

INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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



PRIMEIRA PARTE

UMA ABORDAGEM TEÓRICA



CAPÍTULO I

POSITIVAÇÃO DO DIREITO

1. A DICOTOMIA TRADIÇÃO/MODERNIDADE

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

No que se refere aos clássicos da sociologia, os conceitos de “comunidade” e “sociedade” de Tönnies já serviam como problematização para as discussões posteriores sobre a modernidade. Partindo dos conceitos psicológicos de “vontade essencial” e “vontade arbitrária”³, Tönnies apresenta, entre outras, as seguintes características para distinguir a (“antiga”) comunidade, com “formação orgânica”, da (“nova”) sociedade, com “formação mecânica”⁴: 1) comunhão essencial *versus* separação essencial dos seres humanos⁵; 2) atividades orientadas com respeito a sentimentos *versus* atividades

¹ Cf., por exemplo, Luhmann, 1981b.

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

³ Cf. Tönnies, 1979: 73 ss.

⁴ Cf. Tönnies, 1979: 3-6.

⁵ Tönnies, 1979: 34.

orientadas com respeito a fins⁶; 3) fechamento *versus* abertura⁷; 4) referência ao passado *versus* referência ao futuro⁸. Abstraindo-se do psicologismo⁹, do pessimismo¹⁰ e do fatalismo¹¹ como características intrínsecas da obra de Tönnies, é de se observar que, em sua contribuição, encontram-se formas embrionárias dos conceitos de “diferenciação social”, “racionalidade-com-respeito-a-fins” e “abertura para o futuro”, os quais foram mais tarde desenvolvidos pelas ciências sociais. Especialmente os conceitos de “comunhão” e “separação” já forneciam elementos para as discussões atuais sobre a carência contemporânea de orientação comportamental homogênea.

Mediante a diferença entre solidariedade mecânica, protegida pelo “direito repressivo”, e solidariedade orgânica, protegida pelo “direito restitutivo”, expressou-se em Durkheim a dicotomia tradição/modernidade¹². Enquanto a primeira estaria fundada em semelhanças e envolveria o tipo segmentário de estruturas sociais¹³, a última, ao contrário, pressuporia dessemelhanças¹⁴, dependeria da divisão do trabalho¹⁵ e corresponderia ao tipo “organizado” de

⁶ Tönnies, 1979: 74, 106 ss.

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

⁸ Cf. Tönnies, 1979: 73.

⁹ Cf. Blüm, 1967: 77 ss.

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

¹¹ Cf. Blüm, 1967: 112-4.

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

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

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

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

estruturas sociais¹⁶. Em consonância com sua perspectiva evolucionária, Durkheim fala de preponderância progressiva da solidariedade orgânica¹⁷. Esse processo evolutivo teria, em primeira linha, um significado moral: “[...] os serviços econômicos que ela [a divisão do trabalho] pode prestar são pouca coisa em comparação com o efeito moral que ela produz, e sua verdadeira função é criar um sentimento de solidariedade entre duas ou várias pessoas”¹⁸. A esse respeito, surge a crítica luhmanniana ao fundamento moral do conceito de divisão do trabalho em Durkheim¹⁹. “O que é mais surpreendente”, assim discorre Luhmann, “o que surpreende sobretudo em uma teoria desenvolvida após Karl Marx, é que os efeitos do *mecanismo monetário* em neutralizar a moral na interação permaneçam fora de consideração”²⁰. Esse “ponto cego”, o deixar fora do foco de análise as consequências da divisão moderna do trabalho para a neutralização da moral, estaria relacionado com o fato de a solidariedade orgânica ainda constituir um mecanismo tradicional: “Para Luhmann,[...] essa solidariedade ainda estabelece normas sociais que, embora sejam altamente generalizadas, são comuns a todos os subsistemas...”²¹ Contudo, no que se refere ao conceito de modernidade, a concepção clássica

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

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

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

¹⁸ Durkheim, 1986: 19.

¹⁹ Cf. Luhmann, 1977: espec. 25 ss.

²⁰ Luhmann, 1977: 31-2

²¹ Teubner, 1982: 46.

durkheimiana de divisão do trabalho contribuiu para a colocação do problema, não para a sua solução²². Sob essa perspectiva, pode-se entender melhor a relevância de Durkheim para a posterior construção científico-social do conceito de “diferenciação social” como característica da modernidade.

A abordagem weberiana da modernidade acentua o processo de racionalização da sociedade. Conforme os diferentes motivos determinantes, o agir social distingue-se como tradicional, afetivo, racional-com-respeito-a-valores ou racional-com-respeito-a-fins²³. Aos dois primeiros tipos (irracionais) corresponde a relação social “comunitária” (*Vergemeinschaftung*); aos dois últimos (racionais), a relação social “associativa” (*Vergesellschaftung*)²⁴. No que se refere ao agir racional, trata-se, porém, de um escalonamento, na medida em que o agir racional-com-respeito-a-valores é caracterizado como irracional em relação ao agir racional-com-respeito-a-fins²⁵. Em conexão com essa tipologia, Weber classifica os três tipos puros de dominação legítima: a racional-legal (válida por força de ordens estatuídas), a tradicional e a carismática (extracotidiano-afetiva)²⁶. A modernização implica, portanto, a racionalização-com-respeito-a-fins da condução da vida, institucionalizada mediante a racionalização legal da dominação. Embora seja possível falar de “condições de partida” racionais-com-respeito-a-valores (ética protestante), verifica-se, a partir da concepção weberiana, que o desenvolvimento da relação associativa ra-

²² Cf. Luhmann, 1977: 19.

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

²⁴ Weber, 1985: 21-3.

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

²⁶ Cf. Weber, 1968a; 1985: 124 ss.

cional-com-respeito-a-fins exigiu o desacoplamento da economia e do direito de seus fundamentos éticos (racionais-com-respeito-a-valores)²⁷. Assim, o direito formal, moralmente neutralizado, atua como ordem normativo-institucional da luta estratégica pelo poder e do livre mercado, o qual funciona de maneira racional-com-respeito-a-fins²⁸. Conforme a perspectiva de Weber, modernidade significa, principalmente, racionalismo-com-respeito-a-fins, em detrimento dos fundamentos tradicionais, afetivos e racionais-com-respeito-a-valores de determinação do agir social; mas isso envolve, reciprocamente, diferenciação social.

Se voltarmos a Marx, pode-se constatar que nele a modernização da sociedade como diferenciação da economia e do Estado, em termos de racionalidade-com-respeito-a-fins e de neutralização moral dessas esferas, já havia sido compreendida²⁹. Nesse sentido, ele destaca: “Somente no século XVIII, na ‘sociedade burguesa’, as diversas formas de relação social apresentam-se ao indivíduo como mero meio para os seus fins privados, como necessidade externa”³⁰. Até mesmo o conceito de “justiça” seria passível de ser medido segundo as regras racionais-com-respeito-a-fins do mercado³¹.

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

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

²⁹ Cf. Habermas, 1982a I: 226.

³⁰ Marx, 1983: 20.

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