrita da organização moldada no governo federal. O potencial de inovação é cortado não apenas pela centralização, mas por uma descentralização que veda formas de organização e atuação alternativas aos estados e localidades.

Na triangulação entre esfera pública e esfera privada, há uma variedade de arranjos dos meios de comunicação de massa, dos partidos políticos e dos procedimentos eleitorais que produzem um baixo nível de mobilização popular. A apatia e o desinteresse contam a favor da concentração do poder decisório real na concertação entre grupos de interesses (economicamente) fortes e oligarquias parlamentares.

A título de contraste[364]: a alternativa seria a ampliação do acesso aos meios de comunicação para partidos e movimentos sociais, o fortalecimento dos partidos políticos (eleições por "listas fechadas", por exemplo) e o complemento das eleições por plebiscitos e referendos em termos acordados pelo congresso, que ajudariam a romper a força dos interesses organizados (que colonizam os parlamentos) e a dar legitimidade a reformas de escopo amplo. Usá-los rotineiramente os banalizaria e colocaria em descrédito os mecanismos representativos (analogamente, mecanismos de *recall* do executivo tendem a

[364] Ver discussão *infra 3.3.1.3*.

gerar instabilidade incompatível com governos reformistas[365]). Não usá-los provocaria simplesmente o cenário usual de apatia popular, a conservação institucional e o enviesamento por interesses poderosos. Esse ajuste fino e a dosagem adequada da inserção da democracia semi-direta na institucionalidade representativa ajudariam a produzir uma liquefação dos interesses e visões entrincheirados jamais permissível por um liberalismo conservador.

Quanto à esfera pública, o formulário constitucional protodemocrático incorporava a preocupação em filtrar as paixões da maioria, por meio de sufrágios restritivos, qualificados pela propriedade – a titularidade de propriedade dá autonomia aos eleitores, evitando a distorção do processo eleitoral por relações de dependência pessoal. Essa minoria de homens prudentes é a guardiã de uma ordem econômica livre e competitiva, a qual poderia ser colocada em risco pelos anseios redistributivistas das massas. O colégio eleitoral nas eleições americanas é um resquício desses dispositivos de filtragem da vontade popular. A universalização do sufrágio, porém, os tornou uma anomalia no desenho constitucional das democracias ocidentais.

Na mentalidade original do constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais abrangem a proteção da autonomia individual em sua dupla face: aquela associada à liberdade de consciência e aquela relativa aos direitos privados – incluindo os meios processuais-judiciais para a defesa da propriedade e a garantia dos contratos. A crença é que abrir espaço para a liberdade de iniciativa econômica e de credo religioso ou político é o motor do progresso material e espiritual da sociedade, alcançado pela libertação dos poderes criativos e produtivos dos indivíduos. Fundamental para o liberalismo é, de um lado, o reconhecimento de que o conhecimento e a vontade acerca do mundo manifestam-se na forma de crenças – atribuições de sentido generalizáveis, mas no limite constituídas por cada indivíduo. De outro, a ideia ancorada na dignidade individual, na concepção da pessoa como espírito livre em possível contraste com as estruturas da sociedade. Uma concepção de grandeza pessoal, de liberdade por oposição à dependência, conforma a autoimagem aristocrática do ideal de vida liberal. Essa autoimagem e sua ancoragem institucional revelam-se porém aderentes apenas à realidade de uma minoria incluída, potencializando maiorias excluídas.

A base concreta dessa inclusão, o substrato material da independência individual é dado sobretudo pela configuração jurídica específica da propriedade que se consolidou no

[365] Ver *e.g.* Souza; Vieira (2014), discutindo a mitigação dos riscos do *recall* sobretudo por exigências de quórum para convocação e limitações temporais.

século dezenove, uma forma de assegurar independência pessoal contra a interdependência social. É certo que o sentido mais preciso da igual liberdade dos homens proclamada nas declarações de direitos consistia em autorizar a todos a titularidade da propriedade (que cada qual obtivesse por seus meios); inevitavelmente haveria desigualdade em sua distribuição e nem todos seriam proprietários.

A forma unitária da propriedade privada consiste em um dispositivo para minimizar a dependência de um (o proprietário) ao custo de maximizar a dependência de outros (a exclusão *erga omnes*); o faz pela quebra da reciprocidade. O contrato, por sua vez, estrutura o mercado não como uma prática de trocas segundo uma lógica natural de correspondência entre coisas, mas de como uma arena de relações de confiança entre estranhos. Afinal, a política e a constituição liberais igualam a liberdade política à preservação dos direitos privados, como estruturação jurídica da ordem econômica de mercado[366]; mesmo fora do âmbito do contrato e da propriedade, as demais liberdades são moldadas à mesma imagem de poder exclusionário capaz de circunscrever uma esfera inviolável de pensamento e ação ao redor de cada indivíduo.

A gênese da configuração específica dos direitos privados vincula-se menos a uma progressão heroica da luta contra o estado absoluto e pelo governo limitado. Em sua amplitude de escopo, a propriedade nasce em paralelo com o estado absolutista na Europa do início da modernidade: separam-se então os impostos dos aluguéis, afirmando-se lado a lado soberania territorial do estado (*imperium*) e o domínio privado. Essa repartição permitiu estratégias de coordenação entre estado e proprietários, garantindo de lado a lado maior arrecadação pública e maiores lucros em empreendimentos apoiados pelo soberano.

Os esquemas de contrato e propriedade permaneceram, porém, pouco determinados no que se refere a aspectos centrais de uma ordem econômica, como a organização do trabalho e da produção. Entre relações contratuais voluntárias e a disposição quase absoluta sobre coisas, precisou-se supor um componente juridicamente fluido de discricionariedade gerencial e autoridade supervisora (analogamente, em relações comunitárias e familiares, precisou-se supor um poder quase arbitrário como complemento ao ideal de vínculo voluntário). Esse componente emerge quando submergem as estratificações sociais rígidas da sociedade corporativo-patrimonialista, em que as distinções sociais integravam-se mimeticamente à ordem jurídica. Assim como a política liberal é relativamente independente das clivagens de classe e outras, o direito liberal

[366] Sobre propriedade, contrato e direitos privados, ver Unger, 2001b [1987], pp. 195-207; 1984b, pp. 138, 206, 210-11; 2015b [1982], pp. 143-78, 187-8.

assume certo distanciamento da ordem social mais ampla; em sua diferenciação, precisa construir formas, fórmulas e critérios mais impessoais e abstratos no lugar de expectativas sociais não explicitadas. Finalmente, diante da diferenciação da ordem do mercado, o direito contratual precisou circunscrever a contratação bilateral de execução instantânea por uma série de normas e doutrinas excepcionais (que mais e mais se tornam a regra) sobre relações contratuais continuadas e sobre negociação coletiva do trabalho, por exemplo.

A posição favorável nas formas liberais clássicas de contrato e propriedade estava disponível a poucos e a eles, que gozavam realmente da liberdade como autossuficiência e autoconfiança, acima das contingências e necessidades banais da vida, era atribuída, em um círculo vicioso, a autonomia pública, o direito de influir na composição do governo. Ao mesmo tempo, as estratificações e hierarquias sociais encontravam-se sob conflito e relativamente enfraquecidas. Dão-se as condições para a rivalidade partidária se apoiar mais e mais na lealdade das massas, desprender-se das rivalidades regionais e transcender parcialmente as divisões sociais. A anexação dos direitos políticos (universalização do sufrágio) aos direitos civis (as liberdades públicas e privadas) corresponde à perturbadora justaposição do constitucionalismo de governo limitado esquematizado finalmente em fins do século dezoito à estruturação dos partidos políticos de massa na metade do século dezenove. Surpreendentemente, embora os esquemas liberais de mercado e estado (a propriedade unitária e a autocontenção do poder) se apoiassem em uma semântica da racionalidade impessoal e da estabilidade, a democratização não subverteu o constitucionalismo liberal-aristocrático.

A "história mítica da democracia"[367] define a democratização como a colocação da estrutura social ao alcance do conflito e da transformação política; assegura que as minorias podem aprender a fazer uso dos instrumentos de rivalidade partidária e serem consideradas nas decisões; considera que as opções políticas em jogo são, se não a expressão das correntes majoritárias, o resultante de sua combinação; e crê que a decisão econômica descentralizada é condição de possibilidade da democracia (há economias de mercado sem democracia política, mas não democracia sem mercado). Diante desse quadro explicativo, como explicar que o sufrágio universal não tenha realizado transformações tão radicais como aquelas que os liberais mais típicos previam, como uma redistribuição geral da propriedade? Ao lado de outros fatores candidatos à elucidação do dilema (como o

[367] Ver Unger, 2001b [1987], pp. 207-21.

crescimento econômico e a melhora das expectativas de mobilidade social, ainda que persistentes amplas desigualdades), deve-se considerar que a restabilização e rotinização das disputas no quadro organizacional e procedimental do constitucionalismo vigente provocou nova conformação e diferimento das expectativas antes manifestadas em protestos fora do centro organizado do poder. Além das peculiaridades de desmobilização desses esquemas constitucionais, ele afirma enfaticamente não apenas o caráter quase acidental das soluções institucionais que produz, mas também a fluidez das bases sociais de apoio aos programas políticos.

Entretanto, não foi inócua a universalização do sufrágio – embora viesse a produzir resultados tão diferentes dos esperados e compromissos muito maiores com as instituições políticas, jurídicas e econômicas dadas. Na semântica liberal, tradicionalmente se contrapôs a liberdade negativa (privada, proprietária) à liberdade positiva, esta entendida como exercício da autonomia coletiva ou da participação na autodeterminação política. Liberdades de expressão e associação (assim como, originalmente, a propriedade) as conectavam fundamentalmente como condições habilitantes. A transformação estrutural que conduz à universalização do sufrágio e a prática do voto introduzem dentro da rivalidade partidária e legislativa a pressão de demandas, quando não mais revolucionárias, ao menos reformistas, ou redistributivas, ou compensatórias. A provisão das bases econômicas, educacionais, sanitárias para o exercício de quaisquer das liberdades é então justificada, no espírito do constitucionalismo social(-liberal), como pré-condição "material" para a autonomia individual e coletiva garantida "formalmente" pelo direito e pela política.

3.2. Socialdemocracia

Para seguir um tema tipicamente moderno em sua formulação tradicional, a transição do "feudalismo" ao "capitalismo" no contexto europeu provocou a quebra das ordens corporativistas (das corporações de ajuda mútua e dos suportes estamentais e familiares), dando origem a uma ordem na qual se combateram os privilégios e se enfatizou a igual liberdade "formal". A semântica de combate à estrutura social anterior e de defesa dessa nova ordem foi o liberalismo. Em termos luhmannianos, a nova forma de diferenciação social incrementou riscos e deu origem a um novo tipo de exclusão. Como resposta a esse novo contexto – e, mais definidamente, em resposta à industrialização no século dezenove – surge a semântica do "social". Ela se define pelo apelo a organizações

intermediárias (instituições comunitárias), pela defesa da provisão estatal de serviços básicos (a escola pública, gratuita, obrigatória e de massas, em contraposição à educação privada das elites) e por uma desestabilização do consenso acerca da divisão estado/ sociedade. O conceito de ideologia bem marca o caráter coletivo (de classe) das diferentes crenças e sua gênese na estrutura social. O estado aparece então como uma arena de abertura a conflitos de visões e interesses, assim se estruturando sob a democracia de massas; o sufrágio universal expande as demandas da sociedade ao estado, particularizando como um dentre outros o setor antes universal dos incluídos na ordem econômica – os proprietários, para quem as funções do estado deveriam cingir-se à garantia judicial da propriedade e dos contratos, à manutenção da segurança pública e à defesa da soberania territorial. Mas, nos marcos institucionais liberais (democracia parlamentar, estado de direito, economia de mercado), o socialismo democrático não altera fundamentalmente a forma dos direitos privados; os contrabalança pela universalização de direitos públicos, como o sufrágio universal e os esquemas públicos de assistência, previdência e serviços de saúde, educação, cultura, esporte.

Aqui a dinâmica fundamental na vinculação entre os ambientes internos da política e do direito é a seguinte[368]: a extensão dos direitos de participação faz a opinião pública ressoar a demanda pela extensão da esfera dos direitos, dando margem à dependência entre direitos sociais e apoio político. A institucionalização da política deixa de repousar exclusivamente na lógica de autocontenção do centro organizado (poder contra poder, sob domínio mais fácil dos notáveis, das elites) para ampliar-se ao conflito entre partidos de massa (elites concorrendo pelo apoio popular para garantir rotação no poder). A inclusão política nivela as expectativas em outro patamar: agora é preciso dar garantias de inclusão em tudo o mais (economia, educação, saúde).

O que marca a socialdemocracia, pode-se dizer, é uma lógica de "compensação de incompetências"[369]. Mantida a estrutura básica do mercado e dos institutos de direito privado, eles precisam de regulação, contrapesos e correções. Assim, a crença em uma ordem predeterminada de regras e direitos que constituem a ordem econômica livre é substituída pela afirmação da "natureza empírica e revogável da autodeterminação

[368] Luhmann, 1990b [1981], pp. 26-7, 34-9.

[369] Ver Luhmann, 1990b [1981], pp. 21-5, referindo-se a Marquard, 1989a [1974]. Ver também Marquard, 1989b [1978], esp. pp. 42-5 e comparar Unger, 2007a, cap. 13. Luhmann delimita o conceito de estado social no século dezenove, como resposta às consequências da industrialização, e o diferencia do estado de bem estar do século vinte, que vai além das funções de assistência social e consagra interesses como pretensões. Aqui não sigo essa definição e uso indistintamente a referência a estado social, estado de bem estar social e socialdemocracia.

individual e coletiva", sendo as pretensões jurídicas dependentes de condições práticas de exercício nem sempre disponíveis. A preocupação com a fruição efetiva dos direitos leva a uma esquematização binária de "direitos de escolha e arranjos retirados do escopo da escolha para o melhor exercício da escolha real e efetiva"; essa esquematização perpassa vários níveis[370]: regras e doutrinas contrastantes dentro de um mesmo ramo do direito (como compensações pela assimetria de poder e informação entre as partes de uma relação); ramos do direito que se contrabalançam ou se excepcionam (direito contratual geral e direito do trabalho, contrato individual e negociação coletiva); de forma geral, o direito público (e a constitucionalização dos direitos sociais) aparando as arestas de vulnerabilidade e desigualdade econômica reproduzidas pelo direito privado. É notável, por exemplo, como a dinâmica de extensão dos direitos sociais pela inclusão das demandas das massas com a institucionalização do sufrágio universal faz desses direitos (sobretudo na forma de proteções previdenciárias e trabalhistas) a segunda melhor opção para aquela alternativa mais radical de reorganização econômica – como nota Luhmann[371], a progressão argumentativa da defesa lockeana da propriedade (sua finalidade de servir à liberdade e à autorrealização do indivíduo) conduz diretamente a uma reestruturação radical da distribuição primária da propriedade no sentido do comunismo. A importância do dinheiro como meio generalizado do sistema econômico e a instabilidade da pequena empresa familiar que seria o resultado dessa redistribuição radical são os fatores estruturais da economia que, ao lado da dinâmica de forças na política, conspiram para derrubar tal solução.

No que se refere ao centro do poder político, as alternativas socialdemocratas mais avançadas foram testadas na Europa ocidental na segunda metade do século vinte, na esteira do constitucionalismo social marcado pela curta experiência entreguerras da república de Weimar[372]. Sua faceta mais conhecida e universalizada é a ampliação dos catálogos de direitos, incorporando uma lista crescente de direitos a serviços e benefícios estatais (como expressão de um anseio redistributivista) ao lado da participação política, das garantias judiciais do estado de direito, das liberdades espirituais e dos direitos privados. A frustração dessas novas e grandes expectativas deve-se a uma série de fatores que incluem a diferenciação entre política e direito e os limites operacionais da política na transformação das estruturas sociais. Tal diferenciação e tais limites são, é certo, variáveis,

[370] Unger, 1996, pp. 26-8; 2007b, pp. 92-3; 2015c [1982], p. 158.
[371] Luhmann, 1983b [1974], p. 118; 2010a [1965], pp. 220-2.
[372] Ver Unger, 2001b [1987], pp. 444-8; 2011 [2008], pp. 63-7.

conforme a configuração dos centros organizados da política e do direito. Uma das causas mais próximas da frustração da realização dos direitos sociais é não promover uma alteração correlata na organização do estado.

Mas e quando os poderes são reconfigurados? A experiência do constitucionalismo europeu do século vinte, informada pela tradição parlamentarista, trouxe, de um lado, o tensionamento da divisão de competências entre executivo e legislativo pela instituição do estado de exceção. Era a contraparte a um projeto de "racionalização do poder", com dispersão das decisões e distanciamento entre os departamentos governamentais. No estado de exceção, a suspensão dos direitos fundamentais e a onipotência do chefe do executivo amparado pelas forças armadas é o caso previsto para situações de crise aguda (o paradigma é o artigo 48 da constituição de Weimar de 1919). Seu equivalente funcional mais corriqueiro são as formas de legislação pelo executivo (medidas provisórias) e um desarranjo crônico da divisão de poderes.

Registre-se que uma alternativa mais radical tanto à rigidez desaceleradora da mudança política que caracteriza o constitucionalismo liberal-conservador quanto à anomia que caracteriza a quebra ou suspensão da ordem constitucional seria a elaboração de "miniconstituições"[373], de regimes constitucionais temática e temporalmente limitados. Assim se poderia exigir um "poder sombra" para cada atribuição excepcional de poder. Haveria uma estrutura a regular os desvios e quebras da estrutura padrão.

De outro lado, há a experiência do "semi-presidencialismo" (Duverger)[374] ou "dualismo constitucional" (Unger), representado por exemplo pela constituição francesa de 1958 e pela constituição portuguesa de 1978. Seus três pilares são: a eleição direta tanto do presidente quanto do parlamento; competências concorrentes que permitem que uma mesma medida tenha chances de ser aprovada seja pelo parlamento, seja pelo presidente, não dependendo da convergência; eleições antecipadas. Este terceiro elemento, previsto para conciliar mobilidade e estabilidade, permitia ao parlamento remover o presidente simplesmente por razões políticas (ao contrário do instituto clássico do impedimento) e dissolver-se no mesmo ato; ou ao presidente sem maioria parlamentar, submeter ambos os poderes a novas eleições. Contudo, esse dispositivo foi na prática abandonado. Por sua vez, as competências concorrentes associadas a bases de apoio alternativas provocaram o seguinte efeito: quando presidente e parlamento concordam, há quase uma ditadura presidencial temporária; quando divergem (coabitação), a maioria parlamentar leva o

[373] Unger, 2001b [1987], pp. 461-2.
[374] Duverger, 1980.

regime ao imobilismo decisório. O primeiro elemento, é certo, revelou o potencial "plebiscitário" do presidencialismo, como força de subversão das oligarquias parlamentares.

Assim como não constitucionalizou direitos sociais (embora tenha construído sistemas públicos de previdência e assistência), o presidencialismo americano não incorporou essas inovações do constitucionalismo social europeu. Os Estados Unidos exemplificam, porém, outra faceta do centro organizado da política: sua relação com o centro organizado do direito. Em sua expressão tardia, de final do século vinte e início do vinte e um, esse constitucionalismo socialdemocrata passou a alistar como aliado o contrapeso judicial aos centros políticos de decisão. A materialização do direito – a inclusão de conteúdos indeterminados, pouco moldados por regras formais – abriu espaço à idealização dos preceitos constitucionais por referência a princípios, propósitos, políticas e valores, textualizados ou apenas insinuados nos textos normativos. Descrente da mudança direta e disruptiva do direito pela via política (bloqueada pela permanência de arranjos que levam ao impasse, produzem desmobilização e estreitam o escopo das mudanças legislativas), o jurista passou a apostar na correção que as cortes poderiam providenciar ao direito posto, arrumando-o a favor de minorias excluídas do poder e contra interesses poderosos injustificáveis por uma interpretação o mais neutra e impessoal possível do sentido da constituição (um sentido pretensamente meta-ideológico, compartilhável por todo o "sujeito constitucional", o povo). Assim, incongruentemente, a periferia da política (movimentos sociais, partidos, grupos de pressão) buscou o centro do direito, usando a decisão jurídica como bloqueio à decisão política ou como novo "*round*" no conflito por poder e direito[375]. Obviamente, tal expectativa só se tornou verossímil após a consolidação da socialdemocracia, pois em um primeiro momento as cortes eram justamente as adversárias da legislação social, opondo o formalismo liberal a um estado interventor. Mas essa expectativa de progressismo das cortes também pode ser frustrada para além de ganhos de curto prazo, seja pela proximidade entre poder político e as cortes superiores com especial influência na modelagem do direito constitucional (o que impede as decisões de saírem do consenso entre os poderes e os poderosos), seja pelo contra-ataque conservador dos poderes políticos a juízes muito "ativistas", driblando e desfazendo as conquistas sentenciadas[376].

[375] Para um tratamento sistêmico-teórico dos usos das cortes pelos movimentos sociais, ver Campilongo, 2012 [2011], esp. cap. 3.
[376] Ver *e.g.* Tushnet, 2008, e a discussão *infra 3.3.1.1.*

Vale lembrar que em muitos países, especialmente sob a influência europeia (sobretudo do constitucionalismo alemão do pós-guerra), a aposta na interpretação judicial como método e arena próprios para a correção do direito diante de uma realidade social que ele indevidamente sanciona ou parece incapaz de transformar inclui doutrinas que propugnam a constitucionalização do direito, a interpretação idealista de todos os ramos do direito público e privado à luz dos princípios constitucionais e a eficácia contra terceiros dos direitos fundamentais (por exemplo, a aplicação de preceitos básicos de igualdade a relações privadas).

Mas, em contraponto, é importante notar que a concretização dos direitos, entendida na linha da igualdade e liberdade "materiais" da semântica do "social", depende de arranjos institucionais e políticas públicas que vão muito além da declaração constitucional de direitos sociais e de sua serventia – a fiscalização, garantia ou cobrança judicial desses direitos. É do governo, do executivo que depende em primeiro lugar a realidade de um estado social.

Em grande medida, o estado social depende de arranjos econômicos corporativistas[377], em que a política compensa a incompetência da economia, as assimetrias geradas a favor da eficiência, dada a falta de uma economia de mercado democratizada e inclusiva. O governo media acordos entre os setores bem representados (sindicalizados) dos trabalhadores e os grandes negócios. Os custos são a exclusão da parcela crescente de trabalhadores que fica de fora desses acordos e a cristalização de um arranjo de "rentismos" que arriscam distorcer a democracia e o mercado, socializando os ônus dos "contratos sociais" firmados entre minorias organizadas do trabalho e do capital.

Mais amplamente, a socialdemocracia que perdurou do final da segunda guerra mundial até a década de 1970, particularmente na Europa ocidental e especialmente nos países escandinavos, baseou-se fundamentalmente em meia dúzia de arranjos institucionais[378]. Os primeiros dizem respeito a contrabalançar a concentração econômica por proteções e benefícios a atividades econômicas de pequena escala, por vezes tecnológica e organizacionalmente rudimentares, assim como a negócios familiares, grandes ou pequenos. Não há uma verdadeira democratização do mercado pelo surgimento de uma variedade de agentes econômicos capazes de competir via inovação; há um compromisso com a transmissão hereditária de vantagens educacionais, relacionais e econômicas que reproduzem as diferenças de classe. Portanto, o igualitarismo fica

[377] Unger, 1996, pp. 97-104, 140-1.
[378] Ver Unger, 2007a, cap. 11; 2001b [1987], pp. 389-91. Comparar Unger, 1984a [1975], cap. 4.

comprometido. Ele é reafirmado, em contrapeso, pelos "contratos sociais", pelas negociações corporativistas entre governos locais e nacionais, grandes corporações e organizações sindicais, acerca de decisões distributivas de impacto macroeconômico. Outro mecanismo é a redistribuição retrospectiva. Embora largamente haurida de tributação regressiva sobre o consumo, a receita pública elevada permite uma ampla redistribuição no lado do gasto público. Benefícios sociais dão segurança individual e um alto grau de investimento em pessoas (por serviços públicos universais e de qualidade) as capacita para a inclusão produtiva de alto rendimento. Essas grandes vantagens estratégicas da socialdemocracia, entretanto, estiveram pressionadas pela competição econômica global, caindo constantemente sob ameaça desde as últimas décadas do século vinte.

Além do universalismo e do elevado investimento na infraestrutura dita social, um duplo conjunto de disposições visa a amortecer os impactos da economia de mercado sobre a segurança individual. Do lado dos proprietários empreendedores, isso é possível pela sustentação de uma estrutura conglomerada de negócios reciprocamente relacionados, apoiados por relações privilegiadas com o investimento público. De outro lado, naquilo que mais diretamente toca o foco deste estudo, a imunidade individual estava assegurada não apenas por esquemas universalistas de acesso a serviços públicos, mas também por uma especial garantia trabalhista: algo como um direito adquirido à estabilidade no emprego. A rigidez desse dispositivo, desenhado para proteger o trabalhador das instabilidades do mercado, acaba por beneficiar apenas certos segmentos relativamente privilegiados da força de trabalho, enquanto aumenta seu isolamento em relação a uma vasta parcela de excluídos – trabalhadores temporários, terceirizados, precarizados. Os interesses das elites nacionais em ampliar a competitividade via redução das redes de proteção social e acertos corporativistas, assim como a pressão dos trabalhadores excluídos das zonas de proteção do mercado de trabalho, conspiram para colocar sob instabilidade o marco socialdemocrata. Sua forma residual tende a ser a busca de arranjos que preservem as vantagens da proteção social com as demandas da flexibilidade econômica. O dualismo entre setores avançados e atrasados, trabalhadores protegidos e desprotegidos, demandaria, porém, reorganização das estruturas políticas, econômicas e educacionais, com mudanças na forma dos direitos privados e dos benefícios sociais.

Apenas quando benefícios assistenciais e serviços públicos foram reconhecidos como direitos sociais, a questão da implementação dos direitos veio à tona. Expectativas redistributivistas foram então imunizadas pela rigidez e pelo entrincheiramento

constitucional, contra as mudanças circunstanciais do direito na onda de ciclos políticos ou econômicos. Mas o reconhecimento de programas finalísticos como programas jurídicos nem de longe se restringiu aos direitos sociais. Foi uma característica marcante do direito do século vinte, particularmente na segunda metade – uma "substancialização", nos termos weberianos, paralela e contrastante à tendência de progressiva formalização que Weber diagnosticava a seu tempo. Essa substancialização manifesta-se desde as cláusulas contratuais abertas até os tratados "guarda-chuva" e as "convenções-quadro" no direito internacional, incluindo uma proliferação de *soft law*, mas se apresenta sobretudo na atividade regulatória do estado.

Uma narrativa quase uníssona da segunda metade do século vinte foi de que o estado liberal cingia-se a programas condicionais no direito, enquanto o estado social incrementou as formas de programação finalística no sistema jurídico. Essa "instrumentalização" e "substancialização" do direito foi vista como uma corrupção da racionalidade jurídica liberal e como atentado autoritário da burocracia estatal em sua vontade de administrar a vida cotidiana da sociedade e asfixiar os espaços de liberdade individual. O planejamento econômico centralizado dos estados comunistas[379], a "legalidade de exceção" e arbítrio do nazismo[380] e a "juridificação" da sociedade pela política no *welfare state* europeu[381] foram todos comparados como que demonstrando afinidades perigosas. Assim se construíram as assombrações invocadas pelos mais diferentes espectros ideológicos para lamentar o fim do estado de direito. À época, Luhmann[382] e Unger[383] não fugiram à regra.

Habermas[384] expressou influente balanço sobre esse debate. Em sua visão, o liberalismo clássico defendeu a busca da "justiça social" pela delimitação de esferas de liberdade individuais e pelas transações espontâneas dos sujeitos privados, o que o direito privado sustentava pelos institutos do contrato e da propriedade. No paradigma do bem estar social, entendeu-se que a capacidade de transacionar na esfera privada e de participar da esfera pública dependia da materialização da igual liberdade pela via de direitos sociais como meios de operacionalização de (re)distribuição econômica e proteção diante dos riscos da vida em sociedade. No diagnóstico de Habermas e tantos outros, as medidas do

[379] Hayek, 2007 [1944], cap. 5 e 6; 2011 [1960], esp. pp. 319-28.
[380] Neumann, 2009 [1942], pp. 440-58.
[381] Teubner, 1987.
[382] Luhmann, 1966.
[383] Unger, 1976b, pp. 192-223; 1984a [1975], pp. 88-100.
[384] Habermas, 1998 [1995], pp. 259-64; 1996 [1992], cap. 9.

estado de bem estar produziam paternalismo e concessões a minorias organizadas – políticas de promoção da igualdade culminavam em mais desigualdade e discriminação. A ordem jurídica tornava-se opaca; a sociedade, juridificada pela burocracia regulatória; enquanto normas de organização e procedimento impeliam o legislador a regular âmbitos funcionais recalcitrantes, os programas finalísticos geravam insegurança, indefinição e confusão de poderes ao tratar de matérias complexas.

Assim, nos termos habermasianos, nenhum dos dois paradigmas (nem o liberal, nem o social) teria compreendido a relação interna entre autonomia pública e privada, que só seria garantida pela superação dos modelos anteriores por uma "concepção procedimental de direito". Aqui a legitimidade depende de que os potenciais afetados pelo direito possam consentir (ainda que apenas hipoteticamente) como participantes de processos discursivos racionais de criação do direito. Assim, a institucionalização da soberania popular pressupõe os direitos humanos como garantia do uso público da liberdade comunicativa. De outro lado, há o direito ao maior grau de igual liberdade individual capaz de habilitar cada qual a buscar realizar sua própria concepção de bem. Esses dois lados expressam a mútua pressuposição de *rule of law* e democracia, vínculo que teria sido ocultado pelos dois paradigmas políticos do "capitalismo industrial".

Portanto, o resultado de tantas preocupações foi, afinal, ou um apelo ao enxugamento das estruturas regulatórias e protetivas do estado social em favor de uma liberalização, ou uma constatação de que o formalismo jurídico garantidor de liberdades "naturais" não era suficiente para as tarefas do direito socialdemocrata. Tendências de "elaboração racional" do direito, culminando com as versões principiológicas de análise jurídica, combinaram-se com tentativas de fortalecer não apenas a eficiência, mas também o autocontrole e a transparência da burocracia. Teve-se que enfrentar o paradoxo de que, por mais riscos que colocasse às liberdades, o aparato administrativo era, afinal, necessário para conservá-las, ampliá-las, desdobrá-las. Não se pode viver fora das estruturas e instituições e à margem das organizações.

O estado social, é certo, estabeleceu serviços públicos universalistas e uma infraestrutura de previdência e assistência social que não poderiam, dado seu apoio e sua importância, simplesmente ser desfeitos. Por mais ameaçadas, essas conquistas permaneceram institucionalizadas em alguma medida onde foram de fato realizadas, e permanecem como demanda ainda largamente por realizar na maior parte das regiões. Entretanto, o estado social também continuou por certas vias o liberalismo

protodemocrático: justapôs ao direito privado tradicional um novo corpo de direito público voltado a remoldar, regular e contrabalançar as disparidades geradas pelas formas jurídicas herdadas; permaneceu retirando a maior parte da sociedade do campo de ação da reforma política, profissionalizando o sistema político, controlando a largueza dos conflitos por ele produzidos e tratados, mantendo um baixo nível de engajamento popular e alta apatia política, colocando as reformas institucionais como assuntos regulatórios de especialistas em políticas públicas, em vez de submetê-las à deliberação da esfera pública[385].

Exploro a seguir duas vias ligadas ao contexto socialdemocrata. A primeira diz respeito às filosofias políticas liberais e igualitárias sistematizadas durante o ocaso do estado de bem estar no Atlântico Norte. A segunda refere-se a uma série de correntes ideológicas que se opuseram à institucionalidade liberal, por vezes sendo seletivamente incorporadas na institucionalidade socialdemocrata.

3.2.1. Liberalismo tardio

O liberalismo original expressou-se como uma teoria social pré-científica, ou uma protossociologia, de caráter mais impressionista e ensaístico. Em seu ideal de liberdade, baseado na propriedade como condição da autonomia e no autocultivo do indivíduo em sua capacidade de entender e transformar o mundo, era aristocrático. Em suas instituições – a propriedade privada absoluta, o governo limitado – era protodemocrático.

O dito "renascimento" da filosofia política, ou teoria política normativa, nos anos de 1970, é marcado por uma profunda transformação do sentido e alcance desses ideais. É uma reacentuação das virtudes liberais como correção de distorções da socialdemocracia que então já haviam se tornado visíveis. Não deixa de ser, porém, uma reafirmação, no essencial, dos ideais e instituições dessa democracia liberal paradigmática no fim do século vinte. O liberalismo deixa de ser ideologia viva, uma semântica contestada representativa das fricções da estrutura social em modernização. O contratualismo deixa de ser a filosofia que simboliza a centralização do estado moderno e justifica seus poderes. O utilitarismo deixa de ser um programa radical de reforma da sociedade, segundo as luzes da "ciência da felicidade", que fornece um método para analisar os arranjos que maximizem o bem estar coletivo.

Para Unger[386], no utilitarismo clássico há um método de agregação de interesses que define o conteúdo das leis, isto é, os interesses a serem protegidos pelo estado. No

[385] Unger, 1984c [1980], p. 298.
[386] Unger, 1984a [1975], p. 86.

contratualismo de Locke e Rousseau, há procedimentos para a confecção de leis e a solução de disputas aos quais teríamos subscrito por autointeresse. Já em Rawls há "um sistema ideal de procedimentos para a produção do direito que todos os homens devem aceitar em seu autointeresse e cuja operação, seria possível demonstrar, leva a certas conclusões específicas sobre a distribuição de riqueza e poder".

No entanto, a contraposição, na filosofia acadêmica, entre contratualismo e utilitarismo subestima a unidade mais densa que há entre essas posições[387]. Os dois passos comuns desses métodos consistem em, primeiro, fixar um parâmetro de justiça pelo qual se filtrem os desejos e as intuições individuais, agregando-os segundo alguma métrica ou explicitando os princípios implícitos dos quais tacitamente dependem as expectativas legítimas. Nesse passo, é preciso desconsiderar a dependência entre a macroestrutura social e as expectativas que ela institucionaliza, a fluidez dos desejos e os conflitos entre preferências individuais, subestimando a vontade de transcender a estrutura social existente (ou as expectativas que a transbordam) e rearranjando apenas as orientações normativas que ela sustenta. O complemento é o segundo passo: a aproximação entre esse método *a priori* atemporal e as formas institucionais acidentalmente existentes, de democracia e mercado, por exemplo. No método contratualista, a preocupação com a imparcialidade da eleição dos princípios de justiça em uma situação ideal de escolha filtra a reflexão das intuições morais às quais ao final se irá atribuir normatividade. Tal filtro garante enraizamento histórico e estabilidade às diretrizes morais; mais uma vez, os critérios podem ser comprometidos pela restrição imposta aos "dados de entrada" considerados em sua elaboração. (Ao liberalismo tardio, corresponde a semântica jurídica afim: o jogo idealista na interpretação jurídica entre uma estrutura de regras e doutrinas manifestas e uma correlação abstratizante de princípios, políticas e propósitos latentes. Aqui a restrição aos "dados de entrada" é justificada pela distinção entre interpretação do direito vigente e crítica externa, voltada à reforma do direito.)

Opondo-se ao formalismo desses métodos, o caminho da imaginação institucional seria, ao não dividir a definição racional de princípios da análise empírica de desenho institucional, explorar as ambiguidades e indefinições na relação entre ideias e instituições que os representam, discernindo direções de reforma institucional contra o pano de fundo de aspirações não realizadas. Essa objeção metodológica à filosofia política prevalente vincula-se a uma crítica substantiva (a limitação a uma versão canônica de liberalismo

[387] Para essa crítica do contratualismo e do utilitarismo, ver Unger, 2007a, pp. 119-22; 2015b [1982], pp. 188-92.

atualizada apenas pelas ondas democráticas e sociais do século vinte).

O desafio aqui é encontrar saída ao compromisso instável que aquele tipo de filosofia política contemporânea – exemplificada nas obras de Rawls e Habermas – precisa fazer entre o racionalismo e o historicismo[388]. De um lado, há a imaginação de critérios formais impessoais pelos quais se poderia definir e julgar uma estrutura básica da sociedade justa, relativamente neutra entre concepções concorrentes de bem, não enviesada por considerações particularistas de valores, poderes e preferências que marcam os sujeitos concretos. De outro, é a autoridade das crenças e instituições vigentes nos contextos aos quais a teoria se dirige (os estados democráticos liberais; mais proximamente, os países do Atlântico Norte) que fornece as tradições e experiências a partir das quais se constrói o exercício reflexivo da teorização normativa e seu resultado se torna verossímil.

Ainda, pode-se destacar importante crítica às teorias críticas proponentes de versões de "democracia deliberativa". A acusação é de um "desconforto com a democracia" manifestado, entre outras modalidades, "em um ideal de democracia deliberativa como mais aceitável quanto mais perto em estilo de uma conversação cortês entre cavalheiros em uma sala de estar do século dezoito"[389]. A questão aí é uma tentativa de idealizar filtros de um discurso não enviesado em favor dos interesses poderosos, enquanto não se identifica diretamente o que modificar na institucionalidade atual de uma democracia de massas contida basicamente no figurino de um liberalismo protodemocrático, corrigido pela extensão do sufrágio e pelos programas redistributivos do estado social.

Como observa Luhmann[390], é certo que a terapia do discurso não enviesado e não distorcido pelo poder e pelo dinheiro precisa passar de "evento metafórico" a forma institucional concreta – formação da opinião pública pelos meios de comunicação de massa, participação eleitoral, partidos e parlamentos. Mas então, a hipótese normativa de que todos poderiam concordar com o que foi deliberado não pode repousar na idealização dos ausentes; depende da escolha dos representantes que efetivamente deliberam nessas arenas e do que os legitima a escolher em nome de todos. As formas de exclusão e estigmatização econômica, étnica, sexual, nacional, religiosa atuam mesmo na autosseleção dos participantes diretos, em seu interesse na deliberação, se não na escolha dos escolhedores por terceiros. A formação do consenso ganha então seus ares socialmente

[388] Ver a crítica de Unger, 1996, pp. 4-6, 170-82. Para um aprofundamento da comparação entre "superliberalismo" (Unger), "liberalismo igualitário" (Rawls) e "teoria crítica" (Habermas e Honneth), ver Amato, 2017.
[389] Unger, 1996, p. 73.
[390] Luhmann, 1996a.

problemáticos. É a isso que Unger[391] se refere quando observa que os arranjos institucionais das democracias contemporâneas levam a política a oscilar entre sua reprodução normal observada e capturada por minorias organizadas e surtos revolucionários que despertam as maiorias desorganizadas. Essa diferença – minorias organizadas e maiorias desorganizadas – define, afinal, a descontinuidade entre esfera pública abrangente e centro organizado de decisão ou a colonização corporativista, particularista e desmobilizadora do centro decisório pela a periferia política dominada por *lobbies*, partidos e grupos de pressão que moldam a opinião pública e publicada por seus interesses e a mantêm desmobilizada para refletir, repercutir e defender os interesses majoritários na tomada de decisões coletivamente vinculantes.

Na situação de laboratório da filosofia política, a deliberação do contrato social, decide-se a favor da solução institucional com a qual todos os potencialmente afetados poderiam concordar, uma vez ouvidos (o princípio do discurso, que por meio do direito alia-se ao princípio da democracia, em Habermas); ou a favor da garantia das liberdades políticas fundamentais ("princípio da liberdade igual") e do "princípio da diferença", que permite as desigualdades em benefício dos menos privilegiados (Rawls).

O grau mais elevado em abstração no argumento habermasiano constitui o "princípio do discurso", que condiciona a validade das normas ao assentimento hipotético dos potencialmente afetados; de outro lado, concretamente, a legitimidade do direito gerado depende da "'eticidade democrática' dos cidadãos e da cultura política liberal"[392]. O "princípio da democracia" é, então, constituído na conjunção entre o "princípio do discurso" e a "forma jurídica" e aparece – o próprio princípio – como "núcleo de um *sistema* de direitos"[393]. O que a institucionalidade constitucional demandada pela reconstrução normativa de Habermas acrescenta ao horizonte conhecido de separação de poderes, burocracia pública e direitos civis e políticos complementados por benefícios sociais? Difícil dizer. Afinal, enquanto Unger ainda pretende reconstruir os arranjos de poder e dinheiro, Habermas toma a postura defensiva de salvaguardar espaços do "mundo da vida" (pela ação dos nem tão "novos" movimentos sociais, ecológicos, pacifistas, feministas) contra a "colonização" pela ação estratégica que domina o estado e o mercado ("sistemas"). Não está no horizonte remodelar a política e a economia[394].

[391] Unger, 2001c, pp. xxiv-v, xcii, xcvi.
[392] Habermas, 1996 [1992], pp. 459-61.
[393] Habermas, 1996 [1992], p. 121 (destaque no original).
[394] Para essa comparação, ver Anderson, 1992 [1989], pp. 143-4. Sobre a contraposição entre "sistemas" e "mundo da vida", ver Habermas, 1987b [1981], cap. 6.

Assim como Unger apresentou a análise jurídica racionalizadora como uma "terapia evasiva", que ao idealizar o direito estabelecido desencoraja a análise realista sobre seus defeitos e a proposição de reformas (a serem encaminhadas na arena política)[395], a teoria normativa de Habermas, ao buscar expandir para o plano da sociedade, das organizações e dos sistemas funcionais o trabalho terapêutico de uma sessão de psicanálise[396] parece idealizar ou fugir à institucionalidade real da política democrática, como que enfatizando um poder esclarecedor da opinião pública diante das organizações (partidos, grupos de pressão, parlamento, governo). Mas bastará o contrapeso da esfera pública política, sem remodelar a esfera organizada? Ademais, assim como a teoria do direito idealista com a qual se afina, a filosofia política liberal de fim do século vinte parece não dispor de uma diferenciação clara entre as esferas públicas do direito e da política.

De outra parte, a principal diretiva institucional derivada da teoria rawlsiana exprime-se na proposição de uma "justiça procedimental", que visa a garantir a prioridade da justiça (expressa nos princípios da liberdade igual e da diferença) sobre concepções particulares de bem e doutrinas abrangentes substantivas que os cidadãos possam compartilhar. Mas também quer garantir a justa distribuição dos bens sociais pela estrutura básica da sociedade como uma forma de "justiça procedimental pura" – uma visão estrutural da justiça social, que garante resultados justos e dispensa intervenção redistributiva posterior. Seu contraponto seria a justificação da correção distributiva retrospectiva, ao fim de cada período, a qual marca o conservadorismo estrutural do estado social.

A "estrutura básica", tomada enquanto objeto da "justiça como equidade", consiste naquele conjunto público de normas que ampara expectativas legítimas do que as pessoas podem fazer, conforme as atividades que desempenhem. A distribuição que deve presidir tal estrutura segue uma "justiça procedimental pura". Ela não se fundamenta em um critério anterior e independente, como o procedimento "perfeito" (alocativo e maquinal, de resultados sempre certos). Tampouco carrega a contingência típica do procedimento "imperfeito": a possibilidade de erro no julgamento (como no processo judicial). A "pureza" da justiça procedimental consiste em exprimir um procedimento justo, que levará a um resultado também correto ou justo, "seja qual for, desde que o procedimento haja sido corretamente seguido"[397]. Aqui, o procedimento é definido, mas seu resultado é –

[395] Unger, 1996, pp. 82-3. Ver *supra 1.3*.
[396] Habermas, 1984 [1981], pp. 20-1. Ver também a avaliação de Sciulli, 1992, pp. 96-106.
[397] Rawls, 1999a [1971], p. 75.

necessariamente – incerto. A justiça resulta da fidelidade ao procedimento, dispensando julgamentos isolados a cada transação que se realiza *dentro da* estrutura básica. Ainda que tais transações não sejam conduzidas diretamente *pela* estrutura básica (podem ser trocas privadas), serão justas desde que se realizem sob o pano de fundo daquela estrutura.

A justiça procedimental é o método pelo qual se alocam os bens na sociedade. Os princípios de justiça que o informam e os critérios a ele associados para a distribuição de "bens sociais primários" constituem antes um parâmetro público de moralidade do que uma visão de fins ou consequências[398]. O que a "estrutura básica da sociedade" deve garantir são os "bens sociais primários", que abrangem, no mínimo: os direitos e liberdades fundamentais; a liberdade de ocupação, com oportunidades de acesso a cargos no mercado e de ocupação de funções de responsabilidade em instituições políticas e econômicas da própria estrutura básica; renda e riqueza; as "bases sociais do autorrespeito", fomentadas por instituições justas e pela respectiva cultura política pública[399].

Na concepção de Rawls, para preservar um "fórum público" livre e aberto a todos, em que diferentes grupos de opinião possam expressar suas concepções de bem público, é necessário preservar o "valor equitativo de todas as liberdades políticas iguais"; com esse escopo, medidas de compensação associáveis ao princípio da diferença são requeridas: trata-se, por exemplo, em uma sociedade que permita a propriedade privada dos meios de produção, de promover a ampla distribuição da propriedade e da riqueza e de garantir verbas públicas regulares para a sustentação de um debate público mais independente de interesses particularistas[400]. Instituições justas assim estruturadas e que beneficiassem a todos promoveriam "um desejo de agir de forma justa", gerando "seu próprio apoio"[401].

Na teoria da justiça de Rawls, o direito conforma a estrutura básica da sociedade, sobretudo quando traduz princípios de justiça em diretrizes constitucionais – o "valor equitativo das liberdades políticas" é central[402]. A liberdade igual é assegurada procedimentalmente pelo princípio da igual participação: as normas devem definir padrões que tragam vantagens a todos e que precisam ser definidos do ponto de vista de uma posição original de igualdade. A constituição, como norma fundadora do restante da normatividade jurídica estatal, é o sistema que concretiza o princípio da liberdade igual a

[398] Pogge, 2000, p. 157.
[399] Rawls, 2005 [1993], p. 181.
[400] Rawls, 1999a [1971], p. 198.
[401] Rawls, 1999a [1971], p. 399.
[402] Rawls, 2001, pp. 148-50.

partir do qual se constrói a "justiça como equidade"[403]. Embora reconheça que as instituições constitucionais convencionais, como o bicameralismo, a separação de poderes, a declaração de direitos e o controle judicial de constitucionalidade das leis, restringem o princípio da participação, Rawls[404] as supõe compatíveis com a "liberdade política igual".

Entretanto, não se exime de sugerir mudanças institucionais: o faz, por exemplo, no que concerne às "instituições de fundo para a justiça distributiva"[405] e quando trata de tributação, financiamento público eleitoral e outras medidas que garantam o "valor equitativo das liberdades políticas iguais"[406]. Assim também faz observações sobre a "democracia dos cidadãos proprietários" (*property-owning democracy*), sistema social que melhor encarnaria o ideário do liberalismo igualitário[407]. Porém, sua teoria explicitamente se dirige à justificação no nível dos princípios, o que comporta um agnosticismo institucional acentuado: não delimita com exatidão qual espectro de instituições é a melhor realização dos princípios de justiça. Quando algum arranjo institucional é discutido, vale menos como determinação da solução institucional ótima ou ideal e mais como exemplo da possibilidade prática de combinação das exigências de princípio no desenho da estrutura básica da sociedade. Esses exemplos podem ser até mesmo descartados à luz de uma crítica que mostre sua inaptidão para alcançar os resultados distributivos pretendidos ou que revele alternativas institucionais mais condizentes com os propósitos almejados.

De modo geral, o resultado pretendido nessas teorizações de liberalismo tardio, como as de Habermas e Rawls, é gerar um parâmetro normativo "neutro", "procedimental", pelo apelo a uma situação hipotética de deliberação na qual todos consentiriam com determinada forma de organização política. A esse parâmetro de justiça é anexado um exercício de engenharia institucional que consiste em identificar quais instituições dadas mais se aproximam a uma estrutura social impessoal, que trate a todos como igualmente livres em abstrato. O juízo de aproximação ou distanciamento a essa arquitetura ideal projetada é o produto a ser entregue pela teoria normativa. Mas o insumo básico compromete a universalidade e a transcendência da teoria em relação às estruturas contingentes nas quais elas se inserem como semânticas críticas. A ideia de uma associação voluntária entre indivíduos igualmente livres que marca a hipótese em que se definem os critérios básicos de justiça política é aproximada às formas existentes de

[403] Rawls, 1999a [1971], p. 194-5.
[404] Rawls, 1999a [1971], p. 197.
[405] Rawls, 1999a [1971], pp. 242-51.
[406] Rawls, 2001, pp. 135-79.
[407] Rawls, 2001, pp. 135-8.

democracia e mercado. (Ademais, pense-se na força que a tradição constitucional alemã e os arranjos políticos e econômicos estadunidenses, em suas configurações típicas do pós-guerra, exercem como horizonte em que se move a análise e crítica de instituições em Habermas e Rawls.) O problema então é dado pelo método: admite-se o próprio repertório institucional canônico que historicamente sustenta essas pretensões de liberdade igual, o cardápio da democracia parlamentar e da economia de mercado tal como organizadas com os mecanismos corretivos socialdemocratas.

Um déficit de entendimento sociológico subjaz a esse problema da restrição analítica indevida das alternativas institucionais em jogo. Importa contrapor não apenas a definição do ideal normativo nas teorias analisadas, mas a determinação das instituições que o amparam. Há que se reconhecer que Rawls deixa espaço significativo para a definição dos detalhes institucionais dentro da "forma ideal [...] à luz da qual os resultados acumulados dos processos sociais em operação devem ser limitados e ajustados"[408]. Assim, sua teoria poderia ser criticada pela indefinição institucional que acolhe e pela respectiva crença de que esquemas institucionais concretos podem ser formulados de modo mais ou menos externo à teoria, cabendo a esta apenas fornecer bases normativas para o juízo sobre aqueles esquemas. Seu compromisso com modelos específicos de sociedade é relativamente aberto, provavelmente mais aberto que a visão da "teoria crítica". Assim, por exemplo, não encontramos em Rawls a apologia de uma forma específica de economia de mercado, mas a admissão de variações, que incluem, como esquema institucional preferencial, a "democracia de cidadãos-proprietários" teorizada por James Meade[409]. De fato, tanto Unger quanto Rawls são autores críticos do paradigma redistributivo socialdemocrata, seja por preterir a reconstrução institucional diante de um reformismo redistributivo conservador[410], seja por rejeitar o "valor equitativo das liberdades políticas", não implementar as políticas para a igualdade de oportunidades na radicalidade necessária e não reconhecer um princípio da reciprocidade na regulação das desigualdades[411].

Ocorre que, da perspectiva de Unger, há uma indeterminação muito maior das formas institucionais – já que não há uma lista fechada de totalidades modulares de vida econômica, política e social (se não mais capitalismo e socialismo, "variedades de capitalismo", do *laissez-faire* ao capitalismo de estado). Assim, não só a "democracia dos cidadãos-proprietários", o estado capitalista de bem estar social ou o socialismo de

[408] Rawls, 2005 [1993], p. 281.
[409] Ver Rawls, 1999a [1971], pp. 234-42.
[410] Unger, 2001b [1987], pp. 432-6, 585-6.
[411] Rawls, 2001, pp. 137-8.

mercado – formas que Rawls[412] discerne – seriam alternativas ao capitalismo *laissez-faire* e ao socialismo estatista. As alternativas seriam indeterminadas.

O vício metodológico está em que os princípios de justiça hão de ser interpretados não apenas como parâmetro para julgar alocações de recursos dentro de dada estrutura social, mas como "macro princípios" a informarem a escolha de "sistemas sociais"[413]. Aqui, a ilusão sociológica da lista fechada de "sistemas", "regimes", "modos" ou "tipos" de sociedade perde o sentido da transformação política: o avanço de certos interesses e ideais institucionalizados em um momento, contra interesses e ideais contrastantes consagrados em outra ocasião. A questão nunca é "pegar ou largar" um "sistema". A institucionalidade dada é sempre um *mix* de decisões mais ou menos contingentes e incoerentes. O sincretismo das estruturas sociais abre e reabre oportunidades transformadoras. Reformas institucionais são fragmentárias: podem ser vislumbradas por meio de dispositivos mais ou menos intercambiáveis, e cada reforma pode ser mais ou menos independente de outras reformas análogas ao seu "espírito". Daí que Unger tome a via de considerar, no plano dos ideais, um repertório amplo, não limitado a certa formulação canônica de liberalismo clássico com mecanismos de regulação e distribuição "sociais"; no plano das instituições, seu detalhamento (especialmente jurídico) revela dispositivos diversos pelos quais se pode modificar as formas de organização da política e da economia sem abrir mão dos ideais de descentralização e autonomia.

Embora aparentemente anistórico, o método do contrato social e outros similares vivem de um paradoxo: quando a forma (o dispositivo imaginário do pacto entre indivíduos livres e iguais, racionais e responsáveis) é preenchida de conteúdo, tende a refletir não um consenso universal e abstrato, mas o próprio consenso político de seu momento histórico, a semântica posta pela última grande era de reconstrução institucional. No caso, em um contexto de esmaecimento da socialdemocracia, o contratualismo de fim do século vinte pode ser por vezes interpretado como racionalização e justificação do social-liberalismo. Dada a abstração e universalidade de sua construção e diante de condições "não ideais" (em que as liberdades não são equanimemente garantidas e as desigualdades moralmente arbitrárias são extremas), porém, a mesma teoria pode demandar mudanças institucionais radicais[414]. Sua concentração na geração de princípios e

[412] Rawls, 1999a [1990], pp. xiv-xv; 2001, p. 136.
[413] Freeman, 2013, p. 9.
[414] Para uma interpretação de Rawls que maximiza a radicalidade das transformações institucionais demandadas pela teoria, ver Vita, 2007 [1998], esp. cap. 6. Nessa interpretação, mesmo no que concerne à deliberação hipotética sobre os princípios de justiça, o argumento mais importante não é o da posição

seu agnosticismo institucional tornam-na alvo fácil de uma contemporização excessivamente prudente com as instituições que ela não se propõe a reimaginar e reconstruir, ainda que fragmentariamente. Tudo pode acabar por se resumir a uma disputa sobre como refinar filosoficamente a justificação das instituições que já existem e que já não se pretende fundamentalmente alterar.

À luz das experiências totalitárias do século vinte, o liberalismo tardio reprisa a ideia de que, para não se tornar um estado total, que desdiferencie toda a sociedade ao submetê-la a ditames burocráticos arbitrários, o estado (como defendeu Kant e diferentemente do que propuseram certas declarações de direitos no espírito do iluminismo do século dezoito) não pode ter como fim assegurar a felicidade de seus cidadãos – apenas deve institucionalizar a moldura estrutural pressuposta para o exercício da liberdade individual na política, na economia, na religião. Não pode ser um estado ético, mas tão somente um estado garantidor da autonomia. No plano político, isso implica garantir as condições para que os cidadãos escolham as próprias leis sob as quais irão ser governados. Dessas condições é que trata a constituição.

A alternativa não é desprezar o valor, sempre relativo, dos arranjos institucionais dados. A importância de direitos civis, políticos e sociais, por exemplo, não está em questão. O problema é pressupor a razoabilidade e funcionalidade básica dessa ordem, fomentando a expectativa de que não se pode avançar mais do que pequenas atualizações ou correções no quadro liberal clássico. A quase arbitrariedade das instituições discutidas e fundamentadas (*e.g.* os arranjos constitucionais do Atlântico Norte de fim do século dezoito e início do dezenove) e o apego reverente a uma forma de raciocínio filosófico (como o contratualismo do início da modernidade) podem conduzir a uma justificação do que já é justificado e a uma imaginação do que já pode ser visto. O contratualismo original precisava identificar a sociedade a determinada forma estatal para diferenciá-la do estado de natureza hipotético e dos povos bárbaros ou selvagens reais. A economia política

---

original, mas sim o da "arbitrariedade moral" (Rawls, 1999a [1971], pp. 62-5, 82-8; Vita, 2008 [2006], cap. 1). Por esse argumento, as formas de desigualdade arbitrárias de um ponto de vista moral (vantagens naturais ou sociais contingentemente distribuídas, ainda que "meritocráticas" e com igualdade dos "pontos de partida") deveriam ser mitigadas pela estrutura básica da sociedade (e não apenas retrospectiva e redistributivamente). (Paralelos importantes desse argumento em Unger estão na sua visão da igualdade de oportunidades e respeito, *infra 3.3*; e na sua crítica à exclusão da classe como classificação suspeita nas ações afirmativas, ao lado das discriminações raciais e sexuais, *infra 3.3.1.1*.) Ainda, a própria satisfação das necessidades básicas (o "mínimo social") poderia ser vista como prioritária, anterior ao princípio de garantia de liberdades iguais para todos (Rawls, 2005 [1993], p. 7); apenas quando efetivada a fruição generalizada dessas liberdades é que se poderia começar a aceitar desigualdades que beneficiassem os menos favorecidos na distribuição (os beneficiassem em comparação a uma situação *a priori* de igualdade de condições). Daí que a igualdade equitativa de oportunidades não se resuma ao "mínimo"; ele é apenas o pressuposto.

clássica identificava as regularidades de determinada forma de organização econômica com as leis gerais da economia (como criticou Marx). Agora, o contratualismo contemporâneo pode levar a crer que o constitucionalismo liberal-social tal como dado nas tradições centrais é a mais perfeita "dedução" de uma visão universal e transcendental da justiça política.

O risco desse tipo de estratégia teórica é perder-se em uma posição defensiva de defesa das "conquistas" social-liberais, sem colocá-las em xeque à luz de seus defeitos e virtudes e das alternativas que possam ser avançadas. Pode-se oscilar entre a idolatria (veneração das instituições existentes como esgotamento dos ideais que elas em certa medida consagram) e a utopia – a projeção de um cenário idílico de associação de cidadãos e produtores verdadeiramente livres, que por seu irrealismo serve de álibi para um conservadorismo institucional e a defesa de interesses entrincheirados e grupos privilegiados.

O liberalismo econômico observa o mercado como a estrutura natural da coordenação humana – aquela selecionada historicamente e que se regenerará sempre que artificialmente destruída – e vê na proteção do livre comércio a condição institucional necessária e suficiente para assegurar eficiência e prevenir a necessidade. O liberalismo político observa a opinião pública e indaga das condições institucionais necessárias para assegurar o dissenso político e evitar a violência. Em ambos os casos – para assegurar a liberdade no mercado e na opinião pública – é preciso contar com a esfera pública do direito. Em termos constitucionais, a filosofia política parece muitas vezes idealizar a "esfera pública" em contraste com o pano de fundo atual dos arranjos organizacionais da democracia de massas e partidos[415]. É essa uma via promissora?

3.2.2. Republicanismo, comunismo, corporativismo e comunitarismo

A via predominante de desenvolvimento do legado do liberalismo clássico foi "socializá-lo" nas formas e nos limites da socialdemocracia. Por sua vez, a forma residual e prevalente da socialdemocracia no Atlântico Norte foi redefinida e cristalizada em teorias acadêmicas como as que referi sob o rótulo de liberalismo tardio. Várias outras ideologias políticas, porém, contrapuseram-se e por vezes amalgamaram-se seletivamente aos arranjos liberais e liberais-sociais. Marcaram também a semântica constitucional e o desenho constitucional dos direitos, na forma de demandas pela extensão da participação

[415] Ver Bellamy, 2007, p. 11 (e nota 28), criticando Rawls e Habermas com base em Unger.

popular (republicanismo), nas concertações entre capital e trabalho buscadas pela via do direito e dos direitos sociais (corporativismo), na sustentação de direitos de "minorias" (comunitarismo).

Diante da institucionalidade do governo representativo, uma alternativa persistente, que antecedeu o liberalismo e sobrevive como crítica a ele, é o republicanismo ou humanismo cívico (pode-se ainda dizer, paradoxalmente, que o republicanismo é uma vertente do liberalismo anterior a ele). Sua caricatura é aquela da "liberdade dos antigos" pintada por Constant. Em termos da morfologia dos sistemas político e jurídico – portanto, da constituição –, o republicanismo trataria de identificar o ambiente interno do direito ao ambiente interno da política, subsumindo o direito à opinião pública, fazendo ambos entrar em ressonância com a soberania popular mais bem expressa na democracia direta.

Em suas versões mais elaboradas e menos tributárias de uma democracia direta mítica[416], o republicanismo é a semântica política do início da modernidade, exemplarmente exposta por Maquiavel, que associa a liberdade negativa como não dominação à liberdade positiva como exercício igualitário da tomada de decisões coletivamente vinculantes em um regime de virtude pública. A liberdade então não pré-existe às instituições políticas, mas é por elas habilitada, demandando o disciplinamento, a coerção e a sanção jurídica que a lapide, restringindo vícios privados para gerar virtudes cidadãs. A discussão pública, contra a submissão ao monarca, é a imagem inicial direcionadora desse igualitarismo.

Unger critica o humanismo clássico, com sua visão superficial da "natureza humana", seu conservadorismo sobre a estrutura social e seu utopismo sobre as instituições políticas[417]. Ao contrastar com o egoísmo privatista e as desigualdades extremas engendradas pelos arranjos políticos e econômicos contemporâneos a autogestão produtiva e a democracia direta moldadas à luz do que se imagina que foram as antigas repúblicas, peca pelo irrealismo; em primeiro lugar, pelas altas exigências de motivação e comprometimento: a dedicação desinteressada e abrangente ao bem comum. Os custos que essa forma institucional impõe à inovação social e à autonomia individual somam-se a seu molde jurídico e econômico, que se sustenta sobre a titularidade de direitos iguais mantidos nos estreitos limites da garantia de uma pequena propriedade (evita-se a concentração seja pela proibição da alienação, seja por mecanismos redistributivos tão intensos que acabam

[416] Pettit, 1987.
[417] Unger, 1984c [1980], pp. 298-9.

por substituir o mercado)[418].

O comunismo, com seu estilo conciliar de organização política (os sovietes) e a autogestão produtiva (cooperativas), deu nova vida no século vinte ao ideal comunitário, mas logo abandonou a pequena escala em favor da burocracia centralizada e da coletivização forçada[419]. Várias correntes "críticas" expressaram seu desdém por qualquer concepção de direitos, associando-a inevitavelmente ao individualismo liberal capitalista. Na prática e na teoria, houve outras vias.

Pode-se apontar que o socialismo real foi de fato um fator de pressão e emulação seletiva para a reorganização dos direitos, da política e da economia mundo afora. No Atlântico Norte, a socialdemocracia de meados do século vinte e do pós segunda guerra mundial incorporou em variável medida, notadamente na vinculação da imunidade pessoal a direitos trabalhistas, inovações trazidas pela legislação soviética desde o início e elevadas à constituição de 1936: direito à moradia, direito integral a serviços de saúde e à educação (até o ensino superior), direito ao trabalho (com garantias de estabilidade e vitaliciedade), previdência pública, limitação da jornada de trabalho, representação dos trabalhadores na direção dos negócios[420].

Por um lado, foi possível incorporar parte dessas proteções como mecanismos atenuadores e compensatórios do direito privado capitalista. O mesmo se diga da formatação jurídica da igualdade dos sexos na família, da proteção de direitos das mulheres, de direitos das crianças e de direitos antidiscriminatórios. Por outro lado, as expectativas de acesso a bens e serviços consagradas como direitos dependiam de alguma forma de provisão estatal (da saúde, da educação, da habitação) que substituísse o fato de os países ocidentais não terem extinguido o mercado, adotando as medidas revolucionárias de sustentação da proclamação dos direitos econômicos e sociais contra o vazio da "garantia formal" dos direitos "burgueses" (nacionalização dos meios de produção, subordinação da liberdade de contrato ao interesse do estado, planejamento diretivo da economia). Esses direitos, afinal, não se cingiam a uma questão de cortes e interpretação do direito, mas indicavam para muito além do que o sistema jurídico pode prover – mesmo que inove em procedimentos e organizações[421]. As incongruências aparecem no cisma do direito internacional dos direitos humanos, no plano universal e regional, com o contraste entre os regimes de proteção de "direitos civis e políticos" (imediatamente aplicáveis e

[418] Unger, 2001b [1987], pp. 586-8.
[419] Ver Unger, 2001b [1987], pp. 230-46; 1984a [1975], pp. 189-90, 250-3.
[420] Quigley, 2007.
[421] Ver a discussão *infra 3.3.1.2*, sobre direitos de imunidade.

justiciáveis) e de "direitos sociais, econômicos e culturais" (submetidos à discricionariedade política como metas de longo prazo).

Ainda, para além da experiência histórica do estatismo, tomando-se os materiais ideológicos do comunismo teórico, do anarquismo e outras correntes libertárias de esquerda, seria possível conjecturar sobre a morfologia dos direitos em um regime socialista.

> Os direitos socialistas são mais positivos, menos dependentes da ativação pelo titular, mais dirigidos à proteção e ao apoio àquelas preocupações que expressam as necessidades de seres sociais ativos e criativamente produtivos do que é o caso dos direitos capitalistas. Os direitos socialistas são mais organizacionais que políticos de modo que informam o esforço social cooperativo em vez de representarem demandas a serem disputadas e transacionadas por uns contra os outros. São mecanismos para assegurar os benefícios que podem ser derivados da vivência comunal harmoniosa, não proteções para o indivíduo contra a predação de outros. Os direitos socialistas são altamente dependentes de que os outros cumpram suas obrigações correlativas, mas não são condicionados ao titular cumprir suas próprias obrigações, embora na prática direitos socialistas e deveres socialistas tendam a se aglutinar, como no caso do direito e dever de trabalhar. São fenômenos sociais tangíveis que de fato descrevem os relacionamentos comuns em uma sociedade socialista. Direitos socialistas relacionam-se a regras mandatórias, mas não a um conjunto de apoio de sanções coercitivas. Podem envolver maquinaria institucional para monitorar e corrigir desvios não intencionais das regras que conferem direitos e para decidir questões em que os fatos ou situações particulares ou as regras que se aplicam a essas situações não sejam claras, mas essa maquinaria não teria nada da aura ou das técnicas de um sistema penal.[422]

Nem só de comunismo viveu a descrença no liberalismo ao longo do século vinte. Com um viés antiliberal explícito, acentuando aspectos do estado social e em parte os destacando da combinação com os arranjos da democracia liberal, propostas comunitaristas e corporativistas foram apresentadas ao longo do século vinte. O corporativismo, cuja expressão mais influente foi a doutrina social da igreja católica em meados do século vinte (como na encíclica *Quadragesimo Anno*, de 1931), partia do diagnóstico de que o estado precisa do contrapeso dos grupos intermediários para não se tornar autoritário e os indivíduos precisam dessas organizações para que a ordem social não se esfacele: assim, por exemplo, como na institucionalidade fascista, o estado deve apoiar e tutelar as corporações sindicais para garantir a solidariedade nas relações entre capital e trabalho. Diante do diagnóstico do esfacelamento da ordem de estratos pela liberdade dos papéis e pelos conflitos de classe que caracterizam a sociedade moderna, a proposta é restabelecer uma ordem estamental na qual cada qual tenha sua posição bem definida (com as vantagens de evitar os riscos de exclusão típicos da "anarquia" da diferenciação dos

[422] Campbell, 2010 [1983], p. 213. Mais tarde, inspirado por Unger (Campbell, 2006, p. xvi), o autor voltou-se a uma concepção de direitos centrada no "positivismo democrático".

sistemas e da perda de "autoridade" das instituições tradicionais, como estado, família e igreja). Muito da ideia de "direito social" e da crítica ao liberalismo (identificado com "individualismo", "egoísmo" e "atomismo") passa por essa visão – de Durkheim a Romano, ganhando mais repercussão (inclusive constitucional) nas encíclicas católicas[423].

Mais definida em termos acadêmicos, a empreitada comunitarista que se constituiu em considerável medida como reação à teoria rawlsiana, sobretudo nos anos 70 e 80, foi passageira. No entanto, o liberalismo procurou incorporar seletivamente as críticas comunitaristas na formulação de um ideal de comunidade liberal; daí ser possível também vislumbrar um comunitarismo liberal[424]. Identidades coletivas (nacionais, religiosas, étnicas) são valorizadas e vistas como ponto de partida para o desenvolvimento individual e busca-se uma descentralização da iniciativa econômica e do poder em favor dos grupos da sociedade civil, liberada da tutela estatal. Há proximidade ao ideal republicano de autogoverno e autogestão.

Em vez de voltar-se à reorganização do mercado e do estado, porém, o legado político mais visível e duradouro do comunitarismo foi a política das "identidades" ou do "reconhecimento"[425] – a crítica ao universalismo abstrato e individualista do liberalismo deixou de ser associada às "consciências" de classe e passou a se apoiar na representação das "minorias": subculturas, grupos, coletividades vulnerabilizadas e estigmatizadas marcadas por critérios como raça e gênero. A apartação dessas demandas de inclusão e reconhecimento da imaginação de transformações institucionais nos arranjos de poder e dinheiro, porém, pode desperdiçar seu potencial normativo ou provocar distorções e reiterar desigualdades[426].

A filosofia comunitarista parece apresentar uma revivescência do republicanismo ou de utopias coletivistas. Segundo interpretou Rorty[427], ela rejeitava componentes centrais do iluminismo – individualismo, racionalismo, direitos individuais – e colocava em xeque as instituições e a cultura das democracias liberais, aproximando-se do diagnóstico catastrófico da primeira geração da escola de Frankfurt e tomando como motivo normativo central a ideia antiliberal de comunidade. Radicalizando a proposta da teoria crítica, Unger

[423] Sobre a influência dessa concepção nos direitos humanos e nos direitos fundamentais ver *infra 4.1*. Sobre o comunitarismo corporativista, ver Unger, 1984a [1975], pp. 249-50; 2001b [1987], pp. 384-9; 2001d [1999], pp. 598-9.
[424] Sobre um comunitarismo liberal ("poliarquia radical"), ver Unger, 1996, pp. 148-63.
[425] Taylor, 1994 [1992].
[426] Ver a discussão *infra 3.3.1.1*, sobre igualdade perante a lei, injunções estruturais e ações afirmativas.
[427] Rorty, 1988, p. 259. Autores representativos do comunitarismo são Alasdair MacIntyre, Robert Bellah, Michael Sandel, Charles Taylor e Michael Walzer.

propunha uma "crítica total" do liberalismo, de suas concepções de personalidade e de sociedade[428].

Uma inspiração aristotélico-tomista da ordem social como naturalmente harmônica e passível de corrupção e regeneração é o antecedente filosófico mais denso invocado por essas correntes. A comunidade é o horizonte de uma vida autêntica, de valor imanente, e é na coletividade que se realiza a personalidade individual. Para observadores externos dessas propostas, o balanço[429] é que o individualismo liberal foi atacado tanto pelos críticos marxistas dos anos 60 quanto pelos comunitaristas dos anos 80, mas enquanto o ideal dos primeiros focava-se na propriedade coletiva e no poder político igual, o dos segundos era um tanto quanto mais conservador, buscando a organização da boa sociedade ao redor de tradições compartilhadas e identidades coletivas estabelecidas.

Unger inicialmente (em seu primeiro livro) desenvolveu uma visão identificada com o comunitarismo, inclusive precedendo algumas das obras mais paradigmáticas dessa linhagem. (Como registra um estudioso dos *critical legal studies*, aquele livro, *Conhecimento e política*, seja talvez "*o* trabalho seminal dos primórdios dos CLS"[430].) Um eixo fundamental de sua discussão sobre instituições e ideais está na temática revelada por duas posições mais amplamente caracterizadas nas semânticas religiosas[431]. A primeira vê o mundo como expressão de uma ordem imanente, como se o sagrado já estivesse plenamente incorporado na natureza e realizado na sociedade. A segunda, avançada pelas religiões salvíficas (judaísmo, cristianismo e islamismo) e depois pelas ideologias revolucionárias (liberalismo, socialismo, comunismo), considera que o sagrado não está plenamente incorporado nem no mundo nem nas pessoas; elas, como fragmentos do divino, precisam atuar sobre o mundo e resistir a seus valores imanentes, para realizar mais plenamente o espírito; por isso, tomam as instituições existentes não como o absoluto, não como ídolos, mas como manifestações falhas de ideais, a serem reformadas e transcendidas. Essa segunda posição propõe uma dialética entre imanência e transcendência.

Em sua exploração de um modo de vida capaz de fugir à escolha entre idolatria e

[428] Dahl (1989, p. 350, nota 10) sublinhou a crítica de Unger (1984a [1975], pp. 81-3) tanto ao individualismo liberal (com seu individualismo metodológico e desconsideração do grupo como fonte de valores por si mesmo) quanto ao coletivismo (grupos como entidades com existência, fins e valores irredutíveis aos de seus membros), notando uma falta de clareza quanto à rejeição da concepção organicista.
[429] Gutman, 1985.
[430] Kelman, 1987, p. 64 (destaque no original).
[431] Sobre transcendência e imanência, ver Unger, 1984a [1975], pp. 157-64, 179-81, 236-7; 2014, pp. 21-3, 142-181, 191-4, 306-7, 367-9; 2008a.

utopia, reconciliar imanência e transcendência, superar as contradições entre razão e desejo e terminar os conflitos entre individualidade e sociabilidade, Unger[432] chega à proposta de um corporativismo comunitarista, cujos protagonistas são os "grupos orgânicos", definidos pela: 1) comunidade de vida (simpatia gerada por relações face a face e associação para propósitos múltiplos); 2) democracia de fins (sem o domínio de classe, vive-se sob valores compartilhados e decide-se, inclusive sobre o que e como produzir, não por hierarquia e meritocracia, mas pelo exercício coletivo da persuasão); 3) divisão de trabalho (sem hierarquia e especialização e segundo os talentos de cada um e a contribuição que podem dar à espécie). A experiência da vida comunitária providenciaria o sentido da associação harmônica com a ordem imanente natural ao mesmo tempo em que daria ao indivíduo condições de desenvolver seus próprios talentos, aperfeiçoando a natureza humana em um reino de fins comuns que assegura espaço para a crítica, isto é, para a transcendência, tanto quando para o reconhecimento concreto de cada personalidade. A comunidade universal é uma noção-limite, um ideal regulativo.

Já na década de 1980, contemporaneamente à publicação de outros livros representativos do comunitarismo e mesmo antes do aparecimento de obras centrais dessa corrente, Unger modificou sua posição. Já no pós-escrito à segunda edição de *Conhecimento e política*, admitia que a forma moderna de crítica social era acoimada por "restrições injustificadas sobre as formas possíveis da vida social e em particular sobre as definições institucionais possíveis de mercados e democracias" e afirmava a recusa em "buscar em fantasias antimodernistas uma consolação secreta para o fracasso em repensar e reconstruir as circunstâncias da vida no mundo moderno"[433]. Uma posterior crítica ao ideal pré-moderno de comunidade – ideal que "enfatiza a exclusão do conflito e o compartilhamento de valores e opiniões" – é acompanhada por um "ideal transformado de comunidade" como "zona de vulnerabilidade mútua aumentada" que ofereça a oportunidade de as pessoas resolverem melhor o conflito "entre sua necessidade de ligação e de participação na vida de grupo e seu medo de subjugação e despersonalização com o qual tal engajamento pode ameaçá-las"[434].

Todas essas utopias comunitárias, antiliberais e modernamente antimodernas têm em comum, de um lado, uma pretensão de integração social: de redução dos graus de liberdade dos sistemas funcionais. Essa integração é aquela que o pensamento liberal

[432] Unger, 1984a [1975], cap. 6.
[433] Unger, 1984d [1983], pp. 339-40. Ver também Unger, 2001b [1987], pp. 216, 341-50; 2001c, p. xxxvi.
[434] Unger, 2001b [1987], pp. 560-2.

associa à própria liberdade (*i.e.* desintegração) do indivíduo em relação à sociedade. O indivíduo foi na antiguidade considerado o elemento natural da sociedade, uma parte concreta dessa ordem. No início da modernidade, a própria sociedade foi concebida como resultado intencional de indivíduos motivados por um cálculo de interesses e benefícios. Em sua forma residual, a semântica do individualismo afirma a liberdade como valor e constata a dependência do indivíduo em relação à sociedade, mas também a medida em que a autorreprodução social cria seus próprios problemas para além das ambições e necessidades individuais[435].

É também a desintegração que os arranjos institucionais associados ao ideário liberal buscam manter; segundo essa interpretação, é apenas conjunturalmente, em situações de crise, que os sistemas se integram, gerando uma politização da sociedade a ser resolvida pela redefinição das competências funcionais. Uma integração permanente tenderia a potencializar as exclusões e reduzir a complexidade social: o excedente de possibilidades realizáveis[436].

Há quem identifique, porém, uma tendência estrutural associada à diferenciação funcional: os sistemas (política, economia, religião, ciência) ganham autonomia, perdem limites inerentes e tendem ao expansionismo sobre outros setores: à politização, à economicização, ao fundamentalismo religioso, ao "imperialismo" científico[437]. A solução, da parte do sistema jurídico, seriam "direitos institucionais", que arbitrassem a colisão entre "racionalidades": protegendo a arte das invasões dos meios de comunicação de massa, resguardando a pesquisa científica da instrumentalização econômica etc.[438].

Seja ou não o caso, a judicialização ou mesmo o processamento não judicial desses conflitos demandaria uma reorganização da esfera pública do direito, a atenção às modelagens dos direitos, assim como a inovação procedimental[439]. O direito não pode abrir mão de tratar desses conflitos, remetendo-o apenas às esferas públicas econômicas ou políticas, ao protesto ou ao boicote.

De outro lado, a ideia-limite da comunidade é suprimir um dos lados da morfologia interna dos sistemas funcionais: ou reduzir tudo à esfera pública (idealizada como comunidade, como associação de homens livres etc.) ou à esfera organizada (concretizando

[435] Luhmann, 1995e [1989].
[436] Ver *supra 1.3* a discussão sobre iluminismo; *infra 4.3.1.1*, sobre inclusão/ exclusão; *supra 1.1* e *infra 3.3*, sobre desentrincheiramento, capacidade negativa e plasticidade social.
[437] Graber; Teubner, 1998, p. 65.
[438] Teubner, 2012, pp. 143-5.
[439] Ver a discussão *infra 3.3.1.1*, sobre direitos de desestabilização.

a comunidade como organização, e então submetendo-a a um esquema de hierarquias rígidas sem capacidade de adaptação, sem contrapesos e válvulas de escape). Contra a burocratização e o totalitarismo, os discursos pós-guerra fria não cansaram de manifestar a importância da "esfera pública" e servem de indício sobre os riscos de desconstruir as distinções entre ambiente interno e esfera organizada. Então "encontramos o centro fantasma 'sociedade civil', isto é, associações livres de indivíduos que podem falar sobre reclamações e melhorias. E isso é 'práxis' como atividade autossatisfatória, enquanto a *poiesis* ou reprodução tem que ser feita pelos sistemas funcionais e suas organizações que causam todo o problema"[440]. O problema então é desconsiderar a diferença entre centro e periferia dos sistemas: a sociedade civil é periferia (especialmente do sistema político); o centro tem especificidades estruturais associadas à sua obrigação de decidir: de tomar decisões coletivamente vinculantes, de decidir casos concretos reiterando e consolidando expectativas normativas generalizadas, de decidir sobre crédito e débito, garantindo a solvência futura. Por outro lado, a política não pode compensar a incompetência da economia: o próprio sistema econômico precisa ser reorganizado.

Por tudo isso é que o ideal comunitário demandaria uma revisão de seu quadro normativo e de suas formas institucionais para prosperar em alguma medida nas condições estruturais da sociedade contemporânea e se incorporar seletivamente em suas instituições. Um exemplo é o da reorganização da economia: o ganho de economias de escala associado à moderação das desigualdades depende de mecanismos distributivos ou redistributivos. Se a redistribuição for de largo alcance, substitui o mercado; se for marginal, terá um efeito relativamente pequeno sobre desigualdades crescentes. Formas institucionais que ampliem a distribuição inicial dos ativos econômicos reconfiguram o mercado de um modo mais estável, mas precisam também assegurar eficiência. Em suas formas maximizadoras tanto de eficiência quanto de liberdade, a descentralização política e econômica demanda esquemas muito mais flexíveis e não dogmáticos de apoio estatal à iniciativa privada e à associação voluntária e redes de cooperação competitiva associadas a instituições públicas ou quase públicas de apoio tecnológico, científico e financeiro[441].

Esse exemplo econômico é apenas tangencial à problemática constitucional mais estritamente definida, mas mesmo assim ele ocupa um espaço por negação: quando mais includente e eficiente a operação do mercado, menor a dependência de direitos sociais. Por outro lado, há a contraparte política e administrativa: a medida em que os serviços públicos

[440] Luhmann, 1995f, p. 183. Ver *supra 1.3* o dilema de Dom Quixote e o sentido de autopoiese.
[441] Unger, 2001b [1987], pp. 230-46, 342-7, 446; 1998, pp. 63-5, 187-204.

associados a direitos sociais podem ser organizados além dos extremos do espectro que vai da provisão burocrática pelo estado à privatização regulada; a medida em que mecanismos de democracia semidireita podem ser institucionalizados para destravar a decisão no centro do poder, prevenir a judicialização e tratar da apatia da opinião pública; a medida em que a própria produção jurídica pode ser seletivamente desacoplada do estado, pelo incremento da capacidade de autorregulação de grupos e organizações.

Nada disso implica aceitar grande narrativa pós-moderna sobre o fim das grandes narrativas[442]. Seria reagir a uma imagem idealizada da modernidade por uma contraimagem que simplesmente expressa, sob o rótulo de pós-modernidade, uma visão impressionista sobre a complexidade e a variabilidade estrutural características da própria identidade moderna. Perdida em sua própria reflexão de diferenças que não fazem a diferença, essa discussão tende a sobrepor um erro a outro[443]. Tampouco vale identificar a modernidade como um bloco histórico indivisível, um projeto normativo em vigor, um tipo a ser subscrito ou não[444]; ou simplesmente, tendo tal concepção como álibi, idolatrar as instituições consolidadas como melhor realização possível de seus ideais.

O conceito liberal de constituição, cujos princípios datam do final do século dezoito, venceu seus concorrentes, com o colapso dos sistemas socialistas do leste e as debilidades do antiliberalismo de proveniência religiosa, romântica ou mesmo platônico-aristotélica. Dessa avaliação[445] segue-se que uma reflexão sobre a metamorfose do constitucionalismo teve tirar sua premissa, seu ponto de partida, do próprio liberalismo, para então transformá-lo internamente.

3.3. Experimentalismo democrático

Entre o liberalismo clássico e seu renascimento, não houve apenas o estado social – este foi uma resposta a uma ampla transformação estrutural da sociedade, à sua evolução a um novo patamar de diferenciação funcional e complexidade. Muitos dos problemas do próprio estado social estão na limitada capacidade para fazer frente a tal estado de coisas. Tampouco a atualização do velho liberalismo é capaz de dar conta da nova situação.

O estado é muito mais burocrático e a sociedade, muito mais fragmentada, do que essa renovação observa. Diante dos desastres provocados ao longo do século vinte, de suas guerras e ideologias, a resposta liberal tardia é a humanização: à política, cabe evitar o

[442] Ver as críticas de Luhmann, 2013 [1997], p. 345; Unger, 2007a, pp. 44-5.
[443] Luhmann, 1995f.
[444] Ver a discussão *supra 1.1*, sobre teorias de estruturas profundas.
[445] Luhmann, 1992, p. 1.

desastre. Aspirações transformadoras podem ser contidas em um consenso minimalista sobre valores. Que todas as sociedades respeitem os direitos humanos e tenham estado de direito – sejam "bem ordenadas", como diz Rawls[446]. Essa sugestão reprisa o fetichismo constitucional americano: sua organização do estado tomada como fórmula universal, autoevidente e perene contra a opressão e o despotismo; o "patriotismo constitucional" como idolatria de uma instituição falha, condicional e finita como se fosse incondicional e infinita[447]. Se sequer nos Estados Unidos essa fórmula não deixa de ser corroída pela história e de colocar-se como obstáculo à reorganização institucional (a que não se pode chegar por mera "interpretação construtiva" da constituição), o que dizer do restante do mundo, com a diversidade regional de modos de inclusão e exclusão e de combinação de formas sociais (segundo o estereótipo, a modernidade combinada com a tradição)?

Embora critique tanto contratualistas quanto utilitaristas, tanto liberais quanto republicanistas e comunitaristas, o principal contraponto a Unger parece ser o próprio Unger, em um dos casos mais notáveis de autossubversão intelectual. Em sua proposta normativa e institucional, o Unger desde os anos 80 é o oponente mais exato – até por trabalhar nos mesmos termos, temas e ambições – ao proponente do comunitarismo dos anos 70.

O caminho seguido por Unger[448] a partir dos anos 80 será o de um programa democrático radical que, menos do que desenvolvido a partir da visão republicana clássica, toma como mote as pretensões normativas liberais, mas pretende tocar os privilégios e divisões sociais entrincheirados a ponto de que seja necessária uma revisão das próprias instituições liberais, como o estado, o mercado e a sociedade civil. Daí ser tal programa um "superliberalismo" – embora apenas use o termo de passagem em seus escritos dos anos 80, ele parece captar o impulso global mesmo de suas proposições ulteriores. A imagem que deveriam assumir as instituições e arranjos sociais em geral é a de uma política de compromissos e opiniões, como a própria política liberal. Nesse sentido, importa menos a substância do modelo de sociedade que a abertura desse mesmo modelo ao "experimentalismo democrático" na política, na economia e nas relações pessoais. Tal programa, ressalta[449], não abandona a preocupação liberal com o indivíduo, antes defendendo um pacote de proteções e poderes que o potencializem na direção da inovação

[446] Rawls, 1999b.
[447] Ver Unger, sobre "objetivismo" (2015b [1982], pp. 83-6), "idolatria constitucional" (2015c, pp. 34-6; 2007a, pp. 49-51; 1984b, pp. 239 e 270) e "perfeccionismo democrático" (Unger, 2007a, pp. 22-5).
[448] Unger, 2001b [1987], pp. 588-9.
[449] Unger, 2001c, pp. xcix e cv.

social.

O tema do "superliberalismo" é introduzido no "manifesto" dos *critical legal studies*, originalmente uma palestra proferida em 1982. Unger[450] o aponta ao criticar a falência prática e teórica que ocorre quando, como solução aos problemas das democracias contemporâneas, a filosofia política sugere o seu oposto utópico: a república mítica, o governo direto da *polis*, a comunidade unida por consciência compartilhada e participação no bem comum (como no contraste de Constant). O programa de Unger não é nem liberal nem antiliberal, mas "superliberal", porque alarga as pretensões liberais de desfazimento de relações de dependência e construção de relações voluntárias, colocando-as como parte da ambição de construir instituições mais abertas à vontade e à imaginação. A imagem de sociedade aí proposta quer vê-la refletir o próprio arquétipo da política liberal, fazendo as estruturas sociais basearem-se menos em divisões e clivagens pré-estabelecidas do que em grupos de opinião fragmentários e transitórios, que se articulam em série de conflitos e acordos.

Para ampliar o estreito repertório dentro do qual se move a filosofia política do liberalismo tardio, seria preciso adotar outro horizonte substantivo (por assim dizer, "pós-liberal" e "pós-socialdemocrata") e outra estratégica metodológica – uma que trabalhasse lado a lado o mapeamento de alternativas institucionais e a crítica imanente das instituições dadas (segundo os ideais que as justificam e interesses que as apoiam). Esse discurso abertamente político é inspirado em determinadas tradições que não podem clamar neutralidade e universalidade excepcionais – seu valor depende do endosso de uma concepção de personalidade e de sociedade que, ainda que não seja sistematicamente articulada, fornece uma "prototeoria" da qual se pode partir para avaliar propostas institucionais variadas.

Abrindo mão da pretensão de neutralidade, pela qual se distingue o justo político a ser providenciado pelas instituições básicas das concepções pessoais de bem de cada agente, Unger oferece um valor capaz de guiar "externamente" o juízo sobre os arranjos sociais, uma visão do caráter desses arranjos e da forma de sua mudança e uma proposta do lugar da teoria como informante dessa transformação. O valor é a autonomia individual ("capacidade negativa") reforçada por estruturas que fornecem as próprias ferramentas para sua correção ou substituição e potencializada por estruturas mais "desentrincheiradas", que se reproduzem sem marcar hierarquias e divisões acentuadas

[450] Unger, 2015b [1982], pp. 124-5. Ver também Unger, 2007a, p. 184.

entre pessoas (compare-se, por exemplo, a sociedade de castas com a sociedade de classes, e esta com os grupos políticos de uma democracia liberal). Mas o "desentrincheiramento" não é simplesmente um valor moral; a hipótese subjacente é que essa capacidade de transformação e plasticidade dos arranjos de cooperação e estruturas sociais é a chave do sucesso prático, da eficiência e do desenvolvimento dos poderes produtivos.

Essa definição do ideário, no entanto, o expõe a certa comunicação com várias vertentes de teoria normativa[451], uma vez que submete a pressão as formas prevalentes de organização da democracia e da economia, colocando no horizonte sua remodelagem. Assim, por exemplo, a radicalização do liberalismo clássico no libertarianismo contemporâneo busca ampliar a autonomia individual reduzindo ao mínimo as funções estatais. O ponto em comum com o ideário superliberal está em resgatar o valor da personalidade individual de circunscrições rígidas, de identidades cristalizadas de classe, comunidade ou gênero. A controvérsia inicia-se no entendimento das instituições: garantir um estado mínimo para alavancar a máxima autonomia individual deixa de ser estratégia verossímil quando se mina a crença na existência de uma ordem jurídica natural, pré-política, uma conformação do direito imanente ao mercado e apenas distorcida pela ação estatal[452]; e quando se constata que a ação governamental é necessária para desbaratar concentrações de poder econômico e para promover a descentralização da iniciativa.

Também a presença empírica de relações clientelistas e a defesa normativa dos vínculos comunitários é considerada pelo ideário superliberal, mas aqui se defende que os riscos e proteções que as relações comunitárias podem oferecer hão de ser ampliados para a toda a ordem política e econômica, com formas de imunidade pessoal que diminuam a suscetibilidade à dependência e empoderem o indivíduo a subverter as identidades coletivas e sua posição natural nelas. Finalmente, estendendo as expectativas socialdemocratas para além da redistribuição em uma estrutura de mercado dada e da participação local, procura dar nova forma ao radicalismo pequeno-burguês, buscando escala, por novos arranjos entre estado, mercado e organizações sociais, às pretensões de autonomia econômica e política.

---

[451] Para tal discussão, ver Unger, 2001b [1987], pp. 19-31.

[452] Sobre essa crença, ver Unger, 1996, pp. 45-6, 131. Unger a trata sob o rótulo de "lochnerismo", em referência ao caso Lochner *v.* New York (1905), no qual a Suprema Corte americana considerou inconstitucional (diante da liberdade de contrato implícita na cláusula constitucional do devido processo) uma lei que limitava a jornada de trabalho diária e semanal. Trata-se certamente de uma expressão coerente com a semântica jurídica liberal (ver a discussão *supra 1.2*, sobre a jurisprudência dos conceitos), mas esse "formalismo" não pode ser simplesmente reduzido a uma questão interpretativa/ textual. Compare com a discussão de Schauer, 1988.

Em termos de estratégia teórica, vale notar que, em suas propostas programáticas, Unger[453] projeta um cenário relativamente distante da situação histórica em que foram desenhados, justamente na tentativa de não se constranger pelas opções institucionais já realizadas. Esse distanciamento, que visa a ampliar os limites da imaginação das instituições atenuando os preconceitos de quem está projetando o futuro hoje, não é um prognóstico de probabilidade, mas uma extrapolação especulativa de possibilidades já atualmente emergentes, embora apenas realizadas de modo marginal e embrionário[454]. Para ganharem escala, essas soluções institucionais desviantes precisam mudar o contexto mais amplo da política e da economia; ao se transformarem em soluções dominantes, terão mudado seu figurino original.

Essa estratégia programática, ao mesmo tempo, dificulta a crítica das propostas e reforça as desconfianças sobre o grau de flexibilidade e autotranscendência que os contextos formadores ou complexos institucionais imaginados por Unger poderiam sustentar. Houve quem apontasse dúvidas sobre uma falta de admissão da importância da estabilização ("criação do contexto") como contraponto a um programa tão focado na desestabilização ("transcendência do contexto")[455]. Essa é a crítica-padrão e a dúvida generalizada lançada à teoria de Unger: até onde levar o imperativo (prático e moral) da plasticidade social?[456] A dúvida e a crítica não são surpreendentes se partirmos do diagnóstico de Walzer[457]: o superliberalismo é uma oposição interna aos esforços do pensamento político liberal, de Locke a Rawls, de "fixar e estabilizar a doutrina para por fim à perpetuidade da liberação liberal".

De fato, um problema que envolve o modelo experimentalista-democrático ou superliberal é o paradoxo da estabilização da instabilidade. A estabilidade é um critério fundamental a suplementar a transcendência de contextos[458]. A imaginação serve para

[453] Comparar Unger, 2001b [1987], cap. 5, e Unger, 1998. O trabalho posterior busca elucidar os diferentes momentos da trajetória de transformação imaginada, ou seja, aproximar a visão de práticas exemplares atualmente existentes que podem servir como rudimentos de novas formas de organização.
[454] Unger, 2015c, p. 75.
[455] É o caso de Sunstein (1990) e Ackerman (1992, pp. 125-6, nota 3). Lessig (1989), porém, mostrou a proximidade entre Unger e Ackerman em termos do ideal de "plasticidade". Quanto ao método, vale lembrar que, em seu já clássico artigo sobre "A nova separação de poderes", Ackerman (2000, p. 638, nota 12) registrou que "[d]ois escritores latino-americanos de primeira linha [Unger e Santiago Nino], com conexões íntimas com a academia jurídica americana, participaram ativamente do dinâmico debate de sua região sobre o futuro da separação dos poderes, e contribuíram mais para a literatura crítica recente do que o resto do professorado jurídico americano somado".
[456] Ver *e.g.* Kymlicka, 1994, p. 279; Galston, 1991, pp. 63-5; Holmes, 1987; 1993, p. 174. Muitas dessas críticas parecem superestimar a continuidade entre o comunitarismo e o superliberalismo de Unger. Sobre essa descontinuidade, ver West, 1988.
[457] Walzer, 1990, p. 14.
[458] Sobre estabilidade e ceticismo, ver Unger, 1984b, pp. 22-3, 48-9, 78, 86-9.

antecipar visionariamente a remoção de limitações que estreitem as rotinas e experiências de modo injustificado em termos práticos e morais (essas limitações são removidas ou reforçadas na prática por conflitos). Uma configuração institucional imaginada precisa considerar as predisposições comportamentais e as restrições materiais que pressionam em direção a sua disrupção. As instituições projetadas não devem subestimar aspectos recorrentes de nossa experiência nem pressupor uma alteração drástica de traços da personalidade elementares, associáveis à "natureza humana", ainda que se reconheça ceticamente que não há um núcleo imutável nessa "natureza" nem uma ordem supra-histórica e sobre-humana como fonte de sentido e valor (a busca pelo contexto natural, supracontextual).

Uma resposta possível a tal crítica sobre a ilimitação da plasticidade como ideal social é reafirmar a precedência da desestabilização. Outra é afirmar a parcialidade do programa: ele só foca o que é preciso mudar, pressupondo alguma permanência das instituições atualmente dominantes na organização da política, da economia e da sociedade civil, instituições estas que já são demasiado estabilizadoras, justificando o contraponto da desestabilização, que não é suficientemente suprido por elas. A imaginação de cenários institucionais alternativos –"levada adiante muitas etapas no futuro, faltando todos os passos intermediários da transição"[459] – parece ser uma terceira opção e pode ser interpretada como a resposta de Unger àquele tipo de crítica. Afinal, o direito cristaliza as formas institucionais da sociedade analogamente a como a arquitetura estrutura os espaços de interação (como sugeriu Unger, em um debate com Derrida) – ambos o fazem em direções variáveis, conforme a visão de indivíduo e sociedade que os informa e as respectivas expectativas que sugerem, direcionam e moldam[460].

Analisarei aqui o cenário preferido por Unger: aquele da democracia empoderada, de alta energia, mobilizacional ou experimentalista. É o cenário que leva mais longe a pretensão superliberal de estender o repertório liberal a partir de suas formas dadas, segundo uma estratégia gradualista e fragmentária de reforma radical e explorando as próprias tensões entre ideais e instituições associados ao repertório do liberalismo. Nessa visão, uma vez que nenhuma estrutura institucional é neutra com relação a concepções de bem, o bem está justamente na transcendência: no grau, variável e relativo, em que certas

[459] Unger, 1996, p. 125.

[460] Os mesmos cenários que Unger (1991) havia apresentado ao discutir arquitetura são discernidos e esquadrinhados quando discute o direito. Tais cenários – "socialdemocracia ampliada", "poliarquia radical" e "democracia mobilizadora" (Unger, 1996, pp. 135-70) – parecem, entretanto, variações sobre um mesmo tema: o ideário do experimentalismo democrático (Unger, 1998, pp. 235-51).

instituições se reproduzem demandando menos hierarquias rígidas, dependências opressivas e distinções debilitantes (classistas, étnicas, sexuais, nacionais) entre pessoas. De certo modo, é possível dizer que, para Unger, é na transformação institucional ao longo da história que as instituições se aproximam àquela "neutralidade" que Rawls e Habermas prometem existir estaticamente, em dado momento, na garantia de um procedimento deliberativo não enviesado, circunscrito por uma moralidade de princípios.

Decerto, a exigência ungeriana de experimentação e diversidade na vida pública e privada, que visa a solapar tendências de enrijecimento das divisões sociais, está potencialmente em tensão com o postulado consensualista da democracia deliberativa de Habermas[461]. Mas a pretensão iconoclasta e desestabilizadora da transcendência contextual pregada por Unger também pode sofrer de um problema semelhante ao apontado quanto à sustentação do modelo de Rawls por um "consenso sobreposto" entre concepções "razoáveis"[462]. Esse consenso diz respeito não à justificação do modelo rawlsiano, mas a sua sustentação prática, às expectativas engendradas pela estrutura básica da sociedade que permitem sua institucionalização estável. Porém, na teoria de Unger, é difícil separar os dois momentos, pois a imaginação das instituições contempla formas e possibilidades de mobilização política que as conformem e sustentem na prática. Uma das questões aqui[463] é a plausibilidade de que as pessoas adiram a uma estrutura autorrevisável em detrimento de uma que forneça a segurança de seus papéis e posições sociais entrincheirados. Há dificuldades até mesmo na conformação de tal estrutura, já que a formação de contextos requer a consolidação de certos hábitos e rotinas. Unger[464], em todo caso, aposta que, uma vez tendo vivenciado desentrincheiramentos parciais, as pessoas quererão mais e mais; fundado nessa esperança no experimentalismo democrático, mantém como horizonte a possibilidade de estruturas que diminuam a distância entre os conflitos rotineiros dentro do contexto e os conflitos revolucionários sobre o contexto. É o que faz a democracia em relação às outras formas conhecidas de governo, ou o mercado em relação a uma organização econômica centralizada. Providenciam meios à própria correção da ordem política e econômica, diminuem a dependência em relação a tradições e diferenças herdadas, são uma moldura institucional para a imaginação e a inovação. Mas em que medida essas próprias formas institucionais não excluem ideais a que elas próprias dão sobrevida ou não deixam de realizar expectativas que elas mesmas reproduzem? Em que

[461] Para tal comparação, ver Simon, W., 2014, p. 20.
[462] Ver Barry, 1995.
[463] Como aponta Galston, 1991, pp. 60-5.
[464] Unger, 2001b [1987], p. 317.

medida elas desperdiçam poderes e capacidades de criação, restringindo desnecessariamente o raio de autonomia individual e coletiva?

A questão não é postular a chegada a um estado de repouso em que já se tenha atingido a plena identificação entre o racional e o real. É dar vazão produtiva à insatisfação, ao excedente não aproveitado pela estrutura institucional, para fragmentária e progressivamente dar à luz formas institucionais mais capazes de habilitar a inovação e a cooperação, com maior abertura ao futuro e corrigibilidade à luz da experiência.

Afirmado o postulado da *parcialidade* e insuficiência de todas as ordens sociais diante das aspirações, capacidades e possibilidades individuais, também se rejeita a armadilha historicista, que pode capitular às expectativas e horizontes de sentido engendrados pelo próprio contexto específico em que se está inserido como uma realidade inescapável. "Reconstruir" essas práticas de "reconhecimento", como observador de observadores, pode fazer o teórico cair em relativismo perigoso e cerceamento da lucidez sobre as alternativas institucionais.

O que está em jogo nesse ideário superliberal pode ser esclarecido pelo contraponto entre o clássico tema kantiano ou mais amplamente liberal de liberdade negativa e liberdade positiva (autonomia privada e autonomia pública, liberdade individual e autolegislação republicana ou democrática) e o tratamento ungeriano de liberdade rasa e liberdade profunda[465]. Toda ação e todo pensamento são contextuais. Coisas são passivas diante de contextos e determinadas totalmente por eles; pessoas, não, já que são dotadas de autoconsciência. Essa é a base de sua dignidade: a capacidade de diferenciar-se de seu contexto, de ser consciente dele e agir intencionalmente em relação a ele, constituindo a esfera da liberdade. Ela independe do conteúdo. Ação e pensamento unem-se pela vontade livre, que cria o mundo, diferenciando meios e fins. Esse é o âmbito da razão prática. O direito explicita a racionalidade da interação entre vontades livres. Nos quadrantes da filosofia da consciência, de Kant a Hegel, entende-se que o que o sujeito pode representar (as estruturas sociais das quais ele pode tomar consciência), ele pode também abstrair, colocando o contexto como contingente e o remodelando. Kant distingue o justo como antecedente lógico do bem: é o justo que permite a persecução do bem e, portanto, é o justo a condição a ser cumprida pela estrutura básica da sociedade, pelas instituições.

Em contraste com Kant, Unger coloca a transcendência da estrutura como um valor,

[465] Para a comparação seguinte entre Kant e Unger, ver Weinrib, 1985, pp. 1831-40; Yack, 1988, pp. 1971-4. Para as concepções de liberdade e igualdade "rasas" e "profundas", ver Unger, 2014, pp. 296-7, 314-23. Ver também Unger, 2007a, pp. 174-81; 2015b [1982], pp. 104-6.

negando a distinção entre bem e justo. E pretende ancorar a autonomia individual, como poder de resistência e transcendência das estruturas sociais, no próprio caráter revisável e autossubversivo das instituições. A negação do contexto é superior mesmo à solidariedade dentro do contexto, ao contrário da visão da ontologia clássica. Logo, a liberdade não é predicado intrínseco ao conceito de ação e, portanto, igualmente distribuída; depende do conteúdo da ação, da negação do contexto. Se o direito, para Kant, atualiza a igual liberdade abstrata entre os sujeitos, para Unger cobre o âmbito das relações pessoais e essas relações nunca deixam de ter elementos não instrumentais (os outros não são tratados como meros meios para meus fins). A visão da autonomia em Unger parte dos fatos do condicionamento social da experiência individual e da ineuxaribilidade do indivíduo (de sua capacidade de entendimento, de sua vontade) pelo contexto. Afirma então: 1) o valor do afrouxamento das restrições colocadas por divisões e hierarquias sociais; 2) o valor irredutível da singularidade individual diante de categorias abstratas de classe, sexo, nação, etnia; 3) o valor da transcendência das estruturas sociais, isto é, a superioridade de formas de organização social que incorporem mais e excluam menos (pessoas, ideias, meios) por sua própria capacidade de correção e transformação no curso da reprodução social.

Dessa visão normativa da identidade humana, chegamos a uma concepção da justiça política. Nesse ideário, entende-se que a plasticidade social (a capacidade de inovar) e o desentrincheiramento de hierarquias (a capacidade de cooperar para além de divisões de papéis, classes e posições rigidamente diferenciadas) são reduzidos pela transmissão hereditária de vantagens educacionais e econômicas pela família – o motor da distinção de classes. Em termos de ideais, igualdade de respeito e oportunidade é imperativo incondicional, enquanto que desigualdades de circunstâncias ou resultados são criticáveis somente (e não é pouco) na medida em que minem a igualdade de respeito e oportunidade. A exclusão persistente de pessoas em situação de pobreza e privação absolutas destrói as possibilidades de autorrespeito e as capacitações para a inclusão. O reverso é a recompensa meritocrática superdimensionada a talentos extraordinários e dotações inatas que já encontrariam incentivos suficientes. Mas uma rígida igualdade de circunstâncias é improdutiva. A questão não é tolerar tanta desigualdade quanto possa beneficiar os que estão em maior desvantagem (a regra “maximin” de Rawls), mas difundir uma vida maior para todos, de modo a tornar a autoconstrução da sociedade mais inclusiva em pessoas e mais acelerada pela expansão dos recursos e meios.

Nesse sentido, a distinção mais iluminante de Unger é aquela entre liberdade e

igualdade “rasas” e “profundas”. Ela evoca a forma recorrente no pensamento ungeriano – liberdade para recombinar fatores dentro de um contexto institucional dado *versus* liberdade para alterar peças desse contexto – e parte do entendimento de que os liberais e socialistas do século dezenove viam a igualdade como um aspecto da liberdade e a liberdade como empoderamento, como uma vida maior para indivíduos e para a humanidade. Já no século vinte se firmou uma oposição entre liberdade e igualdade, cravada nos termos do antagonismo político. Em termos “rasos”, tomado dado contexto formador, com sua estrutura mais ou menos estável de distribuição de vantagens e oportunidades, os defensores da prioridade da liberdade e da eficiência pretendem que a autolimitação do estado abra espaço à criação individual da riqueza; a insegurança radical e a desigualdade contraproducente podem ser corrigidas por um toque “social”, com uma rede mínima de previdência, assistência e serviços públicos, no espectro focalizado do combate à pobreza extrema. Já os defensores da igualdade são aqueles que pretendem moderar a reprodução das desigualdades sobretudo pela tributação progressiva e por transferências compensatórias redistributivas, ou mesmo por políticas públicas mais universais, mas sempre com pouca reorganização da distribuição primária de vantagens e oportunidades pela reconfiguração da economia e da educação.

Por seu turno, a “profundidade” está associada à reforma institucional radical, ao incremento extraordinário de liberdade ou igualdade, no limite pela mudança de contexto formador. É a pretensão do socialismo revolucionário, com a instauração de uma espartana igualdade “material”. O poder e a propriedade totalmente revistos seriam capazes de produzi-la. Na experiência real, do lado da cooperação, distinções rígidas entre incluídos e excluídos continuaram a ser reproduzidas de outras maneiras (na forma de privilégios da burocracia estatal ou direitos adquiridos dos pioneiros em esquemas de autogestão) e, do lado da inovação, a rigidez e o dogmatismo político impuseram à economia uma capacidade decrescente de crescimento. Em contraste, a liberdade profunda também procura a mudança das estruturas de poder, propriedade e conhecimento, mas não pode confiar em alguma contraposição simples como a das ideologias oitocentistas, como estado *versus* mercado. Diferentes formas de organização do mercado, da democracia, da educação e da saúde podem revelar, experimentalmente, maior capacidade inclusiva e dinamismo. O foco é alterar a distribuição primária de vantagens e oportunidades, intensificando a capacitação individual, e não apenas amenizar por redistribuição os diferenciais drásticos de barreiras à entrada e à ascensão econômica e educacional. A

transmissão de vantagens herdadas deve ser reduzida ao mínimo, de modo que as particularidades do passado e da família contem menos que as potencialidades de inovação e universalização de saberes, práticas e tecnologias avançadas. Embora não evoque expressamente o rótulo, esse entendimento parece se afinar com o tema anterior do pensamento ungeriano, o "superliberalismo".

O superliberalismo pode ser descrito, por um lado, como um desenvolvimento do "projeto" comum dos liberais e socialistas do século dezenove e, mais amplamente, do ideário democrático. É uma espécie de solução homeopática ao liberalismo: mais liberalismo aplicado ao liberalismo, expansão das instituições liberais à luz do potencial não exaurido dos ideais liberais[466]. Por outro, é uma continuidade da valorização do indivíduo buscada pelo liberalismo, mas magnificada pelas semânticas do cristianismo, do romantismo, do modernismo e outras[467].

Do cristianismo, Unger toma, sobretudo, a noção de transcendência, traduzindo a concepção da alma infinita presa em um corpo finito como o extravasamento da personalidade em relação aos contextos institucionais e imaginativos limitados que construímos e habitamos. As pessoas não se resumem às posições que ocupam na estrutura social. A personalidade, à semelhança da divindade (ou as conexões pessoais, analogamente ao vínculo religioso), é que deve ser o alvo da lealdade, acima das instituições e hierarquias concretas dadas em certo momento. Nossas conexões práticas e de paixão jamais são esgotadas por qualquer estrutura social ou mental. Tomá-las como expressão de todas as possibilidades realizadas é idolatrá-las. O valor está na divinização da humanidade, em sua atuação na transcendência das instituições e de sua moralidade imanente.

O romantismo (a tradição literária que vem desde o medievo, o movimento do século dezenove e a cultura popular mundial de hoje) inspira-lhe a representação do mundo como obra que criamos e inovamos, assim como a ideia de conexão pessoal do amor

[466] As principais referências explícitas de Unger (2001b [1987], p. 635) no espectro liberal são os arquitetos da constituição americana, Constant, Tocqueville, Wilhelm von Humboldt, Herzen e Mill. Mas seu programa também se inspira em outras referências, como o radicalismo pequeno-burguês e o ideal de auto-organização coletiva. Ademais, suas concepções de "democracia radical" e de "sociedade livre" partem das possíveis intersecções entre as grandes ideologias do século XIX, o liberalismo clássico e o socialismo (Unger, 2001b [1987], p. 595; 2014, p. 294).

[467] Para a definição dessas influências, ver Unger, 1984b, pp. 23-8 (sobre cristianismo), 28-33 (sobre romantismo) e 33-9 (sobre modernismo). Sobre romantismo, comparar Luhmann, 1986 [1982]. Sobre as demais concepções, ver *e.g.* Unger, 2007a, pp. 28, 47; 2014, pp. 160, 163-4, 165-7, 207, 210, 219, 233, 277, 304, 433, 447. Para a crítica dessas visões e o que delas resulta afirmativamente para sua própria concepção, ver em geral Unger, 1984b; 1984c [1980], pp. 296-9; 2014, esp. cap. 4 e 5; 2007a, cap. 3 e 4; 2001b [1987], pp. 12, 556-70 e 637-9; 2015b [1982], pp. 192-5.

romântico, protótipo da comunidade. Entretanto, contra os milenarismos utópicos, o antimodernismo comunitário ou as fantasias de militância cívica permanente, Unger redefine o ideal de comunidade não como consenso denso de valores ou ausência de conflito, mas como zona de vulnerabilidade mútua ampliada, em que o vínculo com os outros como condição da autoafirmação individual seja imunizado contra os riscos da dependência, da subjugação e da despersonalização que esse engajamento pode provocar. Esse ideal deve ser aplicado a todas as áreas da sociedade, e não circunscrito a determinados âmbitos, como a família.

Do modernismo, expresso principalmente na literatura do final do século dezenove e início do século vinte e que constituiu a revolução cultural dessa época, Unger toma a reflexão sobre a relação entre espírito e estrutura, ou liberdade e contexto. Agimos dentro de contextos e nossa liberdade só pode ser construída pelo encontro pessoal, não por uma realidade ou bem impessoal. A liberdade consiste em romper os contextos de ação e vivência, pois cada contexto incrusta hierarquias morais, e toda hierarquia convencional é parcial e limitante. Jamais se atinge o incondicional e supracontextual. Mas o problema do modernismo está em ou cingir-se a expressões estéticas e privadas do sublime ou buscar na política o rompimento de todo contexto, sem reconhecer que os contextos são inescapáveis e que variam em sua própria transformabilidade. Todos os contextos são contingentes, mas alguns são mais autotranscendentes.

Ainda, saindo dos racionalismos, antigos e modernos, chegamos a compreender a história sem roteiro, o tempo como transformação da transformação e a abertura do futuro à novidade. Unger radicaliza esse impulso encontrado em autores tão diversos como Hegel, Bergson e Whitehead e o combina com o influxo negativo da metafísica de Schopenhauer.

Essa conjunção de influências em uma imagem normativa da personalidade e da sociedade o faz negar enfaticamente seu comunitarismo anterior e defender a ampla reorganização institucional da sociedade, em vez do confinamento em identidades coletivas autoisoladas. Um quadro de preocupações e entendimentos dentro do qual essas variadas influências ganham especial relevância é o marco conceitual do pragmatismo filosófico. Afinal, Unger é um exemplo destacado de teoria social pós-liberal que coordena o pragmatismo americano (Dewey, James) a uma "filosofia da práxis" (à teoria social pós-marxista, com influências de Gramsci)[468].

Sua proposta ignora expressamente a cisão típica de Hume e Kant entre o descritivo

[468] Ver os comentários de Joas (1993, p. 13, nota 21) e West (1990 [1987]; 1989, cap. 6) em seus balanços do pragmatismo.

e o prescritivo[469], no plano não de enunciados linguísticos isolados, mas de uma compreensão da história e da sociedade (em que o "ser" ancora-se em uma visão do "dever-ser"). Positivamente, defende que certo tipo de exploração sobre o futuro é tão indispensável para o diagnóstico do presente quanto o discernimento das trajetórias históricas. É sob a pressão de trajetórias de transformação alternativas, à luz do que pode vir a ser, que se vislumbra a "natureza" do que é. Fugir dessa prática implica reduzir a ética ao juízo reflexivo sobre as crenças de determinada comunidade em que contingentemente se desenvolve a ação (posição historicista) ou definir contrafaticamente uma imagem homogênea de agentes como pessoas igualmente livres e responsáveis que agem em dados contextos históricos e culturais, mas cuja moralidade da ação pode ser julgada por máximas impessoais de aplicação universal; paradoxalmente, as vontades e intuições a serem consideradas e a serem desprezadas, os argumentos válidos e os inválidos, tudo isso complementa (e enviesa) essa neutralidade abstrata (posição racionalista).

Para além da teleologia racionalista (segundo a qual o dever-ser é o estado ao qual tende o ser, por sua natureza intrínseca), do convencional historicismo das críticas sociológicas e do universalismo abstrato das formulações liberais do agente que informam as ciências sociais positivas, poderíamos buscar outro tipo de discurso. Nesse caso, poderia ser uma forma de exploração contrafática não apartada do próprio interesse descritivo e explanatório. Em termos pragmáticos, o pensamento sobre alternativas sociais abre-se pela própria indeterminação e contingência constitutivas de seu referente, a sociedade[470]. O que distingue a realidade social da observação da natureza é que a própria observação constitui a primeira (em termos fenomenológicos, a sociedade não é uma coisa, mas um horizonte de sentido). Na medida em que as estruturas sociais são as crenças generalizadas, apenas como atividade reflexiva, de crenças aplicadas a crenças (observação de segundo grau, nos termos do construtivismo radical), é que é possível qualquer descrição da sociedade. Nessa medida, pela mistura indivisa de vontade e razão, de interesse, memória e imaginação que constitui o objeto observado, construído pelo observador (na mútua irritação entre sistema psíquico e sistema social), descrição e normatividade não podem ser apartadas na explicação das estruturas sociais. As ambiguidades, inconsistências e indeterminações compõem os testes internos de consistência do conhecimento construído e a resistência renitente que a sociedade impõe à transformação pela ação dos indivíduos informada pela

[469] Sobre a justificação do argumento normativo, ver Unger, 2001b [1987], pp. 341-68. Ver também Unger, 1984b, introdução, esp. pp. vii, 3, 39-53, 76-89; 1987a, pp. 15-6; 2014, pp. 290, 298-9; 2007a, pp. 76-80.
[470] Para a seguinte interpretação do pragmatismo, ver Unger, 2007a, esp. pp. 33-5, 61-2, 68, 71, 96, 112, 117-8, 150-5, 216, 220, 233, 242, 250.

vontade e imaginação das consciências. São esses os limites de um discurso racional, com valor de verdade, nas ciências sociais. O que a sociedade é só pode ser marcado à luz do que ela foi e, com interesse prático em seu futuro, à luz do que pode vir a ser. Se as instituições são contingentes, "política congelada", elas ganham uma naturalidade pelos discursos que as representam segundo imagens de associação humana inteligível e desejável. A tarefa da imaginação institucional é como que desestabilizar essa associação entre as instituições e suas representações e justificações, reproduzindo como que em um "laboratório mental" as crises que ainda não se manifestaram – e sob a pressão das quais a mudança institucional haverá de ocorrer, se não se antecipar a elas. Não se pode pressupor que, mudada uma fatia da ordem institucional, tudo o mais permanecerá constante; direções de transformação e reformas associadas é que surgem desse exercício. Dada a improbabilidade das inovações selecionadas e restabilizadas, sua possibilidade só pode ser captada retrospectivamente. Desse modo, a exploração imaginária de cursos de ação, embora informada empírica e normativamente, não se confunde com fazer previsões; procura surpreender, captar o improvável, em vez de diagnosticar tendências. O futuro é aberto e indeterminado, perigoso.

As sociedades diferenciam-se na medida em que atenuam sua dependência de contrastes rígidos entre pessoas e de recursos naturais escassos. A maior complexidade interna gera maior contingência: são possíveis mais formas de organização funcionalmente equivalentes. Na medida em que essas possibilidades são apresentadas na prática, é possível construí-las como observação, pela atividade crítica e construtiva. As formas institucionais são então variáveis que definem elas mesmas o quando a sociedade se enrijece e se torna dependente de uma evolução pressionada por fatores ambientais e o quanto ela constrói formas de autorrevisão que se antecipam a crises e habilitam a atividade criativa e inovadora, com suas vantagens práticas, intelectuais e morais.

Nessa contraposição de evolução natural e agência humana, Unger retoma um tema de Dewey[471]: a dupla face de uma teoria da agência e da experiência segundo a qual a inovação pela ação humana é possível, mas também uma visão do indivíduo como produto de forças evolutivas que moldam seu contexto de experiência, em relação às quais ele é impotente. A tarefa que daí decorre, para Unger, seria imaginar contextos que potencializem a primeira parte desse diagnóstico e atenuem a segunda. (É verdade que a autoconstrução da sociedade de fato prova como o aumento da complexidade interna

[471] Ver Unger, 2007, pp. 34-6.

promove um desligamento parcial das dependências ambientais.)

Pode-se dizer que, em face da pretensão superliberal de Unger, a reformulação do tema deweyano do "experimentalismo democrático" amplia o círculo de referência do ideal de liberdade, para além da visão aristocrática de independência do liberalismo clássico, e o conjuga a uma pretensão experimental quanto às instituições, em lugar de dogmas quanto a estado e mercado[472]. Dessa redefinição, surge a pergunta: como podemos então reinterpretar a fé iluminista no progresso? Uma vez que se tornou incrível a evolução teleológica rumo a uma harmonia natural entre os poderes práticos da modernidade e a realização ampla da liberdade, como esperavam liberais e socialistas e como Weber já não pôde mais esperar, seria igualmente dogmático pressupor a inviabilidade de intersecções entre progresso material e progresso moral. Na formulação de Unger[473], o ideário do experimentalismo democrático congrega duas esperanças. A primeira é encontrar um subconjunto de arranjos sociais praticamente eficiente e moralmente valioso, isto é, uma zona de convergência potencial entre requisitos práticos de sucesso (poderíamos dizer: de crescimento econômico, capacidade decisória política e segurança jurídica) e condições institucionais de maior liberdade pessoal (posições sociais mais acessíveis, papéis intercambiáveis, estruturas sociais mais abertas ao desafio individual). Em termos sistêmicos, poderíamos redescrever tal direção como a busca de que formas de inclusão/ exclusão que reproduzam maior desintegração, maior grau de liberdade e indeterminação (entre sociedade e natureza, entre sociedade e indivíduos, entre sistemas funcionais).

A segunda esperança de um democrata experimentalista deve ser encontrar convergências entre duas tensões em jogo na construção da sociedade: as dissonâncias entre inovação e cooperação e os contrapontos entre dependência e liberdade. Se deixamos de tratar as paixões como o oposto da razão ou da convenção social e as estabelecemos como os elementos da solidariedade, vemos que as condições de autoafirmação pessoal colocam a liberdade como função da aceitação e do apoio de outros (o problema da comunidade), mas o próprio engajamento traz o perigo da subjugação, da submissão, da despersonalização (o problema liberal do medo, da dominação e da dependência). Diferentes formas de vínculo pessoal (as ligações de paixão), de solidariedade e

[472] Sobre a concepção de "experimentalismo democrático" em Dewey, ver Sabel, 2012. Ver também *supra 1.1* a discussão sobre reforma revolucionária.

[473] Sobre experimentalismo democrático e progresso, ver Unger, 1998, pp. 5-11, 24-7, 275-7; 1996, pp. 181, 184-5; 2007a, pp. 41-4, 138-44, 158-64; 2007b, pp. 104-5, 155; 2014, pp. 168-70, 309. Ver também, sobre cooperação, comunidade, solidariedade e ligações de paixão, Unger, 1984b, esp. pp. 20-2, 80-1, 96, 115-6, 134, 192; 2001b [1987], pp. 560-3.

cooperação, as rotinas institucionalizadas, os esquemas de hierarquia e divisão de papéis podem tanto restringir indevidamente a capacidade de solução prática de problemas (a inovação) quanto habilitá-la. A inovação, por sua vez, subverte as configurações de cooperação postas, desestabilizando as comunidades. Como zonas de vulnerabilidades e riscos ampliados, as comunidades dependem da confiança. Esquemas de cooperação constituem-se incrustando expectativas estabelecidas e direitos adquiridos. Quanto mais plásticos esses esquemas, quando menos dependerem de posições fixas e divisões rígidas, mais abertos estão à inovação. A liberdade para recombinar pessoas, práticas e recursos é valorizada como critério de flexibilidade administrativa e encontra restrição em papéis rígidos, esquemas estanques de subordinação e divisão de trabalho. Hierarquias e divisões são tanto melhores quando mais vulneráveis e suscetíveis à recombinação de pessoas em novos esquemas de cooperação, mais abertos à revisão. Aquilo que é verdade no plano dos sistemas organizacionais também o é na dimensão mais ampla da sociedade e dos sistemas funcionais.

O século dezoito apresentou a autoimagem de um mundo social criado e governado pela vontade humana, pela razão concretizadora da liberdade, e explicado por seus próprios princípios. Projetando essa imagem nos diferentes contextos regionais, a teoria social iluminou os obstáculos à transformação dessas realidades segundo o ideal universalizado. Refletindo essa imagem, as ideologias e movimentos políticos incitaram grandes transformações na sociedade mundial desde então. Nos anos 70 e 80 do século vinte, porém, a vertente mais em evidência da teoria social e política recuou. Desengatou a explicação das estruturas sociais reais da imaginação de condições normativas que representam aquela autoimagem da autonomia. Seguindo a premissa iluminista da razão homogênea e compartilhada[474], Rawls e Habermas partem de uma concepção sobre as pessoas e perguntam como poderia ser uma sociedade que as incluísse, de modo que elas hipoteticamente concordassem em viver juntas e então subscrevessem uma forma institucional com princípios explícitos e publicamente deliberados. As principais linhas da estrutura básica da sociedade, definidoras por exemplo das desigualdades de poder e riqueza, seriam definidas no interesse comum por procedimentos em que se expressa a razão pública, sem enviesamentos de interesses particularistas e vontades irrefletidas. Como agentes racionais, os cidadãos podem concordar na esfera pública com um mínimo denominador comum – instituições neutras, justas, capazes de sustentar e conviver com

[474] Ver *supra 1.3*.

desacordos; na esfera privada é que estarão livres para expressar suas paixões, realizar seus projetos de vida e seguir sua própria concepção de bem. Essas formulações fogem à teoria social no sentido de que dependem o mínimo possível de fatos sobre sociedades reais e giram em torno de um conceito de pessoa antecedente a qualquer estrutura social. É esse vazio que Unger preenche com uma visão normativa sobre a personalidade e sobre as estruturas sociais[475].

Analogamente ao movimento kantiano da razão prática como uso racional da liberdade ativado pela vontade, fundando a moralidade como reino da virtude (ética) e do direito, Unger liga a "macropolítica" institucional – dirigida ao uso do poder estatal para a formatação das estruturas sociais – a uma "micropolítica" de paixões, de relações pessoais[476]. Kant definia a imaginação como o poder de representar o que está ausente. Para distanciar-se da tirania da experiência imediata, os particulares devem ser abstraídos como manifestações de categorias mais gerais. Para Unger[477], porém, é preciso completar esse distanciamento pela imaginação da transformação dos fenômenos, não apenas por sua subsunção a um quadro categorial fechado ou a princípios invariantes.

Por um lado, em referência à filosofia clássica, Unger afirma não haver uma realidade perene de tipos naturais, uma unidade de valor e uma hierarquia da ordem social latentes para além da observação humana (mas manifestas em hierarquias e distinções sociais); também jamais se chega à encarnação final do "espírito absoluto", acima de toda divisão e conflito, em uma estrutura de referência absoluta[478]. As ordens sociais e culturais particulares diferem na extensão em que permitem a construção de relações menos marcadas por divisões de classe, sexo, etnia ou identidade cultural. Ademais, as formas de organização da sociedade podem variar na medida em que incluem ou excluem diferentes crenças e práticas.

Por outro lado, em contraponto à "psicologia liberal"[479], Unger busca a imagem contrafática da personalidade na visão das circunstâncias, crenças e desejos ancorados na tradição moral cristã-romântica, modificada pelo modernismo. Seu centro é a o "excesso" ou "excedente" que as pessoas apresentam em relação aos modelos conceituais e aos contextos sociais dentro dos quais se movem. Toda personalidade é moldada por um

[475] Para essa avaliação e comparação, ver Hawthorn, 1990, pp. 91-6.
[476] Para essa comparação, ver Ward, 1997, p. 2; ver também pp. 99-112. Comparar com a crítica de Unger (1984a [1975], cap. 1 a 3) ao liberalismo (influenciada sobretudo pela consideração do pensamento de Tomás de Aquino, Kant e Hegel).
[477] Ver Unger, 2007a, pp. 106-8.
[478] Ver a crítica à metafísica ou ontologia clássica em Unger, 2007a, cap. 2 e pp. 243-56.
[479] Para a crítica dessa "psicologia", ver Unger, 1984a [1975], cap. 1.

contexto e toda ação e entendimento são condicionais. Mas também a personalidade transborda o contexto em poderes de entendimento, de solução de problemas e de conexão pessoal. Esse "transbordamento" informa o movimento de revisão de contextos e o ideal de construir contextos mais revisáveis de pensamento e ação. Afinal, ideias e instituições são corporificações mais ou menos imperfeitas da personalidade. (Em termos sistêmicos, seguindo o postulado de que o ambiente é sempre mais complexo que o sistema, a referência seria à supercomplexidade que os indivíduos apresentam em relação à sociedade, mas também que a sociedade apresenta aos indivíduos. O transbordamento das ideias e desejos em relação às estruturas sociais as "irrita", pressionando sua reforma. As estruturas sociais "irritam" o indivíduo, moldando-lhe as expectativas.)

Poderíamos descrever essa visão da relação entre indivíduo e sociedade como um entendimento pragmático da contingência, realizada pela dialética entre imanência e transcendência propelida pelo conflito e, na sua falta ou em sua preparação, pela imaginação[480]. Tudo poderia e poderá ser de outra maneira: a forma contingente das instituições e crenças é uma coagulação provisória dada pela interrupção de conflitos, pela institucionalização de certos pressupostos postos como consensuais. Sob a pressão de crises (tipicamente desencadeadas por guerras ou ruína econômica), os termos desse consenso pressuposto são reabertos. É um momento de desinstitucionalização. Afinal, crises são a culminância e a manifestação de uma série de problemas que a estrutura posta não é capaz de resolver. Antecipando imaginariamente tais crises, conflitos e os cursos de transformação que podem vir a gerar, desvelam-se formas alternativas de reforma institucional. A imaginação consiste em avaliar o que é à luz do que pode vir a ser. A estrutura social estabelecida nos forma: institucionaliza certas expectativas, sustenta certas crenças, dá espaço a certos projetos de vida, disponibiliza determinadas posições. Embora finita, limitada, contingente, é real e eficaz em nos moldar. Mas também fornece instrumentos pelos quais pode ser subvertida. Os ideais que ela marginaliza podem orientar uma remodelagem das instituições; as expectativas não apoiadas, que excedem o contexto, podem ser mobilizadas contra ele; o fosso entre os ideais professados e as instituições que pretendem realizá-los permite uma revisão das crenças e abre espaço ao conflito para a transformação estrutural.

Mas como conceber a realidade das estruturas sociais? Afastadas a pretensão platônica de acessar um nível superior da realidade, um plano ideal descolado das opiniões

[480] Ver especialmente Unger, 1984b, parte II e pp. 86; 2014, pp. 290-3.

morais convencionais, para o juízo sobre as estruturas, bem como a teleologia aristotélica (as coisas tendem a seu bem, a um fim a elas imanente desde o princípio) e, finalmente, a crença hegeliana na realização da razão na história como uma necessidade que levaria à superação de todas as contradições[481], restam à filosofia moral contemporânea basicamente duas posições também problemáticas[482].

A primeira tem algumas expressões. Uma delas é a já referida visão aristotélica de luta contra os constrangimentos arbitrários para a realização de um ideal objetivo que permanece latente na estrutura social-natural. Mas essa visão possui uma contraparte moderna: é o entendimento existencialista de que a liberdade só se realiza nos atos de confrontação às estruturas estabelecidas, que são sempre parciais e enviesadas diante do potencial humano inesgotável. Finalmente, o historicismo (aqui poderíamos localizar Luhmann, apesar de sua intencional omissão normativa) coloca como únicos critérios legítimos para o julgamento de uma estrutura social as expectativas normativas sustentadas por esse mesmo contexto. O problema geral dessa vertente é conferir autoridade universal a uma visão particular de sociedade, a uma comunidade contingente de práticas. O critério de correção sobre seguir uma regra é dado convencionalmente. A posição hermenêutica é conservadora, na medida em que pressupõe de que comunidades de sentido e valor não variam em seu caráter, em sua abertura à correção e à autossubversão. Um resultado comum desse ceticismo hermenêutico ou pragmático é a evasão da reconstrução das estruturas políticas e econômicas de toda a sociedade em favor do fechamento em comunidades que pretendem ser concretizações de um ideal de vida mais elevado.

A saída é conferir autoridade última apenas à personalidade, não aos contextos sociais e culturais específicos em que ela se manifesta historicamente. Em vez da apologia ou crítica, da idolatria ou utopia diante das estruturas sociais, têm-se como diretriz a concepção da personalidade como infinita com relação às estruturas. As estruturas variam na medida em que reconhecem o atributo da "capacidade negativa" – fornecendo instrumentos para sua própria transcendência. Esse atributo é o lado pessoal do "desentrincheiramento" das estruturas sociais. São melhores as estruturas mais

[481] Ver discussão *supra 1.2*, sobre racionalismo na teoria do direito.

[482] Para a crítica dessas posições, a defesa da transcendência (da personalidade em relação a estruturas) e a proposta do critério normativo e funcional do grau de "desentrincheiramento"/ "capacidade negativa", ver especialmente Unger, 2014, pp. 143-82, 290-3, 304-5; 2007a, cap. 1 e pp. 44-6, 54-60, 69-71, 124-44, 208-11; 1996, pp. 170-82; 2001b [1987], pp. 277-312 e 632; 1987a, cap. 3 a 5 e pp. 7-8 e 154-9; 1984b, pp. 11-12, 20-1, 79-80, 185-6; 2015b [1982], pp. 179-86 e 192-5. Para um exemplo da posição historicista, ver Rorty, 1989; para a posição kantiana, ver Rawls, 1999a [1971]; para uma tentativa de "meio-termo", ver Rawls, 2005 [1993]. Sobre neutralidade, comparar Rawls, 2005 [1993], pp. 190-5; Unger, 2007a, pp. 192-5; 2015b [1982], pp. 130-4. Ver também a discussão *supra 3.2.1*.

desintrincheiradas: aquelas que para se reproduzirem dependem de diferenças menos marcadas e rígidas entre as pessoas, que têm maior capacidade de autocorreção e plasticidade que permita antecipar respostas às pressões ambientais (evitando crises). Devem ser buscadas instituições que permitam revisar as estruturas no próprio curso das rotinas práticas de reprodução social. Só assim, no tempo histórico, diminui-se o peso da submissão a uma única visão do bem estabelecida e legitimada pelas instituições. A tese é que, ademais do bem moral que o desentrincheiramento e a capacidade negativa implicam (ligações pessoais menos acoimadas por dependência e subjugação, autonomia pessoal como poder de revisar e transformar o contexto), há um ganho prático associado: o aumento dos poderes e recursos sociais e da capacidade de inovação pela diminuição da restrição de vantagens herdadas e esquemas rígidos de cooperação.

A segunda posição normativa principal é de inspiração kantiana: não busca uma realidade mais profunda, latente sob aquela revelada pela experiência, mas infere dessa experiência pressupostos pelos quais podemos racionalmente julgá-la e corrigi-la. O problema é que essas pressuposições sistematizadas formam um quadro invariante, pretensamente neutro, pelo qual julgar as instituições, práticas e crenças atuais. Há então uma oscilação entre a dependência do material histórico (as formas sociais concretas) e os pressupostos invariantes que guiam sua avaliação. Se esses pressupostos são muito definidos, seu conteúdo torna-se variável; se são muito vagos, não servem para guiar a ação. Ademais, os princípios atingidos pela abstração da experiência devem ter consequências para o desenho institucional, mas não há espaço para que a própria experiência moral e política "retorne" sobre os princípios e os revise.

A saída não é buscar a fixação de uma estrutura normativa pretensamente neutra para julgar as experiências históricas, mas incluir esses pretensos parâmetros pressupostos pela experiência dentre as variáveis contextuais que podem ser alteradas. A queda em um pluralismo agnóstico é evitada pelo critério do desentrincheiramento da estrutura social; nessa medida, são criticáveis as diferentes visões do bem expressas em instituições. Deve haver grande latitude para formas institucionais alternativas, um experimentalismo que crie novas diferenças culturais e modos de organização divergentes da política, do mercado etc.; mas esse pluralismo não implica admitir estruturas sociais e regimes políticos que neguem a prerrogativa individual e coletiva de julgá-los e corrigi-los[483].

Em suma, ao se admitir que cada estrutura social privilegia certas concepções do

[483] Sobre esse pluralismo qualificado, ver Unger, 2014, pp. 308-14; 2007a, p. 179; ver também as discussões *infra 3.3.1.4* e *4.3.2.3*, sobre direitos de autonomia.

bem e marginaliza outras – é parcial, por mais inclusiva que seja –, constata-se que a verdadeira "neutralidade" apenas pode ser abordada no tempo histórico; isto é, consiste na corrigibilidade da estrutura. Arranjos contingentes devem trazer meios para sua própria transcendência, à luz do fato de que as capacidades de descoberta, vínculo e criação das pessoas superam os métodos, convenções e instituições disponíveis em certa circunstância. Como já enfatizado, melhores são as estruturas sociais: (1) mais revisáveis, com maior capacidade de autocorreção e plasticidade, que lhes permita antecipar respostas às pressões ambientais (evitando crises, porque alterando-se antes delas); (2) mais "desintrincheiradas", aquelas que, ao se reproduzirem, reproduzem divisões menos marcadas e rígidas entre pessoas (e.g. casta *versus* estamento *versus* classe *versus* papéis sociais *versus* grupos de opinião); (3) que mais fortaleçam a "capacidade negativa", o correspondente individual ao "desentrincheiramento" (a autonomia individual cresce ou diminui à proporção dos instrumentos que a própria ordem social fornece para sua transcendência). O problema do experimentalismo democrático é como estender o ideal aristocrático de independência individual em relação às estruturas, de espelhamento na sociedade da vontade e da imaginação individual e coletiva, em direção à abertura e inclusividade na autoconstrução das instituições.

Há aqui um paralelo relevante com a posição luhmanniana. É possível redescrever o conceito de dignidade ou de autonomia: se fora da religião não se pode assegurar que a pessoa é semelhante a Deus, pode-se asseverar ao menos que o indivíduo é diferente da sociedade. Em termos sistêmicos, pode-se ainda conjecturar que o grau de autonomia dos corpos e mentes individuais diante dos sistemas sociais (da sociedade, onde o indivíduo se apresenta como pessoa, em seus diversos papéis) é proporcional ao grau de desintegração dos próprios sistemas sociais. Luhmann[484] inverte assim os apelos usuais a favor de mais integração social – entendida como solidariedade, ordem, conformidade a valores – ao frisar que o problema da sociedade moderna (embora Luhmann negue seu apelo normativo...) é "assegurar suficiente desintegração", definida a integração como "restrição nos graus de liberdade dos subsistemas devido às fronteiras externas do sistema societal e ao ambiente interno deste sistema que elas definem". Integração significa redução da liberdade de escolha do sistema – menos indeterminação interna. Mais integração entre os sistemas sociais pode ser obtida por cooperação, mas mais ainda por conflito. Mais integração significa maior conversibilidade de "valores" ou códigos – um efeito dominó na

[484] Luhmann, 2013 [1997], p. 25. Ver também Luhmann (1995d [1975], pp. 141-5), sobre conversibilidade dos meios simbólicos e a discussão *infra 4.3.1.1*, sobre inclusão/ exclusão.

reprodução de inclusões/ exclusões. Obviamente, a continuidade da reprodução do sistema social mais abrangente – a sociedade – depende de alguma integração entre seus subsistemas: acoplamentos estruturais, que definem um regime de cooperação, assim como acoplamentos operativos episódicos, que ligam eventos temporalmente dispersos: a aprovação de uma lei no parlamento (política) pode ser reportada (meios de comunicação de massa) e gerar uma queda na bolsa de valores (economia). Mas certamente a diferenciação funcional proporciona um grau de integração menor que outras formas sociais – daí a imagem de uma sociedade "sem centro nem ápice".

Paradoxalmente, a diferenciação funcional torna todos incluídos na sociedade (como pessoas) e leva a inclusão/ exclusão a ser regulada pelos subsistemas sociais (e definida com referência a papéis sociais); mas a exclusão de um sistema tende a provocar um efeito dominó muito maior que a inclusão em um sistema. Daí surge a hipótese luhmanniana de que a exclusão integra mais fortemente que a inclusão: a restrição dos graus de liberdade dos sistemas para selecionarem comunicação é maior quando pessoas são excluídas do que quando são incluídas. A sociedade moderna é mais integrada nas camadas baixas do que nas altas. Quem tem acesso à educação pode não entrar no mercado de trabalho. Quem é rico pode não ter sucesso na escola. A conversão de um meio em outro – poder em dinheiro, dinheiro em verdade etc. – não é automática, embora exista. Mais forte, porém, é a conversão negativa: exclusão que gera exclusão. Sem educação, sem emprego, sem saúde. Quem é excluído de um sistema muito provavelmente será excluído dos outros – até a exclusão universal, situação na qual, não representando mais nenhum papel social, o indivíduo deixa de ser considerado pessoa – exceto na afirmação contrafática dos direitos humanos – e passa a valer apenas como corpo.

Uma postura meramente defensiva[485], que busca no direito uma contenção normativa da expansividade dos sistemas sociais e uma mediação dos conflitos intersistêmicos, parece recair na velha ilusão integracionista e em um protesto contra a diferenciação funcional e a desintegração sistêmica. O que é necessário é uma reconstrução das estruturas internas da política, da economia, da ciência, da educação etc. – reformas institucionais, e não simplesmente uma textualização jurídica de valores e obrigações capazes de sustentar um discurso de bloqueio da reprodução do poder, do dinheiro, da verdade. Em termos afirmativos, cabe perguntar: como os direitos públicos – os direitos fundamentais nas constituições das ordens jurídicas nacionais e seus equivalentes

[485] Ver *e.g.* Teubner, 2012; Graber; Teubner, 1998.

funcionais, os direitos humanos, nas demais ordens jurídicas – atuam na afirmação ou reforço da desintegração e do desentrincheiramento? Em que medida eles são instrumentos habilitantes da capacidade negativa ou a subvertem ao enrijecer a ordem social, imunizando-a contra revisão? Como esboçar um modelo de direitos que assegure maior plasticidade social e maior autonomia individual do que as formas e fórmulas canônicas do liberalismo? Que traços da experiência constitucional contemporânea apontam pistas pelas quais se poderia vislumbrar um futuro adjacente com instituições constitucionais capazes de responder às demandas de desenvolvimento, cultura e democracia da sociedade mundial no século vinte e um?

3.3.1. O modelo DIPA

Unger oferece traços institucionais de um programa da "democracia empoderada" como forma que atualizaria as proposições experimentalistas-democráticas. Parte desse programa é uma revisão da organização constitucional do estado; parte é um sistema ou regime de direitos redefinido[486]. Esse regime é composto por quatro tipos de direitos: de desestabilização, de imunidade, de mercado e de solidariedade. Os dois últimos dizem respeito sobretudo a uma reconfiguração do direito privado: da propriedade e do contrato (embora a reconfiguração da propriedade proposta diminua o contraste entre direito privado e direito regulatório, e embora o direito contratual vislumbrado aplique-se para além da economia). Tomo, por isso, os direitos de desestabilização e de imunidade, tal como caracterizados por Unger, como ponto de partida para um novo modelo de direitos constitucionais (e, como explorará o próximo capítulo, também de direitos humanos)[487]. A

[486] Essa teorização constitucional está fragmentada em meio a uma série de análises e propostas institucionais, sob rótulos como "democracia empoderada" (nos anos 80), "democracia mobilizacional" (nos anos 90), "experimentalismo democrático" e "democracia de alta energia" (nos anos 90 e 2000). Ver Unger, 1976b, cap. 3; 1976c; 2015a [1982], pp. 103-43; 1990 [1984-8], pp. 315-74; 2001a [1984-8], pp. 137-96; 2001b [1987], pp. 207-21, 341-556, 570-95; 1996, pp. 15-8, 30-3, 63-78, 83-106, 138-70; 1998, pp. 133-275; 2001c, pp. lvii-cxxix; 2002; 2009 [2005], esp. pp. 78-82, 103; 2007a, cap. 10 e 11 e pp. 58-60, 164-7, 176-8, 210-11, 221, 250-1; 2011 [2008]; 2013, pp. 40-4; 2015d [2013]; 2014, cap. 6; 2015c, pp. 33-6, 63-75; Bacha; Unger, 1978, esp. cap. 4 e 5; Unger; West, 1998, *passim*. De todos esses escritos, a versão mais detalhada das instituições e sua justificação mais densa estão em Unger, 2001b [1987], cap. 5.

[487] Ao submeter o regime ou sistema de direitos de Unger a uma análise lógico-formal, discernindo as posições hohfeldianas e as relações deônticas envolvidas, Eidenmüller (1991a; 1991b) diagnostica concorrência entre posições jurídicas *prima facie* para cuja colisão esse sistema não pré-define as soluções. Conclui então que é um sistema de direitos "contraditório, opaco, impraticável, custoso e não totalmente sustentado pelo que Unger oferece como justificação de fundo para ele". Essa crítica é desfocada por vários motivos; entre eles: (1) a referência aos tipos de direitos (direitos de desestabilização, direitos de imunidade etc. – sempre no plural) é aberta, sendo que a definição precisa das posições jurídicas envolvidas em cada tipo dependeria da concretização legislativa e, depois, judicial. O intuito do sistema teoricamente esboçado é "programático"; por isso ele é em grande medida indeterminado, sem "prazo de validade" e contexto de aplicação definidos. Não se trata de uma minuta de projeto de lei ou algo do tipo. Pretender resolver colisões

eles adiciono, porém, outras duas categorias: direitos de participação e de autonomia. Ambas contam com algumas observações de Unger sobre a reconfiguração da separação de poderes e dos mecanismos de democracia semi-direta, assim como sobre o pluralismo jurídico.

Às propostas de Unger adiciono análises correlatas de experiências observadas no direito constitucional comparado e outros detalhamentos empíricos e normativos. Esse modelo (direitos de desestabilização, imunidade, participação e autonomia – DIPA) visa a dar conta de traços emergentes da modelagem constitucional em diversos países e a substituir as falhas e anacrônicas classificações típicas na doutrina constitucional, como aquelas que apresentam uma progressão reta de "gerações" de direitos, circunscrevem os direitos fundamentais a uma semântica romanista de "status" do indivíduo diante do estado, distinguem liberdades positivas e negativas ou opõem direitos civis e políticos a direitos sociais, econômicos e culturais.

Nos termos experimentalistas-democráticos em que se qualifica o projeto "superliberal" de Unger, a mudança institucional é concebida como fragmentária e contingente (é também o que atestaria uma visão da evolução social normativamente cética, como a de Luhmann). Diante desse entendimento, a vulnerabilidade da visão ungeriana pode estar em superestimar o quanto um contexto institucional é transparente a seus agentes de reforma, subestimando o quanto mudanças fragmentárias dependem de uma variação, seleção e restabilização de estruturas que tais agentes em grande medida não podem controlar e o quanto o caráter fragmentário das reformas as torna facilmente reversíveis, bem como improváveis de serem perseguidas cumulativamente, no decorrer do tempo histórico, segundo uma direção de mudança normativamente pré-determinada.

A contingência das trajetórias de transformação estrutural opõe resistência a programas e projetos definidos de antemão. Nessa ótica, a institucionalidade liberal e socialdemocrata é no máximo ponto de partida, mas não de chegada. Ela mesma, é certo (pela exclusão social, pela apatia e pelos impasses da política, pela concentração econômica, pelas divisões marcadas de classes e barreiras étnicas, nacionais e sexuais),

---

concretas de direitos (como um lógico-juiz hipotético) a partir desse esboço teórico é algo fora de propósito; (2) a relação entre as definições institucionais apresentadas e a visão normativa defendida é relativamente frouxa: as definições são ilustrativas e relativamente imprecisas, os ideais propostos não são todos incorporáveis em qualquer sistema de direitos ou esquema constitucional, muito menos nos específicos traços dos direitos e da constituição apresentados por Unger quase que a título de exemplo; (3) o sistema de direitos apresentado apenas expande variações discerníveis no direito constitucional comparado, ou nem tanto – usa conceitos familiares à experiência jurídica americana. De certo modo e em certa medida, esse sistema já existe na prática. Se ele é logicamente insustentável, o problema deve estar... na lógica.

coloca obstáculos (ou não os remove suficientemente) para a execução da "tarefa". Dessa distância, porém, não sucede uma retirada da visão normativa, mas sua afirmação perante a realidade renitente.

De qualquer modo, como já ressaltado, há um claro problema de sustentação, de apoio político, uma vez que o programa que Unger chamou nos anos de 1980 de "superliberal" tende a, de modo iconoclasta, solapar as próprias bases (os interesses privilegiados, os ideais consagrados, as rotinas de trocas e argumentação, as identidades grupais) das quais depende sua institucionalização. É importante a qualificação (que Unger adotou a partir dos anos 90) de "experimentalismo democrático", pois, em termos de estratégia política, o caráter gradual e progressivo das reformas – que pode se apoiar em certa base social para uma reforma, em outros grupos para outras mudanças – é capaz de diminuir essa tensão entre proposta imaginada e apoio prático. De outro lado, a sustentação de uma trajetória de mudanças que apenas ganham sentido a partir de seu efeito combinado é sempre arriscada, já que não pode ser pré-programada e orientar o futuro desde o presente. Mas então, das dificuldades da teoria, chega-se aos obstáculos da política prática[488] – com o paradoxo de que as próprias mudanças propugnadas pela teoria é que abririam melhor caminho à concretização de suas propostas. Mais uma vez, o experimentalismo da reforma institucional e o estilo fragmentário da mudança dos quadros institucionais dados é o risco e é a oportunidade.

É preciso notar que também a teoria normativa de Unger apresenta propostas institucionais ligadas de modo mais ou menos frouxo à parte descritiva da teoria e concebe que se pode realizá-las apenas pelos resultados cumulativos da experimentação democrática na vida social[489]. Ainda, na medida em que se passa de um programa político para uma análise jurídica das instituições sugeridas, a vulnerabilidade argumentativa diminui: o estabelecimento e a justificação de uma direção e a exploração de trajetórias de transformação institucional passam a receber amparo empírico do direito constitucional comparado na conformação de um modelo de análise funcional dos direitos a partir de experiências contemporâneas.

[488] Sobre a prática política, ver Unger, 2001b [1987], pp. 395-441; 1987a, cap. 5; 2001a, parte 1.
[489] Sobre a relação entre temas explicativos e programáticos, ver Unger, 2001b [1987], cap. 1.

3.3.1.1. Direitos de desestabilização

Assim como antes da democracia política pensadores como os teóricos do contrato social (sobretudo Locke) viam no direito de resistência ou direito de revolução (a que Kant se opunha) um instrumento para a salvaguarda da liberdade individual contra um governo tirânico, um regime político democrático teria hoje que garantir a prerrogativa da "apostasia"[490]: da dissidência radical de seus próprios pressupostos, não apenas pela discordância pública (liberdade de expressão), mas também com meios para constituir um regime à parte, desde que esse regime não fosse opressivo a seus membros e os indivíduos fossem livres para dele escapar. Uma forma mais delimitada dessa prerrogativa consiste nos direitos de desestabilização: eles são uma garantia da liberdade individual em uma sociedade em que todas as organizações (públicas ou privadas, econômicas, religiosas, educacionais) representam riscos ao indivíduo[491], não apenas o estado (como observa unilateralmente a filosofia política).

Esses direitos podem ser compreendidos em analogia aos mecanismos de recuperação judicial de empresas (o *chapter 11* da lei de falências dos Estados Unidos) ou mesmo à defesa da concorrência. "Imagine a expansão da legislação antitruste para abarcar toda forma possível de colusão e monopolização do poder; é isso que Unger procura criar com direitos de desestabilização."[492] Eles consistem na expressão mais ilustrativa da ideia ungeriana de "estruturas revisoras de estruturas"[493]; de certa forma estendem a concepção liberal de "constrangimentos habilitantes" (*enabling constraints)*. Na narrativa hobbesiana, por exemplo, a estruturação da sociedade civil (*i.e.* do estado) limita a liberdade natural, identificada à extensão da força corporal de cada indivíduo no estado de natureza; mas essa liberdade limitada, civil(izada), expande a esfera de plasticidade e poder possível, organizando um esquema de cooperação social. Expande, paradoxalmente, a liberdade. Tal concepção, que na visão de um observador[494] Unger levaria ao paroxismo, teria como desenvolvimento mais sistemático na teoria social a obra de ninguém mais ninguém menos que Luhmann (pensemos, por exemplo, em sua visão do problema das estruturas sociais como redução e manutenção de alta complexidade).

A categoria de direitos de desestabilização emerge mais diretamente da análise e crítica de uma experiência característica do constitucionalismo americano: as "injunções

[490] Unger, 2014, pp. 297, 303-5.
[491] Ver Sciulli, 2001.
[492] Yack, 1988, p. 1966.
[493] Ver *e.g.* Unger, 2015c, p. 72; 2001b [1987], pp. 65, 532-4.
[494] Yack, 1988, pp. 1967-70.

estruturais" de "execução complexa" por meio das quais as cortes federais reorganizam organizações como escolas, presídios e hospitais e redefinem estratégias e políticas de moradia, policiamento, eleições e tratamento mental. O marco dessa experiência é o caso Brown *v.* Board of Education of Topeka (1954), em que a suprema corte decidiu pela inconstitucionalidade da segregação racial e determinou amplo processo de reestruturação da organização escolar conduzido sob supervisão judicial.

Os limites da função jurisdicional apontados por Unger[495] no tratamento da cláusula constitucional da igualdade perante a lei são reveladores. De um lado, emergem as arbitrariedades da doutrina. Em primeiro lugar, a doutrina da ação estatal, pela qual se entende que as disposições constitucionais não são aplicáveis às relações entre privados, a não ser que seja discernível algum elemento de "ação estatal". O problema é que não há esfera social não moldada de algum modo pelo direito estatalmente produzido. De outro lado, há a circunscrição do foco do juízo de inconstitucionalidade em uma lista de "classificações suspeitas": o escrutínio mais rigoroso é devido à incorporação no direito de diferenciações por critérios raciais; distinções de sexo e idade suscitam uma suspeita "intermediária", à qual se podem anexar aquelas relativas a deficiência física e orientação sexual. A justificativa é a medida em que esses atributos "marcados" são inatos, corpóreos, não opcionais. Por isso é que distinções de classe deveriam permanecer fora do alcance da ação afirmativa. O resultado é produzir uma série de incongruências que beneficiam os representantes economicamente mais bem posicionados daquelas "minorias" e, em seguida, aqueles que trabalhadores incluídos em estruturas sindicais fortes o bastante para apoiar, defender e supervisionar medidas antidiscriminatórias. Uma grande massa de pessoas economicamente vulneráveis, mas não marcadas pelas identidades a serem compensatoriamente "afirmadas", é prejudicada e desamparada. Com as limitações da formalidade processual e da rotina judicial para considerar a fundo questões empíricas e tratar da eficácia (elegendo meios alternativos), as cortes prendem-se às contingências da argumentação doutrinária e da mobilização política (da qual depende afinal o consenso social e a sustentação judicial das medidas progressistas tomadas contra os poderes políticos).

Enfim, problemas de legitimidade, competência e eficácia circundam a crítica dessa prática de intervenção judicial estrutural. A questão não é negar o problema nem sugerir como solução simplesmente o retorno a um judiciário deferente e circunscrito a soluções

[495] Ver Unger, 1996, pp. 78-106; 2015b [1982], pp. 127-43. Ver também Unger (2009 [2005], pp. 113-8), sobre ações afirmativas.

de afirmação de sanções de fácil execução; nem mesmo é desconsiderar a indisponibilidade conjuntural de outra medida que não o uso incongruente do judiciário para a execução de reformas de alta complexidade administrativa. O certo é que, como demonstrou o esmaecimento das injunções estruturais nos Estados Unidos desde os anos 70 e 80[496], a sobrecarga das cortes com essa tarefa é insustentável a longo prazo e vulnerável a uma série de contra-ataques por parte dos poderes políticos. Ao judiciário falta a legitimidade dos poderes eleitos, o arsenal técnico, a blindagem e a transparência procedimental esperados da administração pública. Associados à pressão de interesses poderosos diante dos quais os juízes não podem se defender apelando para uma politização do conflito, esses déficits organizacionais tornam o judiciário, na prática, um ator distante do ideal para o desempenho desse papel.

Nenhum direito se reduz a um departamento ou poder específico, mas cada tipo de direito engendra certa dinâmica de provocação e interação entre poderes, sob o pano de fundo de dada repartição de competências. Nas condições contemporâneas de centros de poder largamente imunes ao direito estatal, haveria um vácuo na lista canônica de poderes do estado. Essa lacuna poderia ser preenchida por um "poder reconstrutor"[497], que seria o primeiro responsável por dar realidade ao exercício de direitos de desestabilização (é um anteparo à judicialização, fazendo as questões chegarem às cortes apenas subsidiariamente). Em vez de simplesmente pressupor uma eficácia privada dos direitos fundamentais, a ser executada pelo judiciário tradicional, Unger propõe a criação de um novo poder de estado, cuja competência não se confunde com a aplicação da lei em conflitos interindividuais localizados (função judicial) nem com a geração de regras gerais e abstratas (função legislativa) nem com a proposição, a implementação e o monitoramento de políticas públicas (função administrativa). Seu escopo é a intervenção sistemática, porém localizada e de curto ou médio alcance, em organizações públicas ou privadas cuja prática rotineira contradiga normas constitucionais básicas: um ataque recorrente aos parâmetros e valores constitucionais que maciçamente coloque pessoas e grupos sob situação de opressão da qual não têm meios para se livrar autonomamente. Um estilo de argumentação e doutrina próprio, diferente da comunicação forense, haveria de ser desenvolvido para dar conta dessa institucionalidade jurídica.

É certo que práticas judiciais inovadoras podem, de um lado, contornar os

[496] Ver *e.g.* Tushnet, 2003; Weaver, 2004.
[497] Ver sobretudo Unger, 2001b [1987], pp. 450-3; 1996, pp. 30-3. A nomenclatura "poder reconstrutor" é adotada por Unger, 1998, p. 269.

problemas de legitimidade e conhecimento associados à complexidade gerencial da tarefa de intervenção estrutural mas localizada; de outro, essas experiências servem como demonstração para a própria atividade que um "poder reconstrutor" teria como sua competência. É justamente à luz do experimentalismo democrático que se têm observado[498] novos métodos de execução das injunções estruturais e das reformas gerencialmente complexas que integram seu escopo. O modelo da reforma centrada na corte e por ela comandada hierarquicamente, subordinando os sancionados que a devem implementar ao planejamento diretivo de juízes, suscita as deficiências técnicas, administrativas e legitimatórias que esse tipo de atuação judicial congregou contra si. Por outro lado, deixar as instituições reformandas à pura escolha de mercado dos seus usuários é simplesmente não resolver o problema – pois a desestabilização é um dispositivo de correção onde a escolha foi praticamente obstada. Como é a própria organização processada que têm o conhecimento técnico e o saber local, é melhor que a corte deixe a escolha dos meios relativamente indeterminada. Mas, ao mesmo tempo, padrões comparativos de desempenho (*benchmarking*) devem assegurar a qualidade das decisões administrativas. À corte devem ser reservados o escrutínio constitucional da situação a ser desestabilizada e do processo corretivo sob monitoramento, bem como a definição dos objetivos e metas e a supervisão continuada do desempenho. Os meios e processos corretivos empregados diretamente estão no escopo da organização sancionada. Tudo isso, é certo, haveria de ser considerado na definição dos métodos e processos de atuação de um "poder reconstrutor" especializado nesse tipo de tarefa corretiva, com doutrinas, atribuições de competência e recursos técnicos e financeiros mais bem definidos para essa tarefa tão distinta da execução judicial convencional.

As injunções estruturais não permaneceram, porém, uma especificidade do direito americano. Ganharam formas equivalentes na Colômbia, na Índia, na África do Sul. Um estudo comparativo dessas experiências constitucionais[499] destaca três fatores críticos de sucesso. Primeiro: importa o conteúdo dos direitos que dão razão a determinada sentença expedida pela corte. Direitos "fortes" são aqueles cujo conteúdo vem a ser determinado como a provisão de meios essenciais de bem estar básicos. Em segundo lugar, importa o tipo do remédio judicial. Remédios "moderados" são aquelas ordens judiciais relativamente abertas, que deixam para o governo os detalhes da definição das políticas públicas, mas determinam prazos e procedimentos para a ação governamental. O terceiro

[498] Sabel; Simon, 2004; Liebman; Sabel, 2003.
[499] Rodríguez-Garavito; Rodríguez-Franco, 2015.

elemento que colabora para a eficácia desse tipo de atuação judicial é o monitoramento forte, abrangendo: decisões continuadas de acompanhamento, para verificação do progresso das medidas; incentivos para a observância pelas autoridades públicas; envolvimento de diversas "partes interessadas" (*stakeholders*) em processo de deliberação pública e solução de problemas ao redor das violações dos direitos (o que colmata falhas de legitimidade e conhecimento técnico da autoridade judicial).

Por outro lado, registre-se que, à mesma época em que Unger desenvolvia suas propostas de direitos de desestabilização e de um respectivo poder do estado, a imaginação processual brasileira consolidava uma importante inovação na forma do reconhecimento e defesa de interesses "transindividuais". Antes, durante e depois da constituição de 1988, sob o influxo dos estudos internacionais comparados do Projeto Florença sobre acesso à justiça[500], os processualistas brasileiros lograram inovar em organizações e procedimentos. As inovações organizacionais consolidaram-se em dois órgãos de estado autônomos em relação aos três poderes: a defensoria pública (voltada à facilitação do acesso à justiça) e o ministério público com novas funções, para além da autoria da ação penal e da defesa de direitos individuais indisponíveis. Em termos processuais, destacaram-se as inovações nos meios de defesa de direitos ou interesses ditos "transindividuais" (especialmente leis 7346, de 1985, e 8078, de 1990), classificados em três categorias: 1) os direitos coletivos (de pessoas ligadas por uma "relação jurídica de base", como membros de um sindicato ou consumidores lesados por um mesmo contrato de adesão); 2) os direitos individuais homogêneos (cuja lesão tem uma origem comum: *e.g.* vítimas de um acidente aéreo ou consumidores que compraram produtos de um mesmo lote defeituoso); 3) os direitos difusos, cujos lesados são indetermináveis (*e.g.* danos por poluição ou desastres ambientais ou por propaganda enganosa). Esses direitos "transindividuais" – que incluem direitos ambientais, consumeristas, culturais, urbanísticos, econômicos, raciais, étnicos e religiosos – têm, além da via clássica da reparação do ilícito civil pela ação individual, a via da ação coletiva, isto é, podem ser defendidos em juízo por órgãos de estado, especialmente pelo ministério público, assim como por associações privadas, inclusive partidos políticos e sindicatos (qualquer cidadão também pode defender interesses semelhantes da coletividade, pela via da ação popular). De qualquer modo, busca-se a reparação de danos ou indenização por ação civil ou solução extrajudicial da disputa.

[500] Cappelletti; Garth, 1978.

Assim como na configuração dos direitos de desestabilização e do poder reconstrutor, o ideário dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e a institucionalidade da ação coletiva ou ação civil pública, no direito brasileiro, consagram o entendimento de que (1) as violações de direitos podem advir tanto do estado quanto de organizações privadas (prevenindo, em tese, a socialização dos danos efetivada pela doutrina americana da "ação estatal") e (2), na busca da reparação a essas violações, deve haver meios para a atuação processual do próprio estado e de organizações privadas (o que é indispensável, considerados os problemas de custo-benefício que envolvem a atuação do cidadão individual na defesa de direitos não individuais).

A diferença principal entre as propostas diz respeito ao foco na via judicial. No direito brasileiro vigente, entende-se que os direitos fundamentais são promovidos por políticas públicas e o direito de ação serve para ativar o judiciário pela via da ação civil (individual ou coletiva), na reparação de violações concretas de direitos, ou pela via do controle de constitucionalidade, na invalidação da normatividade jurídica que não obedeça aos parâmetros mínimos de proteção de direitos estabelecidos pela constituição (ou no controle da omissão legislativa em regular norma constitucional). O ministério público e a defensoria pública adensam a periferia do sistema jurídico e pavimentam o caminho de acesso às cortes, agregando interesses dispersos e representando aqueles que não conseguiriam por seus próprios meios atingir o centro decisório do direito. O poder reconstrutor faria um desvio (*bypass*) em relação à judicialização e defletiria as causas mais "estruturais", consistindo em um anteparo a reduzir a chegada dessas causas ao centro do direito.

O poder reconstrutor, que também não fugiria ao controle judicial, teria por escopo uma ação corretiva localizada, uma espécie de intervenção assemelhada à dos órgãos fiscalizatórios, mas com uma função menos punitiva do que promocional ou reparadora. A intervenção pontual reparadora de situações de renitente violação de direitos pode ser levada a cabo pelo judiciário: por um planejamento e monitoramento de reformas, com planos de ação, avaliação dos resultados e reavaliação continuada dos meios de solução indicados. Em sentido contrário a tal atribuição, pesa a sobrecarga do judiciário com uma atividade que poderia prejudicá-lo no exercício de sua função precípua, a solução de controvérsias. No caso da desestabilização, haveria uma aproximação entre o conflito real e o conflito processual, bem como uma vinculação maior entre proferimento da sentença, sua execução e possível revisão à luz das medidas de reparação sugeridas. Seria necessário

ao judiciário revisar seus procedimentos decisórios para, em vez de decidir de uma vez por todas, incluir a possibilidade de rever suas decisões por iniciativa própria, à luz do que monitorar a respeito da implementação das medidas sugeridas. O processo decisório seria imensamente ampliado, pois decisões seriam desdobradas em mais decisões e haveria maior grau de reversibilidade destas – isto é, mais decisões. Ainda seria preciso incrementar a participação das diversas "partes interessadas" (*stakeholders*) nos processos decisórios. A despeito de todas essas reformas, ainda haveria dúvidas se o judiciário, dado seu caráter não eletivo, não representativo, teria legitimidade para realizar tal serviço. De outro lado, a imparcialidade judicial seria uma vantagem comparativa na própria justificação de sua competência para a implementação da reforma pontual e episódica. De qualquer modo, por fim, isso exigiria um incremento de pessoal especializado e uma burocratização mais típicas da administração pública organizada no poder executivo.

No plano da administração pública e do executivo, algumas políticas públicas podem ter função semelhante à de desestabilização. A dispersão dessas políticas em órgãos funcionalmente diferenciados pode gerar as vantagens da especialização, assim como as desvantagens da descoordenação (superposições, lacunas e rivalidades) no planejamento e execução dos programas. Se acrescentarmos a hipótese luhmanniana de que exclusões tendem muito fortemente a gerar exclusões, teremos que admitir que uma exclusão pontual e localizada tende a ultrapassar fronteiras de um só sistema funcional. Órgãos especializados, portanto, teriam dificuldade de intervir, embora pudessem facilitar a descentralização e participação – a representação "funcional" dos setores envolvidos e a legitimidade que ela acrescentaria (com o risco da "captura" corporativista).

Para agregar atividades que permanecem dispersas em diversos órgãos (como secretarias e ministérios), seria possível atribuir a atividade de intervenção episódica e localizada a um órgão específico da administração, como uma secretaria de direitos humanos. Há dúvidas, porém; seria necessário contar com a legitimidade necessária para desenvolver uma atividade interventiva assemelhada à dos órgãos fiscalizatórios, adentrando a organização interna de atividades privadas. Um órgão político como uma secretaria ou ministério poderia sofrer pressões incompatíveis com a função e desenvolver uma seletividade perniciosa. Todavia, o exemplo da descentralização da administração pública pela via das agências reguladoras e órgãos antitruste – em regra entranhados no executivo, mas com autonomia administrativa e financeira, garantias de independência e mandato fixo e funções quase judiciais de solução de disputas – pode ser o paradigma

empiricamente mais próximo e mais valioso para a configuração do poder desestabilizador. Não obstante, é preciso ter em mente de que, na concepção de Unger, tal órgão demandaria uma autonomia maior para a realização de suas funções, o que recomendaria sua configuração como um novo poder.

Mas atribuir a função de reforma estrutural episódica e pontual a uma nova agência ou a um novo poder de estado traz também problemas de desenho institucional. Embora se possa apostar que a própria disputa política para a criação desse poder é que pode resolver, na prática, seu modo de organização, cabe teoricamente apontar algumas dúvidas. Essas dúvidas surgem quando se insere a proposta do poder reconstrutor no contexto de uma visão constitucional mais ampla, que propugna pela multiplicação de poderes e superposição de funções.

Para evitar o arbítrio ao qual se pretende fugir com o deslocamento do judiciário, o poder reconstrutor também precisaria obedecer a parâmetros constitucionais e legais, assim como ser supervisionado pelo judiciário. Evidentemente, faz diferença se é o próprio judiciário o poder competente para realizar as reformas estruturais localizadas ou se ele é apenas um poder de controle que pode ser acionado pelos envolvidos em determinada intervenção. Certamente o aparato burocrático de que o poder reconstrutor precisa dispor pode sofrer bloqueios políticos e pressões corporativistas como os outros setores do estado, mas pode haver mecanismos de imunização contra essa corrupção. Um problema maior é: será que a lógica dos "freios e contrapesos" não se irá se impor, paralisando a ação do poder desestabilizador pela intervenção judicial? Uma organização das precedências, zonas de discricionariedade e meios bem definidos de bloqueio de um poder a outro seria necessária. Ademais, o figurino institucional dos poderes clássicos poderia ser atualizado pela organização de um "poder em rede" – com vínculos organizacionais e procedimentais com uma periferia adensada do direito (como o ministério público e a defensoria pública), arenas de negociação aberta com os poderes políticos, mecanismos de apoio técnico da burocracia especializada (ministérios e secretarias) do executivo e, ainda, alianças com a periferia da política e os meios de comunicação de massa.

3.3.1.2. Direitos de imunidade

O eixo articulador dos direitos fundamentais segundo este modelo superliberal de constitucionalismo está nas imunidades individuais, entendidas com uma dupla função: enquanto dotações que habilitem a capacitação individual e salvaguardas de interesses vitais que abram espaço ao experimentalismo (à aceleração e à ampliação do espectro da transformação política, às prerrogativas de autonomia e descentralização dos entes estatais e à construção de ordens jurídicas para além do estado). Essa é a função de "fundamentalizar", de constitucionalizar direitos, entrincheirando-os em constituições rígidas e isolando-os mesmo contra o poder de reforma (limites substantivos à reforma constitucional, "cláusulas pétreas"). Trata-se de retirá-los da agenda política de curto prazo, isto é, do alcance de decisões da política rotineira, tomadas por maiorias simples. Embora nunca definitiva, essa estabilização reforçada envolve conferir ao indivíduo um conjunto de imunidades que abrange tanto as ditos "direitos civis" quanto "direitos sociais". Vistos unitariamente, esses conjuntos de titularidades e dotações têm a mesma função de imunização pessoal contra o abuso de poder (estatal e mesmo privado, por carências conducentes a um estado de necessidade). O judiciário é o garantidor dessas imunidades, o poder de defesa e bloqueio contra abusos, mas há também a demanda positiva e construtiva por (outros) serviços públicos: sua função é fortalecer a capacitação individual, garantindo esquemas de solidariedade universais, que minimizam os diferenciais de oportunidades e vantagens sociais, e uma capacitação apta a produzir a inclusão, especialmente educacional e, então, econômica.

As reformas liberalizantes da socialdemocracia escandinava apresentaram para o direito do trabalho a noção de "*flexcurity*", dotações universais independentes da garantia de determinado emprego e posição, voltadas a assegurar mais equidade e flexibilidade econômica, imunizando os riscos exclusionários do mercado. Essa garantia da segurança individual coordenada à flexibilidade sistêmica pode ser ampliada no sentido da formulação de direitos fundamentais na forma de dotações que autorizem e habilitem a plasticidade social, em vez de contê-la. Uma especial preocupação de Unger diz respeito à organização dos serviços públicos, que são a contraparte organizada à esfera pública dos direitos de imunidade. Mecanismos de cooperação federativa (órgãos transfederais), procedimentos de intervenção reparadora quando políticas locais falham (análogos ao "poder reconstrutor"), esquemas de redistribuição, controle e monitoramento, qualificação da burocracia estatal, parcerias com a iniciativa privada e organizações sociais, métodos

experimentalistas na provisão dos serviços – toda essa agenda está ligada, portanto, às condições empíricas de fruição da imunidade individual.

Direitos de imunidade, como parece evidente, estão em relação direta com a manutenção básica das liberdades civis e garantias processuais clássicas e com atualização da institucionalidade socialdemocrata. No redirecionamento e na ampliação da socialdemocracia, com vistas a garantir sua eficiência e amenizar radicalmente seu dualismo entre incluídos e excluídos, podem ser vislumbradas soluções como a herança social, a renda básica e os direitos trabalhistas e previdenciários do tipo "*flexcurity*". A contraparte é assegurar considerável arrecadação pública para o gasto redistributivo, onerando as hierarquias de padrão de vida sem parasitar a atividade produtiva[501]. O que diferencia essas iniciativas de um programa socialdemocrata minimalista é que elas são subsidiárias a outras mudanças nos arranjos de poder e dinheiro (reorganização dos poderes e da distribuição econômica primária de vantagens e oportunidades).

Além da garantia das liberdades, a forma mais tangível da proteção efetiva da imunidade pessoal são os direitos trabalhistas. A questão é desvincular a segurança individual da garantia de uma posição estável no mercado de trabalho – que, pela rigidez que impõe ao sistema econômico, provoca o efeito colateral de contar com o complemento de uma força de trabalho precarizada, informal e instável. Para enfrentar essa diferença, é que serve a garantia de mínimos universais quanto a serviços públicos e benefícios sociais. Assim, as hierarquias organizacionais e do mercado de trabalho hão de ser contrabalançadas pela concepção universalista que marca a conjunção das ideias de inatismo e igualdade na concepção da constitucionalização de direitos. "Garantias e instrumentos que sejam universais, destacados de qualquer emprego ou lugar e livremente portáveis são o resíduo prático do discurso de direitos fundamentais."[502]

Os riscos de exclusão e as barreiras à entrada no mercado de trabalho, ao lado da "solvência universal" do dinheiro, sugerem outros mecanismos complementares de imunização individual. Por um lado, a renda básica[503] está associada às condições de

[501] A institucionalidade tributária sugerida por Unger (1998, pp. 139-47) inclui sobretudo impostos sobre a transmissão hereditária e as doações *inter vivos* intrafamiliares, sobre o consumo (como o imposto sobre o valor agregado, que evita a perda de empregos e competitividade da produção e a distorção dos preços no mercado) e sobre o consumo pessoal de luxo, que apreende as diferenças de padrão de vida pela diferença entre a renda e a poupança investida de cada contribuinte.

[502] Unger, 2015c, p. 73.

[503] Nos anos 70, Bacha e Unger (1978, pp. 19-23) estiveram entre os primeiros no Brasil a defenderem um "imposto de renda negativo" ou "renda mínima" para combater a pobreza. A transferência de dinheiro – baseada no princípio liberal de que "a família pobre sabe melhor do que ninguém quais os bens de que necessita para sobreviver" – seria complementada por uma "provisão comunitária de bens essenciais", para

dignidade e inclusão essenciais para fazer do indivíduo uma pessoa, com autonomia reflexiva e capacidade de desempenhar papéis sociais. Ademais, sob uma ótica estritamente pragmática, a exclusão tende a ser socialmente mais custosa que a inclusão (seja a exclusão que irá ser incluída como criminalidade, seja aquela que será parcialmente mitigada pela assistência geradora de dependência, como "armadilha da pobreza"). Ainda, essa renda mínima é uma garantia para aqueles que, conscientemente saindo das principais formas de inclusão proporcionadas pela estrutura social, experimentem formas de vida alternativas e visões do mundo contrastantes, as quais podem retornar como fator de revisão das instituições e culturas. A mitigação dos riscos da exclusão econômica pode ser funcional à inovação, pois amortece a insegurança que toda iniciativa criativa envolve em comparação com a reprodução rotineira de práticas e saberes.

Por outro lado, tem-se a proposta da "herança social", que parte do mesmo princípio de universalismo que caracteriza os sistemas previdenciários públicos, mas promove uma relevante inversão temporal: minimiza a dependência extremamente variada da herança e do apoio econômico familiar desde o início da vida adulta, em estágio crucial para a inclusão social. Na verdade, não se trata de benefícios privados ou públicos para o fim da vida (herança, previdência), mas de dotações iniciais universais. Pode-se organizar essas dotações em contas cujos valores a pessoa pode em parte sacar livremente, em momentos decisivos (como para a abertura de um negócio ou o financiamento de sua formação), e em parte usar os fundos condicionados à concordância da família ou de curadores. Os valores dessa herança antecipada, pública e universal podem, ademais, variar conforme compensação por alguma vulnerabilidade ou deficiência ou prêmio por capacidades extraordinárias definidas em processos competitivos meritocráticos[504].

Não há qualquer sentido defensável em sustentar que as liberdades civis diferenciam-se dos direitos sociais por não imporem custos ao estado ou não demandarem ações positivas[505]. Todo direito, como entendem crescentemente as cortes constitucionais e as cortes internacionais de direitos humanos, é um misto de pretensões de bloqueio e

---

evitar a inflação e considerando que as famílias pobres podem estar em mercados insuficientemente competitivos e ter dificuldades em acessar informação. Nos anos 2000, o programa Bolsa Família tornou-se a política social mais discutida no Brasil. É uma transferência de renda dirigida ao alívio da pobreza e condicionada a que as famílias coloquem seus filhos na escola e os mantenham vacinados. Não é uma renda universal nem um direito constitucional, mas uma política social focalizada que atinge cerca de um quarto da população nacional – por volta de 45 milhões de pessoas.

[504] Unger, 1998, pp. 204-6. Para uma defesa dessa ideia no contexto americano, ver Ackerman; Alstott, 1999.

[505] Ver *e.g.* Holmes; Sunstein, 1999.

defesa com pretensões de apoio positivo e pró-ativo por parte do estado[506]. Mais especificamente, é possível discernir como contraparte dos direitos fundamentais e dos direitos humanos obrigações de respeitar, de proteger e de realizar (*fulfil*). Há, tipicamente em relação ao estado (mas potencialmente podendo haver uma divisão dessas obrigações com partes privadas), os deveres de *evitar* a privação de um direito (*e.g.* não atentar contra a segurança de uma pessoa), *proteger* a pessoa da privação de seu direito por outras e *ajudar* aquele que foi privado de seu direito e que não tem condições de autonomamente realizá-lo (em outros termos, obrigação de *realizar*, promover o direito proclamado)[507].

Esse entendimento justifica a inclusão, na mesma categoria de imunidade, tanto dos direitos civis quanto dos direitos sociais. Servem ao mesmo propósito: proteger o indivíduo desde o princípio contra a opressão pública e privada, indistintamente, como escudo a repelir os riscos da violência, da necessidade, da ignorância e da doença. (Enquanto a violação dessas pretensões pode provocar o apoio judicial a sanções, a submissão efetiva e renitente a esses males demanda a ativação da proteção dada pelos direitos de desestabilização.)

É certo, porém, que o judiciário tem recursos cognitivos e autoridade, papéis institucionais e instrumentos processuais que o capacitam a lidar em maior extensão com as garantias processuais e a sanção de obrigações contraídas na forma dos direitos privados e das relações administrativas. Quanto a direitos sociais, podem monitorar a existência e a adequação das políticas públicas correlatas ou podem atuar exigindo que o estado dê o bem da vida a que as pessoas imaginam ter direito individualmente, mesmo na extrapolação das obrigações estatais definidas de forma universalista pela constituição, pela legislação e pelos regulamentos do executivo. No último caso, porém, ao tratar no "varejo" de expectativas gerenciadas pela burocracia estatal no "atacado", o resultado mais provável é a produção de novas desigualdades e de uma redistribuição regressiva, reforçada pelas disparidades de acesso à justiça[508].

É preciso considerar a variedade de posturas institucionais adotáveis pelas cortes no controle de constitucionalidade e no julgamento sobre direitos fundamentais,

[506] Ver *e.g.* Abramovich, 2005.
[507] Shue, 1996 [1980], pp. 52-3. Ver também, a respeito da determinação judicial do conteúdo das pretensões albergadas por direitos sociais e econômicos, a comparação de Bilchitz (2007, esp. cap. 5 e 6) entre as abordagens da "razoabilidade" e do "conteúdo mínimo" (a última procura afirmar a prioridade dos mais vulneráveis e demanda altos ônus de justificação, consideração dos recursos disponíveis e das medidas a serem tomadas).
[508] Ver *e.g.* Portugal Gouvêa (2013); Ferraz (2009); Wang; Ferraz (2013), tratando do caso do direito à saúde no Brasil.

particularmente os direitos econômicos e sociais já não individual ou coletivamente atribuídos (acesso a serviços e benefícios fora dos critérios universalistas programados por política pública e implementados pela administração). Considerando a variabilidade institucional dos centros dos sistemas político e jurídico, há as formas variáveis de organização dos poderes políticos consagradas na diferença presidencialismo/ parlamentarismo (e um *continuum* de formas mistas), assim como os modos variáveis de "interação" entre os poderes políticos e os tribunais, o que pode ser representado pela diferença entre variedades de controle ou revisão judicial fraca ou forte, ou entre ativismo e autocontenção judicial. Uma tipologia da atuação judicial no campo dos direitos públicos ressalta ao menos cinco modelos, que podem inclusive ser integrados pragmaticamente por uma mesma corte: uma corte "catalítica", que desenvolva parâmetros diferentes de intervenção para séries diversas de casos, adotando seletivamente os diversos estilos de atuação[509]. Esses modelos de revisão judicial podem ser redescritos nos termos da institucionalidade interna dos sistemas jurídico e político, especialmente em termos do centro e da periferia desses sistemas.

A indeterminação típica da positivação de direitos repousa em um paradoxo de institucionalização: tanto atrai apoio quanto gera um problema de alocação de autoridade decisória; e na medida em que se tomam decisões sobre a interpretação de um direito, a especificação de sentido diminui seu suporte difuso, aumentando o dissenso e exigindo a legitimação do órgão decisório e das medidas de implementação por ele determinadas. Por exemplo, a decisão interpretativa sobre se um direito é exigível judicialmente em demandas individuais ou se é apenas uma diretriz para a interpretação da legislação e o desenho de políticas públicas gerará descontentes entre aqueles que de início poderiam concordar sobre a previsão textual de um mesmo direito. Se afirmada uma forma mais ativa, em vez de mais contida, de atuação judicial, a corte determinará medidas para a implementação do direito que tendem a perder a base textual de apoio (referência à decisão programante) e a voltá-la para uma atividade criativa, ela mesma programante. Precisará então argumentar de modo a justificar a precedência de sua autoridade frente a outros tomadores de decisão, invocando por exemplo a omissão contumaz do legislativo em disciplinar legalmente o exercício do direito ou a inaptidão do executivo para apresentar medidas administrativas para a implementação do direito prometido.

[509] Para essa tipologia, ver Young, 2012, cap. 5. A autora vê na Corte Constitucional da África do Sul um exemplo de uma corte "catalítica" (cap. 6).

O primeiro e mais tradicional modelo é o da revisão judicial *deferente*, da autocontenção das cortes diante dos poderes políticos. Aqui o centro do sistema jurídico busca uma contenção interpretativa ao determinar as obrigações de implementação de direitos. Entende-se que a periferia do sistema jurídico – mas centro do sistema político – é mais bem equipada, em termos normativos e cognitivos, para a decisão sobre os meios de proteção, respeito, promoção e realização de direitos que sejam apenas genericamente postos, por decisões programantes (constitucionais ou legais), como programas finalísticos. As duas modalidades básicas de expectativas que conformam a estrutura da sociedade e suas instituições estão aqui envolvidas. Direitos são instituições com uma ampla carga de normatividade – daí o extenso debate sobre "direitos morais". Por outro lado, os meios de implementação trazem o desafio técnico da comparação de meios alternativos e escolha de procedimentos mais eficazes – um problema cognitivo. Além do que possa ser avançado por uma interpretação mais ou menos formalista das decisões programantes, a corte entende não poder decidir; afinal, seu *métier* não é definir como executar programas finalísticos, mas apenas aplicar regras, programas condicionais, e impor às autoridades públicas as obrigações aí definidas, e na medida em que previamente definidas. Como direitos individuais costumam ser programados condicionalmente, são eles o foco da atividade judicial. Quanto a direitos coletivos ou "difusos", as cortes (transformando programas finalísticos em condicionais, como já referido) podem sobretudo exortar os poderes políticos a tomarem alguma medida ou invalidarem medidas consideradas irrazoáveis, desproporcionais, insuficientes ou inadequadas (sem proporem medidas, atuando apenas como "legislador negativo").

Se aceitarmos a diferença entre interpretação e implementação, a corte deferente é aquela que busca restringir sua atividade ao primeiro termo. Ainda, na diferença entre centro e periferia dos sistemas político e jurídico, aqui se tem uma alocação mais ou menos rígida de decisões programantes ao centro da política (e periferia do direito) e de decisões programadas ao centro do direito, o judiciário[510]. Organizações da periferia do sistema político que não o judiciário – partidos políticos, movimentos sociais, ONGs, "terceiro setor" e outras "partes interessadas" – não estão envolvidas na tomada de decisão. Isso

[510] Para uma defesa desse modelo em termos da teoria dos sistemas, ver Campilongo (2012 [2000], esp. pp. 169-74), apontando para a necessidade de incrementar a periferia do direito principalmente em termos de programas (legislação e contratos), evitando assim o "hipercontato intrassistêmico", isto é, a sobrecarga do centro do direito (tribunais) por questões passíveis de serem resolvidas na periferia. Mas é preciso acrescentar que a periferia é adensável não apenas por programas, mas também por organizações.

explica a adesão confortável de uma corte deferente a um modelo rígido de separação de poderes.

Diante da corte deferente, parece que uma necessidade da corte mais ativista – capaz de propor (ou impor) medidas para além da estrita interpretação da constituição e das leis – seria justamente ampliar sua base de legitimação. E um dos meios parece ser justamente integrar procedimentalmente organizações típicas da periferia do sistema político ou mesmo buscar um "diálogo" com o centro político, uma codeterminação das medidas de implementação do direito, em vez de impor uma decisão a respeito ao legislativo e ao executivo. Diante do mesmo problema enfrentado pelas cortes deferentes – a decisão sobre implementação de direitos entra no campo de autoridade e conhecimentos dos poderes políticos –, cortes ativistas respondem com solução diversa: a integração procedimental das organizações políticas na própria tomada de decisão judicial. Fora a corte deferente, as demais cortes apresentadas na tipologia que estamos discutindo parecem optar de alguma forma por uma solução semelhante de aproximação da política. Daí que as discussões sobre controle judicial de constitucionalidade possam hoje ser diferenciadas entre separação dos poderes clássica *versus* politização da justiça e judicialização da política. No caso, a politização da justiça em discussão não diz respeito à entrada de preconceitos ideológicos na justificação da decisão judicial ou a outros fenômenos, mas sim à aproximação funcional das organizações: tribunais e organizações políticas. Já a judicialização da política aqui discutida diz respeito ao controle judicial de políticas públicas, das medidas administrativas tidas como concretizadoras de direitos juridicamente assegurados.

O segundo modelo de atuação judicial no juízo sobre direitos fundamentais é o oposto do primeiro: a corte que não é deferente aos poderes políticos e à discricionariedade administrativa, mas pratica um *controle peremptório*. O escrutínio da legislação e da política pública é rigoroso e a corte tem três opções: julgar as normas ou medidas como constitucionais, como inconstitucionais e inválidas ou lançar mãos de mecanismos interpretativos como a fixação de uma interpretação conforme a constituição, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem revisão de texto ou mesmo mecanismos de legislação judicial em caso de constatação de omissão legislativa na regulamentação de dispositivo constitucional. Nessa linha, o centro judicial procura compensar a incompetência do centro político, avançando sobre o escopo da decisão parlamentar.

O terceiro tipo é o do "*diálogo institucional*" ou do controle de constitucionalidade "conversacional", pelo qual as cortes buscam distribuir o escopo da decisão por vias formais e informais de consulta e negociação com os poderes políticos. O caso paradigmático é o dos esquemas de controle de constitucionalidade "fraco", pelos quais a corte toma uma decisão provisória que pode ser superada a seguir pela deliberação parlamentar[511]. A quarta e a quinta modalidades já foram discutidas[512]: trata-se do controle judicial burocrático e centralizado sobre processos de reestruturação de organizações, regras e procedimentos (o exemplo da injunção estrutural clássica do caso Brown) ou de sua contrapartida experimentalista, que substitui a dinâmica de controle e comando judicial de cima para baixo por uma supervisão coordenada com os próprios agentes sancionados a reconstruírem suas práticas conforme os parâmetros legais e constitucionais definidos na sentença.

É preciso também passar da análise centrada nas cortes para a perspectiva da administração dos serviços públicos relativos aos direitos. Se a promoção dos direitos sociais só pode contar com o judiciário subsidiariamente, e é de competência primária do executivo e da burocracia estatal, o que está em jogo é a forma de provimento dos serviços públicos e a política econômica do estado. Do lado dos serviços públicos – exemplarmente os de saúde –, em vez da provisão em massa de serviços de baixa qualidade (cuja universalidade é comprometida tanto pela falta de recursos quanto pelo desinteresse que as classes mais influentes têm, ao se refugiarem em planos de saúde privados), a diretriz seria a especialização do estado em prover os serviços básicos e atuar prospectivamente no desenvolvimento tecnológico daqueles serviços mais custosos e complexos. Entre esses extremos, não há a única opção de abertura à competição privada e respectiva regulação, mas também as formas de parcerias com organizações sociais e cooperativas[513]. De modo geral, ademais, o próprio desenho das políticas públicas precisaria deixar de contar com as técnicas rudimentares de um "fordismo" burocrático centralizado na provisão dos serviços para incorporar em seu desenho institucional, de um lado, formas de descentralização capazes de manter mecanismos de redistribuição, de propagação das experiências de sucesso e de mensuração de desempenho e, de outro lado, procedimentos para a audiência das "partes interessadas" na identificação das demandas locais, no desenho de serviços

[511] Ver *e.g.* Waldron, 2006.
[512] Ver *supra 3.3.1.1*.
[513] Unger, 2009 [2005], pp. 85-7; 2015d [2013], pp. 246-7; 2015c, p. 66.

customizados, na implementação e no monitoramento[514].

Por seu potencial de repercussão de vantagens e desvantagens econômicas, a educação é outro setor sensível das políticas públicas. O vínculo entre escola e família é crítico na potencialização do sucesso ou do insucesso escolar. A escola tem que muitas vezes compensar a incompetência das famílias em prover os pré-requisitos cognitivos e comportamentais para o estudo. Como nos direitos sociais de modo geral, a política educacional depende de o estado prover infraestrutura e receber informação e apoio de comunidades desestruturadas, que atuam como rede de proteção e monitoramento das políticas implementadas[515].

Ainda, no que se refere à política econômica, estão em jogo de um lado as formas de financiamento do estado (assegurar uma arrecadação elevada e um gasto redistributivo) e, de outro, a política agrícola, comercial e industrial – sua expressão mais avançada (fora do planejamento central burocrático e além da regulação da concorrência) é a expansão da atividade econômica pela multiplicação do empreendedorismo, o que demanda formas descentralizadas de coordenação dos recursos estatais (conhecimento, dinheiro, poder) com parceiros privados[516].

Pode-se objetar que nada disso diz respeito à análise jurídica dos direitos constitucionais. Entretanto, para sair da crítica irresponsável da judicialização individualizada dos direitos de provisão universalista é preciso explorar, ao menos ilustrativamente, os problemas de desenho e implementação envolvidos na execução preventiva dos direitos: a eficácia das políticas políticas a substituir e evitar a cobrança judicial. Essa exploração de questões políticas e administrativas adjacentes ao direito é menos um desvio incoerente do que uma demanda da reflexão do sistema jurídico em sua ambígua relação com o sistema político e o estado. No caso dos ditos direitos sociais, com sua lógica de compensação política da incompetência econômica, não há como não tocar problemas de desenho jurídico de vínculos institucionais entre política, economia, saúde, educação. A preocupação com a fruição efetiva dos direitos – central para a administração pública e subsidiária para a interpretação judicial – demanda análises e proposições de mudança institucional informadas por estudos de políticas públicas[517].

[514] Sabel; Simon, 2011.
[515] Unger, 1998, pp. 182-7.
[516] Sabel; Reddy, 2006; Unger, 1998, pp. 187-212.
[517] Problemas empíricos aparecem, por exemplo, nos juízos sobre a adequação, necessidade e proporcionalidade das medidas tomadas pela administração pública para a concretização de direitos constitucionais. Sobre a análise empírica da fruição de direitos, ver a proposta de Castro, 2009, pp. 40-9.

Como se viu, o núcleo dos direitos constitucionais tradicionais, os ditos direitos civis, consiste em bloqueios da intervenção estatal sob uma esfera privada de autonomia, cuja forma jurídica se traduz na propriedade privada individual e no apoio a contratos firmados entre partes igualmente livres em termos jurídicos. No ideário liberal original, a propriedade particularmente dava o lastro econômico necessário à independência individual. Se as reformas sociais do século vinte deixaram praticamente intocado o direito privado (as formas de contrato, propriedade e sociedade), adicionando-lhes um contrapeso de direito público (burocracia regulatória, negociação coletiva de trabalho, direitos sociais, além de *standards* abertos de "boa-fé", "função social" etc.), a extensão da imunidade pessoal aqui vislumbrada exigiria também uma reconfiguração dos direitos privados no sentido de disseminar a titularidade de ativos e a distribuição da riqueza, não apenas a redistribuição de renda.

De um lado, Unger apresenta a ideia da "propriedade desagregada" associada a um novo esquema de "direitos de mercado"[518]: a atribuição dos poderes tradicionalmente enfeixados em um único direito a diversos titulares (indivíduos, comunidades, governos), que gozariam de interesses sobrepostos e concorrentes, condicionais e temporários, sobre um mesmo conjunto de meios de produção. Assim como direitos sociais, esses direitos privados reformatados afrouxam a relação entre autonomia e dependência pessoal. Um dos arranjos que colocariam em ação tal possibilidade institucional, descentralizando a iniciativa econômica e fugindo ao contraste entre economia de mercado e economia de controle (afinal, o estado pode mimetizar e criar mercados onde não estão estruturados), seria o esquema de um "fundo rotativo de capital"[519]. No primeiro nível, um "fundo central de capital" seria controlado por técnicos do executivo e representantes democráticos; este fundo criaria fundos de investimento competitivos, que recebessem o capital do "fundo social" (primeiro nível) e o oferecessem, com limites condicionais e temporais, a tomadores primários de capital (terceiro nível). Organizações intermediárias de apoio ao empreendedorismo (no acesso a crédito, capacitação, tecnologia e mercados)[520], apoio governamental ao capital de risco e formas de participação acionária do estado em empreendimentos inovadores[521], entre tantas outras configurações jurídicas, exemplificam estratégias de expansão da base de titularidades privadas a dar sustentação à autonomia

[518] Unger, 2015c, p. 69; 2001b [1987], pp. 511-23.
[519] Sobre o "fundo rotativo de capital" e seus complementos em uma ordem de mercado reconstruída, ver Unger, 2001b [1987], pp. 480-508.
[520] Ver Unger, 1998, pp. 187-204.
[521] Ver Unger, 1998, pp. 150-62.

individual e retomam, nas condições de complexidade, diferenciação e escala da economia atual, o ideário republicano da "democracia de cidadãos proprietários"[522].

De outro lado, há o conceito de contratos relacionais[523], base para uma concepção de "direitos de solidariedade"[524]. Seja em relações econômicas de base fiduciária, que apresentam uma interdependência apenas parcialmente articulada e elementos não promissórios, seja em relações de outra natureza coordenadas sobretudo por expectativas tácitas ligadas a papéis e posições sociais (na família, por exemplo), há um contraste com o modelo contratual clássico, de acordos plenamente negociados, com obrigações e direitos bem definidos de antemão.

Além de como desenhar e interpretar essas relações obrigacionais continuadas, um problema crítico para a imunidade pessoal diz respeito aos direitos trabalhistas. No modelo clássico da organização produtiva, em que as condições assimétricas do contrato de trabalho individual são compensadas pela organização sindical, a imunidade individual é fortalecida em proporção ao poder de barganha entre capital e trabalho. Mas diante da desverticalização da produção, da volatilidade do mercado de trabalho e das pressões competitivas mundiais, a crescente precarização do trabalho demandaria novos mecanismos de abrandamento da insegurança econômica; afinal, grande parte do trabalho deixa de ser organizada em grandes plantas industriais (que construía as bases de solidariedade e a sindicalização decorrente) para ser distribuída em redes contratuais descentralizadas (como no "sistema doméstico" anterior à revolução industrial)[525].

3.3.1.3. Direitos de participação

A semântica constitucionalista – seja aquela mais afinada com o racionalismo contratualista, seja aquela mais aproximada à imaginação sociológica – reprisa a ideia moderna revolucionária de destruição e criação da ordem jurídica e social. Em contraposição à visão antiga das formas de governo e da ordem social como esquemas naturais suscetíveis de degeneração e regeneração moral, mas não de transformação substancial, a visão moderna da sociedade como artefato humano afirmou a possibilidade de rompimento e substituição de contextos de pensamento e ação e o modernismo buscou

[522] Para uma comparação entre a "democracia de cidadãos proprietários" (Meade, Rawls) e o "fundo rotativo de capital", em uma discussão sobre as alternativas institucionais de desenho dos direitos de propriedade, ver Amato, 2016a.
[523] Unger, 2015c, pp. 69-72. Ver Gordon, R. (1985), avaliando as elaborações de Macneil e Macaulay.
[524] Unger, 2001b [1987], pp. 535-9. Ver também Unger, 2015b [1982], pp. 143-78.
[525] Unger, 2015c, pp. 71-2. Para o prosseguimento dessa discussão, ver *infra 4.3.2.1*.

no limite a saída de todo contexto. Esses contextos estruturam as rotinas e justificações de uso de poderes, direitos, dinheiro, conhecimento[526].

Restrições intelectuais já tratadas[527] acerca do caráter modular e indivisível dos contextos sociais e de sua sucessão por algum tipo de lógica histórica inquebrantável contiveram o horizonte de sentido sobre as oportunidades transformadoras, o caráter fragmentário e descontínuo das mudanças estruturais e sua produção como jogo mútuo entre projetos e intervenções mais ou menos intencionais e sua frustração ou reiteração por uma dinâmica evolutiva complexa, contingente e mais ou menos incontrolável. A ideia de poder constituinte é a expressão jurídico-política maior desse (des)entendimento sobre a transformação estrutural da sociedade. Como conceito jurídico, assume especial relevância prática, pois orienta diretamente a autoprodução do direito; nessa medida, restringe a variação política, contendo a inovação incremental dentro dos limites constitucionais de reforma e dos limites constitucionais à legislação e postergando inovações mais disruptivas e radicais a momentos de crise extrema e quebra da ordem político-jurídica instituída.

A ideia de poder constituinte parece afirmar que o rompimento de contexto é provisório e precede com fugacidade a restabilização de um novo contexto. Mas essa mesma ideia implica crenças erradas sobre a medida em que toda a sociedade está ao alcance da programação política e sobre a extensão em que pode haver, de uma só vez, programação original e incondicionada de toda uma ordem jurídica. O alcance da sociedade à transformação política é variável, depende da intensidade de mobilização e da amplitude de conflitos e temas colocados ao alcance dos procedimentos de tomada de decisões coletivamente vinculantes. É, portanto, uma variável moldável pelos arranjos constitucionais. De outro lado, há limitações cognitivas, uma inércia das expectativas e dificuldades de apoio que inviabilizam a programação do direito como ato único e incondicionado. O direito e a política revisam sua programação no curso da comunicação rotineira. Também é variável a extensão em que essa corrigibilidade está disponível.

Observemos o plano das expectativas, em particular a progressão que podem tomar, de confiança a esperança, e de esperança a fé[528]. Vulnerabilidade e risco são absorvidos pela confiança. Em cenários de vulnerabilidade e risco aumentados, em que mudanças institucionais tornam manifesta sua contingência, a confiança pode reforçar-se como esperança; até mesmo, chegar à fé, um escudo contrafático que repele qualquer

[526] Sobre a transição do naturalismo ontológico à sociologia, ver Unger, 1987a, pp. 18-25, 80-7.
[527] Ver *supra 1.1*.
[528] Sobre confiança, esperança e fé, ver Unger, 1984b, pp. 239-50; Luhmann, 2005e [1968], cap. 4.

aprendizagem, qualquer correção das expectativas em vista da experiência. A fé aumenta a vulnerabilidade à dependência e à autoilusão. O momento constituinte parece direcionar a fé a uma instituição impessoal que simboliza uma comunidade com as gerações passadas e futuras. Marca a transição de um contexto rumo ao que parece ser um valor e uma realidade supracontextuais, embora sejam a marca de um novo contexto condicional e provisório. A forma generalizada e mínima do amor, a solidariedade, é armada pelo poder antecipatório da esperança; o apego a uma determinada ordenação das relações, porém, pode subverter a própria transformação pretendida. Submetidos a uma elevação de riscos e esperanças, os hábitos, preconceitos e hierarquias da sociedade se desestabilizam em alianças de ocasião que podem vir a ganhar perenidade. Depender desses momentos de reengenharia das expectativas é fazer de crises condições habilitadoras da mudança institucional.

Em tempos de crise, sob lideranças fortes e pressão popular, manifesta-se o poder constituinte ou, ao menos, o poder de reforma constitucional. Ainda que sem a ruptura institucional e a insurgência violenta, reformas impulsionadas por crises alteram peças fundamentais da engrenagem estrutural da sociedade; a esse momento de reforma radical sucede um momento de restabilização, em que as expectativas se rearranjam conforme a nova ordem posta, as crenças tendem a subscrever a naturalidade dessa ordem e as teorias a justificam e desdobram seus problemas práticos, rotineiros, solucionando-os sem colocar em questão o enquadramento estrutural desses eventos cotidianos. Segue-se um terceiro momento, em que a fé no quadro institucional quase se apaga e adota-se uma postura cética e meramente estratégica diante da ordem posta, à espera de uma nova crise que dê a deixa para uma grande reconstrução[529].

Paradoxalmente, o constitucionalismo contemporâneo idolatra as formas institucionais definidas por liberais clássicos no século dezenove, mas renega sua transitoriedade em nome da estabilidade, contrastando com o entendimento razoavelmente difundido nos tempos revolucionários do iluminismo (em Kant e Jefferson, por exemplo) de que as constituições deveriam ser mudadas a cada geração. Seguindo a semântica constituinte, onde a estabilidade política faz essas ocasiões permanecerem idealizadas como um momento fundacional mítico, a estrutura social, mesmo na medida em que acessível à intervenção política e ao desenho constitucional, não pode ser fundamentalmente reconstruída; onde a instabilidade política é mais radical, mudanças de

[529] Sobre esses três momentos, ver Unger, 2007a, pp. 78-9; 2015c, pp. 17-24.

constituição podem ocorrer frequentemente, conforme os pactos políticos de ocasião. Há, aparentemente, mais oportunidades de transformação estrutural. A instabilidade política até faz o constituinte originário falar mais vezes[530]. Porém, o idealismo do conceito de poder constituinte vem à tona quando se observam os limites operativos do direito diante da política, e do direito e da política constitucionalmente acoplados diante da estrutura social que os transcende. Então se pode mesmo registrar a distância entre um texto constitucional ideal e práticas, instituições e formas de distinção quase indiferentes à norma.

Esta não é uma defesa da conservação de uma ordem constitucional e um combate à sua reforma (dada a ineficácia de qualquer iniciativa...); também não é uma constatação que favoreça assembleias constituintes permanentes, que pretendam sistematizar de quando em quando uma reimaginação completa e fantástica de tudo. É, sim, um argumento contra a espera de momentos constituintes para a (re)constitucionalização redentora; a hipótese é de que um maior desentrincheiramento constitucional serve melhor à transformação institucional, dado seu caráter fragmentário e contingente. Esse desentrincheiramento conduz a certo minimalismo constitucional, usando a rigidez da mudança constitucional e os limites à reforma como escudos protetores de regras de eleição e exercício do poder (que previnam os ocupantes atuais dos mandatos de mudarem as regras do jogo a seu favor), de controles intra e interorgânicos (especialmente com mecanismos legitimados de escape de impasses paralisantes) e de garantias pessoais (aquele conjunto de direitos fundamentais protegidos das crises e riscos políticos, por mais implacáveis que sejam). Justamente por ser tão importante, a definição detalhada dos meios com os quais resolver tais compromissos básicos deve ficar ao alcance do conflito político rotineiro e da mudança legislativa.

Projetado contra o pano de fundo da preocupação com a unidade territorial e a paz civil que marcou a filosofia política no início da modernidade (*e.g.* Hobbes e Machiavel) e a fez enfatizar a unidade de vontade soberana contra as facções da sociedade civil que ameaçavam estilhaçá-la por guerras internas (primeiro por fundamentalismo religioso, depois por radicalismo ideológico), o grande trunfo da forma institucional da democracia representativa é internalizar as diferentes facções da sociedade em um conflito procedimental e um esquema de rotação no poder, fazendo dos partidos os intermediários entre a opinião pública e o centro do poder governamental. Da concepção rousseauniana de democracia como fundação da soberania do estado na soberania popular à definição

[530] Para uma contraposição Estados Unidos e Brasil, a esse respeito, comparar Unger, 2015c, pp. 33-6; 1987a, pp. 64-79; 1990 [1977-1990]; 2001a [1984-1988], parte 4.

schumpeteriana como método de competição entre elites por apoio de massa, é importante entender o grau em que as características do conflito partidário – determinadas em parte pela ordem constitucional e em parte por fatores contextuais e conjunturais – confluem para dar à disputa política maior ou menor eficácia na preservação ou reforma da ordem institucional e maior ou menor vulnerabilidade a forças que se apropriam do estado e tripudiam a igualdade de influência nos rumos do governo[531]. Quanto mais vagas as propostas, mais sectárias e fugidias suas bases de apoio; quanto mais concretamente detalhadas e mais responsivas a questões cotidianas (até detalhes sensíveis sobre condições de trabalho e outros temas de interesse universal), mais as propostas são negociáveis, suscetíveis a uma superposição de posições e implementáveis fragmentariamente. Quanto mais amplo o escopo das reformas postas como horizonte de mudanças ainda que fragmentárias, menos estáveis e delineadas as posições e interesses, mais suscetíveis a alianças incongruentes. Quanto menos a imunidade pessoal depender de posições fixas (*e.g.* garantias de estabilidade *versus* benefícios portáveis) e poderes capazes de reduzir os outros à dependência (*e.g.* propriedade unitária *versus* direitos sociais), espera-se que maior seja a disponibilidade a propostas mais amplas de mudança.

O estado, como centro do sistema político, é o responsável em última instância pelo processamento da função política: a função de tomada de decisões coletivamente vinculantes. Como em toda organização, o que está em questão é a reflexividade do processo decisório – decidir sobre como decidir – e sua remissão a um terceiro nível: quem decidirá sobre como decidir[532]. É esse o plano da discussão sobre participação e representação.

A concepção de uma democracia empoderada centra-se na hipótese de que a ampliação da participação popular está em relação diretamente proporcional à profundidade com que a política pode dominar e reformar a estrutura da sociedade[533]. De um lado, a participação deve ir além da delegação representativa – a normalidade da política marcada pelo adormecimento da soberania popular, que só deve se manifestar novamente em situações extremas de crise e quebra da ordem jurídica (poder constituinte). Nessa visão, os vivos devem ser governados pela moldura institucional traçada por alguma geração pregressa, segundo os interesses e crenças dos mortos. A falta de exercício da escolha política é álibi que reforça o círculo vicioso da incapacidade de decidir como

[531] Unger, 2014, pp. 301-2; 2001b [1987], pp. 368-76, 462-74.
[532] Luhmann, 1990e [1987], p. 223.
[533] Unger, 2015c, pp. 53-64.

justificativa para a negação das oportunidades de escolha; faz então a opinião pública oscilar entre apatia ou indiferença e expectativas de milagre. De outro lado, as mudanças estruturais a serem processadas pela política não são uma escolha: mais cedo ou mais tarde, levarão a crises. Em crise, os sistemas funcionais se integram, a política é superdimensionada e explora a sociedade, consumindo tempo e recursos para sua própria reabilitação, em vez de se abrir à hetero-observação – ao encaminhamento de soluções para a economia, a educação, a ciência, a saúde. Antecipar as mudanças, fazendo-as menos dependentes de crise e mais suscetíveis de uma correção programada, fragmentária e progressiva, é o alvo da aceleração da política.

O programa de Unger de uma democracia de alta energia, que catalise as decisões políticas e enriqueça seu conteúdo de reforma estrutural, pode ser descrito, do lado das esferas públicas, como uma ampliação do escopo e das oportunidades de exercício dos direitos de participação. O vínculo estreitado entre o centro decisório da política e os grupos de pressão tende a excluir maiorias desorganizadas e facilitar as estabilizações oligárquicas; o contato personalista da liderança política com a opinião pública tende a degenerar em autoritarismo, inclusive com a submissão do parlamento ao executivo em termos organizacionais. A saída exige aumentar o grau de mobilização popular, aumentando as discussões que dinamizam a opinião pública em decorrência de mais oportunidades para decidir e da responsabilidade de se informar sobre os temas a serem decididos, contra a apatia política gerada pelo simples voto periódico em representantes. Esse "aquecimento" da opinião pública tem, como contraparte constitucional, um requisito na esfera pública do direito: os direitos de imunidade, que dão salvaguardas e garantias pessoais (das quais o judiciário é o guardião), de modo que os cidadãos podem se engajar em uma política acelerada sem temer serem tragados por um estado autoritário.

A institucionalização de uma participação política por procedimentos inclusivos, como o sufrágio universal, mas também daqueles procedimentos com amplitude temática, como plebiscitos e referendos sobre amplas plataformas de reforma, visa a evitar esses males. Mas recairia no republicanismo mítico de uma democracia direta impraticável em escala nacional ou mesmo subnacional e em tempos de diferenciação funcional, divisão de trabalho e profissionalização da política. Por isso, o engajamento direto do eleitorado deve ser dosado para decisões de alcance e importância diferenciados.

Uma primeira questão, quanto às eleições, diz respeito aos contornos institucionais que permitiriam aumentar a mobilização política – portanto, a produção e expressão do

dissenso e das alternativas. O financiamento das campanhas (*e.g.* financiamento público), o acesso aos meios de comunicação de massa (*e.g.* ampliação dos usos, ocasiões e meios para os partidos e movimentos sociais) e a organização partidária (*e.g.* voto por lista fechada) são variáveis em jogo. O voto obrigatório também pode ser um meio de influenciação da participação política, em contrapeso à apatia eleitoral.

Uma segunda questão é como reconstruir, em procedimentos de democracia representativa, válvulas de escape para o apelo a mecanismos semidiretos. Fora da escala local, em que fazem sentido experiências de democracia participativa na decisão e no monitoramento do orçamento público e de políticas sociais[534], plebiscitos programáticos relativos a reformas estruturais e eleições antecipadas em caso de impasse entre os poderes de governo podem fornecer um meio de superação do autotravamento do centro decisório da política, sem clamar uma mobilização contínua dos cidadãos – em que a maioria tenderia progressivamente a se desinteressar e a se omitir, enquanto os indivíduos e grupos mais mobilizados é que afinal decidiriam em nome de todos. Note: trata-se, de um lado, de plebiscitos ocasionais, em tempos de amadurecimento de projetos de reforma institucional que constituam a tradução dos programas partidários vencedores nas eleições recentes em reformas legislativas (e eventualmente constitucionais) amplas (as quais, ademais, deveriam ter, no parlamento, prioridade de agenda sobre a legislação ordinária e fragmentária, ao menos durante o período inicial do mandato governamental). De outro lado, trata-se da antecipação de novas eleições em caso de crise incontornável entre parlamento e executivo, mas isso segundo o seguinte mecanismo de gerenciamento de riscos: em caso de impasse, tanto o congresso quanto o executivo poderiam convocar unilateralmente eleições antecipadas, como em regimes parlamentaristas – porém, para ambos os poderes. Assim, aquele que tomasse a iniciativa dessa convocação também teria que correr os riscos de um novo sufrágio. Nesse caso, a antecipação das eleições seria um expediente concretizado apenas excepcionalmente; seria a saída de um impasse realmente insolúvel e daria aos novos eleitos uma legitimidade renovada para levarem adiante propostas e negociações. O mais recorrente seria a ameaça do uso dessa prerrogativa, o que por si só já pressionaria parlamento e executivo a se entenderem.

Impasses entre os poderes políticos são tanto mais esperados quanto mais acelerada e reformista a política. Os esquemas tradicionais de separação de poderes, porém, são demasiado resistentes a reformas estruturais; produzem crises como resultado de sua

[534] Ver *supra 2.5*.

incapacidade de antecipar-se a elas e de decidir sem a deixa que elas proporcionam. Trata-se da necessidade de agregar consenso no parlamentarismo e do esquema madisoniano de freios e contrapesos no presidencialismo, que desacelera a política e a torna conservadora pelos obstáculos que impõe a mudanças estruturais, ainda que sagradas pelo voto popular. Apesar dos riscos da instabilidade, o presidencialismo tem o diferencial de promover a ampla legitimação, pelo voto direto, dos poderes políticos. Mas o presidente tende a não conseguir executar boa parte de seus planos (e, portanto, cumprir as "promessas" pelas quais foi eleito) pelo travamento do processo decisório propiciado pelos interesses e pressões, muitas vezes particularistas, que se assentam no legislativo.

Finalmente, o dogma trinitário da soberania estatal manifesta apenas nos poderes clássicos haveria de ser ofendido pelo estabelecimento de novos poderes de estado (como aquele atinente aos direitos de desestabilização, ou mesmo poderes voltados à política econômica), capazes de responder à complexidade social e ao domínio da estrutura social em condições que o constitucionalismo liberal clássico não alcançava. Em movimento inverso ao agigantamento do executivo (como ocorre há um século universalmente), pela distribuição das políticas públicas em uma miríade de ministérios com suas burocracias, esses novos poderes poderiam ter, além da capacitação técnica diferenciada e de condições de autonomia administrativa propícias a um estado "duro"[535] (mais impermeável a negociações políticas contaminadas por interesses privilegiados e "rentistas"), uma dinâmica decisória que incluísse mecanismos de deliberação semidireta, ou procedimentos com a participação de representantes da "sociedade civil". É, portanto, mais um mecanismo de ampliação do exercício da participação política.

Na Europa medieval, o rei exercia uma função equivalente ao controle de constitucionalidade (um "avanço pré-adaptativo" a ele): declarar ou reafirmar o direito, diante de um corpo de costumes herdado (*jurisdictio*); também exercia uma espécie poder de emergência em estado de exceção, durante o qual podia rever arbitrariamente a ordem costumeira (*gubernatio*). No constitucionalismo contemporâneo permanece em larga medida essa realidade de um direito herdado, sobre o qual o governo apenas faz intervenções relativamente pontuais. Em um sistema democrático, que não pode ser capturado perenemente por qualquer facção, o caminho para aumentar a extensão em que o governo pode implementar um programa vencedor nas urnas seria preservar ao menos duas bases de apoio popular (eleições diretas para parlamento e chefe de governo) e atribuir ao

[535] Unger, 1998, pp. 137, 191-6.

corpo representativo competência ampliada para supervisionar a execução do programa eleito, construir vínculos mais densos com conflitos e representações políticas fora do governo e exercitar poderes de convocação do eleitorado para a solução de impasses, além de induzir a auto-organização da sociedade civil fora do estado[536].

Essas e outras diretrizes têm uma relação com a diversificação das oportunidades de participação e incluem a multiplicação dos poderes com a sobreposição de funções, que ampliaria as vias de processamento e reprocessamento das decisões, incrementando a participação inclusive por novos poderes (como o poder reconstrutor ou o esquema de fundos de capital) constituídos por técnicos e representantes eleitos diretamente ou pelos outros poderes. Em vista dos previsíveis conflitos, a própria composição cruzada dos poderes – com influências de um poder para indicar membros de outro – é um mecanismo usual. Menos usuais, mas servindo à mesma função de solução de impasses, estão as técnicas de devolução ao eleitorado em caso de impasses e até mesmo o estabelecimento de prioridade entre determinados poderes[537], contra a esquematização anti-hierarquizante pretensamente característica do "princípio de separação de poderes" (na verdade, as formulações clássicas desse princípio não apresentam tal "horizontalidade" tão univocamente: em Locke, por exemplo, há supremacia do poder de legislar).

Tudo isso, embora vá além do que as discussões sobre separação de poderes por referência às tradições nacionais e às filosofias políticas do início da modernidade estão dispostas a tratar, deixa de ser extraordinário quando observamos com mais detalhes a diversidade institucional da organização dos centros organizados da política e do direito nas principais tradições constitucionais de influência global[538]. De um lado, a tradição constitucional mais perene e continuada é a britânica, na qual se observa a fusão parlamentar dos poderes: o exercício do governo diretamente responsável diante do parlamento, por ele escrutinado e mantido por um esquema hidráulico de governo e oposição. Essa tradição permaneceu longamente imune ao estabelecimento do controle judicial de constitucionalidade dos atos do governo, antes sobrevivendo por uma ênfase na separação estrita do centro do direito em relação ao centro da política: o prestígio da independência das cortes. Apesar de Locke e apesar das observações laudatórias de Montesquieu, o constitucionalismo britânico permanece largamente indiferente ao tema da separação de poderes.

[536] Unger, 2001b [1987], pp. 457-61; 2015c, p. 59; 1996, pp. 73, 108.
[537] Unger, 2001b [1987], pp. 449-57.
[538] Para as avaliações a seguir, ver Möllers, 2013, cap. 1.

Já na França, uma tradição republicana enfatizou desde a revolução a desconfiança com as cortes, vistas como garantidoras dos privilégios do antigo regime e da velha ordem corporativa e estamental. A seu modo, também há um regime de ligação estreita entre parlamento e executivo, por meio de um regime de coabitação "semipresidencial"[539]. O controle de constitucionalidade foi acoplado tardiamente, no final do século vinte, pela atividade de um órgão conciliar que vem ganhando feições judiciais, com atribuições compartilhadas com as cortes superiores. A corte europeia de direitos humanos adicionou elementos supranacionais ao jogo puramente interno de política e direito.

O constitucionalismo americano, por sua vez, apenas evolutiva e tardiamente adicionou ao esquema inicial da separação de poderes a atuação do judiciário federal e da suprema corte no controle de constitucionalidade; o crescente espaço ocupado pela suprema corte, dados os impasses programados pelo esquema dos freios e contrapesos (inicialmente pensados como garantia da propriedade contra o populismo), associa-se à orientação e à composição abertamente determinadas pelo conflito político-partidário. Ao mesmo tempo, movimentos sociais e grupos de pressão buscam obter dos juízes o que não conseguem validar pela decisão parlamentar. Os poderes presidenciais são reconhecidamente flutuantes, dependentes das consonâncias ou dissonâncias com a formação da vontade parlamentar.

Assim como os Estados Unidos fornecem o paradigma mundial da judicialização das questões constitucionais, o constitucionalismo alemão do pós-guerra enfatizou exemplarmente o papel da corte constitucional, com seus respectivos apoios argumentativos. A jurisprudência da corte relativa à separação de poderes não deixa de reconhecer, porém, um princípio de prioridades relativas entre os poderes: deve-se garantir a decisão final ao órgão que disponha das melhores capacidades pessoais, materiais e organizacionais, conforme o tema e o escopo da escolha.

De tudo isso, emerge apenas uma conclusão: a imagem escolar da não precedência entre qualquer poder não procede; na prática, os mecanismos de preferências e sobreposição estão abertos à modelagem institucional contingente e têm efeitos para a inclusividade, o ritmo e profundidade da tomada de decisões coletivamente vinculantes (função política) e para os bloqueios ou alavancagens entre política e direito.

[539] Ver *supra 3.2*.

3.3.1.4. Direitos de autonomia

Direitos de autonomia são direitos de criar direito. Integram-se em um esquema de direitos constitucionais que deixa de se enganar pela ilusão ingênua de uma sociedade de indivíduos, cujo único Leviatã é o estado, e que reconhece o poder organizado em múltiplos níveis, dentro e fora do estado e dentro e fora da política. A descentralização política e administrativa interna ao centro de poder estatal é um lado da questão; o outro é a regulação da esfera pública como campo de modelagem jurídica de organizações, redes e comunidades que fogem do sistema organizado do estado, da circunscrição funcional da política ou mesmo de delimitações territoriais nacionalmente diferenciadas.

Além de fortalecido por esquemas de cogestão, de parcerias com organizações sociais e outros métodos de organização de poderes e procedimentos e de fornecimento de serviços públicos, o experimentalismo social e político há que ser acelerado por esquemas jurídicos de descentralização decisória. Em termos da ordem jurídica nacional[540], trata-se de, em termos funcionais, ampliar a devolução de poderes a autoridades inferiores (mas com garantias contra o estabelecimento de zonas de hierarquia e discricionariedade incontroladas) e, em termos territoriais, aumentar a autonomia de regiões e localidades para estabelecem formas desviantes de organização e gestão (da educação, por exemplo), em uma exceção qualificada aos modelos nacionais. Um federalismo cooperativo (com órgãos transfederais e separação menos rígida das competências entre os níveis da federação) pode aumentar a autonomia dos entes federativos ao mesmo tempo em que amplia, por essa própria prerrogativa de desvio, a capacidade de ação do governo central. Em estados unitários, trata-se de fortalecer a devolução às regiões. As regiões e localidades, em todo caso, hão de dispor da prerrogativa de sair condicionalmente da moldura institucional estabelecida como padrão nacional. As condições são que seu "direito alternativo" efetivamente sustente regras de igualdade entre os que são por ele regulados e que não possam submeter ninguém a relação de subjugação perene. O contraste com o federalismo clássico, portanto, seria um federalismo cooperativo que ampliasse a autonomia dos estados, explorando seu potencial de servirem como "laboratórios de democracia e experimentação" (como descreveu o juiz da Suprema Corte americana Louis Brandeis, em 1932), testando soluções econômicas, políticas e sociais sem arriscar todo o país nessas iniciativas (que, caso bem sucedidas, poderiam servir de paradigma para outros estados e regiões). Ao mesmo tempo, esse federalismo

[540] Unger, 2001b [1987], pp. 474-6; 2011 [2008], p. 68.

experimentalista[541] demandaria critérios universalistas de mensuração do desempenho, mecanismos de propagação das experiências bem sucedidas e práticas de tomada de decisão que incorporassem em seu desenho, implementação e monitoramento os atores locais, a burocracia federal e o judiciário, evitando que as estratégias inovadoras sejam bloqueadas pelo exercício sancionador dos controles administrativos ou judiciais externos.

Em termos da esfera organizada da política, há um paralelo entre a descentralização administrativa do estado e as formas orgânicas de direito social, de institucionalização das associações privadas que guardam caráter quase público[542]. Em vez de debilitar as organizações "intermediárias" (vistas pela política como sua "periferia"), uma democracia forte depende de que elas existam como uma espécie de "antigoverno" – mas também exige que sua autonomia não seja álibi para uma exclusão aos parâmetros constitucionais e redução da autonomia individual. De um lado, nos termos do direito privado, a liberdade de associação há que ser fortalecida, com uma contraparte que é o poder reconstrutor (associado aos direitos de desestabilização) para consertar organizações e procedimentos "defeituosos". De outro lado, além da liberdade de associação como princípio negativo, de defesa, um quadro de direito público para a organização da "sociedade civil" pode favorecer parcerias com o estado, ao mesmo tempo em que amplia a flexibilidade das organizações sociais para moldarem estruturas jurídicas alternativas, livres do controle ou da tutela governamental. O fortalecimento das associações pode combinar vários propósitos e modelagens institucionais: por exemplo, o princípio contratualista da liberdade sindical, que leva ao pluralismo sindical, combinado ao princípio corporativista da sindicalização automática, pode favorecer a emergência de uma estrutura representativa mais democrática, em que de um lado evita-se a desigualdade de poder de barganha entre sindicalizados e não sindicalizados, e de outro se favorece a competição entre os movimentos trabalhistas na captação de associados. Critérios territoriais (associações de bairro) e funcionais (associações e cooperativas na educação, na saúde, na moradia, nas artes, no esporte etc.) dão margem a iniciativas que fogem da binariedade entre política pública e serviço privado e aumentam a capacidade de ação coletiva e de parceria, com redução de riscos, aumento da confiança e potenciais economias de escala. O adensamento da vida associativa deve sustentar-se por formas jurídicas que garantam até mesmo a experimentação pela criação de ordens jurídicas autônomas, seletivamente destacadas do direito estatal e organizadas diversamente. Essa autonomia jurídica, no sentido próprio e

[541] Dorf; Sabel, 1998.
[542] Unger, 2001b [1987], pp. 476-80; 1998, pp. 269-71.

forte, deve obedecer às condições de que os membros da associação desviante estejam eles mesmos em situação de igualdade aproximada em suas relações mútuas e de que esse poder de criação do direito e divergência parcial não signifique uma exceção ao estado de direito, não dê margem ao encastelamento de uma zona de arbitrariedade que sufoque as liberdades individuais.

Fora da ordem jurídica nacional, o marco institucional correspondente a esse problema da autonomia é a ampliação do pluralismo jurídico, do reconhecimento de ordens jurídicas autônomas e mesmo do incentivo à criação de tais ordens. A série de direitos de desestabilização, imunidade e autonomia precisa qualificar esse reconhecimento para que ele não se confunda com uma devolução de poder às hierarquias, privilégios e preconceitos que marcam uma comunidade específica autorregulada[543]. A autonomia jurídica não pode ser moldada como a propriedade absoluta, uma esfera inviolável de arbítrio.

Essas proposições ungerianas evidenciam que, mais amplamente, o que está em jogo em toda ordem jurídica é a institucionalização de um esquema de reciprocidade e confiança. Todas as comunidades são realizações parciais e provisórias de um ideal de cooperação e solidariedade. Ao indivíduo sempre é necessário preservar uma margem de ceticismo e reserva, bem como garantias de imunidade que sustentem sua transcendência em relação ao grupo; podem ser necessárias não apenas portas de saída, mas também instrumentos de defesa contra a própria comunidade[544].

Uma expressão desse problema da comunidade está no seio das próprias organizações burocráticas públicas ou privadas, como escolas, universidades, empresas. Instâncias colegiadas internas em cada organização ou rede de organizações podem criar uma espécie de "constitucionalismo societal" que qualifique a discricionariedade administrativa com os requisitos da deliberação representativa informada por parâmetros normativos da legalidade (generalidade, prospectividade, clareza etc.)[545]. Tudo isso haveria de formar uma moldura de equidade procedimental de qualquer ordem jurídica, inclusive de ordens corporativas privadas e outras manifestações de pluralismo jurídico setorial, subnacional ou transnacional. Esperar que essas ordens auto-organizadas implementem e monitorem a aplicação desses órgãos e parâmetros decisórios pode não ser suficiente. Ordens estatais, nacionais, internacionais ou supranacionais, podem impor parâmetros formais, substanciais e procedimentais de "ordem pública" para o reconhecimento (reenvio

[543] Unger, 2015c, p. 63.
[544] Unger, 1984b, pp. 133-4.
[545] Sciulli, 1992. Os parâmetros de legalidade são de Fuller, 1969 [1964], pp. 33-94.

e recepção) dessas ordens privadas. Diante da indiferença que as ordens estatais costumam manter quanto a esse direito dos privados, a solução pode demandar a ativa supervisão estatal e intervenção corretiva sobre esse direito[546].

De âmbitos de vigência espaciais (do local ao global) ou mesmo setoriais (mimetizando a transnacionalidade da economia, da ciência, da saúde), o contexto em que o tema do pluralismo jurídico é mais bem posicionado e dimensionado é aquele da sociedade mundial, de um sistema jurídico de ordens múltiplas (inter, supra, trans, subnacionais) com seu protoconstitucionalismo. É o próximo passo[547].

[546] Unger (2001b [1987], p. 450) conjecturava que "[o] compromisso de evitar o monopólio sobre os recursos de criação da sociedade pode justificar o estabelecimento de um poder ou agência de governo especialmente encarregado de alargar o acesso aos meios de comunicação, informação e conhecimento, em todo o caminho desde as alturas do poder governamental até os arranjos internos do lugar de trabalho".
[547] Para o prosseguimento da discussão, ver especialmente *infra 4.3.2.1* (economia) e *4.3.2.3* (cultura).

CAPÍTULO 4. A COEVOLUÇÃO DAS AUTOCONSCIÊNCIAS: CONSTITUCIONALISMO NA SOCIEDADE MUNDIAL

> A sentinela dos direitos do homem: Você está aqui na fronteira terrestre dos direitos universais do homem. Se você der um passo à frente, vai entrar ilegalmente no território dos direitos universais do homem, universalmente reconhecidos e universalmente respeitados. Se você der um passo a mais, vai penetrar ilegalmente no território da dignidade humana absoluta, com validade e aceitação universal. Não é certo entrar ilegalmente no território dos direitos absolutos do homem e da dignidade humana absoluta. Mas vamos ajudá-la a entrar legalmente no território dos direitos absolutos do homem e da dignidade humana absoluta. Você vai ver... Uma vez tendo entrado legalmente no território dos direitos absolutos do homem e da dignidade humana absoluta, você vai poder florescer, começar uma vida nova e dar a seu filho o sentido da dignidade universal absoluta. Mas primeiramente é preciso apresentar seus documentos. Você tem um passaporte válido?[548]

> Além da conversa das mulheres, são os sonhos que seguram o mundo na sua órbita. Mas são também os sonhos que lhe fazem uma coroa de luas, por isso o céu é o resplendor que há dentro da cabeça dos homens, se não é a cabeça dos homens o próprio e único céu.[549]

A disputa em torno do conteúdo das constituições progressivamente as enriqueceu (diriam uns) ou sobrecarregou (diriam outros) com grandes esperanças e altas expectativas. A segunda metade do século vinte marca a pretensão de que as constituições não apenas organizem e limitem o estado, garantindo salvaguardas individuais, mas também de que promovam a democracia, os direitos humanos, o desenvolvimento e a cultura. Esse é o horizonte mais largo do constitucionalismo hoje – seja em escala nacional, seja em seus correspondentes internacionais ou transnacionais.

O constitucionalismo deixou de ser circunscrito às fronteiras nacionais-estatais. A formação do direito internacional desde o século dezenove apresentou a ambição de constituir um estado de direito internacional; nesse movimento desenvolveu-se a pretensão de autonomia do direito internacional diante da política: pela consolidação de um formalismo jurídico também no discurso do direito internacional e de um quadro institucional, análogo ao estado de direito nacional, que limitasse juridicamente a política

[548] Visniec, 2013 [2004], pp. 24-5.
[549] Saramago, 2011 [1982], p. 113.

(função tradicional da constituição)[550]. A semântica contratualista da guerra de todos contra todos iluminou, por meio de uma "analogia doméstica", o problema da paz em uma sociedade mundial de soberanias nacionais. A solução foi buscar a instituição de uma "sociedade internacional". Problemas de limitação e instrumentalização do poder e a institucionalização de uma esfera pública de direitos – matérias típicas do constitucionalismo – ganharam então nova escala e formas institucionais funcionalmente equivalentes – por exemplo, nas organizações internacionais e supranacionais, com esquemas de tripartição de poderes análogos aos nacionais e com regimes de direitos humanos. Na esteira das duas guerras mundiais, ganham forma os equivalentes internacionais ao constitucionalismo doméstico. Tribunais e comitês de jurisdição mundial ou regional o operacionalizam. Por outro lado, a União Europeia torna-se paradigma da construção de uma espécie de constitucionalismo supranacional. E, ainda, a expansão global das organizações não governamentais desde os anos 70, particularmente aquelas voltadas a monitorar os direitos humanos em todo o planeta, assim como a identidade dos movimentos de protesto desde o final do século passado, constituem novos instrumentos normativos e arenas de produção e reprodução do direito. Mesmo as grandes organizações privadas, sob a pressão desses múltiplos níveis de poder (governos nacionais, organizações internacionais ou supranacionais, ONGs transnacionais), passam a regular direitos humanos e procedimentos em códigos de conduta e diretrizes de responsabilidade socioambiental corporativa. Dessa hierarquia entrelaçada de poderes e direitos em ordens jurídicas de diferente âmbito de vigência, o constitucionalismo global emerge como "transconstitucionalismo"[551].

De um lado, o conteúdo das constituições – refletido na expansão dos direitos e na complexificação da organização estatal (tendências como o agigantamento do executivo e a judicialização da política) – é mais do que uma questão de estado social(-liberal) ou estado liberal (clássico). Esse contraste ideológico é sintoma de uma causa estrutural: a separação entre direito, política, economia, educação cria maiores possibilidades para a expansão desses sistemas e para a liberdade sistêmica e pessoal; ao mesmo tempo, amplia os riscos de exclusão social – sem família, sem educação, sem emprego, sem moradia, sem educação, sem saúde, sem emprego. O estado e o constitucionalismo ditos "sociais" não foram e não são senão formas de gerenciar tais riscos.

[550] Ver Koskenniemi, 2001; 2011 [1990-2009].
[551] Ver Neves, 2009.

De outro lado, a expansão mundial do constitucionalismo é mais do que previa a "analogia doméstica" do contratualismo: a "sociedade internacional" como sociedade de nações (ou de sociedades nacionais). As organizações internacionais e os direitos humanos são expressões da transformação que leva à erosão da circunscrição nacional das comunicações, das ações e das vivências. Assim como o federalismo e a regionalização são intermediários entre o local e o nacional, assim como organizações intermediárias mixam o público e o privado na economia, na educação, na saúde, na sociedade mundial blocos regionais e um ativismo transnacional de organizações não governamentais criam níveis intermediários entre o público e o privado e entre estados nacionais e política mundial.

A hipótese deste capítulo é de que tais movimentos encontram-se internamente vinculados: dizem respeito a um mesmo fenômeno, que é a emergência da sociedade mundial funcionalmente diferenciada. Para conceber o alcance e os limites do constitucionalismo (das constituições nacionais e de seus equivalentes para além da nação e/ ou do estado) nessa sociedade mundial, analiso os problemas estruturais de tal formação social, ou melhor, sua expressão no plano semântico: a "globalização" dos direitos fundamentais na forma de direitos humanos é análoga aos discursos contemporâneos do desenvolvimento, da cultura e da democracia. É a resposta específica do direito a uma matriz de assimetrias e fricções causadas pela emergência da sociedade mundial e da diferenciação funcional. Chamo a essas semânticas correlatas, que alarmam a sociedade sobre seus riscos elevados em relação ao ambiente (humano e natural), de "autoconsciências"[552].

Primeiro trato do quadro estrutural recente da sociedade mundial, que fixo aproximadamente a partir do fim da segunda guerra mundial; esse contexto marca a restabilização da ordem mundial sob novas bases institucionais e sob a emergência desses discursos, que então tomam nova conformação e adquirem nova identidade e alcance.

O segundo passo é tratar, a título ilustrativo, de uma escala de observação ampliada: como desenvolvimento, cultura, democracia e direitos humanos mixam-se ao contexto recente do direito e do constitucionalismo brasileiro. Essa experiência expõe os limites e descaminhos de alguns métodos e visões do direito no tratamento desses problemas. Não é uma idiossincrasia nacional, mas um caso exemplar de como a sociedade mundial se reproduz para além de sua província central.

[552] Bauman (1999, pp. ix-xx) define a cultura como "autoconsciência da sociedade moderna", sem precisar o conceito. Pode-se aproveitar sua elaboração, especialmente quando remete a Ricoeur, e estender à ideia de autoconsciência a conjunção entre autonomia e vulnerabilidade (ou fragilidade da autonomia) dos sistemas funcionais.

Finalmente, dando um passo atrás – ampliando o horizonte de observação dessas semânticas –, podemos identificar como se formaram e como podem ser transformadas. Colocamos o atual à luz do possível, para apreender a contingência do real. Redescrever as autoconsciências é atingir o ponto de chegada: como, afinal, os direitos constitucionais (e seus equivalentes em outras ordens jurídicas) podem funcionar para cauterizar certas feridas abertas pela fragmentação interna e expansão mundial da sociedade moderna. Se o problema do progresso aparece aqui rediferenciado na forma das "autoconsciências", deve reaparecer também a formulação institucional voltada ao experimentalismo democrático[553]: como os direitos humanos podem ser estruturados em um sistema jurídico mundial de múltiplas ordens.

4.1. O contexto pós Segunda Guerra Mundial

Segundo as principais tendências na historiografia dos direitos naturais[554], antes da celebridade por meio do racionalismo moderno das teorias de contrato social, eles tiveram algo como "avanços pré-adaptativos" com os estóicos antigos, e então com o nominalismo, o individualismo e o racionalismo – durante o final da idade média e o início da modernidade –, caminhando lado a lado com algumas flexibilizações cristãs da ontologia clássica e com as rupturas do humanismo renascentista. Cidadão, democracia, república, humanidade, pessoa – cosmopolitismos exclusionários, hierarquias sociais assumidas e distinções que mudam o significado de vocabulários similares, as reinterpretações infinitas e os usos retóricos contrastantes ao longo da história revelam mais descontinuidade e oportunidades do que necessidade e desdobramento premeditado. A história variegada de cada direito, privilégio, liberdade ou imunidade também revela como concepções emergiram menos como um sistema coerente do que como artefatos institucionais heterogêneos, aprofundados e generalizados a partir de circunstâncias particulares.

Se pudéssemos racionalizar retrospectivamente as semânticas sobre as origens dos direitos – e arbitrariamente selecionar aquelas que mais ecoam entendimentos presentes – subestimaríamos a contingência e a complexidade da história e a improbabilidade do sucesso, de alguns eventos virem a ser restabilizados como estruturas e marcarem a memória social. Em comparação com visões dos direitos humanos como nossa mais antiga tradição ou como a última novidade, Luhmann apresenta algo como uma posição intermediária: direitos humanos não fazem sentido em sociedades segmentárias ou

[553] Sobre experimentalismo democrático, ver *supra 3.3*.
[554] Ver Moyn, 2010, cap. 1 e pp. 312-3.

estratificadas, mas podemos sim falar de direitos humanos como uma invenção moderna, como instituição da sociedade funcionalmente diferenciada. Então encontramos precisamente "direitos humanos" ("*Menschenrechte*") nas teorias de contrato social, nas constituições liberais e finalmente no direito internacional[555]. Na verdade, tomando à análise luhmanniana os três momentos definidores do paradoxo dos direitos e das respectivas formas de "desparadoxização", podemos redescrever três cenários, sob os rótulos de "direitos naturais", "direitos do homem" e "direitos humanos".

Assimetrias temporais são fundamentais na história hipotética do contrato social e na semântica do constitucionalismo: direitos naturais derivam do estado de natureza, mas são garantidos apenas pela sociedade civil – o estado e seu direito (positivo); direitos do homem e do cidadão são uma evidência da natureza e, sobretudo, da natureza humana racional, da razão. Mas a razão tem o poder como aliado e a positivação dos direitos naturais como direitos do homem organiza e molda a cidadania, enquanto a soberania é delineada, empoderada e contida, nesse duplo movimento da constitucionalização. O momento de razão e poder popular caótico – a revolução e seu poder constituinte – precisa ser contido, ordenado e corporificado no estado – os poderes constituídos.

Por sua vez, uma assimetria espacial é crucial para a internacionalização dos direitos, o advento dos direitos humanos. O confinamento dos direitos em um sistema político segmentado nacionalmente solapa a si mesmo pela reprodução crescentemente global da sociedade, para além das fronteiras, para além do estado e com divergências crescentes entre política, economia, ciência, religião. A assimetria entre direito nacional e direitos universais é potencializada por diferenças regionais na geopolítica, de modo que direitos humanos vêm a ser uma ferramenta plástica o bastante para receber diferentes interpretações em conflitos regionais ou nacionais particulares. Ganhando combustível de suas violações ubíquas, particularmente selecionadas e espetacularizadas em diferentes episódios pelos meios de comunicação de massa, os direitos humanos servem à retórica imperial das potências globais e ao juízo e condenação dos estados fracos. Ao mesmo tempo, são úteis para a denúncia de seus próprios usos e abusos seletivos.

Se a semântica segue mudanças estruturais, mesmo teorias gerais da história e da sociedade trazem a marca de seu tempo. Nos séculos dezessete e dezoito, teorias do contrato social e da sociedade civil descreveram a sociedade centrada na política – ou, mais especificamente, no estado, a estrutura civilizatória crucial a distinguir povos

[555] Luhmann, 2000b [1993].

civilizados dos bárbaros. Razão e estado foram finalmente identificados, mas logo revertidos por uma teoria que descrevia o primado das formas produtivas – a base social – em determinar as relações de poder e o poder dessas relações em serem sustentadas e (mal) representadas nas ideias. Ao final do século vinte, "globalização", "mundialização" e "sociedade mundial" são apresentadas como autodescrição da modernidade. A institucionalização da política internacional, a expansão dos fluxos comerciais, a desverticalização global da produção e o enraizamento de direitos básicos em discursos e organizações regionais e globais são evidências para a hipótese de que, se a sociedade mundial está se realizando a longo prazo – desde as navegações, as descobertas, o colonialismo e o imperialismo –, esse processo foi acelerado ou entrincheirado apenas nas décadas mais recentes.

Assim, "modernidade" é também uma referência vaga e suas autodescrições mostram precisamente o hiato entre o ideal universal de modernidade e os contextos regionais resistentes. Para melhor ver os caminhos não tomados e abordar a complexidade e contingência da história, podemos saltar do panorama amplo do longo e tortuoso desenvolvimento dos tempos modernos na história mundial (ou ocidental) – com todas as suas dessincronias regionais – para a configuração mais recente da sociedade mundial. Sem pretender traçar um mapa global da história dos direitos, a rejeição do necessitarianismo histórico conta em favor de mapear a formatação peculiar das ideias e instituições relacionadas aos direitos (ao lado dos discursos de desenvolvimento, democracia e cultura) em um cenário mais próximo. Como um "contexto formador"[556], ele molda o que vemos como limites e possibilidades das rotinas de discurso e prática.

Se contamos histórias das ideias como semânticas flutuando sobre contextos, para além do alcance do tempo histórico, perdemos seus vínculos com as estruturas – "contexturas" (sistêmico-funcionais) e "contextos formadores" localizados, se não grandes modos, regimes, tipos ou formas de sociedade. Crucial à historiografia é o paradoxo da originalidade, que reside no fato da criação retrospectiva de origens, recortando e juntando algumas peças herdadas como se elas compusessem uma teia histórica racional e coerente. Narrativas que começam das origens e mostram seus desenvolvimentos, as potencialidades já inerentes à ideia original e desenvolvidas como causas finais, manifestam ligações causais e o progresso (ou decadência) necessários. Se pudéssemos começar do presente estado de coisas e usá-lo para iluminar o passado, veríamos uma história de invenções de

[556] Ver a discussão sobre esse conceito de Unger em *supra 1.1*.

tradições, reconhecendo o excesso de vias possíveis pelas quais uma ideia poderia haver sido levada e de caminhos não tomados, a desnecessidade em uma história complexa e contingente.

Hoje, desenvolvimento, direitos humanos, democracia e cultura são tomados como pilares reforçantes da sociedade moderna. Esse estado de coisas contingente na história recente parece ser um caso especial em relação às preocupações persistentes e perenes com progresso e comércio, autogoverno e república, cultura e civilização, liberdades e direitos. Na verdade, embora as histórias dos direitos humanos, do desenvolvimento, da cultura e da democracia sejam usualmente contadas como uma afirmação progressiva ou descoberta de uma verdade inata pela humanidade desde tempos imemoriais, suas variações semânticas e descontinuidades mostram uma oscilação viva – em longo prazo assim como nas décadas mais recentes. O quadro seguinte é indicação aproximada de algumas semânticas vivas que coexistiram com algumas afinidades de família e semelhanças seletivas durante o século vinte, preparando a cena de nosso contexto histórico.

Período / **Semântica**	***1930/40***	***1950/60***	***1970/2000***
Teoria do direito	Formalismo *versus* Realismo; Direito social	Positivismo analítico *versus* Direito natural	Análise jurídica racionalizadora *versus* estudos sociojurídicos *versus* análise econômica do direito
Constitutionalismo	Lochnerismo *versus* Ativismo	Difusão mundial das cortes constitucionais e do controle judicial de constitucionalidade	Direitos como princípios; Proporcionalidade; Democracia deliberativa
Direitos	Benefícios sociais e liberdades civis (nacionais)	Autodeterminação (anticolonial)	Direitos humanos e humanitarismo liberal (internacional)
Direito internacional	Crise da Liga das Nações	Nações Unidas; organizações internacionais regionais; soberania; estado de direito internacional	Fragmentação, regimes privados, direitos humanos, constitucionalismo global e governança
Desenvolvimento	*Laissez-faire versus* Estado de bem-estar social	Estado de bem-estar social; Modernização e estágios de crescimento *versus* Subdesenvolvimento, estruturalismo (CEPAL) e teoria da dependência	Neoliberalismo e globalização; Nova economia institucional
Cultura	Alta cultura *versus* cultura popular	Cultura nacional *versus* cultura de massa	Minorias, identidades, reconhecimento, multiculturalismo
Democracia	Democracia liberal *versus* Totalitarismo	Democracia *versus* Ditadura; Democracia política *versus* Democracia social ou "real"	Pluralismo de grupos de interesse *versus* Democracia deliberativa e teoria política normativa
Sociedade mundial	Depressão econômica; Segunda Guerra Mundial	Crise do petróleo; Descolonização da África; Guerra Fria; Reconstrução da Europa; Ditaduras militares na América Latina	Redemocratização na América Latina; Descomunização no Leste; União Europeia

Quadro 4.1.1. Semânticas e estruturas da sociedade mundial no século vinte

Para evadir os riscos das abordagens celebratórias da convergência progressiva de ideias aparentemente progressistas como direitos humanos, cultura, desenvolvimento e democracia, podemos observar essas autodescrições da sociedade moderna em um período particular, exatamente quando elas vêm a ganhar maior ressonância e parecem entrar umas no campo de força das outras, produzindo fricções e acomodações. Esse contexto formador da sociedade mundial emerge em meados do século vinte, ganhando proeminência na sequência da segunda guerra mundial. Como todo contexto formador, não é natural, mas se torna naturalizado à medida que cria suas próprias rotinas de trocas, conflitos e debates, com um campo gravitacional que comanda ideias e práticas, estruturas e semânticas. Tudo parece variações sobre um mesmo tema. Mas para produzir essa imagem de resultado natural da história duas condições são necessárias: celebrar as estruturas como consensuais (de modo que não importe mais contestá-las) e inventar uma tradição que posicione os ideais e entendimentos subjacentes como resultados de uma grande cadeia do ser, sendo aperfeiçoada ao longo da história. Imaginação e consenso, instituições e ideais misturados, costurados e ajustados de novo e de novo formam a "ordem superior" da vida social a partir de entendimentos, acordos e agregações de expectativas muito contingentes e episódicos, precários.

Por exemplo, o modo pelo qual os direitos reemergem como semântica política e jurídica nos eventos finais da segunda guerra mundial e na sua sequência é usualmente explicado como uma epifania moral depois das atrocidades que despertaram a consciência moderna simbolizada quase dois séculos antes pelas declarações de direitos das revoluções liberais do Atlântico Norte – especialmente as tradições constitucionais do Reino Unido, da França e dos Estados Unidos. Na verdade, a tragédia do holocausto nazista contra o povo judeu apenas veio a se tornar símbolo do mal desde os anos de 1970; antes disso, nas décadas de 1930 e 40, o cristianismo forjou a semântica da "pessoa humana" e da "dignidade humana"[557].

Decerto os direitos humanos internacionais e os direitos fundamentais (nacionais) têm mais do que uma tangência arbitrária. Os "contrabandos", recombinações e efeitos demonstração entre declarações de direitos nacionais e internacionais vão dos poderes de potências nacionais em moldar a ordem internacional a pressões e alinhamentos geopolíticos que convidam estados mais fracos a subscreverem fórmulas e formas universais de civilização. Mas, durante o século dezenove, o direito que importava era o

[557] Ver Moyn, 2014a, cap. 2 e 6.

direito de propriedade e ele ganhou densidade pelo direito privado. A era do direito público – assim como do direito social – é basicamente o século vinte.

Assim, entre 1776 em Virginia ou 1789 em Paris e o século vinte, não há longa tradição de constitucionalismo baseado em direitos do homem[558]. Para não mencionar a tradição (anti)constitucional britânica, os pais fundadores dos Estados Unidos apenas anexaram uma declaração de direitos à constituição de 1788 por pressão, não por convicção da sua centralidade, e a declaração francesa de 1789 foi incluída no preâmbulo das constituições francesas de 1946 e 1958, mas esteve ausente durante a terceira república, de 1870 a 1940. Mirkine-Guetzévitch, fundador do direito constitucional comparado, propôs na década de 1920 o rótulo de "novo constitucionalismo". Segundo sua interpretação, os direitos constitucionais emergiram nas constituições da Europa do leste após a primeira guerra mundial, resultando da dissolução dos antigos impérios nacionais. O principal monumento dos direitos constitucionais era então a constituição de Weimar de 1919. No início dos anos 1950, Mirkine-Guetzévitch pôde registrar o renascimento dos direitos nas novas constituições promulgadas após a segunda guerra mundial.

Na verdade, as inovações na segunda metade do século vinte vieram em larga medida de um constitucionalismo ainda mais "novo", religioso ou teocrático, coetâneo aos direitos humanos internacionais. Os "direitos humanos" – precisamente este conceito – tomam forma e ganham celebridade nos momentos finais da segunda guerra mundial e durante a guerra fria. Os direitos humanos foram forjados então ao lado dos conceitos circundantes de "pessoa humana" e "dignidade humana" (o último debutando na constituição da Irlanda de 1937, reaparecendo na Declaração Universal de 1948 e na Lei Fundamental alemã de 1949 – sem qualquer inspiração kantiana registrada ou memorável, vale frisar). À primeira vista, os direitos humanos são o campo de um progressismo secular e multicultural. Mas seus "fundamentos" foram encontrados em uma tradição improvável: o direito natural cristão.

Nos anos de 1940, a igreja, seus papas e pensadores tiveram sucesso em capturar e conter a semântica dos direitos, embora o direito natural clássico e cristão, o tomismo e seus seguidores nunca hajam sido receptivos à ideia de direitos e embora o catolicismo haja sido ingrediente no descrédito da democracia liberal (e na ascensão do fascismo e do corporativismo) na Europa durante o período entre-guerras, especialmente nos anos de 1930. Uma interpretação comunitária conservadora do sentido dos direitos – preservando

[558] Para a visão a seguir, ver Moyn, 2010, pp. 28-33.

as hierarquias e divisões tradicionais na sociedade – foi então absorvida pela democracia cristã europeia e manifestada na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950), que foi meramente simbólica e dificilmente executável por décadas. Essa versão da história foi vista como chave para avançar os "valores ocidentais" e enfrentar a barbárie, a revolução e o terror, 1789 ou 1917, o individualismo liberal, o materialismo comunista, o Islã e todos os estados rotulados de "totalitários". O "personalismo" era a sabedoria salomônica a rejeitar tanto o individualismo quanto o coletivismo. Essa visão foi desenvolvida desde os escritos de Jacques Maritain até as encíclicas papais como *Pacem in terris* (1963, Papa João XXIII)[559].

As raízes históricas são sempre contingentemente definidas, inventadas, e a mesma "linhagem cultural" pode ser reformatada de modos contrastantes. A história das reversões na semântica dos direitos é repleta de exemplos. Uma dessas reversões é a tradução da ideia monoteísta de direitos humanos como lema e ferramenta do engajamento progressista da igreja católica romana nas décadas finais do século vinte na América Latina. Importante setor dessa igreja constituiu um movimento principal nas mobilizações da sociedade civil contra as ditaduras militares que governavam muitos dos países na região[560]. Refletindo a autocompreensão dos defensores católicos brasileiros dos direitos humanos, um dos principais juristas apresentou seu balanço da "afirmação histórica dos direitos humanos" e precisamente identificou a origem deles na "era axial" (entre os séculos oito e dois a.C.), quando o ser humano teria começado a ser considerado essencialmente igual, com os atributos da liberdade e razão[561]. A tese da "era axial" fora proposta por Karl Jaspers para localizar a origem das ideias filosóficas e religiosas que permanecem as mais influentes até hoje, incluindo a filosofia grega e o advento dos monoteísmos semíticos, começando com o judaísmo e seguindo com o cristianismo e o islamismo. Nas palavras de Unger[562], essa tese "foi então em parte inspirada pelo desejo do autoprofessado partido do Iluminismo no mundo do Atlântico Norte, da Segundo Guerra Mundial até hoje, sempre pronto a ver a si mesmo como os amigos sitiados da razão, em inventar uma genealogia para si mesmo". O objetivo era encontrar algum espaço de coexistência entre a religião contida pela razão, de um lado, e humanistas seculares e pensadores críticos, de outro. Assim, embora essas crenças religiosas hajam sido decisivas na história, ao lado de suas visões modernas seculares nas ideologias do liberalismo e do socialismo, é surpreendente notar o quanto

[559] Para esse levantamento sobre a semântica cristã dos direitos humanos, ver Moyn, 2015a.
[560] Ver Moyn, 2010, pp. 140-6.
[561] Comparato, 2010 [1999], pp. 20-4.
[562] Unger, 2014, p. 450.

essas origens distantes do nosso mundo são na verdade uma reivindicação recente de herança intelectual.

Se, de um lado, os direitos humanos apresentaram esses enredamentos improváveis com visões religiosas, de outro o sucesso deles na segunda metade do século vinte pode ser relacionado à sua função *vis-à-vis* as ideologias políticas. Nesse sentido, eles são uma versão algo residual e defensiva de ideal ou "utopia", quando as crenças mais poderosas, demandantes e fiéis – como nacionalismo, socialismo, comunismo ou terceiro-mundismo – retraíram. Três cenários principais e uma visão para o futuro vêm dessa abordagem que vai além das "origens profundas"[563].

O primeiro cenário, nos anos precedentes, nos momentos finais e na sequência da segunda guerra mundial, firma a ideia de complementar as pretensões definidoras da cidadania do século dezenove com esquemas nacionais de assistência social. A Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) foi o símbolo da globalização de diretrizes em bases estatais-nacionais de proteção. A democracia liberal, social, em oposição ao comunismo foi a diferença condutora. A ordem mundial incorporou algo do espírito do *New Deal*, sendo a "liberdade da necessidade" de Roosevelt incluída nos patamares mínimos que o estado deveria assegurar. Essa incorporação foi obviamente contestada por vários espectros ideológicos. Menos contestado foi o espírito papal de ver os direitos humanos como totem antitotalitário e a interpretação semelhante de que eles tratavam do modo de vida em defesa do qual os aliados foram à guerra. Alguns juristas, como Lauterpacht, incorporaram os direitos humanos em seus prognósticos de paz pelo direito internacional, lamentando a falta de executoriedade da Declaração. Circundando a busca por legitimação das Nações Unidas, os direitos humanos foram figurantes, não protagonistas, e não geraram qualquer movimento de massas ou ativismo não governamental poderoso, mas foram úteis como discurso moral capaz de extrair excedentes de consenso.

O segundo cenário pode ser marcado como resposta à Carta Atlântica (1941), pela qual os aliados afirmaram "o direito de todos os povos de escolherem a forma de governo sob a qual irão viver". Na verdade, isso apontava não para a descolonização e a libertação de todos os impérios, mas para o combate contra as pretensões imperialistas nazistas. Seja no norte, seja no sul global, pensava-se que a mudança real não viria de consenso moral, mas da luta política por meio de parlamentos, movimentos ou revoluções (armadas). O

[563] Ver Moyn, 2010.

anticolonialismo buscou no direito internacional o reconhecimento da soberania nacional, não sua contenção por direitos individuais universais. O objetivo era empoderar os estados pós-coloniais como expressão da autodeterminação dos povos e ferramenta do desenvolvimento coletivo – e não opor pessoa e estado. Nos anos 60, o contraste entre direitos humanos e autodeterminação dos povos finalmente chegou a uma re-entrada, com a autodeterminação vindo a ser considerada o primeiro dentre os direitos humanos e seu pré-requisito. Mas a autodeterminação era o protagonista e os direitos humanos, o figurante em cena (em paralelo, nos Estados Unidos, as lutas contra a discriminação racial tratavam de direitos civis nacionais). O propósito era ainda combater o imperialismo e construir estados nacionais, não restringir sua soberania.

O terceiro movimento enfrenta o declínio dos regimes do leste e a evasão das fés e das armas dos anos 60. Em um refluxo de grandes esperanças, o final da década de 1970 e os anos 80 marcam a ascensão dessa reivindicação tênue e residual, a ascensão final dos direitos humanos – como expectativas generalizadas, incorporando o paradoxo de uma política suprapolítica e de uma ideologia (ou moralidade) meta ou pós-ideológica em discursos e teorias, movimentos sociais transnacionais e lideranças políticas nacionais. Os direitos humanos absorvem velhas semânticas – cristianismo, solidarismo, socialismo, liberalismo, cosmopolitismo – e as redescrevem como um novo "mundo" coerente (um novo "horizonte de sentido"). Os direitos humanos são agora não apenas amplamente vistos mas efetivamente invocados como armas contra a soberania – não como seu derivativo, como nas semânticas contratualistas ou constitucionalistas. No campo das ONGs, a Anistia Internacional ganhou notoriedade e a Human Rights Watch foi fundada. De fato, apenas três décadas após a Declaração Universal é que seus derivativos executáveis tornaram-se realidade: em 1976 os Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais – lançados dez anos antes e assim bipartidos – entraram em vigor. Apenas nos anos 80 as petições individuais ganharam uso massivo na Corte Europeia de Direitos Humanos, órgão do Conselho da Europa. A Convenção Americana de Direitos Humanos, lançada em 1969 pela Organização dos Estados Americanos (OEA), entrou em vigor somente em 1978, quando muitos países latino-americanos estavam sob ditaduras militares.

Nessa fase de maturidade, os direitos humanos, primeiramente uma estratégia semântica promovida pelos Estados Unidos durante a Guerra Fria e depois um projeto sustentado por alianças de elites políticas, jurídicas, acadêmicas, econômicas e

filantrópicas, tonaram-se em sequência legitimados ao ganharem autonomia em relação a estratégias nacionais oficiais e mesmo disputas partidárias; nunca desconsiderando aquele tipo de alianças simbióticas e avançando na profissionalização e no *marketing*, os protagonistas tornaram-se as ONGs transnacionais e as táticas passaram a incluir a organização de massa e a comoção espetacular da opinião pública pelos meios de comunicação[564].

No centro do humanitarismo liberal que marcou os direitos humanos nos anos 70 e depois, estava uma agenda de mitigação do sofrimento e combate dos autoritarismos à esquerda e à direita nos segundo e terceiro "mundos". Na América Latina, por exemplo, atores políticos que resistiam às ditaduras foram pressionados a retrair de estratégias e demandas mais radicais e disruptivas, voltando-se para a reivindicação das instituições e ideais liberais básicos: estado de direito, democracia e direitos humanos. Chegaram à mesma conclusão de Weber quando comentava a revolução russa de 1905: antes de buscar mudanças maiores e mais revolucionárias, era preciso reter de partida os direitos civis e políticos, "os 'direitos inalienáveis do homem', que se tornaram tão 'entediantes' para nós europeus ocidentais como pão preto para a pessoa que tem o bastante para comer"[565].

Nos trabalhos da Liga das Nações e nas primeiras décadas da ONU, campanhas humanitárias contra o trabalho forçado, o tráfico humano e a escravidão, assim como o suporte a refugiados, "eram tipicamente causas filantrópicas desdobradas em um mundo hierárquico para combater práticas ilícitas de povos, religiões e impérios estrangeiros elencados como brutais e incivilizados"[566]. Apesar do antitotalitarismo da gênese cristã dos direitos humanos no pós-guerra, eles permaneceram distinguidos do direito humanitário e das intervenções humanitárias até a especialização mais recente no combate a ditaduras, o que levou os direitos humanos a enfatizarem torturas, desaparecimentos e genocídios, e só depois a pobreza e a fome. A dominância dos direitos civis e políticos sobre os direitos sociais (que eram muito importantes nos anos 40) ainda é notável, mas ao mesmo tempo os direitos humanos tornaram-se progressivamente a semântica centrípeta para redescrever os mais diferentes interesses e "bandeiras", reivindicações sobre minorias, pobreza, trabalho, proteção ambiental, preservação cultural, paz mundial, governança global... direito ao desenvolvimento. O foco estreito mas urgente em eventos espetaculares e no alívio imediato a catástrofes encontrou pressões para alargar o escopo dos trabalhos dos direitos

[564] Dezalay; Garth, 2002, cap. 4 e 8.
[565] Weber, 1995 [1906], p. 108.
[566] Moyn, 2010, p. 72.

humanos, a fim de fazê-los tratar de problemas estruturais, que demandam mudança institucional e ideias para tanto[567]. (Luhmann[568] conjecturou que talvez esteja se formando um sistema de ajuda ao desenvolvimento ou de promoção do bem estar social como contrapeso à dinâmica excludente da diferenciação funcional.)

A moral dessa história recente é que, por detrás dos apelos morais, há sempre estruturas de poder e interesse. Ideais são apenas uma parte do jogo, no qual instituições e disputas não podem ser substituídas por imperativos metafísicos. Assim como a política nacional – com dissenso, ideologias e grupos em oposição – molda o direito nacional, o direito internacional não pode ser um empreendimento suprapolítico. Assimetrias regionais e interesses contrastantes são suas primeiras matérias-primas, ao lado de outras diferenças, visões e demandas priorizadas e marginalizadas. Uma semântica não flutua sobre suas estruturas, embora possa apontar para além de suas circunstâncias.

Uma história paralela no pensamento político e jurídico coevolui com tais metamorfoses nas semânticas e estruturas dos direitos. O século vinte mudou radicalmente ambos os lados da forma democracia/ ditadura em comparação com o significado antigo-clássico desses termos. Após passar por quatro grandes metamorfoses semânticas no ocidente[569], a forma "democracia" vem a se fixar em contraponto à ditadura e serve para reafirmar a institucionalidade liberal do governo representativo.

---

[567] Moyn, 2010, pp. 220-5.

[568] Luhmann, 2013 [1997], p. 26.

[569] Ver Bobbio, 1989 [1978]. Na antiguidade, na teoria das formas de governo segundo o critério moral e estratificatório, a *politeia* veio a ser associada ao poder soberano exercido pela maioria ou pela multidão (Platão critica a democracia como governo dos pobres contra os ricos e a posiciona ao lado da tirania, quando o poder é exercido arbitrariamente por um soberano ungido pela fúria plebiscitária do povo, ou dos pobres; Aristóteles reserva o termo democracia para a forma degenerada do governo da maioria, contra o bem comum). No início da modernidade, aristocracia e democracia tendem a ser identificadas na forma da república (que confere o exercício da soberania do estado a uma assembleia, democrática ou aristocrática), contrapondo a república ao principado ou à monarquia. Na forma república/ principado (Maquiavel), o terceiro excluído é o despotismo, associado por Montesquieu aos povos orientais. Nos tempos de consolidação do estado territorial europeu, a maioria dos filósofos políticos defende a adequação da república para a antiguidade, mas primazia da monarquia para o estado moderno (Hobbes e Locke, Vico e Bodin, Kant e Hegel). Uma exceção democrática é Spinoza; outra é Rousseau. Ele marca a terceira metamorfose do conceito de democracia, no contraponto entre democracia direta (sem representantes ou sociedades "intermediárias", como defendia Rousseau) e democracia representativa (sustentada em uma vida associativa densa, segundo analisava Tocqueville). A visão democrática pós revoluções liberais e institucionalizada na forma de governo representativo (defendido por Mill) vem a ser combatida no século vinte como insuficiente e contraposta à "democracia real". Nessa última grande metamorfose do conceito de democracia, há uma oscilação entre mecanismos de democracia direta (governo assemblear, mandato imperativo, referendo) e a centralização de poder pela ditadura revolucionária (a "ditadura do proletariado" de Marx). O modelo da ditadura romana, "comissionária", previa a legitimação extraordinária de um magistrado nomeado pelos cônsules para exercer temporariamente plenos poderes em estado de necessidade (guerra, crise). Como o interstício revolucionário não pôde mais ser considerado instantâneo e as ditaduras tornaram-se regimes burocráticos duradouros, toda a forma antiliberal de governo no século vinte veio a ser classificada como "totalitarismo" (Schmitt) ou autoritarismo. Consolidaram-se a distinção democracia/ ditadura como principal

Ao final do século vinte, os processos de redemocratização dos segundo e terceiro "mundos" fizeram das distinções entre democracia e ditatura marcas do passado – uma memória merecedora de preservação, mas também uma conquista evolutiva já razoavelmente restabilizada. A distinção entre democracia política e democracia social (mais ampla) esmaeceu com a subscrição à centralidade da liberdade política e econômica. Enfrentando teorias econômicas de interesses de grupo, concepções normativas democracia deliberativa e liberalismo político modeladas no Atlântico Norte desde o ocaso do estado social agora se tornam a semântica progressista mundial, não por último para o pensamento constitucional.

Durante a ascensão do "personalismo" – a interpretação cristã dos direitos – na segunda guerra mundial, um teólogo protestante chamado John Rawls pôde apresentar uma tese sobre pecado e fé, defendendo a visão de que o indivíduo é mais que isso, é uma pessoa, e que a sociedade é mais que um grupo de indivíduos, é uma comunidade[570]. Com o mesmo Rawls, os mesmos anos 70 que assistiram à ascensão do discurso "suprapolítico" dos direitos humanos observam uma revivescência do contratualismo por meio de uma teoria liberal que reivindica ter encontrado o mínimo "consenso sobreposto" normativo compatível com visões contrastantes do mundo. Essa coincidência cronológica entre a ascensão dos direitos humanos e do "liberalismo igualitário" deu aos filósofos políticos e jurídicos um álibi para tratar essa nova instituição e ideal (os direitos humanos) à moda contratualista ressuscitada dos "direitos naturais"[571]. (Contudo, o próprio Rawls não fazia qualquer reivindicação explícita sobre tal analogia, e apenas nos anos 90 apresentou sua concepção do "direito dos povos", estendendo sua teoria normativa à ordem internacional[572].)

A teoria do direito encontrou, em sua resposta idealista aos céticos que haviam desacreditado o formalismo, aliado poderoso na teoria política normativa. Os direitos podiam ser interpretados como expressões de uma ordem moral latente sob a desordem das regras jurídicas. Mas o que é precisamente essa nova semântica dos direitos constitucionais avançada pelo idealismo jurídico? Sua base estrutural é a difusão global do controle de constitucionalidade, que levou juízes e cortes constitucionais ao papel de protagonistas na cena jurídica. Os programas e as políticas do estado social eram antes de tudo questões

---

diferença do sistema político e a democracia como premissa para a reprodução sucessiva de outras diferenças no sistema político (monarquia/ república, presidencialismo/ parlamentarismo, governo/ oposição).

[570] Moyn, 2015a, p. 17.

[571] Moyn, 2010, pp. 214-6.

[572] Rawls, 1999b.

administrativas; agora, mesmo se vestidos apenas por normas constitucionais aspiracionais, os direitos sociais vêm ao lado dos direitos civis para o centro do direito, demandando decisões vinculantes na abordagem artesanal do trabalho judicial – não simplesmente o acesso politicamente definido e a produção em massa de serviços públicos pela burocracia estatal. A difusão global do controle de constitucionalidade empodera e é empoderada por uma semântica correlata: o "modelo global" (alemão-americano) de justificação, argumentação e interpretação centradas em direitos, incluindo teorias de direitos como princípios, de sopesamento e proporcionalidade[573]. A tentativa de evocar um "patriotismo constitucional" e discernir uma "identidade constitucional" própria, supraideológica, diferente da agregação contingente das correntes de opinião da política democrática, parece ser outra resposta idealizante típica[574]. Ao pretender barrar o direito contra a invasão da política, essas empreitadas acabam por viabilizar antes o reverso.

Apenas para dar um sentido da contingência e da novidade dessa semântica constitucional, ressalto duas observações. A primeira: ainda nos anos 70, contrapondo-se aos céticos e aos idealistas, Hart[575] comentava o protagonismo judicial como uma peculiaridade dos Estados Unidos, cuja suprema corte decidira declarar a inconstitucionalidade de atos dos governos federal e estaduais e desenvolvera padrões de razoabilidade, controlando não apenas o devido processo legal formal, mas também o substancial, na proteção da liberdade e da propriedade. A segunda observação é a crítica de Unger à indisposição para com a política democrática na teoria jurídica e constitucional dominante nos Estados Unidos e no mundo.

> Os dois pequenos segredos sujos da teoria do direito contemporânea na época da análise jurídica racionalizadora são a sua dependência de uma visão hegeliana de direita da história social e jurídica e seu desconforto com a democracia: o culto do triunfo histórico e o medo da ação popular. O hegelianismo de direita encontra expressão em uma prática cotidiana que enfatiza a astúcia da história em desenvolver a progressão de uma ordem racional em direção à eficiência alocativa, ou a esclarecimentos da responsabilidade institucional ou a princípios do justo moral e político a partir do material não promissor do conflito e do compromisso histórico. O desconforto com a democracia aparece em todas as áreas da cultura jurídica contemporânea: na identificação incessante de restrições ao poder da maioria, e não de restrições ao poder das minorias dominantes, como responsabilidade primordial dos juízes e juristas; na consequente hipertrofia de práticas e arranjos contramajoritários; na oposição a todas as reformas institucionais, particularmente aquelas destinadas a aumentar o nível de engajamento político popular, como ameaças a um regime de direitos; na equação dos direitos de propriedade com os direitos de dissidência; no esforço de obter dos juízes, sob a capa de melhorar a interpretação, os avanços que a política popular não consegue obter; no abandono

[573] Sobre essas tendências do constitucionalismo contemporâneo, ver *e.g.* Tushnet, 1999; Hirschl, 2004; Ginsburg, 2008; Bomhoff, 2013; Möller, 2012; Stone Sweet, 2000; Bellamy, 2013.
[574] Ver *e.g.* Rosenfeld, 2010.
[575] Hart, 1983b [1977], pp. 124-5.

> da reconstrução institucional aos momentos raros e mágicos da refundação nacional; no foco unilateral em juízes superiores e em sua seleção como a parte mais importante da política democrática; em um ideal de democracia deliberativa como mais aceitável quanto mais próximo em estilo a uma conversa educada entre cavalheiros em uma sala de estar do século dezoito; e, ocasionalmente, no tratamento explícito do governo partidário como uma fonte subsidiária, de última instância, da evolução jurídica, a ser tolerada quando nenhum dos modos mais refinados de solução jurídica se aplica. Medo e aversão ao povo sempre ameaçam tornar-se as paixões dominantes dessa cultura jurídica. Longe de se limitarem a variantes conservadoras da doutrina jurídica contemporânea, essas paixões deixaram sua marca no pensamento jurídico centrista e progressista.[576]

Uma vez que se observem os detalhes do entrincheiramento dos usos específicos de referências aos direitos humanos e fundamentais, também se nota o enredamento dessa semântica com outras ideias e práticas em mutação. Por exemplo[577], a concepção nacionalista e "social" de direitos e liberdades da década de 1940 era enlaçada a uma visão de economia – a Declaração Universal era uma moldura para os estados nacionais, afirmando algo como democracia liberal e esquemas nacionais de bem estar social e política econômica. No sul, isso significava o estado desenvolvimentista. O paradigma "humanitário" sucessor, que domina desde os anos de 1980 e trouxe a efetiva globalização e incrustação do discurso de direitos humanos, é coetâneo à ascensão da mentalidade econômica oposta – o neoliberalismo.

A segunda guerra mundial colocou a Europa ocidental em circunstâncias de violência e escassez que fizeram da democracia política e do desenvolvimento econômico discursos de elite centrais no Atlântico Norte, com planos de reconstrução e cooperação e a fixação de novas organizações internacionais comerciais, monetárias e financeiras. O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT, o precursor da Organização Mundial do Comércio – OMC), o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e uma série de precursores da União Europeia eram as contrapartes econômicas ao lado político, o Conselho da Europa, a Organização dos Estados Americanos e as Nações Unidas. Essa configuração institucional tem sua contraparte ideológica na construção de um contexto formador: a democracia cristã e os direitos humanos eram parte da teologia política a sustentar essa "restabilização da Europa burguesa depois da Segunda Guerra Mundial"[578], assim como o liberalismo da Guerra Fria e a ascensão dos grupos de interesse e "novos" movimentos sociais.

[576] Unger, 1996, pp. 72-3. Inspirado também por esse diagnóstico (ver Waldron, 1999, pp. 8-10), Waldron procura dar um novo status de justificação à "dignidade" da legislação em contraponto à jurisprudência. Sobre a teoria política inspiradora dessa prática constitucional, ver *supra 3.2.1*.
[577] Moyn, 2015b.
[578] Moyn, 2015a, p. 171.

Um tema definidor do contexto institucional e semântico no pós segunda guerra é, assim, a socialdemocracia. Transformações radicais nas estruturas econômicas e políticas, com uma mudança de comando, foram dispensadas. A democracia parlamentar, com seus baixos níveis de mobilização popular e entrincheiramento crescente de interesses poderosos, foi tomada como a única plataforma natural para a política, assim como para a economia o protagonista foi definido como a grande indústria e a produção em massa. O foco era o aumento do consumo combinado com mais tributação progressiva, gasto público e programas de transferência de renda.

No norte, o foco era o estado social, suas crises e o crescimento econômico. No sul, uma estrutura mínima de proteção social e serviços públicos sempre foi, mais que realidade, um projeto recorrente; as preocupações eram com desenvolvimento. O desenvolvimento econômico também emerge como semântica global no pós segunda guerra mundial[579]. Vindas do sul (especialmente da América Latina), havia teorias do desenvolvimento econômico sob os rótulos de "estruturalismo", "subdesenvolvimento", "dependência", "neomarxismo" e "sistema-mundo". Vindas do norte, teorias da modernização e do crescimento econômico, cuja mensagem era de que a importação de certo estilo organizacional e tecnológico (a indústria de produção em massa, as técnicas gerenciais correlatas, o mercado regulado e a democracia representativa) asseguraria a prosperidade econômica. As renitências das estruturas sociais, embora existissem, poderiam ser vencidas por soluções transitórias de autoritarismo político que criasse as pré-condições para uma ordem liberal competitiva conforme os dispositivos que haviam sido provados vencedores nos países ricos[580]. Foram desconsideradas para fins de exportação as "heresias" que esses países cometeram a relação aos modelos puros propagandeados (*e.g.* em sua larga ação estratégica do governo na área econômica e tecnológica), e que em sinergia com as "fórmulas do sucesso" é que constituíram de fato produziram bons resultados.

Transformações semânticas e estruturais redobraram os desafios das políticas nacionais em uma economia mundial. Essas mudanças são marcadas pela ascensão, especialmente desde os anos 80, do neoliberalismo[581]. Aqui, a distinção entre vanguardas e retaguardas é apenas potencializada. Em suma, a ideia-diretriz é que o estado precisa deixar de ser um empreendedor estratégico diretamente e deveria focar apenas no controle

[579] Ver Arndt, 1987.
[580] Unger, 2001b [1987], pp. 258-9.
[581] Sobre o neoliberalismo e sua relação com alternativas nacionais, ver Unger, 1998, esp. pp. 52-132.

regulatório e antitruste da atividade econômica privada, de um lado, e em uma rede de proteção social a cobrir aqueles ainda incapazes de serem compradores autônomos no mercado.

Que tanto os direitos humanos quanto o neoliberalismo ascenderam no final dos anos 70 e foram semânticas dominantes durante as décadas seguintes é um fato. Como podemos interpretá-lo? Primeiramente, o holofote sobre s direitos civis e políticos foi eficaz em sombrear e marginalizar demandas mais desestabilizadoras[582]. Em segundo lugar, quando a economia era de alguma forma tangenciada, como na referência aos direitos sociais, a ligação tênue mas crucial e astuta pode ser[583] que, focando em "mínimos" e "pisos" sociais, os direitos humanos eram silentes sobre o "teto" da desigualdade, favorecendo mais o combate à pobreza e medidas suficientes para levarem à inclusão no mercado do que transformações mais radicais das estruturas distributivas do próprio mercado. Ao iluminar discriminações localizadas, em nome do tratamento igual ou da igualdade de oportunidades, as expectativas simbolizadas pelos direitos humanos ajustaram-se à nova mentalidade político-econômica e justificaram-na, prevenindo uma contestação abrangente que considerasse a distribuição primária de recursos e desigualdades extremas de riqueza, poder e autoridade – na verdade, colocando na penumbra essa possibilidade ou necessidade.

Ao lado dos fenômenos econômicos e do lema da "globalização", a semântica contemporânea dos direitos humanos funciona como uma bola de neve moral que absorve quase todos os ideais, interesses e movimentos políticos, enquanto traduz cada decisão coletivamente vinculante em reivindicação de cada indivíduo ou grupo por "sua parte". Uma terceira margem que conecta essas fronteiras é a semântica do multiculturalismo. Outra autodescrição corrente da sociedade mundial é, então, aquela culturalista: globalização da cultura, hibridização das identidades, transculturação[584].

De um lado, essa semântica de multiculturalismo, identidade e reconhecimento no Atlântico Norte é uma marca das limitações institucionais e tecnológicas ao nacionalismo econômico, da reliberalização dos estados sociais e das crises globais que fazem de velhos países de emigração europeus novos destinos de imigração massiva (ao lado dos Estados Unidos). De outro lado, ela marca mudança profunda na legitimação "de baixo" dos estados. Com o declínio da produção em massa, *o* movimento social dos trabalhadores

[582] Dezalay; Garth, 2002, p. 131.
[583] Moyn, 2014b.
[584] Ver Pieterse, 2007; 2009 [2003].

industriais assalariados e sindicalizados está se tornando uma parte cada vez menor da força de trabalho diante do trabalho precário e informal. O direito social e os direitos trabalhistas agora ganham muitas vezes menos atenção que a proteção das "minorias". Os direitos das minorias – nascidos na Europa do leste durante das tensões nacionalistas do entre-guerras (o regime da Liga das Nações), cobrindo progressivamente disputas contra a discriminação de raça, gênero, religião e propelidos por "novos" movimentos sociais e fluxos migratórios – são uma tradução da fragmentação crescente de uma moralidade de valores na mentalidade dos direitos humanos.

Há várias correntes de multiculturalismo[585] e é possível esboçar algumas de suas traduções institucionais. Um multiculturalismo conservador enfatiza grupos e diferenças identitárias como traços permanentes; o pluralismo cultural é sustentado por redes de dependência pessoal, mantendo as pessoas integradas em seus grupos mais ou menos isolados, enquanto os representantes desses grupos podem vir a se integrar na elite social geral, não diferenciada por identidades comunitárias. Em contraposição, há um multiculturalismo liberal centrado na atribuição de direitos individuais; é possível então desenvolver parâmetros argumentativos para considerar as demandas de tratamento igual sustentadas pela invocação de direitos culturais[586]. Há, finalmente, políticas de identidade e reconhecimento, que se centram nas "minorias", grupos vulneráveis cujas diferenças culturais, étnicas, sexuais, religiosas historicamente os estigmatizaram e provocaram desigualdades de respeito e oportunidades; demandam então uma afirmação compensatória por meio de mecanismos de inclusão política, econômica, educacional.

4.2. As autoconsciências e o direito: uma ilustração

Luhmann considerou que a sociedade mundial não pode ser descrita a partir de Frankfurt[587]. Poderia talvez ser observada desde o Rio de Janeiro? Quero apontar algumas experiências brasileiras exemplares de ligação do direito e dos direitos aos ideais do desenvolvimento, da democracia e da cultura. Ao abordar esses laboratórios de pensamento e ação, considero que sejam significativos para a situação geral do sul global, em sua dependência da trajetória de reformas e fé nessas reformas pela cópia e transplantação de ideias e instituições do norte.

[585] Pieterse, 2007, p. 123.
[586] Ver Amato, 2013.
[587] Luhmann, 2002a [1990], p. 193. Ver *supra 1.1*.

Durante a década de 1960 e 70, acadêmicos vindos do norte com bandeiras de "direito e desenvolvimento", "modernização" e "pluralismo jurídico" observaram o Brasil a partir de um contexto intelectual particular de renovação das faculdades de direito nos Estados Unidos. Ao lado do Direito e Desenvolvimento (ou Direito e Modernização), esse contexto geraria uma nova onda de estudos de sociologia jurídica (o movimento Direito e Sociedade[588]) e também o movimento dos Estudos Jurídicos Críticos. Todos esses "movimentos" eram antes de tudo linhas de pesquisa na academia e/ ou em agências públicas ou privadas. Apenas o movimento dos direitos humanos tomaria, desde os anos 70, o caminho de um movimento social, e então ganharia as faculdades de direito.

Em alinhamento com algumas esperanças e lições coletadas na observação desse tipo de observações, durante os anos de 1980 o foco dos juristas brasileiros virou-se à reconstitucionalização do país, culminando com a constituição de 1988. A ampla constitucionalização de direitos civis e sociais e de um modelo econômico "desenvolvimentista" levaram o direito constitucional brasileiro a revisitar velhas tradições sobre "normas programáticas" e a importar doutrinas de sua ex-metrópole, com sua "constituição dirigente" de 1976. Inovações em órgãos, procedimentos e remédios de controle de constitucionalidade e defesa de interesses coletivos e difusos finalmente fluíram em paralelo à importação da teoria do direito idealista.

Luhmann, principalmente na sua última década (a de 1990), teve sua teoria internamente confrontada por críticas vindas especialmente da teoria e da sociologia do direito e da constituição[589] – com a demanda de estabelecer bases empíricas compatíveis com sua pretensão de construir uma teoria da sociedade mundial, não apenas do noroeste global. Como as perspectivas luhmannianas e ungerianas responderiam aos embaraços colocados por essas experiências de tradução de democracia, desenvolvimento e cultura em instituições jurídicas? Como a internalização e a formatação jurídica dessas semânticas envolveram os direitos?

Como proposta de importação/ exportação de instituições e campo de observação do sul global pelo norte – por suas universidades, fundações privadas e agências nacionais de assistência ao desenvolvimento no "terceiro mundo" –, o *law and development* defendeu às vezes visões antiformalistas (a instrumentalidade do direito na consecução de políticas e reformas econômicas), às vezes perspectivas formalistas (sustentando a necessidade de segurança jurídica para atrair o investimento privado). Uma forma da

[588] Sobre o movimento *Law and Society*, ver Friedman, 1986; Trubek, 1990.
[589] Ver *e.g.* Luhmann, 1992.

implementação do movimento Direito e Desenvolvimento foi por meio da pesquisa empírica e da proposição de reformas na ordem jurídica de países de terceiro mundo. Uma de suas agendas foi a reforma da educação jurídica nesses ambientes. Esse foi o escopo do engajamento no Brasil de alguns acadêmicos americanos.

Henry Steiner era um professor de responsabilidade civil e direito internacional privado; nos anos 70, ele viria a ser uma espécie de mediador na intensa disputa acadêmica em Harvard entre os conservadores e o emergente movimento dos *critical legal studies*[590], do qual Unger viria a ser um dos líderes fundadores[591]; nos anos 80, Steiner voltou-se aos direitos humanos, fundando o programa de direitos humanos da Harvard Law School. Mas, antes da era dos direitos humanos e dos Estudos Jurídicos Críticos, ele escreveu um relatório sobre a educação jurídica no Brasil. Na verdade, em 1966 Steiner havia fundado com David Trubek (e alguns advogados brasileiros) o Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED) no Rio de Janeiro. Steiner trabalharia nesse centro durante cinco anos, enquanto Trubek viria a dirigir o programa Direito e Modernização de Yale, de 1967 a 73[592].

A modernização no Brasil produziu uma cultura jurídica historicamente fixada sobre uma cisma entre aquelas áreas, grupos, relações e transações para as quais o direito crescentemente formalizado (códigos, contratos, cortes) estava em jogo e aqueles para os quais os direitos e deveres, as sanções e os poderes eram sustentados por interação, família,

[590] Dezalay; Garth, 2002, pp. 164-7.

[591] A colaboração de Unger é registrada em agradecimentos e citações de Steiner, 1971, pp. 39 (nota), 45 (nota 9), 47 (nota 11), 59 (nota 23), 61 (nota 25); Trubek, 1972a, pp. 720 (nota), 736-7 (nota 31), 752 (nota 71); Trubek, 1972b, pp. 1 (nota), 4 (nota 8), 19 (nota 65), 20 (nota 69), 39 (nota 116). Segundo Dezalay e Garth (2002, p. 287, nota 1), o desenvolvimento dos *critical legal studies* estava ligado às contradições da guerra fria e ao movimento Direito e Desenvolvimento. Nesse contexto é que Unger deixou o Brasil para ir estudar em Harvard, sob o encorajamento de Henry Steiner e David Trubek. Trubek (2007, p. 327) relata que encontrou Unger quando este era inda estudante de direito no Rio de Janeiro. Em 1969, Unger foi para a Harvard Law School, onde completou seu mestrado (LL.M., 1970) e doutorado (S.J.D., 1976). Em 1972, Trubek (1972b, p. 1) já mencionou o estudo de Unger que viria a ser *O direito na sociedade moderna* (Unger, 1976b), registrando que ele esclareceu "ideias que eram apenas vagas reflexões". Esse livro continuou a ser influente tanto para os Estudos Jurídicos Críticos quanto para o Direito e Desenvolvimento (ver *e.g.* Kennedy, David, 2013, p. 70, nota 2). Mais tarde, Trubek (1989) resenharia a trilogia *Política* de Unger.

[592] Antes de dirigir o programa Direito e Modernização (financiado pela Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional – USAID) na Yale Law School (ver Kalman, 2005, esp. pp. 259-63), Trubek trabalhou no Brasil nos anos 60. Ele foi advogado do Departamento de Estado americano, no departamento de moradia e desenvolvimento urbano da USAID, advogado do programa Aliança para o Progresso (governo Kennedy) e consultor da Fundação Ford. No Brasil, foi coautor de um estudo sobre o mercado de capitais recém-criado e ajudou a fundar o CEPED. Ver Trubek; Galanter, 1974, p. 1066, nota 13; Trubek, 2007; Steiner, 2010 [2009]. O CEPED é considerado (Dezalay; Garth, 2002, p. x) como o marco do nascimento do Direito e Desenvolvimento no Brasil. Sobre a história e o legado desse centro, ver Gardner, 1980, cap. 6 (incluindo várias referências a Unger); e Lacerda; Falcão; Rangel, 2012 (incluindo testemunhos de Steiner e Trubek). Outros importantes institutos de pesquisa foram fundados à época, como o Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, fundado em 1969, financiado pela Fundação Ford e liderado pelo sociólogo Fernando Henrique Cardoso, futuro presidente do Brasil (Dezalay; Garth, 2002, pp. 69-70, 104-5).

favor, vontade e dominação privada. Com tal pano de fundo, o diagnóstico dado por Steiner[593] era que o papel do bacharel em direito estava sendo complexificado pelas exigências das atividades econômicas privadas em expansão e do planejamento e da regulação governamentais. Para além da mentalidade forense típica, o desenvolvimento econômico demandaria o aperfeiçoamento das habilidades de "planejar, desenhar e implementar arranjos jurídicos", para o que os juristas podem ter vantagens sobre homens de negócios e de estados – incluindo mais fidelidade ao tratamento igual e a outros requisitos de equidade procedimental. Despreparados para essas funções, os juristas muitas vezes foram ultrapassados por tecnocratas no desempenho dessas tarefas. Agentes das ideias liberais-constitucionalistas desde o século dezenove, os juristas estiveram largamente alienados da produção do direito pelo estado desenvolvimentista de meados do século vinte.

De um lado, o principal resultado imediato daquele laboratório inovador de educação jurídica e das atividades correlatas foi propulsionar um pequeno grupo de advogados corporativos, encorajando-os a juntarem-se à nova elite tecnocrática[594]; ao contrário de outras experiências latino-americanas (como a chilena), o Direito e Desenvolvimento no Brasil teve pouco efeito direto na promoção dos direitos humanos ou da advocacia de interesse público – ou mesmo, pelo CEPEC, na reestruturação em larga escala da educação e pesquisa jurídicas[595]. De outro lado, os acadêmicos do Direito e Desenvolvimento tornaram-se profundamente conscientes do autoritarismo político ao redor dos projetos de modernização econômica liderados pelo estado[596].

A crônica das falhas anunciadas do Direito e Desenvolvimento registrou algumas causas no obituário. A assistência ao desenvolvimento jurídico visava a capacitar o cidadão e a dar ferramentas para melhorar a proteção da liberdade individual, as oportunidades e métodos da participação política e a promoção da igualdade social. A racionalidade compartilhada cujo progresso era esperado fora na verdade truncada pelas formas institucionais nas quais aqueles ideais foram traduzidos. Poderíamos redescrever essas perdas na tradução por referência a três conjuntos de problemas.

---

[593] Steiner, 1971.

[594] Essa foi na verdade a conclusão apresentada por Unger como um observador independente na avaliação daquele programa (como citado por Gardner, 1980, pp. 79-80).

[595] Ver Dezalay; Garth, 2002, esp. pp. 42-3, 48-58, 106-9, 272. Sobre os economistas e cientistas políticos brasileiros "produzidos" nos Estados Unidos, ver o cap. 6. Segundo os autores, o sucesso dessas novas elites profissionais contrasta com o fracasso do Direito e Desenvolvimento em reformar a educação jurídica.

[596] Ver o relatório de Steiner e Trubek (1971) sobre a ditadura militar brasileira. Ver também Unger, 1990 [1977-1990]; 1987a, pp. 67-79.

O primeiro tem a ver com o abismo entre a consideração normativa da modernidade – e sua realização empírica no Atlântico Norte, segundo as autodescrições filosóficas e sociológicas – e os efeitos adversos e não pretendidos no processo empírico e contextual de modernização. Nas práticas e projetos de modernização jurídica para suporte ao desenvolvimento econômico, o problema da modernização foi driblado por más soluções de cópia institucional propostas por acadêmicos autoiludidos pela própria idealização de seus modelos nativos de "estado de direito" e "legalidade liberal". A imagem começa com o estado como centro da formulação das regras para o autogoverno, a coercitividade das regras jurídicas sobre o comportamento individual, o desenho das regras para atingir propósitos sociais e efetivar princípios sociais – tudo isso envolvendo indivíduos livres e iguais e expressando sua vontade comum. O problema é apenas a eficácia das regras, mas ele é diariamente resolvido pelas autoridades jurídicas que aplicam, interpretam e mudam as regras de modo universal e impessoal. E assim os fins pretendidos são concretizados. Para promover o desenvolvimento no terceiro mundo, esse maquinário jurídico inclusivo, abstrato e não discriminatório é suficiente. Ele promoverá uma reengenharia social e substituirá as formas "pré-modernas" de direito costumeiro ou "informal". A profissão jurídica – representando o interesse público, e não privilégios entrincheirados – é a vanguarda. O problema? Nada disso era bem assim nem mesmo nos países "já desenvolvidos"; o tipo-ideal era idealizado demais.

Um segundo conjunto de problemas refere-se à visão professada de progresso, uma consideração otimista do reforço natural entre processos que, bons em si mesmos, deveriam gerar retroalimentação positiva uns para os outros. A modernização deveria ser a consequência da transformação jurídica para apoiar a industrialização – e a industrialização, a urbanização e todo o progresso material deveriam automaticamente sustentar mais oportunidades, democratização e liberdade pessoal. O crescimento material "transbordaria" para a liberdade política. A autocrítica do Direito e Desenvolvimento enfatiza a fé em um conjunto de poderes do direito liberal de tornar o governo eficiente e limitado, a cidadania ativa e livre, as decisões racionais e com bons efeitos distributivos. Os resultados reais, todavia, mostraram as consequências múltiplas, não intencionais e contraproducentes das reformas: a especialização da profissão jurídica e a modernização do direito podem promover desigualdade em vez de inclusão, estreitando os caminhos para o conhecimento e os serviços jurídicos; o instrumentalismo jurídico e a dispensa do formalismo podem tornar o direito mais manipulável pelo estado, mas menos protetivo do

cidadão; treinar advogados de elite pode minar as reformas estruturais identificadas como necessárias, já que esses advogados vão provavelmente defender os interesses mais poderosos contra essas reformas; a assistência jurídica pode aumentar o acesso a cortes, mas isso não eliminará desigualdades nas regras a serem aplicadas e as cortes e os advogados podem não ser capazes de promover as mudanças necessárias no direito – ou as mudanças podem ser rapidamente revertidas e contidas.

Um terceiro atributo concerne ao pressuposto implícito: é o viés etnocêntrico e antiexperimentalista das missões reformadoras. Um plano de reforma seria desenhado pelo especialista ao mapear o que no direito subdesenvolvido era diferente do paradigma desenvolvido e então propor as medidas técnicas para corrigir essas distorções. As formas locais de estado, regulação jurídica e distinções sociais seriam desvios desconsiderados para propósitos analíticos – ou algo que desapareceria automaticamente.

Em termos luhmannianos, poderíamos retomar essa tríade para apontar algumas incertezas persistentes. Primeiramente, a complexidade do sistema jurídico e sua mecânica e dinâmica autorreferencial, recursiva e iterativa faz cada intervenção ser registrada apenas como uma variação entre outras, com consequências imprevisíveis no processo evolutivo: ninguém sabe se essa variação será selecionada e, se selecionada, se será tomada duradouramente como uma estrutura, como uma forma de sentido assumida, não problematizada e generalizada para a reprodução atual e futura do direito. Luhmann[597] sublinha que, como elemento irrevogável da estrutura social, o direito é sempre causa e consequência. Mas tanto a mudança social pode ocorrer em condições de invariância jurídica – mudando funções, não estruturas do direito – quanto a mudança jurídica pode ser inócua para uma reestruturação abrangente da sociedade. A controlabilidade do direito por sua positivação, casada a uma visão da separação entre estado e sociedade, conduziu à diretriz de se reduzir a produção do direito a um mínimo. Para assegurar a liberdade sob condições de aumento sustentado de complexidade, todavia, a interferência foi requerida – e foi pragmaticamente implementada ao longo do século vinte, marcado pela ascensão do instrumentalismo jurídico, apesar de uma semântica liberal anacrônica continuar a reproduzir-se como a orientação expressiva do direito, desconsiderando a derrota ou o drible prático desse "espírito". Mudanças planejadas são capturadas por uma dinâmica implanejável de transformação social e o direito é uma estrutura entre outras, um mecanismo de absorção de riscos que imuniza algumas distinções contra o desafio e a

[597] Luhmann, 2014 [1972], cap. 5.

mudança. Mudanças no direito são multifuncionais, geram efeitos em cascata em uma multiplicidade de outros sistemas. O outro lado da moeda é que o sucesso de mudanças jurídicas depende de suporte externo. Obstáculos à coordenação no plano dos sistemas sociais e os custos dessa coordenação precisam ser levados em consideração.

Não há fundamentos para a suposição das teorias da modernização de que basta arranjar cada sistema funcional (direcionando a economia para o mercado, a política para a democracia, a ciência para a pesquisa metodologicamente consistente – ainda que tudo isso feito por meios opostos!); o alto grau de especialização e indiferença de cada sistema em relação a seu ambiente e a indocilidade dessa heterarquia a qualquer direção central não criam prospectos de qualquer solução definitiva[598]. Em segundo lugar, portanto, o estranhamento mútuo entre sistemas sociais torna improvável uma sincronia ou harmonia virtuosa no que diz respeito ao caráter de suas estruturas internas. Diferentes tipos de comunicação são úteis em cada sistema e cada um tem um conjunto limitado de ferramentas para reconhecer a informação e providenciar algum tratamento. Assim, reformas abrangentes podem demandar decisões coletivamente vinculantes – instituições e métodos políticos –, não a intervenção cirúrgica de juízes dirigida a sustentar crenças contrafáticas gerais, a manter o nível de imunização da sociedade diante de conflitos particularizados entre expectativas incompatíveis. Como direito e política se intersecionam, como um pressupõe o outro requer um mapeamento detalhado. Desse mapeamento, os direitos emergem como instituições do sistema jurídico que absorvem e retêm "irritações" vindas de outros sistemas – a política, no caso dos direitos constitucionais. Assim, aqueles "ruídos" do ambiente esperam por uma ordenação jurídica.

Em terceiro lugar, uma correção na visão unidimensional da sociedade mundial levaria a enfatizar as manifestações regionais diferenciais da forma global da diferenciação funcional. Trajetórias históricas nacionais e subnacionais, porém, estão conectadas com um problema do sistema econômico global que transcende contextos locais análogos: a jaula de aço que encastela as formas mais avançadas de produção e troca, ligando seus agentes globalmente e os distanciando das atividades econômicas que permanecem locais e relativamente improdutivas, embora providenciem a base real para a sobrevivência e a reprodução da maioria da população.

Esse último ponto claramente evoca a distinção ungeriana entre vanguardas e

[598] Luhmann, 1995f, pp. 180-1.

retaguardas[599]. As trajetórias gêmeas das teorias de crescimento econômico e de desenvolvimento econômico explicam uma falha em reconhecer quão profundamente a sociedade moderna é estrutural e semanticamente materializada como sociedade mundial. O primeiro conjunto de teorias foi uma espécie de observação do progresso econômico dos países ricos – uma auto-observação do norte. Reproduziu a ambição onipresente de que o Atlântico Norte compartilha uma especial dignidade, uma qualidade da cultura e das instituições que justifica o sucesso desses países e seu papel messiânico em apontar a via do progresso. As outras teorias – do desenvolvimento e do subdesenvolvimento – apresentaram uma autodescrição insurgente do mundo do ponto de vista do sul. Subestimaram, porém, o alcance global das desigualdades, que passa por fronteiras nacionais (paradoxalmente levando vantagem delas) e conduz à formação de redes globalmente integradas de produção, consumo e finanças avançadas, com formas econômicas relativamente retrógadas também costeando o muro da nova economia.

Do ponto de vista do direito, essas características da economia atual requerem mudanças nos regimes de direitos privados e públicos. A busca por uma região de coincidência (sempre instável) entre os requisitos de crescimento, inclusão e liberdade é um problema da combinação falível de diferentes perfis institucionais de direitos, e não simplesmente o resultado automático da cópia de algum atributo de um modelo dogmático de legalidade liberal. O próprio Unger[600] apontou que, apesar das teorias liberais do direito apresentarem a tensão entre legalidade formal e governo autoritário e afirmarem as virtudes democráticas de um sistema jurídico autônomo, a experiência mostra que a autonomia jurídica – particularmente em alguns ramos selecionados – pode servir a funções de estabilização de governos autoritários e de legitimação do poder ditatorial como ordem normativa impessoal.

Um segundo ponto que uma visão ungeriana poderia sublinhar diz respeito à ideia de progresso[601]. Se o século dezenove pôde levar essa ideia ao ápice, reivindicando sua necessidade histórica e um mapa institucional dogmático pelo qual ela seria revelada, a experiência subsequente desacreditou ambas as colunas: o progresso disruptivo ou mesmo incremental é demasiado contingente e reversível; não há uma única fórmula institucional abstrata (como economia de mercado *versus* economia de comando) suficiente para definir os elementos regulatórios em que ela pode ser traduzida praticamente. A via não ilusória

[599] Ver *infra 4.3.2.1*.
[600] Unger citado por Gardner, 1980, pp. 119-22.
[601] Unger, 1998, pp. 5-10, 16-27; 1996, pp. 6-7, 164. Ver também a discussão *supra 3.3*.

para conceber e perseguir o progresso consiste em vê-lo como um conjunto microscópico de ajustes e arranjos em direção a zonas de sobreposição potencial entre as condições do progresso material e as condições da liberação pessoal e coletiva. Para escapar de dogmas, propostas institucionais responsivas a essa visão do progresso que reconhece a contingência apontariam na direção de promover "pluralismos alternativos" – formas contrastantes e concorrentes de organizar uma mesma área da vida social – de modo que as modalidades mais adequadas poderiam ser selecionadas no teste da realidade, sob a luz da experiência (e de forma mais concentrada, controlada e acelerada do que na seleção espontânea de longo prazo[602]).

Finalmente, ganha destaque o caráter contextual e experimental de cada proposta de reforma. Para além do conhecimento e da história local, aqui a diferença inovação/ cooperação vem ao palco[603]. Inovações desestabilizam os arranjos existentes de cooperação e, se absorvidas, tendem a ser retidas (restabilizadas) em uma espécie de solução de compromisso, do modo menos disruptivo para as estruturas estabelecidas. Como o interesse geral e futuro é sub-representado em relação aos interesses sectários atuais, o alcance da transformarão será prejudicado. Mas, se não há uma correspondência biunívoca, ponto por ponto, entre interesses e ideais, de um lado, e determinados grupos ou classes, de outro, as discrepâncias nesses vínculos podem ser politicamente gerenciadas pela exploração das diferenças entre as posições, interesses e ideais atuais e as correspondentes definições em uma ordem futura, atingível por diferentes vias. Entre a necessidade sócio-histórica e o caos total, uma tarefa de coordenação política se desenvolve no processo de transformação. Se a política não pode ser posta por decreto, os elementos técnicos das reformas e a análise jurídica também não podem compensar as falhas da comunicação política.

A contextualidade e o experimentalismo, especialmente, são evidentes no renascimento dos estudos e políticas de direito e desenvolvimento[604]. De um lado, a primeira onda dos estudos de direito e desenvolvimento foi seguida pela retomada do tema por parte de organizações financeiras internacionais, como o Banco Mundial, nos anos 90. Enquanto davam novo combustível a discursos de direitos humanos, desenvolvimento

[602] Unger, 2007b, p. 218.
[603] Unger, 1998, pp. 10-6.
[604] Para a apreciação desses desdobramentos, ver Trubek; Santos, 2006; Trubek, 2006 [2003]; 2012; Tamanaha, 2011. Ver Dezalay e Garth (2002, esp. cap. 10 e 11) sobre o contexto mais amplo, incluindo a ascensão paralela de algumas semânticas jurídicas e econômicas na academia americana (estudos jurídicos críticos, direitos humanos, direito e economia, nova economia institucional), o Banco Mundial e o papel dos economistas em liderar reformas institucionais em direção à democracia e ao mercado na América Latina.

como liberdade e democracia, essas organizações promoveram uma propaganda sem fim sobre o "estado de direito" ("*rule of law*"), "instituições" e arranjos "amigáveis ao mercado", focando em globalizar um direito privado (e seus pilares constitucionais) capaz de proteger o investimento estrangeiro e prover certeza jurisdicional (a mensagem messiânica da nova economia institucional). De outro lado, antigos líderes do Direito e Desenvolvimento tornaram-se críticos desse evangelho de que, copiando as instituições específicas dos países ricos (idealizadas como as mais eficientes e as melhores possíveis), o resto também se enriqueceria. Nesse discurso, a indeterminação institucional foi negligenciada, assim como as fricções entre livre mercado e política livre (democracia), eficiência e igualdade, certeza jurídica e requisitos de plasticidade para a adaptação a mudanças. Para reconhecer esses fatos, estudos e intervenções teriam que proceder por uma visão contextual do direito, considerando tendências culturais, políticas e associativas particulares de cada região; e então combinar agentes públicos e privados, incluindo corpos "intermediários" de apoio, em engrenagens iterativas, flexíveis e transparentes de cooperação. Em todo caso, ao final o desenvolvimento é resultado tanto de incitações intencionais quanto de mudanças incontroláveis de larga duração, de uma multiplicidade de sistemas, que não podem ser captadas como simples causalidades, invariantes históricas ou deduções de um regime, mentalidade ou tradição jurídica em particular.

Essas autocríticas do direito e desenvolvimento decerto ressoam problemas nas próprias teorias econômicas do desenvolvimento. Do ponto de vista da teoria social geral e retomando um dos temas centrais de Unger, é possível dizer que o entendimento do subdesenvolvimento como processo distintivo das periferias da modernidade, paralelo à dinâmica de crescimento e desenvolvimento no centro, mantém uma explicação de "estruturas profundas" (ou "fetichismo estrutural")[605], embora tornada mais elástica e desesperada. Na melhor sintonia com as tradicionais teorias americanas da modernização, teorias liberais do crescimento econômico, por sua vez, dispensam pressupostos mais elevados de imaginação sociológica e entendem a via mais ou menos estreita em direção ao crescimento econômico como resultado de testes providenciados pela seleção histórica – uma convergência ao melhor conjunto de instituições e práticas ("fetichismo institucional"), que os países desenvolvidos aprenderam e podem gentilmente ensinar aos retardatários.

Se a visão confessa do Direito e Desenvolvimento era um tipo de "fetichismo

[605] Ver *supra 1.1*.

institucional" (a tese da convergência das teorias e projetos de modernização), alguns dos críticos daquele movimento partiram do "fetichismo estrutural", considerando que o movimento era uma tentativa imperialista de salvar o terceiro mundo do comunismo. Endossando essa crítica, houve quem visse o caminho para o terceiro mundo não alinhado no desenvolvimento do pluralismo jurídico espontâneo vindo dos oprimidos. Fugindo ao formalismo e à legalidade liberal, essa contracorrente do direito popular chegou a uma solução ela mesma não isenta de falhas. Se a corrente principal do Direito e Desenvolvimento exemplifica um entendimento sobre como traduzir no direito os intentos da economia, a via do pluralismo jurídico ilustra a concepção de um regime de direitos ancorado na cultura e no saber local.

Uma pesquisa desenvolvida entre 1970 e 1973 no âmbito do programa Direito e Modernização da Yale Law School, financiado pelo departamento de estado dos Estados Unidos (e pela Fundação Ford), transgrediu os limites daquela linha de pesquisa ao estudar não as atitudes dos pobres em relação ao direito estatal (e sua inclusão por iniciativas de assistência jurídica gratuita e acesso à justiça), mas a criação de uma ordem jurídica própria nas zonas urbanas periféricas, em um país em industrialização, durante uma ditadura militar[606]. Aquela linha de pesquisa defendia que a mudança na institucionalidade jurídica era essencial para a modernização das "sociedades em desenvolvimento", o que se poderia traduzir por integrar o "terceiro mundo" na racionalidade formal-legal do "capitalismo" (para usar os termos da guerra fria de então). Todavia, em sua tese de doutorado apresentada em Yale, o acadêmico português Boaventura de Sousa Santos destacou que sua pesquisa em uma favela do Rio de Janeiro revelara a criação de uma para-institucionalidade: uma ordem jurídica em si mesma, que, reagindo à ineficácia da ordem jurídica estatal naquele espaço, centrava-se nas atividades de ratificação de acordos jurídicos e mediação de disputas, que eram conduzidas pela associação de moradores daquela comunidade. De um lado, aquela ordem criara sua própria legalidade onde para o direito estatal só havia ilegalidade: da posse, da propriedade, dos direitos de vizinhança e de construir. De outro, ela substituíra mediações informais conduzidas na comunidade e o simples recurso à violência. Não sendo capaz de impor sanções, a associação de moradores apenas ameaçava apelar à polícia ou ao direito estatal. Mas ela criara uma retórica de oficialidade, seletivamente importando formalidades do direito estatal, combinando-as com a moral e a linguagem populares e desenvolvendo formas de argumentação capazes de

[606] Santos, 2014a [1973]. Para suas percepções sobre o programa *Law and Modernization*, ver Santos, 2014b.

conduzir a uma solução consensual de disputas e a gerar alguma confiança das expectativas. Levando vantagem de seus estudos de tópica e retórica na Alemanha, o autor veio a encontrar esse nobres modos de argumentação jurídica onde menos se poderia esperar.

Essa renovação do pluralismo jurídico atendeu ao fato de que, diante do direito estatal moderno, não havia uma ordem jurídica de corporações ou uma ordem colonial, autóctone ou revolucionária; havia sim uma ordenação também moderna das relações jurídicas, com isomorfismos com o direito estatal, embora com sua própria concatenação da atribuição do código lícito/ ilícito[607]. De qualquer modo, o pluralismo jurídico é invocado como uma ordem ancorada em uma cultura própria – apesar de inserida na modernidade urbana e industrial. Mas esse direito informal, retórico, não profissionalizado, razoável e participativo não apresentaria também problemas? A delegação tácita ao direito local, abandonando a solução de disputas a uma cultura à parte, não seria uma negação das garantias do estado de direito e do devido processo a essa parte mais vulnerável da população?

Na verdade, favelas são a inclusão do excluído: símbolo do processo de modernização pela migração do campo para a zona urbana, de lugarejos isolados para grandes cidades, e também símbolo da falta de um estado social, ou de qualquer estado. Elas colocam especiais dificuldades para o funcionamento dos sistemas funcionais (assistidos por redes de proteção social) pelo fato de serem uma ordem de dominação e sociabilidade na qual os diversos níveis sistêmicos não são claros (interações, organizações, sistemas funcionais) e a diferenciação funcional (família, economia, política, direito) é colapsada. Nesse contexto, em que a ação e a experiência são mais indiferentes ao direito do que propositadamente ilícitos, Luhmann[608] observou que o tipo referido de autodescrição do pluralismo jurídico representa uma "visão demasiado romântica da situação existente" e que "o que se encontra aí é mais uma violência discricionariamente não usada". Antes dele, Marcelo Neves[609] apontara que esses contextos mostram uma "miscelânea" de códigos sociais que evitam a autorreferência do direito, tornando seus

[607] Durante as décadas seguintes, esse resgatador do pluralismo jurídico iria mesclar tal abordagem com uma visão retórica do novo lema progressista – os direitos humanos – como um discurso mobilizacional para movimentos sociais que propõem uma "globalização de baixo". Ver *e.g.* Santos, 1999. Para ele, o entendimento de Unger sobre usar a análise jurídica para a imaginação institucional – e então construir as alianças políticas para avançar as reformas propostas – seria uma completa inversão da ordem das coisas. Essa abordagem "é tão intelectualmente inteligente quanto politicamente vazia" (Santos, 2002 [1995], p. 18, nota 30).
[608] Luhmann, 1998a [1994], p. 191 (note 58).
[609] Neves, 2003 [1993]; 2008 [2000], pp. 255-6.

usos simbólicos manifestos dependentes de pressupostos tácitos sobre necessidade e violência, nunca moldados por uma rede estável de expectativas normativas generalizadas. (Duas décadas depois da pesquisa de Santos, sociólogos jurídicos visitaram outras favelas no Rio de Janeiro: agora sendo comandadas nem tanto pelas associações de moradores, mas principalmente pelo crime organizado e pelo tráfico de drogas, ao lado da arbitrariedade policial[610].)

À moda da teoria dos sistemas, Gunther Teubner[611] seguiu essa nova onda do pluralismo jurídico, observando a emergência de um direito global "formado por colegiados invisíveis, mercados e departamentos invisíveis, comunidades profissionais invisíveis, redes sociais invisíveis que transcendem fronteiras territoriais e, não obstante, pressionam a emergência de formas genuinamente jurídicas". Vanguardas especializadas na economia e na ciência, por exemplo, geram seus próprios *standards*, formas de sanção e arbitragem. A tréplica de Neves[612] foi a mesma: as diversas formas de pluralismo jurídico – locais ou globais, de populações vulneráveis ou de corporações transnacionais, o pluralismo dos pobres sitiados ou o pluralismo das elites cosmopolitas – podem representar, diante da ordem jurídica estatal, padrões de sub e sobreinclusão e arriscam criar estruturas internamente opressivas imunizadas contra intervenção externa. Grupos sub e sobreincluídos podem se libertar dos limites do estado de direito, desvinculando-se seletivamente de suas prestações ao desenvolver uma institucionalidade paralela.

De fato, o pluralismo jurídico no Brasil se amalgamou com outras semânticas "críticas"[613]. "Direito alternativo" referia-se a outro direito, a uma ordem jurídica comunitária, não estatal. "Uso alternativo do direito" significava ver lacunas jurídicas e antinomias na legislação, ao lado de apelos à "função social", como combustível para interpretações progressistas, se não militantes. "Positivismo de combate" era preferir uma interpretação "legalista", literal ou "formalista" se ela beneficiasse a parte mais vulnerável.

Esses discursos "insurgentes" pouco a pouco se juntaram e cederam espaço à invocação dos direitos constitucionais e dos direitos humanos. Como já apontado[614], no Brasil a semântica dos direitos humanos foi aprofundada nos anos 70 e 80, pelo papel

[610] Junqueira; Rodrigues, 1992.
[611] Teubner, 1997, pp. 7-8.
[612] See Neves, 2001. Sobre sub e sobreinclusão, ver Neves, 2005.
[613] Para um balanço sobre pluralismo jurídico, direito alternativo e uso alternativo do direito no Brasil, ver Oliveira, 2003.
[614] Ver *supra 4.1*.

liderante da ordem dos advogados e pela aliança entre religião e política no país[615] – nesse campo, a igreja católica foi o epicentro mais popular na luta contra os abusos da ditadura (torturas, desaparecimentos, assassinatos) e pela redemocratização. Depois da disputa política, sua racionalização: ao lado da interpretação católica já referida sobre os direitos humanos, outra versão foi uma judaica[616], defendendo que os direitos humanos nasceram como reação à negação de cidadania às vítimas de genocídios e totalitarismos, a começar pelo nazista. De qualquer modo, o entendimento prevalente veio a ser de que os direitos humanos e a constituição de 1988 compartilham um espírito comum, e de que as diferenças – as corporificações nacional e internacional – são mutuamente reforçantes em avançar a mesma causa. Na verdade, essa semântica também toma seus limites e ganha conotações especiais do contexto histórico nacional; sua cristalização foi consumada com a mobilização "de baixo" – contra a ditadura e a favor de eleições presidenciais diretas – e pactos "de cima"[617]. Esse é, na verdade, um consenso tardio acerca dos direitos humanos e fundamentais, uma metamorfose da semântica e de seus usos, se considerarmos que, enquanto durante a maior parte do século vinte as atenções estiveram voltadas para os "direitos sociais" (e, sob as ditaduras, para a recuperação dos direitos civis e políticos), ainda nos anos 1940 um líder fascista (integralista) pôde mostrar seu alinhamento com as raízes cristãs da Declaração Universal em um livro sobre os *Direitos e deveres do homem*[618].

De volta aos anos 80: ao lado dos pluralistas, havia aqueles que apostavam no poder central, na construção do estado social (se não do socialismo), ainda mais se esse modelo pudesse ser entrincheirado em uma constituição nova e progressista para o país. Desde os anos 90, na cultura jurídica prevalente, os "instrumentalismos", "alternativismos" e "pluralismos" sairiam mais e mais de cena. Mas a redemocratização e a reconstitucionalização mantiveram acesa a fé e providenciaram uma nova idolatria: ao constitucionalismo. Vinda da redemocratização portuguesa marcada pela constituição de 1976, a teoria da "constituição dirigente"[619] ganhou corações e mentes. A economia fora abordada pelo Direito e Desenvolvimento, a cultura fora tratada pelo pluralismo jurídico e

[615] Dezalay e Garth (2002, pp. 142-3, 153-9) enfatizam o papel dos atores nacionais em sustentar a causa dos direitos humanos no Brasil; além da ordem dos advogados e da igreja católica, havia a Anistia Internacional e o apoio da Fundação Ford a cientistas sociais. A reconstitucionalização sucessiva foi dirigida por compromissos entre esses novos discursos e atores e juristas tradicionais. Sobre a relação entre religião e política no Brasil, ver Unger, 2001d [1998].
[616] Lafer, 1988.
[617] Sobre esses "pactos", ver O'Donnell; Schmitter, 2003 [1986].
[618] Salgado, 1950 [1948].
[619] Canotilho, 2001 [1982].

agora a democracia haveria de ser habilitada ao se colocar algumas normas jurídicas para além do alcance da política diária e acima da discricionariedade dos legisladores ordinários.

Um debate familiar no direito brasileiro ajuda a subsidiar a hipótese de que ideias similares continuaram, metamorfoseadas, a persistir na recepção de teorias de princípios constitucionais e similares, dominantes nos anos 2000. O primeiro passo é uma modificação da ideia de eficácia no direito, quando se discute a eficácia ou aplicabilidade das normas constitucionais. Não se trata do fato empírico de serem seguidas ou impostas a quem as viole, e sim dos efeitos "internos" que uma norma válida produz no restante do ordenamento jurídico, o que ganha dimensão extraordinária dada a superioridade da constituição na hierarquia normativa. Dentre as normas válidas, haveria aquelas que produziriam todos seus efeitos desde já, invalidando normas contrárias e ativando a sanção de condutas desviantes. Normas de organização, de órgãos e procedimentos, dependeriam da implementação administrativa desses meios para que sua execução pudesse ser cobrada. A categoria mais importante da classificação, porém, é outra: a das "normas programáticas"[620]. Nela se encaixam os direitos sociais – à educação, à saúde etc. – vistos como finalidades a serem concretizadas em um estado de coisas remoto. Não são, porém, meras declarações de boas intenções, normas sem "juridicidade": vedam medidas que caminhem na contramão daqueles fins. Quatro décadas depois, uma crítica veio a concluir que todas as normas são de "eficácia limitada"[621], pois dependem de providências empíricas. Não é surpreendente, porém, que o velho debate sobre "normas programáticas" tenha se atualizado por referência a princípios constitucionais, juízos de proporcionalidade (com o juízo sobre meios, *i.e.* políticas públicas, adequados e suficientes para concretizar fins, *i.e.* direitos) e fórmulas como "vedação do retrocesso social". A despeito do valor argumentativo dessas fórmulas na arena judicial, reduzir o debate constitucional a essas questões é esperar da interpretação dos direitos nas cortes uma mudança estrutural que só pode vir, quando muito, da sustentação política e da implementação administrativa de reformas institucionais que abordem diretamente a economia, a educação, da saúde, etc. Esperar uma força estranha pela qual as normas jurídicas se concretizem no mundo por sua imperatividade e autoridade moral, realizando sua juridicidade, parece demasiado idealismo. Quer opor o direito contra a política, quando parece que catalisá-la é a única via

[620] Silva, J. A., 2007 [1967], propondo alternativa à distinção entre normas autoexecutáveis e não autoexecutáveis (Cooley, 1903 [1896]).
[621] Silva, V. A., 2010 [2005], inspirado na teoria dos princípios de Alexy (2008 [1986]).

possível para as medidas de longo alcance que a tal "concretização" dos direitos – o acesso aos "bens da vida" que eles indicam – realisticamente demanda. Afinal, mais do que "direito à saúde", "direito à educação", "direito à moradia", as pessoas querem (os serviços de) saúde, educação, moradia...

Tal idealismo na semântica – conectado a uma obsessão com a interpretação na educação jurídica – teve sua contraparte, é verdade, em notáveis inovações institucionais em relação a procedimentos, remédios e organizações desenhados para implementar a constituição e interesses coletivos e difusos vindos da nova ordem jurídica. Entretanto, a oscilação da cultura constitucional prevalente no Brasil é ilustrada pelo hiato entre (neo)constitucionalismo, interpretivismo e judicialização, de um lado, e a mentalidade administrativista, centrada em políticas públicas, de outro. O estranhamento mútuo entre esses dois lados é uma evidência da falta de uma abordagem jurídica da produção e operação de instituições na cultura constitucional do país. Em paralelo, sucessivas experiências denunciaram a insuficiência de um enfoque estreito centrado em textos de normas, indicando a conveniência de uma visão de complexos normativos imersos em expectativas e estruturas sociais.

Se a cópia institucional (facilitada por um governo autoritário e por interesses geopolíticos) e a aposta na auto-organização espontânea das comunidades vulneráveis apresentaram fendas nas ligações buscadas entre direito e economia e entre direito e cultura, a contenção da política democrática pelo direito, exponenciada pela interpretação constitucional idealizadora, também revelou suas debilidades. A reconstrução das instituições constitucionais foi a alternativa apresentada no capítulo anterior e que, a seguir, busco expandir – de maneira mais uma vez indicativa, e não exaustiva – em relação ao direito internacional, supranacional e transnacional. Mas antes, um passo atrás na abstração, fugindo das especificidades do contexto descrito e das experiências relatadas, ajudará a captar os pontos de fuga entre os temas dos direitos, do desenvolvimento, da cultura e da democracia.

4.3. Redescrevendo as autoconsciências

Já no primeiro capítulo foram firmadas as bases sociológicas deste trabalho. Em certo sentido, "tudo é política", no sentido de "construção social": quaisquer determinantes naturais não se transmudam em determinantes sociais. Em toda passagem de um ambiente a um sistema (seja da natureza à sociedade, seja dos sistemas sociais entre si) não há

determinação direta: com as ideias de fechamento operacional e irritação, Luhmann mostra que um sistema só pode processar sua própria comunicação, rotulando um problema e a ele ligando possíveis soluções – nesse caminho, há abertura à contingência e à complexidade do sentido. Há indeterminação autoproduzida. De forma semelhante, Unger critica a falsa necessidade, um resquício de naturalismo na teoria social moderna, que paradoxalmente foi inovadora ao apresentar a artificialidade e mutabilidade dos modos de organização social, contra uma determinação permanente das formas de vida. Contudo, em outro sentido, nem tudo é política; isto é, há que se reconhecer a realidade das limitações operacionais não só do sistema social mais abrangente (a sociedade) como também de seus subsistemas – especialmente os sistemas funcionais. Tal pressuposto elide qualquer resposta abrangente – como uma aposta no estado dirigente da sociedade ou no mercado maximizador de toda utilidade – que transpasse as fronteiras de organizações, procedimentos, protestos, conflitos e sistemas funcionais. O reconhecimento da contingência da sociedade e da incontrolabilidade da evolução não precisa levar, porém, ao extremo agnosticismo luhmanniano, que se recusa a propor qualquer medida prática em nome da preservação de sua pureza descritiva. Quando abandonamos a visão necessitária do progresso, a remissão mítica a origens e o discurso te(le)ológico da modernidade, podemos abordar e avaliar de outro modo as condições, os contextos e os processos de modernização.

No capítulo anterior, revisei visões do constitucionalismo. Há diferença marcante nos contextos históricos que essas teorias descrevem e nos quais foram produzidas: enquanto, para os clássicos, constituições e declarações de direitos apareciam como novidades políticas do liberalismo mais do que como instrumentos jurídicos consolidados, para Luhmann e Unger o contexto é o de crise do estado social e de expansão do constitucionalismo para além das liberdades, incluindo não apenas a pretensão de conter o estado, mas também de equipar a sociedade em direção a escopos como promoção do desenvolvimento econômico, combate das desigualdades sociais e proteção das minorias culturais.

Tal pano de fundo oferece vários pontos interligados para traçar o desenho seguinte do constitucionalismo na sociedade mundial. Sugeri que a tese da diferenciação funcional precisa ser qualificada regionalmente e institucionalmente, segundo referências histórico-geográficas e sistêmico-funcionais. Pois bem: é disto que tratam as “autoconsciências”.

Nesse tema, o constitucionalismo contemporâneo encontra-se com a autodescrição da sociedade moderna em suas diferenças regionais.

4.3.1. Unidades

Em diversas autoconsciências (em suas fórmulas atuais: cultura, democracia, desenvolvimento, direitos humanos), o paradoxo da sociedade mundial regionalizada se desdobra em outro paradoxo: o da sociedade diferenciada funcionalmente em que cada sistema funcional tem pretensões não apenas de "competência *universal* para sua função *específica*"[622] (*e.g.* todo problema jurídico deve ser tratado pelo direito), mas também de autoconsciência universal. Essa pretensão refletida nas autodescrições de cada sistema registra paradoxalmente uma crença oitocentista no progresso – no incremento cada vez maior de diferenciação e complexidade da sociedade – e sua negação: a constatação de que a sociedade complexifica certas "zonas" em detrimento de outras[623], justificando então críticas sobre o desequilíbrio funcional.

A missão de "superar" as diferenças da sociedade mundial que obstam a inclusão universal é tomada não apenas pela reflexão mais geral e difusa dessa sociedade para si mesma e por si mesma (cultura), mas também se constitui como missão autoimposta na forma das semânticas produzidas pelos sistemas parciais, como o direito (na forma do universalismo dos direitos humanos), a economia (promoção do desenvolvimento, superação do subdesenvolvimento) e a política (institucionalização da democracia como regime universal). Por isso, direitos humanos, democracia e desenvolvimento parecem fazer tanto sentido nos sistemas jurídico, político e econômico quanto fazem como fórmulas gerais para toda a sociedade: democratização não se resume a eleições para o estado, mas também se estende para a economia, a educação, a ciência, as artes e os esportes; desenvolvimento não significa apenas crescimento econômico, mas melhoria das condições de vida em geral; direitos humanos não significam apenas acesso a tribunais ou personalidade jurídica como condição para contratar, mas acesso aos bens materiais e simbólicos essenciais para a vida – bens de que cuidam os outros sistemas funcionais. Não é por acaso que essas autoconsciências se fundem. Apoiados em seus respectivos pontos (em suas funções específicas), o direito, a economia, a política prometem mover o mundo: com democracia, com cidadania, com desenvolvimento. Essa pretensão arquimediana, ao lado de sua qualificação moral e da reflexão das diversidades regionais, define

[622] Luhmann, 2012 [1997], p. 75 (destaques no original).
[623] Luhmann, 2012 [1997], p. 235.

funcionalmente as autoconsciências. Aqui trato de as redescrever como construções imaginárias emergentes com a sociedade mundial, formadas pela combinação de universalismo moral e diferenciação funcional, referidas ao problema da inclusão/ exclusão e marcadas pela diversidade regional de critérios de inclusão/ exclusão.

4.3.1.1. Inclusão/ exclusão e simbiose

A sociedade estratificada é identificada internamente pelo posicionamento de indivíduos concretos em uma ordem escalonada; cada estrato é um subsistema. A sociedade funcionalmente diferenciada se constrói pela exclusão do indivíduo (intangibilidade e demandas de satisfação dos corpos e mentes) e inclusão da pessoa (endereço da comunicação). Como estruturas internas dos sistemas, as instituições dessa sociedade (a nossa) precisam responder menos à manutenção de uma forma de vida diferenciada para cada estrato ou classe e à unidade hierárquica das formas de conhecimento e valoração. Seu foco é permitir e manter reprodução de cada setor especializado de conhecimento e valoração segundo critérios construídos por cada setor, continuando a unidade da sociedade pela descontinuidade da comunicação em cada círculo autorreferente. A transição incompleta do mundo como ordem concreta de coisas ao mundo como horizonte de sentido de pessoas abre maiores possibilidades de expectativas que neutralizam a referência a *rankings* que ultrapassem papéis e atinjam a totalidade da pessoa. Maiores oportunidades de inclusão setorial, porém, apresentam taxas de conversão menores do que o efeito cumulativo de exclusões parciais – tendentes então à exclusão total[624]. É uma situação inversa à das sociedades estratificadas, na qual a inclusão é muito mais holística e a exclusão se manifesta no decaimento de estrato.

Podemos decerto aceitar, em primeiro lugar, a importância da diferenciação funcional, do fechamento operacional de cada sistema e de acoplamentos estruturais (isto é, vínculos institucionalizados), em detrimento de uma corrupção sistêmica generalizada, em que códigos funcionais e não funcionais (como critérios estratificatórios, culturais, étnicos) bloqueiam a isonomia no acesso a sistemas e na dependência diante destes. Como construção institucional, a diferenciação funcional implica, em termos político-jurídicos (então, constitucionais), um estado "duro", com condições institucionais de autonomia frente às injunções dos grupos de pressão e redes de relações privilegiadas. Essa autorreferência é necessária no sentido de restringir os efeitos integradores (*i.e.*

[624] Ver *supra 3.3*.

excludentes) da sobreinclusão associada à subinclusão. Nessa situação de integração e corrupção sistêmica – precisamente o cenário que Neves[625] associa à modernidade periférica, mas que parece ter várias manifestações para além dessa cisão – a sincronia *apenas contingente* da inclusão ou exclusão em um ou outro sistema (o cenário descrito pela prevalência da diferenciação funcional) é substituída por um mecanismo necessário de *feedbacks* positivos – mais inclusão gera mais e mais inclusão e (principalmente, segundo a hipótese luhmanniana) exclusão gera mais e mais exclusão.

Para Luhmann[626], é preciso trabalhar o conceito de inclusão lado a lado ao de exclusão; o que está em jogo é "oportunidade para a consideração social das pessoas". Seu ponto de partida para tratar da diferença exclusão/ exclusão é justamente o conceito de inclusão que Parsons desenvolveu a partir da análise de Marshall sobre os "direitos de cidadania"[627]. Parsons[628] definia a inclusão como a conformidade com padrões de ação que definem o pertencimento a um sistema social, o que parecia levar à impressão de que a sociedade moderna – evoluída em termos de adaptação, diferenciação e generalização de valores – oferece a todos oportunidades de inclusão, variando apenas as condições e formas de reconhecimento e sucesso. Essa concepção, na visão de Luhmann, obscurece o tratamento do outro lado da forma: a exclusão.

Adotando heuristicamente a tipologia luhmanniana[629], observamos que a forma de inclusão/ exclusão varia com a forma de diferenciação social[630]. Em sociedades segmentárias, como tribos, inclusão é pertencimento a um dos segmentos; exclusão é o não pertencimento, o espaço marcado como do inimigo, daquele que não merece consideração, ao contrário do valor dos membros do grupo. A exclusão maior é a expulsão da coletividade. Em sociedades estratificadas, como a Europa medieval e do início da modernidade, o "status" define a consideração social da pessoa. Cada qual pertence a um estrato. Mas os segmentos continuam importantes para a inclusão ou exclusão. Os segmentos aqui são as famílias; o nascimento, o casamento ou a aceitação como dependente marcam o lado positivo da forma. Aos excluídos não se deve reciprocidade e sua indisciplina precisa ser compensada pela organização do trabalho ou por sua retirada de circulação – o nascimento da prisão. Para os incluídos, há uma escala, cujo cume marca

[625] Ver Neves, 2008 [2000], cap. 5.
[626] Luhmann, 2013 [1997], p. 17.
[627] Marshall, 1973 [1949].
[628] Parsons, 1972, pp. 306-7.
[629] Ver a crítica *supra 1.1*.
[630] Para o que segue sobre a relação entre inclusão/ exclusão e as formas de diferenciação social, ver Luhmann, 2013 [1997], pp. 18-27.

os que têm dignidade. A pessoa digna é muito concretamente considerada, em seu nome e cidade, e assim pouco discernida por uma forma universal e impessoal: o indivíduo.

A diferenciação funcional distingue-se por uma novidade: pessoas não podem mais ser alocadas em um só segmento ou em um só estrato. Indivíduos então não podem ser concretamente distribuídos cada qual em um setor. Todos virtualmente participam (ou podem vir a participar) de cada um e de todos os sistemas funcionais – e com isso a estratificação social não determina mais a ordem da sociedade, mas conta apenas para as trajetórias individuais. Cada sistema funcional regula a inclusão/ exclusão e o que conta para cada sistema é distinguido em termos específicos de comunicação, não em termos totalizantes da pessoa. Se a comunicação diz respeito a contratos, é jurídica e a pessoa vale como sujeito de direito. Se a comunicação é uma operação de pagamento, conta para a economia e a pessoa é considerada em seu papel de credor ou devedor. Em contraste com a sociedade estratificada, a diferenciação funcional permite e exige que a qualidade ou origem individual seja praticamente desconsiderada, não conte como expectativa cognitiva, quando não seja mesmo bloqueada pela expectativa normativa do tratamento igual: só diferenças de renda e patrimônio contam para a economia, só diferenças de aprendizado contam para a educação. A dignidade, então um princípio de status social e índice de nobreza, é vulgarizada. A lógica totalitária de divisão do mundo em partes – gregos *versus* bárbaros – exige a eliminação do oposto e a uniformidade. Na sociedade moderna, a muito custo vem a se reconhecer o oposto: todos são humanos. Distinguem-se por seus esforços e sucessos, buscam identidade e autorrealização, têm uma face social e uma caixa preta psicológica e a distância entre essas duas faces só diminui em situações de intimidade nas quais uma pessoa/ indivíduo aceita a outra com suas inclinações e deficiências (o espaço das paixões é aquele da comunidade, do amor).

Antes, o ser humano (sobretudo o cristão) era visto como corpo que aprisionava uma alma e distinguia-se do restante da criação pela razão. A alma e a razão eram medidas da natureza inata e as diferenças mundanas esperavam compensação “mais adiante”. No século dezoito, achou-se a vida após esta vida muito distante e criou-se uma metafísica do agora: natureza e razão dão direito à felicidade hoje. Os direitos do homem são uma semântica da inclusão (embora cresçam e floresçam com as prisões). Agora, a exclusão não é mais uma sanção que se possa impor pela violação de uma lei ou por uma heresia religiosa. Agora, a inclusão é tendencialmente universal – todos pertencem à sociedade e o problema da inclusão passa à competência de cada subsistema social. Agora, estados de

coisas excludentes são tratados como passageiros e para eles prescrevem-se terapias como ajuda internacional ao desenvolvimento, a realização dos direitos (já conquistados e garantidos!) e políticas compensatórias de bem estar social.

Esse cenário, como bem nota Luhmann, é bom para uma farsa – ou melhor, para a ilusão. O jogo das aparências e a hipocrisia passam a ser registrados na semântica dos séculos dezesseis a dezoito e já Dom Quixote marca a força da inclusão ilusória: o personagem se inclui no mundo que ele lê e imagina. Mesmo o mais desprovido dos cidadãos pode se imaginar como o titular dos direitos à saúde, à vida, à felicidade, ao trabalho e à moradia declarados nas constituições. Mas se, "em princípio", todos têm uma renda adequada para tomar parte da vida econômica, têm capacidade para realizar negócios jurídicos, educação básica, direito a um mínimo de segurança social, cuidados médicos e enterro decente, liberdade para casar com quem quiser e escolher qual religião seguir, vemos que a tal sociedade mundial, moderna e funcionalmente diferenciada não é tão mundial assim. Embora essa semântica tenha um apelo universal, a diversidade de estruturas sociais torna excepcional o mundo da inclusão. No abismo entre expectativas e realidade, multiplicam-se as pessoas sem dinheiro, sem acesso à justiça, sem alfabetização e educação, sem cuidados médicos – e o lado negativo da forma produz uma reiteração acentuada, forjando cadeias de exclusão. E a conjunção entre a exclusão provocada pela diferenciação funcional "moderna" conjuga-se hoje a critérios "tradicionais". Não seria então exato – como faz Luhmann[631] – observar tais critérios como "*revivals"*, ou aceitar a "corrupção" como uma peculiaridade cultural idiossincrática de certos povos do sul global.

O caso-limite da exclusão é a simbiose. "Enquanto seres humanos contam como pessoas no espaço da inclusão, no espaço da exclusão eles parecem contar só como corpos"[632]. A simbiose é a forma extremada da exclusão – não a exclusão parcial de subsistemas sociais, mas no limite a exclusão total da sociedade. Na exclusão total, mesmo os símbolos simbióticos deixam de comunicar: a violência pode ser praticada e necessidades são desconhecidas. Do lado do direito, há "informalidade", "acidadania" (apatridia) e toda eventual consideração é computada como ilicitude. Indivíduos não re-entram a sociedade pela comunicação – não se acoplam à sociedade pela linguagem e tendem a guiar-se não por expectativas institucionalizadas, mas por horizontes temporais curtos, pela força física, por impulsos de satisfação sexual e alimentar, pela observação de

[631] Luhmann, 2013 [1997], pp. 121, 127-31; 2009e [1995].
[632] Luhmann, 2013 [1997], p. 26.

corpos; corpos sem significado para o direito, para a política, no limite para toda ação e vivência.

Finalmente, como sistemas que transitam dentro e fora dos sistemas funcionais, organizações, reproduzindo a distinção entre membro e não membro, colmatam cadeias de exclusão e inclusão – embora operem sobre papéis isolados, mantendo independência entre eles (ser membro de uma determinada organização não implica automaticamente outros papéis)[633]. E a emergência da organização como um tipo distinto de sistema é tão característica da sociedade moderna quanto a diferenciação funcional[634]. Não é possível desligar um fenômeno de outro. Sociedade não mais se confunde com um padrão de interações (a boa sociedade da nobreza), nem se confunde com um só sistema ("sociedade civil" como política ou como economia), nem um sistema social funcional se confunde com uma organização (o sistema político, por exemplo, não se resume ao estado). Ainda, regras de inclusão/ exclusão geradas por sistemas organizacionais e funcionais são reforçadas e bloqueadas por padrões advindos de outros critérios, como aqueles tipicamente "segmentários" (nacionalidade, gênero, fenótipo) ou "centro-periféricos" (dependência, clientelismo, boas relações).

A constituição moral das autoconsciências emerge da simbiose[635] entre os sistemas funcionais diferenciados e o indivíduo, como aparato orgânico e psíquico que dá base à representação social da pessoa. Os símbolos simbióticos manifestam como a comunicação é irritada pelo corpo. O meio de comunicação "verdade" é afetado pelo corpo e o símbolo disso é a percepção; o correspondente para o meio amor é o sexo. O centro organizado do poder político encontra os limites e possibilidades orgânicos (físicos) de seu meio (poder) na violência física, de modo que as decisões coletivamente vinculantes que o sistema político produz são sustentadas pela concentração da força no estado – no cenário hobbesiano, o soberano que evita a generalização da autodefesa como forma de solução dos conflitos, que a um só tempo protege os direitos dos súditos e lhes suscita o temor da punição. Na economia, o símbolo das necessidades atesta a simbiose entre o ter (dinheiro, propriedade) e o corpo. No direito, a ideia de necessidade leva ao desenvolvimento da noção de que a própria existência material do indivíduo, como corpo e mente, sustenta uma proteção jurídica, na forma de direitos naturais e da exceção à punição de quem se encontra em estado de necessidade. Em toda simbiose, a questão é a fricção ou incongruência

[633] Luhmann, 2012 [1997], p. 75; 2013 [1997], pp. 9.
[634] Luhmann, 2012 [1997], pp. 95-6.
[635] Sobre simbiose e inflação/ deflação de meios simbólicos, ver Luhmann, 2012 [1997], pp. 227-32.

produzida entre a determinação do corpo pela consciência e o condicionamento de corpo e da mente pelos meios de comunicação, pelos sistemas sociais. Os direitos apresentam uma lista das necessidades humanas, achando aí a base de uma justificação igualitária. Mas as vulnerabilidades à inclusão/ exclusão – e, portanto, o risco da simbiose – são diferenciadas individualmente. As tentativas de hierarquizar as necessidades e os direitos acabam solapadas por essa diferença das igualdades.

Tal condicionamento do indivíduo pelos meios sociais torna os meios dependentes da formação de sistemas organizacionais, de organizações que decidam sobre seu uso e da generalização da confiança no uso dos meios simbólicos e no controle da simbiose (não mais simbólica). A circulação dos meios precisa estar apoiada em expectativas sobre seus usos futuros. Instituições – como conjuntos de expectativas generalizadas que estruturam internamente os sistemas sociais – substituem o consenso fático e episódico por uma sustentação mais ou menos instável da confiança. Essa instabilidade diz respeito à inflação e deflação dos meios simbólicos, isto é, ao apoio de operações econômicas, jurídicas, políticas, científicas em confiança generalizada. A inflação dos meios ocorre quando a comunicação presume estar sustentada por mais confiança do que realmente pode gerar. Os símbolos são desvalorizados – na economia, os preços sobem e, no limite, a moeda não é mais aceita, perde valor; na política, são as promessas acima das possibilidades que depreciam o próprio poder. A deflação diz respeito à subutilização da confiança disponível para a consecução das operações comunicativas – a circulação do meio é então reduzida, e no limite a comunicação pode parar. A deflação pode ser uma estratégia de correção da inflação: quando se observa que a verdade científica não pode tudo, as ciências sociais recusam a "grande teoria" em nome do empirismo.

No direito, a inflação está ligada à expansão das expectativas constitucionalizadas como direitos não apenas para além da capacidade operativa dos centros jurídico e político, mas em uma distensão que extrapola em muito tal aparato. A deflação está vinculada ao "dia seguinte" da grande fé nos direitos: a descoberta do abismo entre os fins proclamados e os meios simbolizados pelos direitos. A descrença generalizada acaba se antepondo como obstáculo à própria operacionalização dos meios burocráticos e judiciais, do estado de direito, como instrumentos aptos a encaminhar em alguma medida a realização das expectativas. Quais são os riscos dessa oscilação entre crença inocente (ainda que tal inocência seja apenas fingida) e descrença irônica?[636] A constitucionalização ou declaração

[636] Neves, 2007 [1992].

de direitos, apesar de ineficaz (no sentido da implementação das normas) e ineficiente (no sentido de que as expectativas normadas abrangem além dos meios pressupostos nessa normatização), pode por um lado mobilizar protestos e cobranças que oponham o texto constitucional à realidade "inconstitucional" (na expectativa de "concretizar" o que foi simbolizado); o risco aqui é hiperirritar a política e o direito com demandas que eles não são capazes de processar. O excesso de ruído pode ainda provocar tentativas de compensação de incompetência que fazem cada sistema tentar ultrapassar seus limites operacionais, meios disponíveis e competências reconhecidas, com a probabilidade de que contra-ataques os imobilizem e enfraqueçam, pondo a perder a própria disponibilidade que havia antes. Outro risco é que a constitucionalização ou declaração de direitos funcione como álibi para que política e direito não se movimentem para implementá-los. Na crença de que o direito "honrará as promessas", a periferia e a esfera pública dos sistemas político e jurídico permanecem inertes, desmobilizando meios e ações. Finalmente, há o risco de que a distância entre intenção e gesto seja percebida e superdimensionada; afinal, conclui-se que as declarações de direito são folhas de papel sem força diante das renitentes correlações de força, ou mesmo de uma lógica oculta das estruturas de poder. Aqui, a confiança naufraga em uma desautorização tal da ordem jurídica que corrói a própria legitimidade e os meios de ação dos sistemas funcionais e organizações. Que algo de bom possa decorrer daí é a esperança negativa dos revolucionários mais confiantes em uma lógica histórica da negação da negação...

4.3.1.2. Mundo/ região e sincretismo

A sociedade mundial pode ser definida pelo paradoxo da globalidade dos sistemas funcionais associada à especificidade regional das combinações de critérios não funcionais. Ela "pulsa conforme cresce ou encolhe, dependendo do que é realizado no modo de comunicação. Uma multiplicidade de sociedades é concebível apenas se não há ligações comunicativas entre elas."[637] O funcionamento dos sistemas funcionais (a atuação de seus programas, o desenvolvimento de suas instituições, as formas de seus acoplamentos estruturais), assim como a regulação da diferença inclusão/ exclusão dependem desse paradoxo. Tal paradoxo é a unidade da diferença entre sociedade mundial e história regional (que só em face da sociedade mundial pode ser assim apreendida). É também a unidade da diferença entre diferenciação funcional e outros critérios de diferenciação que

[637] Luhmann, 2012 [1997], p. 40.

com ela se relacionam internamente, dialeticamente. Assim, na sociedade mundial, diz Luhmann[638], há diferenças regionais, porém não são elas a forma de diferenciação sistêmica da sociedade – mas sim reações às estruturas dominantes da sociedade mundial e da diferenciação funcional. Mais correto seria dizer: a diferenciação funcional reesquematiza outras formas de diferenciação, produzindo novos tipos de diferenças segmentárias (como aquelas nacionais), centro-periféricas (como as relações de dependência em escala mundial) e hierárquicas (com as diferentes estratificações de classes).

É o paradoxo do regionalismo da sociedade mundial que levou à formação de semânticas normativas com pretensões ambivalentes de especialização e universalidade – as autoconsciências. O contraste entre complexos institucionais tão díspares e ainda assim contemporâneos permitiu que se desenvolvesse a ideia de um só mundo (em termos iluministas, a "humanidade") ao mesmo tempo em que aquele contraste foi descrito como diferença geográfica, regional. Observando o atual à luz do possível, esse contraste pautou formas do imaginário da sociedade moderna, isto é, das crenças e expectativas nela institucionalizadas. A diferença regional foi refletida ora com pretensões de superação, ora de aprofundamento. Quanto maior o abismo vislumbrado, maiores as pretensões de superação da diferença: civilização da barbárie, centralização da periferia, imposição das formas institucionais e da velha semântica europeia – enfim, da modernidade – ao novo mundo. Assim se prega "modernização" e "desenvolvimento", sobretudo do ponto de vista econômico, mas também político e cultural. De outro lado, à medida que as diferenças reais ameaçam se dissipar, crescem as pretensões de diferença: o novo discurso antropológico da conservação ("multicultural"), em oposição ao velho (*i.e.* moderno) discurso antropológico da evolução como progresso, convergência civilizatória.

Há semelhanças de família entre certas formas e fórmulas das autoconsciências. Todas elas se relacionam à reflexão das diferenças regionais da sociedade mundial e a seu conteúdo moral subjacente. O conceito de cultura como cultivo espiritual que distingue (isto é, dá dignidade) ao indivíduo passa a definir o valor da comparação, a dignidade de uma cultura diante da outra (antes, a dignidade desigual, hoje a igual dignidade – ao menos no discurso contrafático). Paradoxalmente, as regiões são vistas como (diferentes) sociedades em si mesmas, mas para isso a emergência de uma sociedade mundial é condição de observação (onde mais se poderia observar, senão na sociedade?).

[638] Luhmann, 2012 [1997], p. 96.

A sociedade moderna é uma sociedade mundial funcionalmente diferenciada, isto é, diferenciada primariamente em subsistemas funcionais operativamente fechados (economia, direito, política) – e apenas secundariamente por critérios hierárquicos, geográficos e segmentários. Essa, que é a principal tese de Luhmann, parece aos observadores que a observam dos diversos quadrantes do mundo uma das mais implausíveis imagens da sociologia contemporânea[639]. Ainda mais porque Luhmann pretendeu superar toda a "velha semântica europeia" e descrever uma sociedade "sem centro nem ápice" – uma só sociedade, já que a comunicação é o elemento que a define e cuja circulação enfrenta mais barreiras das especializações técnicas do que limites geográficos (ainda mais os artificiais limites políticos dos estados nacionais). Diante disso, ainda, o nacionalismo apareceu como um vício metodológico[640] – tudo ocorre na sociedade, não há comunicação apátrida.

O cenário da teoria luhmanniana – explicitamente informada em suas generalizações históricas (as formas de diferenciação) pela experiência ocidental, sobretudo europeia – complicou-se quando, especialmente na última década de vida (os anos de 1990), Luhmann foi confrontado com a crítica de "provincianismo empírico"[641]: afinal, a diferenciação funcional é a exceção, não a regra, nessa sociedade mundial. Diante dessa constatação, como pode a teoria não capitular?

Da parte de Luhmann, as respostas de uma teoria que sobre tudo quer comunicar oscilou entre o silêncio e a dúvida. Há realidades para além da descrição e talvez a descrição possa se manter renunciando à plausibilidade[642]. Provavelmente, a diferença inclusão/ exclusão será a "meta-diferença" da sociedade mundial[643]. Mas não era a própria forma de diferenciação a forma da inclusão e exclusão[644]? Afinal, só dentre os incluídos faz sentido dizer que suas chances de inclusão e exclusão são reguladas primariamente por critérios de sistemas funcionais que não se comunicam entre si. Mas também há diferenças regionais, com seu sincretismo, sua fusão de formas de diferenciação: a regulação da inclusão/ exclusão em coordenação a critérios estratificatórios e clientelistas, por violência e amizade, não puramente nem talvez primariamente pela dinâmica impessoal e anônima

[639] Comparar Costa (2006), criticando a aplicabilidade das teorias de Habermas, Giddens e Beck de para além do Atlântico Norte.
[640] Ver Luhmann, 2013 [1997], pp. 283-9.
[641] Sobre a recepção de Luhmann na América Latina e de sua tentativa de corrigir sua teoria em vista dessa realidade, ver Ribeiro, P., 2013.
[642] Luhmann, 2006a [1999], p. 269.
[643] Luhmann, 2013 [1997], p. 25; 2006a [1999], pp. 269-70.
[644] Luhmann, 2013 [1997], pp. 17-27.

dos sistemas funcionais. Há um encontro entre "requisitos estruturais e operações da sociedade mundial" e "especiais condições culturais e geográficas regionais"; ao mesmo tempo, a diferença inclusão/ exclusão provocada pela diferenciação funcional solapa as condições de desenvolvimento regional[645]. Pode ser que tudo – a tal sociedade funcionalmente diferenciada – não passasse de uma "anomalia europeia"[646]. E afinal, inverteu-se a semântica da civilização e da modernidade: a periferia não é a exceção, mas um modo diverso, talvez o prevalente, de um mesmo mundo.

Outra resposta: a diferenciação funcional é a modernidade da sociedade moderna, a novidade, porém nem tudo nela é moderno. Então a teoria não descreve o mundo como ele é, mas o que nele há de admirável e novo. Mas isso não implica retornar à visão da sociologia de início do século vinte, quando a divisão de papéis sociais parecia a imagem de uma sociedade razoavelmente livre? Afinal, se cada um não pode fazer tudo – caçar de manhã, pescar à tarde e filosofar depois do jantar –, pode ser uma hora eleitor, outra candidato, consumidor assim como trabalhador, uma hora aluno, depois professor. Assim, o contrato social (como a mão invisível) permite que todos expandam suas habilidades individuais para o bem de toda a sociedade. Então, a não realização da diferenciação funcional – variável, é verdade, regionalmente – é proporcional a seu valor ideológico: não é assim, mas seria bom se fosse. E, quando os sistemas funcionais de fato desempenham um papel importante na atribuição das chances de inclusão e exclusão, o que importa são a "igualdade de oportunidades" e as "carreiras abertas ao talento" – inclusão profissional.

A perplexidade maior ou menor provocada por cada uma dessas respostas apenas aumenta porque não se trata de um desvio patológico no pensamento social – talvez uma grande virtude da imaginação luhmanniana tenha sido tornar ainda mais evidentes os vícios e os limites explicativos de que padecem as ciências sociais modernas. Em que medida, onde e quando os tantos rótulos sociológicos ainda usados – "capitalismo tardio", a "modernidade reflexiva", a "sociedade pós-industrial", o capitalismo "pós-capitalista" e a modernidade "pós-moderna" – fazem sentido permanece em aberto. Luhmann[647] não crê em algo como "capitalismo tardio" e manifesta desconcerto com os *slogans* da "sociedade de massas", da "sociedade da informação", da "sociedade do risco" e da "pós-modernidade" – mas também a "sociedade funcionalmente diferenciada" não padeceria de defeitos descritivos?

[645] Luhmann, 2012 [1997], pp. 97-8.
[646] Luhmann, 2004 [1993], p. 490.
[647] Ver *e.g.* Luhmann, 2013 [1997], pp. 310-23.

É certo que a progressiva constituição da sociedade mundial apresenta diferenças regionais, assim como que formas institucionais e imaginativas regionais (particularmente o sistema político e sistemas organizacionais) não conseguem "boicotar" eficazmente a sociedade mundial[648]. Luhmann[649] defendeu a especificidade regional do sincretismo de formas de diferenciação na sociedade moderna, o qual não alteraria a *prevalência* da diferenciação funcional, pois o universalismo dos sistemas funcionais acopla-se a vários particularismos: "países periféricos" industrializam-se sob o comando estado e fecham suas economias, com dificuldade de integrarem-se à economia mundial; paradoxalmente, o grau de exclusão fragiliza seu mercado interno e os faz muito dependentes de exportações. Neles, o direito é aplicado seletivamente, as carreiras dependem de contatos conforme o estrato social e a educação reproduz modelos estrangeiros pouco aderentes à realidade dos alunos.

A estrutura de classes – que não deixam de existir com a diferenciação funcional, mas se apresentam como seu subproduto[650] – expressa uma forma de distinção hierárquica que guarda um fundo moral associado com a integração social, isto é, com a integração dos sistemas sociais. Luhmann[651] observa que, se com a persistência das desigualdades e estratificações, as ciências sociais viram na mobilidade a chave para a integração social (no sentido "vétero-europeu"), as políticas de modernização dos países em desenvolvimento apontaram o contrário: migrações e urbanização desintegram e desestabilizam. A desestabilização e desintegração é que parecem faltar, não a coesão e a integração[652].

Obviamente, embora haja diferenças nas estruturas de classe, não se pode afirmar que essa dinâmica estratificatória seja típica da periferia – ela se apresenta também no centro, nas zonas mais modernas da sociedade moderna. Uma disjunção entre centro e periferia à semelhança das teorias estruturalistas do desenvolvimento, do século vinte, não é descritivamente adequada, ainda que se aceite que centro e periferia não se distinguem apenas economicamente. Ocorre que os sistemas funcionais operantes em escala mundial cortam transversalmente as regiões da sociedade mundial: em um mesmo espaço (país, cidade, ou região do mundo, do país, da cidade) há a fragmentação e o desacoplamento seletivo entre mundo moderno ("centro") e província pretensamente em transição para o primeiro lado ("periferia").

[648] Luhmann, 2012 [1997], p. 92.
[649] Luhmann, 2012 [1997], pp. 97-8.
[650] Luhmann, 2013 [1997], p. 12.
[651] Luhmann, 2013 [1997], pp. 5-8.
[652] Comparar Unger, 1987a, pp. 64-79.

A abertura à comparação inter-regional recomendaria não apenas o reconhecimento de que a distinção centro/ periferia pode ser replicada em diferentes escalas (de uma cidade ao mundo), mas o uso proveitoso dessa mobilidade, em vez da fixação de uma única cisão estrutural – por mais que o uso das "formas" na linha de Luhmann indique a preferência da análise pela disjunção absoluta ("tudo ou nada", "sim ou não"). Uma teoria que tanto zela por sua precisão descritiva pode trabalhar com a discussão teórica das implicações dessas diferentes formas de diferenciação (que são também, elas mesmas, formas de inclusão/ exclusão, isto é, de alocação das oportunidades comunicativas) e de suas diferentes combinações, bem como precisar em contextos regionais as diferentes proporções em que a diferenciação social combina critérios hierárquicos com padrões funcionais ou segmentários, e assim por diante. Obviamente, a precisão empírica regional não obsta a discussão geral e exemplificativa dos efeitos típicos das diferentes combinações de formas de diferenciação. Formas de diferenciação discrepantes (*i.e.* regras de inclusão/ exclusão) permanecem em diferentes graus e arranjos conforme o contexto.

Essa virada do foco da pureza para o sincretismo das formas de diferenciação[653] faz jus à própria construção da teoria luhmanniana, se pudermos interpretá-la em um sentido mais preciso que aquele da sucessão modular e catastrófica de formas de diferenciação social. Por exemplo, Luhmann[654] considera que o império romano tanto quanto a antiga Atenas tinham como forma de diferenciação social prevalente a de centro-periferia. Mas essa forma está longe da pureza: na periferia (seja a zona rural da pólis, sejam as zonas mais afastadas do centro urbano imperial) continuam fortes os critérios tipicamente segmentários de diferenciação (diferenças de idade, gênero, ascendência familiar, reciprocidade) e, no centro, a concentração de meios como verdade, poder, propriedade e direito leva à estratificação social, no preciso sentido do fechamento de uma camada superior (que concentra tais meios). Essa camada superior encerra-se em si mesma seja por padrões de interação e reconhecimento, seja pelo mecanismo do casamento e se diferencia do resto da sociedade, quando não se identifica ela mesma (a camada superior) como "a sociedade". Mas há ligações entre essas camadas: sobretudo redes de favor e dependência, clientelismo (a diferença "patrão/ cliente"). Ainda, se há uma concentração de meios, é porque é possível incipientemente diferenciá-los: há um rudimento de diferenciação funcional (um "avanço pré-adaptativo"), sobretudo na forma inicial de especialização que é

[653] Bachur (2010, p. 215) propõe algo semelhante, mas associado a uma tendência inerente da diferenciação funcional, que solapa a si mesma ao engendrar estratificação, regionalização e segmentação social, em um movimento comparável à "lógica" autossubversiva do "capital".
[654] Luhmann, 2013 [1997], pp. 42-50, 226.

a divisão de funções profissionais (divisão do trabalho: juristas, senadores, sacerdotes). Embora diferente de uma sociedade segmentária, em que a própria diferença de funções pelos meios de comunicação é menos marcada, essas sociedades diferenciadas sobretudo na forma centro-periferia ainda não têm a formação de sistemas operacionalmente fechados ao redor daqueles meios de comunicação (poder, dinheiro/ propriedade, verdade, direito).

De outro lado, a transição da prevalência de uma diferenciação hierárquica, estamental, à prevalência da diferenciação funcional pode ser observada historicamente em contextos da Europa ocidental e partes de outras regiões do mundo (em outras a transição inclui a permanência de critérios segmentários, como os que conduzem a escravidão). Ademais, o critério hierárquico da diferenciação estamental passa a sobreviver de outras formas nos sistemas organizacionais – as organizações dentro ou fora dos sistemas funcionais também contrabalanceiam a pretensão de inclusão universal dos sistemas funcionais (*i.e.* de todos participarem de algum modo da política, da economia, da educação) com o reforço da exclusão pelo critério de membro/ não membro da organização e por sua hierarquia interna ("técnica") de cargos e funções. Ainda, a diferenciação segmentária não deixa de existir, mas se expande na forma de países (não podemos desconsiderar o nacionalismo moderno). O conceito de "classe social" seria uma formulação semântica dessa transição – já não se trata de estamentos, mas ainda não reconheceu a liberdade dos sistemas funcionais. No diagnóstico luhmanniano, hoje a própria dinâmica dos sistemas funcionais é que regularia predominantemente as chances de inclusão/exclusão, mas não deixam de haver classes sociais, com diferenças bem marcadas. Todavia, descrever a sociedade a partir de suas classes seria resumi-la ao ponto de vista do sistema econômico, assim como ocorre com a diferença entre centro e periferia da sociedade (ou economia?) mundial ou com o conceito de capitalismo[655]. De forma semelhante, o critério segmentário (nacional) seria relevante para certos sistemas (como direito e política, com seu centramento nos Estados), mas não para todos (para economia e ciência pouco importariam as fronteiras).

A categoria de "feudalismo" não perde sentido se referida a uma experiência histórica de certas regiões da Europa, assim como "capitalismo" pode muito bem, como sugere Unger[656], definir uma peculiar e contingente forma institucional de economia de mercado – aquela desenvolvida no Atlântico Norte nos últimos séculos –, identificada para

[655] Luhmann, 2012 [1997], p. 99; 2013 [1997], pp. 290, 313.
[656] Unger, 2007b, pp. 57-8, nota.

o resto do mundo como a forma exemplar do arranjo de uma economia de mercado. O conceito de capitalismo permanece em circulação, por mais difícil que tenha se tornado sustentar a crença nos modos de produção, crença esta que o conceito de "capitalismo" pressupõe. Com a identificação de capitalismo como uma civilização mundial, pelos processos coloniais e imperialistas, a diferença centro-periferia ganhou uma dimensão completamente nova, diferente daquela com que Luhmann descrevia a antiguidade europeia. Se, por um lado, aparentemente essa distinção exagera uma continuidade estrutural, por outro, parece impreciso afirmar, como faz Luhmann[657], que a diferença centro-periferia (na linha do estruturalismo latino-americano, da teoria da dependência e da teoria do sistema-mundo) é meramente econômica e que a diferencia segmentária é apenas político-jurídica (estatal). Se as fronteiras nacionais são irrelevantes para economia, como explicar a expressão dos debates sobre o livre comércio e as vantagens comparativas, que simplesmente marca o nascimento da moderna economia política, associada à dinâmica de mundialização da sociedade? Basta dizer que a economia pressupõe que, no seu ambiente político-jurídico, há diferenças territoriais (nacionais)[658]? Essa resposta parece ser insuficiente – a economia mundial se organiza também pela diferença entre países, definida e mantida pela forma estatal[659].

Podemos aceitar a tese da diferenciação funcional – para além da divisão de trabalho entre pessoas, com a constituição de critérios de produção de comunicação que se chocam uns com os outros (investimentos *versus* leis *versus* sentenças *versus* pesquisas). Podemos aceitar que essa forma de diferenciação social torna-se uma forma distinguível (relativamente autônoma) apenas em tempos modernos. Mas a medida em que a diferenciação funcional confirma ou contradiz outros critérios de diferenciação – abrindo ou fechando espaços de inclusão ou exclusão de pessoas – varia imensamente conforme os contextos espaço-temporais. Então, a sociedade mundial moderna só pode ser definida paradoxalmente: como a transterritorialidade de sistemas funcionais que atuam em *escala planetária*, em acoplamentos e desacoplamentos pontuais com a *diversidade regional* das miscelâneas de critérios não funcionais, como aqueles segmentários e estratificatórios[660].

Ainda, tal passo – o aumento da escala de observação pela variação regional – conduz a um segundo movimento, também autorizado por elementos da construção luhmanniana: a teoria da sociedade como uma teoria de seus sistemas, com especial

[657] Ver *e.g.* Luhmann, 2012 [1997], pp. 96, 99.
[658] Luhmann, 2006a [1999], p. 264.
[659] Unger, 2007b, pp. 135-8.
[660] Comparar Luhmann, 1997a, pp. 73-4.

atenção aos sistemas funcionais. Vistos em suas estruturas internas – instituições – os sistemas funcionais apresentam tanto fechamento operacional quanto acoplamento estrutural com outros sistemas. É preciso descer ao nível institucional – das estruturas internas de cada sistema – para elucidar os mecanismos de inclusão/ exclusão que são regulados pelos sistemas. Esses mecanismos são internos à (autor)regulação das comunicações pelo sistema. Essa autorregulação ocorre pela produção de programas que orientam a atribuição dos códigos-diferença de cada sistema funcional (*e.g.* leis, contratos, sentenças regulam a decisão entre o lícito e o ilícito – afinal, a circulação do meio "validade")[661]. Esse passo conduz ao entendimento de, assim como existe tecnologia – vínculo entre sociedade e natureza –, a construção interna da sociedade, pela própria sociedade (reflexividade que foi marcada pelo conceito de cultura), não é determinada diretamente por suas condições ambientais, pois frente a elas há uma indeterminação das respostas sociais. É a indeterminação institucional, na visão ungeriana. É a complexidade e contingência da comunicação, em termos luhmannianos: a indeterminação interna das possibilidades de comunicação abertas não pode ser mais decidida pelo ambiente e isso é uma aquisição evolutiva da sociedade moderna, isto é, algo possível no grau de complexidade estruturalmente suportável por ela. Apenas cada sistema, por seus próprios recursos e auto-organização, limita seus resultados[662]. O mesmo se aplica na relação entre o sistema social mais abrangente (a sociedade) e seu ambiente (a natureza). O conceito ungeriano de "contexto formador", como usado neste capítulo, nos dá pistas para a articulação de semânticas e estruturas como formações institucionais e imaginativas situadas e contingentes, não como forças naturais que moldam a história.

Particularmente a ilustração do caso brasileiro mostra os (des)caminhos que a construção jurídico-institucional comumente toma diante das assimetrias da sociedade mundial. A cópia institucional (direito e desenvolvimento) como atalho a condições de "primeiro mundo" esbarra em estruturas sociais renitentes e não consegue catalisar amplo suporte, generalizando expectativas que desestabilizem tais estruturas. Outra via é negar a "macroestrutura" de poder e dinheiro e buscar uma solução comunitarista: o experimento de uma "contra-sociedade". Esse experimento é romantizado, de forma que a opressão interna da coletividade sobre as pessoas tende a ser subvalorizada; da mesma forma, é

[661] Para o desenvolvimento das implicações da passagem de uma teoria da sociedade para uma teoria do direito, ver *supra* capítulo 1.
[662] Luhmann, 2012 [1997], p. 87.

instável e transitório, uma vez que as estruturas dos sistemas político, econômico e jurídico "oficiais" contra-ataquem.

A mensagem messiânica dos direitos humanos é por vezes a contraparte semântica da apologia das instituições "vencedoras"[663]. Os direitos humanos podem representar então uma apologia de valores do "ocidente" ou do "mundo desenvolvido" e carregar a mensagem de que os grandes problemas estruturais e suas especificidades regionais são substituíveis pela implantação de uma cultura liberal, tolerante às minorias e executada, quando preciso, por cortes esclarecidas e razoavelmente progressistas. A solução então é, primeiro, alinhar a constituição ao direito internacional dos direitos humanos: o conteúdo de ambos deve ser um minimalismo universal, uma moralidade inegociável, autoevidente e suprapolítica a delimitar a margem de manobra dos estados. O segundo passo é colocá-los sob a guarda da interpretação judicial (associada a controles de constitucionalidade e convencionalidade). Seu método é um "formalismo transcendental"[664]: um sistema de direitos é revelado primeiro pela referência e reverência a documentos, entendimentos e tradições; essa validação é então transbordada pelo aperfeiçoamento sistemático dos direitos como orientações institucionais e valorativas sobre a correta organização da política, da sociedade, das diferenças nacionais.

Em contrapartida, fora dos círculos organizados do poder e da jurisdição, os direitos humanos carregam ainda um potencial normativo que faz a esfera pública política ecoar a esfera pública jurídica. A questão é como aproveitar essa ressonância para encaminhar transformações institucionais capazes de se colocar como cunhas aceleradoras da mudança estrutural e cultural. Para tanto, é preciso combinar o protesto episódico pelos direitos com o encaminhamento de sua institucionalização por organizações e procedimentos duráveis e corrigíveis. Os níveis múltiplos das ordens consagradoras de direitos fundamentais e humanos servem para aumentar a autoirritação do direito e da política: uma ordem observa a outra. Nesse sentido, bloqueios e desequilíbrios regionais a respeito dos direitos humanos podem ser desconsiderados em vista de um formulário único; mas podem também, estrategicamente, ser marcados e observados desde as ordens locais, nacionais, regionais, com potencial para estruturar regimes constitucionais divergentes de proteção de direitos, aumentando o experimentalismo das ordens jurídicas.

[663] Ver Supiot, 2005, cap. 6.
[664] Unger, 2015c, pp. 33-4.

4.3.1.3. Moral/ ética e moralidade de valores

Com a diferenciação funcional, a realidade, como construção de cada sistema baseado em sentido, precisou ser assegurada de algum modo. Autodescrições de cada sistema social forneceram "fórmulas de contingência"[665] que asseveravam o que permanecia indisputável: a justiça, para o direito; a legitimidade, para a política; a escassez, para a economia, a limitacionalidade, para a ciência. Assim, a política só não se confunde com a violência pura na medida em que precisa se estabilizar, em cada situação, por expectativas que gozam de um apoio geral e esse apoio, ainda que uma presunção, precisa ser plausível em alguma medida. O direito precisa abrir-se às demandas sociais, mas só pode dar uma solução justa se seguir seus critérios internos. A verdade científica só é válida na medida em que colocada sob uma série de limites metodológicos e epistemológicos – a ciência só produz um conhecimento construído segundo suas ferramentas e hipóteses delimitadas. Essas fórmulas dizem o que cada situação exige de cada sistema funcional, mas não fornecem um significado abrangente para toda a sociedade. No século dezenove, pensou-se nos "valores" como essa orientação unificadora. Mas os próprios valores podem ser revalorados e transformados.

É característica da modernidade a formação de uma moral fragmentada, uma moral de valores, oposta à moral cosmológica e naturalista, à ética política como espelho da ordem natural. A codificação moral da comunicação[666] (consideração/ desprezo, bem/ mal, respeito/ desrespeito) busca orientá-la no sentido do que deve ser aceito ou rejeitado e a envolve no paradoxo de que o apelo à moral só emerge quando se diagnostica sua violação. Para coibir a aplicação do código ao código – a pergunta sobre por que é bom preferir o bem ou sobre por que desprezar o mal –, a moral esteve fortemente acoplada à religião, podendo assim remeter a argumentos terminativos como a vontade divina. Estando em jogo na comunicação moral a consideração ou o desprezo de *alter* por *ego*, a avaliação dos comportamentos é programada por formulações sobre vício e virtude, propósitos e regras. Mas esses padrões de avaliação podem incorporar eles mesmos regras de inclusão/ exclusão conforme a "divisão de trabalho" na sociedade, isto é, conforme a forma de diferenciação social. Quando a diferença de critérios aplicáveis aos nobres ou aos comuns é posta em xeque, a moral vem a se construir como uma questão de consciência – e com a imprensa, os juízos se desprendem da vinculação necessária à religião. Com a observação

[665] Luhmann, 2012 [1997], p. 282.
[666] Sobre moral e ética, ver Luhmann, 1991 [1988]; 1993c [1992]; 2012 [1997], pp. 138-49, 239-45, 393 (nota 96), 414 (nota 299).

de segundo grau proporcionada por essa abertura à psicologia e à esfera pública social (desenvolvida com a construção do sistema dos meios de comunicação de massa), todos os critérios (inclusive os postos pela religião) tornam-se relativos e à ética, como reflexão da moral sobre si mesma, resta a tarefa de substituir os velhos fundamentos externos dos juízos sobre pessoas. A moral não pode mais contar com uma convergência automática do direito (direito natural), da economia (preço justo), do poder (poder divino). Isso leva ao fechamento da reflexão moral pela ética e à sua consideração de temas como as esferas válidas para cada critério de diferenciação: a ética que visa ao multiculturalismo e que combate a corrupção sistêmica. Critérios "anteriores" à diferenciação funcional (sexo, idade, etnia, ascendência familiar e, menos enfaticamente, classe) são considerados ilegítimos para a distinção de pessoas nos termos de consideração ou desprezo – a semântica da igualdade. E injunções de critérios políticos na economia, econômicos na política, religiosos na política, familiares no direito são criticados como corrupção, exigindo apenas os canais legítimos da mútua interferência: a colaboração estruturada na forma de acoplamentos, de instituições de ligação. Essa proteção da competência de cada sistema funcional e o combate à sabotagem de códigos previnem a moral de desempenhar seu papel tradicional de integrar a sociedade e representar para ela um estado ótimo. O lugar que não existe justamente é aquele do qual podem ser discernidas as regras razoáveis e práticas para decidir todos os casos. A moral apenas serve hoje como alarme. Para quê?

O alarme moral soa para manifestar a incompetência dos sistemas funcionais: a tortura, a fome, os massacres como violações de direitos humanos, condições de subdesenvolvimento ou não desenvolvimento, consequências do autoritarismo político. Na medida em que se desacopla da religião, a moral não pode ser reforçada pela diferença entre imanência e transcendência e pela fé na salvação. As soluções propostas passam das formas de "religião civil" às apostas na própria reflexividade dos sistemas funcionais: dinheiro na forma de combate à pobreza ou ajuda internacional, *rule of law* na forma de constitucionalização do direito internacional, empoderamento na forma de democratização das organizações internacionais.

Como Luhmann[667] descreve os valores? O século dezenove assiste ao aparecimento das grandes ideologias políticas modernas (valorações de valores) e à diferenciação do valor como meio de comunicação simbolicamente generalizado, isto é, à distinção entre valor e verdade e à universalização da semântica dos valores, da validade (ao lado da

[667] Sobre valor e ideologia, ver Luhmann, 2012 [1997], pp. 137, 204-6, 221-8, 242, 247, 282, 331 e 411-2 (notas 267 e 268); 2013 [1997], pp. 102-5, 121-4, 154, 180, 301-3, 318-21, 331-2 e 389 (nota 378).

universalização da dignidade, agora atributo de todos os homens, não apenas dos nobres). Antes a indicação de valor já se espraiava para além da economia, cobrindo referências a honra, deveres, prazer, saúde e cultura. Mas só então a remissão a valores os torna um meio universal e diferenciado de comunicação.

Em geral se assume que valores não tem *valor* informativo; por isso, permanecem latentes, tácitos, na comunicação, em vez de serem marcados. São pressupostos comuns, não asserções testáveis. A instabilidade do sentido psicológico dos valores casa com sua estabilidade social, isto é, com a permanência de seus signos e usos na comunicação – atração de apoio social. A marcação e a contestação dos valores ocorrem nas teorias da argumentação e da nova retórica ou nas teorias contemporâneas que tentam apresentar uma reflexão valorativa sobre os valores ("ética" ou filosofia moral), em concorrência com outras valorações de valores, como as semânticas da religião ou da política.

Mas a fluidez da moral, que não chega a se fechar como um sistema funcionalmente diferenciado, contrasta com os "autovalores" e meios de comunicação simbolicamente generalizados dos sistemas funcionais e com suas "fórmulas de contingência": dinheiro e poder, eficiência e legitimidade, validade jurídica e justiça. A realidade e o que se poderia chamar de "autovalor" para cada sistema (isto é, seu código, seu meio simbólico) não são ancorados externamente; apenas aparecem como atitudes relativamente estáveis a partir da aplicação das operações do sistema aos seus próprios resultados. E essas fórmulas de contingência são semânticas, isto é, formulações sujeitas à corrosão histórica. Mesmo valores variam. A reprodução da sociedade moderna no plano da observação de segundo grau – observação de observadores – faz com que se perceba que valores não trazem regras para decisão no conflito entre valores e essa percepção da contingência é marcada com o conceito moderno de cultura, ou como pluralismo ou relativismo.

Para a sociologia, passando por Durkheim e Parsons, valores foram vistos como instituições, meios de integração, consenso, solidariedade e coesão social. Radicalizando o diagnóstico weberiano da diferenciação das esferas de valor pelo racionalismo ocidental moderno, Luhmann identifica a tensão de uma moral de valores comparativamente desestruturada diante de sistemas sociais que operam com alta indiferença à moral. Sem autoridade diretora e um mundo ontologicamente disponível a todos, valores não são ordenados hierarquicamente, mas desordenados heterarquicamente: são preferências e motivos individuais, questões de opinião e identidade. No zigue-zague entre sistema

psíquico e sistema individual, cogita-se da ligação de valores a interesses e estabelece-se um jogo entre o que é manifesto e o que permanece latente. O "valor" da pessoa – a fronteira entre cada indivíduo e a sociedade – assenta justamente essa liberdade de valoração. Valores podem então ser negociados – o pressuposto fundante da democracia liberal. Essa formação flexível de consenso em relação a valores – a política – tem como negação a expansão da demanda de identidade que não aceita negociação: o radicalismo, o fundamentalismo, a xenofobia.

À possibilidade de diferentes valorações de valores, de ideias e princípios divergentes, o conceito marxista de ideologia adiciona a explicação da gênese dessas diferenças na estrutura da sociedade (de classes). A observação de outros observadores – ou a opinião sobre as opiniões alheias – constitui a opinião pública. Nela se produzem as distinções entre o passado e o futuro da sociedade vista pela política: entre o progresso natural a um estado melhor ou rumo a uma crise a ser resolvida por revolução libertadora; entre a utopia e o planejamento do futuro e a certeza de que as coisas poderão ser resolvidas com consenso (democracia). Consolida-se a forma progressista/ conservador.

O contraste entre os valores – que marcam a diferença entre os sistemas psíquicos individuais e o sistema social abrangente (a sociedade) – e os meios de comunicação simbolicamente generalizados, pelos quais se reproduz a fronteira de cada sistema social (isto é, a diferenciação da sociedade), implica a neutralização moral desses sistemas sociais. A diferenciação dos meios de comunicação iniciada na cultura urbana da Grécia clássica era contrabalançada pelos apelos à ética, ao modo de vida urbano. Mas o progresso da diferenciação funcional e a retração das estruturas de estratificação encaminham passo a passo a "amoralização" dos sistemas e seu fechamento reflexivo: o poder aplicado ao poder, ou as decisões sobre decisões (democracia); o dinheiro valorado pelo dinheiro (economia financeira).

No direito há as normas validadas por outras normas – e o direito processual e constitucional, assim como os princípios como normas de normas, servem para marcar a autonomia do direito em relação à moral – sua amoralidade, e não sua moralidade. A moral de valores não é uma questão de modo de vida, de uma hierarquia cujo topo é formado por valores praticamente invariantes (direito natural). A moral de valores é uma questão de apelo ao consenso e de facilitação do consenso. Virtualmente ninguém discorda dos bons valores; só há dissenso sobre as condições de aplicação e sobre as valorações de valores, que não podem mais ser integradas de antemão em hierarquias rígidas – o que coloca em

xeque não apenas as éticas fundadas em visões canônicas da boa vida (o que a sociologia, até de "estruturas profundas", rejeita), mas mesmo o dogmatismo das ideologias forjadas no século dezenove ou o idealismo jurídico de fins do século vinte.

A hipótese deste capítulo é de que essa moral de valores da sociedade moderna funcionalmente diferenciada não apenas dá origem às ideologias políticas, mas ainda mais fragmentariamente às autoconsciências de cada sistema funcional e àquela autoconsciência que marca a diferença entre essa sociedade mundial e aquilo que é visto como particularidade regional, cultura. Na verdade, as ideologias (e, na sua linha, as filosofias da moralidade política, e mesmo Unger) têm uma representação subcomplexa em relação ao grau de diferenciação da sociedade. Partem do estado como centro diretor da sociedade (com um conceito regional de sociedade) e enfatizam a diferença entre estado e sociedade, no máximo dividindo a sociedade entre economia, "sociedade civil" (movimentos sociais, ONGs, associações) e família. Mas o estado é apenas um subsistema da política e a política um dos vários subsistemas da sociedade. Essa fragmentação mais radical é que explica a persistência dos apelos a direitos humanos, desenvolvimento, democracia e cultura, mesmo quando as ideologias se metamorfoseiam e esvanecem.

As autoconsciências são justamente estratégias semânticas dos sistemas funcionais para lidarem com valores. "O que ainda pode ser generalizado na forma de valores universalmente aceitos – por exemplo, liberdade, igualdade e dignidade humana – é baseado nesse vínculo entre temporalização, especificidade do sistema e interrupção da interdependência"[668]. Sistemas ao mesmo tempo fazem propaganda de sua competência para promover universalmente a inclusão na sociedade, embora a inclusão só ocorra de sistema a sistema. Entre essa propaganda e sua capacidade operativa, os sistemas precisam firmar os limites de suas estruturas específicas – interromper a interdependência. Não se pode decretar a justiça universal, mas apenas resolver casos com igualdade, implementar políticas focadas a combater este ou aquele foco de injustiça. A esperança maior é de que com o tempo tudo se resolverá.

Essa esperança aparece em todas as autoconsciências – superação do subdesenvolvimento ou passagem de país em desenvolvimento para país desenvolvido; fim das graves violações de direitos; respeito universal às diferenças (culturais); democracia em todos os países e nas organizações internacionais. A todas essas autoconsciências

[668] Luhmann, 2013 [1997], p. 103.

aplica-se o que Luhmann diz dos direitos humanos: eles reforçam-se por suas violações[669]; a cada negação, a expectativa contrafática se afirma e aumenta – se não é mais confiança plausível, passa a esperança ou fé atemporal.

Ao encararmos as bases constitucionais – o apoio jurídico (validade), político e administrativo (implementação) – das preferências individuais, chegamos então ao cerne da questão da legitimidade: quais valores apoiar no choque de valores? Se não há mais espaço para a crença em uma comunidade densa de valores compartilhados, a crença liberal é de que há um mínimo de "normas indispensáveis" – elas se expressariam no universalismo dos direitos humanos. No entanto, como já visto, valores agregam consenso quando indeterminados, mas não conduzem a uma determinação racional de decisões; ademais, a diferenciação funcional apenas faz da referência a valores sinais de urgência sobre os limites operacionais dos sistemas parciais para lidar com problemas universais, isto é, que os transcendem[670].

4.3.2. Diferenças

Como as formas de inclusão/ exclusão, produzidas pela conjunção regionalmente específica da dinâmica da diferenciação funcional com outros critérios (de gênero, reciprocidade, dependência, classe etc.), reaparecem especificamente na forma de problemas prioritariamente econômicos, políticos e culturais? Como as expectativas normativas associadas ao encaminhamento dessas questões estruturais traduzem uma moralidade de valores em pretensões jurídicas? Como essas pretensões – os direitos – podem ser conformadas em uma rede de programação jurídica de níveis múltiplos, que inclui as constituições nacionais mas as ultrapassa, pela colisão ou colaboração com regimes de direitos humanos proclamados por ordens internacionais, supranacionais e transnacionais?

4.3.2.1. Vanguardas e retaguardas

Enquanto teorias da modernização consideram que a distribuição geográfica das vantagens comparativas leva a que economias "em desenvolvimento" tenham que passar por uma fase de produção intensiva em trabalho e com baixos salários para atingir enfim a situação das economias desenvolvidas, com produção intensiva em capital e tecnologia,

[669] Luhmann, 2004 [1993], pp. 484-5; 2008 [1992], p. 33.
[670] Ver *supra 2.3.1*, sobre interpretação dos direitos; e *supra 1.2*, sobre teorias do direito e a "amoralização" vinculada à diferenciação funcional.

teorias da dependência ou do sistema-mundo consideram que economias "subdesenvolvidas" estão condenadas a ocuparem um nicho subordinado na reprodução mundial do "capitalismo". Ocorre porém que, fugindo de uma simples divisão do mundo entre centro e periferia, há formas vanguardistas de produção espalhadas nos países centrais e periféricos. São ilhas de excelência tomadas como referência global, mas autoisoladas diante da maior parte da economia. Pessoas, ideias, tecnologias, capital e conhecimento circulam nas redes formadas dentro dessas vanguardas. Seu mercado é o mercado mundial. Formas avançadas de autorregulação – um pluralismo jurídico transnacional, com cortes arbitrais, *standards* e códigos próprios – juridificam a vanguarda e aumentam sua autonomia em relação ao próprio direito estatal. A maior parte dos trabalhadores, porém, não está incluída na confederação global das vanguardas. Considerável porção das atividades produtivas permanece se realizando com práticas rudimentares, sem acesso a crédito, tecnologia e conhecimento de ponta. A retaguarda procura emular a vanguarda, mas permanece desequipada para vencer suas desvantagens. É tal cenário que Unger[671] descreve pelo contraponto entre "vanguardas" e "retaguardas".

Essa distinção vanguarda/ retaguarda pode ser "policontexturalizada", isto é, aplicada para além do sistema econômico (assim há vanguardas e retaguardas científicas, educacionais, artísticas, sanitárias). Tal entendimento é compatível com a hipótese luhmanniana[672] de que varia imensamente a partilha de vantagens e desvantagens da diferenciação funcional conforme regiões, ao mesmo tempo em que as assimetrias crescem ou diminuem conforme o grau de conexão das regiões com as condições da sociedade mundial.

Um modelo centro-periferia unitário e estável resulta problemático, seja por sua monocontexturalidade (restrição ou primazia ao sistema econômico), seja, ainda quando expandido para as outras funções, por enfatizar uma única cisão que simplifica muito drasticamente as diversidades estruturais entre as regiões. Há assimetrias regionais geradas pela diferenciação funcional, mas o padrão centro-periferia não permanece necessariamente estável[673]. Assim, a distinção entre centro e periferia faz sentido na sociedade mundial para descrevê-la em múltiplas escalas de observação: a diferença centro/ periferia pode então ser multiplicada sobre si mesma, discernindo periferias nos centros e centros nas periferias. Há centros e periferias em praticamente qualquer unidade

[671] Unger, 1998, pp. 30-41; 2007a, pp. 173, 200-4; 2007b, pp. 71-2, 99-100; 2015c, pp. 64-5.
[672] Luhmann, 2012 [1997], pp. 93-4.
[673] Luhmann, 2012 [1997], p. 97.

observável, com uma integração mundial de centros contraposta ao isolamento local de periferias. Mas então atingimos a mesma distinção entre vanguardas e retaguardas.

O problema do desenvolvimento é aquele da dinâmica excludente puxada pelo isolamento das vanguardas, dos setores (organizações e redes de organizações, com suas bases regionais) que lideram as formas de produção, financiamento, aprendizagem, tratamento tecnologicamente mais avançadas e organizacionalmente mais flexíveis. O que está em jogo nessa inclusão/ exclusão são as desigualdades no acesso aos sistemas funcionais e, em termos de simbiose, a satisfação de necessidades (a fome, a doença, a ignorância). Assim, em que sentido um regime de direitos públicos seria posicionado na direção de um desenvolvimento democrático?

De um lado, há demanda por ferramentas de direito empresarial e econômico que capacitem o governo para estabelecer fundos de capital competitivos e prover capital de risco, crédito, suporte técnico e administrativo aos negócios, em formas descentralizadas de apoio a empresas. Direitos de propriedade condicionais, temporários e fragmentários conduziriam na direção de uma democracia de cidadãos proprietários. De outro lado, um conjunto de direitos constitucionais seria demandado para enfrentar as consequências do dualismo econômico. Os setores organizados que ele promove precisariam ser enfrentados pelo aumento do nível de participação política para além dos anéis de interesses privilegiados. Direitos públicos à autonomia jurídica, nutrindo o experimentalismo econômico por meio da autorregulação, dinamizariam o direito da produção e das trocas. Os danos persistentes de organizações públicas e privadas demandariam uma intervenção similar ao procedimento de reorganização judicial das empresas. Imunidades pessoais, liberdades e benefícios sociais precisariam ser universais, independentes da posição na divisão de trabalho e providos de forma a evitar que a proteção social permaneça restrita apenas aos setores organizados da força de trabalho.

Finalmente, ainda na esfera privada, o ponto crucial é uma reconstrução das imunidades pessoais organizadas em direitos trabalhistas. Se o contexto econômico da organização sindical do trabalho, tomada como contrapeso à liberdade de contrato, é solapado pela transição da grande indústria de base nacional por redes contratuais globais descentralizadas, novas formas de representação e organização do trabalho precisam ser estruturadas[674]. Entretanto[675], a cidadania e a titularidade de direitos públicos permanecem vinculados à territorialidade nacional; assim, enquanto coisas e dinheiro podem transitar

[674] Unger, 2015c, pp. 71-2.
[675] Unger, 2007b, pp. 162-3.

mais ou menos livremente, pessoas são barradas (justificativas práticas são os direitos e interesses dos trabalhadores dos países de imigração, o financiamento dos serviços públicos e benefícios sociais nesses países e a fuga de capital humano dos países de emigração). As diferenças nacionais em termos de produtividade e disponibilidade de fatores de produção (trabalho e capital) asseguram aos respectivos cidadãos condições diferenciais de bem estar. Como fica então a proclamada universalidade dos direitos humanos?

Ao menos dois remédios são associáveis à gradual liberação dos fluxos de pessoas: de um lado, deveria haver uma expansão do acesso a recursos produtivos que ampliasse o trabalho livre para além do trabalho assalariado, generalizando o autoemprego e a parceria em formas que dessem conta de requisitos de economias de escala e eficiência administrativa; de outro, há propostas para uma globalização dos *standards* trabalhistas[676]. Assim é que, ao redor do direito internacional do trabalho, surgem fragmentos de um consenso acerca da definição de um piso de proteções trabalhistas universais, abaixo do qual a inclusão na concorrência internacional não pode ser admitida para empresas e países que violem esses patamares. Quatro elementos desse patamar haveriam de incluir: a proibição do trabalho coercitivo (inclusive do trabalho infantil); a vedação da discriminação arbitrária (remuneração diferente para tarefas similares); o empoderamento dos trabalhadores para negociarem seus interesses na economia e na política nacional; a asseguração de um salário mínimo (países incapazes de financiá-lo deveriam contar com a ajuda dos outros, a fim de preservar o sistema de livre comércio internacional; raciocínio análogo aplica-se aos *standards* ambientais, que demandariam como contraparte transferências tecnológicas e compensações financeiras para a preservação de recursos naturais sob soberania nacional). Dado o contexto global da economia, porém, a atratividade de um país para investimentos produtivos pode cair se os custos se elevarem sem crescimento da produtividade; a eficácia da mudança global dos direitos trabalhistas, portanto, depende de políticas econômicas e educacionais que ampliem a capacidade nacional de fugir a essa armadilha.

Como se pode observar, as diferenças nacionais não são inócuas ou desconsideráveis, embora a dinâmica econômica não se processe por uma autarquia de economias nacionais justapostas. Um ponto vulnerável que emerge da relação entre direitos de imunidade e a diferenciação entre vanguardas e retaguardas e da distribuição

[676] Unger, 2008b; 2007b, pp. 167-79, 193-212.

territorial diferenciada dos centros de decisão econômica é como assegurar o financiamento custoso de uma infraestrutura de bem estar social. O que diz respeito à discussão sobre direitos trabalhistas e comércio internacional também se aplica ao direito supranacional – precisamente à experiência (proto)constitucional da União Europeia.

Nessa experiência, é observável[677] uma tendência a centralizar as decisões sobre política econômica e política externa nas organizações da União Europeia e deixar os conflitos distributivos, as formas de tributação, as políticas e serviços públicos e os benefícios sociais para a decisão dos estados nacionais e das localidades. Para incrementar a inovação e a competitividade econômica em tempos de globalização, retiram-se proteções como a estabilidade no emprego; busca-se atenuar a barreira entre os incluídos e os excluídos da proteção trabalhista, decorrente da divisão entre vanguardas e retaguardas, por benefícios menos diferenciados conforme a posição no mercado de trabalho e a representação por sindicatos com forte poder de barganha. Fora de outras reformas no contexto institucional mais amplo, o resultado dessas medidas é generalizar a insegurança econômica e concentrar recursos e oportunidades na elite da economia mundial. De um lado, a política de deixar os gastos sociais para a decisão nacional deixa de enfrentar a distribuição diferenciada das vanguardas e retaguardas nos países, o que demandaria mecanismos redistributivos entre os membros da União (ampliando os "fundos estruturais") e a previsão de direitos justiciáveis nas cortes nacionais para a cobrança dos "mínimos sociais". De outro lado, a centralização da política macroeconômica e regulatória permite estreita margem de manobra dos estados para desenvolverem suas próprias estratégias econômicas, uma experimentação que poderia levar a mudanças na distribuição dos ativos e das oportunidades econômicas, diminuindo a própria dependência da redistribuição pela União e da compensação pelas transferências sociais. Ao lado desses arranjos atinentes à imunidade individual, a contraparte política é uma restrição da participação: em vez de ampliá-la pela inserção de traços de democracia direta nos mecanismos representativos nacionais e comunitários, busca-se manter o controle do bloco pelo "diálogo" entre as burocracias da União e dos estados para a negociação e a coordenação flexível de regulações e políticas ("comitologia").

Outro exemplo de problema relativo à distinção entre vanguardas e retaguardas principalmente na economia (mas também na ciência, no esporte, na saúde) é a capacidade de autorregulação que principalmente as vanguardas transnacionais assumem,

[677] Unger, 2002.

desacoplando-se seletivamente das limitações jurídicas nacionais, quando não conseguem, por pressões políticas, moldá-las ao seu gosto. Toda organização acaba por criar uma rede interna de expectativas normativas autorreferidas, no espaço liberado pela autonomia privada e pela propriedade (com a discricionariedade gerencial que ela implica na disposição dos meios de produção). Mas esse direito autorregulado assume a dimensão de um verdadeiro pluralismo jurídico em ordens privadas de abrangência tal que rivalizam e colidem com o direito nacional explicitamente.

Assim é que, direta ou indiretamente, ordens privadas criam suas próprias normas sobre organização de poderes e atribuição de direitos básicos. Por um lado, essa autorregulação expande a capacidade das empresas de experimentarem não apenas com a alocação de fatores de produção, mas com o próprio pano de fundo institucional em essa estratégia opera (os regimes regulatórios ambientais, trabalhistas, de normatização técnica etc.). Por outro lado, essa autonomia pode liberar as vanguardas econômicas dos limites substantivos e procedimentais que caracterizam um estado de direito democrático. Daí que um exame dessa "constitucionalização corporativa" recomende algumas precauções[678].

Primeiro: seria inócuo e contraproducente simplesmente proibir essas formas de autorregulação "espontânea". Mas, em vez de confiar em que as corporações possam desenvolver não apenas ordens jurídicas privadas, mas verdadeiros fragmentos de "constituições civis" transnacionais (Teubner), pondo de lado a política estatal para acoplar puramente direito e economia, é preciso reforçar os mecanismos de observação dessas ordens privadas pelas ordens estatais-nacionais democraticamente legitimadas. Não cabe confiar no isomorfismo entre constituições nacionais (vínculos entre direito e política apoiados na opinião pública) e os códigos de conduta e diretrizes de responsabilidade social (de abrangência corporativa, setorial ou de redes empresariais). O mercado não detém os mecanismos de formação de vontade e controle público exigíveis e em alguma medida concretizados pelos procedimentos do estado de direito nacional. O estado não deve declinar de sua competência e responsabilidade na garantia dos direitos fundamentais em nome da flexibilização, da "terceirização" do tratamento desses direitos.

Segundo: os regimes de processamento das violações de direitos humanos cometidas por corporações precisam se desenvolver nas várias ordens estatais (nacional, internacional, supranacional), garantindo a expansão do efeito demonstração e da referência cruzada entre as ordens jurídicas sobre as formas de "metarregulação" (de

[678] Amato, 2014a. Para a crítica a Teubner (2012), ver Amato (2015b).

regulação da capacidade autorregulatória das organizações). Analogamente ao que ocorre com a separação de poderes doméstica, em que competências sobrepostas e diversas vias procedimentais abrem uma variedade de canais para o autocontrole do poder, é sob o "panótico" das ordens jurídicas de diferentes bases de legitimação e diferentes âmbitos de validade (material, temporal, pessoal e temporal) que as ordens privadas podem se desenvolver com menor risco de abusos e mais mecanismos de contenção e evitamento de um "totalitarismo" – se não mais político, agora econômico.

Terceiro: as ordens nacionais e internacionais ou supranacionais devem exigir e monitorar o cumprimento do devido processo legal nas formas preventivas e repressivas de atualização das ordens privadas – em seus procedimentos de implementação, monitoramento e avaliação de medidas e de imposição e execução de sanções. A governança corporativa não pode impor a autorregulação como escudo simbólico, como estratégia diversionista, para bloquear a atuação das ordens estatais sem prover o acesso aos meios e às garantias previstos em declarações moralistas de responsabilidade corporativa. Mecanismos de representação das "partes interessadas", supervisão por organizações não governamentais (ligadas a direitos humanos, consumeristas e ambientais) e outras formas de transparência e controle são necessários para dar efetividade à governança corporativa no monitoramento e na execução dos direitos por ela regulados.

4.3.2.2. Democracia e burocracia

A questão da democracia apresenta-se obviamente em referência ao sistema funcional da política, que produz decisões coletivamente vinculantes. Entretanto, na medida em que organizações, que são sistemas decisórios, apresentam-se também em outros sistemas funcionais ou mesmo fora deles, há um problema de "política interna" também no direito, na educação, na ciência, na economia etc. O dilema democracia/ burocracia apresenta-se em universidades, igrejas, bancos, empresas, escolas, prisões, hospitais. Perde sentido a identificação, da antiguidade clássica, entre o político e o social, assim como a distinção entre o público e o privado, entre a praça como localidade de exercício do autogoverno pelos cidadãos e a economia doméstica como campo do despotismo patriarcal sobre familiares e escravos (com o interstício das relações de dependência ou clientelismo). A distinção entre membro e não membro, que é a forma de inclusão/ exclusão reproduzida pelas organizações, compensa a perda de hierarquia no campo dos sistemas funcionais – com a diferenciação de política, direito, economia,

família, educação, religião. O meio poder é diferenciado, mas ganha ampla circulação nas rotinas de administração e liderança de todas as organizações. O acesso à tomada de decisões vinculantes tem como negação máxima a simbiose pela submissão coercitiva a uma ordem de cuja produção não se participou.

As questões constitucionais de democratização e controle do poder das organizações internacionais são caso particular de um problema mais geral relativo a toda organização. Democratizar é desdobrar decisões em novas decisões, ampliando o círculo dos tomadores de decisão. Mas isso é também burocratizar[679]. A diferença está na medida em que os procedimentos decisórios se contêm na autorreferência dentro da esfera organizada ou se expandem para ressoar a voz da esfera pública. O debate sobre legitimidade e democratização das organizações internacionais apresenta o problema de modo exemplar. Não se trata apenas de seguir fielmente a "analogia doméstica" no projeto de ordenação do direito internacional, nem de ir além para projetar nas organizações internacionais a tripartição de poderes típica, mas de criar um esquema de poderes e competências que compensa as próprias falhas de legitimação de uma ordem assentada na hegemonia entre estados.

Assim é que, mais de duas décadas depois, permanece atual o diagnóstico[680] de uma "ONU fraca" compensando uma "ONU forte". A construção de um centro do poder internacional oscila entre a pura faticidade do poder político (a composição do conselho de segurança pelas grandes potências) e a busca de legitimação pela juridicidade (a tentativa de consolidar jurisprudência criteriosa, com consistência jurídica e tecnicidade que permitam diferenciar a tomada de decisão da pura negociação fundada na geopolítica). O mesmo se pode dizer de todas as organizações que constituem nó das redes jurídicas internacionais – do comércio mundial, por exemplo. O núcleo duro do poder, a "polícia" internacional, ao mesmo tempo precisa ser compensada pela atividade de um "templo" que espelhe inclusivamente a variedade dos países, refletindo a imagem de uma "comunidade" ou "esfera pública" internacional a ser inclusive generalizada (pelos meios de comunicação de massa) como símbolo da unidade; na ONU, as declarações da assembleia geral, os vínculos com ONGs e a infraestrutura burocrática do conselho econômico e social funcionam nesse sentido. A própria ordem internacional procura mimetizar então a morfologia da política e do direito domésticos, ao mesmo tempo em que sua legitimidade

[679] Sobre democracia e burocracia, ver *supra 2.5*. Sobre burocratização, ver também Unger, 1984a [1975], pp. 170-4, 181-90; para o paralelo entre participação e burocratização, ver Luhmann, 1990e [1987].
[680] Koskenniemi, 1995.

derivada (do consenso dos estados nacionais) precisa ser equilibrada entre o fato da assimetria de poder dos estados e a expectativa normativa da isonomia e da comunidade.

Por um lado, a legitimidade das ordens estatais acima do nível nacional (direito internacional e supranacional) depende de esquemas de poder e competência que enfatizam a normatividade, o caráter ideal do "templo" onde todas as nações e povos se congraçam, enquanto mantém a válvula de escape da "polícia", esta sim refletindo e reafirmando a correlação de forças real na rivalidade entre estados. A cisão constitutiva das organizações internacionais, das quais depende sua instável institucionalização, reflete-se na semântica dos direitos e na respectiva atribuição de competência para o tratamento das violações. A potência hegemônica na ordem internacional pode preferir impor um minimalismo de direitos civis e políticos e uma maximização da liberdade econômica, enquanto se exime das cortes internacionais de direitos humanos. A bipartição efetiva dos regimes de tratamento dos "direitos civis e políticos" e dos "direitos sociais, econômicos e culturais" viola a afirmação retórica da indivisibilidade dessas categorias (como na Conferência de Viena de 1993). À primeira categoria se concede a judicialização, com acesso direto dos indivíduos à corte no caso europeu; ainda assim, a vinculatoriedade e a executoriedade (*enforcement*) jurídicas das sentenças não são suficientes para dispensar um "constrangimento" político que dê eficácia a tais decisões. Já quanto aos "direitos sociais, econômicos e culturais", os tratados tornam-se quase *soft law,* e o monitoramento da "realização progressiva" desses direitos pelos órgãos não judiciais (comitê europeu dos direitos sociais e comissão interamericana de direitos humanos) inevitavelmente reduz a juridicidade e a efetividade do mecanismo.

Por outro lado, o direito internacional é um caso especial de uma situação que se aplica também a outras ordens estatais (como o supranacionalismo europeu) ou não estatais (como as ordens autóctones ou empresariais)[681]. Aqui encontramos uma zona de sobreposição entre os direitos de participação e de autonomia. As cortes internacionais e supranacionais sancionam violações estatais à imunidade e à participação; as estruturas administrativas das organizações de que são parte supervisionam as políticas para a fruição efetiva da imunidade e a garantia da higidez dos processos eleitorais. Essas mesmas estruturas internacionais dispõem, porém, de uma legitimidade muito derivada e diluída pela via da participação. Por outro lado, se podem até agir na defesa da autonomia de ordens subnacionais diante do direito estatal, parecem impotentes para atacar e reconstruir

[681] Ver as considerações *supra 3.3.1.4*, sobre direitos de autonomia.

zonas de poder privado, exigindo que organizem sua democracia interna. Por fim, em certa medida todo o direito internacional e supranacional tem algum efeito de desestabilização das ordens nacionais, desde as mais modestas condenações judiciais e recomendações sobre a legislação doméstica até as intervenções humanitárias.

4.3.2.3. Identidade e universalismo

A cisão entre vanguardas e retaguardas refere-se a vários sistemas que se reproduzem especialmente por expectativas cognitivas. A base estratégica do problema do desenvolvimento é o sistema funcional da economia. Já o problema da democracia, referido primacialmente ao sistema político, revela-se como co-originário a todos os sistemas organizacionais – portanto, ao mesmo tempo foge a delimitações sistêmico-funcionais. O problema da cultura, por sua vez, é explicitamente geral; diz respeito à identidade da sociedade em que se diferenciam a política, a economia etc. *vis-à-vis* a memória dessa sociedade e outras formas de vida que continuam a existir na sociedade mundial. Mais uma vez, uma segmentação espacial precisa é fugidia: tanto há "tradições" isoladas da "modernidade" quanto há contextos em que a fusão caracteriza tradições específicas de modernidade. No "varejo" (nos conflitos judiciais, por exemplo), a cultura aparece por referência a uma pretensão caracteristicamente moderna de liberdade e experimentalismo individual, por expectativas altamente particulares que se chocam com as regras impessoais e/ ou com as expectativas tácitas arraigadas em determinado contexto. No "atacado", a cultura diz respeito à autoidentidade das instituições "modernas" diante daquelas (des)conhecidas como "tradicionais". Os níveis certamente se espelham.

Luhmann[682] trata da cultura como conceito introduzido ao final do século dezoito para designar a autorreflexão da especificidade cultural ocidental, a indicação de uma sociedade mundial emergente a partir da Europa e o reconhecimento do mundo não mais como ordem das coisas visível em seu todo, ontologia, mas como unidade inobservável e intransparente, com marcações de sentido sempre parciais e provisórias, dadas pela observação de observadores. É o conceito que possibilita processar comparações históricas e regionais, projetando suas diferenças sob o pano de fundo de um universalismo (a unidade comum da humanidade). Não se trata mais de cultura como cultivo espiritual, mas como forma de auto e hetero-observação. O passado é tratado como repositório de

[682] Sobre cultura, ver Luhmann, 1997c [1995]; 2000a [1996], pp. 85-6; 2006a [1999], pp. 267-8; 2012 [1997], pp. 87, 90, 94-5, 98-9, 248-9, 354-8, 443 (nota 211); 2013 [1997], pp. 176, 225-6, 249. Ver também Amato, 2015c.

justificativas e formas de ser. A cultura é a memória dos sistemas sociais, que lhes permite lembrar e esquecer e operar na pura recursividade da comunicação, utilizando as distinções herdadas, as desconstruindo e reconstruindo. Tudo é decomposto como ação e pode ser recomposto como cultura: as atividades práticas e objetos utilitários são duplicados, observados uma segunda vez, agora como fenômenos culturais. O conceito de cultura oscila então entre um aspecto simbólico (a mediação das interações) e um aspecto diabólico (o distanciamento, a distinção entre *ego* e *alter*). A sociedade concebida como invenção, não mais como natureza, distingue tradições, não como rotinas autoevidentes, mas como semânticas historicamente amparadas para o juízo e a ação. No longo prazo, como a realidade do mundo não é mais segura e observável, a reflexão produz mais e mais relativismo e indeterminação, a função de assegurar um conhecimento comum sobre o mundo precisa ser especialmente atribuída a um subsistema social: o sistema dos meios de comunicação de massa. Assim, "a opção da moda por diversidade cultural legitima tanto uma atitude básica conservadora em relação a sua própria cultura quanto uma relação meramente turística com as outras"[683].

Unger[684] trata a questão da cultura em um tempo da história mundial em que as vantagens regionais se constroem pela pilhagem, cópia e recombinação de tradições e práticas diversificadas, pelo experimentalismo que toma as crenças, instituições e tecnologias do Atlântico Norte como uma das variantes de um acelerado sincretismo. Nesse cenário, o esmaecimento das diferenças culturais reais é acompanhado por uma defesa intransigente de tradições locais e nacionais que ficam cada vez mais na memória e cada vez menos no cotidiano. A solução a esse conflito acirrado estaria em assegurar na sociedade mundial um minimalismo institucional, um quadro geral que permitisse o desenvolvimento, nas diferentes escalas (pelas delimitações regionais e nacionais, pelas regionalizações subnacionais), de variadas formas de vida: a diferenciação das instituições da política democrática e da economia de mercado, sobretudo, como condição para a criação de nova e real diferença, aquela que pode ser recombinada e reinventada, em lugar da diferença resguardada em memória e em relação à qual se adota uma estratégia defensiva. A especialização das formas de vida de uma humanidade cada vez mais unificada na sociedade mundial depende de meios que deem vazão à criação de nova diversidade cultural, à recombinação do "tradicional" com o "moderno", com as vantagens

[683] Luhmann, 2000a [1996], p. 85.
[684] Sobre cultura, ver Unger, 2014, pp. 301-2; 2007a, pp. 178-9, 255; 2007b, pp. 46-7, 162, 196-7; 2001b [1987], pp. 82-7.

morais e materiais retroalimentando essa dinâmica experimental. Em suma, há uma prioridade da criação de novas diferenças, pela divergência institucional, em relação à preservação de diferenças marcadas pela memória como herança cultural.

Como esse diagnóstico e essa posição se projetam na institucionalidade dos direitos? Um exemplo é o tratamento das ordens jurídicas subnacionais, aquelas sustentadas por povos autóctones. Aqui a fórmula é o direito subjetivo à criação de direito objetivo, o direito de criar direito, os direitos de autonomia. O próprio Unger fornece uma ilustração do tema ao tratar do direito dos povos indígenas no Brasil, sobretudo aqueles que vivem na Amazônia[685]. O problema aqui está em que, a despeito de o estado reservar considerável porção do território para que tais povos desenvolvam suas formas de vida, a preservação dessas comunidades sofre de uma relação instável entre inclusão e exclusão. As oportunidades de inclusão educacional e econômica enfrentam um dilema. Primeiro cenário: se as oportunidades de inclusão são poucas, ameaçam submeter a liberdade dos indivíduos à um destino preordenado de submissão a suas comunidades e o próprio isolamento pode colocá-las em risco, pois lhes faltam meios de defesa diante das instituições nacionais e poderes vizinhos; diante do contato mais ou menos inevitável com o mundo exterior, a comunidade e seus membros podem perecer e os indivíduos podem se subintegrar ao "mundo moderno" do país em situação de marginalidade. Segundo cenário: se o estado provê políticas de capacitação educacional e inclusão produtiva, ameaça desintegrar as comunidades tradicionais, promovendo a fuga mais ou menos voluntária de seus indivíduos. Ao prover a fruição efetiva da imunidade pessoal, solapa na prática o direito coletivo de autonomia.

Após a catequese jesuítica, práticas genocidas e políticas de estado assimilacionistas, chega a tutela estatal com políticas idealizadas por antropólogos. Seu objetivo é a preservação de coletividades como sustentáculos de culturas cuja identidade precisa ser mantida por certo isolamento. Essa identidade consiste em um grande contraponto à ética moderna: em vez do trabalho, da transformação da natureza e da acumulação, é uma forma de vida voltada à harmonia com o meio ambiente, à suficiência, à reprodução do padrão de vida costumeiro. Nessa fricção cultural, uma solução pode ser o reconhecimento, pela ordem jurídica nacional, de ampla capacidade autorregulatória às comunidades indígenas – não apenas de seguirem direito costumeiro, mas de explicitamente criarem novo direito. De outro lado, a consideração dos membros dessa

[685] Unger, 2014, pp. 306-8; 2008a. Ainda, sobre direitos indígenas como direitos culturais, ver também Amato, 2014b.

comunidade como igualmente cidadãos da república parece exigir que se lhes disponibilizem meios para escolher livremente de que modo tratar, em sua vida, a inclusão/ exclusão em sua coletividade ancestral e na sociedade mundial, no país moderno. Trata-se de considerar direitos de autonomia coletiva ao lado de direitos de imunidade individual. O estado deve coassegurar junto à comunidade inclusão educacional e econômica compatível com seu grau de isolamento ou assimilação; o risco é predeterminar o resultado, fazendo submergir as instituições e crenças tradicionais enquanto os membros do grupo emergem e o abandonam. A capacitação individual e coletiva precisa lidar com a instabilidade de colocar a saída como única opção ou castrar a liberdade de autodeterminação.

Saindo do foco exclusivo sobre a ordem jurídica nacional, verifica-se em todas as ordens jurídicas da sociedade mundial o contraste entre um direito defensivo e minimalista voltado à proteção da identidade e da diversidade cultural e uma normatização jurídica regulatoriamente densa e judicializável que trata de garantir a ampla margem de manobra para a operação transnacional das grandes corporações, com a proteção da propriedade intelectual unificada e da ordem mundial do comércio[686].

Ao observar o conflito entre a proteção da integridade cultural dos povos autóctones e a exploração econômica dos "saberes tradicionais" e da biodiversidade pelas corporações transnacionais amparadas em suas pretensões de propriedade intelectual, autores inspirados pela teoria luhmanniana[687] diagnosticam uma colisão não apenas entre direitos ou entre ordens jurídicas, mas entre o direito "moderno" (nacional, internacional ou mesmo transnacional e privado) e o direito "tradicional" dos povos autóctones; essa cisão decorreria do chamam de "dupla fragmentação da sociedade mundial", cindida entre um mundo moderno e funcionalmente diferenciado e as ordens de vida coletiva que não obedecem à diferenciação funcional, mas são invadidas por atividades e organizações que se regem por tal especialização. (Na verdade, é a especificidade regional da combinação de critérios de diferenciação – sexo e idade, dependência, hierarquia, especialização – que ganha maior nitidez nessas zonas de conflito entre povos sitiados e a sociedade mundial que busca usar seus recursos.)

Os autores propõem algumas medidas no desenho jurídico de regimes que possam melhor traduzir as demandas dos povos autóctones nos termos das ordens jurídicas "modernas", para que elas não incorporem apenas a visão "monocontextural" das organizações e atividades interessadas na exploração desses povos e recursos, e ainda que

[686] Amato, 2016b.
[687] Teubner; Fischer-Lescano, 2008.

nessa tradução se percam muitos elementos de uma cosmovisão não assimilável nas categorias da diferenciação funcional. Diante da rigidez da programação jurídica dos interesses econômicos, é preciso sustentar as demandas de integridade cultural por programas jurídicos igualmente fortes que reconheçam "direitos transindividuais" e tutelem o próprio "conhecimento tradicional" como destinatário institucional de direitos humanos. Primeiramente, destaca-se a necessidade de um tratamento da extensão da eficácia dos direitos humanos fundamentais aos agentes privados (como as universidades, museus e corporações econômicas que praticam a biopirataria). Urge também a previsão, em programas normativos, não só da tutela da integridade cultural, mas também de proibições, invalidades, sanções e compensações que a sustentem, o que não é considerado pela atual normatização internacional dos direitos intelectuais, tampouco pelos textos normativos de direitos humanos. Ainda, é preciso introduzir nos textos normativos internacionais regulações efetivas sobre "consenso prévio informado" e a "divisão dos benefícios", exigências para o tratamento dos "conhecimentos tradicionais".

Às comunidades tradicionais é necessário também reconhecer o direito de autodeterminação para que procedimentalmente sejam inseridas quando os problemas jurídicos lhe digam respeito – o direito de autodeterminação significa que a comunidade pode ser vista institucionalmente como um centro normativo de imputação, com direito de ação e direito a ser ouvida. Assim, o direito adotaria um caráter "policontextural" – contraposto à atual definição unilateral de um direito "monocontextural" – e apenas desse modo se poderia evitar o autoritarismo, obedecendo-se a uma lógica da reciprocidade e da alteridade, que impõe a audiência de todas as partes envolvidas. Note-se que, quando se reconstrói o "direito indígena" nas fórmulas, formas e procedimentos do direito moderno, os mais diversos problemas acabam envolvendo um "direito à identidade cultural". No plano jurídico, a formatação de direitos humanos culturais contribuiria para tal diálogo[688]: 1) pela atribuição de direitos coletivos a tais comunidades tradicionais, dada sua concepção essencialmente coletivista de vida; 2) por direitos de participação, pelos quais a comunidade toda fosse envolvida nas negociações com organizações representantes dos sistemas funcionais modernos; 3) por compensação monetária diante dessas trocas de recursos que as culturas tradicionais podem fazer com a sociedade (ou a economia, especialmente) moderna.

[688] Teubner, 2012, pp. 169-71.

Por fim, noto que, em termos da solução de disputas, que de conflitos internos a uma ordem jurídica podem passar a colisões entre ordens jurídicas (um direito estatal e certo direito indígena, por exemplo), ganha novo sentido o debate de posições na filosofia constitucional. Reconhecer os direitos como instituições que podem também estar imersas em ordem jurídicas não homeomórficas às ordens estatais implica uma posição normativa que valoriza o "foro étnico", a tomada de decisão interna à ordem jurídica não estatal e a subsidiariedade do controle judicial estatal; não é puramente nem "procedimentalismo" (pois se preocupa com as garantias da deliberação livre, mas sobretudo com a extensão das possibilidades institucionais e pessoais resultantes do que se delibera, inclusive com a capacidade reflexiva de instituições e procedimentos transformarem instituições e procedimentos) nem "substantivismo" (direitos como valores intrínsecos à moralidade democrática liberal). Restrições de ordem pública e garantias procedimentais podem ser desenvolvidas em uma coevolução experimentalista entre as ordens estatais e as ordens autóctones, com mecanismos de observação mútua, de avaliação dos resultados e de disseminação dos parâmetros de tomada de decisão.

CONCLUSÃO

> Nada em rigor tem começo e coisa alguma tem fim, já que tudo se passa em ponto numa bola; e o espaço é o avesso de um silêncio onde o mundo dá suas voltas.[689]

Este trabalho fundamentou e adotou um estilo de análise do direito como observação das estruturas e semânticas jurídicas que indaga sobre sua gênese, sua identidade, suas formas alternativas e possibilidades de reforma. Defendeu e aplicou uma teoria jurídica acoplada ao exercício típico da argumentação doutrinária de interpretar regras e justificar decisões, elevando sua abstração para descrever configurações institucionais e apresentar critérios normativos para o julgamento desses arranjos. Com isso, a observação do direito constrói-se à luz da preocupação sociológica em explicar a articulação de estruturas e semânticas sociais e da questão filosófico-prática sobre a adequação, os limites e as vantagens comparativas de modos alternativos de estruturação dos sistemas sociais. Os ideais e interesses institucionalizados nas constituições e nos direitos públicos foram discutidos em paralelo com variadas modelagens dessas estruturas jurídico-políticas.

Toda a pesquisa desenvolveu-se em uma dinâmica de crítica e construção. No primeiro capítulo, o alvo da crítica foram as principais teorias do direito dos últimos dois séculos e seus pressupostos sociológicos e filosóficos. A proposta construtiva foi uma prática de análise jurídica sociologicamente informada. Um método que: (1) toma como ponto de partida as variações presentes nos materiais do direito (que representa e institucionaliza formas de organização social); (2) trabalha no plano "agregado", não do raciocínio conforme regras jurídicas, mas das famílias e variedades de instituições que essas regras conformam; (3) cruza duas fronteiras diante das quais a dogmática tradicional se retrai: a da pesquisa empírica e a do juízo normativo abstrato. Trata-se da aplicação do método da imaginação institucional (indicado por Unger) como "terapia" para a teoria do direito (como ciência social) depois da crítica sociológica do iluminismo (apontada por Luhmann) e da redefinição construtivista e pragmática da teoria social apresentada por esses autores. Finalmente, tentou-se delimitar o alcance e o sentido de um estudo dos

[689] Guimarães Rosa, 2001 [1962], p. 155.

direitos como instituições. A incursão pela sociologia e pela teoria do direito explorou a morfogênese dessa ideia.

O segundo capítulo, que tratou de formatar um modelo da constituição como instituição de ligação entre direito e política, mapeou a morfologia desses sistemas; particularmente, explorou as formas semânticas e estruturais do lado do direito. Assim, como alternativa à visão da constituição como espécie de moralidade transversal ao direito e à política, reiterou tratar-se de um dispositivo bivalente, com uma oscilação entre direito e política – mais precisamente entre direitos e opinião pública, entre poderes políticos, administração pública e tribunais, entre partidos, grupos de pressão e advocacia pública e privada – que jamais se resolve. Abrir caminho para precisar os direitos como o ambiente interno do sistema jurídico e localizar aí o caráter dos direitos públicos em contraponto aos direitos privados foi o ponto de chegada do capítulo.

Já na avaliação da visão normativa à luz da qual os direitos públicos podem ser remodelados (capítulo 3), a crítica das vertentes dominantes clássicas e contemporâneas de fundamentação do constitucionalismo liberal foi acompanhada do esboço das diretrizes para uma reforma do constitucionalismo que atualize suas instituições à luz das fricções que o figurino clássico das constituições provoca ao ser aplicado e replicado à experiência social contemporânea. Ainda, o mapeamento e a crítica de modelos de direitos sob as diversas institucionalidades apresentadas pelas ideologias modernas sugeriu a proposição de traços que guiem um novo modelo de direitos públicos. O modelo esboçado, contudo, não é pura ideia da razão. Abstrai e generaliza linhas verificáveis em experiências constitucionais ao redor do mundo.

Observa-se então uma assimetria fundamental entre a esfera constitucional organizada e a esfera pública constitucional: direitos não guardam relação unívoca com poderes de estado e são responsáveis por garantir um excedente de possibilidades não atualizadas diante da implementação viabilizada pela organização estatal. Assim como direitos de participação realizam-se sobretudo por meio dos poderes políticos (em eleições, plebiscitos, comissões e audiências), vigiados por órgãos administrativos e judiciais, direitos de imunidade demandam a proteção judicial individualizada e o monitoramento dos serviços coordenados pela administração pública. Direitos de desestabilização e de autonomia são a face mais encoberta do constitucionalismo; demandam novas estruturas de governo, em um figurino de coordenação entre sistemas funcionais e sistemas

organizacionais que foge aos limites dos poderes de estado tradicionalmente imaginados como autossuficientes e dirigistas.

Os direitos de imunidade reproduzem a imagem tradicional do direito subjetivo moldado à luz paradigmática da propriedade: uma zona de discrionariedade com limites de obrigações e responsabilidades decorrentes da titularidade, tudo definido claramente desde o princípio pela legislação e pela administração, com grande redução da complexidade quando há conflitos que chegam ao judiciário – a certeza formal das regras e o mínimo de investigação fatual devem garantir a definição das pretensões em jogo, reafirmando expectativas contrariadas. Esse modelo de estruturação do ambiente interno do direito como zona de deveres e direitos exclusionários e bem delimitados não é porém único, como bem ilustram os direitos de desestabilização. Por mais que a legislação e regulamentos administrativos possam definir parâmetros para a avaliação de situações persistentes de violação das normas constitucionais conforme as organizações e procedimentos sob escrutínio, a judicialização do conflito abre aqui campo de discrionariedade muito maior do julgador e necessidade de avaliação empírica extensa. Daí a proposta de um novo poder de estado e/ ou de procedimentos muito mais abertos à cooperação entre julgador e violador e a um trabalho gerencial experimentalista. O ambiente interno do direito, nesse caso, trata de pretensões sobrepostas, titularidades fluidas (por vezes grupos indelimitáveis) daqueles submetidos às arbitrariedades e distorções de rotinas de trabalho ou mesmo ao "totalitarismo organizacional".

Dessa variável conformação da esfera pública do direito resulta, como evidente, uma diferenciação das dinâmicas de preferência e sobreposição de competências entre poderes do estado – culminando no caso da estruturação de novos poderes. Mas também os vínculos entre as esferas públicas do direito e da política – entre direitos e opinião pública – são modelados diversamente. A rigidez da definição prévia (ao exercício) dos direitos de imunidade visa a bloquear demandas coletivas invasivas sobre a intangibilidade individual. A garantia da participação democrática, do voto, por si só, não implica proteção suficiente contra um estado que se volte opressivamente contra seus cidadãos. As liberdades públicas e as garantias individuais reforçam essa zona de autonomia privada, mas não são suficientes se não complementadas, em um mesmo "pacote", com os mínimos sociais em termos de infraestruturas públicas e benefícios sociais (que imunizam os riscos de exclusão e vulnerabilidade por meio de esquemas universais de solidariedade econômica). Quanto mais garantido em sua imunidade pessoal, mais o cidadão poderá apoiar uma política

transformadora, sustentada por uma ampliação das ocasiões e do escopo da participação.

Os direitos de autonomia, por sua vez, associam-se ao reconhecimento, pela ordem estatal, de uma variedade de ordens jurídicas não homeomórficas, como as ordens privadas corporativas (de âmbito organizacional, setorial, transnacional) e as ordens jurídicas de povos autóctones. Aqui a esfera pública do direito reconhece a programação do sistema jurídico global por ordens múltiplas, em uma heterarquia de contatos e colisões. Os direitos de autonomia hão de ser desenhados de forma minimalista no que se refere a restrições de "ordem pública" de cunho material, e devem abrir espaço para a garantia do devido processo na ordem autônoma reconhecida. Os direitos de participação, imunidade e desestabilização são já válvulas de escape das situações de subjugação que essas ordens parcialmente apartadas das ordens estatais (nacionais, internacionais ou supranacionais) poderiam de outra forma entrincheirar.

Na observação das autoconsciências (capítulo 4), empreitadas exemplares de reforma jurídica foram criticadas em seus pressupostos e tentou-se vislumbrar os limites das transformações dos discursos de democracia, constituição, direitos humanos, desenvolvimento e cultura no contexto recente da sociedade mundial. A contraparte foi a construção de uma visão sistêmica sobre o que há em comum entre essas semânticas e como elas alarmam sobre certos problemas estruturais que podem ser, em parte, atacados pelos direitos constitucionais e humanos enquanto instituições jurídico-políticas.

Assim se demonstra o cabimento do modelo de direitos constitucionais explorado ("DIPA") aos direitos humanos deflagrados pelas ligações entre direito e política para além dos territórios nacionais – o constitucionalismo ou protoconstitucionalismo da sociedade mundial. Os problemas centrais que a alarmam demandam um alargamento do repertório de imunidades, autonomias, participações e desestabilizações. Ilustrativamente, tanto os setores avançados e globalmente integrados da economia quanto a defesa da cultura e a produção de novas diferenças culturais conduzem a formas de pluralismo jurídico. A proteção dos indivíduos contra a violência e a necessidade, o reconhecimento dos poderes de criação do direito das comunidades e organizações, a legitimação democrática desse direito e mecanismos de reparação de rotinas opressivas dessas mesmas arenas geram uma complexidade de pretensões sobrepostas que constroem a observação dessas ordens não estatais pelo direito nacional, internacional e supranacional, assim como a irritação do direito estatal pelas juridicidades autônomas.

Tal painel das configurações variadas dos direitos constitucionais e dos direitos humanos não é mais do que primeiro passo vacilante a ilustrar as dificuldades de uma abordagem dos direitos como instituições, diante da herança conceitual da teoria do direito e da sociologia, diante da complexidade descritiva das relações constitucionais entre política e direito e diante das justificações normativas concorrentes ao redor das variedades de constitucionalismo. Apenas exemplifica um potencial de análise das experiências constitucionais emergentes que rompe os limites de um modelo canônico definido de uma vez por todas, como por vezes se pretende resumir a semântica da constituição. O risco dessa análise, por sua vez, é perder-se em considerações avizinhadas ao direito, mas que parecem fugir ao seu trabalho de rotina. É o custo de se fugir da mentalidade estreitamente forense e dos problemas da interpretação do direito posto para imaginar a transformação do direito pelos meios adequados. É a decorrência da morfologia do direito traçada para além de seus subsistemas judiciais. Ademais, uma observação da interface entre política e direito – mais especificamente, a constituição estatal – apenas poderia superar essa oscilação entre sistema político e sistema jurídico na própria reflexão se ela construísse seu objeto de modo distorcido e inverossímil.

É certo, porém, que muito fugiu de vista e deixou de ser observado. Escrever é um processo de autoesclarecimento, uma aprendizagem que leva o autor bem além de suas capacidades iniciais, realiza mais possibilidades que as planejadas e abre tantas outras não realizadas. Toda pesquisa evolui; por isso, fica aquém das intenções originais. De uma variedade de materiais (seja da obra dos autores-chave observados, seja dos escritos de teoria e dogmática do direito, da constituição e dos direitos), fez-se uma seleção contingente, embora não arbitrária; dessa seleção, as mensagens originais foram reinterpretadas, para ganhar sentido e dimensionar-se dentro do escopo deste estudo. Esses ciclos de variação, seleção e restabilização foram incessantes – e poderiam continuar. Provisoriamente, terminam da forma como seu produto foi aqui cristalizado. No fundo, além de crítica dos entendimentos prevalentes e construção de explicações alternativas, todo escrito científico é tão somente inventário e sistematização de uma série de ideias e exemplos que se julga serem relevantes, que esperam algum uso e novas interpretações.

Certas pessoas tentam organizar a confusão em que se encontram as ideias que colecionam;

> [....] provavelmente fazem-no por algo a que poderíamos chamar angústia metafísica, talvez por não conseguirem suportar a ideia do caos como regedor único do universo, por isso, com as suas fracas forças e sem ajuda divina, vão tentando pôr alguma ordem no mundo, por um pouco de tempo ainda o conseguem, mas só enquanto puderem defender a sua coleção, porque quando chega o dia de ela se dispersar, e sempre chega esse dia, ou seja por morte ou seja por fadiga do colecionador, tudo volta ao princípio, tudo torna a confundir-se.[690]

[690] Saramago, 1997, pp. 23-4.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

> No corpo do texto, sempre que possível as citações vêm acompanhadas do ano de publicação original da primeira versão da obra (ou do trecho citado) entre colchetes. Aqui também indico a data da primeira edição, ou do período que a coletânea de textos cobre.

ABRAMOVICH, Víctor. Courses of action in economic, social and cultural rights: instruments and allies. Tradução de Barney Whiteoak. *SUR – International Journal of Human Rights*, São Paulo, vol. 2, n. 2, pp. 180-216, 2005.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 113, n. 3, pp. 633-725, 2000.

_____.; ALSTOTT, Anne. *The stakeholder society*. New Haven: Yale University Press, 1999.

_____. *The future of liberal revolution.* New Haven: Yale University Press, 1992.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008 [1986].

AMATO, Lucas Fucci. Justiça social e instituições: a visão de Unger comparada ao liberalismo igualitário e à teoria crítica. *Revista Estudos Políticos [Universidade Federal Fluminense]*, Rio de Janeiro, vol. 7, 2017.

_____. Os direitos de propriedade como instituição para o desenvolvimento democrático. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 30, pp. 322-338, 2016a.

_____. Economia e política dos direitos culturais na ordem internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, vol. 61, n. 1, pp. 165-192, 2016b.

_____. As formas da sociologia do direito: uma redescrição luhmanniana do debate centenário entre Kelsen e Ehrlich. *Nomos, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*, Fortaleza, vol. 35, n. 2, pp. 227-254, 2015a.

AMATO, Lucas Fucci. Direitos humanos e sistema econômico: estrutura e semântica de um fragmento constitucional global. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, pp. 150-161, 2015b.

_____. Cultura, modernidade e direito: dificuldades, possibilidades e diálogos a partir de Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 110, pp. 675-732, 2015c.

_____. *Constitucionalização corporativa:* direitos humanos fundamentais, economia e empresa. Curitiba: Juruá, 2014a.

_____. Os direitos indígenas como direitos culturais fundamentais. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, vol. 16, n. 108, pp. 193-220, 2014b.

_____. Abuso de direitos fundamentais, pluralismo cultural e critérios de tratamento igual. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 6, vol. 2, pp. 54-82, 2013.

ANDERSON, Perry. Roberto Unger and the politics of empowerment. In: _____. *A zone of engagement.* London: Verso, 1992 [1989]. pp. 130-148.

ANTONI, Carlo. *From history to sociology:* the transition in German historical thinking. Tradução de Hayden V. White. Detroit: Wayne State University Press, 1959 [1940].

ARNDT, Heinz Wolfgang. *Economic development:* the history of an idea. Chicago: University of Chicago Press, 1987.

BACHA, Edmar Lisboa; UNGER, Roberto Mangabeira. *Participação, salário e voto:* um projeto de democracia para o Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

BACHELARD, Gaston *The formation of the scientific mind:* a contribution to a psychoanalysis of objective knowledge. Tradução de Mary McAllester Jones. Manchester: Clinamen, 2002 [1943].

BACHUR, João Paulo. *Às portas do labirinto:* para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2010.

BAECKER, Dirk. Gypsy reason: Niklas Luhmann's sociological enlightenment. *Cybernetics & Human Knowing*, Exeter, vol. 6, n. 3, pp. 5-19, 1999.

BARALDI, Claudio. Forme del sapere e compressità sociale. In: _____.; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Semantica e comunicazione:* l'evoluzione delle idee nella prospettiva sociologica di Niklas Luhmann. Bologna: Cooperativa Libraria Universitaria Editrice, 1987. pp. 15-74.

BARRY, Brian. John Rawls and the search for stability. *Ethics*, Chicago, vol. 105, n. 4, pp. 874-915, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. Introduction. In: _____. *Culture as praxis*. 2 ed. London: Sage, 1999. pp. vii-lii.

BELLAMY, Richard. Public law as democracy: the case of constitutional rights. In: MAC AMHLAIGH, Cormac; MICHELON, Claudio; WALKER, Neil (Eds.). *After public law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 130-150.

_____. *Political constitutionalism:* a republican defense of the constitutionality of democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BERTALANFFY, Ludwig von. *General systems theory:* foundations, development, applications. New York: Braziller, 1968.

_____. An outline of general system theory. *The British Journal for the Philosophy of Science*, London, vol. 1, n. 2, pp. 134-165, 1950.

BILCHITZ, David. *Poverty and fundamental rights:* the justification and enforcement of socio-economic rights. Oxford: Oxford University Press, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução de Nilson Moulin. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2008 [1992].

_____. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 [1992].

_____. Democracy and dictatorship. In: _____. *Democracy and dictatorship:* the nature and limits of state power. Translated by Peter Kennealy. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989 [1978]. pp. 133-166.

BOMHOFF, Jacco. *Balancing constitutional rights:* the origins and meanings of postwar legal discourse. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

CAMPBELL, Tom. *Rights:* a critical introduction. London: Routledge, 2006.

_____. *The left and rights:* a conceptual analysis of the idea of socialist rights. London: Routledge, 2010 [1983].

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais:* hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012 [2011].

_____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011 [2000].

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador:* contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001 [1982].

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective. *Buffalo Law Review*, Buffalo, vol. 27, n. 2, pp. 181-292, 1978.

CARASSALE, Santiago. *Política y derecho:* Unger, Luhmann y Habermas. Ciudad de México: Flacso; Coyoacán, 2005.

CASTRO, Marcus Faro de. Análise jurídica da política econômica. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília, vol. 3, n. 1, pp. 17-70, 2009.

_____. Violência, medo e confiança: do governo misto à separação de poderes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 382, pp. 157-180, 2005.

CHOMSKY, Noam. *Aspects of the theory of sintax.* Cambridge, MA: MIT Press, 1965.

CHRISTODOULIDIS, Emilios A. *Law and reflexive politics.* Dordrecht: Kluwer, 1998.

_____. The inertia of institutional imagination: a reply to Roberto Unger. *The Modern Law Review*, London, vol. 59, n. 3, pp. 377-397, 1996.

COHEN, Felix S. Transcendental nonsense and the functional approach. *Columbia Law Review*, New York, vol. 35, n. 6, pp. 809-849, 1935.

_____. The ethical basis of legal criticism. *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 41, n. 2, pp. 201-220, 1931.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010 [1999].

CONSTANT, Benjamin. The liberty of the ancients compared with that of the moderns. In: _____. *Political writings.* Tradução e edição de Biancamaria Fontana. Cambridge: Cambridge University Press, 1988 [1819]. pp. 307-328.

COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power ot the States of the American Union.* 7 ed. Boston: Little Brown, 1903 [1896].

COSTA, Sérgio. *Dois Atlânticos:* teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

COSTA-NETO, João. Rights as trumps and balancing: reconciling the irreconcilable? *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 11, n. 1, pp. 159-188, 2015.

DAHL, Robert A. *Democracy and its critics.* New Haven: Yale University Press, 1989.

DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione:* critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann. 2 ed. Lecce: Pensa, 1998 [1979].

DEWEY, John. Logical method and law. *The Cornell Law Quarterly*, Ithaca, vol. 10, n. 1, pp. 17-27, 1924.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. *The internationalization of palace wars:* lawyers, economists, and the contest to transform Latin American States. Chicago: University of Chicago Press, 2002.

DORF, Michael C.; SABEL, Charles F. A constitution of democratic experimentalism. *Columbia Law Review*, New York, vol. 98, n. 2, pp. 267-473, 1998.

DUNN, John. Unger's *Politics* and the appraisal of political possibility. In: LOVIN, Robin W.; PERRY, Michael J. (Eds.). *Critique and construction:* a symposium on Roberto Unger's *Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990 [1987]. pp. 71-89.

DURKHEIM, Émile. *Professional ethics and civic morals.* Tradução de Cornelia Brookfield. 2 ed. London: Routledge, 1992 [1890-1900].

DÜRRENMATT, Friedrich. *Justiça.* Tradução de Betty M. Kunz. São Paulo: Brasiliense, 1987 [1985].

DUVERGER, Maurice. A new political system model: semi-presidential government. *European Journal of Political Research*, Amsterdam, vol. 8, n. 2, pp. 165-187, 1980.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

_____. Hart's *Postscript* and the point of political philosophy. In: _____. *Justice in robes.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006 [2004]. pp. 140-186.

_____. *Law's empire.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

_____. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (Ed.). *Theories of rights.* Oxford: Oxford University Press, 1984 [1981]. pp. 153-167.

_____. Taking rights seriously. In: _____. *Taking rights seriously.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. pp. 184-205.

_____. Hard cases. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 88, n. 6, pp. 1057-1109, 1975.

_____. The model of rules. *University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 35, n. 1, pp. 14-46, 1967.

EIDENMÜLLER, Horst. Rights, systems of rights, and Unger's system of rights: part 1. *Law and philosophy*, Dordrecht, vol. 10, n. 1, pp. 1-28, 1991a.

_____. Unger's system of rights: part 2. *Law and philosophy*, Dordrecht, vol. 10, n. 2, pp. 119-159, 1991b.

EISENSTADT, Shmuel N. Multiple modernities. In: _____. (Ed.). *Multiple modernities.* New Brunswick: Transaction, 2000. pp. 1-29.

EINSTEIN, Albert. What life means to Einstein. An interview by George Sylvester Viereck. *The Saturday Evening Post*, Indianapolis, pp. 17, 110-117, 26 out. 1929.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust:* a theory of judicial review. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

ESCOBAR, Jorge M. Autopoiesis and Darwinism. *Synthese*, New York, vol. 185, n. 1, pp. 53-72, 2012.

ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P. The making of *The legal process*. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 107, n. 8, pp. 2031-2055, 1994.

FEBBRAJO, Alberto. *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann.* Milano: Giuffrè, 1975.

FEDOZZI, Luciano Joel; MARTINS, André Luis Borges. Trajetória do orçamento participativo de Porto Alegre: representação e elitização política. *Lua Nova*, São Paulo, n. 95, pp. 181-223, 2015.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities? *Health and Human Rights*, Cambridge (MA), vol. 11, n. 2, pp. 33-45, 2009.

FOESTER, Heinz von. *Observing systems.* 2 ed. Seaside: Intersystems, 1984 [1981].

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange.* Tradução de Joel Golb, James Ingram e Christiane Wilke. London: Verso, 2003.

FREEMAN, Samuel. Property-owning democracy and the difference principle. *Analyse & Kritik*, Hamburg, vol. 35, n. 1, pp. 9-36, 2013.

FRIEDMAN, Lawrence M. The law and society movement. *Stanford Law Review*, Stanford, vol. 38, n. 3, pp. 763-780, 1986.

FRIEDMAN, Milton. The market can transform our schools. *The New York Times*, New York, p. A21, 2 jul. 2002.

FRIESE, Heidrun; WAGNER, Peter. Not all that is solid melts into air: modernity and contingence. In: FEATHERSTONE, Mike; LASH, Scott (Eds.). *Spaces of culture:* city, nation, world. London: Sage, 1999. pp. 101-115.

FULLER, Lon Luvois. *Anatomy of the law*. Middlesex: Penguim, 1971 [1968].

_____. *The morality of law*. 2 ed. New Haven; London: Yale University Press, 1969 [1964].

_____. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 71, n. 4, pp. 630-672, 1958.

GALSTON, William. *Liberal purposes:* goods, virtues, and diversity in the liberal state. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

GARDNER, James A. *Legal imperialism:* American lawyers and foreign aid in Latin America. Madison: University of Wisconsin Press, 1980.

GARTMAN, David. The rise of Western rationalism: Max Weber's developmental history, by Wolfgang Schluchter [book review]. *American Journal of Sociology*, Chicago, vol. 88, n. 6, pp. 1294-1296, 1983.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Eds.). *The Oxford handbook of law and politics.* Oxford: Oxford University Press, 2008. pp. 81-98.

GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza:* horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.

GORDON, Peter Eli. Realism, science, and the deworlding of the world. In: DREYFUS, Hubert L.; WRATHALL, Mark A. (Eds.). *A companion to phenomenology and existentialism.* Malden: Blackwell, 2006. pp. 425-444.

GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil, and the discovery of solidarity and power in contract law. *Wisconsin Law Review*, Madison, vol. 1985, n. 3, pp. 565-579, 1985.

GOULD, Stephen Jay. *The structure of evolutionary theory.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002.

GOYARD-FABRE. *Kelsen e Kant:* saggi sulla dottrina pura del diritto. Tradução de Mauro Pennasilico. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.

GRABER, Christoph Beat; TEUBNER, Gunther. Art and money: constitutional rights in the private sphere? *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, vol. 18, n. 1, pp. 61-73, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica.* São Paulo: Saraiva, 2001.

GUIMARÃES ROSA, João. A estória do homem do pinguelo. In: _____. *Estas estórias.* 5 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001 [1962]. pp. 155-190.

GÜNTHER, Gotthard. Life as poly-contexturality. In: FAHRENBACH, Helmut (Ed.). *Wirklichkeit und Reflexion:* Walter Schulz zum 60. Geburtstag. Pfullingen: Neske, 1973. pp. 187-210.

GUTMANN, Amy. Communitarian critics of liberalism. *Philosophy & Public Affairs*, New York, vo. 14, n. 3, pp. 308-322, 1985.

HABERMAS, Jürgen. Ronald Dworkin: a Maverick among legal scholars. In: _____. *Europe:* the faltering project. Translated by Ciaran Cronin. Cambridge: Polity, 2009 [2006]. pp. 37-46.

_____. On the internal relation between the rule of law and democracy. Tradução de William Rehg. In: _____. *The inclusion of the other*: studies in political theory. Edited by Ciaran Cronin and Pablo De Greiff. Cambridge, MA: MIT Press, 1998 [1995]. pp. 253-64.

_____. *Between facts and norms:* contributions to a discourse theory of law and democracy. Tradução de William Rehg. Cambridge, MA: MIT Press, 1996 [1992].

_____. *The philosophical discourse of modernity:* twelve lectures. Tradução de Frederick Lawrence. Cambridge: Polity, 1987a [1985].

_____. *The theory of communicative action II:* lifeworld and system: a critique of functionalist reason. Boston: Beacon, 1987b [1981].

_____. *The theory of communicative action I:* reason and the rationalization of society. Tradução de Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1984 [1981].

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist papers.* Editado por Lawrence Goldman. Oxford: Oxford University Press, 2008 [1788].

HART, Henry M., Jr.; SACKS, Albert M. *The legal process:* basic problems in the making and application of law. Editado por William N. Eskridge, Jr. e Philip P. Frickey. Westbury: Foundation, 1994 [1958].

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2 ed. Oxford: Clarendon, 1994a [1961].

_____. Postscript. In: _____. *The concept of law*. 2 ed. Oxford: Clarendon, 1994b. pp. 238-276.

_____. Lon L. Fuller: *The morality of law* [book review]. In: _____. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983a [1965]. pp. 343-364.

HART, Herbert L. A. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. In: _____. *Essays in jurisprudence and philosophy.* Oxford: Clarendon Press, 1983b [1977]. pp. 123-144.

_____. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, vol. 71, n. 4, pp. 593-629, 1958.

HAWTHORN, Geoffrey. Practical reason and social democracy: reflections on Unger's *Passion* and *Politics*. In: LOVIN, Robin W.; PERRY, Michael J. (Eds.). *Critique and construction:* a symposium on Roberto Unger's *Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. pp. 90-114.

_____. *Enlightenment and despair:* a history of social theory. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1987 [1976].

HAYEK, Friedrich. *The constitution of liberty.* Edited by Ronald Hamowy. Chicago: University of Chicago Press, 2011 [1960].

_____. *The road to serfdom.* Edited by Bruce Caldwell. Chicago: Chicago University Press, 2007 [1944].

HERSHOVITZ, Scott. Wittgenstein on rules: the phantom menace. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, vol. 22, n. 4, pp. 619-640, 2002.

HESSE, Mary B. *Models and analogies in science.* Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1966.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy:* the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton, 1999.

_____. *The anatomy of antiliberalism.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993.

_____. The professor of smashing: the preposterous political romanticism of Roberto Unger. *The New Republic*, New York, vol. 197, n. 16, pp. 30-38, 1987.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 10, n. 8, pp. 457-478, 1897.

_____. Natural law. In: _____. *Collected legal papers.* New York: Harcourt, Brace and Howe, 1920 [1918]. pp. 310-316.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. *Dialectic of Enlightenment:* philosophical fragments. Tradução de Edmund Jephcott. Stanford: Stanford University Press, 2002 [1944].

HUTCHINSON, Allan C.; MONAHAN, Patrick J. The “rights” stuff: Roberto Unger and beyond. *Texas Law Review,* Austin, vol. 62, n. 8, pp. 1477-1539, 1984.

JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. *Weimar:* a jurisprudence of crisis. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley: University of California Press, 2000.

JOAS, Hans. *Pragmatism and social theory.* Chicago: University of Chicago Press, 1993.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho; RODRIGUES, José Augusto de Souza. Pasárgada revisitada. *Sociologia, problemas e práticas*, Lisboa, n. 12, pp. 9-17, 1992.

KANT, Immanuel. An answer to the question: What is enlightenment? In: _____. *Practical philosophy.* Tradução de Mary J. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1996 [1784]. pp. 11-22.

_____. The contest of faculties. In: _____. *Political writings.* Tradução de Barry Nisbet. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1991 [1798]. pp. 176-190.

KALMAN, Laura. *Yale Law School and the sixties:* revolt and reverberations. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2005.

KELMAN, Mark. *A guide to Critical Legal Studies.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça.* Tradução de João Baptista Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998 [1960].

_____. *Pure theory of law*. Tradução de Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967 [1960].

_____. *General theory of law and state.* Tradução de Anders Wedberg. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1949 [1945].

KENNEDY, David. Law and development economics: toward a new alliance. In: _____.; STIGLITZ, Joseph E. (Eds.). *Law and economics with Chinese characteristics:* institutions for promoting development in the twenty-first century. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 19-70.

KENNEDY, Duncan. The structure of Blackstone’s *Commentaries*. *Buffalo Law Review*, Buffalo, vol. 28, n. 2, pp. 209-382, 1979.

_____. Form and substance in private law adjudication. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 89, n. 8, pp. 1685-1778, 1976.

KLATT, Matthias. Robert Alexy’s philosophy of law as system. In: _____. (Ed.). *Institutionalized reason:* the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 1-26.

KOSELLECK, Reinhart. *Critique and crisis:* Enlightenment and the pathogenesis of modern society. Cambridge, MA: MIT Press, 1988 [1959].

KOSKENNIEMI, Martti. *The politics of international law.* Oxford: Hart, 2011 [1990-2009].

_____. *From apology to utopia:* the structure of international legal argument. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006 [1989].

_____. *The gentle civilizer of nations:* the rise and fall of international law, 1870-1960. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

_____. The police in the temple: order, justice and the UN: a dialectical view. *European Journal of International Law*, vol. 6, n. 1, pp. 325-48, 1995.

KYMLICKA, Will. Communitarianism, liberalism, and superliberalism. *Critical Review:* A Journal of Politics and Society, New York, vol. 8, n. 2, pp. 263-284, 1994.

LACERDA, Gabriel; FALCÃO, Joaquim, RANGEL, Tânia (Orgs.). *Aventura e legado no ensino jurídico; Adventure and legacy in legal education.* Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2012.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos:* um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LASSALLE, Ferdinand. *On the essence of constitutions.* Tradução de Einde O'Callaghan. Berlin, 1862. Disponível em <https://www.marxists.org/history/etol/newspape/fi/vol03/no01/lassalle.htm>. Acesso em 01 jan. 2017.

LESSIG, Lawrence. Plastics: Unger and Ackerman on transformation. *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 98, n. 6, pp. 1173-1192, 1989.

LIEBMAN, James S.; SABEL, Charles F. A public laboratory Dewey barely imagined: the emerging model of school governance and legal reform. *New York University Review of Law & Social Change*, New York, vol. 28, n. 2, pp. 183-304, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process.* 2 ed. Chicago: University of Chicago Press, 1965 [1957].

LOSANO, Mario G. Introdução. In: KELSEN, Hans. *O problema da justiça.* Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. VII-XXXIII.

LUHMANN, Niklas. *A sociological theory of law.* Tradução de Elizabeth King-Utz e Martin Albrow. 2 ed. New York: Routledge, 2014 [1972].

LUHMANN, Niklas. *Theory of society II.* Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2013 [1997].

_____. *Theory of society I.* Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2012 [1997].

_____. *Los derechos fundamentales como institución:* aportación a la sociología política. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2010a [1965].

_____. *Introdução à teoria dos sistemas.* Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2010b [1996].

_____. *La política como sistema*. Organização e tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2009a [1998].

_____. *¿Cómo es posible el orden social?* Tradução de Pedro Morandé Court. México: Herder, 2009b [1980].

_____. La théorie de l'ordre et les droits naturels. Tradução de Olivier Mannoni. *Trivium: Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales*, Paris, vol. 3, 2009c [1984].

_____. De la fonction des «droits subjectifs». Tradução de Olivier Mannoni. *Trivium: Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales*, Paris, vol. 3, 2009d [1970].

_____. Causalidad en el sur. Tradução de Arturo Vallejos. *Estudios Sociológicos*, México, vol. 27, n. 79, pp. 3-29, 2009e [1995].

_____. Are there still indispensable norms in our society? Tradução de Todd Cesaratto. *Soziale Systeme*, Stuttgart, vol. 14, n. 1, pp. 18-37, 2008 [1992].

_____. Metamorfosi dello stato. In: CEVOLINI, Alberto (Ed.). *Potere e modernità:* stato, diritto, costituzione. Milano: FrancoAngeli, 2007 [1995]. pp. 11-40.

_____. Beyond barbarism. Tradução de Hans-Georg Moeller. In: MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann explained:* from souls to systems. Chicago: Open Court, 2006a [1999]. pp. 261-272.

_____. Cognition as construction. Tradução de Hans-Georg Moeller. In: MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann explained:* from souls to systems. Chicago: Open Court, 2006b [1988]. pp. 241-260.

LUHMANN, Niklas. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. In: _____. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.* Tradução de Darío Rodríguez Mansilla. Rubí: Anthropos, 2005a [1982]. pp. 99-135.

_____. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. Tradução de Artur Mourão. In: SANTOS, José Manuel (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann.* Corvilhã: Universidade da Beira Interior, 2005b [1967]. pp. 71-119.

_____. Iluminismo sociológico. Tradução de Artur Mourão. In: SANTOS, José Manuel (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann.* Corvilhã: Universidade da Beira Interior, 2005c [1967]. pp. 19-70.

_____. Organización y decisión. In: _____. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.* Tradução de Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos, 2005d [1978]. pp. 01-98.

_____. *Confianza.* Tradução de Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 2005e [1968].

_____. *Law as a social system.* Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004 [1993].

_____. I see something you don't see. In: _____. *Theories of distinction:* redescribing the descriptions of modernity. Tradução de Joseph O'Neil e Elliott Schreiber. Stanford: Stanford University Press, 2002a [1990]. pp. 187-193.

_____. The modern sciences and phenomenology. In: _____. *Theories of distinction:* redescribing the descriptions of modernity. Tradução de Joseph O'Neil e Elliott Schreiber. Stanford: Stanford University Press, 2002b [1995]. pp. 33-60.

_____. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. Tradução de Jean Clam. *Droit et société*, Paris, vol. 47, n. 1, pp. 15-73, 2001a [1985].

_____. Diritti soggettivi: mutamenti della coscienza giuridica per la società moderna. *Sociologia e politiche sociali*, Milano, a. 4, n. 1, pp. 10-59, 2001b [1981].

_____. *The reality of the mass media.* Tradução de Kathleen Cross. Stanford: Stanford University Press, 2000a [1996].

_____. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. Tradução de Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. *Themis*, Fortaleza, vol. 3, n. 1, pp. 153-161, 2000b [1993].

LUHMANN, Niklas. Inclusión y exclusión. In: _____. *Complejidad y modernidad:* de la unidad a la diferencia. Tradução de Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998a [1994]. pp. 167-195.

_____. *Observations on modernity*. Tradução de William Whobrey. Stanford: Stanford University Press, 1998b [1992].

_____. La forma "persona". In: _____. *Complejidad y modernidad:* de la unidad a la diferencia. Tradução de Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998c [1995]. pp. 231-244.

_____. Globalization or world society: how to conceive of modern society? *International Review of Sociology: Revue Internationale de Sociologie*, Roma, vol. 7, n. 1, pp. 67-79, 1997a.

_____. The control of intransparency. Tradução de M. P. van der Marel e A. Zÿlstra. *Systems research and behavioral science,* New York, vol. 14, n. 6, pp. 359-371, 1997b.

_____. La cultura como un concepto histórico. Tradução de Javier Torres Nafarrate. *Historia y Grafía*, Ciudad de Mexico, n. 8, pp. 11-33, 1997c [1995].

_____. *Quod omnes tangit:* remarks on Jurgen Habermas's legal theory. Tradução de Mike Robert Horenstein. *Cardozo Law Review*, New York, vol. 17, n. 4-5, pp. 883-899, 1996a.

_____. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (Eds.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996b [1990]. pp. 129-166.

_____. *Social systems.* Tradução de John Bednarz, Jr. e Dirk Baecker. Stanford: Stanford University Press, 1995a [1984].

_____. The paradox of observing systems. *Cultural Critique,* Saint Paul, vol. 31, pp. 37-55, 1995b.

_____. Legal argumentation: an analysis of its form. Tradução de Iain Fraser. *The Modern Law Review*, London, vol. 58, n. 3, pp. 285-298, 1995c.

_____. *Poder*. Tradução de Luz Mónica Talbot. Barcelona: Anthropos, 1995d [1975].

_____. Individuo, individualidad, individualismo. Tradução de Christine Löffler e Francisco Javier Noya Miranda. *Zona Abierta*, Madrid, n. 70-71, pp. 53-157, 1995e [1989].

LUHMANN, Niklas. Why does society describe itself as postmodern? *Cultural Critique*, Saint Paul, vol. 30, pp. 171-186, 1995f.

_____. Politicians, honesty and the higher amorality of politics. Tradução de Josef Bleicher. *Theory, Culture & Society*, London, vol. 11, pp. 25-36, 1994a.

_____. "What is the case?" and "what lies behind it?" The two sociologies and the theory of society. Tradução de Stephen Fuchs. *Sociological Theory*, Washington, vol. 12, n. 2, pp. 126-139, 1994b [1993].

_____. An interview with Niklas Luhmann [by David Sciulli]. *Theory, Culture & Society*, London, vol. 11, pp. 37-68, 1994c.

_____. A estabilidade instável [entrevista a Juremir Machado da Silva, Jornal Zero Hora]. In: SILVA, Juremir Machado da. *O pensamento do fim de século.* Porto Alegre: L&PM, 1993a [1990]. pp. 216-220.

_____. *Risk:* a sociological theory. Berlin: Gruyter, 1993b [1991].

_____. The code of the moral. Tradução de Jonathan Feldstein, Arthur J. Jacobson e Gabriel Motzkin. *Cardozo Law Review*, New York, vol. 14, pp. 995-1009, 1993c [1992].

_____. Zur Einführung. In: NEVES, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne:* Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. pp. 1-4.

_____. Paradigm lost: on the ethical reflection of morality. Tradução de David Roberts. *Thesis Eleven*, Thousand Oaks, vol. 29, n. 1, pp. 82-94, 1991 [1988].

_____. Meaning as sociology's basic concept. In: _____. *Essays on self-reference.* New York: Columbia University Press, 1990a [1971]. pp. 21-79.

_____. *Political theory in the Welfare State.* Tradução de John Bednarz Jr. Berlin: de Gruyter, 1990b [1981].

_____. La positività del diritto come pressupposto di una società moderna. In: _____. *La differenziazione del diritto:* contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Tradução de Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagl. Bologna: Il Mulino, 1990c [1970]. pp. 103-146.

_____. The future of democracy. *Thesis Eleven*, Thousand Oaks, vol. 26, n. 1, pp. 46-53, 1990d [1986].

LUHMANN, Niklas. Participation and legitimation: the ideas and the experiences. In: _____. *Political theory in the Welfare State.* Tradução de John Bednarz Jr. Berlin: de Gruyter, 1990e [1987]. pp. 219-230.

_____. *Ecological communication.* Tradução de John Bednarz, Jr. Chicago: University of Chicago Press, 1989 [1986].

_____. *Die Wirtschaft der Gesellschaft.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988a.

_____. The unity of the legal system. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Autopoietic law:* a new approach to law and society. Berlin: de Gruyter, 1988b. pp. 12-35.

_____. The third question: the creative use of paradoxes in law and legal history. *Journal of Law and Society*, Cardiff, vol. 15, n. 2, pp. 153-165, 1988c.

_____. Tautology and paradox in the self-descriptions of modern society. Tradução de Stephan Fuchs. *Sociological Theory*, Thousand Oaks, vol. 6, n. 1, pp. 21-37, 1988d.

_____. Familiarity, confidence and trust: problems and alternatives. In: GAMBETTA, Diego (Ed.). *Trust:* making and breaking cooperative relations. Oxford: Blackwell, 1988e. pp. 94-107.

_____. The evolutionary differentiation between society and interaction. In: ALEXANDER, Jeffrey C.; GIESEN, Bernhard; MÜNCH, Richard; SMELSER, Neil J. (Eds.). *The micro-macro link.* Berkeley: University of California Press, 1987. pp. 112-131.

_____. *Love as passion:* the codification of intimacy. Tradução de Jeremy Gaines e Doris L. Jones. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986 [1982].

_____. *Struttura della società e semantica.* Tradução de Maria Sinatra. Bari: Laterza, 1983a [1980].

_____. *Sistema jurídico y dogmática jurídica.* Tradução de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983b [1974].

_____. *Legitimação pelo procedimento.* Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980 [1969].

_____. The future cannot begin: temporal structures in modern society. *Social Research*, New York, vol. 43, n. 1, pp. 130-152, 1976.

_____. Politische planung. *Jahrbuch für Sozialwissenschaft*, Stuttgart, vol. 17, n. 3, pp. 271-296, 1966.

MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart.* 2 ed. Stanford: Stanford University Press, 2008a [1981].

_____. *Practical reason in law and morality.* Oxford: Oxford University Press, 2008b.

MADÁCH, Imre. *A tragédia humana:* a trajetória de Adão, Eva e Lúcifer através dos tempos. Tradução e adaptação de Ildikó Sütö. São José dos Campos: Netebook, 2014 [1861].

MARQUARD, Odo. Competence in compensating for incompetence? (On the competence and incompetence of philosophy). In: _____. *Farewell to matters of principle:* philosophical studies. New York: Oxford University Press, 1989a [1974]. pp. 22-37.

_____. Indicted and unburdened man in eighteenth-century philosophy. In: _____. *Farewell to matters of principle:* philosophical studies. New York: Oxford University Press, 1989b [1978]. pp. 38-63.

MARSHALL, Thomas Humphrey. Citizenship and social class. In: _____. *Class, citizenship, and social development.* Westport: Greenwood, 1973 [1949]. pp. 65-122.

MARX, Karl H. On the Jewish question. In: WALDRON, Jeremy (Ed.). *Nonsense upon stilts:* Bentham, Burke and Marx on the rights of man. London: Methuen, 1987 [1843]. pp. 137-150.

MATURANA, Humberto R.; VARELLA, Francisco J. *The tree of knowledge:* biological roots of human understanding. Translated by Robert Paolucci. Boston: Shambhala, 1992 [1984].

_____.; _____. *Autopoiesis and cognition:* the realization of the living. Dordrecht: Reidel, 1980 [1972].

MERTON, Robert K. *Social theory and social structure.* 3 ed. New York: Free Press, 1968 [1949].

_____. The unanticipated consequences of purposive social action. *American Sociological Review*, Washington, vol. 1, n. 1, pp. 894-904, 1936.

MILLS, Charles Wright. *The sociological imagination.* 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2000 [1959].

MÖLLER, Kai. *The global model of constitutional rights.* Oxford: Oxford University Press, 2012.

MÖLLERS, Christoph. *The three branches:* a comparative model of separation of powers. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MOYN, Samuel. *Christian human rights.* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2015a.

_____. Human rights and the age of inequality. In: LETTINGA, Doutje; VAN TROOST, Lars (Eds.). *Can human rights bring social justice?* Twelve essays. Amsterdam: Amnesty International Netherlands, 2015b. pp. 13-18.

_____. *Human rights and the uses of history*. London: Verso, 2014a.

_____. A powerless companion: human rights in the age of neoliberalism. *Law and Contemporary Problems*, Durham, vol. 77, n. 4, pp. 147-169, 2014b.

_____. *The last utopia:* human rights in history. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.

MÜNCH, Richard. *Sociological theory III:* development since the 1960s. Chicago: Nelson-Hall, 1994.

NEUMANN, Franz. *Behemoth:* the structure and practice of national socialism, 1933-1944. Chicago: Ivan R. Dee, 2009 [1942].

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules:* princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013 [2011].

_____. *Transconstitucionalismo.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [2000].

_____. *A constitucionalização simbólica.* 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [1992].

_____. Between under-integration and over-integration: not taking citizenship seriously. In: SOUZA, Jessé; SINDER, Valter (Eds.). *Imagining Brazil.* Lanham: Lexington, 2005. pp. 61-90.

_____. From legal pluralism to social miscellany: the problem of the lack of identity of the legal sphere(s) in peripheral modernity and its implications for Latin America. *Beyond Law*, Bogota, n. 26, pp. 125-154, 2003 [1993].

_____. Et si le douzième chameau venait à manquer? Du droit expropriateur au droit envahi. *Droit et société*, Paris, n. 47, pp. 101-121, 2001.

OAKES, Guy. Max Weber on value rationality and value spheres: critical remarks. *Journal of Classical Sociology*, Thousand Oakes, vol. 3, n. 1, pp. 27-45, 2003.

O'DONNEL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C. *Transitions from authoritarian rule:* tentative conclusions about uncertain democracies. 2 ed. Baltimore: John Hopkins University Press, 2003 [1986].

OLIVEIRA, Luciano. Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil: notas para un balance. Tradução de Libardo Ariza. In: GARCÍA, Mauricio; RODRÍGUEZ, César A. (Eds.). *Derecho y sociedad en América Latina:* un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: ILSA, 2003. pp. 199-221.

PARSONS, Talcott. *The social system.* 2 ed. Abingdon: Routledge, 1991 [1951].

_____. Roberto Mangabeira Unger, Law in modern society [book review]. *Law & society review*, Hoboken, vol. 12, n. 1, pp. 145-149, 1977.

_____. Commentary on Clark. *Sociological Inquiry*, Syracuse, vol. 42, n. 3-4, pp. 299-308, 1972.

_____. *The system of modern societies.* Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1971.

PAULSON, Stanley L. The neo-Kantian dimension of Kelsen's Pure Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, vol. 12, n. 3, pp. 311-332, 1992.

PETTIT, Phillip. Liberalism and Republicanism: variation on a theme from Roberto Unger. *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*, Sydney, vol 11, n. 43, pp. 190-98, 1987.

PIETERSE, Jan Nederveen. *Globalization and culture:* global mélange. 2 ed. Lanham: Rowman & Littlefield, 2009 [2003].

_____. *Ethnicities and global multiculture:* pants for an octopus. Lanham: Rowman & Littlefield, 2007.

POGGE, Thomas W. On the side of distributive justice: reflections on Cohen and Murphy. *Philosophy & Public Affairs*, New York, vol. 29, n. 2, pp. 137-169, 2000.

POLLOCK, Friedrich. State capitalism: its possibilities and limitations. In: ARATO, Andrew; GEBHARDT, Eike (Eds.). *The essential Frankfurt School reader.* New York: Continuum, 1990 [1941]. pp. 71-94.

PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. Social rights against the poor. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vienna, vol. 7, n. 4, pp. 454-475, 2013.

POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.

POSTEMA, Gerald J. *Legal philosophy in the twentieth century:* the common law world. Dordrecht: Springer, 2011.

POUND, Roscoe. The theory of judicial decision I. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 36, n. 6, pp. 641-662, 1923.

PUCHTA, Georg Friedrich. *Corso delle istituzioni.* Tradução de A. Turchiarulo. Napoli: Insegna del Diogene, 1854a [1841]. vol. 1.

_____. *Corso delle istituzioni.* 2 ed. Tradução de A. Turchiarulo. Napoli: Insegna del Diogene, 1854b [1847]. vol. 2.

QUIGLEY, John. *Soviet legal innovation and the law of the western world.* Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

RAMOS, Luiz Felipe Rosa. *Por trás dos casos difíceis:* a dogmática jurídica e o paradoxo da decisão indecidível. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

RAWLS, John. *Political liberalism.* 2 ed. Chichester, NY: Columbia University Press, 2005 [1993].

_____. *Justice as fairness:* a restatement. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 2001.

_____. *A theory of justice.* 2 ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999a [1971].

_____. *The law of peoples.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999b.

RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório:* etapas da evolução sociocultural. 11 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997 [1968].

RIBEIRO, Pedro Henrique Gonçalves de Oliveira. Luhmann "fora do lugar"? Como a "condição periférica" da América Latina impulsionou deslocamentos na teoria dos sistemas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, vol. 28, n. 83, pp. 105-123, 2013.

_____. *Entre eclusas e espelhos:* a esfera pública vista a partir de uma leitura crítica de Niklas Luhmann e de debates contemporâneos. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

RODRIGUEZ, Caio Farah. *Juízo e imaginação:* da indeterminação jurídica à inovação institucional. São Paulo: Malheiros, 2016.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. *Radical deprivation on trial:* the impact of socioeconomic rights in the global south. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico.* Pisa: Mariotti, 1917.

RORTY, Richard. Unger, Castoriadis, and the romance of a national future. In: LOVIN, Robin W.; PERRY, Michael J. (Eds.). *Critique and construction:* a symposium on Roberto Unger's *Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990 [1987]. pp. 29-45.

_____. *Contingency, irony, and solidarity.* Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

_____. The priority of democracy to philosophy. In: PETERSON, Merrill D.; VAUGHAN, Robert C. (Eds.). *The Virginia statute for religious freedom:* its evolution and consequences in American history. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. pp. 257-282.

ROSENFELD, Michel. *The identity of the constitutional subject:* selfhood, citizenship, culture, and community. New York: Routledge, 2010.

ROSS, Alf. Tû-Tû. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 70, n. 5, pp. 812-825, 1957 [1951].

SABEL, Charles F. Dewey, democracy, and democratic experimentalism. *Contemporary Pragmatism*, Amsterdam, vol. 9, n. 2, pp. 35-55, 2012.

_____.; SIMON, William H. Minimalism and experimentalism in the administrative state. *Georgetown Law Journal*, Washington, vol. 100, n. 1, pp. 53-93, 2011.

_____.; REDDY, Sanjay. Learning to learn: undoing the Gordian knot of development today. *Columbia Law and Economics Working Paper No. 308*. New York: Center for Law and Economic Studies, 2006.

_____.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 117, n. 4, pp. 1015-1101, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos*. São Paulo: Cortez, 2014a [1973].

_____. Capítulo 2-ao-espelho. In: _____. *O direito dos oprimidos*. São Paulo: Cortez, 2014b. pp. 91-366.

_____. *Toward a new legal common sense:* law, globalization, and emancipation. 2 ed. East Kilbride: Buttherworths, 2002 [1995].

SANTOS, Boaventura de Sousa. Towards a multicultural conception of human rights. In: FEATHERSTONE, Mike; LASH, Scott (Eds.). *Spaces of culture:* city, nation, world. London: Sage, 1999. pp. 214-229.

SALGADO, Plínio. *Direitos e deveres do homem.* Rio de Janeiro: Livraria Clássica Brasileira, 1950 [1948].

SARAMAGO, José. *Memorial do convento.* 41 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011 [1982].

_____. *Todos os nomes.* São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System of the modern Roman law.* Tradução de William Holloway. Madras: J. Higginbotham, 1867 [1840]. vol. 1.

SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal*, vol. 97, n. 4, pp. 509-548, 1988.

SCHLUCHTER, Wolfgang. *The rise of western rationalism:* Max Weber's developmental history. Tradução de Guenther Roth. Berkeley: University of California Press, 1981 [1979].

SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008 [1928].

SCIULLI, David. *Corporate power in civil society:* an application of societal constitutionalism. New York: New York University Press, 2001.

_____. *Theory of societal constitutionalism:* foundations of a non-Marxist critical theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SHIVAKUMAR, Dhananjai. The pure theory as ideal type: defending Kelsen on the basis of Weberian methodology. *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 105, n. 5, pp. 1383-1414, 1996.

SHUE, Henry. *Basic rights:* subsistence, affluence and U.S. foreign policy. 2 ed. Princeton: Princeton University Press, 1996 [1980].

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007 [1967].

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010 [2005].

SIMMEL, Georg. How is society possible? *American Journal of Sociology*, Chicago, vol. 16, n. 3, pp. 372-391, 1910.

SIMON, Herbert A. *The new science of management decision.* 3 ed. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1977 [1960].

SIMON, Herbert A. Recent advances in organization theory. In: BALEY, Stephen K *et alli*. *Research frontiers in politics and government*. Washington: Brookings Institution, 1955. pp. 23-44.

SIMON, William H. Critical theory and institutional design: David Trubek's path to new governance. In: BÚRCA, Gráinne de; KILPATRICK, Claire; SCOTT, Joanne (Eds.). *Critical legal perspectives on global governance:* liber amicorum David M. Trubek. Oxford: Hart, 2014. pp. 15-24.

SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de; VIEIRA, José Ribas. *Recall*, democracia direta e estabilidade institucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 51, n. 202, pp. 43-57, 2014.

SPENCER-BROWN, George. *Laws of form.* New York: Julian, 1972 [1969].

SPINOZA, Benedictus de. *Ética.* Edição bilíngue latim-português. Tradução de Tomaz Tadeu. 3 ed. São Paulo: Autêntica, 2010 [1677].

STEINER, Henry J. *Interview to Projeto História Oral do CEPED.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito do Rio de Janeiro, 2010 [2009].

_____; TRUBEK, David M. Brazil: all power to the generals. *Foreign Affairs*, New York, vol. 49, n. 3, pp. 464-479, 1971.

_____. Legal education and socio-economic change: Brazilian perspectives. *The American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, vol. 18, n. 1, pp. 39-90, 1971.

STONE SWEET, Alec. *Governing with judges:* constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SUNSTEIN, Cass. Routine and revolution. In: LOVIN, Robin W.; PERRY, Michael J. (Eds.). *Critique and construction:* a symposium on Roberto Unger's *Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990 [1987]. pp. 46-70.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus:* essai sur la foction anthropologique du droit. Paris: Seuil, 2005.

TAMANAHA, Brian Z. The primacy of society and the failures of Law and Development. *Cornell International Law Journal*, Ithaca, vol. 44, n. 2, pp. 209-247, 2011.

_____. *Realistic socio-legal theory:* pragmatism and a social theory of law. Oxford: Clarendon, 1997.

TAYLOR, Charles. The politics of recognition. In: GUTMANN, Amy (Ed.). *Multiculturalism:* examining the politics of recognition. Princeton: Princeton University Press, 1994 [1992]. pp. 25-73.

TCHEKOV, Anton. Vérotchka. In: _____. *A dama do cachorrinho e outras histórias.* Tradução de Maria Aparecida Botelho Pereira Soares. Porto Alegre: L&PM, 2014 [1887]. pp. 47-62.

TEIXEIRA, Carlos Sávio Gomes. Modos de explicar o Brasil: o estruturalismo sociológico de Florestan Fernandes e o construtivismo institucional de Mangabeira Unger. *Sinais Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 28, pp. 55-79, 2015.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments:* societal constitutionalism and globalization. Tradução de Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____.; FISCHER-LESCANO, Andreas. Cannibalizing epistemes: will modern law protect traditional cultural expressions? In: GRABER, Christoph; BURRI-NENOVA, Mira (Eds.). *Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment*. Cheltenham: Edward Elgar, 2008. pp. 17-45.

_____. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: _____. (Ed.). *Global law without a state*. Dartmouth: Aldershot, 1997. pp. 3-28.

_____. Autopoiesis and steering: how politics exploits the normative surplus of capital. In: IN'T VELD, Roeland Jaap; SCHAAP, Linze; TERMEER, Catrien J. A. M.; VAN TWIST, Mark J. W. (Eds.). Steering: autopoiesis and configuration theory. Dordrecht: Kluwer, 1991. pp. 127-41.

_____. *How the law thinks:* towards a constructivist epistemology of law. *Law & Society Review*, Salt Lake City, vol. 23, n. 5, pp. 727-757, 1989.

_____. Juridification: concepts, aspects, limits, solutions. In: _____. (Ed.). *Juridification of social spheres:* a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law. Berlin: de Gruyter, 1987. pp. 3-48.

THORNHILL, Chris. *A sociology of constitutions:* constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

TRUBEK, David M. Law and Development 50 years on. *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, Madison, n. 1212, pp. 1-12, 2012.

_____. O Novo Direito e Desenvolvimento: entrevista com David Trubek [coordenação: José Rodrigo Rodriguez]. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 3, n. 2, pp. 305-330, 2007.

TRUBEK, David M. The “rule of law” in development assistance: past, present, and future. In: _____.; SANTOS, Alvaro (Eds.). *The new law and economic development:* a critical appraisal. Cambridge: Cambridge University Press, 2006 [2003]. pp. 74-94.

_____. SANTOS, Alvaro. Introduction: the third moment in law and development theory and the emergence of a new critical practice. In: _____.; _____. (Eds.). *The new law and economic development:* a critical appraisal. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. pp. 1-18.

_____. Back to the future: the short, happy life of the Law and Society movement. *Florida State University Law Review*, Tallahassee, vol. 18, n. 1, pp. 1-55, 1990.

_____. Radical theory and programmatic thought. *American Journal of Sociology*, Chicago, vol. 95, n. 2, pp. 447-452, 1989.

_____.; GALANTER, Marc. Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis in law and development studies in the United States. *Wisconsin Law Review*, Madison, vol. 0, n. 4, pp. 1062-1102, 1974.

_____. Max Weber on law and the rise of capitalism. *Wisconsin Law Review*, Madison, vol. 0, n. 3, pp. 720-753, 1972a.

_____. Toward a social theory of law: an essay on the study of law and development. *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 82, n. 1, pp. 1-50, 1972b.

TUSHNET, Mark V. *Weak courts, strong rights:* judicial review and social welfare entitlements in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

_____. “Sir, yes, sir!”: the courts, congress and structural injunctions. *Constitutional Commentary*, Minneapolis, vol. 20, n. 1, pp. 189-203, 2003.

_____. *Taking the constitution away from the courts.* Princeton: Princeton University Press, 1999.

UNGER, Roberto Mangabeira. *A mystery demystified:* the connection between mathematics and physics. Mimeo. 2016. Disponível em: <http://robertounger.com/english/pdfs/MATHEMATICS_AND_PHYSICS1.pdf>. Acesso em 1 mar. 2016.

_____. Part I. In: _____.; SMOLIN, Lee. *The singular universe and the reality of time:* a proposal in natural philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 2015a. pp. 1-348.

UNGER, Roberto Mangabeira. Part II: The Critical Legal Studies Movement. In: _____. *The Critical Legal Studies Movement:* another time, a greater task. London: Verso, 2015b [1982]. pp. 77-210.

_____. Part I: Another time, a greater task. In: _____. *The Critical Legal Studies Movement:* another time, a greater task. London: Verso, 2015c. pp. 1-75.

_____. Conclusion: The task of the social innovation movement. In: NICHOLLS, Alex; SIMON, Julie; GABRIEL, Madeleine (Eds.). *New frontiers in social innovation research.* Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2015d [2013]. pp. 233-251.

_____. *The religion of the future.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 2014.

_____. *The universal history of legal thought.* Mimeo, 2013. Disponível em: <http://robertounger.com/english/pdfs/UHLT.pdf>. Acesso em 3 jul. 2015.

_____. A ambição da política [entrevista a André Singer, Folha de São Paulo]. In: TEIXEIRA, Carlos Sávio G. (Org.). *Encontros:* Roberto Mangabeira Unger. Rio de Janeiro: Azougue, 2012 [2001]. pp. 108-117.

_____. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 257, pp. 57-72, 2011 [2008].

_____. *The left alternative.* London: Verso, 2009 [2005].

_____. *O direito dos povos indígenas de construir direitos.* Mimeo. 2008a.

_____. The transformative imagination and the world trading system. In: BARRY, Christian; REDDY, Sanjay G. *International trade & labor standards:* a proposal for linkage. New York: Columbia University Press, 2008b. pp. 135-140.

_____. *The self awakened:* pragmatism unbound. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007a.

_____. *Free trade reimagined:* the world division of labor and the method of economics. Princeton: Princeton University Press, 2007b.

_____. *European constitutionalism:* proposals for an agenda of debate. Mimeo, 2002. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/english/docs/europe1.pdf>. Acesso em 3 jul. 2015.

_____. *A segunda via:* presente e futuro do Brasil. São Paulo: Boitempo, 2001a [1979-2001].

UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity:* anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. From Politics, a work in constructive social theory. 2 ed. London: Verso, 2001b [1987].

_____. Introduction to the new edition. In: _____. *False necessity:* anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. From Politics, a work in constructive social theory. 2 ed. London: Verso, 2001c. pp. xvii-cxxix.

_____. Appendix to the new edition: Five theses on the relation of religion to politics, illustrated by allusions to Brazilian experience. In: _____. *False necessity:* anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. From Politics, a work in constructive social theory. 2 ed. London: Verso, 2001d [1998]. pp. 597-603.

_____. *Democracy realized:* the progressive alternative. London: Verso, 1998.

_____.; WEST, Cornel. *The future of American progressivism:* an initiative for political and economic reform. Boston: Beacon, 1998.

_____. *What should legal analysis become?* London: Verso, 1996.

_____. The better futures of architecture. In: ANYONE Conference. *Anyone.* New York: Rizzoli, 1991. pp. 28-36.

_____ . *A alternativa transformadora:* como democratizar o Brasil. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1990 [1977-1990].

_____. *Social theory:* its situation and its task. A critical introduction to Politics, a work in constructive social theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1987a.

_____. *Plasticity into power:* comparative-historical studies on the institutional conditions of economic and military success. Variations on the themes of Politics, a work in constructive social theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1987b.

_____. Bibliographical note. In: _____. *The Critical Legal Studies Movement.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986. pp. 121-122.

_____. *Knowledge & Politics.* New York: Free Press, 1984a [1975].

_____. *Passion:* an essay on personality. New York: Free Press, 1984b.

_____. A program for late twentieth-century psychiatry. In: *Passion:* an essay on personality. New York: Free Press, 1984c [1980].

_____. Postscript. In: _____. *Knowledge & Politics.* 2 ed. New York: Free Press, 1984d [1983]. pp. 337-341.

UNGER, Roberto Mangabeira. The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 96, n. 3, pp. 561-675, 1983 [1982].

_____. *Social theory:* lectures delivered in Harvard College. Cambridge, MA: Harvard University, 1976a.

_____. *Law in modern society:* toward a criticism of social theory. New York: Free Press, 1976b.

_____. *Os Estados Unidos no bicentenário.* Mimeo, 1976c (disponível no CPDOC-FGV, Arquivo Aliomar Baleeiro).

_____. Isonomy and justice. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Stuttgart, vol. 56, n. 2, pp. 181-187, 1970.

_____. O estruturalismo e o futuro das ciências culturais. *Tempo brasileiro*, Rio de Janeiro, vol. 15-16, pp. 97-102, 1968.

VERMEULE, Adrian. *The constitution of risk.* Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

_____. *The system of the constitution.* Oxford: Oxford University Press, 2011.

_____. *Mechanisms of democracy:* institutional design writ small. Oxford: Oxford University Press, 2007.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento (Coords.). *Direito e filosofia:* a noção de justiça na história da filosofia. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 129-150.

VISNIEC, Matéi. *Cuidado com as velhinhas carentes e solitárias:* teatro da ternura e da loucura cotidianas. Tradução de Luiza Jatobá. São Paulo: É Realizações, 2013 [2004].

VITA, Álvaro de. *O liberalismo igualitário:* sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008 [2006].

_____. *A justiça igualitária e seus críticos.* 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [1998].

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 115, n. 6, pp. 1346-1406, 2006.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement.* Oxford: Clarendon, 1999.

_____. Dirty little secret. *Columbia Law Review*, New York, vol. 98, n. 2, pp. 510-530, 1998.

WALZER, Michael. The communitarian critique of liberalism. *Political Theory*, Beverly Hills, vol. 18, n. 1, pp. 6-23, 1990.

WANG, Daniel W. Liang; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Reaching out to the needy? Access to justice and public attorneys' role in right to health litigation in the city of São Paulo. *SUR – International Journal of Human Rights*, São Paulo, vol. 10, n. 18, pp. 159-179, 2013.

WARD, Ian. *Kantianism, postmodernism and critical legal thought.* Dordrecht: Springer, 1997.

WEAVER, Russell L. The rise and decline of structural remedies. *The San Diego Law Review*, San Diego, vol. 41, n. 4, pp. 1617-1632, 2004.

WEBER, Max. *The Protestant ethic and the spirit of Capitalism.* Tradução de Talcott Parsons. London: Routledge, 2005 [1905].

_____. Bourgeois democracy in Russia. In: _____. *The Russian Revolutions.* Edição e tradução de Gordon C. Wells e Peter Baehr. Ithaca: Cornell University Press, 1995 [1906]. pp. 41-147.

_____. *Economy and society:* an outline of interpretive sociology. Editado por Guenther Roth e Claus Wittich. Berkeley: University of California Press, 1978 [1922].

_____. Science and politics. In: _____. *From Max Weber:* Essays in sociology. Tradução e edição de Hans H. Gerth e C. Wright Mills. New York: Oxford University Press, 1946 [1918]. pp. 75-156.

WEINRIB, Ernest J. *The idea of private law.* 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2002 [1995].

_____. Legal formalism: on the immanent rationality of law. *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 97, n. 6, pp. 949-1016, 1988.

_____. Law as a Kantian idea of reason. *Columbia Law Review*, New York, vol. 87, n. 3, pp. 472-508, 1987.

_____. Enduring Passion. *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 94, n. 7, pp. 1825-1841, 1985.

WEST, Cornel. Between Dewey and Gramsci: Unger's emancipatory experimentalism. In: LOVIN, Robin W.; PERRY, Michael J. (Eds.). *Critique and construction:* a

symposium on Roberto Unger's *Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990 [1987]. pp. 256-266.

WEST, Cornel. *The American evasion of philosophy:* a genealogy of pragmatism. Madison: University of Wisconsin Press, 1989.

_____. CLS and liberal critic. *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 87, n. 5, pp. 757-771, 1988.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas.* Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999 [1953].

YACK, Bernard. Toward a free marketplace of social institutions: Roberto Unger's "super-liberal" theory of emancipation. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 101, n. 8, pp. 1961-1977, 1988.

YOUNG, Katharine G. *Constituting economic and social rights.* Oxford: Oxford University Press, 2012.