



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

**CONSTITUIÇÃO SEM CONSTITUCIONALISMO?
UMA ANÁLISE SOB A ÓPTICA DA TEORIA DOS SISTEMAS**

Constitution sans constitutionalism? A systems theory analysis

JOÃO VICTOR BIÃO LINO

BRASÍLIA

2021

JOÃO VICTOR BIÃO LINO

**CONSTITUIÇÃO SEM CONSTITUCIONALISMO:
UMA ANÁLISE SOB A ÓPTICA DA TEORIA DOS SISTEMAS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

BRASÍLIA
2021

Bião Lino, João Victor

BB578c Constituição sem Constitucionalismo? Uma análise sob a
óptica da Teoria dos Sistemas / João Victor Bião Lino;
orientador Otávio Souza e Rocha Dias Maciel; co-orientador
Marcelo da Costa Pinto Neves. -- Brasília, 2021.

86 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de
Brasília, 2021.

1. Teoria do Direito. 2. Direito Constitucional. 3.
Teoria dos Sistemas. 4. Teoria do Ator-Rede. 5. Sociologia
do Constitucionalismo. I. Maciel, Otávio Souza e Rocha Dias,
orient. II. Neves, Marcelo da Costa Pinto, co-orient. III.
Título.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Otávio Souza e Rocha Dias Maciel
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves
(Coorientador)

Prof. Dr. Pablo Holmes Chaves
(Membro)

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo
(Membro)

Prof. Dr. Maurício Palma Resende
(Membro)

Brasília, 17 de maio de 2017

AGRADECIMENTOS

A minha experiência durante todo esse tempo na Faculdade de Direito e na Universidade de Brasília foi marcada por diversas pessoas que compartilharam essa trajetória de 5 anos. Não cometerei o erro de citar todas nominalmente, porque poderia esquecer alguém e seria injusto com cada olvidado. No entanto, algumas pessoas tiveram um papel especial e cabe citar cada uma delas.

Inicialmente, devo agradecer aos meus pais, Marcio e Dacione, que me aconselharam a fazer o curso de Direito quando estava em dúvida ao final do Ensino Médio. De fato, foi uma escolha certa, tenho certeza de que não me sentiria tão realizado em outro curso. Ao meu pai, agradeço por me ensinar a ser todo dia uma pessoa mais íntegra e a lutar pelo que eu acho certo; agradeço também por todo apoio durante a faculdade; você é um exemplo de pessoa para mim, com certeza, aprendi e moldei muito meu pensamento com todos os seus ensinamentos. À minha mãe, tenho você como um exemplo, afinal de contas, você saiu de uma cidade pequena no interior da Bahia para ser uma das primeiras pessoas da nossa família a ingressar em uma Universidade Federal e se formar na UFBA; mais recentemente, ainda foi a primeira a completar seu mestrado; você é um exemplo para eu querer ir cada vez mais longe. Vocês dois são grandes exemplos para mim, obrigado por tudo.

Também não posso deixar de agradecer a minha irmã, Maria Clara. Ela tem a magia de tornar qualquer situação engraçada e de fazer toda família rir, que você continue sempre com esse espírito, você é uma pessoa excepcional.

Aos meus primeiros amigos em Brasília, vocês tornaram a estadia nessa cidade algo com que eu me acostumei. Todos vocês são uma espécie de família para mim, são tantos momentos e tantas situações que só tenho a agradecer a vocês: Débora, Alice, Álvaro, Yasmin, Guilherme, Felipe, Luana, Sarah, Thiago e Julia.

Não posso esquecer dos meus amigos da escola, que me ensinaram bastante sobre companheirismo e sobre amizade, que continuemos muitos anos juntos ainda. Obrigado Matheus, José, Igor, Danton e Pedro.

Aos meus amigos e colegas que encontrei durante a Faculdade, só tenho a agradecer por fazer a Faculdade de Direito ser um lugar melhor, foram diversos momentos que levo comigo, muitas histórias para a vida toda. Obrigado ao Guerra, ao Luciano, ao Spricigo, ao Burger, à Elisa, à Gabriela, a todos os outros que fizeram parte da minha trajetória durante esses 5 e poucos anos.

Não poderia deixar de agradecer ao meu orientador, Otávio Maciel, que acompanha esse projeto desde o início e sempre acreditou nessa pesquisa. Nossas discussões criaram o ambiente perfeito para que essa monografia conseguisse se desenvolver. Além disso, suas colocações e indicações bibliográficas sempre pertinentes me auxiliaram a amadurecer academicamente.

Aos demais, levo-os comigo, pois sei que aprendi com cada um de vocês. Passagens podem ser curtas ou longas, mas sempre geram aprendizados e memórias que fizeram com que eu fosse quem eu sou atualmente. Obrigado.

“Large groups of people believe that the bitterness and humiliations of the experience which
virtually enslaved them nevertheless delivered benefits – liberal ideas, national self-
consciousness, and technological goods – that over time seem to have made imperialism
much less unpleasant”

Edward Said

“In the end, the constitutional concept only functions as a store to keep a transfigured memory
of democracy’s creation myths alive”

Thomas Vesting

RESUMO

Esta monografia é uma introdução ao estudo das relações existentes entre Constituição e Constitucionalismo. Seu objetivo é fazer um mapeamento geral das teorias constituições existentes, bem como as vertentes do constitucionalismo moderno e contemporâneo, de modo a criar uma rede de conteúdo para ser aprofundada eventualmente. Para isso, serão utilizadas as teorias sociológicas de Niklas Luhmann e de Bruno Latour, estabelecendo um marco teórico social; as teorias sobre constituição de autores como Hans Kelsen, Carl Schmitt, Ferdinand Lassalle; além de esquematizar princípios gerais do liberalismo, do marxismo, de vertentes autoritárias no bojo do Direito; bem como autores das teorias pós-coloniais e decoloniais para ter uma visão mais ampla desses princípios e suas generalidades, levando em consideração as relações de colonialidade. Com todo arcabouço teórico, são analisadas de maneira propedêutica as diferenças entre Constituição e Constitucionalismo e quais suas consequências para a teoria constitucional contemporânea.

Palavras-Chave: Teoria do Direito. Teoria Constitucional. Constitucionalismo. Sociologia da Constituição. Sociologia do Constitucionalismo. Teoria dos Sistemas. Teoria do Ator-Rede. Modernidade. Colonialidade.

ABSTRACT

This monograph is an introduction to the study of the existing relations between constitution and constitutionalism. Its objective is to provide a general map of the existing theories of constitutions, as well as the branches of modern and contemporary constitutionalism, in order to create a network of knowledge to be deepened in the future. To this end, the sociological theories of Niklas Luhmann and Bruno Latour will be used, establishing a social theoretical framework; the theories about legal constitution come from authors such as Hans Kelsen, Carl Schmitt, Ferdinand Lassalle; alongside the schematizing general principles of liberalism, Marxism, and authoritarian branches of legal theory; as well as authors of post-colonial and decolonial theories to have a broader view of these principles and their universalities, taking into consideration the relations of coloniality. With all this theoretical framework, the differences between Constitution and Constitutionalism, and their consequences for the contemporary constitutional theory, are analyzed in a propaedeutical way.

Keywords: Legal Theory. Constitutional Theory. Constitutionalism. Sociology of the Constitution. Sociology of the Constitutionalism. Systems Theory. Actor-Network Theory. Modernity. Coloniality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. Pressupostos teóricos para análise da ideia do Constituição Sem Constitucionalismo (CSC).....	3
1.1. A Diferença entre Sistema e Ambiente	4
1.2. A Concretude do Ator-Rede de Bruno Latour	8
1.3. A Ideia de uma Sociedade Mundial.....	12
1.4. O Binômio Luhmann-Latour: de uma Sociedade Mundial para uma Sociedade Fragmentária.....	18
2. A Ideia de Constituição.....	21
2.1. A Constituição na Teoria Pura do Direito Kelseniana	21
2.2. A Constituição como acoplamento entre Direito e Política na Teoria dos Sistemas Luhmanniana	24
2.3. A Constituição como Fatores Reais de Poder de Ferdinand Lassalle e os desenvolvimentos de Konrad Hesse e Hermann Heller	26
2.4. O Conceito Decisionista de Constituição de Carl Schmitt.....	30
2.5. O Conceito de Constituição que será utilizado no presente trabalho	33
3. O Conceito de Constitucionalismo	36
3.1. O Constitucionalismo Liberal: liberdade individual e proteção à propriedade	37
3.2. O Constitucionalismo Marxista: crítica ao modelo liberal e a ideia de Direito.	44
3.3. O Constitucionalismo Autoritário: pragmatismo e subjugação do Direito ao Poder Político.....	50
4. A Constituição no contexto do Constitucionalismo	54
4.1. O surgimento da Modernidade e o encobrimento do outro por meio da Colonialidade.....	55
4.2. A Constituição no contexto do Constitucionalismo ... Erro! Indicador não definido.	
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

INTRODUÇÃO

A ideia da presente monografia surgiu em virtude de um artigo lido durante uma disciplina da graduação. Escrito pelo jurista queniano Okoth-Ogendo, o nome do artigo é “*Constitutions Without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox*” e desenvolve, em resumo, sobre o contexto constitucional de diversos países do continente africano, em que ele afirma que há o seguinte paradoxo: “comprometimento com a ideia de constituição e a rejeição da notação clássica de constitucionalismo”¹.

Esse artigo faz uma distinção que é confundida ou que fica em segundo plano nas disciplinas de Direito Constitucional: existe uma diferença entre constituição e constitucionalismo? Tais conceitos podem ser utilizados como sinônimos? Observando somente o título utilizado pelo autor, que é uma afirmação, talvez fosse necessário inverter a lógica e se perguntar: Constituições dependem ou precisam de constitucionalismo? Por causa disso, o título dessa monografia é o questionamento: “Constituições sem constitucionalismo?” O presente trabalho tem a intenção de fazer uma introdução da análise sociológica do constitucionalismo, bem como de todas essas vertentes, para responder essas questões.

Inicialmente, para buscar respostas sobre a relação entre Constituição e Constitucionalismo, o primeiro Capítulo irá estabelecer a base sociológica que será utilizada no presente estudo, que serão as obras de Niklas Luhmann e Bruno Latour. Com ambos os autores, é possível utilizar uma teoria social que garanta a autopoiese do Direito, bem como a análise das associações locais ao se observar a construção e formação jurídica. Todavia, para que seja possível análise das associações de cada localidade, é necessário rejeitar a visão monista de sociedade mundial para Luhmann, que será feito com base nas obras do próprio Latour.

O segundo Capítulo será uma análise extensiva sobre diversos conceitos de Constituição, para autores como Hans Kelsen, Carl Schmitt, Ferdinand Lassalle, Konrad Hesse, Hermann Heller. Cada um desses autores possui teorias constitucionais com singularidades, de modo que será possível estabelecer um norte de qual conceito de Constituição será utilizado na presente monografia. Esse conceito deve ter como base uma generalidade, de maneira que sua aplicação não dependa de particularismo ou de ideias externas, bem como deve respeitar a autopoiese do Direito.

¹ OKOTH-OGENDO, 1993, p. 67, tradução nossa: “*commitment to the idea of the constitution and rejection of the classical notation of constitutionalism*”.

As vertentes de Constitucionalismo, por sua vez, serão analisadas no terceiro capítulo. Nesse ponto, será analisado diversos autores do liberalismo, como Locke, Hayek, Montesquieu, os quais estabeleceram os cânones das vertentes liberais. Para além desses liberais, serão analisadas as noções marxistas de Estado e Direito, que estão presentes nas obras de Engels e Lenin; e de Pachukanis, respectivamente. Por fim, haverá a análise das ideias de Carl Schmitt e Francisco Campos para ter uma noção de um constitucionalismo autoritário e sua instrumentalização da Constituição e do Direito.

Após a apresentação de cada uma dessas vertentes, bem como os seus deveres-ser, será apresentado as noções sobre modernidade desenvolvidas por Bruno Latour e Enrique Dussel e suas consequências nas sociedades. Um dos efeitos da ideia de modernidade será desenvolvida mais a fundo, que é a noção de colonialidade e suas repercussões em outros processos de conhecimento e a hierarquização da cultura ocidental como a que deve ser seguida. A partir de serem estabelecidas todos esses conceitos, é possível analisar a relação entre Constituição e Constitucionalismo.

1. Pressupostos teóricos para análise da ideia do Constituição Sem Constitucionalismo (CSC)

Uma análise da relação entre constituição e constitucionalismo demanda, além de um marco teórico jurídico, um pressuposto sociológico. Isso ocorre porque a análise constitucional depende da sociedade que está sendo observada, bem como quais associações aquela sociedade produz e, muitas vezes, o porquê aquelas associações foram criadas.

Para realizar essa análise, o principal marco teórico que será utilizado como essa base é a Teoria dos Sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann. Dessa forma, o primeiro ponto a ser estabelecido é que a diferença entre sistema e ambiente será o ponto de partida para todas as distinções e diferenças a serem estabelecidas. Além disso, será utilizado todo o arcabouço técnico desenvolvido pela teoria em conceitos como: complexidade, autopoiese, diferenciação funcional, dentre vários outros.

Todavia, cabe algumas ressalvas e críticas a serem feitas a alguns dos modelos teóricos utilizados por Luhmann, em especial, a noção de ambiente e a ideia da existência de uma sociedade mundial. Essa crítica será o objetivo do primeiro capítulo da monografia, que estabelecerá a maneira de como será tida a análise do “tripé” desse trabalho: Direito x Constituição x Constitucionalismo.

A introdução dessas críticas é importante para diminuir parte da “modernidade”¹ do trabalho de Luhmann e introduzir uma crítica não-moderna e pós-colonial à teoria dos sistemas. Por isso, essa primeira parte é de grande importância para introduzir as bases que serão utilizadas na monografia e que serão desenvolvidas com o decorrer do trabalho, principalmente, no Capítulo 4.

O primeiro tema a ser pontuado é o “lugar” do ambiente na Teoria dos Sistemas e como que ele pode ser mais bem entendido para um modelo sistêmico mais factual e que exprima mais a realidade da diferença dos mesmos sistemas a depender do local. O segundo ponto relaciona-se diretamente com o primeiro e trata-se da ideia de sociedade mundial para Luhmann, que pode ser resumida a uma breve pergunta: a existência da comunicação em todo globo significa a existência de uma sociedade global? Para estabelecer essa crítica, a ajuda de

¹ Apesar de Luhmann ter uma obra que possui uma grande abstração, muitas de suas conclusões na sua principal obra (*Die Gesellschaft der Gesellschaft*) demonstram que ele ainda permanece na “Grande Divisão Exterior” (LATOURET, 2013, p. 96) – a diferença entre Nós x Outros – em que a Europa é o centro da análise sociológica.

Bruno Latour e sua Teoria do Ator-Rede será de grande importância devido às suas noções de associação e rede.

Cabe ressaltar logo de início que Latour possui uma visão bem original de sociedade (relacionada à associação) e que provavelmente ele consideraria Luhmann um dos que ele chama de “sociólogos do social”, devido sua explicação altamente abstrata de sociedade e que não observa as associações concretas dos atores. Todavia, aqui vamos adotar uma postura tal como a de Maciel, de que ambas as teorias não se excluem, tratam apenas de fases diferente da interação social².

Enquanto Luhmann explica a sociedade e seus sistemas de maneira abstrata, mas não consegue focar em todas as interações intersistêmicas; Latour é exatamente o contrário, explica como essas interações se formam (isso se formarem-se) e funcionam, mas sua teoria não consegue esclarecer aspectos gerais da sociedade³. Assim, ambas as teorias se complementam e podem ser utilizadas para entender a sociedade em duas fases. Latour parece ter se dado conta disso, ao criar um arcabouço teórico mais avançado na obra *Investigação sobre os modos de existência* que se aproxima mais da teoria dos sistemas

1.1. A Diferença entre Sistema e Ambiente

Em sua teoria, Luhmann deixa bem claro desde o início que ele parte de dois pressupostos teóricos: primeiro, que existem sistemas⁴; segundo, que o sistema é definido pela diferença entre sistema e ambiente⁵. Esses sistemas podem ser dos mais diversos como o próprio autor apresenta⁶, mas o foco de análise será majoritariamente quanto aos sistemas sociais – em especial o Direito – e como ele se relaciona com o seu ambiente – seja ele outros sistemas sociais, seja sistemas biopsíquicos⁷.

Todavia, o que representa o maior avanço da teoria de Luhmann é o fato de que ele adiciona o conceito de autopoiese aos sistemas sociais, que significa que é o sistema, por suas próprias operações, que irá definir quais suas fronteiras com o ambiente. Trata-se de uma operação interna que cria a diferença elementar da teoria dos sistemas, gerando um fechamento

² Cf. MACIEL, 2019a.

³ LATOUR, 2012, pp. 273-274.

⁴ LUHMANN, 2016a, p. 29.

⁵ LUHMANN, 2016a, p. 33.

⁶ LUHMANN, 2016a, p. 17.

⁷ King e Thornhill demonstram de maneira bem didática a diferença sistema/ambiente em 2003, p. 5.

operacional, em que ele passa a ter total controle de seus procedimentos internos. Entretanto, ter esse fechamento não significa que o sistema é casualmente fechado (hermeticamente fechado), ele possui uma abertura cognitiva mínima para se relacionar com seu ambiente, mantendo sua independência, mas “trocando” elementos com o externo.

O desenvolvimento dos sistemas sociais também possui uma função evolutiva muito importante para a sociedade moderna, que é lidar com a complexidade e contingência – cada vez mais crescente. Para exemplificar, o Direito é um sistema que trabalha com diminuição da complexidade e, para Luhmann, ele tem como sua função a estabilização de expectativas⁸. “Estabilizar expectativas” nada mais é do que diminuir a complexidade (que para Luhmann é uma pressão seletiva, que é contingência, que é *risco*⁹), em um mundo que as possibilidades beiram ao infinito, os sistemas sociais – não só o direito – filtram e diminuem o leque de perspectivas internas, mas para diminuir essa complexidade externa, eles aumentam em sua complexidade interna.

Com isso, a sociedade se torna um grande cenário de redução de complexidade e de tornar o convívio mais previsível, de modo que não fiquemos rendidos ao hipercaos¹⁰ e à contingência de poder existir infinitas possibilidades. Um ponto importante é o modo como cada sistema lida com essa contingência e esse é um dos pontos principais dessa investigação. Um dos grandes pontos positivos de usar o arcabouço teórico de Luhmann é que ele reconhece a contingência como um ponto principal de sua teoria. Vivemos em um mundo que muda constantemente e cada vez mais rápido e os sistemas sociais nos ajudam a lidar com isso.

Estabelecida a diferença entre sistema e ambiente, e qual a função desses sistemas em nosso cotidiano, podemos passar para o ponto central que será utilizado nessa monografia: a ideia de contingência. Isto é, a possibilidade que as coisas podem ser do jeito que são, mas que também pode ser de maneiras diametralmente opostas.

A maneira como os sistemas se relacionam e se estimulam é um pilar do que será analisado aqui e, para isso, temos que desenvolver um pouco mais da ideia de contingência. O modo que as coisas se desenvolveram atualmente se deram por uma organização altamente improvável – aqui, não significa que as mudanças evolutivas podiam chegar a certo caminho, mas que esse caminho foi uma junção de fatores que, por si só, é difícil de acontecer. Podemos ir mais além, ter acontecido em uma escala global também não significa que as coisas estavam

⁸ LUHMANN, 2016b, pp. 172-173.

⁹ LUHMANN, 2016a, p. 43.

¹⁰ Cf. MEILLASSOUX, 2020; MACIEL, 2017 e 2019b.

teologicamente destinadas a acontecer dessa maneira, a contingência é uma instabilidade constante.

A escrita, por exemplo, é um grande divisor de águas nas sociedades humanas – não à toa estabelece a diferença entre a pré-história e a história. Ela aconteceu como um fenômeno global, mas de maneira particular em cada sociedade – talvez, as sociedades perceberam que cristalizar a fala fosse algo útil, mas o modo que se fez isso é diferente. Identicamente com os numerais, contabilizar as coisas foi se tornando importante, mas existiam vários modos de contagem diferentes em que não existia, por exemplo, o zero!

Ampliando um pouco o espectro, podemos perceber a mesma coisa com os sistemas sociais. Eles se desenvolveram em uma escala global como um meio das sociedades lidarem com toda a complexidade do mundo. Novamente, sempre bom frisar, as coisas aconteceram dessa maneira, mas poderiam ter acontecido de diversos outros modos.

Assim, nota-se que apesar de existir uma forma de organização sistêmica comum, elas poderiam ser radicalmente distintas e isso ocorre pela diferenciação entre código e programa. Essa distinção demonstra que, na teoria de Luhmann, está presente uma diferença entre forma e conteúdo, em que a mesma forma não obrigatoriamente engendra o mesmo tipo de conteúdo. Kant está como um dos que descrevem essa separação e, em oposição, está Hegel, que afirma que forma e conteúdo são logicamente indistintos¹¹.

Exemplificando, o Direito servia como modo de estabilizar as expectativas normativas (forma) em qualquer local, mas as expectativas da sociedade (conteúdo) poderiam ser das mais diferentes possíveis! Ou seja, existe um elemento geral aos sistemas sociais (no caso do Direito, essa estabilização geral das expectativas), mas aquilo que é selecionado pelo sistema para diminuir a complexidade pode ser bastante diferente. Talvez, esse seja uma das aplicações mais radicais possíveis do conceito de contingência, que não é tão aprofundado por Luhmann – em especial quando se trata de sua definição de sociedade mundial.

Essa ideia mais radical de contingência nos leva a um dos pontos que consideramos ser o menos desenvolvido pela teoria dos sistemas, a própria ideia de ambiente. Por se tratar de uma tese sobre sistemas, é plausível que a discussão sobre esse conceito seja secundária, mas para uma teoria pós-colonial, ele tem um peso importante. Inicialmente, como já falado, sistema é a diferença entre sistema e ambiente, então, invertendo a lógica, o ambiente é aquilo que o sistema não reconhece como parte de si.

¹¹ Sobre a distinção entre conteúdo e forma, cf. KANT, 2015; HEGEL, 1995; VESTING, 2015.

Um dos primeiros pontos que podemos apontar é que o ambiente é diferente conforme cada sistema. Isto é, o ambiente sob a ótica do Direito é diferente daquele sob a ótica da Política – e como diferença mais perceptível, o Direito é ambiente da Política e vice-versa. Outro ponto é que esse ambiente pode ser determinável, mas indeterminado. Determinável por se possível estabelecer quais outros sistemas fazem parte desse ambiente (outros sistemas sociais, mecânicos, biológicos, biopsíquicos), mas indeterminado, porque não se sabe a extensão desse ambiente, além dele poder ser modificado a qualquer momento.

Importante ressaltar é que as irritações não estão limitadas aos sistemas sociais, mas a quaisquer outros sistemas existentes. Com isso, não se quer dizer que Luhmann limitou as relações entre sistemas aos sociais, mas que, em sua própria análise, ele não dá a devida importância de como os sistemas biopsíquicos – em especial os seres humanos – podem ser fontes de grandes mudanças e de grande corrupção desses sistemas.

Assim, a contingência de fatores de um ambiente pode resultar em diversos modos para que o sistema passe a lidar com essa complexidade. Nesse ponto que podemos perceber como que um mesmo sistema lida com as interações sociais pode ser totalmente diferente. Aqui falo especificamente de **um mesmo sistema** e não de sistemas diferentes, ou seja, o Direito em cada localidade lida conforme o seu ambiente **local** para resolver questões **locais**.

Este é um ponto que pode ser visto como polêmico, visto que Luhmann nunca estabeleceu uma diferença entre o mesmo sistema, de modo que o Direito é Direito em qualquer lugar. Entretanto, ao ter uma noção radical de contingência e entender que os ambientes são diferentes, não se pode aceitar por completo a ideia de sistemas gerais/mundiais de Luhmann, que seriam o mesmo amálgama de forma-conteúdo. A regulação dessas expectativas é realizada com base na diferença de localidade, pois não há garantia, conforme ideia de contingência, de que uma mesma diferença será introduzida em outro lugar.

Ela está diretamente ligada a citada distinção entre forma e conteúdo que está presente na teoria luhmanniana, de modo que a *forma de direito* (estabelecer que algo é jurídico ou não – *Recht/Unrecht*) é diferente daquilo que é definido como *conteúdo de direito* (o que faz com que o direito de determinado local seja daquele local). Por exemplo, um local onde não tem perigo de ter tsunami, não desenvolve expectativa para lidar com esse fato ou não sofre pressão para estabilizar essas expectativas. Desse modo, nota-se que a forma pouco tem a dizer sobre o conteúdo, ela é uma abertura para seleção, visto que ela não define a expectativa, porém, a seleção se baseia no cruzamento desta forma.

Por isso, uma nova diferença deve ser estabelecida: sistemas como abstrações teórica e os sistemas em relação social. Como abstração teórica, as ideias de Luhmann podem continuar a existir, pois as suas descrições da função dos sistemas são abstratas o bastante de modo que é possível explicar o Direito no mundo todo sem inculcar normas em concreto (forma de direito). Desenvolvendo melhor a ideia, ao dizer que o Direito tem a função de estabilizar expectativas normativas, esse sistema é explicado em qualquer lugar do mundo, mas não se explica **como** ou **quais** expectativas a serem estabilizadas (conteúdo de direito).

Esse **como** e **quais** fazem parte dos sistemas em relação social, em que, a depender do ambiente, será completamente distinto. Quem melhor trabalha essa ideia de relações sociais em concreto é exatamente Bruno Latour, que está interessado em ver como os atores associam e quais redes de contato eles fazem.

A consequência principal dessa noção é a implosão da ideia de Sociedade Mundial como concebida por Luhmann, o que será objeto de análise do próximo ponto.

1.2. A Concretude do Ator-Rede de Bruno Latour

A intenção de Bruno Latour nos livros *Reagregando o Social* e *Investigação sobre os modos de existência* é fazer uma mudança na teoria sociológica moderna. Ele deseja combater aquilo que ele chama de “sociologia do social”, que, sempre ao explicar um fenômeno, põe a culpa em um aspecto abstrato que consegue explicar tudo ao mesmo tempo, e acaba por não explicar nada. Para sair desse quadro, Latour passa a pensar a sociologia como uma análise de associações¹² em sua Teoria do Ator-Rede (ANT – *Actor-Network Theory*).

Antes de começar a definir o que ele deseja estudar, ele vai estabelecer cinco fontes de incerteza, sendo elas: a natureza dos grupos; natureza das ações; natureza dos objetos; natureza dos fatos; e sobre os riscos¹³. Na primeira fonte, Latour vai discutir sobre a existência e formação de grupos. Ele inicialmente critica a visão da sociologia clássica em sempre procurar um grupo privilegiado para começar a análise social¹⁴, bem como é contrário a visão estática de formação de grupo¹⁵. Para ele, os grupos são definidos por meio de suas próprias associações e que, com isso, eles criam a própria fronteira daquilo que eles são e daquilo que eles não são

¹² LATOUR, 2012, p. 23.

¹³ LATOUR, 2012, p. 43.

¹⁴ LATOUR, 2012, p. 51.

¹⁵ LATOUR, 2012, p. 60.

– o ponto mais importante para ele é que a análise não deve ser de grupos, mas do agrupamento dos atores – onde a estabilidade é, na verdade, a exceção.

Para explicar melhor essas associações, ele introduz o conceito de dois tipos de *actante*: os intermediários e os mediadores. Os primeiros são condutores que não modificam a informação que eles transportam – em uma espécie de máquina trivial, em que a resposta a X sempre será Y). Já os últimos, eles são transmissores em que ao ser fazer um *input* não se sabe o *output*, pois a informação pode ser modificada de várias maneiras – há uma aproximação teórica com os sistemas em geral¹⁶. Para a teoria do Ator-Rede, a regra é uma maior presença de mediadores nas associações, enquanto os intermediadores serão a exceção¹⁷.

Quanto à segunda incerteza, Latour começa já afirmando que a ação é “transbordada” (o agir tem relação com objeto, com corpo, com sistema) e ela é uma espécie de nó no qual diversas funções estão aglomeradas¹⁸. Essa certeza abrange a ideia de “ator” na Teoria do Ator-Rede, em que, para ele, esse ator “não é a fonte de um ato e sim o alvo móvel de um amplo conjunto de entidades que enxameiam em sua direção”¹⁹. Para Latour, a ação não tem local – ou melhor, é “deslocada”, no termo utilizado por ele²⁰ – e pode representar vários tipos de condutas²¹. Esse ator é que vai representar a principal fonte de incerteza em referência à ação²². Uma das principais consequências disso que Latour classifica como ação e ator, é o fato de que o cientista social não sabe mais do que o próprio ator da ação. Não há mistério – ou algum “Social Maior” – ao ator falar que fez determinada ação por algum motivo, isto é, não há metalinguagem, ele está falando exatamente o que está fazendo²³.

Essa ação possui uma lista de características. A primeira delas é que ela faz parte de um relato, ela é falada, ela quem é responsável por alguma alteração – se não há relato, não há ação²⁴. A segunda característica é que ela possui alguma figuração, podendo ser anônima – ser uma forma bem definida – ou ter uma figura clara. Importante ressaltar que essa figura não é antropomórfica, nos termos do autor, ela é *ideomórfica*²⁵. A terceira é que os atores sempre

¹⁶ LATOUR, 2012, p. 65.

¹⁷ LATOUR, 2012, p. 67.

¹⁸ LATOUR, 2012, pp. 72-73.

¹⁹ LATOUR, 2012, p. 75

²⁰ LATOUR, 2012, p. 76.

²¹ “A ação é tomada de empréstimo, distribuída, sugerida, influenciada, dominada, traída, traduzida” (LATOUR, 2012, p. 76).

²² LATOUR, 2012, p. 76.

²³ LATOUR, 2012, p. 79.

²⁴ LATOUR, 2012, pp. 84-85.

²⁵ LATOUR, 2012, pp. 85-88.

criticarão outras ações, estabelecendo “fronteiras” para sua ação – em que fica claro aquilo que ele efetivamente quer fazer/faria e o que ele não quer fazer/não faria²⁶. Por fim, a quarta é que esses atores possuem teorias sobre a ação e os efeitos dela²⁷.

A terceira incerteza é a qual Latour diz que tem um maior impacto na sociologia do social que é a entrada de atores que sempre foram relegados a meros objetos²⁸. Com isso, a ação vai muito além de conexões humanas²⁹, envolvendo diversos outros fatores que sempre foram tidas como dependentes da ação humana. O agir possui uma relação mais ampla, já que se relaciona a objetos, corpos, sistemas e essas associações geram a possibilidade de conseguir lidar com complexidades maiores, bem como fazer um impacto em seus ambientes. Nesse ponto, Latour e Luhmann possuem uma aproximação importante, ambos colocam os humanos apenas como parte das ações possíveis e não os colocam como a origem de toda ação. Eles sabem que os indivíduos são necessários, mas eles não explicam a totalidade de uma faca cortando uma carne ou o sistema do Direito.

Já a quarta incerteza está relacionada as questões de fato e as questões de interesse. Enquanto o primeiro estaria mais relacionado a pontos das ciências naturais, o segundo se relacionaria com as chamadas “construções sociais”. Latour tenta demonstrar que, na realidade, essa diferença não existe, e que as questões de fato possuem interesses – *interesses* é em sentido amplo, não necessariamente humano: um íon tem interesse em igualar sua carga negativa e positiva. Quanto às questões de interesse, ele retira o elemento social abstrato e passa a analisar as associações ali presente. Essa incerteza é uma tentativa de evitar que incorramos na bifurcação da natureza³⁰ propagada no século XVI, que é a diferença entre o natural e o social, isto é, que existem coisas que só podem ser explicadas/vistas sob um ponto de vista “natural” e outras só podem ser explicados pelo “social”. Bruno Latour possui uma obra específica tratando sobre esse tema³¹, em que ele demonstra como a criação dessa distinção foi importante para a criação da ideia de modernidade. Este tema será retornado no decorrer da monografia.

Por fim, a quinta incerteza está diretamente relacionada às outras quatro. Ao introduzir todas elas na sociologia das associações, Latour mostra como é difícil escrever um relato sociológico. A análise das redes formada pelos atores (que podem ser vários – e nem têm de

²⁶ LATOUR, 2012, pp. 89-90.

²⁷ LATOUR, 2012, p. 90.

²⁸ LATOUR, 2012, p. 107.

²⁹ LATOUR, 2012, p. 113.

³⁰ Alfred N. Whitehead foi um dos primeiros a diagnosticar isso em *O Conceito de Natureza*.

³¹ Cf. LATOUR, 2013.

serem estritamente humanos), o que cada ator quer com esse agrupamento, tudo isso torna o exame por meio da ANT um caminho tortuoso, já que há um costume com as respostas “pré-prontas” da sociologia do social.

Após apresentar essas cinco incertezas, Bruno Latour monta as bases para realizar um trabalho sociológico por meio da Teoria do Ator-Rede. Isso é feito por meio de três movimentos: localizar o global; redistribuir o local; e os conectores³².

Inicialmente, o autor tenta desenvolver a ideia de temas “globais” e “locais”. Na ANT, a topografia sociológica é modificada: não se trabalha mais com essa ideia de micro e macro, ou, caso trabalhe, deve ser ter a ideia de que “o macro não está ‘acima’ nem ‘abaixo’ das interações, mas *unido* a elas como *outra* de suas conexões, alimentando-as e sendo por elas alimentado”³³.

A teoria do Ator-Rede passa a trabalhar com a noção de *oligópticos*, que tem a intenção de ver lugares reais – “pequenos” e pontuais –, mas bem localizados, que não ver tudo, mas que aquilo que observa, observa bem³⁴ e que, mesmo que abranja o globo, é um local específico que passa a impressão de rede global. Ele contrasta esse conceito com a ideia de *panorama*, que seria uma espécie de imagem que explica tudo de uma maneira “simples” e rápida, mas, como ele próprio diz³⁵, é somente uma imagem.

Indo então para a redistribuição do local, ele elabora uma lista negativa de quanto às interações. A primeira é que elas não são: isotópicas, sincrônicas, sinóticas, homogêneas nem isobáricas³⁶. Ou seja, as interações entre os atores são bem contingentes, são bem localizadas. Todavia, nem por isso há uma predominância do local, pois não há total autonomia ou total separação de outras redes. Nesse ponto, há paradoxo da antissociabilidade que aproxima a teoria do Latour com a Teoria dos Sistemas: quanto mais “social”, no sentido de associado, mais autônomo em relação às redes exteriores, ou seja, quanto mais coesa uma associação, mais “antissocial”, no sentido da sociologia do social, essa associação é. Com tudo isso o autor conclui:

Desse modo, no fim, localizar o global e redirecionar o local não parece muito difícil. Após alguns minutos de acomodação, o número de traços aumenta tanto que só um cego os ignoraria. Os lugares já não diferem em forma ou tamanho, apenas na direção do movimento para diante e para trás, bem como na *natureza*, como veremos, daquilo

³² LATOUR, 2012. A parte II da obra é o local em que Latour vai desenvolver sobre esses movimentos.

³³ LATOUR, 2012, p. 257.

³⁴ LATOUR, 2012, p. 262.

³⁵ LATOUR, 2012, p. 270-271.

³⁶ LATOUR, 2012, p. 289-292.

que é transportado: informação, vestígios, bens, planos, formatos, padrões, vínculos etc. Agora, difíceis de detectar no mapa são os lugares míticos do local e do global. Onde terão estado essas utopias encantadas?³⁷

Por fim, quanto aos conectores, Latour introduz o conceito de forma, que é “aquilo que permite a alguma coisa ser transportada de um lugar para o outro”³⁸. Dentro dessa forma há uma informação³⁹, algo está sendo transportado. Quanto uma informação que pode atuar tanto em âmbito global quanto local, essa forma é chamada de padrão – tal como o Sistema Internacional de Medidas, pois com esses padrões não há controvérsia quanto a determinada informação⁴⁰.

Com tudo isso, podemos tirar algumas conclusões quanto à Teoria do Ator-Rede sistematizada por Bruno Latour. A primeira dela é que o global e local se interconectam e formam grandes redes, com diversas conexões. A segunda é o fato de que as interações acontecem de modo bastante localizável e concreto – e que essas interações são contingentes, podem assumir diversas formas. Terceiro é que os atores podem ser dos mais diversos (humanos, animais, materiais orgânicos e inorgânicos, abstratos), praticando as mais diversas ações. Por fim, que nessas redes de ações ocorrem o transporte de informações – que em algum momento podem vir a se tornar um padrão.

A teoria social luhmanniana trabalha de modo não-antropocêntrico, tal como a ANT, além de ambas terem diversos participantes em sua interação social. Esse último também é um ponto comum entre ambos, que é a concepção de que as ações são contingentes e as coisas se modificam – até mesmo para se manterem – constantemente.

Desse modo, a teoria desenvolvida do Latour serve como uma grande aliada à teoria dos sistemas de Luhmann principalmente no seu ponto cego: a noção de ambiente. Com uma interação de ambas essas teorias, podemos chegar no ponto fulcral desse primeiro capítulo que é a ideia de que um ambiente é crucial para o desenvolvimento de um determinado sistema e que não existe uma Sociedade Mundial nos termos que Luhmann desenvolveu.

1.3. A Ideia de uma Sociedade Mundial

³⁷ LATOUR, 2012, p. 295.

³⁸ LATOUR, 2012, p. 320.

³⁹ LATOUR, 2012, p. 320.

⁴⁰ LATOUR, 2012, p. 326.

Niklas Luhmann desenvolve seu conceito de Sociedade Mundial em sua obra *Theory of Society*. Um dos principais pontos para que ele defenda a existência dessa sociedade se dá pelo fato da comunicação social: “a consequência de se definir sociedade como um sistema social abrangente é que só pode haver um único sistema da sociedade para toda as comunicações conectivas”⁴¹.

Para ele, três situações demonstram a essa mundialização da comunicação. A primeira tentativa era no próprio conceito de Deus como onipresente e onisciente⁴². A segunda, que enfraquece a primeira, é a “descoberta” do globo e a colonização como papel importante para o aumento do alcance da comunicação⁴³. A terceira e última é “adaptação da semântica do tempo para o esquema passado/futuro e, dentro desse esquema, a mudança de orientação primária do passado (identidade) para o futuro (contingência)”⁴⁴. Estabelecido essa ideia, pode ser citado o trecho em que ele deixa mais claro o conceito de sociedade mundial:

Tudo isso é conotado quando nos referimos à sociedade moderna como sociedade mundial. Por um lado, isso significa que somente pode haver uma sociedade na Terra e até mesmo em todo mundo acessível comunicativamente. Esse é o lado estrutural e operacional do conceito. Ao mesmo tempo, entretanto, a expressão “sociedade mundial” significa que todas as sociedades (incluindo, retrospectivamente, sociedades no sentido tradicional) constroem um mundo, resolvendo então o paradoxo do observador mundial⁴⁵.

Apesar de sua teoria ser sobre a existência de **uma** sociedade mundial, devido a existência de somente **uma** forma comunicação, Luhmann reconhece a existência de diferenças regionais. Todavia, essa diferença só é possível graças a unidade do sistema da sociedade⁴⁶ e só é explicável graças ao ponto de partida da diferença funcional⁴⁷. Para ele, a sociologia que foca muito nessas diferenças se deve ao fato de uma metodologia comparativa de focar em comparações em níveis regionais. Segundo ele, com essa metodologia, sempre haverá

⁴¹ LUHMANN, 2012, p. 83, tradução nossa: “the consequence of defining society as the comprehensive social system is that there can be only one system of society for all connective communication”.

⁴² LUHMANN, 2012, p. 85.

⁴³ LUHMANN, 2012, pp. 85-86.

⁴⁴ LUHMANN, 2012, p. 86, tradução nossa: “adaption of time semantics to the past/future schema and, within this schema, the shift in primary orientation from past (identity) to future (contingency)”

⁴⁵ LUHMANN, 2012, p. 90, tradução nossa: “All this is connoted when we refer to modern society as world society. On the one hand, this means that there can be only one society on earth and even in the entire communicatively accessible world. This is the structural and operational side of the concept. At the same time, however, the expression “world society” means that all societies (including, retrospectively, societies in traditional view) construct a world, thus resolving the paradox of the world observer.”

⁴⁶ LUHMANN, 2012, p. 93.

⁴⁷ LUHMANN, 2012, p. 94.

diferenças, ainda mais com o decurso do tempo. Todavia, caso o enfoque fosse em uma comparação história, percebe-se congruências no mundo inteiro⁴⁸. Eis, então, que ele chega no seu ponto mais radical para afirmar a existência da sociedade mundial, com o seguinte trecho:

A diferenciação funcional da sociedade também possui uma influência tão forte na sociedade mundial que não pode ser regionalmente boicotada nem mesmo pelos meios políticos e organizacionais mais drásticos. Isso foi demonstrado de forma mais conspícua pelo colapso do Império Soviético⁴⁹.

Com essa noção geral, é possível então partir para a crítica da noção de uma Sociedade Mundial desenvolvida por Luhmann. A primeira “crítica” é feita pelo próprio Luhmann, em decorrência dos apontamentos de Marcelo Neves na obra *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*⁵⁰. Nessa obra de Neves, ele demonstra, em análise do caso brasileiro, como os sistemas sociais não funcionam da maneira como deveriam, em especial o sistema do Direito, que é desdiferenciado para atender as demandas de sistemas como da Política e da Economia – sem contar na própria desdiferenciação criada pelos sistemas biopsíquicos. Nesse momento, há a introdução do binômio Inclusão/Exclusão como uma metadiferença para explicar essa diferença de acesso aos sistemas sociais, nas palavras do próprio autor:

O abundante material disponível sugere que, em algumas regiões do mundo, a variável inclusão/exclusão está prestes a assumir o papel de uma metadiferença e mediatizar os códigos dos sistemas funcionais. Se a distinção entre certo e errado vem a ter algum peso, e se é tratada de acordo com programas internos ao sistema do Direito, isso depende primariamente de uma filtragem prévia por inclusão/exclusão; e não apenas de que os excluídos estão também excluídos do Direito, mas também no sentido de que outros, especialmente, políticos, burocratas e a política, para não mencionar os militares, decidem à sua própria discrição se eles querem ou não cumprir a lei⁵¹.

⁴⁸ LUHMANN, 2012, p. 92.

⁴⁹ LUHMANN, 2012, p. 92, tradução nossa: “The functional differentiation of society also has so strong hold on world society that it cannot be regionally boycotted by even the most drastic of political and organization means. This has been demonstrated most conspicuously by the collapse of the Soviet Empire”.

⁵⁰ Cf. NEVES, 2018.

⁵¹ LUHMANN, 2013a, p. 25, tradução nossa: “The abundant material available suggests that in some regions of the world the inclusion-exclusion variable is about to take on the role of a metadifference and to mediatize the codes of functional systems. Whether the distinction between right and wrong comes to bear at all, and whether it is treated in accordance with programs internal to the legal system, then depends primarily on prior filtering by inclusion-exclusion; and not only in the sense that the excluded are also excluded from the law but also in the sense that others, especially politicians, bureaucracies, and the police, not to mention the military, decide at their own discretion whether they want to abide by the law or not.”

A introdução dessa metadiferença inclusão/exclusão antes do código dos sistemas sociais é uma espécie de reconhecimento do próprio Luhmann que existem “exceções” ao funcionamento correto desses sistemas. Esse ingresso já demonstra uma fragilidade na própria ideia de Sociedade Mundial, pois a comunicação e, por consequência, a sociedade, não são tão mundiais assim.

A identidade de somente uma comunicação é percebida pela presença dos mesmos sistemas sociais com os mesmos códigos binários de diferença entre sistema e ambiente. Isto é, o Direito como diferença entre Direito/Não-Direito tem uma presença global, assim como a Política com a distinção Governo/Oposição. Todavia, a metadiferença inclusão/exclusão demonstra que essa comunicação não é, como Luhmann faz parecer ser, tão global.

A comunicação será refratada a depender de sua localidade, pois o funcionamento daquela sociedade regional é muito diferente daquele da “sociedade mundial”. Quando Marcelo Neves demonstra que existem outros fatores que impedem a autopoiese do Direito e que este está sendo desdiferenciado para atender a demanda de outros sistemas, torna-se frágil a existência que há uma Sociedade Mundial que seguem os mesmos ditames.

Essa introdução da inclusão/exclusão como metadiferença tenta suprir esse problema que surge ao ficar demonstrado que a ideia de Sociedade Mundial nada mais é que uma ideia de Sociedade Euro-Estadunidense. A comunicação não é a mesma, ela se refrata quando entra em outras localidades, as diferenças regionais fazem muito mais diferença do que Luhmann achava, pois, é indutivo achar que há uma Sociedade Mundial quando se analisa que o Direito no mundo inteiro é estabilização de expectativas normativas, mas a questão que importa ao se fazer a diferença mundial/regional não é a **função** do sistema, mas sim **o que** ele está selecionando para ser expectativa normativa. A introdução dessa metadiferença inclusão/exclusão é a tentativa do autor de remendar o conceito e permanecer defendendo uma Sociedade Mundial.

Isso leva a uma segunda crítica a esse conceito, diretamente relacionado à quando ele fala que o colapso da União Soviética é uma prova da força dessa sociedade⁵² em, como já citado, seu ponto mais radical do capítulo. O livro *Gesellschaft der Gesellschaft* foi finalizado em 1997, mas o autor reconhece que o tempo de trabalho para chegar nesse livro foi de mais de décadas. Acredito que, quanto à ideia de Sociedade Mundial, Luhmann é um grande produto da sua época – apesar de sempre ser uma expressão bastante clichê.

⁵² LUHMANN, 2012, p. 92.

Quando ele coloca que a dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas é uma demonstração de como a Sociedade Mundial não pode ser boicotada, ele entra na histeria, que ganha corpo desde a queda do muro de Berlim e tem seu ápice com o fim do bloco socialista europeu, da época de que o mundo agora virou um só, que houve o “fim da história”.

Quem melhor traz a análise dessa “histeria” é Bruno Latour quando fala sobre “O Miraculoso Ano de 1989”:

Todas as datas são convencionais, mas a de 1989 é um pouco menos convencional que as outras. A queda do Muro de Berlim simboliza, para todo os contemporâneos, a queda do socialismo. “Triunfo do liberalismo, do capitalismo, das democracias ocidentais sobre as vãs esperanças do marxismo”, este é o comunicado vitorioso daqueles que escaparam por um pouco do leninismo. [...] O Ocidente liberal não se contém de tanta alegria. Ele ganhou a guerra fria⁵³.

Com esse trecho, não venho afirmar que Luhmann seja um liberal ou que seja um antimarxista, apenas tento demonstrar como essa visão de que, a partir do “glorioso ano de 1989”, seremos somente *uma* Sociedade, globalizada, sem divisões internas, é uma interpretação comum ao analisar o social. O maior expoente dessa teoria foi o economista estadunidense Francis Fukuyama que, em seu livro *O Fim da História e o Último Homem*⁵⁴, afirma que com o fim dos autoritarismos, a sociedade estava caminhando para uma convergência ao liberalismo democrático.

Mesmo que de modo indireto, ao afirmar apenas a existência de uma sociedade mundial, há um endosso a um modelo e, no caso, trata-se do modelo euroestadunidense. Relacionando as duas críticas, durante muito tempo, esse era o modelo sistêmico, mas as críticas e análise sociológicas feitas por Marcelo Neves demonstram como há um “desbalanço” de funcionamento dos sistemas a depender da localidade.

A tese de que estaríamos no Fim da História foi algo muito compartilhado de maneira ideológica, porém, 30 anos depois dos acontecimentos que fechavam o Século XX, percebe-se que o mundo trilhou um caminho distinto. Ironicamente, os grandes exemplos dessa mudança de rota são os próprios países que faziam parte da Cortina de Ferro. Stephen Holmes e Ivan Krastev fazem uma análise de como anos depois países como a Polônia, Hungria perderam “fé” no modelo liberal e partiram para caminhos mais autoritários, rejeitando o ideal ocidental⁵⁵.

⁵³ LATOUR, 2013, pp. 13-14.

⁵⁴ Cf. FUKUYAMA, 1992. Fukuyama utiliza a dialética hegeliana para explicar que o capitalismo, por ter menos contradições que o comunismo, “venceu” a guerra fria e, a partir de então, seria o modelo a ser seguido.

⁵⁵ Cf. KRASTEVEV; HOIMES, 2020.

Essa ideia de unicidade, bem como de sua crítica, serão desenvolvidas de maneira mais profunda no Capítulo 4⁵⁶.

A outra crítica a ser feita advém de Bruno Latour e, com ela, já é possível partir para uma teoria que trabalhe com aspectos da Teoria dos Sistemas de Luhmann e da Teoria do Ator-Rede. Essa crítica pode ser resumida nesta frase: “Nenhum lugar predomina bastante para ser global, nem é suficientemente autônomo para ser local”⁵⁷.

A teoria de Luhmann não nega o local e ele fala que existe a diferença entre os locais do globo, mas, ao tratar da comunicação, ele o faz de maneira superlativa e termina por convergir tudo à mesma configuração devido ao aspecto mundial da comunicação. O fato é que, como Latour afirma⁵⁸, uma visão do global é míope, só vê uma parte, não há tanta profundidade, detalhamento ou cuidado.

Tomando novamente o sistema do Direito como exemplo, a função desse sistema é a de estabilizar expectativas normativas⁵⁹. Mundialmente falando, isso será um fenômeno observado em qualquer lugar do globo, seja no Brasil, seja na Alemanha, seja no Irã, seja na China. No entanto, o que esse enunciado abstrato nos informa sobre o Direito nesses países? Quase nada, pois não trata sobre as relações internas e específicas de cada uma dessas sociedades.

Esse é o ponto fulcral da fragilidade da noção de uma Sociedade Mundial, ela diz muito pouco, sua profundidade é pequena, pois, para ela ser global, ela acaba fazendo uma simplificação exagerada de sua própria teoria, perdendo artificialmente o próprio horizonte da complexidade de modo a se perder a própria ideia de complexidade. Para uma análise pós-colonial, essa unicidade não cabe, porque ela reduz a diferença a uma igualdade, algo que Luhmann tanto evitou em sua teoria, em uma espécie de inversão maligna, visto que o autor sempre focou na “metadiferença” e acaba fundamentando, como se fosse um postulado de harmonia⁶⁰, a existência de uma “metaidentidade” na sociedade mundial.

Essa análise mais universal permitida pela teoria dos sistemas de Luhmann deve ser modificada. A noção da existência de uma Sociedade Mundial deve ser extinta, visto que a existência de comunicação no aspecto mundial, pouco diz sobre essas comunicações. Como paralelo, é possível usar o exemplo químico da distinção entre carvão e diamante, ambos são

⁵⁶ Também sobre uma diferença entre a propaganda do que seria/é o mundo pós-Guerra Fria e o que ele realmente é cf. SANTOS, 2015.

⁵⁷ LATOUR, 2012, p. 294.

⁵⁸ LATOUR, 2012, p. 253-265.

⁵⁹ LUHMANN, 2016b, pp. 172-173.

⁶⁰ Cf. HARTMANN, 2020, §3.11

compostos por carbono, com a diferença que a formação do último ocorre devido a altíssimas pressões. Isto é, o ambiente e suas associações modificam a formação do mineral. Todavia, apesar de se rejeitar a noção de Sociedade Mundial, deve ser mantida a noção abstrata dos Sistemas Sociais, mas reconhecendo que essas estabilizações podem ser distintas. Para que isso seja realizado, no entanto, é necessário reconhecer que o ambiente tem um peso muito mais relevante do que ser meramente reduzido a um coadjuvante do sistema.

1.4. O Binômio Luhmann-Latour: de uma Sociedade Mundial para uma Sociedade Fragmentária

O ponto inicial para o desenvolvimento desse binômio é, exatamente, fazer como Latour: *Localizar o Global* e depois *Redistribuir o Local*. Para melhor desenvolvimento desse tópico, utilizarei um caso como exemplo e será uma comparação entre a Constituição da República Federativa do Brasil e a Constituição da República Islâmica do Irã⁶¹.

Como fenômeno global entre as duas é que a Constituição é que elas cumprem o mesmo papel de organização e estabelecer princípios à sua territorialidade, *ambas estabilizam expectativas normativas*. Isto é, independente do conteúdo constitucional, ambas cumprem a mesma função e, em específico, a função do Sistema do Direito. Esse é o ponto da teoria luhmanniana, o Direito como sistema possui aquela função e ela está presente em todo local que existe algum sistema jurídico.

Ao tratar de Sociedade Mundial e somente uma comunicação, entendo que Luhmann se refira a esse fenômeno altamente global e abstrato de que, por exemplo, o Direito cumpre uma mesma função independentemente de sua localidade, ou seja, no Brasil, no Irã, na China, nos Estados Unidos da América, o direito irá sempre cumprir a mesma função. Isso é bastante revolucionário, pois a teoria dos sistemas não estabelece uma forma pré-definida do que deve ser o sistema, não estabelece uma lista de pontos a ser seguido para você possuir aquele sistema.

O Direito é estabelecido como a diferença entre o próprio Sistema do Direito e o ambiente; ele possui sua função específica; o sistema necessita ser autopoietico, até para estabelecer os dois citados critérios. Entretanto, partir disso para a existência de uma Sociedade Mundial e uma única comunicação é um passo um tanto quanto longo.

⁶¹ Para efetuar essa comparação, foi utilizado o site: <https://www.constituteproject.org>.

A Teoria dos Sistemas de Luhmann consegue desenvolver um conceito universal, sistemas são globais e são tão abstratos que sua aplicação, de fato, é mundial, mas um mundial totalmente diferente daquele teorizado pelo autor. Todavia, isso não consegue ver muito mais do que aspectos abstratos dos sistemas, de modo que não é possível compreender como ocorre essa relação dentro de Sistemas específicos. É exatamente nesse ponto cego da teoria luhmanniana que a teoria de Bruno Latour é de tanta importância, visto sua preocupação concreta com as associações locais.

A teoria do ator-rede consegue preencher um ponto crucial da teoria dos sistemas, que é a importância do ambiente. Na Teoria dos Sistemas, a ideia de ambiente é praticamente desconsiderada, haja vista que ele é algo que está do lado de fora da forma do sistema, fruto dessa desconsideração que a ideia de Sociedade Mundial emerge facilmente. Contudo, ao considerar o ambiente como ponto importante para o estabelecimento dos sistemas, é possível concluir para uma fragmentação maior da sociedade.

Diferente de Niklas Luhmann, a teoria de Latour possui um enfoque muito maior com as relações e redes criadas pelo *local*. Desse modo, o Direito como *global* é uma estabilização de expectativas normativas, mas o Direito como *local* é aquilo que é estabilizado e quais relações que esse sistema mantém com diversos outros sistemas. Pela sua dificuldade de trabalhar com o local, a teoria dos sistemas encontra impasses quando, por exemplo, Marcelo Neves demonstra que, no Brasil, o Sistema do Direito não funciona tal como Niklas Luhmann imaginava; tampouco, não é possível entender os golpes ocorridos na América Latina a partir de 1950, pois havia outra Sociedade desdiferenciando o Direito e a Política locais.

E, no caso, a solução do problema não se dá para introdução do binômio inclusão/exclusão⁶², mas sim pela ideia de que *locais* (ou ambientes) diferentes resultam em produtos sistêmicos específicos. Cada sociedade específica terá atores distintos, pesos diferentes para cada ator, as redes são diferentes e isso gerará as maiores diferenças entre os sistemas – não se limitando ao direito. Com essa ideia assentada, voltemos à comparação entre as Constituições do Brasil e do Irã.

No Brasil, desde a Proclamação da República, houve a secularização do Estado, em que é garantida a liberdade de crença e, na Constituição Federal de 1988, essa liberdade pelo artigo 5º, VI; bem como há a vedação dos Entes Federativos estabelecerem religiões – art. 19, I. No

⁶² LUHMANN, 2013a, p. 25.

caso iraniano, o artigo 12 da Constituição que estabelece uma religião oficial ao Estado – apesar disso, há a garantia de liberdade a minorias religiosas previstas no art. 13.

No Irã, existe essa previsão legal por conta da Revolução Iraniana ocorrida na década de 1970, que resultou na criação de uma república islâmica. Nesse ponto, o capítulo VIII da Constituição Iraniana prevê a escolha de um Líder, cujo um dos critérios é religioso. Pensar isso no contexto brasileiro é algo inimaginável, mas no momento de criação da República Islâmica do Irã, ele tinha sentido.

O ambiente faz uma grande diferença ao tomar decisões, em especial, quando se trata do Sistema do Direito que trabalha com o que a sociedade espera. As redes formadas são completamente distintas e, com isso, a solução de “problemas” ocorrem de maneiras distintas, de modo que, para a manutenção da autopoiese dos sistemas, novas redes e atores vão emergindo e com soluções criativas e diferentes.

No Brasil, por exemplo, após a Revolução de 1930, houve a criação de uma Justiça Eleitoral como árbitro das eleições, em uma tentativa de remediar as fraudes que eram tão comuns na Primeira República, bem como houve a criação de uma Justiça Trabalhista para lidar com causas envolvendo relações laborais. Essas soluções são meios de o sistema lutar pela sua autopoiese – no caso da Justiça Eleitoral, tanto o Sistema do Direito como da Política, essa diferença comunicativa é completamente regional e depende das associações que são praticadas em um âmbito muito mais restrito, que uma análise pura pela teoria dos sistemas não consegue chegar.

A Teoria da Sociedade Mundial – e sua tese convergente – e da somente uma comunicação limitam-se a um aspecto muito abstrato da análise dos sistemas. Sociedades tentam desdiferenciar umas às outras, Sistemas reagem de maneiras diferentes aos acontecimentos locais, pois não há como ter somente **uma** resposta, **um** conteúdo a própria (hiper)complexidade não permite isso como regra.

Com a teoria de Latour é possível dar um passo a mais e entender duas coisas: (i) no âmbito regional, Sistemas possuem suas próprias redes e associações, de modo que os problemas e soluções tendem a ser diferentes – isso também se aplica no plano das sociedades; (ii) em consequência disso, o ambiente possui um papel muito mais importante na busca por autopoiese dos sistemas, pois basear-se em um modelo abstrato sem qualquer concretude na realidade fática é permitir a desdiferenciação como regra. Definido esses pressupostos teóricos é possível ir para a análise entre Constituição e Constitucionalismo.

2. A Ideia de Constituição

Inicialmente, para que haja a definição do ponto de partida do conceito de Constituição que será utilizado no presente trabalho, serão apresentadas alguma das teorias sobre tal documento para que seja estabelecido o marco teórico. A ideia sobre o que é uma constituição varia a depender dos autores. De certo modo, a maioria deles admite esse conceito como algo jurídico, mas que sofre uma grande influência política. O quão será essa influência política é o que se modifica nas teorias para alguns autores. Para uns, seria meramente política, enquanto, para outros, seria um documento eminentemente jurídico.

A estabilização do conceito de Constituição é necessária para se estabelecer se existe alguma diferença entre Constituição e Constitucionalismo. Para isso, serão apresentadas as teorias desenvolvidas após as Revoluções Estadunidense e Francesa em 1776 e 1789, respectivamente¹, realizadas por Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*; Niklas Luhmann, em *Direito da Sociedade*; Ferdinand Lassalle, em *A Essência da Constituição*; Konrad Hesse, em *A Força Normativa da Constituição*; Hermann Heller, em *Teoria do Estado*; e, por fim, Carl Schmitt, em *Constitutional Theory (Verfassungslehre)*.

Com base na análise de todas essas teorias apresentadas, será definido o conceito base de Constituição do presente trabalho, o qual servirá para os pressupostos para uma diferenciação entre Constituição e Constitucionalismo. Dentre algum dos pressupostos mais importantes e já apresentados no Primeiro Capítulo são os de que (i) deve haver uma separação entre Direito e Política; e, mais importante ainda, (ii) o conceito de Constituição deve reforçar a autopoiese do Direito e não abrir margem para sua desdiferenciação.

2.1. A Constituição na Teoria Pura do Direito Kelseniana

Para compreender o conceito de Constituição de Kelsen, é necessário situar qual o objetivo dele ao escrever sua principal obra, a *Teoria Pura do Direito*. Em suas próprias palavras, ele define que:

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste

¹ O marco temporal utilizado é o definido por Dieter Grimm em *Constitutionalism: Past, Present and Future*, em que cita que essas revoluções introduziram um novo significado para a palavra “Constituição”, GRIMM, 2016, pp. 3-6.

conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito².

Desse modo, Kelsen deseja uma teoria do Direito para o Direito, sem justificativas “externas”, algo que parece antecipar, de certa forma a teoria da autopoiese do direito de Luhmann³. Essa tentativa de “purismo” no Direito tem como consequência a separação daquilo que Kelsen entende como Direito⁴ como aquilo que seria uma espécie de “dever-ser” do próprio Direito, isto é, aquilo que deveria ser o Direito – com base em uma justificativa moral ou jusnaturalista. Essa posição fica bem exposta ao definir que Direito e Justiça não tem uma relação de necessidade e que depende de um ponto de vista⁵.

Kelsen também estabelece que deve haver uma diferença entre Direito e Moral⁶, haja vista que não existe um valor absoluto de moral, mas sim valores relativos. Isso, entretanto, não significa que não haja pontos de convergência, mas que “a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral”⁷. Assim, o processo de postura das leis morais e o processo jurídico legiferante operam sem determinações mútuas restritivas, mas aquelas somente têm função jurídicas, quando são positivadas (isso é notável, por exemplo, em proibições do Direito Penal, como o aborto).

Ele reforça que a *Teoria Pura do Direito* não segue determinada ideologia, pois analisa o Direito como norma positiva, posta. Kelsen veda qualquer justificção externa e tem uma opinião veemente em separá-lo de temas externos. Este trecho consegue resumir o objetivo principal de sua teoria:

Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência anti-ideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito “ideal” ou “justo”. Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se a valorar o Direito positivo⁸.

² KELSEN, 2009, p. 1

³ Em visão similar, cf. MACIEL, 2015.

⁴ “Na verdade, o Direito, que constitui objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (KELSEN, 2009, p. 5)

⁵ KELSEN, 2009, p. 55.

⁶ KELSEN, 2009, pp. 75-76.

⁷ KELSEN, 2009, p. 76.

⁸ KELSEN, 2009, p. 118.

Essa característica kelseniana do direito gera consequência a conceitos tão basilares na teoria constitucional moderna, em especial, na sua visão de Estado de Direito. Para ele, a tentativa de justificar o Estado como um Estado de Direito é uma espécie de pleonismo, pois todo Estado é um Estado de Direito⁹. O Estado de Direito não é necessariamente democrático, ele pode ser autocrático, qualquer suposição de uma ordem jurídica “verdadeira”, segundo Kelsen, “é um preconceito jusnaturalista”¹⁰.

Tendo situado a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, é possível partir para o seu conceito de Constituição. Ele esse conceito em dois: Constituição em sentido material e em sentido formal. O primeiro significa “a norma positiva ou normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”¹¹. A segunda significa um documento que se chama Constituição, que além de conter a regulação da produção de normas, possui outras normas que são politicamente relevantes e um método de se modificar a constituição, muitas vezes distinto do processo legiferante ordinário¹².

A Constituição kelseniana está no topo do ordenamento e valida as normas inferiores – leis e decretos, por exemplo – bem como estabelece todo o funcionamento do ordenamento jurídico, quais suas fontes, órgãos, funções desses órgãos. Além disso, Kelsen não se atém à Constituição no sentido de norma escrita e codificada, mas também admite a possibilidade de advir do costume¹³. Ademais, a Constituição pode estabelecer o conteúdo de novas normas, seja no sentido exclusivo – como não poder ferir direitos fundamentais – seja no sentido positivos – deve haver uma regulação em determinada maneira¹⁴.

Desse modo, percebe-se que a teoria kelseniana da Constituição é uma forma sofisticada e estável que admite flexibilidade de conteúdo. Ela não tem uma fórmula que deve ser seguida para ser considerada uma Constituição, sendo a única necessidade a de ser instaurada por processo legiferante previamente válido ou conquistado através de revoluções ou guerra civis que se fazem globalmente eficazes. O “politicamente relevante” acaba retirando toda a necessidade de conteúdos *a priori* das Constituições, se relacionando a independência de consonância ou não de valores morais relativos.

⁹ KELSEN, 2009, p. 353.

¹⁰ KELSEN, 2009, p. 353.

¹¹ KELSEN, 2009, p. 247.

¹² KELSEN, 2009, p. 247.

¹³ KELSEN, 2009, pp. 247-249.

¹⁴ KELSEN, 2009, p. 249.

Ademais, sua visão é bastante realista – como ele próprio afirma que deseja descrever o Direito. Constituição não é necessariamente um documento democrático ou que tem uma relação de necessidade com proteção de direitos fundamentais, Constituição é uma norma que regula a produção de outras normas.

Apesar de ele ter se referido ao “preconceito jusnaturalista” ao tratar sobre Estado e Estado de Direito, essa relação pode ser transferida à ideia de Constituição. Governos autocráticos podem ter Constituições válidas, mesmo que não sigam parâmetros do “dever-ser” do Direito de certos grupos, pois sua validade é obtida a partir da interação com seu sucesso e força normativa de estabilizar expectativas normativas, ressonâncias e irritações eventuais advindas do ambiente.

Uma eventual discussão sobre o valor dessa constituição deve ser transferida para outra esfera. Na teoria kelseniana, não pode existir, por uma decorrência lógica, uma constituição contra Direito, porque ela não poderia ser justificada por fatores externos. Caso haja essa justificação, o Direito não está sendo Direito, mas Política, Economia ou Religião. Desse modo, em governos autoritários e ditatoriais é possível existir uma constituição, mas ela não é propriamente Direito, é a dominação efetuada por outro sistema em um simulacro jurídico.

2.2. A Constituição como acoplamento entre Direito e Política na Teoria dos Sistemas Luhmanniana

Niklas Luhmann define Constituição, para as sociedades modernas, como um acoplamento estrutural entre os sistemas do Direito e da Política, além de considerá-la com uma aquisição evolutiva¹⁵. Acoplamento estrutural, na teoria dos sistemas, é uma espécie de “ponte” entre o sistema e ambiente, em que “um sistema supõe determinada característica de seu ambiente, nele confiando estruturalmente”¹⁶. Entretanto, a abertura comunicativa criada por esses acoplamentos é bastante restritiva, em suas palavras: “o acoplamento estrutural significa que a linguagem exclui bastante a fim de incluir bem pouco”¹⁷.

Portanto, as formas de acoplamento estrutural são restritivas e criam uma comunicação entre sistema e ambiente sem que haja a desdiferenciação daquele¹⁸. O acoplamento estrutural

¹⁵ Cf. LUHMANN, 1990.

¹⁶ LUHMANN, 2016b, pp. 590-591.

¹⁷ LUHMANN, 2013b, p. 87, tradução nossa: “*structural coupling means that language excludes a lot in order to include very little*”.

¹⁸ LUHMANN, 2016b, p. 591 e pp. 596-597.

funciona como uma espécie de “facilitador” das irritações que o ambiente causa no sistema¹⁹, mas Luhmann sempre reforça que qualquer eventual mudança no sistema é feita pelo próprio sistema, apesar das irritações do ambiente²⁰. Desse modo, o sistema conecta-se com o ambiente sem ter que repetir complexidade dele²¹, o que sequer é possível, segundo o teorema da dupla contingência²².

Desse modo, a Constituição, na teoria luhmanniana, serviria exatamente como uma abertura comunicativa específica entre o Direito e a Política, que tem como finalidade apresentar soluções para problemas de ambos os sistemas. Luhmann afirma que a Constituição apresenta uma solução ao problema de autorreferência tanto do Direito como da Política²³. Para o Direito, ela seria uma lei fundamental²⁴ e, para a política, ela seria “um instrumento político no duplo sentido de política instrumental (modificadora de decisões) e de política simbólica (não modificadora de situações)²⁵. Nesse ponto, Christopher Thornhill, utilizando como base o artigo “A Constituição como Aquisição Evolutiva”, afirma que a solução desses problemas seria que “o direito adquire uma capacidade de explicar (e de positivizar) a si mesmo e às suas decisões como aplicação política; e a política adquire a capacidade de explicar (e de positivizar) a si mesma e às suas decisões como determinações jurídicas”²⁶.

No âmbito jurídico, a Constituição se propõe a fazer parte do Direito²⁷, bem como cria novos mecanismos no Direito, a saber: a introdução de uma nova diferença constitucional/inconstitucional²⁸, o estabelecimento daquilo que pode ou não ser legislação²⁹, o modo de sua alteração³⁰, além de que “ela própria prevê para ele uma legislação que será

¹⁹ LUHMANN, 2016b, pp. 592-596

²⁰ Toda mudança ocorrida em um sistema é feita pelo próprio sistema e não pelas das irritações causadas pelo ambiente em decorrência do fechamento operacional, cite-se: “*One of the consequences of operational closure is that the system has to rely on self-organization. A system’s own structure can be built up and changed **only through its own operation***” LUHMANN, 2012, p. 50, grifo nosso.

²¹ LUHMANN, 2012, p. 59.

²² LUHMANN, 2016a, 126 e ss.

²³ LUHMANN, 2016b, p. 641; LUHMANN, 1990, página da tradução: 19; LUHMANN, 1992, p. 1436.

²⁴ LUHMANN, 2016b, p. 641.

²⁵ LUHMANN, 2016b, pp. 641-642. Em referência ao instrumento de política simbólica da Constituição para o sistema Político, Luhmann reconhece que existem locais em que a Constituição somente tem uma função simbólica (LUHMANN, 2016b, p. 642). Ver também: NEVES, 2018 e NEVES, 2011.

²⁶ THORNHILL, 2010, p. 327, tradução nossa: “*law acquires the capacity to explain (and positivize) itself and its decisions as political enforced, and power acquires the capacity to explain (and positivize) itself and its decisions as legally determined*”.

²⁷ LUHMANN, 2016b, p. 634.

²⁸ LUHMANN, 2016b, pp. 636-637.

²⁹ LUHMANN, 2016b, pp. 634-636.

³⁰ LUHMANN, 2016b, p. 634.

negociada e juridicamente conformada no parlamento”³¹. Além disso, o ponto principal para a autopoiese do Direito é o fato de que a Constituição é quem substitui qualquer tipo fundamentação externa do direito e impossibilita que valores extrajurídicos tenham validade imediata³². Com isso, em suma, “a Constituição determina como e até que ponto o sistema jurídico pode aprender sem perder sua autonomia”³³.

Em referência à política, Neves define que, em um Estado de Direito, a Constituição reintroduz (*re-entry*) o código lícito/ilícito no sistema da Política como meio de “imunizar” a política de interesses estranhos³⁴, bem como para servir como um meio de controlar o poder³⁵. Ademais, ocorrerá uma transferência do local em que ocorrerá a discussão dos problemas, pois a Política, ao editar uma lei, transfere toda discussão política para uma discussão jurídica³⁶.

Assim, a Constituição, para Luhmann, antes de tudo, tem um significado prático muito importante, que é garantir uma maior independência tanto do Direito como da Política³⁷. Essa interdependência criada pelo acoplamento estrutural tem como consequência um mecanismo que evita que ambos os sistemas sejam desdiferenciados por outros. De maneira bem similar a Kelsen, Luhmann reconhece a Constituição como algo que tem um significado jurídico e político, sem que haja sobreposição entre eles. Entretanto, dentro do sistema do Direito, apesar de um significado político, somente é aceito o código Direito/Não-Direito.

2.3. A Constituição como Fatores Reais de Poder de Ferdinand Lassalle e os desenvolvimentos de Konrad Hesse e Hermann Heller

Na conferência, que posteriormente tornou-se a obra *A Essência da Constituição*, Ferdinand Lassalle deseja responder o que de fato é uma Constituição. Ele deseja uma resposta além da própria matéria de uma constituição ou além de uma resposta jurídica sobre o tema³⁸. Da maneira sintática, ele responde a essa pergunta afirmando que “Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: *a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação*”³⁹.

³¹ LUHMANN, 2016b, p. 635.

³² LUHMANN, 1990, página da tradução: 9; NEVES, 2012, p. 99; e NEVES, 2009, p. 59.

³³ NEVES, 2018, p. 69.

³⁴ NEVES, 2012, p. 101. Nesse mesmo ponto, Neves cita como mecanismo como o sistema eleitoral democrático dificulta a captura da política por interesses particulares (NEVES, 2018, pp. 101-106).

³⁵ NEVES, 2018, pp. 96-97

³⁶ LUHMANN, 2016b, pp. 568-569; e THORNHILL, 2010, p. 328.

³⁷ LUHMANN, 2016b, pp. 630-631.

³⁸ LASSALLE, 2001, pp. 5-6.

³⁹ LASSALLE, 2001, p. 17.

Para chegar a esse conceito, Lassalle afirma que no caso de uma situação em que não existisse mais leis na Prússia, isso não faria que fosse possível criar algo novo do zero, pois existiriam fatores que impediriam a mudança⁴⁰. Esses fatores que realmente comporiam a Constituição e, por isso, não seria possível, mesmo em uma situação de inexistência de legislação, a criação de uma nova ordem. Desse modo, o que realmente importa em uma constituição é essa representação de poder social, que adquire um formato escrito quando colocado em uma folha de papel⁴¹. Com base nisso, ele faz a distinção entre duas Constituições: a real (composta pelos fatores reais de poder) e a escrita (a famosa “folha de papel”)⁴².

Por consequência dessa divisão, a própria efetividade da Constituição depende da consonância com esses fatores reais de poder, de modo que, caso não haja correspondência, a Constituição não tem valor algum, não passando de uma folha⁴³. Essa conformidade não é um “dever-ser”, é uma necessidade, pois, como afirma Lassalle, “se esse divórcio existir, a constituição escrita está liquidada: não existe Deus nem força capaz de salvá-la”⁴⁴. Devido a esse realismo político constitucional, Lassalle, em sua conclusão, declara que “os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do *poder*”⁴⁵.

Dessarte, a Constituição de Ferdinand Lassalle não é jurídica, pois, nesse caso, trata-se somente de um pedaço de papel. Ela é exclusivamente a materialização de fenômenos sociais e, mais importante, do poder. Em decorrência dessa visão, o Direito é resumido ao espelhamento da sociedade e ao poder que a compõe. Essa conceituação política levou vários autores posteriores à Lassalle a tentarem moderar esse discurso, em especial, Konrad Hesse e Hermann Heller.

Hesse afirma que deve haver uma separação daquilo que Lassalle tratou nessa conferência e do sentido jurídico do Direito Constitucional. A análise política lassalliana é um estudo sócio-político de Constituição, mas que isso não exclui o estudo dessa matéria como ciência normativa⁴⁶. Para ele, caso se prove que existe uma força normativa da Constituição, a teoria lassalliana não teria fundamento⁴⁷ e, nessa tentativa de se demonstrar essa força, que Konrad Hesse escreve *A Força Normativa da Constituição*.

⁴⁰ LASSALLE, 2001, pp. 10-17.

⁴¹ LASSALLE, 2001, p. 17.

⁴² LASSALLE, 2001, p. 23.

⁴³ LASSALLE, 2001, pp. 33-36.

⁴⁴ LASSALLE, 2001, p. 39.

⁴⁵ LASSALLE, 2001, p. 40.

⁴⁶ HESSE, 1991, p. 11.

⁴⁷ HESSE, 1991, p. 11.

Para isso, ele parte da existência de uma relação entre a Constituição Jurídica e Real, na que devem ser considerados os limites e possibilidades da primeira, bem como os seus pressupostos de eficácia⁴⁸. Quanto à relação entre as constituições, Hesse defende o encontro de um meio termo entre a normatividade e a realidade fática, através do qual toda Lei Fundamental deve levar em consideração as condições sociais, históricas, econômicas daquela localidade, uma Constituição não poder estar descolada da realidade para ter eficácia⁴⁹.

Com isso, essas duas constituições possuem uma relação de coordenação, não há uma relação de dependência entre elas⁵⁰. Desse modo, a Constituição jurídica tem sua própria acepção e sua eficácia é um elemento autônomo e, para adquirir uma força normativa, é necessário a pretensão de eficácia⁵¹. A partir dessa constatação que Hesse irá analisar os limites e possibilidades da Constituição jurídica.

O primeiro ponto é exatamente a relação existente entre a Constituição e a realidade na qual ela está inserida, por conta disso, a eficácia depende de uma relação de proximidade da Lei Fundamental com os fatores sociais da época e local que foi criada⁵², naquilo que Hesse chama de “adaptação inteligente a uma dada realidade”⁵³. Todavia, sua força normativa não ocorre somente nessa adaptação. Outro meio de a Constituição ter essa força é quando ela impõe tarefas que são seguidas e quando “a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem”⁵⁴.

Hesse afirma que essa vontade tem origem em três vertentes: (i) na noção e na indispensabilidade de uma ordem normativa sólida, que combata arbítrios; (ii) que essa ordem vai além da legitimação dos fatos, visto que deve estar sempre no processo de legitimação; (iii) que não é possível a sua eficácia sem a vontade humana⁵⁵. Com isso, Konrad Hesse expõe que os pressupostos para a força normativa da Constituição são essa “vontade de Constituição”, uma simetria dela com seu tempo e sua sociedade e uma interpretação com a finalidade de consolidar e preservar a Lei Fundamental⁵⁶.

⁴⁸ HESSE, 1991, p. 13.

⁴⁹ HESSE, 1991, pp. 14-15.

⁵⁰ HESSE, 1991, p. 15.

⁵¹ HESSE, 1991, p. 16.

⁵² HESSE, 1991, pp. 16-18.

⁵³ HESSE, 1991, p. 19.

⁵⁴ HESSE, 1991, p. 19.

⁵⁵ HESSE, 1991, pp. 19-20.

⁵⁶ HESSE, 1991, pp. 20-22.

Assim, afirmando que a Constituição Jurídica também possui uma eficácia própria, Hesse tenta superar o realismo político constitucional de Lassalle. Ele reconhece que uma Constituição, para ter alguma força, deve possuir alguma simetria com os fatores reais de poder do local e da época, mas ela, por si só, já possui uma força separada da Constituição Real, de modo que não há nenhuma relação de submissão ou de hierarquia entre elas.

Tal como Konrad Hesse, Hermann Heller desenvolve sua teoria constitucional tendo em vista o problema de Ferdinand Lassalle de divisão entre Constituição Política x Constituição Jurídica. Para Heller, a Constituição política é feita com o balanço entre a normatividade (a norma jurídica propriamente dita) e a normalidade (fatores culturais e naturais da conduta)⁵⁷. Entretanto não há uma hierarquização completa entre esses dois fatores, mas uma espécie de complementação, já que o autor afirma que “a Constituição não-normada é só um conteúdo parcial da Constituição total. *A normalidade tem que ser sempre reforçada e completada pela normatividade*”⁵⁸.

Não obstante à importância da normatividade, ela também necessita da normalidade, visto que “a Constituição normada consiste em uma normalidade da conduta normada juridicamente”⁵⁹. Nesse ponto, Heller faz uma observação indispensável: a mera normalidade não é garantia de normatividade (nos casos de roubo ou homicídio, por exemplo), uma vez que essa conversão depende dos fatores culturais da sociedade⁶⁰. Com isso, ele afirma que é possível a Constituição real reconhecer uma normalidade sem norma, mas não é possível falar da validade normativa sem alguma normalidade⁶¹.

Assim, após estabelecer de modo mais claro a dinamicidade entre normalidade/normatividade, Heller descreverá a Constituição como “um todo em que aparecem complementando-se reciprocamente a normalidade e normatividade, assim como a normatividade jurídica e extrajurídica”⁶². Marcelo Neves nota que a Heller faz sua conceituação

⁵⁷ HELLER, 1968, pp. 296-298.

⁵⁸ HELLER, 1968, p. 298, grifo acrescido.

⁵⁹ HELLER, 1968, p. 298.

⁶⁰ HELLER, 1968, p. 298.

⁶¹ HELLER, 1968, p. 299. Como exemplo, as filas para organizar qualquer atendimento é uma normalidade não normada, tendo em vista que não existe previsão específica para existência de fila. Quanto a uma normatividade sem normalidade, é possível que a norma tenha fins meramente simbólicos, ver NEVES, 2011.

⁶² HELLER, 1968, pp. 300-301. Essa normatividade extrajurídica são os princípios do direito que melhor demonstram esses fatores socioculturais, que são expressos em noções como as de “bons costumes”, “boa fé” (HELLER, 1968, pp. 302-303).

de constituição como uma divisão entre parte/todo, em que a constituição normativa seria apenas uma parte da constituição total (que envolve a normalidade)⁶³.

2.4. O Conceito Decisionista de Constituição de Carl Schmitt

Em sua obra *Teoria da Constituição (Verfassungslehre)*, Carl Schmitt divide diversos conceitos de constituição, mas, desde o início, busca afirmar qual é o *de facto* conceito de Constituição. A divisão que Schmitt faz é, principalmente, entre um conceito absoluto e relativo de constituição. O primeiro seria uma unidade política⁶⁴ e segundo seria a norma constitucional individualmente considerada⁶⁵.

Aprofundando o primeiro desses conceitos, Schmitt divide a concepção absoluta de constituição na ideia de algum tipo de unidade⁶⁶ e na ideia de uma norma de normas⁶⁷. Dentro da noção de unidade, há uma subdivisão do conceito, em que pode ser entendido como: (i) as condições da unidade político-social em determinado estado, um princípio de unidade e ordem, a Constituição seria igual a unidade e a ordem, de modo que o Estado em si é a própria norma constitucional absoluta e, sem esse princípio, essa norma não existiria⁶⁸; (ii) um tipo especial de ordem político-social que seria, em termos práticos, tipos de supremacia e subordinação, nesse caso, Constituição está relacionado a escolha de uma forma de governo, que Schmitt não limita apenas à democracia, abrindo a possibilidade para aristocracias e monarquias⁶⁹; (iii) “o princípio da emergência dinâmica da unidade política, do processo de formação constantemente renovado e a emergência dessa unidade a partir de um poder e energia fundamentais ou, em última análise, eficazes”⁷⁰.

Quanto ao conceito absoluto de constituição como norma de normas, a Constituição é classificada como “algo normativo, um mero comando”⁷¹, mas que é a principal norma de um Estado, uma que todas as outras devem respeitar⁷². A validade dessa norma das normas ocorre

⁶³ NEVES, 2001, p. 63.

⁶⁴ SCHMITT, 2008a, p. 59.

⁶⁵ SCHMITT, 2008a, p. 67.

⁶⁶ SCHMITT, 2008a, p. 59.

⁶⁷ SCHMITT, 2008a, p. 62.

⁶⁸ SCHMITT, 2008a, pp. 59-60.

⁶⁹ SCHMITT, 2008a, p. 60.

⁷⁰ SCHMITT, 2008a, p. 61, tradução nossa: “*the principle of the dynamic emergence of political unity, of the process of constantly renewed formation and emergence of this unity from a fundamental or ultimately effective power and energy*”.

⁷¹ SCHMITT, 2008a, p. 62, tradução nossa: “*something normative, a mere ‘command’*”.

⁷² SCHMITT, 2008a, p. 62

porque deriva de um poder que permite a criação de uma constituição e é estabelecido conforme essa vontade⁷³. Por fim, Schmitt afirma que esse modelo é historicamente explicável, visto que muitas vezes correlacionam Constituição como uma codificação absoluta de todas as normas⁷⁴.

Carl Schmitt critica a concepção absoluta de Constituição como norma de normas. Para ele, a unidade e ordem ocorrem pela existência do estado e não por estatutos⁷⁵. Ele também afirma que o conceito de norma fundamental é algo impreciso⁷⁶. Nesse ponto, a teoria Schmittiana de Constituição possui uma contradição, pois se considerarmos a ideia de norma fundamental como imprecisa, é possível considerar a decisão de um povo como algo preciso ou unidade como algo claro? A crítica feita a esse conceito de Constituição é presente no conceito que o próprio autor considera “correto”, de modo que toda sua base teórica possui o mesmo “defeito”.

Para que haja o aprofundamento a essa crítica da teoria constitucional desenvolvida por Schmitt, é preciso retomar para o conceito relativo de Constituição. Nessa concepção, como já citado, considera-se a norma constitucional individual⁷⁷. Esse conceito relativo possui relação com a própria ideia de constituição em sentido formal, em que Schmitt afirma que há uma confusão entre Constituição (em sentido absoluto) e Norma Constitucional, além de correlacionar a própria noção de constituição formal a um documento escrito e que necessita de um quórum qualificado para sofrer alguma modificação⁷⁸.

Ao tratar do conceito relativo de Constituição, Schmitt diminui o valor desse conceito e deixa claro que uma norma constitucional só se mantém assim enquanto estiver protegida de votos para emenda no parlamento⁷⁹. Dessa forma, há duas “constituições” em uma só: a Constituição como decisão de um povo e as normas constitucionais, que possuem um valor menor que a primeira. A Constituição que realmente importa para Schmitt é aquela que é uma decisão, que não é uma norma constitucional⁸⁰. Carl Schmitt define esse conceito de Constituição a partir da concepção positiva desse documento, que ele trata como um ato de um poder constituinte⁸¹, eis a definição feita por Schmitt:

⁷³ SCHMITT, 2008a, p. 64.

⁷⁴ SCHMITT, 2008a, p. 65.

⁷⁵ SCHMITT, 2008a, p. 65.

⁷⁶ SCHMITT, 2008a, p. 65.

⁷⁷ SCHMITT, 2008a, p. 67.

⁷⁸ SCHMITT, 2008a, pp. 68-74.

⁷⁹ SCHMITT, 2008a, p. 73.

⁸⁰ SCHMITT, 2008a, p. 77-81.

⁸¹ SCHMITT, 2008a, p. 75.

II. *A Constituição como Decisão Política*. É necessário falar sobre a constituição como a unidade e, em virtude disso, aderir a um sentido absoluto de constituição. Ao mesmo tempo, a relatividade das *normas* constitucionais individuais não pode ser mal interpretada. A distinção entre constituição e direito constitucional, todavia, só é possível porque a essência de constituição não está contida em um estatuto ou em uma norma. Antes do estabelecimento de qualquer norma, há uma *decisão política* fundamental *por parte do portador do poder de criar uma constituição*. Em uma democracia, mais especificamente, essa decisão pelo povo; em uma monarquia genuína, é a decisão pelo monarca⁸².

Assim, Constituição para Schmitt é somente em seu conceito absoluto, que é uma decisão do soberano, seja ele o povo, seja ele o rei, seja ele um profeta, trata-se de uma unidade. Não fica claro qual é esse povo, quando será mesmo a decisão de um povo ou não, o quão homogêneo é esse povo, de modo que sua teoria é muito mais imprecisa do que a teoria kelseniana e permite muitas flexibilizações do Direito para interesses externos. Para ele, Direito é um mero detalhe, pois o que importa realmente é a unidade, a decisão de algum grupo, há um retoque da teoria desenvolvida por Lassalle, visto que permite muito mais maleabilidade por grupos políticos.

Entretanto, cabe evidenciar que Schmitt nota um fenômeno interessante no *Teoria da Constituição*: a existência do que ele chama de “Conceito Ideal de Constituição”. Ele afirma que, por questões políticas, cada grupo define qual é o conceito realmente genuíno de Constituição, em que, por exemplo, o conceito de liberdade para a burguesia é distinto daquele definido pelos socialistas⁸³. O conceito ideal de constituição seria aquele dominado pela visão burguesa de Estado de Direito (*Bourgeois Rechtsstaat*) de garantia de liberdades, divisão de poderes, constituição escrita⁸⁴.

Desse modo, Schmitt possui um conceito decisionista de Constituição, visto que ela advém da decisão de um povo em unidade. Esse conceito reduz o Direito a certos grupos sociais, à política, visto que o conceito de norma constitucional é depreciado pelo conceito absoluto. Sua teoria sofre da mesma crítica que ele faz às teorias que utilizam o conceito de norma fundamental, haja vista que ele se utiliza de um termo ainda mais impreciso para justificar uma dominação político-social do Direito.

⁸² SCHMITT, 2008a, p. 77, tradução nossa: II. *The Constitution as Political Decision*. It is necessary to speak of the constitution as a unity and, in this regard, to adhere to an absolute sense of the constitution. At the same time, the relativity of the individual constitutional *laws* may not be misconstrued. The distinction between constitution and constitutional law, however, is only possible because the essence of the constitution is not contained in a statute or in a norm. Prior to the establishment of any norm, there is a fundamental *political decision by the bearer of the constitution-making power*. In a democracy, more specifically, this is a decision by the people; in a genuine monarchy, it is a decision by the monarch.

⁸³ SCHMITT, 2008a, pp. 89-90.

⁸⁴ SCHMITT, 2008a, pp. 90-93.

2.5. O Conceito de Constituição que será utilizado no presente trabalho

Com a apresentação da ideia de constituição por todos esses autores, é possível fazer uma síntese de um ponto que é comum entre eles. Em todos eles, a Constituição é algo que circula entre o Direito, a Política e a Sociedade, de modo que a mudança ocorre no peso que cada autor confere a esses sistemas. Por exemplo, Kelsen concede um peso maior na noção de que a Constituição é um fenômeno eminentemente jurídico, mas sem desconsiderar o político e social. De um lado diametralmente oposto, Schmitt e Lassalle vão definir que Constituição é um documento político, seja advindo de uma decisão de um povo ou de acordo entre as elites, respectivamente. Desse modo, nota-se que existe uma gradação nas teorias constitucionais de uma teoria majoritariamente jurídica para outras majoritariamente políticas, em que vão estar os outros analisados nesse Capítulo.

Luhmann apresenta Constituição em ponto “fora” do Direito e da Política, mas que serve como uma ponte entre esses dois sistemas e de importância para os dois. Assim como Kelsen, Luhmann mantém uma independência do Direito frente a Sociedade e a Política, sem ignorar todas as relações entre esses sistemas. Ambas as teorias de Constituição necessitam de um Direito como um sistema autopoietico, que tenha total controle de suas operações.

Entretanto, a manutenção da autopoiese e da separação entre Direito e Política, não se repete nas ideias de Constituição para os outros autores. Lassalle resume Constituição a política e a sua parte “jurídica” é um mero papel. Apesar dos desenvolvimentos do esquema lassalliano entre Constituição Política x Constituição Jurídica realizados por Konrad Hesse e Hermann Heller, ambas teorias esbarram em um esquema um tanto quanto hierarquizado por Lassalle. A divisão entre dois tipos de constituições cria uma espécie de qual dessas duas constituições é preponderante ou mais importante. Hesse, por exemplo, admite que a Lei Fundamental necessita ter alguma relação com a realidade (tal como fazem Luhmann e Kelsen), mas que a face jurídica da Constituição, por si só, possui uma força normativa, sem depender diretamente de sua parte “real”. Heller, por sua vez, trabalha com essa distinção no equilíbrio entre normalidade (determinada por fatores culturais) e normatividade.

Ambos os autores tentam equalizar a Constituição Política e Jurídica e diminuir o radicalismo político de Lassalle, mas esbarram na divisão um tanto quanto artificial entre dois tipos de Constituição. Luhmann e Kelsen lidam melhor com essa “divisão”, em especial, por

juridicizar a Política e não politizar o Direito, enquanto Hesse e Heller tentam sempre justificar e dar validade ao Direito (e a Constituição) pelos fatores políticos e sociais.

Além disso, o conceito político de constituição de Lassalle implica em uma rede de poderes que não são absolutos, visto que necessitam entrar em um acordo para determinar aquilo que é o politicamente relevante, respeitando os privilégios e vontades de determinados grupos, haja vista que um grupo não “domina” completamente os outros.

Schmitt, vai além desse conceito lassalliano, afirma que o conceito absoluto se baseia na decisão do povo, de modo que se torna possível a exclusão de interesses de grupos desde que feito por outro “metagrupo”. Entretanto, ele possui uma visão muito aguçada de como Constituição é um conceito polissêmico e, muitas vezes, ideológico, desenvolvendo muito bem todas essas noções em função daquilo que ele define como a “verdadeira” Constituição. A teoria schmittiana possui uma diferença em comparação com as outras: a caracterização dele de Lei Fundamental se aproxima muito mais de uma ideia constituir, identificando-se mais com a ideia mais antiga de Constituição.

Desse modo, tal como presente na introdução do capítulo, o conceito de Constituição deve respeitar duas ideias: (i) a autopoiese do Direito e (ii) uma distinção clara e não hierárquica entre Direito e Política. Os autores que fazem isso de melhor maneira são Kelsen e Luhmann, de modo que serão a base da noção de Constituição utilizada no presente trabalho. Em específico, a teoria kelseniana será a principal, visto que a Constituição será essencialmente Direito – a distinção da teoria de Luhmann é que a Constituição para este é um acoplamento entre Direito e Política, de modo que não está em nenhum dos dois sistemas propriamente.

Entretanto, o ponto principal da teoria luhmanniana é a noção mais aprofundada das relações entre o Direito com os outros sistemas, além da própria ideia de autopoiese. Um dos pontos importantes dos desenvolvimentos por Heller e Hesse é a importância de a Constituição ter alguma proximidade com a sociedade que ela está imersa – esse é um tópico que a teoria dos sistemas sofre dificuldade devido à “Sociedade Mundial”.

Assim, a Constituição ela é um documento jurídico, que se relaciona com outros sistemas tais como a Política e a Economia, e com a própria sociedade onde ela foi criada. Não há um formato definido, não há uma prescrição daquilo que deve ser ou não uma Constituição, ela é apenas uma norma organizadora de normas, que contém outros fatores (aquilo considerado politicamente relevante). Desse modo, utilizando a teoria de Latour, a Constituição é uma relação entre o Direito [DRO], que tem a função de “garantir a continuidade das ações e dos

atores”⁸⁵ (similar ao “estabilizar expectativas normativas”), e Organização [ORG], que é “produção e seguimento dos *scripts*”⁸⁶, visto que a Constituição servirá como a norma que organiza as demais normas, de modo que elas devem seguir um caminho com base na norma fundamental.

Por fim, outro tópico que demanda atenção, é sobre uma necessidade de se ter ou não uma Constituição, algo que não é muito desenvolvido por esses autores. Para eles, Constituição é algo estabelecido e necessário dentro de cada contexto de sua teoria, sempre preservando a exceção dos países que não possuem constituições escritas. Todavia, Dieter Grimm faz uma observação importante sobre o surgimento da Constituição e sua própria contingência⁸⁷.

Nesse trabalho, Constituição não é uma necessidade, ela é somente um método organizacional do Direito em que sua existência é contingente. A Inglaterra é citada por Grimm como exemplo de um país em que a legitimidade não foi para Constituição, mas para o Parlamento⁸⁸. A própria experiência estadunidense foi bastante contingente, pois, ao invés de uma Constituição, poderia ter surgido uma monarquia, uma ditadura, tal como bem aponta Dieter Grimm⁸⁹. Estabelecido o paradigma que será utilizado de Constituição é possível agora tentar compreender o que é Constitucionalismo.

⁸⁵ LATOUR, 2019, n.p., Quadro 1.

⁸⁶ LATOUR, 2019, n.p., Quadro 1.

⁸⁷ GRIMM, 2016, p. 6.

⁸⁸ GRIMM, 2016, p. 6 e p. 57.

⁸⁹ GRIMM, 2016, p. 6.

3. O Conceito de Constitucionalismo

Estabelecido o conceito de constituição, é possível analisar aquilo que pode ser entendido como “Constitucionalismo”. Não há, especificamente, uma única obra que o define diretamente, apesar de ser tão comumente falado e escrito. Assim, a investigação deve se ater a certos princípios que são estabelecidos quando se fala de Constitucionalismo. Diversos são os autores que irão fornecer como resposta que ela é a limitação do poder político, um meio de lidar e controlar a arbitrariedade¹.

No entanto, isso não explica bem o que seria constitucionalismo, visto que o Direito, para ser autopoietico, necessita que seja contido o poder político, de modo a evitar a desdiferenciação do sistema. Apesar de parecer ser um conceito isento de valor ideológico, a noção de limitação do poder político advém dos desenvolvimentos da teoria liberal do Direito, que se tornou a mais difundida em todo ocidente.

Dessa forma, para entender a própria ideia de constitucionalismo é necessário fazer uma análise do desenvolvimento da teoria liberal do Direito, que será analisado nessa monografia a partir de John Locke em *Two Treatise of Government*; de Montesquieu em *O Espírito das Leis*; e de Friedrich Hayek em *The Constitution of Liberty*. Além desses autores, enquadrados na teoria liberal, será feita a análise dos *Federalist Papers*, em especial, os federalistas redigidos por James Madison e Alexander Hamilton.

Para além da teoria liberal, será analisado a crítica marxista à visão liberal de Direito, bem como sua perspectiva daquilo que deveria ser o sistema jurídico. Para isso, será analisado as obras: *O Estado e a Revolução* de Vladimir Lênin; *O Direito e Luta de Classes* de Petr Stucka; *Teoria Geral do Direito e Marxismo* de Evguiéni Pachukanis; *A origem da família, da propriedade privada e do Estado* de Friedrich Engels.

Por fim, será feita uma análise de obras que estão relacionadas à movimentos autoritários, bem como tiveram como finalidade criar uma solução jurídica para regimes autoritários. Os autores que serão analisados são Carl Schmitt, em *Constitutional Theory*, ante a sua participação e sustentação ao regime nazista, e Francisco Campos, em *O Estado Nacional*, por sua participação direta nos dois momentos autoritários do Brasil no século XX – o golpe varguista em 1937 e o golpe civil-militar de 1964.

¹ Cf. ELSTER, 2000; GRIMM, 2016; BARBER, 2018.

3.1. O Constitucionalismo Liberal: liberdade individual e proteção à propriedade

A análise do constitucionalismo liberal será iniciada com obra a *Two Treatise of Government* por John Locke. Locke é o autor que vai criar a base da teoria liberal que se desenvolverá a partir de suas fundações e, para entender essa obra, é necessário entender o contexto inglês do século XVII.

A Inglaterra, diferente do contexto continental europeu, não desenvolveu de maneira tão avançada o absolutismo monárquico e havia um parlamento com o qual o monarca governava. Nesse tipo de governo havia tensões e tentativas de centralização por parte dos Reis com reação dos barões contra essa concentração de poder. Até o fim da dinastia Tudor, com Elizabeth I, esse modelo manteve certa estabilidade, mas com a chegada da dinastia Stuart ao trono essas tensões aumentaram².

É no governo dessa dinastia que ocorrem as duas revoluções que iriam moldar o modelo político inglês: a Revolução Inglesa, que executou Carlos I e acabou, por um breve momento, a monarquia inglesa; e a Revolução Gloriosa, que estabelece a soberania do Parlamento³. Durante esse momento, Locke vai escrever seus *Two Treatise of Government* e, de certa forma, falar sobre esses dois momentos: a tentativa de centralização do poder por parte da dinastia Stuart e sobre a soberania do Parlamento. Em seu primeiro tratado, Locke vai analisar a obra de Robert Filmer, *Patriarcha*, que é um livro sobre a teoria do direito divino dos reis.

Nesse *First Treatise*⁴, Locke vai criticar e pôr em xeque essa teoria, estabelecendo a base de onde vai partir para o seu tratado mais importante, o *Segundo*. Neste, Locke irá analisar o poder político, que ele define como: “o direito de fazer leis com pena de morte e, conseqüentemente, todas as penalidades mais brandas; de regular e preservar a propriedade; e de empregar a força da Comunidade”⁵.

Como meio de tentativa de entender esse poder, ele cria a ideia de estado de natureza, em que todas as pessoas estariam naturalmente e seria um estado de liberdade de fazer o que bem desejar⁶. No entanto, neste estágio de liberdade, não se permite que as pessoas façam qualquer coisa, Locke cita que há uma vedação, por exemplo, a autodestruição ou de destruir

² Cf. PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008.

³ PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, pp. 59 e ss.

⁴ LOCKE, 2003, p. 7 e ss.

⁵ LOCKE, 2003, p. 101, tradução nossa: “I take to be a right of making laws with penalties of death, and consequently all less penalties, for the regulating and preserving of property, and of employing the force of the Community”.

⁶ LOCKE, 2003, p. 101.

criaturas que estejam em sua posse, de modo que ninguém está acima da lei⁷. Em contraposição a esse estado de liberdade, há também o estado de guerra, em que a inimizada e a destruição é sempre constante⁸. É por conta desse perigo contínuo que as pessoas limitam sua liberdade e se submetem a uma comunidade, na qual possui uma autoridade que eles podem recorrer⁹.

Após estabelecer a ideia de estado de natureza (de liberdade) e de estado de guerra, Locke apresenta o que pode ser considerado a base fundamental para o liberalismo: um direito natural à liberdade; o direito à propriedade e sua preservação; e a igualdade. Sobre a liberdade, Locke estabelece, com base no jusnaturalismo, que “a liberdade natural do homem é ser livre de qualquer poder superior da terra e não estar sobre a vontade ou autoridade legislativa do homem, mas de ter apenas a lei da natureza para seu governo”¹⁰. A limitação de sua liberdade somente pode ocorrer por um poder legislativo escolhido pela comunidade – e não por um domínio arbitrário¹¹.

Nesse ponto, denota-se pontos fulcrais da teoria liberal: o ser humano é livre para fazer suas decisões ou, como define Hayek, “determinar seu próprio destino”¹²; e o único órgão capaz de limitar a liberdade humana é aquele que é definido pela comunidade. Esse último tópico relaciona-se diretamente com o resultado da Revolução Gloriosa e a instituição da soberania do Parlamento¹³. Trazendo para um debate atual, percebe-se esse discurso em temas como o controle judicial das leis e até quanto é possível o Poder Judiciário avançar nessa análise.

Não obstante o legislativo escolhido pela comunidade seja soberano, Locke estabelece limites como: a proibição de ser um poder arbitrário, visto que ele é um poder conjunto da sociedade e não pode ser maior que ela¹⁴; vedação de governar por decretos arbitrários e uma obrigação em decidir os direitos dos cidadãos com base em leis promulgadas e por juízes¹⁵; impedimento de retirar a propriedade das pessoas sem o consentimento delas¹⁶. Caso esse poder

⁷ LOCKE, 2003, p. 102.

⁸ LOCKE, 2003, p. 107.

⁹ LOCKE, 2003, p. 109.

¹⁰ LOCKE, 2003, p. 109, tradução nossa: “The natural liberty of man is to be free from any superior power on earth, and not to be under the will or legislative authority of man, but to have only the law of nature for his rule”.

¹¹ LOCKE, 2003, pp. 110 e 141-142.

¹² HAYEK, 2011, p. 63.

¹³ LOCKE, 2003, p. 158: “This legislative is not only the supreme power of the commonwealth, but sacred and unalterable in the hands where the community have once placed it”; p. 166: “there can be but one supreme power, which is the legislative, to which all the rest are and must be subordinate”.

¹⁴ LOCKE, 2003, p. 159.

¹⁵ LOCKE, 2003, p. 160.

¹⁶ LOCKE, 2003, p. 161.

seja exercido além do estabelecido pelo direito, haverá uma tirania¹⁷, como bem colocado por Locke: “onde quer que a lei acabe, a tirania começa”¹⁸.

Quanto ao direito à propriedade, esta ocupa um lugar de grande importância na teoria de Locke, pois, para justificar a vedação a expropriação da propriedade, ela afirma que a preservação da propriedade é a finalidade do governo¹⁹. Essa parte fica um tanto quanto discreta dentro de sua obra, pois, em uma primeira vista, parece que a finalidade do governo é de proteger a liberdade e de conter o arbítrio. A definição desse objeto do Estado que vai ser a principal crítica marxista ao direito e ao governo, conforme se verá no ponto 3.2.

Desse modo, Locke vai estabelecer as fundações para o liberalismo, que podem ser resumidas em liberdade como um direito natural do homem; vedação do poder arbitrário e necessidade de sua justificação; e defesa do direito à propriedade. Vários autores posteriores a ele vão desenvolver essas fundações e cabe citar, por exemplo, Friedrich Hayek.

Em *The Constitution of Liberty*, Hayek faz uma análise sobre a liberdade e a coerção, tentando compreendê-los na sociedade. Diferentemente de Locke, liberdade, para o autor austríaco, não advém de um direito natural: ela é uma consequência da civilização, algo que surgiu e, posteriormente, suas vantagens foram reconhecidas²⁰. A liberdade é uma vantagem, pois ela abre possibilidade ao imprevisível e ao impensável, e isso que gerou o progresso das nações²¹, mas ela traz como consequência a obrigação de suportar as consequências das ações individuais²².

O contrário dessa liberdade de ser e decidir seu futuro é a *coerção*. Hayek a define da seguinte maneira: “a coerção ocorre quando a ação de um homem é feita para atender a vontade de outra pessoa, não para a sua finalidade, mas para a do outro”²³. A coerção limita o horizonte de escolha das pessoas, que ficam limitadas a alternativas já selecionadas previamente²⁴ e, portanto, limita o improvável. Uma preocupação já presente em Locke que se repete em Hayek é exatamente a questão do direito à propriedade e a vedação à sua expropriação, em que o autor

¹⁷ LOCKE, 2003, p. 188.

¹⁸ LOCKE, 2003, p. 189, tradução nossa: “Wherever law ends, tyranny begins”

¹⁹ LOCKE, 2003, p. 161.

²⁰ HAYEK, 2011, p. 107.

²¹ HAYEK, 2011, p. 81.

²² HAYEK, 2011, p. 133.

²³ HAYEK, 2011, p. 199, tradução nossa: “Coercion occurs when one man’s actions are made to serve another man’s will, not for his own but for the other’s purpose”.

²⁴ HAYEK, 2011, pp. 200-201

austríaco vai afirmar que o reconhecimento da propriedade é um meio de prevenção da coerção²⁵.

Mais especificamente sobre o Direito, Hayek fala sobre os conceitos de constitucionalismo, uma contribuição que ele atribui aos estadunidenses, e sobre a ideia de Estado de Direito. Sobre constitucionalismo, ele afirma que isso significa que todo poder será exercido com base em certos princípios e de que o poder não é um fato físico, mas algo que obriga as pessoas a obedecerem²⁶. Quanto ao estado de direito, ele o define desta maneira:

O primeiro ponto que deve ser enfatizado é que, porque o Estado de Direito significa um governo que nunca deve coagir um indivíduo, exceto quando aplicar uma regra conhecida, ele constitui uma limitação aos poderes de todo o governo, incluído os poderes do legislador. É uma doutrina relativa ao que a lei deve ser, relativa aos atributos gerais que as leis individuais devem possuir. Isto é importante porque hoje a concepção do Estado de Direito é muitas vezes confundida com a exigência de mera legalidade em toda ação governamental. O Estado de Direito, é claro, pressupõe a completa legalidade, mas isso não é o suficiente: se uma lei desse ao governo poder ilimitado para agir como ele quiser, todas suas ações seriam legais, mas certamente não estariam sob o Estado de Direito. O Estado de Direito, portanto, é também mais do que o constitucionalismo: exige que todas as leis estejam de acordo com certos princípios²⁷.

Ou seja, o Estado de Direito é uma ideia que vai limitar o poder coercitivo do Estado, que somente poderá atuar em casos pontuais, trata-se de uma limitação ao poder de legislar²⁸. Para ele, o Estado de Direito é uma espécie de meta-regra ou, nos termos de Hayek, “uma doutrina meta-legal, ou um ideal político”²⁹. Assim, em um Estado de Direito, somente haverá punição àquele que infringir uma norma, algo consagrado pelo princípio *nulla poena sine lege*³⁰. Outros princípios importantes para preservação da liberdade citados pelo autor é a regra ser conhecida e certas³¹ e de sua aplicação seja para todos³².

²⁵ HAYEK, 2011, p. 207.

²⁶ HAYEK, 2011, p. 269.

²⁷ HAYEK, 2011, p. 309-310, tradução nossa: “The first point that must be stressed is that, because the rule of law means that government must never coerce an individual except in the enforcement of a known rule, it constitutes a limitation on the powers of all government, including the powers of the legislature. It is a doctrine concerning what the law ought to be, concerning the general attributes that particular laws should possess. This is important because today the conception of the rule of law is sometimes confused with the requirement of mere legality in all government action. The rule of law, of course, presupposes complete legality, but this is not enough: if a law gave the government unlimited power to act as it pleased, all its actions would be legal, but it would certainly not be under the rule of law. The rule of law, therefore, is also more than constitutionalism: it requires that all laws conform to certain principles”.

²⁸ HAYEK, 2011, p. 310.

²⁹ HAYEK, 2011, p. 311, tradução nossa: “a meta-legal doctrine or a political idea”.

³⁰ HAYEK, 2011, p. 312.

³¹ HAYEK, 2011, pp. 315-316.

³² HAYEK, 2011, pp. 316-317.

Desse modo, percebe-se que Hayek aperfeiçoa a noção lockeana de evitar a tirania (que, para ele, seria a coerção), bem como o desenvolvimento de uma doutrina de liberdade individual como a possibilidade de o indivíduo poder fazer suas escolhas conforme deseje, sem a intervenção de terceiros. No entanto, apesar de tentar sair da ideia de liberdade como um direito natural, ele se prende a esse conceito como uma necessidade *a priori* de todo ser humano, algo que fica claro em sua crítica à Teoria Pura de Hans Kelsen, a quem ele vê como um totalitário por não seguir os pressupostos liberais³³.

A despeito de Locke diferenciar de passagem a existência de diferentes poderes, o autor que consolidou essa separação foi Montesquieu em *O Espírito das Leis*. O autor inglês previa a existência do legislativo como produtor de leis³⁴, um poder executivo separado para executar a legislação³⁵ e um poder chamado federativo (relacionado ao executivo, mas que Locke afirma que eles deveriam ser distintos), que estaria relacionado a matérias de Estado, como guerra, paz, alianças³⁶.

Montesquieu, analisando o caso inglês, cita a existência e a necessidade de três poderes separados para proteger a liberdade do cidadão³⁷. A noção de liberdade para o autor francês já está bastante próxima de o conceito contemporâneo, que ele define como “o direito de fazer tudo o que as leis permitem”³⁸.

A divisão de poderes de Montesquieu está entre o poder de legislar (criar, modificar e anular leis)³⁹; o poder de paz e guerra, de embaixadas (relacionado a matérias de Estado)⁴⁰; o poder de julgar crimes ou relações civis⁴¹. Para ele, quando há uma mistura desses poderes, há consequências negativas na liberdade do cidadão, de modo que eles devem ficar separados.

Por exemplo, quando uma mesma pessoa exerce o poder executivo e o poder legislativo, ele afirma que não há liberdade, “porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente”⁴². Caso o poder judiciário e o poder legislativo estejam juntos, “o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois

³³ HAYEK, 2011, pp. 347-349.

³⁴ LOCKE, 2003, p. 164.

³⁵ LOCKE, 2003, p. 164.

³⁶ LOCKE, 2003, p. 164-165.

³⁷ MONTESQUIEU, 1996, pp. 167-169.

³⁸ MONTESQUIEU, 1996, p. 166.

³⁹ MONTESQUIEU, 1996, p. 167.

⁴⁰ MONTESQUIEU, 1996, pp. 167-168.

⁴¹ MONTESQUIEU, 1996, p. 168;

⁴² MONTESQUIEU, 1996, p. 168.

o juiz seria legislador”⁴³. Por fim, se o poder judiciário estivesse nas mãos de quem detém o poder executivo, “o juiz poderia ter a força de um opressor”⁴⁴.

De maneira geral, esses autores estabelecem uma base para o que eles consideram um dever-ser do direito. O liberalismo requer do Estado e da Constituição a proteção da liberdade individual contra um governo opressor (muitas vezes baseado em um direito natural universal à liberdade); um direito de proteção à propriedade privada; uma necessidade de separação de poderes em um molde tradicional e estrito; e a supremacia do Poder Legislativo.

Todos esses princípios vão se desenvolvendo no âmbito da teoria liberal, mas cabe destacar um momento que eles foram discutidos de maneira simultânea para formar um país, que é o caso da independência dos Estados Unidos no Século XVIII. Os *Federalist Papers* foram escritos em um contexto de discussão sobre a promulgação de uma constituição no âmbito da União dos Estados e trata-se de um documento bem pragmático e experimentalista sobre criação de um país.

No entanto, esses princípios são aplicados não somente para utilizá-los, mas solucionar eventuais problemas e crises que poderiam acontecer no âmbito daquele país recém independente. Um dos primeiros ensaios dos federalistas a tratar sobre isso é o número 10, escrito por James Madison, que descreve sobre facções.

Madison vai definir facções como um grupo de cidadãos que estão unidos e atuam por algo comum seja por paixões, seja por interesses, seja contra os direitos de outros cidadãos⁴⁵. Ele cita que existem dois meios de controlar essas facções: ou removendo suas causas ou controlando seus efeitos⁴⁶. Como meio de remover as causas, Madison cita destruir a liberdade dos cidadãos ou fazer com que todos eles tenham as mesmas vontades, desejos e interesse, para ambos os casos, ele afirma que não é o meio de lidar com essas facções⁴⁷. Então, é necessário tentar controlar os efeitos dessas facções para preservar o bem público e os direitos individuais⁴⁸. Como primeiro exemplo, ele cita os casos que esses grupos são minoritários, esses efeitos são controlados pelo princípio republicano, que permite a maioria derrotar visões minoritárias⁴⁹. A verdadeira questão está, no entanto, quando essa facção é uma maioria e é nesse momento que

⁴³ MONTESQUIEU, 1996, p. 168.

⁴⁴ MONTESQUIEU, 1996, p. 168.

⁴⁵ HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, p. 49.

⁴⁶ HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, p. 49.

⁴⁷ HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, pp. 49-50.

⁴⁸ HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, p. 51.

⁴⁹ HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, p. 51.

ele faz uma diferença entre uma democracia, que há uma participação de mais cidadãos na esfera pública, e uma república, que há uma delegação para participar do governo⁵⁰.

Assim, para solucionar o problema das maiorias é necessário um modo republicano de governo, em que os representantes passam por um filtro, de modo que há uma tendência de serem escolhidos aqueles mais preocupados com o bem comum⁵¹. Todavia, ainda assim, é capaz que membros de facções influenciem eleições, bem como que eles elejam representantes, mas isso será em um escopo mais restrito, sem pôr em perigo o Estado⁵². Na prática, Madison expõe de maneira clara como uma União entre os Estados poderia evitar que facções ganhassem o poder. Caso fossem 13 estados separados, esses grupos teriam mais facilidades de tomar o poder de um país, mas por se tratar de uma União de diversos Estados, se houvesse essa tomada de poder, ela seria restrita a poucos locais, de modo que a União não sofreria de visões particularistas.

Desse modo, o sistema estadunidense teria sido desenhado para evitar que grupos particulares assumam o poder, de modo a evitar qualquer restrição de liberdade ao arbítrio contra os cidadãos. Isso também é visto na concepção do bicameralismo, de modo a equilibrar o poder dos Estados na União. O poder legislativo passa a ser dividido em uma câmara que o número de participantes é baseado na população dos Estados e em outra câmara que os membros são iguais para todos Estados⁵³.

Além disso, é criado um sistema de balanceamento de poderes de maneira mais complexa do que aquele definido por Montesquieu, distribuindo competências de maneira intrincadas⁵⁴. Um exemplo é o *impeachment*, que houve um debate sobre qual seria o melhor órgão o Senado ou a Suprema Corte e acabou sendo definido um meio termo: o julgamento seria feito pelo Senado, mas presidido pelo presidente da Suprema Corte⁵⁵.

Em resumo, o liberalismo vai estabelecer um dever-ser para o Direito e para o Estado, tal como citado: (i) proteção e valorização da liberdade individual; (ii) direito à propriedade e a necessidade de sua proteção; (iii) separação em três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário); (iv) supremacia do Poder Legislativo. Os EUA irão pôr em prática esses princípios, mas de uma maneira muito mais pragmática, como meio de solução dos problemas que eles

⁵⁰ HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, p. 52.

⁵¹ HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, p. 53.

⁵² HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, p. 53-55.

⁵³ HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, pp. 304-305; PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, p. 143

⁵⁴ PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, pp. 145-146.

⁵⁵ HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, pp. 320-325.

tinham à época, e não simplesmente pelo bem do princípio. Desse modo, o idealismo do liberalismo é limitado e, como traz Hayek, a própria ideia de supremacia do legislativo é limitado com a criação do controle judicial⁵⁶.

Cabe ressaltar que esses princípios estabelecidos pelo liberalismo são fundamentais no mundo ocidental para ajudar a estabelecer a autopoiese do Direito. A valorização da liberdade do indivíduo, a proibição da expropriação, a consagração do princípio de que só haverá punição se existir lei criam um freio para interferência do poder Político no Direito e faz com que as ações do Estado necessitem de previsão legislativa, bem como devem respeitar o cidadão. No entanto, apesar dessa importância, o liberalismo e a autopoiese do Direito seguem por caminhos distintos. O liberalismo cria uma universalização baseada no particularismo da Europa Ocidental e, em especial, da Inglaterra. Essa vertente teórica torna universal valores que não são compartilhados de maneira extensa por todas as sociedades, apesar de sua pretensão de universalidade. Esses valores, muitas vezes, entram em choque com sociedades não ocidentais ou com qualquer outro valor fora da visão liberal, criando uma hierarquização sobre o dever-ser e ser.

Como demonstrado nos Capítulos 1 e 2, sociedades possuem valores e expectativas distintas, essas expectativas ocorrem com base nas associações feitas naquele local. Assim, sua universalização é algo problemático. Além disso, o liberalismo cria um dever-ser para o Direito e para o Estado, bem como para própria Constituição, que deve seguir valores específicos para ser considerada constitucional. Todavia, não é possível a existência de um dever-ser constitucional além daquele estabelecido pela própria sociedade, pois Constituição não tem formato, nem conteúdo definidos, sendo uma norma organizadora de normas. Isso não significa, no entanto, que o liberalismo não possa ter valor constitucional, mas seu valor é limitado aos locais que correspondam a essa expectativa.

3.2. O Constitucionalismo Marxista: crítica ao modelo liberal e a ideia de Direito

O constitucionalismo (ou crítica) marxista surge, de certa forma, para contrapor o modelo ideal do direito liberal. O objetivo dessa vertente teórica é garantir o fim do Estado burguês para uma transição para o comunismo, em que não haveria mais o aparelho estatal⁵⁷.

⁵⁶ HAYEK, 2011, pp. 277-281.

⁵⁷ LÊNIN, 2017, pp. 115-117.

Compreender o elemento estatal é central para entender a visão de direito marxista e o porquê de se buscar o fim do Sistema do Direito.

Em sua obra *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, Engels faz uma linha de desenvolvimento da sociedade, desde pequenos grupos de coletores até o surgimento e consolidação da noção de Estado, com base na obra *Ancient Society* de Lewis Morgan. Inicialmente, nas sociedades humanas, não haveria essa distinção entre familiares e o casamento poderia ocorrer entre qualquer um dos membros da comunidade⁵⁸. O desenvolvimento da noção familiar ocorre exatamente na limitação do casamento em que, num primeiro estágio, limita a relação sexual entre pais e filhos⁵⁹, depois há uma limitação entre os irmãos⁶⁰, em decorrência dessas proibições, há a formação da família de um par⁶¹.

Até esse momento, a limitação das relações conjugais é a principal causa das mudanças familiares que ocorrem na sociedade, o que é modificado na transição da família de um par para a família monogâmica. Segundo Engels, a regra era o direito materno, em que o filho era da linhagem da mãe, herdando, aquilo que pertencia a *gens* materna⁶² e as propriedades eram de toda a família⁶³. Ocorre que, em determinado momento, certos bens passaram a ter propriedade específica de chefes da família e o homem passou a ocupar, cada vez mais, uma posição mais importante dentro do ambiente familiar. Com isso, há a derrocada do direito materno para um direito paterno, que rebaixa o papel da mulher na sociedade⁶⁴. Desse modo, essa transição ocorre pela inversão centralização da família na figura paterna, que possua filhos de seu sangue para que eles possam herdar seu patrimônio⁶⁵.

Todavia, o desenvolvimento da maneira familiar é acompanhado com outras evoluções dentro da organização da sociedade humana. Enquanto o comércio, anteriormente, era pontual e entre tribos, a domesticação animal cria uma mudança significativa, pois a troca passa a ser pessoal e não mais comunitária (visto que o gado era propriedade específica de uma pessoa); e os animais passam a ser a moeda de troca, o que gerou o desenvolvimento da mercadoria-dinheiro⁶⁶. Com os maiores desenvolvimentos na agricultura, pecuária e manufatura foram criadas necessidades de mão de obra, o que foi suprido com escravos advindos da guerra,

⁵⁸ ENGELS, 2019, pp. 37-44.

⁵⁹ ENGELS, 2019, pp. 44-45.

⁶⁰ ENGELS, 2019, p. 45.

⁶¹ ENGELS, 2019, pp. 51-53.

⁶² ENGELS, 2019, p. 59.

⁶³ ENGELS, 2019, p. 58.

⁶⁴ ENGELS, 2019, pp. 59-61.

⁶⁵ ENGELS, 2019, pp. 64-65.

⁶⁶ ENGELS, 2019, pp. 148-149.

criando uma primeira divisão de classes⁶⁷. Essas mudanças sociais ganham ainda mais força com a transição para a monogamia e imposição do direito paterno, que significou um ganho maior de importância para a família individual⁶⁸.

Novas clivagens vão surgindo, como a diferença entre ricos e pobres⁶⁹; as guerras se tornam frequentes⁷⁰ e há o surgimento de uma classe até então não existente, a de comerciantes. Se, anteriormente, as trocas ocorriam entre membros da cadeia produtiva, o mercador que coloca os produtores de uma lógica econômica e se torna um mediador entre os produtores, bem como auxiliam na criação do dinheiro como moeda, fora da noção produtiva⁷¹. O crescimento dos comerciantes, bem como o estabelecimento da propriedade privada alteram toda a lógica social e produtiva então existente (mais fixada na família e entre os produtores) e criam uma concentração de renda cada vez maior⁷². Como a sociedade então existente não tinha meios para lidar e conciliar com o antagonismo de ricos e pobres, surgiu o Estado para abafar esses conflitos entre essas classes⁷³. Esse é o ponto de partida das teorias marxistas subsequentes, o Estado surge em decorrência da luta de classes e está intrinsecamente ligado a ela⁷⁴.

Nesse texto, Engels estabelece as bases para teorias do direito marxista. Conforme foi descrito, a propriedade privada tem um papel relevante para o surgimento do Estado e é com base nisso que surge críticas a disposição do Direito atual. Stucka⁷⁵ é um dos primeiros autores que vão apresentar um conceito marxista de direito, bem como analisar sua função na sociedade. O autor utiliza o conceito que ele ajudou a redigir no Colégio do Comissariado do Povo para Justiça que é este: “O direito é um sistema (ou ordenamento) de relações sociais correspondentes aos interesses da classe dominante e tutelado pela força organizada desta classe”⁷⁶. Percebe-se que Stucka introduz as contradições presentes no Estado para dentro do Direito, que passa a ter a função de estabilizar a dominação de uma classe sobre a outra.

⁶⁷ ENGELS, 2019, pp. 149-150.

⁶⁸ ENGELS, 2019, pp. 150-151.

⁶⁹ ENGELS, 2019, p. 151.

⁷⁰ ENGELS, 2019, p. 152.

⁷¹ ENGELS, 2019, p. 153-154.

⁷² ENGELS, 2019, pp. 154-155.

⁷³ ENGELS, 2019, p. 156.

⁷⁴ STUCKA, 1988, pp. 51 e ss.; LENIN, 2017, pp. 27 e ss.; MASCARO, 2013, pp. 59 e ss.; PACHUKANIS, 2017, pp. 139 e ss.; VYSHINSKY, 1948, pp. 5 e ss.

⁷⁵ Nas traduções para o português, o nome desse autor aparece como Stucka, Stutchka ou Stučka, para uniformizar o texto, utilizarei a grafia “Stucka” por ser a presente na obra *Direito e Luta de Classes* da Editora Acadêmica.

⁷⁶ STUCKA, 1988, p. 16.

Como ressalta Mascaro⁷⁷, Stucka elabora uma visão geral de direito, mas é Pachukanis quem irá elaborar uma teoria do direito marxista mais aprofundada. Este autor faz uma crítica aos teóricos do direito que se preocupam em criar e estabelecer ideias abstratas de direito, afirmando que o direito deve ter uma preocupação de explicar aquilo que acontece⁷⁸. Cite-se o trecho que melhor exprime a crítica do autor:

Uma teoria geral do direito que não pretende explicar nada, que, de antemão, recusa a realidade factual, ou seja, a vida social, e lida com as normas, não se interessando nem por sua origem (uma questão metajurídica!) nem pela ligação que estabelecem com certos materiais de interesse, só pode, evidentemente, pretender o título de teoria no mesmo sentido usado, por exemplo, para se referir à teoria do jogo de xadrez. Tal teoria não tem nada a ver com ciência. Ela não se ocupa de examinar o direito, a forma jurídica como uma forma histórica, pois, em geral, não tem a intenção de pesquisar o que está acontecendo. Por isso, podemos dizer, usando uma expressão vulgar, que “desse mato não sai coelho”⁷⁹.

Desse modo, Pachukanis irá estabelecer as bases para sua teoria do direito que é a caracterização do “sujeito de direito” e da “relação jurídica”. Ele afirma que a transformação do homem para um sujeito de direito ocorre pela mesmos fatores que transformam mercadoria em uma quantidade de valor⁸⁰. Já sobre o segundo conceito, ele o define como “uma relação abstrata e unilateral; nessa unilateralidade, ela se revela não como resultado do trabalho racional da mente de um sujeito, mas como produto do desenvolvimento da sociedade”⁸¹. Percebe-se, então, que Pachukanis desenvolverá a ideia tanto de Engels quanto de Stucka ao estabelecer uma relação direta entre direito e economia, que ele, inclusive, acredita que essas categorias podem ser aplicadas à forma jurídica⁸².

Após apresentar esses dois conceitos, Pachukanis faz um aprofundamento deles em sua obra. Ele inicia procurando saber a relação entre a “relação jurídica” e a norma. Para o autor, relação de propriedade possui uma relação quase direta com a relação jurídica, como ele afirma “[a]ssim, por exemplo, a relação econômica de troca deve existir para que surja a relação jurídica de compra e venda”⁸³. Todo conceito jurídico advém de uma lógica econômica pré-existente, seguindo a lógica de estrutura e superestrutura⁸⁴.

⁷⁷ MASCARO, 2014, pp. 471-472.

⁷⁸ PACHUKANIS, 2017, pp. 67-71.

⁷⁹ PACHUKANIS, 2017, p. 71.

⁸⁰ PACHUKANIS, 2017, p. 83.

⁸¹ PACHUKANIS, 2017, p. 85.

⁸² PACHUKANIS, 2017, p. 85.

⁸³ PACHUKANIS, 2017, p. 103.

⁸⁴ PACHUKANIS, 2017, p. 106.

A lógica do sujeito de direito surge desse mesmo desenvolvimento econômico e dessas relações jurídicas, que passa a ser distinto da pessoa como sujeito concreto⁸⁵. A emergência da relação econômica e, por consequência, a relação jurídica demanda um sujeito que a opere⁸⁶, de modo que Pachukanis vincula o surgimento desse sujeito em decorrência da economia mercantil, em que ele passa a ser um sujeito associado a posse de propriedade e sua vontade está relacionado ao binômio adquirei-alienar⁸⁷. Assim, o autor associa o direito à economia, como se aquele tivesse uma relação de dependência com este⁸⁸.

Por conta dessa visão de Direito, os marxistas ortodoxos defendem o seu fim, até por sua relação com o Estado, que tem sua existência atrelada ao conflito de classes. Lênin afirma que esse processo de “definhamento” do Estado é uma necessidade para o comunismo, junto com o direito burguês⁸⁹. Assim, no marxismo, o constitucionalismo é algo transitório, algo que no processo de definhamento no Estado vai existir, mas para o proletário. Diferencia-se, desse modo, da ideia liberal de dever-ser constitucional, no marxismo, há um não-ser constitucional, visto que se cria uma relação entre direito e desigualdade.

As teorias marxistas possuem como partida de crítica a ideia de sociedade liberal existente intrinsecamente ligada a proteção e valorização da propriedade privada, que leva a autores como Stucka afirmarem que o Código Civil é a “Bíblia” da burguesia por dispor sobre a propriedade privada⁹⁰, bem como leva Mascaro propor a seguinte provocação:

Tratando de modo simbolístico, se os Estados do mundo rasgam as diretrizes da Constituição, que é a norma mais alta da hierarquia jurídica do direito positivo, não rasgam, no entanto, as diretrizes do Código Civil. O núcleo da forma-sujeito se mantém como razão estrutural de preservação da forma-mercadoria, o que é também a razão estrutural de preservação da própria forma política estatal⁹¹.

No entanto, por ocorrer uma fixação com as ideias de propriedade privada e sobre relações econômicas, o desenvolvimento da noção de Direito é limitado a uma lógica econômica, que diz muito pouco sobre o próprio Direito. A concepção jurídica marxista, por partir da noção liberal de sociedade e de normatividade, fica se limita a tentar explicar e resolver as problemáticas de uma determinada sociedade de determinado período histórico. De fato, as

⁸⁵ PACHUKANIS, 2017, p. 122.

⁸⁶ PACHUKANIS, 2017, pp. 124-125.

⁸⁷ PACHUKANIS, 2017, p. 127.

⁸⁸ PACHUKANIS, 2017, p. 125.

⁸⁹ LÊNIN, 2017, pp. 116-117 e pp. 119-120.

⁹⁰ STUCKA, 1988, p. 13.

⁹¹ MASCARO, 2013, p. 43.

críticas marxistas sobre as relações econômicas demonstram uma faceta do Direito liberal de ultravalorização da autonomia da vontade e mínima intervenção estatal nas relações jurídicas, mas essas críticas já vinham surgindo com a ideia, por exemplo, de limitação da propriedade privada⁹².

A economização do Direito pelos marxistas impede que a análise sobre a estrutura jurídica ocorra de maneira autopoiética. A conclusão de Pachukanis de que a relação econômica de troca demanda uma relação jurídica de compra e venda demonstra certa dependência do direito com a economia é apressada e analisa apenas parte do fenômeno. De fato, há um vínculo entre a troca e a compra e venda, mas essa conexão é de estabilização das expectativas. Ao fazer uma troca, uma parte espera receber o produto, enquanto a outra parte espera o pagamento pelo produto, de modo que o Direito é a garantia que ambos possuem que o contrato será cumprido. Isto é, trata-se de uma estabilização das expectativas de ambas as partes.

O marxismo peca exatamente por não compreender que essas expectativas estão presentes na sociedade. Mesmo com Lênin reconhecendo que não é possível acabar com o direito burguês automaticamente⁹³, o marxismo não vincula o Direito as próprias expectativas da sociedade, tampouco relaciona o surgimento do Estado ao aumento de complexidade que foi surgindo com as novas classes, novos meios de produção. Tal como o liberalismo, a visão marxista é limitada a um modelo social específico de um determinado local: Europa.

Desse modo, o não-ser constitucional do marxismo não compreende que o Direito trabalha com estabilização das expectativas normativas, de modo que, mesmo no comunismo, haveria Direito, pois existiriam expectativas sobre diversos pontos das relações sociais. O Direito não é, em seu âmago, desigualdade ou relação econômica, tal como eles o descrevem, mas algo muito mais basal: criar uma previsibilidade dentro de um mundo cada vez mais complexo. Com isso, a proteção da propriedade privada pode ser uma demanda da sociedade, mas isso não é uma regra, depende das associações de cada sociedade, de forma que a generalização marxista incorre na mesma questão da generalização liberal.

⁹² Caso paradigmático dos EUA foi o decidido pela Suprema Corte em 1946, *United States v. Causby*, em que foi definido que antiga doutrina de que o proprietário era dono absoluto da propriedade e todo seu envolto (inclusive o céu) não tinha mais espaço no direito moderno.

⁹³ LÊNIN, 2017, pp. 118-120.

3.3. O Constitucionalismo Autoritário: pragmatismo e subjugação do Direito ao Poder Político

O Constitucionalismo Autoritário não constitui, em si, uma escola de pensamento, de modo que seus autores não constituem uma base homogênea, apesar de diversas similaridades. Isso o distingue das vertentes liberais e marxistas que seguem um eixo em comum. O liberalismo possui pressupostos teóricos similares (liberdades, propriedade e controle do poder estatal), mas que cada autor vai tratar deles de maneira distinta, sopesando cada um desses de maneiras diferentes. O marxismo, por sua vez, é o desenvolvimento das obras de Marx e Engels, que são utilizados como base pelos autores, que, tal qual no liberalismo, vai criar sua própria teoria a partir de uma base comum.

O autoritarismo na constituição pode advir de várias frentes, não se limitando à clássica relação entre Direito e Política. Esse autoritarismo pode ser da Economia, da Religião, da Moral e, até mesmo, de sistemas biopsíquicos (“*L'État, c'est moi*” – O Estado sou eu). Por ser uma vertente autocéfala, foi escolhido Schmitt como um dos seus representantes principais, ante a sua legitimação política-jurídica do nazismo e Francisco Campos, que esteve presente nas duas ditaduras brasileiras: a de 1937-1945 e 1964-1985.

Para evitar a repetição da teoria constitucional de Schmitt já exposta no Capítulo 2.4, será retomado a principal caracterização de constituição para o autor alemão. Ele divide constituição em dois conceitos principais: a Constituição relativa, que seria a própria norma constitucional⁹⁴, e a Constituição absoluta, que seria mais importante, definida como uma unidade política⁹⁵. Com isso, a principal ideia schmittiana é que a lei fundamental tem que ser o reflexo de homogeneidade de um grupo, de um povo.

Pelo fato de a Constituição ter necessidade de advir de uma unidade, Schmitt identifica um modelo de Estado existente, que ele denomina de Estado de Direito Burguês (*Bourgeois Rechtsstaat*)⁹⁶. Dentro desse tipo de regime, existem pontos fundamentais como: (i) o Estado deve obedecer a lei e sua atuação ocorre somente quando permitida por lei⁹⁷; (ii) Direitos Fundamentais, que em sua maioria são direitos individuais⁹⁸; (iii) Separação de Poderes⁹⁹.

⁹⁴ SCHMITT, 2008a, p. 67.

⁹⁵ SCHMITT, 2008a, p. 59.

⁹⁶ SCHMITT, 2008a, p. 169.

⁹⁷ Cf. SCHMITT, 2008a, § 12.

⁹⁸ Cf. SCHMITT, 2008a, § 14.

⁹⁹ Cf. SCHMITT, 2008a, § 15.

Desse modo, Schmitt constata muito bem o Estado criado pela influência liberal, bem como expõe suas críticas a ele, tal como na parte sobre representação política, em que ele afirma que “A diferença está no fato de quer todo governo genuíno *representa* a unidade política de um povo, não as pessoas em sua presença natural”¹⁰⁰.

Assim, para Schmitt, o conceito que realmente vale de Constituição é a decisão política de um povo¹⁰¹. Essa noção de decisão política é mais desenvolvida pelo autor na obra *O Conceito de Político*, em que ele busca definir o que seria “político”. Nessa obra, Schmitt ainda mantém a ideia de unidade de um povo, em que ele define que “Estado é uma condição de características especiais de um povo, mais precisamente a condição competente dada o caso decisivo”¹⁰². Todavia a noção do que é Estado ainda não define o que é político¹⁰³, que ele aponta que está na diferença entre *amigo* e *inimigo*, em que o inimigo político é o outro¹⁰⁴. Além disso, o inimigo é público e refere-se a um povo¹⁰⁵ e esse povo que vai servir como ponto principal dessa distinção, pois ele é quem irá definir quem é o inimigo¹⁰⁶. Desse modo, a operação política ocorre por meio dessa diferença e, em casos de guerra, isso ocorre quando a inimizada chega um nível extremo¹⁰⁷. Inclusive, seu conceito absoluto de Constituição e Estado são reforçados ao criticar a ideia de um Estado pluralista, com a presença de diversas associações diferentes¹⁰⁸.

Então, percebe-se que esse conceito absoluto de Constituição (e de Estado) vai existir com base em um povo, na decisão desse povo. Cabe a esse agrupamento, também, definir quem são os amigos e inimigos, em uma total submissão do Direito à vontade política e à vontade social. Essa unidade do Estado Nação vai estar presente em Francisco Campos, que segue uma linha similar à de Schmitt¹⁰⁹.

A noção de Constituição para Campos está diretamente ligada às críticas ao liberalismo do período Entre Guerras. Em *O Estado Nacional*, que é uma série de falas do autor durante o

¹⁰⁰ SCHMITT, 2008a, p. 245.

¹⁰¹ SCHMITT, 2008a, p. 77-81.

¹⁰² SCHMITT, 2008b, p. 19.

¹⁰³ SCHMITT, 2008b, p. 19.

¹⁰⁴ SCHMITT, 2008b, pp. 27-28.

¹⁰⁵ SCHMITT, 2008b, p. 30.

¹⁰⁶ SCHMITT, 2008b, pp. 54-55.

¹⁰⁷ SCHMITT, 2008b, pp. 34-35.

¹⁰⁸ SCHMITT, 2008b, pp. 46-48.

¹⁰⁹ CAMPOS, 2001, pp. 69 e 73-74. Apesar de seus diálogos teóricos (Cf. BUENO, 2019, Capítulo 2), não há como afirmar a influência de Schmitt à Campos, que eram contemporâneos e viviam aspectos similares da falha do Estado Liberal dos Séculos XVIII e XIX, de modo que pode ser o motivo de suas teorias compartilharem de certas similaridades. Citando outro exemplo, Miguel Reale defendia algo similar sobre esse Estado absoluto (1983, p. 15).

governo varguista de 1930-1945, Campos afirma que houve uma mudança na política atual e que ela não poderia ser mais explicada¹¹⁰. Há uma crítica ao Estado Liberal e seus institutos como os partidos políticos¹¹¹; o Parlamento, que ele alega ter perdido sua funcionalidade e deveria ser substituído por pessoas que tomassem decisões técnicas, bem como que se distanciou da nação¹¹²; os direitos individuais e o Estado não atuante¹¹³.

Com isso, o Estado tem que superar os interesses individualistas e clientelistas¹¹⁴. Nesse ponto, Bueno nota a influência de obras como *Raízes do Brasil* e *Casa Grande & Senzala* na construção do pensamento autoritário da época¹¹⁵. No caso de Campos, a influência de Campos à obra de Buarque de Holanda quando afirma que os cargos não devem servir a interesses particularistas¹¹⁶. A democracia racial de Gilberto Freyre¹¹⁷ também é demonstrada nos integralistas, quando Miguel Reale afirma que o integralismo prefere “julgar o homem, não pelos aspectos exteriores de sua cor, ou do formato dos crânios, mas pelos valores morais e cívicos”¹¹⁸. Desse modo, o Estado deve superar essas deficiências dos governos brasileiros anteriores e obedecer aos anseios da nação, eis a frase de Campos ao ser questionado sobre uma ideologia ser instituída *a posteriori*: “o regime de 10 de novembro é o das realidades brasileiras, cuja interpretação, no plano teórico do Estado, compõe sua ideologia política”¹¹⁹.

Dessa forma, nota-se que no constitucionalismo autoritário, o Direito passa a ser submisso a outros sistemas e as suas decisões, há uma total desdiferenciação do sistema jurídico, em que ele passa a ser somente um corpo para dar legitimidade a algum tipo de decisão econômica, política ou religiosa. As normas continuam a existir, mas elas existem não para cumprir a finalidade do Direito, sua existência é para afirmar e realizar alguma vontade política, pessoal, religiosa, econômica. Esse decisionismo é o fim do Direito para que se possa valer a famosa máxima “*aos amigos tudo, aos inimigos a lei*”.

Essa é a principal distinção do autoritarismo para com o liberalismo e o marxismo. Enquanto essas duas teorias debatem um dever-ser do Direito (especificamente ao marxismo, um não-ser), o autoritarismo quer uma total submissão do sistema jurídico. Não à toa, seus

¹¹⁰ CAMPOS, 2001, pp. 11-15.

¹¹¹ CAMPOS, 2001, pp. 42-44.

¹¹² CAMPOS, 2001, pp. 46-48 e 54-56.

¹¹³ CAMPOS, 2001, pp. 58-59 e 62-63.

¹¹⁴ CAMPOS, 2001, p. 61.

¹¹⁵ BUENO, 2019, Capítulo 4.

¹¹⁶ HOLANDA, 2014, p. 175.

¹¹⁷ Cf. FREYRE, 2006.

¹¹⁸ REALE, 1983, p. 33.

¹¹⁹ CAMPOS, 2001, p. 73. O integralismo possui uma visão semelhante: REALE, 1983, pp. 15-16 e 35.

autores percebem muito bem as influências liberais ao Estado liberal, bem como a descredita para pôr em prática um modelo pseudo-jurídico. Então, para o constitucionalismo autoritário, o Direito é um instrumento, não há uma idealização tal como ocorre nas teorias liberais e marxistas, mas uma análise bem concreta de utilizá-lo para algum tipo de vontade, como demonstra Ozan Varol em diversos casos concretos atuais¹²⁰.

¹²⁰ Cf. VAROL, 2015.

4. A Constituição no contexto da Modernidade/Colonialidade

Os últimos dois capítulos tiveram a função de estabelecer, de maneira geral, uma ideia sobre constituição e as correntes mais comuns de constitucionalismo presente. Desse modo, nota-se que Constituição tem uma função mais jurídica (forma), tendo uma função de uma norma organizadora de normas, uma meta-organização legislativa, que pode conter outras matérias consideradas politicamente relevante – por isso, é possível que se afirme constitucionalmente que o Colégio Pedro II estará no âmbito da União¹. Por sua vez, o Constitucionalismo estabelece uma linha de atuação (conteúdo), sendo que cada corrente constitucionalismo demanda um dever-ser distinto. O Liberalismo estabelece que certas ideias devem constar na constituição para ela ser realmente constitucional; o Marxismo deseja o fim do Direito, visto que ele tem uma função de manter a luta de classes e a constituição seria uma das normas que manteriam essa dominação; o Autoritarismo simplesmente vê o Direito como mero instrumento para que seja atendida alguma vontade de outro sistema, é a própria desdiferenciação do Direito, o valor jurídico se restringe e só é aplicável em casos que a dominação é contestada.

No entanto, para analisar a ideia de Constitucionalismo de maneira mais profunda, é necessário entender outros dois conceitos altamente relacionados a esse dever-ser constitucional: a modernidade e a colonialidade. O primeiro conceito é como na Europa realizou-se a bifurcação da natureza, que foi primordial para o surgimento moderno da diferença entre *Eu* e *Outro*, mais especificamente, o *encobrimento do Outro*. Os autores utilizados serão Bruno Latour em *Jamais Fomos Modernos*, que analisa esse “surgimento” da modernidade e Enrique Dussel em *1492: o encobrimento do outro (a origem do “mito da modernidade”*. O segundo conceito, por sua vez, deriva dessa criação do conceito de modernidade e do colonialismo, que estabelece uma “colonização do pensamento”, em que a visão eurocêntrica de mundo se torna hegemônica e tida como a mais correta, para análise da ideia de colonialidade do ser/do pensamento será utilizada as obras de Aníbal Quijano e Walter Dignolo. Após discorrer sobre esses dois temas, haverá a análise da Constituição no contexto do Constitucionalismo.

¹ BRASIL, 2020, p. 124.

4.1. O surgimento da Modernidade e o encobrimento do outro por meio da Colonialidade

Em sua obra *Jamais Fomos Modernos*, Latour demonstra que a modernidade, diferente do que se ensina comumente, não surgiu com a queda de Constantinopla em 1453, ou com as obras de René Descartes, mas surgiu com a chamada bifurcação da natureza. Latour, para confirmar esse surgimento, utiliza uma discussão entre Thomas Hobbes e Robert Boyle sobre como deveriam ser feitas as análises dos fenômenos sociais e científicos. Com essa discussão, segundo o autor, eles criam o mundo moderno, “*um mundo no qual a representação das coisas através do laboratório encontra-se para sempre dissociada da representação dos cidadãos através do contrato social*”². Isto é, a modernidade surge quando realizam a distinção entre cultura e natureza, quando há uma tentativa de purificar esses dois objetos.

Essa separação total entre os objetos, que ou são naturais ou são culturais, gera o que Latour denomina de Grande Divisão Interna³. Ela que irá ser o ponto divergência, que irá definir aquilo que é moderno (sabe da diferença entre natureza e cultura) e tudo aquilo que é pré-moderno (que ainda mistura natureza e cultura). Uma das principais consequências dessa divisão interna é exatamente a Grande Divisão Externa, resumida em: Nós, modernos, e o Outro, pré-moderno⁴. O trecho de Latour que melhor compreende a consequência divisão externa é o seguinte:

“Nós, ocidentais, somos completamente diferentes dos outros”, este é o grito de vitória ou a longa queixa dos modernos. A Grande Divisão entre Nós, os ocidentais, e Eles, todos os outros, dos mares da China até o Yucatán, dos inuit aos aborígenes da Tasmânia sempre nos perseguiu. Não importa o que façam, os ocidentais carregam a história nos cascos de suas caravelas e canhoneiras, nos cilindros de seus telescópios e nos êmbolos de suas seringas de injeção. **Algumas vezes carregam este fardo do homem branco como uma missão gloriosa, outras vezes como tragédia, mas sempre como um destino. Jamais pensam que apenas diferem dos outros como os sioux dos algonquins, ou os baoulés dos lapões; pensam sempre que diferem radicalmente, absolutamente, a ponto de podermos colocar, de lado a lado, o ocidental, e de outro, todas as outras culturas, uma vez que estas têm em comum o fato de serem apenas algumas culturas em meio a tantas outras. O Ocidente, e somente ele, não seria uma cultura, apenas uma cultura**⁵.

² LATOUR, 2013, p. 33.

³ LATOUR, 2013, p. 98.

⁴ LATOUR, 2013, p. 99.

⁵ LATOUR, 2013, p. 96, grifos nossos.

Latour já apresenta que a separação entre natureza e cultura cria uma hierarquia entre aquilo que é Moderno, Ocidental, daquilo que é Pré-Moderno, não-Ocidental. O Europeu, Moderno, Ocidental diz sobre si que realizou algo que nenhuma outra cultura até então havia realizado, de modo que eles ocupam um lugar acima na história e quanto aos outros? “Não importa o que eles fizerem, por mais adaptados, regrados e funcionais que possam ser, permanecerão eternamente cegos por esta confusão, prisioneiros tanto do social quanto da linguagem”⁶. Quem melhor demonstra essa hierarquia é Edward Said ao usar a frase a seguinte frase de Karl Marx: “Eles não são capazes de representar a si mesmos, necessitando, portanto, ser representados”⁷; bem como ao analisar as declarações do membro do parlamento inglês Arthur Balfour:

[Ao analisar a retórica das declarações de Balfour e o sentido das frases dele sobre o Egito] Como um desempenho retórico, o discurso de Balfour é significativo pela forma que ele interpreta, e representa, uma variedade de personagens. Há, naturalmente, "o inglês", para quem o pronome "nós" é usado com todo o peso de um homem distinto e poderoso que se sente representante de tudo o que há de melhor na história de sua nação. Balfour também pode falar em nome do mundo civilizado, do Ocidente e do relativamente pequeno corpo de funcionários coloniais no Egito. Se ele não fala diretamente pelos Orientais, é porque afinal eles falam outra língua, mas ele sabe como eles se sentem já que conhece sua história, a confiança deles em pessoas como ele, e suas expectativas. Ainda assim, ele fala por eles no sentido de que o que eles poderiam ter a dizer, caso lhes fossem perguntados e pudessem responder, de alguma forma confirmaria inutilmente o que já é evidente que eles são uma raça submissa, dominada por uma raça que os conhece e sabe o que é bom para eles, melhor do que eles próprios poderiam saber. Seus grandes momentos estão no passado; eles são úteis no mundo moderno apenas porque os impérios poderosos e atualizados os tiraram efetivamente da miséria de seu declínio e os transformaram residentes reabilitados de colônias produtivas⁸.

Essas declarações estão inseridas em um contexto analisado por Enrique Dussel, que desenvolve melhor uma das consequências da modernidade já citada pelo Latour decorrente da

⁶ LATOUR, 2013, p. 99.

⁷ MARX, 2011, p. 143. Em alemão: “Sie können sich nicht vertreten, sie müssen vertreten werden”

⁸ SAID, 1978, p. 35, tradução nossa: “As a rhetorical performance Balfour's speech is significant for the way which he plays part of, and represents, a variety of characters. There are of course "the English", for whom the pronoun "we" is used with full weight of distinguished, powerful man who feels himself to be representative of all that is best in his nation's history. Balfour can also speak for the civilized world, the West, and the relatively small corps of colonial officials in Egypt. If he does not speak directly for the Orientals, it is because they after all speak another language, yet he knows how they feel since he knows their history, their reliance upon such as he, and their expectations. Still, he does speak for them in the sense that what they might have to say, were they to be asked and might they be able to answer, would somewhat uselessly confirm what is already evident that they are a subject race, dominated by a race that knows them and what is good for them better than they could possibly know themselves. Their great moments were in the past; they are useful in the modern world only because the powerful and up-to-date empires have effectively brought them out of the wretchedness of their decline and turned them into rehabilitated residents of productive colonies”.

Grande Divisão Exterior. Para Dussel, o mito modernidade nasce em 1492, mesmo ano que se descobre a América e, como uma consequência, se encobre o Outro⁹. Trata-se de um movimento de violência contra aquele diferente do moderno e, por isso, que se encobre a diferença entre o Eu e o Outro¹⁰. A partir da colonização, cria-se um centro, a Europa, mais evoluída, a frente de seu tempo, que está em contato com nações e povos mais atrasados¹¹. Essa é a principal consequência da purificação da análise do objeto (natureza x cultura), uma hierarquização entre povos e culturas, uma valoração daquilo que é supostamente evoluído (e, portanto, dever-ser) e aquilo que é supostamente atrasado (e, portanto, um espaço livre esperando o desenvolvimento)¹².

Diferente de Said, que demonstra sobre a criação do imaginário do Oriente e do muçulmano, Dussel demonstra como os povos indígenas da América nunca “existiram”, eles eram, no imaginário, um povo da Índia¹³. O descobrimento do continente americano cria uma mudança de eixo na história europeia, que deixa de ser um subcontinente cercado pelos muçulmanos e passa a ser uma “universalidade descobridora”¹⁴, tornando-se o “centro do mundo”, o que é reforçado ao se circunscrever a Terra¹⁵. É então que Dussel chega à conclusão similar àquele de Latour:

A Europa tornou as outras culturas, mundos, pessoas em ob-jeto: lançado (-jacere) diante (-ob) de seus olhos. O “coberto” foi “des-coberto”: *ego cogito cogitatum*, europeizado, mas imediatamente “en-coberto” como outro Outro. O Outro constituído como Si-mesmo. O *ego* moderno “nasce” nesta autoconstituição perante as outras regiões dominadas.

[...]

O Outro é a “besta” de Oviedo, o “futuro” de Hegel, a “possibilidade” de O’Gorman, a “matéria bruta” para Alberto Caturelli: massa rústica “descoberta” para ser civilizada pelo “ser” europeu da “Cultura Ocidental”, mas “en-coberta” em sua Alteridade¹⁶

No entanto, apesar de chegarem a conclusões comuns quanto à hierarquização do Europeu, ocidental, e do Outro, as soluções para lidar com a modernidade em ambos os autores é distinta. Dussel, apesar de descrever e notar o aspecto violento da modernidade, ainda se

⁹ DUSSEL, 1993, p. 8 e p. 64.

¹⁰ DUSSEL, 1993, pp. 75-78.

¹¹ DUSSEL, 1993, pp. 19-23 e pp. 46-47.

¹² DUSSEL, 1993, pp. 23-24.

¹³ DUSSEL, 1993, pp. 30-32.

¹⁴ DUSSEL, 1993, p. 34 e p. 112.

¹⁵ DUSSEL 1993, pp. 35-36.

¹⁶ DUSSEL, 1993, p. 36.

mantém dentro do paradigma moderno em sua solução de “transmodernidade”. Para ele, é necessário acabar com o mito da modernidade¹⁷ (diretamente relacionado a hierarquização cultura), mas manter o caráter emancipador que ela trouxe consigo¹⁸ (“saída da imaturidade através de um esforço da razão como processo crítico”¹⁹) com a inclusão do Outro dentro em um “projeto mundial de libertação de alteridade negada”²⁰.

Latour, por sua vez, propõe uma solução mais disruptiva. Ao invés de ficar preso a noção de modernidade (anti-modernidade, pré-modernidade, pós-modernidade, transmodernidade), ele afirma que jamais houve modernidade²¹. Jamais houve uma separação entre a natureza e a cultura, de modo que essa hierarquização não tem razão de ser, tendo em vista que a prática científica e tecnológica da modernidade sempre foi produzir híbridos entre natureza e cultura, de modo que a purificação sempre foi discursiva. Afirmar que jamais fomos modernos é uma solução radical para (i) reconhecer que existem objetos híbridos e que os outros povos ao interpretarem dessa maneira não estavam atrasados; (ii) a própria distinção entre povos civilizados e atrasados nunca existiu. Desse modo, após ter uma noção da modernidade de seus efeitos, é possível analisar uma de suas principais consequências: a colonialidade.

Dessa forma, a modernidade não pode ser vista fora de um contexto colonial que durou até meados do Século XX. Enquanto o colonialismo pode ter acabado, como um sistema de dominação política²², ele continuou como um sistema de dominação de ideias²³ e, por isso, Walter Mignolo vai afirmar que a colonialidade é o lado mais escuro da modernidade²⁴. A ideia sobre colonialismo está presente em Dussel ao ele falar que é a inclusão violenta do outro dentro da modernidade europeia, cite-se:

A “conquista” é um processo militar, prático, violento que inclui dialeticamente o Outro como o “si-mesmo”. O Outro, em sua distinção, é negado como Outro e é sujeitoado, subsumido, alienado a se incorporar à Totalidade dominadora como coisa, como instrumento, como oprimido, como “encomendado”, como “assalariado” (nas futuras fazendas, ou como africano escravo (nos engenhos de açúcar ou outros produtos tropicais)²⁵.

¹⁷ DUSSEL, 1993, p. 186.

¹⁸ DUSSEL, 1993, pp. 187-188.

¹⁹ DUSSEL, 1993, p. 185.

²⁰ DUSSEL, 1993, p. 188.

²¹ LATOUR, 2013, pp. 51-52

²² QUIJANO, 1992, p. 11.

²³ QUIJANO, 1992, p. 12.

²⁴ Cf. MIGNOLO, 2017.

²⁵ DUSSEL 1993, p. 44.

Quijano percebe que esse tipo de conquista militar, com a presença da metrópole na colônia se tornou menos comum, mas que outro tipo de “conquista” foi mantido, a do imaginário²⁶. Essa colonização do imaginário é uma supervalorização da cultura europeia que foi mistificada pelos próprios colonizadores, os quais retiraram dos povos colonizados o direito de terem acesso à sua cultura autóctone, de produzir seus conhecimentos conforme os costumes de sua nação, de modo que “a cultura europeia tornou-se um modelo cultural universal”²⁷. A repressão aconteceu com qualquer modo de produção de conhecimento distinto do moderno, além de ter sido imposto a visão do mundo por meio desse prisma²⁸. Outra característica perversa da colonialidade é a necessidade de repetir esse padrão europeu para ganhar acesso ao poder, de modo que a europeização se tornou uma aspiração²⁹, dentre dessa noção de europeização que Andre Gunder Frank vai cunhar o termo “lumpemburguesia” (*lumpenbourgeoisie*), uma burguesia subserviente³⁰. Um trecho de Said consegue captar parte das consequências da colonialidade:

Vários grupos de muitas pessoas acreditam que as amarguras e humilhações da experiência que praticamente os escravizou, no entanto, trouxe benefícios – ideias liberais, autoconsciência nacional e bens tecnológicos – que ao longo do tempo parecem ter tornado o imperialismo muito menos desagradável³¹.

Desse modo, esse é um problema que os países ex-colônias enfrentam quanto à produção de conhecimento, que sempre é colocado em xeque quando confronta os ideais europeus de sociedade, de conhecimento. A colonialidade submete toda produção de conhecimento à modernidade europeia, ao modo de pensar europeu e somente cria possibilidades de ascensão caso esse comportamento seja repetido. Quijano apresenta como solução a liberação das outras culturas dessa prisão para que os povos passem a ter a liberdade de escolher sua crença³². Apesar de o autor peruano expor seu modo de superação da colonialidade, é Mignolo, que em desenvolvimento de suas teorias, vai apresentar realmente uma solução: desvinculação ou *desprendimento (delinking)*³³, que é “uma mudança epistêmica

²⁶ QUIJANO, 1992, pp. 12-13.

²⁷ QUIJANO, 1992, p. 13, tradução nossa: “La cultura europea pasó a ser un modelo cultural universal”.

²⁸ QUIJANO, 1992, p. 12. Como exemplos, ver PRADO JR., 2011, “Raça”; e DUSSEL, 1993, “Conferência 4”.

²⁹ QUIJANO, 1992, pp. 12-13.

³⁰ FRANK, 1972, p. 5.

³¹ SAID, 1993, p. 18, tradução nossa: “Large groups of people believe that the bitterness and humiliations of the experience which virtually enslaved them nevertheless delivered benefits – liberal ideas, national self-consciousness, and technological goods – that over time seem to have made imperialism much less unpleasant”.

³² QUIJANO, 1992, p. 20.

³³ Cf. MIGNOLO, 2007. Mignolo credita o “delinking” à noção do *desprenderse* encontrada em Quijano (1992).

de-colonial que leva a uma outra universalidade, isto é, uma pluriversal como um projeto universal”³⁴. Para isso, é necessário superar a lógica do pensamento único da modernidade europeia e ter uma noção aberta da produção de conhecimento no mundo³⁵. Com isso, não se quer dizer que a lógica ocidental seja descartável, visto que, como Mignolo coloca, ela foi globalizada, mas entender que ela não explica tudo³⁶. Assim, somente com essa noção de modernidade e colonialidade, é que é possível analisar o contexto da Constituição no Constitucionalismo.

³⁴ MIGNOLO, 2007, p. 453, tradução nossa: “a de-colonial epistemic shift leading to other-universality, that is, to pluri-versality as a universal project”.

³⁵ MIGNOLO, 2007, p. 456.

³⁶ MIGNOLO, 2007, p. 459. Em visão similar sobre o projeto decolonial, ver CASTRO-GOMÉZ, 2017.

CONCLUSÃO

Como definido no primeiro Capítulo, é rejeitada a ideia de sociedade mundial de Luhmann, que guarda bastante relação com a ideia de modernidade, pois parte de um padrão europeu ocidental para a um universalismo. A teoria luhmanniana consegue perceber aspectos gerais dos sistemas sociais e, por isso, a utilizamos como referencial sociológico, mas é necessário trazer as associações de Latour para que seja possível entender o maior número de sociedades possíveis.

O Capítulo 2 teve a função exatamente de situar a teoria constitucional dentro do perfil de abertura da teoria dos sistemas, sem usar como base particularismos ou conceitos absolutos de sociedade, o ponto de partida era respeitar a autopoiese do Direito. Para chegar a uma noção de constituição que respeitasse esses pontos, foi utilizado as teorias de Kelsen e de Luhmann, que garantem a autopoiese e um Direito que mantenha conexão com outros sistemas, sem se desdiferenciar. Com isso, Constituição foi definido como uma norma organizadora de normas, sem conteúdo pré-definido, podendo ter qualquer formato, tratar sobre os pontos que quiser (politicamente relevante).

Para completar a análise de constituição no contexto do constitucionalismo, era necessário trabalhar, por fim, as ideias de modernidade e colonialidade. A modernidade estabelece um mito de avanço de superioridade dos particularismos europeus, que acaba sendo visto de maneira mais direta por meio da colonialidade, que nega a possibilidade do pensamento diferente e coloniza todos os processos de conhecimento para dentro do ideário moderno, europeu ocidental. Todos esses pontos são essenciais para compreender qual a relação entre Constituição e Constitucionalismo.

Como já desenvolvido no Capítulo 3, as teorias constitucionalistas estabelecem um dever-ser constitucional, aquilo que elas consideram necessárias estarem presentes em uma constituição para ela ser considerada constitucional (!). A noção de constitucionalidade, portanto, é deslocada do Direito para outro sistema, para política, para a moral, para economia, para os próprios sistemas biopsíquicos. As teorias autoritárias são as que fazem esse deslocamento de maneira mais direta, instrumentalizando o Direito para alguma vontade, há uma relação de subserviência, uma desdiferenciação completa do sistema jurídico. As estabilizações passam a depender de códigos alheios ao Direito/Não-Direito, a lógica Legal/Illegal também sofre uma diferença a depender do indivíduo (apoiador/insurgente).

O liberalismo, por sua vez, é um alvo de sua própria criação. O contexto das principais revoluções liberais dos Séculos XVII e XVIII era o de limitação do poder político, de modo a garantir uma autopeise do Direito. Muito dos princípios limitadores do arbítrio presente em nosso sistema jurídico advém de anos de desenvolvimento das teorias liberais, de limitar a presença do Estado na esfera particular dos indivíduos. A cisão ocorre exatamente quando o liberalismo se coloca acima das associações locais e se põe como regra universal do Direito, como o censor que estabelece o que deve ou não ser jurídico, afinal de contas, suas ideias advém de um direito natural à liberdade, à propriedade.

Nos discursos, é possível observar que certos deveres-ser liberais aparecem como uma necessidade que as Constituições precisam seguir, em uma espécie de lista de checagem: há uma separação em três poderes? Há garantia das liberdades individuais? A propriedade segue a lógica liberal? A ideia de Constituição se torna intrinsecamente ligada a essa lista e é isso que leva autores como Bruce Ackerman afirmar que o Brasil precisa de uma nova constituição e que ela deve ser parlamentarista¹. As associações locais são totalmente desconsideradas com base em modelos teóricos abstratos, sem nenhuma subsunção local.

Diferente da noção de Ackerman, não, o Brasil não necessita de uma nova Constituição, que utilizará as mesmas ideias e não irá criar um sistema de balanço de poderes com base nas associações locais, isso sem levar em consideração que existem regimes autoritários com um sistema parlamentarista. Esses modelos abstratos criam uma distância da Constituição com as associações locais, não se trata apenas de uma legislação ou constitucionalização simbólica, mas uma regra ineficaz, desvirtuada da realidade local. Por exemplo, desde Buarque de Holanda e Raymundo Faoro², há uma noção de que há uma confusão entre interesses privados e particulares no âmbito do Estado brasileiro, no entanto, nunca houve uma proibição expressa ao nepotismo. A vedação atual existente foi fruto de um exercício jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que editou a Súmula Vinculante 13. Como exemplo contrário, é possível citar a Justiça Eleitoral, que foi uma criação para lidar com os problemas de fraude eleitoral existentes na Primeira República, ou seja, em uma análise das associações e do contexto da República Velha, foi criado um mecanismo para lidar com esse problema. Isto é, a resolução

¹ Essa opinião pode ser vista em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/07/13/internas_opiniao,871622/o-brasil-precisa-de-nova-constituicao.shtml. Um grupo de professores escreveram uma resposta a ideia de Ackerman em: <http://www.iconnectblog.com/2020/07/why-replacing-the-brazilian-constitution-is-not-a-good-idea-a-response-to-professor-bruce-ackerman/>.

² Cf. FAORO, 2012.

de uma questão eleitoral não foi feita com base no princípio de liberdade voto, liberdade das eleições, foi feita por meio de um sistema que diminuísse as falhas do existente, a ideologia foi substituída pelo pragmatismo.

No entanto, essa questão se torna ainda mais acentuada quando tratamos de sociedades muito distintas das nossa. Apesar de o Brasil não ser um país ocidental, há uma identificação com esses valores, de modo que eles são muito básicos para quase todas as relações, mas e quando as outras sociedades possuem uma visão totalmente diferente? E se a ideia de propriedade não for privada, mas coletiva? E se a sociedade não for secular e religião se misturar com Estado? O liberalismo não consegue lidar com o diferente do particularismo ocidental e divulga sua lista de checagem como modelo a ser seguido: parlamentarismo, três poderes, partidos políticos, democracia, proteção da propriedade, liberdades individuais. Existem sociedades que esses pontos não fazem sentido algum, pois é muito distante das associações que eles produzem. Por exemplos, os ianomamis possuem uma noção de vida diferente dos ocidentais e esses conflitos só existem, porque acham que o modo de vida ocidental é a regra a ser seguida.

A noção constitucional do marxismo sofre das mesmas falhas do liberalismo, em especial, porque suas críticas são da visão liberal de mundo. O fim do Direito e, por consequência, é uma noção muito ingênua de sociedade, pois o sistema jurídico tem a finalidade de estabilizar as expectativas normativas, não de dominação de classe. Caso exista uma dominação, há uma desdiferenciação do Direito, o que não justifica seu fim, só reforça a necessidade de sua autopoiese para que seja garantido maior acesso ao sistema. A criação do Estado, diferente do que defende a teoria marxista, surge para lidar com a complexidade que ia crescendo na sociedade. Como bem demonstra Engels, o que antes era um agrupamento familiar, se torna cada vez maior, sendo necessário uma nova organização para lidar com todas as novas associações que estavam emergindo. A teoria marxista possui o mesmo problema de analisar as questões sociais pelo particularismo europeu, o que foi diminuído com a difusão de teorias próprias nas diversas sociedades, mas que mantém o paradigma de luta de classes como visão de mundo.

Assim, as constituições no contexto do constitucionalismo são rendidas a modelos abstratos de sociedades, que muitas vezes não possuem correspondências com as associações produzidas em cada localidade. Essas associações produzem toda a diferença ao querer estabelecer uma nova constituição, de modo que ela pode sofrer uma maior influência da religião, da moral, da ciência. É necessário ultrapassar um modelo correto de constituição (que

é o constitucionalismo) e possuir como norte a autopoiese do Direito e não uma lista de checagem. Como afirmar Przeworski, “eu suspeito que esses sucessos foram excepcionais, porque suas circunstâncias foram excepcionais: caso contrário, veríamos tabelas ou gráficos, não lista de checagens”³. É necessário fazer essa desvinculação ou desprendimento (*delinking/desprenderse*), permitir que novos modelos constitucionais surjam, com novas soluções, com novos contextos, sem a necessidade de estabelecer a sua ideia moderna (constitucionalismo) como obrigatória ou de termos jocosos como “jabuticaba”, quando criadas novas ideias constitucionais.

Desse modo, existe uma relação entre Constituição e Constitucionalismo? Sim, mas ela é particular de um determinado grupo social. Constituição é somente uma forma, um documento sem formato definido, tendo uma finalidade organizacional que pode conter qualquer conteúdo. Constitucionalismo, por sua vez, estabelece o conteúdo que uma Constituição deve ter (ou não ter). No entanto, o Constitucionalismo não é obrigatório e sua imposição é consequência da modernidade e da colonialidade, que estabeleceu uma hierarquia entre ideias e impediu o surgimento de qualquer diferença. Dessa maneira, constituições sem constitucionalismo deve ser a regra, algo que cada sociedade, com base em suas associações, deve escolher e não um modelo a ser seguido. Assim, a noção principal da constitucionalidade deve ser a autopoiese do Direito e não a cartilha de uma ideologia ou os códigos de outro sistema.

Portanto, pode-se resumir a conclusão desta monografia em uma frase latouriana: Constitucionalismo é um erro categorial de Constituição. O Constitucionalismo, seja qual for sua vertente, estabelece o que a Constituição deve ser para ser considerada constitucional, de modo que o código constitucional/inconstitucional é exterior ao Direito. Claro que dentro dessas vertentes, algumas preservam mais a autopoiese do sistema jurídico (liberalismo) e outras utilizam o Direito como mero instrumento (autoritarismo) e isso é percebido na criação das Constituições. No entanto, para a maior preservação da Constituição é necessário que o Constitucionalismo seja observado como um particularismo, como um dever-ser que não é obrigatório.

Uma Constituição sem Constitucionalismo deve ser vista como algo normal, como uma relação eventual e não necessária. Para um direito constitucional mais preparado para os ataques à autopoiese do Direito que vem ocorrendo com os novos movimentos de extrema direita do

³ PRZEWORSKI, 2004, p. 530, tradução nossa: “I suspect that these successes were exceptional because the circumstances were unusual: otherwise we would see tables or graphs, not boxes”.

Século XXI, é necessário que a Constituição seja vista da maneira mais pragmática possível, sem as idealizações que o Constitucionalismo impõe. Esse pragmatismo deve ser feito de duas maneiras: (i) analisar a Constituição como uma norma organizadora de norma, sem formato definido, apenas como uma forma, sem idealizá-la como resolução dos problemas sociais; (ii) ela deve ser feita com base nas associações locais, de modo a criar mecanismos que mantenham e garantam a autopeise do Direito, bem como amplie o acesso ao sistema jurídico.

Os problemas dessa idealização já foram reconhecidos por autores como Thomas Vesting, que possui uma afirmação bem forte quanto a esses conceitos constitucionais baseados em mitos ao analisar a teoria de Gunther Teubner⁴. Vesting nota que há dois tipos de constitucionalismo social: um conceito fraco e um conceito forte. O primeiro conceito estaria relacionado ao fato que os processos de juridificação possui normas constitucionais⁵. O segundo se relacionar ao Estado, bem como seus mitos⁶. Com base nessa análise, Vesting chega a uma conclusão similar:

Ao final, o conceito de constituição funciona apenas como despensa para manter viva uma memória transfigurada dos mitos da criação da democracia. Tudo isso indica que a constituição somente pode ser mantida atualmente – se é que pode ser mantida – como um conceito fraco. Para os novos fenômenos além do Estado-nação, a alternativa para uma teoria constitucional centrada no Estado somente pode residir em rejeitar a teoria constitucional e substituí-la pela teoria do direito⁷.

A principal distinção está no fato de Vesting desejar ir a um contexto pós-constitucional, tendo a Teoria do Direito como principal objeto para análise dos fenômenos jurídicos. O presente objetivo dessa monografia não é ir para esse contexto, deve-se reconhecer que as constituições têm uma finalidade interessante dentro do sistema do Direito, em especial, quanto ao controle de constitucionalidade, mas devemos ir para um contexto pós-constitucionalista, devendo ser abandonado ou rejeitado somente os aspectos ideológicos sobre as Constituições. Os mitos constitucionais devem ser abandonados, seja pela sua derivação de um direito natural que positiva uma liberdade sempre existente, seja pela ditadura do proletariado, seja pela decisão políticas de um povo. É necessário que se abra a teoria constitucional para o maior

⁴ Cf. TEUBNER, 2004 e TEUBNER, 2012.

⁵ VESTING, 2004, p. 30.

⁶ VESTING, 2004, pp. 31 e ss.

⁷ VESTING, 2004, p. 39, tradução nossa: “In the end, the constitutional concept only functions as a store to keep a transfigured memory of democracy’s creation myths alive. All this indicates that the constitution today can only be maintained — if at all — as a weak concept. For the new phenomena beyond the nation-state, the alternative to a state-centred constitutional theory can only lie in rejecting constitutional theory and replacing it with legal theory”.

número de associações possíveis, reconhecendo a Constituição como um documento muito mais organizacional do que mitológico.

Ao ter essa visão, frases como Constituição sem Constitucionalismo não explicam qual o problema daquelas sociedades, porém, muitas vezes, os escondem. Muitos problemas do Direito e das Constituições não advêm pela falta de Constitucionalismo, mas pela falta de autoapoiese, pela desdiferenciação do sistema, de modo que estes que devem ser solucionados. A “falta de Constitucionalismo” esconde os efeitos da modernidade, do colonialismo, da colonialidade, das intervenções de outras sociedades no Direito de outrem; além de limitar a criatividade nas tentativas de remediar os problemas da autoapoiese.

Portanto, não é necessário ter uma solução tão radical quanto a apresentada por Thomas Vesting de abandonar a teoria constitucional e substituí-la pela teoria do direito. De fato, é indispensável fazer uma substituição: da teoria constitucionalista por uma teoria constitucional sem mitos. Um contexto pós-constitucionalista gera a possibilidade de uma emergência da teoria constitucional de mais plural com base nas associações locais, originando uma teoria mais pragmática. Desse modo, o Constitucionalismo deve ser visto como um particularismo, um dever-ser moderno, mas longe de ser uma necessidade para Constituições. Com isso, a teoria constitucional pode florescer com novas organizações, novas soluções para o Direito, que atualmente são limitadas pelo Constitucionalismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBER, Nicholas W. *The Principles of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- BUENO, Roberto. *Francisco Campos e o conservadorismo autoritário*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2020.
- CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.
- CASTRO-GOMÉZ, Santiago. ¿Qué Hacer Con Los Universalismos Occidentales?. *Revista Ideação*, v.1, n. 35, pp. 39-76, janeiro/junho/2017.
- DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993.
- ELSTER, Jon. *Ulysses Unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Boitempo, 2019.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2012.
- FRANK, Andre Gunder. *Lumpenbourgeoisie: lumpendevelopment*. Nova Iorque e Londres: Monthly Review Press, 1972.
- FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo: Global, 2006.
- FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man*. Nova Iorque: The Free Press, 1992.
- GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present, and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HARTMANN, Nicolai. 'Como é possível uma ontologia crítica?' in. *Anãnsi: Revista de Filosofia*, v.1, n.2, p. 159-212, 2020.
- HAYEK, Friedrich. *The Constitution of Liberty*. Chicago: Chicago University Press, 2011.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio, v.1 Ciência da Lógica*. São Paulo: Loyola, 1995.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Petrópolis: Vozes, 2015.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- KING, Michael; THORNHILL, Chris. *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*. Londres: Palgrave Macmillan, 2003.
- KRASTEV, Ivan; HOLMES, Stephen. *The light that failed: why the West is losing the fight for democracy*. Nova Iorque: Pegasus Books, 2020.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LATOUR, Bruno. *Reagregando o Social: uma introdução à teoria do Ator-Rede*. Salvador: Edufba, 2012; Bauru: Edusc, 2012.
- LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos*. São Paulo: Editora 34, 2013.
- LATOUR, Bruno. *Investigação sobre os modos de existência: uma antropologia dos modernos*. Petrópolis: Vozes, 2019.
- LÊNIN, Vladimir Ilitch. *O Estado e a Revolução*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- LOCKE, John. *Two Treatise of Government and A Letter Concerning Toleration*. New Haven: Yale University Press, 2003.

LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. *Rechtshistorisches Journal*, v. 9, p. 176-220, 1990. Tradução realizada para fins acadêmicos por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele DeGiorgi, disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5613248/mod_resource/content/1/SEMIN%C3%81RIO%202011.%20LUHMANN.%20A%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20como%20aquisi%C3%A7%C3%A3o%20evolutiva.pdf.

LUHMANN, Niklas. Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System. *Cardozo Law Review*, v. 13, n. 5, p. 1419-1442, março/1992.

LUHMANN, Niklas. *Theory of Society, Volume 1*. Stanford: Stanford University Press, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Theory of Society, Volume 2*. Stanford: Stanford University Press, 2013a.

LUHMANN, Niklas. *Introduction to Systems Theory*. Cambridge: Polity Press, 2013b.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: um esboço de uma teoria geral*. Petrópolis: Vozes, 2016a.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e Forma Política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MACIEL, Otávio S.R.D. *A Systems Theory Reading of Kelsen: Global Law and Politics beyond the Age of Correlate*. Dissertação (Mestrado em Teoria do Direito) – Goethe-Universität Frankfurt am Main, Université Libre de Bruxelles. Frankfurt am Main e Bruxelas, 2015.

MACIEL, Otávio S.R.D. *Meta-metafísica e correlacionismo: desafios e direções para uma filosofia no século XXI*. Monografia (Bacharel em Filosofia) – Instituto de Ciências Humanas, Faculdade de Filosofia, Universidade de Brasília. Brasília, 2017.

MACIEL, Otávio S.R.D. *Sistemas em Rede? Luhmann e Latour na cosmopolítica dos objetos*. Apresentação feita no IVº Encontro do GT de Ontologias Contemporâneas e o IIº Colóquio Sistema e Estrutura, publicado no Academia.edu. Porto Alegre, 2019a.

MACIEL, Otávio S.R.D. Correlacionismo revisitado: Uma leitura heterodoxa a partir de Quentin Meillassoux. Em: Francisco Valdério et al. (org.). *Ceticismo, Dialética e Filosofia Contemporânea*. São Paulo: ANPOF, 2019b.

- MARX, Karl. *O 18 de brumário de Luís Bonaparte*. São Paulo: Boitempo, 2011.
- MEILLASSOUX, Quentin. O Tempo sem o Tornar-se. *Anãnsi: Revista de Filosofia*, v. 1, n. 1, pp. 196-219, agosto/2020. Tradução realizada para fins acadêmicos por Rafaela Silva Borges e introdução, revisão e notas por Otávio Souza e Rochas Dias Maciel.
- MIGNOLO, Walter D. Delinking: the rhetoric of modernity, the logic of coloniality and the grammar of de-coloniality. *Cultural Studies*, v. 21, n. 2, pp. 449-514, maio/2007.
- MIGNOLO, Walter D. Colonialidade: o lado mais escuro da modernidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 32, n. 94, pp. 1-18, junho/2017.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.
- OKOTH-OGENDO, H.W.O. “Constitutions Without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox”. Em: Douglas Greenberg et al. (org). *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.
- PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

PRZEWORSKI, Adam. Institutions Matter?. *Government and Opposition*, v. 39, n. 4, pp. 527-540, março/2004.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y Modernidad/Racionalidad. *Perú Indígena*, v. 13, n. 29, pp. 11-20, 1992.

REALE, Miguel. *Obras Políticas: 1ª fase – 1931-1937, Tomo III*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

SAID, Edward W. *Orientalism*. Nova Iorque: Vintage Books, 1978.

SAID, Edward W. *Culture and Imperialism*. Nova Iorque: Vintage Books, 1993.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Durham: Duke University Press, 2008a.

SCHMITT, Carl. *O Conceito de Político. Teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008b.

STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e Luta de Classes: teoria geral do direito*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

TEUBNER, Gunther. “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?”. Em: Christian Joerges et al. (org.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Portland: Hart Publishing, 2004.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

THORNHILL, Chris. Niklas Luhmann and the sociology of the constitution. *Journal of Classical Sociology*, v. 10, n. 4, pp. 315-337, novembro/2010.

VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 4, pp. 1673-1742, maio/2015.

VESTING, Thomas. “Constitutionalism or Legal Theory: Comments on Gunther Teubner”. Em: Christian Joerges et al. (org.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Portland: Hart Publishing, 2004.

VESTING, Thomas. *Teoria do Direito: uma introdução*. São Paulo: Saraiva, 2015.

VYSHINSKY, Andrey Y. *The Law of the Soviet State*. Nova Iorque: Macmillan Company, 1948.

WHITEHEAD, Alfred N. *O Conceito de Natureza*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.