

A DOMESTICAÇÃO DA IMPROBABILIDADE: UMA INTERPRETAÇÃO (SISTÊMICA) DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO POLÍTICA

Resumo

O artigo analisa o papel da constitucionalização na diferenciação funcional da sociedade moderna, com ênfase na visibilidade da contingência do poder. A partir de um diálogo entre Claude Lefort e Niklas Luhmann, sustenta-se uma interpretação do conceito de constituição democrática como mecanismo de institucionalização do conflito e de processualização da produção da coletividade como artefato do sistema político. Nesse processo, torna-se possível ao direito funcionar como sistema imunológico da sociedade, impedindo a interferência difusa do poder na operação de outros subsistemas. A constitucionalização democrática, portanto, não apenas estrutura o sistema político, mas condiciona a possibilidade de reprodução funcional do sistema jurídico e, por fim, da diferenciação social como um todo.

Palavras-chave

constitucionalização; diferenciação funcional; poder; contingência.

HOLMES, Pablo

Professor Associado no Instituto de Ciência Política e na Pós-Graduação em Direito da Univ. de Brasília. Doutor em Sociologia pela Univ. de Flensburg. É CAPES/Alexander von Humboldt Fellow na Universidade Livre de Berlin (2024-2027). Foi Presidente da ABraSD (2022-2024).
pabloholmes@unb.br
orcid.org/0000-0003-3612-3283



.....

Submetido em: 10/03/2026
Autor convidado

THE DOMESTICATION OF IMPROBABILITY: A (SYSTEMIC) INTERPRETATION OF THE PROCESS OF POLITICAL CONSTITUTIONALIZATION

Abstract

The article analyzes the role of constitutionalization in the functional differentiation of modern society, with an emphasis on the visibility of the contingency of power. Based on a dialogue between Claude Lefort and Niklas Luhmann, it supports an interpretation of the concept of a democratic constitution as a mechanism for institutionalizing conflict and processualizing the production of collectivity as an artifact of the political system. In this process, it becomes possible for the law to function as society's immune system, preventing the diffuse interference of power in the operation of other subsystems. Democratic constitutionalization, therefore, not only structures the political system, but also conditions the possibility of functional reproduction of the legal system and, ultimately, of social differentiation as a whole.

Keywords

constitutionalization; functional differentiation; power; contingency.

1 INTRODUÇÃO: A CONSTITUIÇÃO COMO ARTEFATO SOCIOLÓGICO

Na história das ideias políticas, as constituições são descritas frequentemente como o resultado de eventos revolucionários volitivos, fundados nas ideias de igualdade e liberdade. A emergência do individualismo moderno, resultado do ideário iluminista e da afirmação do capitalismo, teria articulado ações individuais e coletivas que teriam levado à institucionalização de uma nova ordem política. Se, para marxistas, essas ideias derivavam das transformações que haviam levado à emergência do modo de produção capitalista, para as diferentes tradições institucionalistas, elas teriam sido articuladas graças a transformações valorativas acontecidas na Europa, durante a Idade Moderna, levando ao aparecimento de ideologias individualistas e racionalistas no rastro da reforma protestante e do humanismo renascentista. Em suma, as constituições seriam herança das revoluções políticas que lhes haviam engendrado.

É bem verdade que podemos contar a emergência do constitucionalismo moderno a partir de ideias revolucionárias (Brunkhorst, 2014, p. 233-260). Historicamente, não seria possível compreendê-las sem referência a eventos como as revoluções inglesas do século XVII, a Guerra de Independência dos EUA ou a Revolução Francesa. Contudo, desde o ponto de vista sociológico, compreender o constitucionalismo vai além da possibilidade de narrar a sequência de eventos que deu lugar às constituições tais quais elas puderam ser vistas. É necessário entender que tipo de estruturas pode ser associada a elas. Em que essas estruturas consistem. O que elas trazem de novo em relação a estruturas sociais anteriores.

A simples observação de que constituições foram imaginadas bem antes dos eventos revolucionários de 1777 ou 1789 (seja nos projetos de reforma russa do século XVIII, seja nas propostas constitucionais para a Noruega ou Córsega) devia-nos fazer perceber que a constituição era uma resposta ideacional a transformações sociais mais profundas (Colley, 2021). Ao mesmo tempo, desde o ponto de vista macrosociológico, certamente que essas

transformações também tinham uma dimensão econômica. Evidentemente, apenas a diferenciação da economia monetária, com a abstração das formas de propriedade em relação a relações pessoais de dependência patriarcais dentro da casa senhorial e sua afirmação por meio de títulos jurídicos tornaria possível a afirmação de relações formais e generalizáveis de poder. Em outras palavras, apenas a distinção entre o poder político sobre os sujeitos (o domínio público) e a disposição econômica sobre a propriedade (o domínio privado), tornaria possível a afirmação de uma forma de dominação política que não mais fosse baseada no domínio direto de um senhor que unia, em si, a soberania da casa, da economia e da jurisdição (Blaufarb, 2016; Luhmann, 1988). Contudo, se a diferenciação da economia é uma das condições para a diferenciação da política, ela não é suficiente para compreendermos a emergência de constituições políticas modernas.

Constituições emergiram como resposta co-evolutiva às pressões seletivas geradas pela gradativa diferenciação de sistemas funcionais que não mais se deixavam coordenar a partir de um centro comum a representar a sociedade como um todo. Elas são, assim, uma resposta à diferenciação do direito, da política, da economia, da ciência e de outros sistemas, que tornaram a sociedade mais complexa e contingente, tornando ao mesmo tempo possível que essa complexidade pudesse permanecer latente e, se não estável, ao menos tolerável.

Uma observação da constituição política moderna desde tal perspectiva, ou seja, desde a perspectiva da teoria dos sistemas, pode nos ser útil, exatamente, por nos oferecer uma perspectiva cuidadosa de que tipos de estruturas estão implicadas, quando falamos em constituição. Ou seja, quais as transformações sociais estruturais que tiveram lugar, dando ensejo à emergência de constituições tais quais as conhecemos. E tal análise nos leva, necessariamente, à observação mais específica da diferenciação do direito e da política e como esses sistemas se relacionaram no contexto da modernização (Luhmann, 1990).

A constituição política é, portanto, uma consequência da diferenciação funcional da sociedade, mais especificamente um resultado da diferenciação entre direito e política (Luhmann, 1990). E compreender seu processo de emergência nos leva ao processo de diferenciação do direito e da política no rastro do processo de diferenciação funcional mais amplo da sociedade mundial.

A seguir, revisitarei esse processo à luz da teoria dos sistemas, a partir de uma interpretação heterodoxa, ou complementar, àquela proposta por Luhmann. Ao invés de entender a constituição política apenas como o resultado de um processo de diferenciação mais ou menos inevitável, eu apontarei que a diferenciação democrática da política e do direito constituem condições para a domesticação da improbabilidade da diferenciação funcional, tornando-a assim, senão estável, ao menos provável e tolerante aos seus desafios internos. A partir de Lefort, eu proporei que o processo de constitucionalização constitui uma nova forma política, que assume uma forma operativa marcadamente processual. Isso quer dizer que o processo constitucional esvazia o local do poder de conteúdos pré-estabelecidos, abrindo-o para uma permanente contingencialização, que depende de processos de produção comunicacional a que a ciência política conceitua como processos de representação.

Em outras palavras, a própria noção de povo, como fonte de legitimação do sistema político, torna-se material e formalmente contingente, o que é ao mesmo tempo tornado estável por processos juridicizados, que controlam essa contingência, para que ela não assuma contornos destrutivos para a própria sociedade. Apenas assim, o direito pode, ao mesmo tempo, exercer de maneira razoavelmente estável sua função de sistema imune da sociedade. Nesse sentido, se a constituição política (e democrática) não deve ser compreendida como o impulso revolucionário que dá lugar à diferenciação funcional, ela é, sim, uma peça-chave no seu processo de estabilização evolutiva. Sem ela, o risco de

desdiferenciação torna-se mais premente, e a diferenciação funcional se torna ela mesma um processo menos contingente, ainda mais improvável.

A seguir, observaremos como o direito emerge como uma condição para a diferenciação funcional, à medida em que ele se torna um sistema imune da sociedade. Nesse sentido, o sistema jurídico aumenta sua complexidade interna para possibilitar o aumento da complexidade da sociedade como um todo. Apenas com essa diferenciação e complexificação do direito torna-se possível à sociedade lidar com um nível crescente de complexidade e contingência. O direito, por assim dizer, domestica a improbabilidade da diferenciação. E ele faz isso à medida em que possibilita a institucionalização de conflitos sociais, sem que esses se tornem destrutivos de outras estruturas da sociedade moderna.

Depois, vamos observar como a diferenciação da política também é uma condição para a emergência de uma constituição política, que possibilita que o direito assuma essa tarefa. Para isso, vamos ver como a política moderna depende de sua processualização jurídica, para que ela possa desempenhar a função de produção de uma coletividade contingente, um povo processual, a ser definido apenas por meio de procedimentos juridificados e abertos. A partir do desempenho dessa função é que a política permite que a sociedade mantenha sua tolerância a conflitos num nível que permita a permanente reprodução de contradições que emergem com a crescente diferenciação e complexificação social.

Nossa leitura da teoria dos sistemas implica uma reformulação da função da política como sistema chave para a reprodução e manutenção da diferenciação funcional. Ela leva a uma compreensão das constituições modernas como uma estrutura evolutiva improvável, mas decisiva para a reprodução de uma forma social altamente complexa e contingente como a sociedade mundial moderna.

2 O DIREITO MODERNO COMO SISTEMA IMUNE DA SOCIEDADE

Conflitos são sistemas sociais “que se formam a partir de eventos dados em outros sistemas, mas que não assumem o status de subsistemas, existindo de forma parasitária” (Luhmann, 1987b, p. 531). Na maioria das vezes, eles surgem originalmente em sistemas de interação e, por isso, não apresentam verdadeira estabilidade. Ao contrário, tendem à entropia, à autodissolução: muda-se o tema da conversa; simplesmente se para de discutir. O direito, no entanto, encapsula conflitos intensos e os extrai dos contextos de interação: eles são tipificados, recebem um número e passam a ser financiados, cultivados e processados pelas partes (Luhmann, 1987b, p. 534). “Tudo o que pode ser útil ou prejudicial às partes é associado ao conflito” (Luhmann, 1981, p. 101). Na verdade, o sistema jurídico estimula a persistência dos conflitos ao permitir que as partes insistam na própria negatividade frente a determinadas comunicações sociais. Se alguém acha que está em seu direito, vai até o fim para tentar fazer prevalecer sua negativa de uma dada circunstância que se lhe tente impor (Luhmann, 1981, p. 98, 1987b, p. 511).

O conflito leva a uma polarização extrema das partes, o que ao mesmo tempo significa um “afrouxamento do controle social” (Luhmann, 1981, p. 103): um conflito aberto tende não apenas a envolver as partes, mas também terceiros não envolvidos, provocando assim uma espécie de desdiferenciação. “Quando dois discutem, o terceiro se envergonha; a regressão social deixa os não envolvidos, os não engajados, muitas vezes sem saber o que fazer; surge um embaraçoso estado de indiferença até que o terceiro (e isso pode acontecer, mas não é necessário) passe a receber também uma função no conflito” (Luhmann, 1981, p. 103). O direito, portanto, é acionado para limitar esse afrouxamento do controle social, que pode ser prejudicial e destrutivo para toda a sociedade.

A utilização do direito como sistema imunológico da sociedade, porém, não se explica por nenhuma regra de razão, mas somente por meio da improbabilidade da própria

evolução social. Enquanto aparato evolutivo capaz de lidar com conflitos, a emergência de um sistema imunológico diferenciado como o direito depende de duas condições prévias: (a) a sociedade deve restringir os meios para a realização do conflito e (b) deve criar uma certa incerteza para as expectativas que entram em conflito.

a. A restrição dos meios significa que, em última instância, o direito se torna a forma última de se lidar com conflitos realmente salientes. Assim, exclui-se o uso de violência física como solução última, o que implica igualmente a proibição de solução privada de conflitos (Luhmann, 1987b, p. 539). Isso, de fato, não impede que disputas sociais surjam em qualquer lugar. No entanto, uma importante função do direito é internalizar juridicamente os conflitos e traduzi-los numa forma juridicamente decidível em favor da estabilização das expectativas normativas sociais.

b. Por outro lado, o aumento da incerteza é promovido pelo fato de o direito atuar como um terceiro, que não pertence ao próprio conflito, mas precisa fornecer decisões. O sistema jurídico retira o potencial de dano contido na contradição e no conflito permitindo que, apesar deles, haja uma continuação da comunicação (Luhmann, 1981, p. 108, 1987b, p. 539). Dessa forma, é proibido ao direito optar por não decidir: proíbe-se o “*non liquet*” (Adeodato, 2000; Luhmann, 1993, p. 181), pois ele implicaria dizer que o conflito poderia significar a “implosão” (ou paralisação) da comunicação (Stäheli, 2000, p. 272), e assim se designa um juiz profissionalizado, que, com base na observação do código jurídico, é obrigado a decidir de alguma forma.

O código jurídico funciona, portanto, como uma forma que não “soluciona” conflitos, mas os elabora e intensifica, ao substituir as contradições emergentes por decisões jurídicas em um processo sequencializado de conflitualizações (Luhmann, 1993, p. 131). Aliás, a função do sistema jurídico não é a resolução de conflitos, mas “a estabilização de expectativas normativas”. Os conflitos servem ao direito como ocasião para orientar a resolução de conflitos. Assim, ao estabilizar expectativas normativas, o direito oferece à

sociedade exatamente a possibilidade de desenvolver conflitos. O sistema jurídico pode ser compreendido como um sistema imunológico, pois, em virtude do direito, a comunicação, apesar do conflito, segue em uma ou outra direção da contradição (Luhmann, 1981, p. 145).

Enquanto sociedades pré-modernas, em razão de uma concepção atemporal de unidade e reconciliação, precisavam reprimir o conflito na comunicação, sob pena de colocar em xeque aquilo que permitia a própria reprodução basal e primária da ordem social, uma manifestação da contradição torna-se possível na sociedade funcionalmente diferenciada por meio de uma temporalização operativa – isto é, através de decisões jurídicas processualizadas. Em outras palavras: por meio de decisões jurídicas, não se chega ao fim da contradição, mas a um desdobramento realizado no âmbito do direito. As demais estruturas sociais (o ambiente do direito) devem, portanto, adaptar-se às decisões jurídicas. Se isso não ocorre, o conflito frequentemente ressurgirá como uma potencial desdiferenciação, o que pode ser identificado quando ele persiste por meios ilegítimos, de forma violenta e destrutiva.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO JURÍDICA DO DIREITO

O sistema jurídico garante que os conflitos não levem ao colapso da autopoiese de outros sistemas funcionais e suas organizações. Com o auxílio do direito, a comunicação em situações de conflito pode prosseguir nos diferentes sistemas funcionais, apesar da contradição emergente. Ao tratar de seu próprio paradoxo com seus próprios meios de desparadoxização, o direito torna invisível o caráter paradoxal da contradição para os sistemas sociais implicados, permitindo, assim, que a comunicação continue, apesar dela. A sociedade registra assim os conflitos por meio de seu sistema jurídico para gerar oportunidades úteis de variação (Luhmann, 1981, p. 106-108). Como Luhmann (1981, p. 110) observa:

A externalização do conflito em direção a fatores terceiros ou a um terceiro elemento que intervém introduz possibilidades adicionais em jogo. Esse terceiro, por sua vez, não será temática e semanticamente neutro. Se sua intervenção aumenta a incerteza, ela a reduz, por outro lado, por meio de certas preferências de conteúdo. Em outras palavras, insere-se no sistema um modo adicional de geração e redução de complexidade.

Os conflitos que adquirem significado para a totalidade das expectativas sociais de outros subsistemas podem ser negociados em outros níveis e, assim, com outros meios: eles se tornam, por exemplo, politizados e, portanto, tratados pelo sistema político, que utiliza procedimentos cada vez mais regulados e que, em última instância, podem ser submetidos à revisão judicial. Conflitos que se desenvolvem em outros sistemas pela formação de redes sociais concorrentes no interior desses sistemas (por exemplo, diferentes escolas de pensamento na ciência) podem, em última análise, também ser regulados juridicamente, se ganharem um caráter paralisante para a comunicação (Schneider; Kusche, 2011, p. 181; Stäheli, 2000, p. 272). Nesse processo, o direito tende a verificar as formalidades, deixando o conteúdo da decisão para o sistema específico em questão.

O direito, entretanto, só atua como sistema imunológico da sociedade quando é capaz de regular internamente suas próprias operações. Ele precisa escapar de qualquer controle externo por outro subsistema, o que significaria justamente limitar as possibilidades de conflito a uma diferença específica (não jurídica), que assim imporá a ele (e a outros subsistemas) uma forma predominante de articular a contingência. Por exemplo, tornar-se-ia impossível que um conflito entre um membro de uma religião dominante ou de uma classe superior e o membro de outra classe ou religião tivesse outro resultado que não a vitória da parte dominante, uma expressão exatamente da prioridade estratificatória sobre a programação do direito como código de comunicação. Isso levaria à impossibilidade de contradição comunicativa real e, portanto, variabilidade comunicacional.

Em outras palavras, para que o sistema jurídico possa articular contradições comunicativas sem que seja, simplesmente, um prolongamento de distinções sociais pré-existentes, como por exemplo a posição econômica ou familiar (ao que modernos chamariam “direito corrupto”), ele deve ser capaz de se modificar constantemente segundo seus próprios critérios, sem precisar se transformar completamente à mercê de outras diferenças (como as concepções de perfeição de uma classe superior ou de uma cosmologia totalizante sobre o conjunto da sociedade). Caso contrário, ele deixaria de ser um sistema jurídico diferenciado. “Inicialmente de forma modesta, depois em escala cada vez mais ampla, deve ser possibilitada e institucionalizada na sociedade a variabilidade das estruturas jurídicas”; desse modo, torna-se possível ao direito “não mais excluir a variabilidade, mas incorporá-la” (Luhmann, 1969, p. 144). Isso resulta no que comumente se denomina de positivação do direito.

Positivação significa que o sistema jurídico opera exclusivamente com base na diferença básica entre direito e não-direito (Luhmann, 1969, p. 141, 1981, p. 113, 1987a, p. 190-213). O direito impõe a si mesmo o princípio do fechamento operacional do sistema jurídico, que não admite exceções. “Se uma comunicação não se identificar com o código lícito/ilícito, isso não a torna necessariamente ilegal e muito menos impossível. Ela simplesmente não será atribuída ao sistema jurídico, sendo considerada como um elemento do seu ambiente” (Luhmann, 1993, p. 95). O direito, portanto, tem muito mais a ver com o ilícito do que com amor, a verdade ou o dinheiro (Luhmann, 1993, p. 183). E isso não quer dizer que esses códigos sejam irrelevantes para o direito, mas apenas que eles não controlam a distribuição do seu próprio código.

O código jurídico é por assim dizer “tecnicizado”, na medida em que não depende de uma visão de mundo integral da sociedade ou de características particulares de um sujeito específico: “é preciso primeiro consultar o código, e a única questão passa a ser: onde?” (Luhmann, 1993, p. 183). Sob certo aspecto, o código jurídico permanece invariável: o direito

conecta-se apenas com o próprio direito, e a diferença lícito/ilícito é tudo o que o sistema jurídico pode reconhecer. Isso não exclui, entretanto, a possibilidade de mudanças na distribuição do código. “Uma vez que os valores lícito e ilícito não são eles próprios critérios para determinar o que é lícito ou ilícito, devem existir outros critérios adicionais que indiquem se e como os valores do código lícito e ilícito são atribuídos correta ou incorretamente” (Luhmann, 1993, p. 190). Essa semântica adicional é chamada de *programas jurídicos*. E eles possibilitam a mutabilidade do direito, sem que o código ele mesmo precise ser alterado. Ou seja, os programas permitem uma observação de segunda ordem do código jurídico pelo próprio código jurídico. Assim, normas e “normas sobre normas” são formuladas, decisões jurídicas sobre decisões jurídicas são tomadas, fazendo com que o código jurídico oscile e varie dentro da própria diferença lícito/ilícito.

Desse modo, o direito não precisa abandonar seu código. Sob esse aspecto, os programas jurídicos também se baseiam na diferença lícito/ilícito. E é por essa razão que eles permanecem sempre programas condicionais, que podem ser formulados segundo a fórmula “se/então”. (Luhmann, 1993, p. 196). A programação condicional assume, assim, a função de “regular a atribuição dos valores do código a casos específicos” (Luhmann, 1993, p. 197). Ela define as condições das quais depende se algo é lícito ou ilícito. Nesse sentido, o direito observa seus programas condicionais sempre com referência a fatos jurídicos passados. Por exemplo, ele precisa questionar “se uma lei foi promulgada de forma válida e em que momento” (Luhmann, 1993, p. 197). Contudo, isso não significa que sempre estejam previamente definidas quais condições devem se realizar. Na verdade, programas condicionais apenas excluem que “fatos futuros, que ainda não estão estabelecidos no momento da decisão, sejam decisivos na escolha entre lícito e ilícito, pois essa é a forma que assumem os programas finalísticos” (Luhmann, 1993, p. 198).

Programas finalísticos, oriundos, por exemplo, da política, podem certamente ser juridicizados, quando o direito os interpreta, por exemplo, como fórmulas de competência

que atribuem a certas organizações ou instituições políticas específicas o poder de tomar certas decisões. No entanto, quando surge uma questão jurídica diante de um tribunal, o sistema jurídico formula sua decisão exclusivamente na forma condicional (se/então). Quando parece que a programação condicional restringe as possibilidades de oscilação, o sistema jurídico responde a esse problema de maneira evolutiva, desenvolvendo outros mecanismos para lidar com o código jurídico.

Com o auxílio de uma codificação adicional (constitucional/inconstitucional) o direito pode realizar um desdobramento da rigidez de sua programação condicional, introduzindo possibilidades de alteração dos seus próprios programas com base em condições constitucionais, que meta-condicionam regras que parecem ter aplicabilidade controversa. Contudo, disso não decorre uma hierarquização do sistema jurídico. Não há instância superior que disponha sobre o código jurídico acima do próprio sistema jurídico. O direito é operativamente reproduzido no contexto dessas estratégias de tribunais para manter o código lícito/ilícito operativo. E, nesse sentido, o direito é sempre heterárquico (Christensen; Fischer-Lescano, 2007; Luhmann, 1993, p. 144).

A distinção entre constitucional e inconstitucional também é juridicamente codificada e, portanto, condicionalmente estruturada. E, logo, não é hierarquicamente estabelecida em relação ao direito ordinário. Ela surge, ao invés disso, como uma sucessividade jurídica temporal que acompanha a distribuição do código jurídico (Luhmann, 1993, p. 181). Não se trata aqui, como em Kelsen, de uma hierarquia normativa (Kelsen, 2008, p. 73). Todo direito (inclusive o constitucional) é igualmente direito, ou simplesmente não é direito. Tampouco a política pode decidir sobre a validade jurídica (Luhmann, 1993, p. 424). O direito só pode ser alterado pelo próprio direito, o que inclui também as normas constitucionais destinadas a regular a alteração e a produção de outras normas jurídicas no sistema jurídico (Luhmann, 1993, p. 473). Sobre a constituição jurídica, Luhmann (1993, p. 473) afirma:

Do ponto de vista jurídico, uma constituição com essa relevância pode ser apenas um texto autológico, ou seja, um texto que prevê a si mesmo como parte integrante do direito. Isso ocorre, por exemplo, sob a forma de uma regra de colisão, sobretudo quando a constituição se exime da regra segundo a qual o direito novo revoga o antigo; além disso, também quando a constituição regula sua própria alterabilidade/inviolabilidade; e, ainda, quando a constituição determina se, como e por quem pode ser controlado se o direito está conforme ou viola a própria constituição. Finalmente, isso ocorre quando a constituição contém sua própria proclamação e a externaliza simbolicamente, recorrendo, por exemplo, à vontade de Deus ou à vontade do povo. As circunstâncias históricas e as intenções originárias da elaboração constitucional retornam à constituição apenas, quando muito, por meio de regras interpretativas.

A *constitucionalização jurídica*, que permanece assim um pressuposto para a positivação do direito, só se concretiza, porém, na medida em que o direito é desonerado da tarefa de preservar hierarquias sociais, reproduzir intencionalmente assimetrias e legitimar desigualdades sociais (Luhmann, 1990, p. 202). Ou seja, quando ele é desacoplado operacionalmente de outros subsistemas, como o subsistema das classes aristocráticas, por meio da autoridade senhorial. “O rico pode rejeitar qualquer comunicação que lhe seja dirigida com uma negativa, mas agora também o pobre pode fazê-lo, desde que esteja amparado pelo direito” (Luhmann, 1997, p. 468). O mesmo vale para a relação do direito com outros sistemas: quem possui mais diplomas ou diplomas das melhores universidades, quem tem mais conhecimento ou mesmo mais força física permanece, em princípio, sujeito à mesma lei que todos os outros. Isso exige, contudo, que o direito gere internamente complexidade suficiente, temporalizando-a por meio de procedimentos jurídicos, para poder assim compensar a perda da estabilidade comunicativa que era oferecida por concepções jusnaturalistas em outros contextos sociais. Inclusive a estabilidade oferecida pela ideia de um fundamento racional da sociedade articulada numa moralidade liberal individualizada.

Com efeito, se o direito não consegue programar sua própria mutabilidade e temporalizá-la internamente, perde complexidade interna e, por fim, abandona sua função como sistema imunológico. Como afirma Luhmann (1969, p. 145):

Aquela elevada complexidade só pode ser alcançada pelo direito se ele for desonerado de diversas funções secundárias, como as de fornecer um fundamento para a religião ou regular emoções individuais, sendo assim direcionado especificamente à sua função própria: fixar estruturas de expectativas generalizadas no tempo, material e socialmente.

Nesse sentido, a diferenciação do direito torna-o um meio de imunização contra os riscos e instabilidades da crescente complexificação evolutiva da sociedade. Isso acontece porque o direito diferenciado prepara a sociedade para lidar com a multidão de novas contradições comunicativas, que emergem potencialmente como novas formas de conflito, à medida em que diversos subsistemas operam ao mesmo tempo, sem um controle hierárquico centralizado tal qual ocorria em sociedades estratificadas como, por exemplo, aquelas do antigo regime.

Mas esse processo exige também uma correspondente secularização (o que Taylor descreve como uma transição de uma semântica da honra moral-religiosa para uma semântica da dignidade jurídica) e uma democratização do sistema político, pois só assim torna-se possível tal diferenciação do sistema jurídico (Taylor, 1994). E isso só pode ser realizado por meio de uma constitucionalização política, que complementa a constitucionalização jurídica como sua contraparte.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO POLÍTICA COMO CONDIÇÃO PARA A DIFERENCIAÇÃO DO DIREITO

Até o século XIX, os modelos semânticos que prevaleceram para descrever a política foram modelos hierárquicos que a compreendiam como um sistema social que

desempenhava a função de representar o todo da sociedade, controlando-a de maneira centralizada, capaz assim de reprimir quaisquer formas de comunicação que desviassem de certa concepção de unidade social. A política seria assim capaz de regular em última instância também a variabilidade do direito. Do ponto de vista semântico, conceitos como o de Razão (Kant), *eticidade* (Hegel) ou *dominação de classe* (Marx) apresentaram-se como candidatos para substituir as concepções religiosas que fundamentavam essa noção hierárquica no contexto do Antigo Regime. Nesse contexto, as possibilidades de variação do direito ainda eram reduzidas a conteúdos específicos, o que implicava a primazia da decisão política sobre todos os outros domínios sociais. Isso correspondia, em última análise, à estruturação da evolução social como desdobramento de uma lógica atemporal, fundamentada em teleologias do progresso, naturalizações antropologizadas do comportamento humano (tais quais a racionalidade individualista das teorias do contrato) e premissas da filosofia da história (Koselleck, 1989).

Na teoria do direito, ou seja, no contexto das teorias reflexivas do sistema jurídico, garantia-se a estabilidade da decisão jurídica por meio da imutabilidade de instâncias semânticas últimas. Direitos subjetivos ainda eram entendidos por Savigny como uma base filosófica da ordem jurídica no sentido de uma ordem da liberdade (Larenz, 1991, p. 11-35). Na jurisprudência dos conceitos, conceitos jurídicos logicamente hierarquizados eram considerados a garantia da cientificidade do direito. Para Gustav Hugo, a ciência do direito deveria harmonizar as instituições jurídicas com o espírito do povo (Stolte, 1992, p. 229-235). E, para Jhering, interesses contrapostos deveriam servir como meio de ponderação das pretensões jurídicas com base numa concepção realista da evolução do direito. Nesse contexto, a constituição jurídica – ainda pouco diferenciada semanticamente – permanecia baseada em conceitos politicamente definidos de liberdade, ciência, história ou interesses. A constituição não era, assim, considerada direito positivo comum, mais uma forma de “direito operacional”, mas sim como um “direito superior” e transcendente, fundante

logicamente e retirado da imanência. Isso também levava a uma tentativa dogmática de estabelecer formas estáveis do direito civil (contrato, propriedade, casamento, posse) como base da imutabilidade e da cientificidade naturalizada (ontológica) do direito (Luhmann, 1993, p. 474).

Uma diferenciação semântica completa da constituição jurídica, aliás, dificilmente se pode observar nas teorias constitucionais do início do século XX. Concepções orgânicas do Estado como autodescrição da constituição jurídica ainda eram comuns nas teorias constitucionais alemãs (Möllers, 2000, p. 116-123, 256-271). De Ferdinand Lassalle a Carl Schmitt, de Konrad Hesse a Rudolf Smend (e mesmo nas teorias constitucionais materialistas), subordinava-se o direito ao Estado e, assim, subordinava-se o direito a um sistema político que, assim, tampouco estava completamente diferenciado (Möllers, 2000, p. 9-115). A plena diferenciação do sistema jurídico exige que o direito seja visto e descrito exclusivamente como direito positivo, cuja validade remonta a uma constituição puramente jurídica. Isso é condição para que o sistema jurídico possa regular internamente e de maneira operacionalmente fechada suas próprias variações. E essa é a condição para que o direito possa servir como sistema imune da sociedade, ou seja, para que ele possibilite que a sociedade tolere uma quantidade crescente de contradições e conflitos, cuja resolução não é determinada de antemão por uma concepção totalizante do social.

Como veremos, no entanto, a plena diferenciação do direito só é possível com uma concomitante constitucionalização da política, que estrutura também a política segundo uma forma de autopoiese temporalizada e autorreferencial. Pois, só ao dispor de procedimentos jurídicos operacionalmente fechados, o sistema político pode, por um lado, ganhar possibilidades internas de variação e apoiar-se em seus próprios procedimentos, sem necessitar de referências externas a controlar a reprodução do seu próprio código: poder/não poder.

Por outro lado, devido à constitucionalização política, o sistema jurídico pode ser desonerado de tarefas políticas, como legitimar uma ordem hierárquica ou implementar uma dominação política centralizada. Semanticamente, essa forma constitucional dupla atua como uma unidade que pode ser muito bem representada pela ideia do Estado de Direito (Habermas, 1991, p. 167-187). Mas como ocorre estruturalmente a diferenciação do sistema político? O que exatamente ele realiza para o direito e para a sociedade como um todo? Por que a diferenciação do direito depende da democratização do sistema político? Essas são as perguntas às quais pretendo me dedicar a seguir.

Como aponta Oliver Marchart, Maquiavel já havia intuído a relação até então oculta entre a diferenciação do direito e a visibilidade do poder, descrevendo-a como um arranjo jurídico-político necessário para lidar abertamente com conflitos sociais:

Para Maquiavel, é o dispositivo simbólico da república – enquanto regime de liberdade baseado na soberania do rule of law – que permite o reconhecimento do conflito, bem como a regulação da oposição entre o povo e os nobres, tornando impossível que qualquer uma das partes domine ou oprima totalmente a outra (Marchart, 2007, p. 99).

Em termos da teoria da diferenciação, o chamado momento maquiavélico representa, portanto, o ponto em que o paradoxo do poder precisa ser abordado enquanto tal: ele deve ser desdobrado como o paradoxo da dominação, o que significa nada menos do que o problema da legitimação do poder. E tal paradoxo pode ser definido como o problema da re-entrada da forma dominação na própria forma dominação (Kastner, 2007). Por que os governantes governam a todos, se eles fazem parte dos governados? Qual a distinção que fundamenta a superioridade política daqueles que governam? O que determina a distinção entre governantes e governados?

O paradoxo do poder foi, inicialmente, desdobrado por meio da diferença medieval entre os dois corpos do rei. Desse modo, o corpo do rei era a unidade que incorporava (ou invisibilizava) a diferença entre a transcendência divina que o legitimava e a imanência

terrena do poder que exercia sobre seus vassallos (Kantorowicz, 1957, p. 46-47). Essa fórmula de unidade da diferença foi substituída ao longo da Idade Moderna pela forma da representação, corporificada no conceito de soberania, primeiramente justificada por autores como Hobbes como expressão da necessidade racional de pacificação social. E, posteriormente, na forma da Vontade Geral como expressão da vontade livre de indivíduos racionais aptos a estabelecer contratualmente uma ordem política por consentimento (como nas formulações de Rousseau, Kant, Locke entre outros) (Kastner, 2007; Luhmann, 2000, p. 349).

Mas esses recursos não eram suficientes para invisibilizar a falta de fundamento do poder diante da emergência de formas comunicacionais cada vez mais diferenciadas e heterárquicas. A diferenciação funcional tornava cada vez mais improvável a legitimação do exercício do poder com base em posições sociais estabelecidas de antemão, dada a operacionalidade autoreferencial que ganhavam diferentes códigos, como a verdade, o dinheiro, o amor e mesmo a fé na transcendência religiosa. A legitimação do poder atribuída a uma instância superior, fosse por sua racionalidade, fosse por ela resultar de um acordo pressuposto racionalmente entre homens proprietários livres (uma visível minoria social na sociedade mundial nascente) tornava-se improvável ao ponto de dar ensejo a uma sequência de revoluções e guerras civis, ao longo do século XIX. Essa dinâmica, descrita de maneira instrutiva por Koselleck (1973), leva a uma pressão crescente por outras formas de desdobramento do paradoxo da dominação.

Graças à crescente diferenciação e tecnificação do código jurídico, a legitimação do poder pôde ser gradativamente atribuída a procedimentos que previam a mutabilidade do próprio poder por meio de processos juridicamente formalizados e, assim, imunizados eles mesmos da necessidade de uma forma extra de legitimação. O direito assumia assim a função de um sistema imunológico para a própria política. Contudo, para que a institucionalização da mutabilidade do direito permita a ele funcionar como sistema

imunológico da sociedade, é necessário que seja “abandonada a concepção de unidade prevalente no constitucionalismo inicial, com sua obrigação de hierarquizar a arquitetura dos sistemas” (Luhmann, 1990). Também é preciso que o direito seja liberado da responsabilidade de impor a dominação. Essas duas condições são processadas de maneira distinta pelo direito e pela política. De um lado, isso é registrado semanticamente como uma positivação do direito; de outro, como uma democratização da política. Ambos são distintos, pois dizem respeito a diferenciação de códigos com características e funções distintas. Mas custa a um observador observá-los como processos distintos, pois eles acontecem de forma profundamente interdependente (Luhmann, 1969, p. 151-154).

Há uma interpenetração evolutiva que torna a diferenciação recíproca entre direito e política dependentes uma da outra, embora elas sejam processos funcionalmente distintos. Como aponta Luhmann (1993, p. 416):

Em suma, a positivação do direito e a democratização da política se apoiam mutuamente, de tal modo que se torna difícil enxergar dois sistemas operativamente fechados e distintos.

Com base numa leitura da obra de Claude Lefort, pretendo desenvolver algumas reflexões sobre a diferenciação do sistema político como um processo de democratização. Por meio de uma leitura da obra de Lefort informada pela teoria dos sistemas, é possível investigar até que ponto a temporalização semântica e a liberação de uma observação institucionalizada de segunda ordem no sistema jurídico seriam impossíveis sem a existência prévia de um sistema político democrático. Nossa intenção é mostrar, com Luhmann, que o processo de democratização depende do processo de constitucionalização. Ao mesmo tempo, com Lefort, queremos apontar que a democratização da política, sendo uma condição para a diferenciação do direito, termina por ser indispensável para a estabilização da diferenciação funcional como um todo. Com isso, não queremos afirmar que a política tem algum primado sobre o processo de diferenciação funcional, mas apenas indicar que a

sua função é indispensável à estabilização dessa forma de diferenciação, pois apenas graças a ela o direito consegue exercer seu papel de sistema imune da sociedade.

5 CONSTITUCIONALIZAÇÃO POLÍTICA COMO DEMOCRATIZAÇÃO: LENDO A TEORIA POLÍTICA DOS SISTEMAS A PARTIR DE CLAUDE LEFORT

Claude Lefort entende o que ele chama, usando a expressão de Tocqueville, de “revolução democrática” como um “momento político” que desencadeia a liberação da observação da contingência em escala societal (Lefort, 1988b, p. 38-9; Marchart, 2000). Com efeito, de maneira um pouco semelhante a Luhmann, Lefort entende a modernidade como um processo de diferenciação. Não uma diferenciação entre sistemas funcionais, mas uma diferenciação entre os domínios do poder, do direito e dos saberes. E é esse processo a que ele chama “revolução democrática”, embora sem pressupor, nesse termo, uma constitucionalização democrática propriamente dita, mas apenas uma forma social mais ampla (Lefort, 1986a, 1986b).

Inspirado em Tocqueville, Lefort concebe essa revolução como um “processo de longa duração”, que já se delineava no interior do *ancien régime* e levava à destruição da ordem social tradicional. Para ele, a sociedade sob o *ancien régime* era ainda estruturada por uma concepção de unidade que sobrepunha a identidade social a si mesma, encarnada na figura de um corpo duplo do rei. “A imagem do corpo do rei como um corpo duplo – ao mesmo tempo mortal e imortal, individual e coletivo – foi inicialmente enfatizada pelo corpo de Cristo” (Lefort, 1986b, p. 302). Essa figura religiosa de reconciliação e unidade, no entanto, já havia sido corroída ao longo do século XVIII. “Novos modelos de sociabilidade emergiram com o avanço do individualismo, a equalização das condições descrita por Tocqueville e o desenvolvimento da administração estatal, que tendia a aparecer como uma entidade impessoal e independente (Lefort, 1986b, p. 303).

De forma interessante, porém, a revolução democrática – que libera a lógica interna de domínios sociais diferenciados como o direito, a política e a ciência — não implica, por si só, a garantia de uma ordem política democrática. A observação da contingência permanece, para Lefort, um recurso escasso na sociedade moderna: “As transformações ocorridas não eliminaram completamente a noção do reino como uma unidade tanto orgânica quanto mística, da qual o monarca era ao mesmo tempo corpo e cabeça” (Lefort, 1986b, p. 302).

O “reino da unidade”, segundo Lefort, não é abolido de imediato nem totalmente na modernidade. Mesmo a burguesia emergente – que eliminou o corpo do rei não apenas simbolicamente, mas faticamente, com a decapitação de Luís XVI – buscou reiteradamente restaurar a unidade da sociedade por meio de ideias atemporais como propriedade, Estado, cultura ou nação (Lefort, 1986b, p. 304). Lefort sustenta, por isso, que somente uma democratização profunda da política – entendida como a institucionalização jurídica da revolução democrática por meio da fixação (constitucional) dos direitos humanos – permite garantir a diferenciação entre direito, poder e saber ela mesma. Em outras palavras, apenas uma política democrática, garantida por uma constituição que fixe direitos fundamentais, e nesse sentido uma constituição jurídica, é capaz de manter o lugar do poder como um “lugar vazio”.

Para ele, há, assim, claramente uma relação recíproca entre a diferenciação de direito e a diferenciação da política, a qual se opera por meio de uma constitucionalização que faz do direito um mecanismo de institucionalização do conflito político, isto é, um sistema imunológico da sociedade, que permite que a política se institucionalize de maneira a não permitir uma retomada da unidade social por meio de uma concepção totalizante de poder que invada outras esferas do social. Como afirma Lefort (1988b, p. 19): “O lugar do poder torna-se um lugar vazio. [...] O exercício do poder está submetido a procedimentos de

redistribuição periódica. Ele resulta de uma disputa controlada segundo regras permanentes. Esse fenômeno implica uma institucionalização do conflito”.

Em seus estudos sobre o fenômeno totalitário, Lefort aprofunda essas premissas de forma particularmente instigante, tentando demonstrar que todo regime político que não se orienta por mecanismos democráticos de participação política juridicamente regulada abertos a todos os cidadãos conduz a uma crescente desdiferenciação do social e à restrição da possibilidade mesma de observação da contingência. Assim, se o direito não pode contar com uma política democrática, ele acaba tendo que se apoiar em concepções atemporais, que, apesar da tecnificação significativa do seu código enquanto meio, fazem com que o sistema jurídico se preste apenas à reprodução de hierarquias e visões naturalizadas da ordem social. Lefort lembra que, em regimes totalitários, não se pode falar propriamente em tirania sem direito. O que se observa é um outro fenômeno, que ele descreve como uma “re-materialização” do corpo do rei dissolvido pela democracia, agora reconstruído por concepções substancialistas do direito. É o caso tanto do “direito da vida” no nacional-socialismo quanto do “direito da história” (ou da ciência socialista) na União Soviética (Lefort, 1988a, p. 48). E são as investigações sobre o regime stalinista que Lefort trata de forma mais aprofundada.

Se Marx via na revolução política, inclusive com a abolição da ideologia burguesa dos direitos humanos, a única forma de realizar a igualdade universal de direitos (Marx, 2011, p. 347-377), Lefort apresenta a experiência do socialismo real como testemunha das limitações estruturais desse projeto. Ao contrário de Marx, Lefort entende que a possibilidade de afirmação de direitos humanos universais de igualdade depende diretamente da existência de uma democracia política garantida juridicamente (Lefort, 1999, p. 160). Ele aponta que, logo após a Revolução Russa, o próprio governo soviético precisou reinstituir o direito para poder avançar com a revolução, pois apenas assim era possível constituir uma ordem

política. Com efeito, a União Soviética chegou a ter várias constituições jurídicas, que incluíam também importantes catálogos de direitos humanos (Lefort, 1999, p. 158).

No entanto, Lefort observa que essas constituições não tornavam o poder acessível ao conflito político por meio de procedimentos igualitários e democráticos. Não havia, por exemplo, uma universalização do sufrágio nem das liberdades políticas individuais. A concentração do poder político passou gradualmente a uma burocracia organizada dentro de um “partido monopolista”, que não se submetia a nenhum procedimento democrático com resultados contingentes (Lefort, 1999, p. 113). Mesmo sem que se pudesse falar em uma “classe social” no sentido econômico de Marx, com referência ao modo de produção, já que a constituição soviética proibia explicitamente a propriedade privada dos meios produtivos, a constituição dessa “burocracia partidária” teria levado à reintrodução – e à ampla naturalização – de hierarquias jurídicas, sociais e políticas na sociedade socialista do contexto soviético. O surgimento de uma classe burocrática superior em oposição ao restante da população, configurava uma distinção estruturalmente desigual. O resultado teria sido o apagamento progressivo da contingência nas decisões políticas e jurídicas por parte do conjunto da população. Como observa Lefort: “desigualdade e invisibilidade andam de mãos dadas” (Lefort, 1988a, p. 51).

A burocracia estatal teria expropriado do proletariado o poder político, neutralizando assim as próprias conquistas políticas que a Revolução prometera realizar. A tomada do poder político, num regime em que os meios de produção estavam concentrados nas mãos do Estado, levou inevitavelmente à formação de um grupo privilegiado, que se encarnava em uma classe média urbana, ascendente e altamente instruída (Lefort, 1999, p. 118). No fim das contas, essa classe de *experts*, uma verdadeira *elite do proletariado*, pôde enviar, praticamente sem resistência, milhões de pessoas (sobretudo camponeses pobres) a campos de concentração, justificando isso como uma necessidade imposta pelo incontestável “direito da história”. Lefort aponta, ainda, que mesmo a crítica de Trotsky ao

stalinismo, focada na tomada do poder por uma burocracia corrupta e contrarrevolucionária, não percebia as raízes estruturais do problema, que para ele estavam exatamente na exploração do direito como um meio para a reprodução dos próprios privilégios. A “corrupção”, atacada por Trotsky, não estava apenas no topo das elites partidárias, ela era resultado direto de um sistema político que entregava poderes plenos a uma vanguarda “cientificamente esclarecida”, que alegava representar o proletariado e, assim, a unidade do povo, e, portanto, tinha o direito de dispor totalmente do direito como um meio para seus objetivos políticos (Lefort, 1986c).

Como aponta Oliver Marchart (2007, p. 91), Lefort caracteriza “a forma das sociedades democráticas” como a de uma sociedade que realiza uma ampla “institucionalização do conflito”. A institucionalização – ou positivação – dos direitos humanos não dá lugar a uma ordem imutável, muito menos conservadora. Por meio de direitos como o sufrágio universal, conflitos sociais levam à possibilidade de ampliação contínua dos próprios direitos. Na democracia política, tradições apresentadas como apolíticas e hierarquias invisíveis tornam-se, em princípio, passíveis de crítica pública e são objeto de conflitos que desafiam seu status na realidade. Isso ocorre porque o poder é reproduzido por meio de decisões públicas juridicamente estruturadas: eleições, deliberação parlamentar e confrontos políticos no espaço público.

Assim, por meio da institucionalização de conflitos, a própria representação da coletividade política, do *povo* da sociedade, torna-se problemática. A sociedade “não pode se referir a si mesma em todos os seus elementos nem representar-se como um corpo único, desprovida como está da mediação de um poder corporificado” (Lefort, 1986a, p. 256). A dinâmica política passa então a tematizar de forma processual a relação entre a sociedade como um todo e suas partes: classes, grupos sociais, culturas diferentes, partidos distintos e indivíduos. Com efeito, a própria individualidade só pode ser entendida como sendo parte de uma coletividade que a delimita e define seus sentidos. Os indivíduos desenraizados da

modernidade, que aspiram a uma subjetividade autônoma e reflexiva, precisam sempre ser reinseridos politicamente na sociedade, para que possam ter sua individualidade respeitada. Essa aspiração se expressa na própria noção dos “direitos humanos”, declarados e fixados em constituições que regulam o próprio conflito político e o espaço da liberdade individual (Lefort, 1986a, p. 257).

Contudo, os direitos humanos individuais tampouco podem ser definidos de maneira peremptória. Eles são declarados, mas sua interpretação depende sempre de uma atualização permanente por interpretações que são, sempre, particulares e contingentes (Lefort, 1986a). Toda reivindicação das declarações de direitos em contextos de conflito atualiza sua contingência, exigindo sua reformulação. Mas, ao fazê-lo, garante sua universalidade (ainda que contingente) como parte do sistema jurídico, ou seja, como um processo de convergência e, portanto, generalização de expectativas normativas.

Por fim, podemos tentar traduzir a abordagem de Lefort para uma linguagem mais próxima àquela da teoria dos sistemas. Como entendo, a constitucionalização democrática jurídico-política do poder, que funciona como uma representação do lugar do poder como um “lugar vazio”, tornaria possível a problematização permanente da comunicação sobre a representação da coletividade, o que impediria que houvesse uma expansão desdiferenciante da gramática do poder sobre outras esferas sociais. Lefort leva essa suposição adiante ao ponto de parecer compreender a modernidade como um fenômeno exclusivamente político. Isso fica evidente no trecho abaixo:

Uma vez que o poder deixa de manifestar o princípio que gera e organiza um corpo social, uma vez que deixa de condensar em si virtudes derivadas da razão transcendente e da justiça, o direito e o saber se afirmam como esferas separadas e irredutíveis ao poder. E da mesma forma que a figura do poder se revela vinculada à temporalidade de sua reprodução e subordinada ao conflito das vontades coletivas, a autonomia do direito se liga à impossibilidade de estabelecer sua essência. [...] À medida que poder, direito e saber se desenredam, estabelece-se uma nova relação com o real; mais precisamente, essa relação passa a ser garantida dentro dos limites das redes de socialização e dos domínios específicos de atividade. Fatos econômicos, técnicos, científicos, pedagógicos e médicos, por

exemplo, tendem a se afirmar e a ser definidos sob a égide do saber e de acordo com normas que lhes são específicas (Lefort, 1988b, p. 20).

Para Lefort, portanto, a democracia política é uma condição para a visibilidade da contingência em cada esfera social. Em outras palavras: para ele, há uma dupla inscrição do político na sociedade, na medida em que ocorre uma constitucionalização política. Em linguagem sistêmica, isso significa que apenas a diferenciação completa do sistema político pode levar à liberação de uma autorrepresentação reflexiva em cada sistema funcional.

Não precisamos concordar integralmente com Lefort e derivar a transição para a diferenciação funcional exclusivamente do processo de democratização da política. Do ponto de vista sociológico, isso seria um erro, pois deixaria de reconhecer que a própria democratização da política já parece ser consequência de transformações evolutivas mais amplas, que estão associadas à transição do primado da diferenciação social para a forma funcional de diferenciação. Ainda assim, sua percepção pode talvez ser interpretada de forma criativa a partir de uma abordagem informada pela teoria dos sistemas. Por um lado, sua descrição pode ser compreendida de maneira evolutiva, e a constitucionalização político-democrática interpretada como uma conquista contingente que favorece a estabilização da diferenciação funcional. Sua descrição também pode fornecer conhecimentos importantes para uma teoria da diferenciação funcional, especialmente sobre a relação entre a diferenciação do sistema político com a diferenciação de outros sistemas funcionais, especialmente o direito.

A diferenciação democrática do sistema político por meio de uma constitucionalização política cumpre, assim, uma função indispensável para o conjunto da sociedade. Ao permitir uma comodificação jurídica do poder, a constituição torna visível esse código como uma distinção juridicamente temporalizada entre governo e oposição, ao mesmo tempo capacitando o sistema jurídico a realizar uma codificação secundária do poder (Luhmann, 1997, p. 388). A constitucionalização político-democrática neutraliza a

influência direta de formas de poder difuso e invisível da sociedade (civil) sobre o direito. Como observa Lefort: “Quando o poder está circunscrito em um órgão ou em um indivíduo, ele escapa ao olhar de todos” (Lefort, 1988a, p. 51). A juridificação do poder, portanto, também gera a visibilidade do meio poder. Ela proporciona, enfim, a possibilidade de que o direito seja liberado para se diferenciar e possa, assim, garantir que a diferenciação funcional tolere novos níveis de complexidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA REINTERPRETAÇÃO DA FUNÇÃO DA POLÍTICA NA SOCIEDADE MODERNA E A CONTINGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO

Para finalizar, gostaria de abordar uma definição sistêmica da função da política, que possa informar sociologicamente as premissas político-filosóficas de Lefort, ao mesmo tempo em que possa também ser informada por elas. O objetivo é evitar cair em ilusões de onipotência quanto ao sistema político, que poderiam reivindicar uma primazia da política (ou do político) sobre outras semânticas funcionais (Luhmann, 2000, p. 111-114). Com efeito, embora o sistema político moderno não possa governar a sociedade em sua totalidade, ele exerce um papel crucial ao possibilitar que a sociedade crie uma autoimagem coletiva aberta a um futuro incerto. A diferenciação da política é essencial para a própria diferenciação funcional, pois permite que os demais sistemas desenvolvam suas próprias lógicas sem serem invadidos por discursos de poder totalizantes que buscam reunificar a sociedade. Isso se realiza por meio da constitucionalização democrática, que é fundamental para “manter vazio o lugar do poder”. Essa ideia pode ser ilustrada pelo conceito de coletividade que sustenta o sistema político moderno.

Luhmann define a função do sistema político como consistindo em fornecer à sociedade a capacidade de produzir decisões coletivamente vinculantes (Luhmann, 2000, p. 81). No entanto, ele parece pressupor a pré-existência da coletividade política. Essa coletividade, que atua ao mesmo tempo como autora e destinatária das decisões, deve,

porém, ser primeiramente produzida no interior do próprio sistema político, para poder se tornar operativa. Como argumenta Armin Nassehi (2003, p. 149), “o povo da soberania popular não é uma pré-condição do político, mas sim seu resultado, seu público autogerado”. Nassehi propõe assim um refinamento da definição de Luhmann, afirmando que o papel do sistema político inclui não só a provisão da capacidade de decisão coletiva, mas também a própria “produção e disponibilização da visibilidade social e da atributibilidade da coletividade” como a autora e a destinatária das decisões politicamente vinculantes (Nassehi, 2003, p. 149). Essa perspectiva se aproxima de teorias construtivistas que tentam superar a clivagem entre poder constituinte e poder constituído, ao sustentar que a identidade coletiva que fundamenta uma constituição é auto-constituída, sendo constantemente definida por meio do processo performativo de representação política (Disch, 2012; Lindahl, 2007; Saward, 2006).

Como argumenta Lindahl, a criação de um corpo político depende intrinsecamente de um ato constitucional que estabelece a própria forma pela qual ele (o corpo político) poderá se expressar. Trata-se assim de um ato performativo auto-constitucional, porque “a autoconstituição começa como a constituição de uma unidade política por meio de uma ordem jurídica, e não como a constituição de uma ordem jurídica por uma unidade política” (Lindahl, 2007, p. 21). Esse ato é, no entanto, paradoxal e ambíguo, porque depende de uma identidade coletiva que, desde sua origem, depende do próprio ato que ela produz ao instituir a ordem política (e constitucional) pela qual essa identidade poderá se expressar. Como ele afirma: “A identidade coletiva é a chave para o problema do modo de ser de uma comunidade política. De fato, a identidade entra em cena assim que o exercício do poder constituinte é caracterizado como a autoconstituição de uma coletividade”; porém, esse ato de “autoconstituição coletiva significa a constituição tanto *por* quanto *de* uma identidade coletiva” (Lindahl, 2007, p. 9-10). A coletividade que será vinculada por uma constituição não inicia a ordem constitucional; ela é iniciada por ela, ao mesmo tempo em que constitui

essa ordem e a si própria. E ela o faz, porque pode contar com o direito como instrumento de formalização do ato de constituição.

Contra Lefort, podemos seguir Luhmann em sua compreensão da diferenciação política como resultado de um processo complexo e de longo prazo, envolvendo múltiplas dimensões sociais: uma transição societal para a diferenciação funcional que não começa necessariamente com o sistema político. No entanto, a noção lefortiana de uma revolução democrática que sustenta formas subsequentes de diferenciação societal é relevante, pois fornece uma visão informativa sobre as prestações específicas do sistema político para a sociedade moderna, um papel que, no meu entender, Luhmann não chega a explicitar com clareza.

Se considerarmos a função do sistema político não apenas como a de fornecer capacidade de decisão coletivamente vinculante, mas também como a de produzir a própria coletividade que deve ser autora e destinatária das decisões políticas, torna-se evidente seu impacto significativo sobre a diferenciação societal. A democracia como forma política, conforme descrita por Lefort, permite que a sociedade produza uma concepção de coletividade aberta, justamente porque ela não pode ser definida de antemão por um líder ou grupo que detenha o monopólio do discurso sobre a representação da sociedade. E essa forma de conceber o sistema político tem amplas implicações para a diferenciação funcional como um todo. A melhor forma de compreender a importância disso é seguir as intuições de Lefort sobre os regimes totalitários e seu modo de funcionamento.

A descrição de Luhmann sobre a constitucionalização política oferece uma análise detalhada do surgimento da modernidade por meio da diferenciação funcional de longo prazo, institucionalizada em formas jurídicas e políticas. A reinterpretação que propomos visa apenas a entender o mecanismo constitucional não como um resultado inevitável da diferenciação funcional, mas como uma forma de diferenciação e conexão entre direito e política que é, em si mesma, contingente. Afinal, existem outras formas de organizar as

relações entre o sistema político e os demais sistemas funcionais que não correspondem ao modelo constitucional da democracia constitucional. Tampouco é indiferente à diferenciação funcional a presença ou ausência de uma constituição política: formas autoritárias de política podem ter consequências profundas para a diferenciação funcional no longo prazo.

O que a constituição política oferece à sociedade moderna é a possibilidade de juridificar os processos políticos, imunizando-os de conflitos que possam destruir a sua própria diferenciação. Esse fenômeno domestica a improbabilidade da própria diferenciação funcional, à medida em que oferece o direito como meio para mediação de conflitos sociais que, no limite, evita a paralisação da comunicação e a desdiferenciação. É evidente que constituições podem ser também destruídas ou erodidas. Trata-se de uma domesticação da improbabilidade, não de sua eliminação. Contudo, tal interpretação nos parece mais razoável do que as alternativas. Afinal, Luhmann tampouco explica com clareza como pode ser que a constituição política democrática não é dominante, mesmo depois da afirmação razoável da diferenciação funcional como forma primária de diferenciação na sociedade mundial.

Assim, talvez seja mesmo o caso de que a própria constitucionalização é contingente, pois as condições de produção da coletividade por meio de uma política diferenciada são de fato altamente exigentes. A leitura que oferecemos não tenta esgotar a descrição dessas condições. Tenta apenas reler a teoria política dos sistemas à contrapelo da realidade social, ao mesmo tempo em que aponta para sua contingência. E, a rigor, também para a contingência da própria diferenciação funcional. Talvez, uma tese ambiciosa pareça surgir dessas reflexões: a de que existe, sim, uma relação de dependência entre diferenciação funcional e democracia. Uma hipótese teórica que é difícil de ser testada, mas que pode ser sugerida a partir da reconstrução que fizemos. Empiricamente, eu tenderia a acreditar que níveis e formas diferentes de estruturação da diferenciação dos sistemas político e jurídico

podem levar a formas diferentes de diferenciação funcional. Mas só poderá haver alguma diferenciação funcional, no longo prazo, se alguma diferenciação entre esses subsistemas persistir.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado. **Studia Jurídica Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, v. 48, n. 6, p. 155-173, 2000.

BLAUFARB, Rafe. **The great demarcation: The French Revolution and the Invention of Modern Property**. New York: Oxford University Press, 2016.

BRUNKHORST, Hauke. **Critical theory of legal revolutions**. New York: Bloomsbury, 2014.

CHRISTENSEN, Rudolf; FISCHER-LESCANO, Andreas. Die Einheit der Rechtsordnung: Zur Funktionsweise der holistischen Semantik. **Zeitschrift für Rechtsphilosophie**, v. 4, n. 1, p. 8-14, 2007.

COLLEY, Linda. **The gun, the ship, and the pen: warfare, constitutions, and the making of the modern world**. New York - London: Liveright, 2021.

DISCH, Lisa. Democratic representation and the constituency paradox. **Perspectives on Politics**, v. 10, n. 3, p. 599-616, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt: Suhrkamp, 1991.

KANTOROWICZ, Ernst H. **The king's two bodies: a study in mediaeval political theology**. Princeton: Princeton University Press, 1957.

KASTNER, Fatima. Luhmanns Souveränitätsparadox: Zum generativen Mechanismus des politischen Systems der Weltgesellschaft. In: NEVES, Marcelo; VOIGT, Rüdiger (org.). **Die Staaten der Weltgesellschaft: Niklas Luhmanns Staatsverständnis**. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 75-98.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

KOSELLECK, Reinhart. **Kritik und Krise: Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt**. Frankfurt: Suhrkamp, 1973.

KOSELLECK, Reinhart. **Vergangene Zukunft: Zur Semantik geschichtlicher Zeiten**. Frankfurt: Suhrkamp, 1989.

- LARENZ, Karl. **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Berlin: Springer, 1991.
- LEFORT, Claude. **Complications, communism and the dilemmas of democracy**. New York: Columbia University Press, 1999.
- LEFORT, Claude. Hannah Arendt and the political. *In*: LEFORT, Claude. **Democracy and political theory**. Cambridge: Polity Press, 1988a. p. 45-56.
- LEFORT, Claude. Politics and human rights. *In*: LEFORT, Claude. **The political forms of modern society: bureaucracy, democracy, totalitarianism**. Cambridge: MIT Press, 1986a. p. 239-273.
- LEFORT, Claude. The Image of the Body and Totalitarianism. *In*: LEFORT, Claude. **The Political Forms of Modern Society: Bureaucracy, Democracy, Totalitarianism**. Cambridge: MIT Press, 1986b. p. 292-306.
- LEFORT, Claude. The Logic of Totalitarianism. *In*: LEFORT, Claude. **The Political Forms of Modern Society: Bureaucracy, Democracy, Totalitarianism**. Cambridge: MIT Press, 1986c. p. 273-291.
- LEFORT, Claude. The question of democracy. *In*: LEFORT, Claude. **Democracy and Political Theory**. Cambridge: Polity Press, 1988b. p. 9-20.
- LINDAHL, Hans. Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood. *In*: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (org.). **The paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 9-26.
- LUHMANN, Niklas. **Ausdifferenzierung des rechts, beiträge zur rechtssoziologie und rechtstheorie**. Frankfurt: Suhrkamp, 1981.
- LUHMANN, Niklas. **Das recht der gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp, 1993.
- LUHMANN, Niklas. **Die gesellschaft der gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.
- LUHMANN, Niklas. **Die politik der gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp, 2000.
- LUHMANN, Niklas. **Die wirtschaft der gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp, 1988.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimation durch verfahren**. Neuwied: Luchterhand, 1969.
- LUHMANN, Niklas. **Rechtssoziologie**. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987a.
- LUHMANN, Niklas. **Soziale systeme: grundriß einer allgemeinen theorie**. Frankfurt: Suhrkamp, 1987b.
- LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal**, v. 9, n. 1, p. 176-220, 1990.
- MARCHART, Oliver. Division and democracy: On Claude Lefort's post-foundational political philosophy. **Filozofski vestnik**, v. 2, p. 51-82, 2000.

MARCHART, Oliver. **Post-foundational political thought, political difference in Nancy, Lefort, Badiou and Laclau**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007.

MARX, Karl. **Zur Judenfrage**. In: MEW-Marx-Engels Werke, v. 1. Berlin: Dietz, 2011.

MÖLLERS, Christopher. **Staat als argument**. München: C. H. Beck, 2000.

NASSEHI, Armin. Der begriff des politischen und die doppelte normativität der "soziologischen" moderne. In: NASSEHI, Armin (org.). **Der begriff des politischen: soziale welt sonderband 14**. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 133-169.

SAWARD, Michael. The representative claim. **Contemporary Political Theory**, v. 5, n. 3, p. 297-318, 2006.

SCHNEIDER, Wolfgang Ludwig; KUSCHE, Isabel. Parasitäre netzwerke in wissenschaft und politik. In: BOMMES, Michael; TACKE, Veronika (org.). **Netzwerke in der funktional differenzierten gesellschaft**. Wiesbaden: VS Verlag, 2011. p. 173-212.

STÄHELI, Urs. **Sinnzusammenbrüche, eine dekonstruktive lektüre der systemtheorie luhmanns**. Weilerswist: Velbrück Verlag, 2000.

STOLLEIS, Michael. **Geschichte des öffentlichen rechts in deutschland: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914**, v. 2. München: C. H. Beck, 1992.

TAYLOR, Charles. The politics of recognition. In: GUTMANN, Amy (org.). **Multiculturalism: examining the politics of recognition**. Princeton: Princeton University Press, 1994. p. 25-73.

ZIZEK, Slavoj. **For they know not what they do**. The enjoyment as a political factor. London: Verso, 1991.