

DOS MOVIMENTOS DE PROTESTO  
AO PODER DESTITUINTE: ENTRE A  
RUPTURA FUNDAMENTAL E O PARADOXO  
FUNDANTE DO DIREITO

Douglas Elmauer\*

RECEBIDO EM:	15.5.2017
APROVADO EM:	15.6.2017

\* Doutorando pela Universität Bremen (Alemanha) com bolsa do DAAD (Deutsche Akademischer Austauschdienst).  
E-mail: elmauer\_sc@hotmail.com

• DOUGLAS ELMAUER

- **RESUMO:** O presente artigo tem como proposta central uma contribuição para o debate que se situa em torno da relevância de grandes movimentos de protesto para as revoluções jurídicas. Na forma de “massa crítica de comunicações”, tais movimentos potencialmente revolucionários podem atuar como uma força internamente autossubversiva presente no próprio sistema jurídico, ou seja, permitem a agudização do conflito “direito vs. direito” de onde emergiriam as possibilidades de um “poder destituente”. Nesse sentido, será analisada primeiramente a relação entre (i) a violência fundadora e a ruptura fundamental da ordem constituída do direito, em especial por meio de revoluções jurídicas que trazem à tona um “novo direito”. Em seguida, logra-se demonstrar como (ii) tais revoluções podem resultar (ou não) em acordos constitucionais satisfatórios, estando a possibilidade da desdiferenciação política sempre aberta. Conclusivamente, buscar-se-á colocar os movimentos de protesto revolucionários e sua violência fundante como peças fundamentais para a evolução do direito e para a desparadoxização do sistema jurídico por meio de uma nova constituição.
- **PALAVRAS-CHAVE:** movimentos de protesto; poder destituente; revolução jurídica.
- **ABSTRACT:** This article seeks to make a contribution to the debate is around the relevance of large protest movements in the legal revolutions. In the form of a “critical mass of communications”, such potentially revolutionary movements can act as an internally self-subversive force of the legal system, and thus allow for an intensification of the conflict “law vs. law”, from which emerges the “destituent power”. Thus, I will first analyze (i) the relationship between founding violence and the fundamental rupture of the constituted order of law, especially through legal revolutions that bring to light a “new right”. Then I will expose how revolutions can result (or not) in satisfactory constitutional arrangements, with the negative possibility of political dedifferentiation (authoritarianism). Conclusively, I will try to connect the revolutionary protest movements and their founding violence as fundamental pieces for the law’s evolution and for the de-paradoxization of the legal system through a new constitution.
- **KEYWORDS:** protest movements; destituent power; legal revolution.

## 1. Introdução

Direitos são contradireitos [Gegenrechte]. Contradireitos são a forma antipositivista e antiburguesa da forma moderna dos direitos (MENKE, 2015, p. 395).

Eu subirei ao céu; acima das estrelas de Deus exaltarei o meu trono e no monte da congregação me assentarei, nas extremidades do Norte; subirei acima das mais altas nuvens, e serei semelhante ao Altíssimo (ISAÍAS, 14,12-14).

Sociedade (*Gesellschaft*) e movimentos de protesto (*Protestbewegungen*), ou como o colocado de modo metafórico por Niklas Luhmann, “Deus e Satanás”. Segundo o sociólogo alemão este é o plano no qual a sociedade se mobiliza contra a própria sociedade (*die Gesellschaft gegen die Gesellschaft zu mobilisieren*) (LUHMANN, 2007, p. 672; 1997, p. 847; 1996, p. 201 ss.).<sup>1</sup>

Nitidamente os chamados “movimentos de protesto” ganharam uma progressiva importância na sociedade hipercomplexa da atualidade. Trata-se de uma novidade moderna, a qual não se deve confundir nem com organizações (em sentido *stricto*) e muito menos com simples interações sociais (LUHMANN, 2007, p. 673; 1997, p. 849). Os movimentos de protesto hodiernos não podem mais se identificar apenas com movimentos de cunho religioso ou com rebeliões camponesas, até mesmo os modelos de protesto enfatizados nos cânones do socialismo passam a não abarcar toda sua heterogeneidade atual (LUHMANN, 2007, p. 673; 1997, p. 849),<sup>2</sup> como o observado nas diversas matrizes que estão em conflito na “luta pelo reconhecimento” (HONNETH, 2003; FORST, 2010). Todavia, segundo Luhmann, no caso da sociedade, ainda recorrendo à narrativa bíblico-mitológica, essa rebeldia dos movimentos não seria pecaminosa, apesar de seu

<sup>1</sup> No mesmo sentido, ver Bachur (2009, p. 251); Ribeiro (2012, p. 244); Campilongo (2012). Para compreender a ideia de movimentos de protesto e sua relação com processos de escandalização, ver Fischer-Lescano (2007, p. 235 ss.); Fischer-Lescano e Möller (2012, p. 23 ss.). Em sentido semelhante, Brunkhorst (2014, p. 112); Bloch (1976, p. 13).

<sup>2</sup> A programação dos movimentos de protestos é feita por “temas”, que podem ser dos mais diversos tipos, ver Luhmann (2007, p. 679; 1997, p. 857).

potencial subversivo (LUHMANN, 2007, p. 681; 1997, p. 858). Mas até qual medida isso pode ser aceitável dentro da sociedade? E no caso dos movimentos de protesto que ganham grandes dimensões e subverterem violentamente a ordem político-jurídica na forma de uma “massa crítica” de casos comunicativos? Como se estabelecem os movimentos sociais nos momentos de crise estrutural? (KJAER, 2010, p. 4) Implicam esses movimentos numa forma de potencial autossubversivo inerente ao próprio sistema jurídico? (TEUBNER, 2009; FEMIA, 2013, p. 305 ss.; BRUNKHORST, 2014; MENKE, 2015; ELMAUER, 2015). Interessa aqui voltar a observação sociológica para um “conceito limítrofe”, na direção de um estudo da “esfera extrema” (SCHMITT, 2006, p. 7), uma realidade na qual surgem os movimentos de protesto que se tornam radicais e revolucionários a ponto de promoverem uma ruptura fundamental do tecido jurídico-político da sociedade (poder destituínte), ao passo em que levam à fundação de um “novo direito” (MENKE, 2015, p. 309 ss.; AGAMBEN, 2013, p. 14).

## 2. Violência fundadora e ruptura fundamental: direito e revolução

[...] Desordem, revolta, divergência, variabilidade e mudança.

[...] Motim a bordo (TEUBNER, 2009, p. 12).

Ao questionamento de Luhmann sobre a relevância dos movimentos de protesto na sociedade opõe-se a possibilidade da “ruptura fundamental” que estes podem promover em processos revolucionários. As revoluções levam quase sempre a alterações drásticas nas formas de organização e estruturação dos sistemas sociais, inclusive implicando em diferentes modos de diferenciação social, seja em sua forma “revolucionária” (alteração do *status quo*) ou “reativa” (manutenção do *status quo* e até mesmo desdiferenciação política). Talvez esse seja um dos “pontos cegos” da análise de Luhmann sobre as implicações dos movimentos de protesto na sociedade moderna - faz-se necessário mensurar seu poder revolucionário. Em determinados momentos de seu crescimento e efervescência, alguns movimentos de protesto tem a possibilidade avassaladora de ganhar dimensões “catastróficas” (LUHMANN, 2007, p. 519; 1997, p. 655), atuando

como “ficções nucleares” (BRUNKHORST, 2009, p. 451)<sup>3</sup> que rompem e alteram as estruturas outrora estáveis no sistema.

Walter Benjamin e Carl Schmitt estiveram atentos à relação entre os fenômenos específicos que disso emergem, tais como o “poder fundador” e a “violência” (*Gewalt*), em que pese o viés ontológico assumido nestas perspectivas. Inclusive, dessas análises é possível extrair o próprio conceito de “poder constituinte” (*pouvoir constituant*), tão caro ao direito constitucional. No bojo destas análises estão compreendidas as lições tomadas do passado, tais como a Revolução Francesa e as revoluções liberais (1789-1848) (HOBSBAWM, 1977, p. 127 ss.) que estão na base do constitucionalismo moderno, bem como eventos posteriores como a Revolução Russa (1917) e sua essencialidade para a consolidação dos direitos sociais. Por outro lado, as “revoluções conservadoras” (ou contrarrevoluções [*Konservative Revolutionen*])<sup>4</sup> da primeira metade do século XX, que levaram a regimes totalitários<sup>5</sup> e desdiferenciação sistêmica, também surgem nesse complexo cenário oscilante de aparecimento e desaparecimento do paradoxo fundador.

Importante ressaltar novamente que nesta análise não se remete aqui ao sentido ontológico de poder (*Macht*) e violência (*Gewalt*), como o assumido na tradição schmittiana (Sorel-Benjamin-Schmitt), e nem mesmo a uma primazia desses “meios de comunicação simbolicamente generalizados” no sistema social, antes, chama-se a atenção para a capacidade que esses meios, em especial na forma de “violência” (*Gewalt*), possuem no sentido da “transformação” (desparadoxização) dos próprios sistemas jurídico e político, com implicações diretas sobre estruturação, organização e diferenciação social. Cabe aqui, distinguir “poder” (*Macht*) e “violência” (*Gewalt*). O primeiro pode ser entendido como meio de comunicação simbolicamente generalizado, conforme o conceituado na tradição sociológica que vai de Parsons a Luhmann (1985, p. 5 ss.).<sup>6</sup> A “violência” (*Gewalt*), por sua vez, deve ser conceitualmente empregada segundo a semântica benjaminiana. Sendo assim, a violência pode ser compreendida de dois modos: (i) como “poder” ou (ii) como “violência”, a depen-

3 Não há que confundir o tipo de ação desses movimentos com os de grupos minoritário que estão na base do movimento “*black bloc*” ou das facções envolvidas com “terrorismo”. Para mais detalhes, ver Fuchs (2004, p. 15 ss.).

4 Para um conceito de contrarrevolução, ver especialmente Marx (2011).

5 A respeito da ideia de “revolução conservadora”, ver Mohler (1950). Para outros detalhes sobre o nacional-socialismo e a ascensão de Adolf Hitler ao poder, ver Schmitt (1997, p. 110 ss.); Hobsbawm (2012, p. 119 ss.); Loewenstein (1983, p. 78 ss.); Neumann (1986); Baecker (2012). Importante ressaltar que a Revolução Russa (1917) culminou também num regime totalitário marcado pela ingerência do sistema político sobre os demais.

6 Segundo Parsons (1964, p. 341), na sociedade “*the gene has been replaced by the symbol*”.

der do sentido aplicado, o que acarreta problemas teóricos e conceituais quando do uso deliberado do termo (BENJAMIN, 1986, p. 160, nota 1). Por seu turno, ao falar de “violência”, Luhmann se limita à violência como um acoplamento social a um aspecto físico (LUHMANN, 1985, p. 49 ss.; 1983, p. 123 ss), de modo a restringir seu espectro de abrangência, considerando esta como um mecanismo simbiótico veiculado pelo meio do poder (*Macht*) (LUHMANN, 1985, p. 50), o qual perde espaço na sociedade funcionalmente diferenciada (LUHMANN, 1983, p. 132). No entanto, o que deve ser aqui enfatizado é que a violência (*Gewalt*) pode romper com a circularidade do símbolo “poder” (*Macht*) quando ativada em sua forma fundadora pelos “movimentos de protesto”. Trata-se de uma “massa crítica” (BRUNKHORST, 2009, p. 451)<sup>7</sup> que pode ser ativada no marco político-jurídico da sociedade.<sup>8</sup> Temos aqui uma “violência” (*Gewalt*) fundadora situada no interior do próprio sistema jurídico (autossubversivamente), segundo a concepção benjaminiana. No sentido contrário, a violência (*Gewalt*) pode também servir à conservação do poder (*Macht*) estatal em vigor, visto que a institucionalização do direito é concomitantemente a institucionalização do poder (BENJAMIN, 1986, p. 172).

Retornando às questões basilares do artigo questiona-se: como é possível que os movimentos de protestos se encham de violência fundadora? Quais as consequências que a sociedade pode sofrer com a explosão da onda de violência (*Gewalt*) no sentido de ruptura? Qual a possibilidade da relação entre direito, movimentos de protesto e revolução? Seriam estes movimentos parte constitutiva do próprio sistema jurídico, um potencial autossubversivo que permite ao sistema transcender a si mesmo?

A evolução social mostra que esse “deus-sociedade” não seria tão onipotente como o proveniente da teologia judaico-cristã, pois traria consigo o próprio germen de sua autossubversão. Walter Benjamin, na esteira do pensamento marxista,<sup>9</sup> elaborou de modo nítido a possibilidade bifurcadora que os rompimentos radicais causados por movimentos sociais podem desencadear. Entretanto, o pensador alemão ainda fica preso à velha semântica da sociedade dividida por classes. Valendo-se disso, Benjamin tenta dar cabo de uma descrição do que se derivaria de uma revolução inovadora, operada pela “classe proletária” (a classe vingadora); ou de uma revolução conservadora (reação), dirigida pela “classe dominante”. Essa ideia se desdobra especialmente em três

7 Ver também Brunkhorst (2014).

8 Sobre a relação entre *Macht* e *Gewalt*, ver Benjamin (1986, p. 172).

9 Marx (2011) já havia apontado para essa bifurcação em seu *18 de Brumário de Louis Bonaparte*.

de seus escritos datados de épocas distintas: *A origem do drama barroco alemão*, *Para uma crítica da violência* e as *Teses sobre o conceito de história*. Trata-se aqui de uma trinca de textos mutuamente complementares.

No intuito de transpor a leitura benjaminiana ainda vinculada à antiga semântica da sociedade de classes,<sup>10</sup> para uma leitura sistêmica, é necessário aceitar que esse processo se dá através da dinâmica de determinados acoplamentos estruturais<sup>11</sup> e relações de transversalidade (NEVES, 2009, p. 30 ss.) entre o sistema político, o sistema jurídico e os movimentos de protesto radicais. Em especial, o sistema político moderno acoplado estruturalmente ao sistema jurídico por meio da “constituição” (*Verfassung*) (LUHMANN, 2005, p. 540 ss.; NEVES, 2006, p. 95 ss.; 2007, p. 64 ss.; 2009: 30 ss.), contém em si o gatilho que pode acionar a bifurcação benjaminiana, entre o “retorno do messias” com o triunfo da revolução e uma sociedade funcionalmente diferenciada (em termos sistêmicos), ou com o “eterno retorno” da desdiferenciação política da sociedade, representada pelo “estado de exceção” (*Ausnahmezustand*) (BENJAMIN, 1984, p. 88-91; SCHMITT, 2006, p. 7 ss.; AGAMBEN, 2005, p. 12), alegoricamente representado no “drama barroco alemão”,<sup>12</sup> que segundo Benjamin, sempre foi a regra na modernidade (BENJAMIN, 1987, p. 228; AGAMBEN, 2005, p. 90).

De acordo com Luhmann, a forma dos movimentos de protesto se relaciona com a busca por influência política, “posto que na sociedade moderna já não existe um centro da sociedade total, os movimentos de protesto se encontram unicamente naqueles sistemas funcionais que formam centros, sobretudo o sistema político” (LUHMANN, 2007, p. 677; 1997, p. 853). Nesse ponto, Luhmann abre um flanco que permite intuir consequências mais longínquas de uma relação entre movimentos de protesto, sistema político e direito. Certamente, “a forma do protesto se distingue da forma da oposição política em uma democracia ordenada constitucionalmente” (LUHMANN, 2007, p. 679; 1997, p. 856), pois a oposição faz parte do sistema político, considerando o código binário governo/oposição (*Regierung/Opposition*) (LUHMANN, 2000, p. 20). Não obstante aos movimentos de protesto figurarem como ambiente social do sistema político, esses podem produzir formas de comunicação capazes de gerar “ruídos”, podendo

10 A porosidade do conceito de “classe social” (diferentemente do conceito econômico), levou Hardt e Negri a adotarem o conceito de “multidão” (*multitude*). Para mais detalhes ver Negri e Hardt (2009).

11 Sobre a conceituação luhmanniana de acoplamento estrutural, de modo geral, ver Luhmann (2007, p. 355; 1997, p. 450; 1996, p. 34).

12 Sobre a diferença entre a possibilidade e concepção do Estado de exceção em Schmitt e Benjamin, ver Fischer-Lescano (2017, p. 33).

levar também à alteração de suas estruturas, especialmente quando ativam a violência fundadora (revolução). O poder transformador dos movimentos que promovem rupturas está diretamente ligado à ideia de “revolução jurídica” (BRUNKHORST, 2009, p. 448). Na teoria dos sistemas deve também estar compreendido que a evolução das estruturas normativas da sociedade está ligada à revolução (aprendizagem normativa). Com a queda do antigo regime e do estabelecimento de uma nova constituição pelo chamado “poder (des)constituente”,<sup>13</sup> o sistema jurídico aparece como figura central dos processos revolucionários, aliás, cabe destacar que todas as grandes revoluções historicamente observadas foram verdadeiras revoluções jurídicas (BRUNKHORST, 2009, p. 448; BERMAN, 2009).

Nesses eventos de transição e transformação social parece não ser possível falar em autopoiesis do sistema jurídico, pois o momento de paradoxização irradiado pela “violência fundante” da revolução paralisaria momentaneamente o círculo auto-poético do sistema até a introdução de uma forma de assimetria que o permita recuperar sua operabilidade (LUHMANN, 1990, p. 181). Trata-se aqui da capacidade de auto-organização do sistema social diante de uma condição pós-catastrófica, ou seja, é a capacidade de se gerar ordem a partir da desordem (*order from noise*). A ruptura e a respectiva capacidade de aprendizado provocariam os sistemas jurídico e político a rearticularem seu acoplamento estrutural por meio do momento do “poder constituinte” (*pouvoir constituant*) e consequente estabelecimento de uma nova constituição (desparadoxização). Como bem lembra Brunkhorst, toda revolução social é também revolução jurídica (BRUNKHORST, 2009, p. 443). Aquilo que se inicia como mero movimento de protesto pacífico pode tomar dimensões muito mais drásticas ao se colocar como um momento de autossubversão jurídica (TEUBNER, 2009). Esse panorama levanta a possibilidade da emergência de movimentos de protesto com esse caráter violento e devastador da ordem (AGAMBEN, 2013, p. 11), visto que “a sociedade de risco é uma sociedade catastrófica. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade” (BECK, 2010, p. 28).

13 No sentido de “decisão política fundamental”, ver Schmitt (1982, p. 93 ss). No sentido de “norma fundamental” e sua mudança revolucionária, ver Kelsen (1995, p. 122-123). Agamben (2013, p. 11) distingue entre “poder destituente” (que surge como momento anárquico de queda de um poder que cria/inaugura uma nova realidade) e “poder constituinte” (que recria as formas jurídicas).



### 3. Revoluções jurídicas e hipertrofia política: entre diferenciação e desdiferenciação sistêmica

É certo que constituições inteiras se transformaram a partir de necessidades que surgiram paulatinamente, da ordem antiga que desmoronou etc.; mas, para uma nova constituição, sempre se fez necessária uma revolução formal (MARX, 2010, p. 75)

Como coloca Brunkhorst (2009, p. 450), “revoluções grandes e bem-sucedidas normalmente terminam com um resultado na forma de acordo constitucional conscientemente desejado e finalmente firmado entre os partidos em luta”. Todavia, reforçando o argumento dado inicialmente, no rompimento violento da ordem, se abrem duas possibilidades: (i) a do estabelecimento de uma sociedade funcionalmente diferenciada, ou (ii) o da involução social com o retorno de primados de diferenciação social inadequados à sociedade hipercomplexa (desdiferenciação/subversão da diferenciação funcional),<sup>14</sup> como em sociedades tomadas pelo fundamentalismo religioso ou pelo primado do “político” sobre o “jurídico”, a exemplo dos golpes de Estado (*Coup D’Etat*, *Putsch*) promovidos por movimentos fascistas e comunistas na primeira metade do século XX.<sup>15</sup> Disso se extrai mais uma conclusão importante a respeito da implicação estrutural que os movimentos revolucionários têm sobre o sistema jurídico e seus momentos de paradoxização e posterior invisibilização (desparadoxização) (LUHMANN, 2004, p. 50-1).<sup>16</sup> Longe de uma tese monocausalista, a presente averiguação tem por base a multiplicidade de fatores que podem acionar o gatilho da “revolução”, desde o próprio processo de modernização,

14 Para a ideia de desdiferenciação política, ver Mascareño (2003); Mancilla Ordeñes (2011, p. 107-116). Sobre a possibilidade de subversão da diferenciação funcional, ver Baecker (2012, p. 15). Não apenas a desdiferenciação política, mas também desdiferenciações de ordem religiosa (teológico-política) devem ser levadas em consideração como a Revolução Iraniana (= Revolução dos Aiatolás) de 1979 e a “Primavera Árabe” (2010-2012). Isso é incompatível com a sociedade moderna, como sugere o Larry Catá Backer: “The religion must behave” (BACKER, 2008b, p. 116). Para interessantes estudos acerca do tema, ver Backer (2008a).

15 “Toda tentativa de coordenação externa doravante está diante da alternativa de destruir o sistema” (Brunkhorst, 2009, p. 451). Para mais detalhes, ver Baecker (2012); Möller (2015, p. 139). Para uma aproximação mais detalhada com a experiência do nacional-socialismo, ver Neumann (1986).

16 Ver também Teubner (2016).

até crises, corrupção e exclusão, implicando em grande complexidade social. Não é possível prever o momento no qual a ruptura pode ocorrer, e muito menos como se desdobrará, pois é impossível reconstruir a cadeia causal desses eventos que levam a ele. Entretanto, Brunkhorst (2009, p. 448) observa que a evolução da diferenciação social e a evolução das estruturas normativas (revolução) se dariam como dois processos evolucionários entrelaçados.

Brunkhorst (2014, p. 462) percebeu o importante papel que a temática da “revolução” tem no sistema jurídico e nas transformações constitucionais, todavia, não relacionou isso aos movimentos de protesto massivos. Do mesmo modo, deixou de aprofundar sua análise no vetor que aponta para o sentido contrário da “revolução” – a *desdiferenciação funcional*. Nos processos de *desdiferenciação*<sup>17</sup> os movimentos de protesto, ao invés de desencadear o aprendizado das estruturas normativas, podem tomar a frente nos processos de hipertrofia política (como nos casos do nazismo, do fascismo e do comunismo).<sup>18</sup>

Cabe agora trazer de modo enriquecedor as contribuições das ideias de Benjamin por meio de uma transposição adequada para a teoria dos sistemas. Não obstante, o viés escatológico e messiânico de Benjamin, Luhmann admite que a leitura que Benjamin faz entre direito e violência (*Gewalt*) é sugestiva, sem, contudo, entrar em detalhes dos motivos dessa sugestividade (LUHMANN, 1983, p. 162, nota 131), a qual se tenta explorar aqui. Além disso, em Benjamin está explícita a possibilidade bifurcadora assumida nos momentos de ruptura da ordem político-jurídica da sociedade. Luhmann toma a teoria de Walter Benjamin como a de um observador externo ao sistema jurídico, o que sem dúvidas está correto (LUHMANN, 2005, p. 131; 2004, p. 50-1).

Benjamin vai além de Luhmann quando identifica uma força autossubversiva presente no próprio direito, a qual pode ser ativada por meio dos “movimentos de protesto revolucionários” (massa crítica comunicativa). Na leitura de Benjamin a “violência”, pode ser de duas ordens (BENJAMIN, 1986, p. 167; 1977, p. 190):

17 Sobre o conceito de “reação”, ver também Bobbio et al. (2007, p. 1073-1074).

18 Todos os exemplos têm em comum serem regimes totalitários, cf. Loewenstein (1983, p. 78 ss.). Para conferir uma leitura sistêmica do totalitarismo, ver Neves (2007, p. 109, nota 207).

- a) Fundante (*Rechtsetzende Gewalt*) – que rompe com a ordem jurídico-política estabelecida (revolucionária);
- b) Conservadora (*Rechtsendhaltende Gewalt*) – que mantém/preserva o *status quo* do Direito e do Estado;

Trata-se aqui da dupla função da violência (*Gewalt*) que funda ou conserva o direito. Os movimentos de protesto revolucionários carregam consigo esse potencial de irritar o sistema jurídico em direção de um “rompimento fundamental” a partir de dentro, de uma “violência fundante” contra o próprio direito estabelecido. Trata-se da questão do “direito contra o direito” (MARX, 1969, I, p. 249),<sup>19</sup> ou seja, de levar “caos à ordem” (ADORNO, 2008) apoiando a autossubversão da ordem jurídica, num movimento no qual “o direito protesta contra si próprio” (TEUBNER, 2009, p. 12; MENKE, 2015) em nome da “justiça”. Todavia, a história nos ensina que nem sempre as tentativas de revolução triunfam, a porta pela qual o “messias” pode passar é estreita (BENJAMIN, 1987, p. 232). Enquanto Benjamin (1987, p. 228) ainda fica vinculado à antiga semântica da “sociedade de classes” e ao potencial vingador e revolucionário da “classe operária”,<sup>20</sup> sob a ótica da teoria dos sistemas é mais adequado transpor essa ideia para os “movimentos de protesto revolucionários”, os quais podem ser observados sob um ponto de vista da formação de uma “massa crítica” produtora de comunicação “desviante”, “inesperada” e “surpreendente” (BRUNKHORST, 2009, p. 452).

O socialismo real se mostrou um processo desdiferenciante e ingerente, o que nos obriga a desvincular a ideia de revolução da classe oprimida (no sentido marxista) da evolução social. Revolução é entendida agora como um processo, onde estruturas sociais normativas podem levar a sociedade para um novo primado, em outras palavras, ela “liberta o potencial normativo do dever-ser da evolução social em suas grandes decisões sobre estrutura e direção. Na derrogação de uma ordem constitucional e legal antiga e fundamentação de uma nova, de ‘declarações festivas’ e ocasionalmente também de ‘cantorias’” (BRUNKHORST, 2009, p. 454).<sup>21</sup> Porém, no momento de ruptura, ou seja, no momento em que o “movimento de protesto

19 Ver também Marx (2010, p. 74 ss.).

20 Para uma crítica sistêmica ao conceito de classe, ver especialmente Luhmann (2008, p. 72 ss.).

21 Em sentido similar acerca da festividade e da desativação do poder usual, segue Agamben (2013, p. 9): “In every carnival feast, such as the Roman saturnalia, existing social relations are suspended or inverted: not only do slaves command their masters, but sovereignty is placed in the hands of a mock king (*saturnalicus princeps*) who takes the place of the legitimate king. In this way the feast reveals itself to be above all a deactivation of existing values and powers”.

revolucionário” (massa crítica) se levanta em face do marco político-jurídico da sociedade, ao mesmo tempo, se abre uma a possibilidade contrária, a curto ou longo prazo, do advento da desdiferenciação política.

A desdiferenciação pode ocorrer antes mesmo dos movimentos de protesto ganharem caráter revolucionário. Ela é uma reposta do sistema político ao momento revolucionário ou pré-revolucionário, o qual marca a hipertrofia do sistema político, que responde aos “distúrbios sociais” com sua “violência conservadora” da ordem existente, é o que acontece, por exemplo, nas experiências de “golpe de Estado” onde há uma aspiração pelo coordenação externa promovida pela política. Há ainda que se considerar a possibilidade de movimentos de protesto de cunho “retrógrado” ou que apoiem a “reação”, são *survivals* semânticos que levam a sociedade a uma dinâmica desdiferenciante. Trata-se da bifurcação benjaminiana temida em seu “drama barroco alemão” – entre revolução e reação. Está aqui elaborado o que na linguagem da teoria dos sistemas chamaremos de “paradoxo da revolução”. Segundo esse paradoxo, ao mesmo tempo em que a revolução abre a possibilidade da diferenciação funcional, também engendra em si a possibilidade da reação hipertrófica do sistema político para a desdiferenciação ou subversão da diferenciação funcional. A esse paradoxo poderíamos também imputar uma forma de “dialética do esclarecimento” (Adorno & Horkheimer), entre as luzes e as sombras que os processos revolucionários podem lançar.

Superados os ultrapassados conceitos marxistas de “classe” e de “ditadura do proletariado”,<sup>22</sup> faz-se necessário que o processo revolucionário seja seguido de um momento constitucional, democratizante, que possibilite a diferenciação funcional entre sistema jurídico e político. Em outras palavras, apenas por meio de uma constituição é possível a diferenciação dos poderes (legislativo, executivo, judiciário), o sistema político deve ser devidamente delimitado, inclusive com a codificação secundária do código binário lícito/ilícito no sistema político. Nesse sentido, a constituição democrática, como “aquisição evolutiva”, também atuaria como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, não considerando aqui fenômenos anômalos tais como a “alopoesis” (NEVES, 2007, p. 140), a “diferenciação concêntrica” (MASCA-

<sup>22</sup> Para mais desdobramentos com diferentes visões sobre o debate, ver Schmitt (1995, p. 36-7); Trotski (1985, p. 137-141); Kelsen (1993, p. 253 ss.).

REÑO, 2003) e outras “assimetrias negativas” advindas de crises sistêmicas (KJAER, 2010, p. 4).

Benjamin tem em vista o uso da “violência” (*Gewalt*) para libertação da “classe oprimida”. Numa leitura sistêmica é possível transpor isso para os “movimentos de protesto revolucionários” (massa crítica comunicativa) que buscam o rompimento com as relações de dominação presentes em um sistema social marcado por uma realidade política e jurídica estruturalmente deficiente ou insuficiente. Essa averiguação revela a possibilidade de três momentos de ruptura nos sistemas jurídico e político através de uma violência fundadora:

- a) No processo de modernização e diferenciação do sistema social (como nas revoluções liberais, da Revolução Gloriosa à Primavera dos Povos);
- b) Nos momentos de crise do sistema social (como em crises políticas, econômicas ou em situação de exclusão radical);
- c) Nas sociedades onde predomina a corrupção sistêmica;<sup>23</sup>

Cada um dos modelos de ruptura representa um “tipo-ideal” no sentido weberiano (WEBER, 2001, p. 140), por isso nem sempre o encontramos de forma pura na sociedade, ou seja, é possível que eles se combinem entre si, como demonstra a observação empírica. Em suma, o que se pretende enunciar aqui é o modo pelo qual a irritação provocada pelos movimentos de protesto revolucionários pode alterar radicalmente as estruturas dos sistemas jurídico e político, provocando não apenas meras reformas, mas sim verdadeiras formas de aprendizado das estruturas normativas, o que não necessariamente elimina o fato do processo revolucionário caminhar para o lado contrário, no sentido da “reação” e do “golpe” que impedem o advento do “novo direito” (MENKE, 2015, p. 369 ss.), o “estado de exceção” (*Ausnahmezustand*). O duplo horizonte está aberto, é o “drama barroco alemão” – como diria Benjamin alegoricamente, “só pode haver um Sol no mundo, e um príncipe no reino” (BENJAMIN, 1984, p. 91), assim a revolução pode se colocar ou fracassar.

<sup>23</sup> Como foi ensaiado nos recentes protestos que marcaram o Brasil no ano 2013, muito embora não tenham irritado suficientemente os sistemas jurídico e político no marco de seu *Gewalt* fundador.

Benjamin conceitua o movimento dialético entre “poder instituinte do direito” e “poder mantenedor do direito” do seguinte modo:

[...] todo poder mantenedor do direito, no decorrer do tempo, acaba enfraquecendo indiretamente o poder instituinte do direito representado por ele, através da opressão dos antipoderes inimigos [...] isso dura até que novos poderes ou os anteriormente oprimidos vençam o poder até então instituinte do direito, estabelecendo assim um novo direito sujeito a uma nova decadência. A ruptura dessa trajetória, que obedece a formas míticas de direito, a destituição do direito e dos poderes dos quais depende (como eles dependem dele), em última instância, a destituição do poder do Estado, fundamenta uma nova era histórica (BENJAMIN, 1986, p. 174-175; 1977, p. 202-203).

Uma das melhores e mais claras interpretações da construção benjaminiana do direito é feita por Jacques Derrida, a qual tem considerável aceitação no círculo de discussões que envolvem a teoria dos sistemas. No que diz respeito à dupla face do direito e às tendências de revolução e reação nos sistemas jurídico e político, Derrida tece importantes considerações que ajudam a aclarar os propósitos aqui buscados, em especial quando se trata de ligar o potencial revolucionário do direito aos movimentos de protesto e conseqüentemente a um direito autossubversivo (TEUBNER, 2009) ou a um “contra-direito” [*Gegenrecht*] (MENKE, 2015, p. 381 ss.). Segundo Derrida (2007, p. 82), “todas as situações revolucionárias [...] justificam o recurso à violência, alegando a instauração, em curso ou no por vir, de um novo Estado”. Em outras palavras, está previsto neste horizonte a possibilidade do triunfo do “novo direito”, sem contudo eliminar a possibilidade de regressos autoritários.

#### 4. Conclusão

Primeiramente, o grande cuidado que se teve nesta análise foi o da não recorrência ao decisionismo político epifenomenalista (Schmitt). O momento fundador da ordem jurídico-constitucional não pode ser entendido como um evento de caráter ontológico que se coloca como “origem” emanadora (*arché, ἀρχαῖν*), ele é antes de tudo um paradoxo jurídico-político que precisa ser destautologizado com o auxílio da introdução de assimetrias adequadas, como a “violência” (*Gewalt*). Outrossim, pode-se colocar que com advento de uma nova constituição é possível também romper com o paradoxal regresso infinito ao momento da fundação.

O que se pretende mostrar é que o próprio sistema jurídico traz consigo um potencial estremeceador que pode ativar internamente sua face criadora (autossubversiva) (TEUBNER, 2009; FISCHER-LESCANO, 2015, p. 122; WIETHÖLTER, 1989, p. 794 ss.), de modo a promover uma reformulação radical de suas estruturas, o que inclui sobretudo a colocação de uma nova constituição, estabelecendo um novo acoplamento estrutural com o sistema político. Na leitura de Brunkhorst, a revolução provoca o aprendizado das estruturas normativas da sociedade, segundo ele “grandes revoluções bem sucedidas normalmente terminam com um resultado na forma de acordo constitucional conscientemente desejado e finalmente firmado entre os partidos em luta” (BRUNKHORST, 2009, p. 450) trata-se do poder constituinte.

À força autossubversiva do direito, enunciada por Benjamin e depois por Derrida (2007, p.82), podemos relacionar o “poder (des-)constituinte”, o qual atuaria como uma espécie de ponte de transição entre os “movimentos de protesto revolucionários” (massa crítica comunicativa) e o “novo direito”. De modo geral, nunca se deve perder de vista que estamos lidando com a alteração estrutural da sociedade como um sistema mais abrangente, muito embora o foco nesse movimento sejam as alterações nas esferas jurídica e política.

Conclusivamente, a contribuição que busca-se expor é a da presença de uma dupla possibilidade engendrada pelo próprio direito (autossubversivo), em conservar a si próprio (e até mesmo regredir para formas autoritárias com a hipertrofia política), ou romper consigo próprio com auxílio dos movimentos de protesto revolucionários que clamam em nome da “justiça” e dos “indignados”, como bem sintetiza Pasquale Femia (2013, p. 320), “para poder afirmar sua função ordenadora, o direito deve aceitar ser subvertido por estas forças – os protestos contra a dor e a injustiça que ele produz – para que ele possa voltar a cada vez novamente àquilo que deveria ser”. No entanto, isso deve ocorrer sem que se perda de vista a fundamentação do direito pelo próprio direito por meio do “momento constitucional” que emerge como forma de paradoxo fundacional, o qual se desparadoxiza com o advento de uma nova constituição.

**FROM THE PROTEST MOVEMENTS TO THE DESTITUENT  
POWER: BETWEEN THE FUNDAMENTAL RUPTURE AND THE  
FOUNDING LAW'S PARADOX**

• DOUGLAS ELMAUER

## REFERÊNCIAS

- ADORNO, T. W. *Minima Moralia: Reflexionen aus dem beschädigten Leben*. In: *Theodor W. Adorno - Gesammelte Schriften*. Band 4. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984.
- ADORNO, T. W. *Minima Moralia: reflexões a partir da vida lesada*. Rio de Janeiro: Azougue, 2008.
- AGAMBEN, G. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2005.
- AGAMBEN, G. *Elements for a theory of destituent Power*. 2013. Disponível em: <<https://livingtogetherintheheartofthedesert.files.wordpress.com/2014/02/agamben-elements-for-a-theory-of-destituent-power-1.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- BACKER, L. C. Theocratic constitutionalism: an introduction to a New Global Legal Ordering. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, n. 1, 2008 [Islamic Law and Law of the Muslim World Paper No. 08-44.]
- BACKER, L. C. From constitution to constitutionalism: a global framework for legitimate public power systems. *Penn State Law Review*, v. 113, n. 3, 2009.
- BAECKER, D. *Gypsy Reason: Niklas Luhmann's Sociological Enlightenment*. 1999. Disponível em: <[papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2200799](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2200799)>. Acesso em: 10 dez. 2011.
- BAECKER, D. *The Hitler Swarm*. 2012. Disponível em: <<https://www.zu-daily.de/daily-wAssets/pdf/Baecker-HitlerSwarm.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- BACHUR, J. P. *Distanciamento e crítica: limites e possibilidades da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2009. Tese (Doutorado Ciência Política)-Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- BECK, U. *Sociedade do risco*. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BENJAMIN, W. Zur Kritik der Gewalt. In: \_\_\_\_\_. *Gesammelte Schriften II (I)*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977. p. 179-203.
- BENJAMIN, W. *Origem do drama barroco alemão*. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- BENJAMIN, W. Crítica da violência - crítica do poder. In: *Walter Benjamin: documentos de cultura, documentos de barbárie*. São Paulo: Cultrix, 1986. p. 160-175.
- BENJAMIN, W. Sobre o conceito da história. In: \_\_\_\_\_. *Magia e técnica, arte e política*. São Paulo: Brasiliense, 1987. v. 1.
- BERMAN, H. *La formación de la tradición jurídica de occidente*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BOBBIO, N. et. al. *Dicionário de ciência política*. Brasília: UnB, 2007. 2 v.
- BLOCH, E. *Naturrecht und menschliche Würde*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.
- BRUNKHORST, H. Ilusões de factibilidade, declarações festivas e cantorias: sobre a relação entre evolução e revolução no Direito. *Civitas*. Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 440-458, 2009.
- BRUNKHORST, H. *Critical Theory of Legal Revolutions*. London: Bloomsbury Academic, 2014.



- CAMPILONGO, C. F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- DERRIDA, J. *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ELMAUER, D. Direito global e responsividade: uma abordagem crítico-sistêmica do direito em face dos novos desafios da sociedade mundial. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 132-149, jul./dez. 2015.
- FEMIA, P. Infrasystemische Subversion. In: AMSTUTZ, M.; FISCHER-LESCANO, A. (Org.). *Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer normativen Theorie*. Bielefeld: Transcript Verlag, 2013. p. 13-37.
- FISCHER-LESCANO, A. *Ex facto ius oritur: procesos de escándalo y el Derecho Mundial emergente*. *DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 30, p. 435-450, 2007.
- FISCHER-LESCANO, A. *Uma força justa e não violenta? Uma crítica do direito na sociedade global*. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v27n2/1809-4554-ts-27-02-00103.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- FISCHER-LESCANO, A. *Força de direito*. São Paulo: Lumen Juris, 2017.
- FISCHER-LESCANO, A.; MÖLLER, K. *Der Kampf um globale soziale Rechte*. Berlin: Klaus Wagenbach Verlag, 2012.
- FORST, R. *Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- FUCHS, P. *Das System Terror*. Bielefeld: Transcript, 2004.
- HOBSBAWM, E. J. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- HOBSBAWM, E. J. *A era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)*. São Paulo: Cia. das Letras, 2012.
- HONNETH, A. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- KELSEN, H. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KJAER, P. *Law and Order within and Beyond National Configurations*. 2010. Disponível em: <[papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1687013](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1687013)>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- LUHMANN, N. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 2 v.
- LUHMANN, N. *Poder*. Brasília: Editora UnB, 1985.
- LUHMANN, N. *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. *Rechts-historisches Journal* 9. Frankfurt am Main: Löwenklau, p. 176-220, 1990.
- LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.
- LUHMANN, N. *La ciencia de la sociedad*. Ciudad de México: Anthropos, 1996.
- LUHMANN, N. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.
- LUHMANN, N. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000.

• DOUGLAS ELMAUER

LUHMANN, N. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, A.-J.; LOPES JUNIOR, D. (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33-107.

LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, 2005.

LUHMANN, N. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, 2007.

LUHMANN, N. *Ideenevolution*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.

LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1983.

MANCILLA ORDEÑES, N. La constitución (chilena) y los derechos fundamentales ante los intentos desdiferenciadores de la política. In: CADENAS, H.; MASCAREÑO, A.; URQUIZA, A. (Ed.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría*. Aportes a los análisis de la complejidad social contemporánea. Santiago de Chile: Ril Editores, 2012. p. 107-116.

MARX, K. *Das Kapital*. Berlin: Dietz, 1969. 3 v.

MARX, K. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARX, K. *O 18 de brumário de Luís Bonaparte*. São Paulo: Boitempo, 2011.

MASCAREÑO, A. *Teoría de sistemas de América Latina*. Conceptos fundamentales para la descripción de una diferenciación funcional concéntrica. *Persona y Sociedad*. 2003. Disponível em: <[www.personaysociedad.cl/teoria-de-sistemas-de-america-latina-conceptos-fundamentales-para-la-descripcion-de-una-diferenciacion-funcional-concentrica](http://www.personaysociedad.cl/teoria-de-sistemas-de-america-latina-conceptos-fundamentales-para-la-descripcion-de-una-diferenciacion-funcional-concentrica)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

MENKE, C. *Kritik der Rechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2015.

MOHLER, A. *Die Konservative Revolution in Deutschland 1918-1932*. Stuttgart: Friedrich Vorwerk Verlag, 1950.

MÖLLER, K. *Crítica do direito e teoria dos sistemas*. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v27n2/1809-4554-ts-27-02-00129.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

NEGRI, A.; HARDT, M. *Multitude: War and Democracy in the Age of Empire*. London: Penguin Books, 2009.

NEUMANN, F. *Behemoth*. Frankfurt am Main: Fischer, 1986.

NEVES, M. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PARSONS, T. Evolutionary universals in society. *American Sociological Review*, v. 29, n. 3, p. 339-357, 1964.

RIBEIRO, P. H. *Entre eclusas e espelhos: a esfera pública vista a partir de uma leitura crítica de Niklas Luhmann e de debates contemporâneos*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado)-Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SCHMITT, C. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982.

SCHMITT, C. Diktatur. In: *Staat, Großraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

SCHMITT, C. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TEUBNER, G. *Self-subversive Justice: contingency or transcendence formula of Law?* Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1416033](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416033)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

TEUBNER, G. *Exogenous Self-binding: How Social Systems Externalise Their Foundational Paradox in the Process of Constitutionalisation*. 2016. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2432628](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2432628)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

TROTSKI, L. *A revolução permanente*. São Paulo: Kairós, 1985.

WEBER, M. *Metodologia das ciências sociais*. Parte 1. São Paulo: Cortez, 2001.

WIETHÖLTER, R. Ist unserem Recht der Prozeß zu machen? In: HONNETH, A.; MCCARTHY, T.; OFFE, C.; WELLMER, A. (Org.). *Zwischenbetrachtungen. Im Prozeß der Aufklärung*. Jürgen Habermas um 60. Geburtstag. Frankfurt am Main: s. n., 1989. p. 794-812.