

TRÊS MATRIZES DE SOCIOLOGIA DA CONSTITUIÇÃO: DOS CLÁSSICOS AOS CONTEMPORÂNEOS

Lucas Fucci Amato*

RECEBIDO EM:	18.10.2017
APROVADO EM:	30.11.2017

* Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), com estágio doutoral como *Visiting Researcher* na Harvard Law School, Estados Unidos, e bacharel em Direito pela USP. E-mail: lucas.amato@usp.br

- **RESUMO:** A proposta deste artigo é mapear três matrizes ou tradições sociológicas com preocupações de análise da constituição. São as três tradições centradas ao redor dos clássicos de Weber, Durkheim e Marx. A elas associa três autores contemporâneos com obras de grande extensão na teoria social e com focos bem marcados na teoria social do direito: Habermas, Luhmann e Unger. Partindo de Weber, Habermas interpreta o problema da racionalidade social, analisando o constitucionalismo sob o prisma de uma intermediação entre a ação estratégica e a ação comunicativa. Luhmann associa-se à tradição durkheimiana da diferenciação social, identificando a constituição como acoplamento estrutural entre política e direito. Finalmente, a tradição marxista centra-se no problema das estruturas sociais e aborda as formas jurídicas em coordenação com os modos de produção. Unger apresenta uma crítica à visão tipológica das sociedades e aborda os contextos formadores que levaram às ondas liberais, democráticas e sociais do constitucionalismo.
- **PALAVRAS-CHAVE:** sociologia da constituição; teoria constitucional; sociologia dos direitos.
- **ABSTRACT:** This paper aims at mapping three sociological matrices or traditions with concerns regarding constitutional analysis. They are the traditions centered around the classics of Weber, Durkheim, and Marx. I associate with them three contemporary authors with works of wide extension in social theory as so as with well-remarked focus on a social theory of law: Habermas, Luhmann, and Unger. Starting from Weber, Habermas interprets the problem of social rationality, analyzing constitutionalism under the lens of intermediation between the strategic action and the communicative action. Luhmann is associated with the Durkheimian tradition of social differentiation and identifies the constitution as the structural coupling between politics and law. Finally, the Marxist culture is centered on the problem of social structures and approaches the legal forms in coordination with the modes of production. Unger presents a critique of the typological vision of society and approaches the formative contexts that conducted to the liberal, democratic and social waves of constitutionalism.
- **KEYWORDS:** sociology of constitution; constitutional theory; sociology of rights.

1. Introdução

Como a sociedade pode ser coordenada e como os direitos e poderes constitucionais atuam nessa coordenação interna? Por uma racionalização de impulsos passionais na

construção de uma ordem de solidariedade independente da bondade individual (o contrato social)? Por uma crescente generalização de valores e símbolos que faça frente à diferenciação social (Durkheim, Parsons)? Pela crença na legitimidade da dominação que regule a arbitrariedade do poder-violência (Weber)? Pela separação do homem privado em relação ao cidadão público, pela consagração do estranhamento entre produtor da ordem social e produto dessa ordem (Marx)?

Este artigo procura sistematizar ilustrativamente três vertentes sociológicas preocupadas em analisar as instituições constitucionais. Elas são abordadas por meio da referência a seus “pais fundadores” (Marx, Durkheim e Weber), a alguns de seus herdeiros na teoria social contemporânea (Unger, Luhmann e Habermas) e também a estudos e modelos específicos de análise da constituição representativos de cada uma dessas correntes. Trato primeiro da vertente weberiana e habermasiana, destacando seu potencial para o entendimento das instituições constitucionais por meio da teoria do constitucionalismo societal de David Sciulli. Depois, abordo a refundação da ideia durkheimiana da diferenciação social por meio da teoria dos sistemas de Luhmann, observando tanto suas considerações sobre a gênese e o desenvolvimento do constitucionalismo quanto seu potencial para descrever as instituições constitucionais - os poderes e direitos. Finalmente, trato da crítica de Unger à visão dos modos de produção de Marx, enfocando configurações variáveis do constitucionalismo: primeiro, em seu formulário liberal clássico; depois, sob a pressão da democratização eleitoral; e, finalmente, com a onda da política social-democrata.

2. Racionalidade: a matriz Weber-Habermas

Habermas apresentou uma concepção da evolução social que a aponta como produto do desenvolvimento de estruturas normativas, isto é, da consciência moral da sociedade, a qual é condicionada pela dinâmica das forças produtivas e pela complexidade social. Em uma escala dos níveis de desenvolvimento cognitivo e moral da sociedade, Habermas localiza no último estágio a autoafirmação social de uma eticidade universal, fundada em princípios de justiça como o respeito pelos direitos humanos e pela dignidade da pessoa humana. Como em uma sociedade que atingisse, em termos gerais, tal nível de consciência moral nem todos agiriam conforme as premissas éticas universais, surgiria o problema da contraposição entre preferências valorativas particulares (moral grupal ou individual) e ética universal, sendo que uma opção unilateral pela última forma teria uma consequência destrutiva sobre a pluralidade de interesses, valores e discursos que marca a modernidade, heterogeneidade, esta muitas vezes tensa e irreduzível a um

denominador comum de “consenso mínimo” (HABERMAS, 1987, p. 153-197; NEVES, 2008, p. 26-58).

A diferenciação da sociedade em uma série de sistemas com códigos e programas próprios relaciona-se à análise marxiana da neutralização da moral pela organização capitalista das relações de produção e à perspectiva weberiana da racionalização ocidental como um processo de desintegração de uma unidade axiológica de fundo religioso, com a conseqüente formação de esferas de valor regidas por racionalidades próprias e o avanço da racionalidade com respeito a fins (utilitários), em detrimento dos outros tipos de orientação da ação (tradicional, afetiva e até mesmo racional com respeito a valores) – considerados irracionais diante daquela (HABERMAS, 1984, p. 143-271; WEBER, 1978, p. 590-602; 2003, p. 155-184).

Por outro lado, no movimento de secularização que marca a modernidade, também se diferenciaram discursivamente esferas voltadas primariamente ao entendimento, como a arte, a moral e o direito. Neste, por exemplo, a orientação teleológica das ações e decisões conforme o princípio da dignidade da pessoa humana seria um claro exemplo de ação racional com respeito a valores. Assim, partindo de Weber (1987), Habermas (1984) identifica como marca da modernidade a diferenciação entre dois campos do agir.

De um lado, guiado pelo “reconhecimento de pretensões normativas de validade” e reproduzido “mediante atos de entendimento”, está o *mundo da vida* (HABERMAS, 1987, p. 153-197), constituído de convicções difusas e não problematizadas, crescentemente racionalizado em termos de discursos voltados à construção do entendimento intersubjetivo e do consenso (razão prática). Na ação comunicativa, em vez do êxito buscado por meio de outras pessoas e coisas, busca-se a harmonização entre fins individuais e uma situação compartilhada – a racionalidade então consiste na disposição ao entendimento e, diante de perturbações da comunicação, na disposição para refletir sobre as regras da linguagem e retomar o entendimento.

De outro lado, como cenário de “entrelaçamentos fáticos de interesses”, estão os *sistemas sociais* em sentido estrito – de ação econômica e (público-)administrativa racional com respeito a fins (HABERMAS, 1987, p. 153-197). Nesses sistemas, crescentemente complexos, a ação orienta-se pelo “cálculo egocêntrico de resultados” (HABERMAS, 1987, p. 196) e dirige-se ao êxito técnico, com base em uma racionalidade com respeito a fins (instrumental ou estratégica).

Assim, divisa-se uma noção estrita de sistema, que se circunscreve à economia e ao “poder administrativo”. Por oposição,

· LUCAS FUCCI AMATO

[...] [a] ciência, a religião, a arte, a educação e parcialmente o direito, assim como a política nas “formas democráticas de formação discursiva da vontade” (poder comunicativo), não se constituem sistemas, mas sim níveis reflexivos de reprodução simbólica do mundo da vida (NEVES, 2008, p. 74).

A distinção entre os campos se efetua, portanto, pela orientação que o agente confere a seu discurso, podendo este produzir efeitos secundários em outros planos – por exemplo, um discurso voltado à construção do consenso pode conter elementos estratégicos e produzir colateralmente efeitos de ordem estratégica. O desenvolvimento do “desacoplamento” entre sistema (em sentido estrito: economia e poder administrativo) e mundo da vida faz com que este, inicialmente coextensivo a todo o sistema social (pouco diferenciado), seja enfim considerado como apenas um subsistema entre outros, embora mantenha a primazia na determinação da consistência do sistema social, já que os mecanismos dos sistemas racional-finalísticos têm que “ancorar-se” no mundo da vida.

Quanto à relação entre sistema e mundo da vida, a expansão ideológica e dominadora da racionalidade instrumental ou estratégica (sistêmica), com pretensões de colonização sobre o mundo da vida, racionalizado na busca do entendimento, produz-se quando os “meios de comunicação deslinguistizados” (HABERMAS, 1984, p. 8) (dinheiro e poder) invadem destrutivamente as esferas orientadas para o entendimento, bloqueando sua autorreprodução.

É no mundo da vida, como “uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento” (HABERMAS, 1987, p. 139), que se estruturaria, nesse modelo, a esfera pública. Reproduzida pelo agir comunicativo, a esfera pública filtra e sintetiza comunicações, condensando opiniões públicas sobre cada tema. Em uma sociedade democrática, a esfera pública constrói-se dinamicamente e com porosidade às reivindicações e aos discursos da sociedade civil. Essa sociedade é integrada por movimentos, organizações e associações que ecoam os problemas sociais da esfera privada e os traduzem para questões de interesse geral na esfera pública política. Ao passarem pelo filtro da esfera pública política, os discursos informam o processo legislativo democrático. O foco do modelo de Habermas (1996) está, portanto, no consenso construído a partir de discursos, valores e preferências presentes na sociedade.

O grau mais elevado em abstração no argumento habermasiano constitui o “princípio do discurso”, que condiciona a validade das normas ao assentimento hipotético dos potencialmente afetados; de outro lado, concretamente, a legitimidade do direito gerado depende da “eticidade democrática dos cidadãos e da cultura política liberal” (HABERMAS, 1996, p. 459-461). O “princípio da democracia” é, então, constituído na

conjunção entre o “princípio do discurso” e a “forma jurídica”, e aparece - o próprio princípio - como “núcleo de um sistema de direitos” (HABERMAS, 1996, p. 121). Eis o cerne da reflexão constitucional de Habermas.

Assim, na situação de laboratório da filosofia política, a deliberação do contrato social, decide-se a favor da solução institucional com a qual todos os potencialmente afetados poderiam concordar, uma vez ouvidos (o princípio do discurso, que por meio do direito alia-se ao princípio da democracia, em Habermas); ou a favor da garantia das liberdades políticas fundamentais (“princípio da liberdade igual”) e do “princípio da diferença”, que permite as desigualdades em benefício dos menos privilegiados (RAWLS, 1999).

O desafio aqui, como critica Unger (1996, p. 4-6, 170-182), é encontrar saída ao compromisso instável que esse tipo de filosofia política contemporânea - exemplificada nas obras de Rawls e Habermas - precisa fazer entre o racionalismo e o historicismo. De um lado, há a imaginação de critérios formais impessoais pelos quais se poderia definir e julgar uma estrutura básica da sociedade justa, relativamente neutra entre concepções concorrentes de bem, não enviesada por considerações particularistas de valores, poderes e preferências que marcam os sujeitos concretos. De outro lado, é a autoridade das crenças e instituições vigentes nos contextos aos quais a teoria se dirige (os Estados democráticos liberais; mais proximamente, os países do Atlântico Norte) que fornece as tradições e experiências a partir das quais se constrói o exercício reflexivo da teorização normativa e seu resultado se torna verossímil.

Ainda, pode-se destacar importante crítica às teorias críticas proponentes de versões de “democracia deliberativa”. A acusação é de um “desconforto com a democracia” manifestado, entre outras modalidades, “em um ideal de democracia deliberativa como mais aceitável quanto mais perto em estilo de uma conversação cortês entre cavalheiros em uma sala de estar do século dezoito” (UNGER, 1996, p. 73). A questão aí é uma tentativa de idealizar filtros de um discurso não enviesado em favor dos interesses poderosos, enquanto não se identifica diretamente o que modificar na institucionalidade atual de uma democracia de massas contida basicamente no figurino de um liberalismo protodemocrático, corrigido pela extensão do sufrágio e pelos programas redistributivos do estado social.

Como observa Luhmann (1996a), é certo que a terapia do discurso não enviesado e não distorcido pelo poder e pelo dinheiro precisa passar de “evento metafórico” a forma institucional concreta - formação da opinião pública pelos meios de comunicação de massa, participação eleitoral, partidos e parlamentos. Mas, então, a hipótese normativa de que todos poderiam concordar com o que foi deliberado não pode repousar na

· LUCAS FUCCI AMATO

idealização dos ausentes; depende da escolha dos representantes que efetivamente deliberam nessas arenas e do que os legitima a escolher em nome de todos. As formas de exclusão e estigmatização econômica, étnica, sexual, nacional, religiosa atuam mesmo na autosseleção dos participantes diretos, em seu interesse na deliberação, se não na escolha dos escolhedores por terceiros. A formação do consenso ganha então seus ares socialmente problemáticos. É a isso que Unger (2001, p. xxiv-xxv, xcii, xcvi) se refere quando observa que os arranjos institucionais das democracias contemporâneas levam a política a oscilar entre sua reprodução normal observada e capturada por minorias organizadas e surtos revolucionários que despertam as maiorias desorganizadas. Essa diferença - minorias organizadas e maiorias desorganizadas - define, afinal, a descontinuidade entre esfera pública abrangente e centro organizado de decisão ou a colonização corporativista, particularista e desmobilizadora do centro decisório pela periferia política dominada por *lobbies*, partidos e grupos de pressão que moldam a opinião pública e publicada por seus interesses e a mantêm desmobilizada para refletir, repercutir e defender os interesses majoritários na tomada de decisões coletivamente vinculantes.

O que a institucionalidade constitucional demandada pela reconstrução normativa de Habermas acrescenta ao horizonte conhecido de separação de poderes, burocracia pública e direitos civis e políticos complementados por benefícios sociais? Difícil dizer. Afinal, enquanto Unger (ver análise infra tópico 4) ainda pretende reconstruir os arranjos de poder e dinheiro, Habermas toma a postura defensiva de salvaguardar espaços do “mundo da vida” (pela ação dos nem tão “novos” movimentos sociais, ecológicos, pacifistas, feministas) contra a “colonização” pela ação estratégica que domina o Estado e o mercado (“sistemas”). Não está no horizonte remodelar a política e a economia (ANDERSON, 1992, p. 143-144).

Assim como Unger (1996, p. 82-83) apresentou a análise jurídica racionalizadora (ancorada em princípios e políticas) como uma “terapia evasiva”, que, ao idealizar o direito estabelecido, desencoraja a análise realista sobre seus defeitos e a proposição de reformas (a serem encaminhadas na arena política), a teoria normativa de Habermas (1984, p. 20-21), ao buscar expandir para o plano da sociedade, das organizações e dos sistemas funcionais o trabalho terapêutico de uma sessão de psicanálise, parece idealizar institucionalidade real da política democrática ou fugir a ela, como que enfatizando um poder esclarecedor da opinião pública diante das organizações (partidos, grupos de pressão, parlamento, governo). Mas bastará o contrapeso da esfera pública política, sem remodelar a esfera organizada? Ademais, assim como a teoria do direito idealista com

a qual se afina, a filosofia política liberal de fim do século XX parece não dispor de uma diferenciação clara entre as esferas públicas do direito e da política.

Mas podemos encontrar uma interessante análise e proposição institucional ancorada na linhagem de Weber e Habermas na *Teoria do constitucionalismo societal*, do sociólogo e cientista político estadunidense David Sciulli. Sciulli (1992, p. 2, grifos do autor) interpretou que as críticas dirigidas às instituições e práticas das democracias ocidentais, em correntes tais como a teoria da dependência latino-americana, mas também em suas equivalentes no Norte, acabam por compartilhar o “*pressuposto das possibilidades exauridas*”, isto é de que

[...] [a]s muito particulares instituições políticas e práticas sociais que caracterizam as democracias ocidentais existentes *exaurem* as possibilidades de os atores em todo e qualquer lugar no mundo (a) estabelecerem uma ordem social não autoritária e (b) assegurarem oportunidades de integração social, em oposição ao controle social.

De outro lado, tais teorias compartilham também a ideia de uma “*lacuna de possibilidades de integração*”, isto é,

[...] [a] falha em distinguir analiticamente entre (a) uma ordem social que repousa em alguma medida na integração social *possível* de atores heterogêneos e grupos concorrentes e (b) uma ordem social que repousa exclusivamente ou crescentemente em seu controle social manifesto (SCIULLI, 1992, p. 2, grifos do autor).

Decerto, tal situação espelha em termos gerais o diagnóstico de toda a teoria social, desde Marx e Weber, mas, notou Sciulli (1992, p. 40), “os teóricos da constituição e os teóricos liberais de nenhum modo alteraram seus retratos do Estado liberal e da economia de mercado”.

Durante o século XX, mesmo nomes como Loewenstein e Sartori permaneceram longe do estado da arte da teoria sociológica e apenas mais recentemente é que o direito constitucional tem requerido a assistência das ciências sociais para ampliar o potencial analítico jurídico – destaca-se nesse sentido a aproximação que autores estadunidenses como Dworkin, Ely e Ackerman fizeram nos anos 1980 em direção a uma compreensão sociológica.

Fundado então no “dilema weberiano” do autoritarismo no Estado e na sociedade civil, resultado de uma intensa competição pelo controle social e pela manutenção autoritária de uma ordem imposta, Sciulli (1992, p. 40-53) vislumbra no “constituciona-

• LUCAS FUCCI AMATO

lismo societal” as correspondentes oportunidades de correção, ou seja, de (auto)restrições do Estado e da sociedade civil. O “limiar institucional” do “constitucionalismo societal” são as “formações colegiais” e os princípios de interpretação do direito. Tal limiar é construído para lidar com o “dilema weberiano” da pressão em direção à racionalização das esferas de valor (ou à redução da razão à razão instrumental fundada na lógica econômica) identificada por Weber, retrabalhada por Parsons (esquematismo fim/meio) e reconstruída por Habermas (ação instrumental e estratégica versus ação comunicativa) (SCIULLI, 1992, p. 183-213).

Sciulli (1992, p. 54-60) aponta então as instituições de contenção de exercício intencional ou sistêmico de poder construídas na tradição ocidental. Essas instituições seriam ora “diretamente substantivas”, ora fundadas na “mediação procedimental”; ora repousantes na competição autointeressada por recursos e influência, no agir estratégico ou instrumental, ora demandantes de ação comunicativa, de apelo normativo; ora contenções ao poder “internas” à dinâmica da racionalização, ora contenções “externas” à pressão da racionalização ocidental, com suas tendências de sufocamento da liberdade e perda do sentido do mundo. O resultado desses cruzamentos é esquematizado no Quadro 1.

QUADRO 1 • INSTITUIÇÕES CONSTITUCIONAIS COMO LIMITAÇÕES INTERNAS E EXTERNAS DA AÇÃO

		Estratégicas	Normativas
Limitações internas	Diretamente substantivas	Competição de grupos Redes de patronagem e clientelismo	Proscrições religiosas Direitos naturais Divisão de poderes
	Mediação procedimental	Eleições Executoriedade racional-legal	Interpretabilidade do direito
Limitações externas	Mediação procedimental	X (Não há limitação estratégica externa ao agir estratégico)	Constitucionalismo societal
	Diretamente substantivas	Nacionalismo Religião de Estado	Formações colegiais Direito natural Tradições nacionais

FONTE: SCIULLI (1992, P. 58).

Identifica-se, então, um tipo de instituição de ancoragem normativa, fundada nos padrões de interpretação do direito internos à ação estratégica, mas também lastreada em instituições colegiais, cuja organização e procedimento encaminham uma ação

comunicativa, voltada ao consenso e ao entendimento. Aí estariam as formações colegiais, que permitiriam expandir o constitucionalismo para além do Estado.

O “constitucionalismo societal”, encarnado em “formações colegiais” que seguem determinados “padrões de interpretação do direito”, constitui-se em mecanismos de mediação procedimental que se instalam em condições de competição de grupos e atores heterogêneos, mas ao mesmo tempo constituem um *locus* externo ao âmbito da ação estratégica e instrumental (a pressão racionalizadora weberiana), pois não se baseiam na ação estratégica (como também não se baseavam nesta as instituições do nacionalismo e da religião de Estado), mas proporcionam um agir orientado normativamente, embora não substantivo (como o direito natural e as “tradições nacionais”), e sim procedimental (SCIULLI, 1992, p. 58).

Assim, mantém sua externalidade em relação à “pressão racionalizadora” da modernidade (reduzindo o agir ao agir instrumental e estratégico), mas coloca-se em contato com as instituições típicas do Estado democrático de direito, de contenções “internas” à racionalização instrumental (sejam instituições em si fundadas no agir estratégico, como a competição de grupos, as eleições, o *enforcement* racional-legal, sejam mesmo aquelas de cunho normativo, como a divisão de poderes) (SCIULLI, 1992, p. 59-67, 79-83).

O “constitucionalismo societal” é uma resposta à “soberania dos interesses subjetivos dos atores, incluindo o comportamento do *Homo economicus* nos mercados econômicos e políticos” (SCIULLI, 1992, p. 67). Trata-se de um construto a desafiar a “presunção das possibilidades esgotadas” típica de uma ideologia excessivamente otimista que resume a governo democrático e mercado livre os complexos desafios institucionais das estruturas contemporâneas de poder e desigualdade.

Tal constitucionalismo corporifica-se em um mecanismo institucional e procedimental “externo” à pressão racionalizadora¹: “formações colegiais”. Estas implementam certos padrões de interpretação e realizam uma “ação voluntarística” nas diversas organizações da sociedade, construindo nestas uma “esfera pública” que modera o exercício de poderes e promove possibilidades de integração social. Para Sciulli (1992, p. 77, grifos do autor),

1 Para Sciulli (1992, p. 77, grifos do autor): “Contenções externas procedimentais são instituições e normas em que atores heterogêneos e grupos concorrentes confiam, na prática, sempre que reconhecem que exercícios de poder coletivo de fato racionais estão, todavia, contribuindo *inadvertidamente* para a pressão da mudança social em direção a burocratização, controle e autoritarismo social. Se eles confiam nessas contenções explicita ou implicitamente, consciente ou inconscientemente, é de importância secundária. O que é de importância primária é se específicas contenções procedimentais externas podem ser isoladas, em princípio, e então alocadas sem ambiguidade nas sociedades civis existentes, na prática. Argumenta-se ao longo do resto deste volume que *unidades sociais (e governamentais) organizadas na forma colegial institucionalizam contenções externas procedimentais simplesmente por sua presença*”.

• LUCAS FUCCI AMATO

[...] a mera presença de formações colegiais em qualquer sociedade civil moderna institucionaliza uma específica *infraestrutura social* que sublinha tanto uma direção não autoritária da mudança social quanto possibilidades para a integração social de atores heterogêneos e grupos concorrentes.

Essas formações combinam de modo peculiar três construtos que Sciulli reconstrói: o limiar (*threshold*) procedimental de interpretação de Lon Fuller, a “ação voluntarística” descrita por Talcott Parsons e a “ética do discurso” de Jürgen Habermas. O Quadro 2 esquematiza tal procedimento teórico reconstrutivo.

QUADRO 2 • O CONTEXTO CONCEITUAL DO CONSTITUCIONALISMO SOCIETAL

	Weber	Habermas	Parsons reformulado	Constitucionalismo societal
Ação racional	Ação racional com relação a fins	Ação instrumental Ação estratégica	Ação racional (meios instrumentais/ fins quantificáveis)	Normas e instituições <i>racionais</i> Ação institucionalizada estratégica e instrumental Mercados e burocracias (por exemplo, lucros econômicos, casos da burocracia, votos democráticos)
Campo não racional	Ação racional com relação a valores	Ação comunicativa	Ação voluntarística (meios normativos/ fins qualitativos)	Normas e instituições <i>procedimentais</i> Orientações normativas institucionalizadas Licitude procedimental e formações colegiais (por exemplo, corpos deliberativos, divisões de pesquisa, associações profissionais, universidades)
		Ação normativa		Normas e instituições <i>substantivas</i> Motivações normativas internalizadas Tradição, religião, cultura (por exemplo, famílias, bairros, comunidades, movimentos sociais, grupos étnicos e nacionalistas)
	Ação racional substantiva	X	Ação simbólica ou não racional (meios normativos/fins transcendentais)	

FONTE: SCIULLI (1992, P. 155, GRIFOS NOSSOS).

A redução da moralidade do direito a limiares procedimentais de interpretação empreendida por Fuller (1969, p. 33-94) resulta em alguns princípios que constituem

condicionamentos procedimentais internos à dinâmica de competição dos grupos sociais e atores heterogêneos, evitando autoritarismo e possibilitando-lhes a deliberação sobre deveres sociais compartilhados (*shared social duties*): 1. generalidade; 2. promulgação (informação); 3. prospectividade (não retroatividade); 4. clareza (sobre o reconhecimento do cumprimento ou descumprimento das normas – *compliance*); 5. não contradição (das prescrições); 6. possibilidade (do que é prescrito); 7. constância (consistência); 8. congruência (entre condutas e deveres proclamados relativos àquelas) (SCIULLI, 1992, p. 112-113).

Já a ação voluntarística é conceituada por Sciulli (1992, p. 131-149) em um quadro reconstrutivo da sociologia weberiana e parsoniana. Assim, ao lado do campo da ação racional (meios eficientes/fins empiricamente quantificáveis) e da ação não racional (meios simbólicos que são normas substantivas/fins não empíricos transcendentais), surge o campo residual da ação que não é racional em sentido estrito (a ação instrumental ou estratégica burocrática ou econômica), mas guarda a correlação entre meios e fins – aqueles simbólicos e estes empírica e qualitativamente mensuráveis. Essa é a ação voluntarística, que pode se fundar em bases substantivas (motivações normativas compartilhadas entre atores homogêneos) ou procedimentais (orientações normativas compartilhadas por atores heterogêneos). A ação voluntarística procedimental seria institucionalizável a despeito da competitividade dos interesses e das crenças.

Tal ação voluntarística, uma remodelagem das bases weberianas e parsonianas, é por sua vez inspirada na crítica de Habermas a tais bases (especialmente ao tipo ideal da “dominação racional-legal”) e ao positivismo jurídico daí resultante, bem como na peculiar proposta de ética procedimental discursiva elaborada por Habermas (SCIULLI, 1992, p. 87-106). A “pragmática universal” construída em vista a um modelo normativo (a “situação discursiva ideal”) será então redescrita de forma a se corporificar nas “formações colegiais”, cuja operatividade obedece a basicamente três postulados (SCIULLI, 1992, p. 102-103): 1. os participantes devem “‘suspender’ todas as suas pressuposições relativas a condicionantes ‘objetivas’ das ações sociais”; 2. “a validade de qualquer proposta é avaliada independentemente de qualquer consideração sobre a posição social do proponente fora da situação de fala”; 3. “os participantes ‘suspendem’ suas suposições prévias inclusive sobre os tipos de declarações e argumentos que sejam tipicamente válidos”.

Em uma aplicação de sua teoria do constitucionalismo societal à realidade judicial estadunidense, Sciulli (2001) preocupou-se em entender as expectativas do Judiciário e os deveres por este imposto às corporações no que concerne à relação da economia com

a sociedade civil. Em outros termos, colocou a questão de em que medida o Judiciário compreende que, para além da geração de emprego e lucro, haveria padrões sociais de conduta a serem seguidos pelas organizações econômicas, não apenas impostos pelo autocontrole da competição (como na tese puramente contratualista), mas também normativamente executados pela jurisdição – como na tese de Sciulli de uma “vigilância republicana”, contraposta à “complacência liberal” que resulta da crença de que o exercício do poder privado na empresa não poderia colocar em risco a institucionalidade democrática e a sociedade civil (famílias, comunidades, associações voluntárias “intermediárias” entre o indivíduo e o Estado). Mas tal risco à manutenção de uma ordem social-democrática seria de fato uma externalidade institucional derivada do poder corporativo não submetido a restrições normativas (no sentido de restrições à lógica meramente instrumental da competição econômica). No seio das corporações, órgãos ou organizações colegiais – não burocráticos, nem clientelistas nem apenas formalmente democráticos – garantiriam a autocontenção normativa e a aderência a padrões procedimentais por parte das organizações empresariais. Assim, o desenho institucional de uma sociedade democrática precisa estender “mediações normativas de poder” (como obrigações fiduciárias que impeçam o exercício abusivo de poder) para as principais coletividades “intermediárias” da “sociedade civil”. Isso implica tratar a “governança corporativa” como mais do que um mecanismo de proteção dos investimentos e investidores, mas também como uma “importante janela no desenho institucional da sociedade civil” (SCIULLI, 2001, p. 8-30). Assim, o poder corporativo manifesta-se como uma realidade para além da apreensão de categorias puramente econômicas neoclássicas e jurídicas contratualistas. O constitucionalismo societal seria uma resposta a esse déficit teórico.

3. Diferenciação social: a matriz Durkheim-Luhmann

Em certo sentido, toda a sociologia descreve a sociedade a partir de dentro, e, de Durkheim a Luhmann, de Marx a Weber, há sempre algum diagnóstico de diferenciação social associado à modernidade. No caso de Marx, os direitos permitem uma dupla vida da pessoa: como cidadão do Estado e como homem privado, com sua educação, sua profissão e sua religião. Weber descreve a racionalização de diferentes setores da vida, como religião, política, arte e erotismo. Aqui a diferenciação diz respeito ao “politeísmo de valores”, que substitui a ordem moral abrangente pré-moderna, assim como a

solidariedade orgânica toma o lugar da solidariedade mecânica em Durkheim. Parsons desenvolve uma teoria da ação que apresenta a diferenciação de papéis sociais associada ao individualismo moderno.

Luhmann (2007), portanto, expandirá o diagnóstico da diferenciação funcional de Durkheim (1984, 1992): não é só a divisão de trabalho e a continuidade das “sociedades parciais” que impedirão a contenção da sociedade pelo Estado; o próprio Estado não pode se assumir como centro diretor da sociedade, mas apenas como centro organizador de um sistema (o político) cujas operações concorrem com as de outros sistemas parciais da sociedade (o direito, a economia, a religião, a arte). Os sistemas se observam mutuamente e se fecham de modo que cada qual não pode realizar o trabalho do outro.

Em sua macrossociologia, na interpretação das transformações das estruturas sociais informada por uma visão histórica de longo alcance, Luhmann (2013, 2012) aperfeiçoa a explicação evolucionária e tipológica que tradicionalmente caracterizou a sociologia como ciência da “sociedade moderna”. Obviamente, não subscreve a uma visão moralizante e linear do progresso de um estágio a outro de civilização. Mas, ao identificar a “forma de diferenciação” como a estrutura mais importante da sociedade, tipifica quatro formas, sobretudo com base na história europeia: a diferenciação segmentária, a diferenciação pelo esquema centro-periferia, a diferenciação hierárquica e a diferenciação funcional. Cada qual sustenta uma ordem de grandeza de complexidade. A sociedade moderna é a mais complexa dessas formas e a sociedade funcionalmente diferenciada (LUHMANN, 2013, p. 10-16). Não apenas uma sociedade, mas a única e mundial. O direito, a economia, a política, a educação e tantos outros são todos subsistemas da sociedade, justapostos, sem nenhuma relação de hierarquia, sem qualquer coordenação central e sem capacidade de, diretamente, mudar as operações e os estados de coisas uns aos outros. A diferenciação funcional não é mais então nem a divisão técnica de tarefas e especialização (como na fábrica de alfinetes de Adam Smith) nem a divisão social do trabalho, como na teoria das formas de solidariedade de Durkheim. É a distinção-diretriz de um tipo de sociedade caracterizada pelo fechamento operacional de uma série de sistemas que, embora espraíem suas estruturas por toda a sociedade, identificam-se pela especificidade dos problemas a que respondem em relação ao sistema social mais abrangente.

Os “meios de disseminação” da comunicação (da imprensa à internet) também definem a complexidade socialmente estruturável. Por exemplo, a comunicação presencial (interação) estabiliza um patamar de divergência entre expectativas. Esse patamar é imensamente ampliado com a escrita, ao criar o problema da interpretação de

textos, e a interpretação só pode ocorrer como produção de novos textos (a serem interpretados...). Com a imprensa e o advento do sistema de meios de comunicação de massa, maior é a ordem de grandeza da sustentação de expectativas divergentes e da regulação da memória social (o que lembrar e o que esquecer). Com o avanço da diferenciação funcional, ainda, diferenciam-se os “meios de comunicação simbolicamente generalizados” (ter, poder, verdade, direito), de modo que a comunicação codificada e aceita por um sistema pode ser rejeitada por outro e a inclusão em um sistema pode não coincidir com a inclusão em outro. Ademais, como sublinha Luhmann (2013, p. 105), a diferenciação funcional não aparece mais (como nas narrativas do contrato social, da fábrica de alfinetes de Adam Smith, ou como na teoria da solidariedade de Durkheim) como um ganho de bem-estar ou produtividade advindo da divisão de trabalho - apenas como um incremento de complexidade.

Para a sociologia, passando por Durkheim e Parsons, valores foram vistos como instituições, meios de integração, consenso, solidariedade e coesão social. Radicalizando o diagnóstico weberiano da diferenciação das esferas de valor pelo racionalismo ocidental moderno, Luhmann identifica a tensão de uma moral de valores comparativamente desestruturada diante de sistemas sociais que operam com alta indiferença à moral. Sem autoridade diretora e um mundo ontologicamente disponível a todos, valores não são ordenados hierarquicamente, mas desordenados heterarquicamente: são preferências e motivos individuais, questões de opinião e identidade. No zigue-zague entre sistema psíquico e sistema individual, cogita-se da ligação de valores a interesses e estabelece-se um jogo entre o que é manifesto e o que permanece latente. O “valor” da pessoa - a fronteira entre cada indivíduo e a sociedade - assenta justamente essa liberdade de valoração. Valores podem então ser negociados - o pressuposto fundante da democracia liberal. Essa formação flexível de consenso em relação a valores - a política - tem como negação a expansão da demanda de identidade que não aceita negociação: o radicalismo, o fundamentalismo, a xenofobia.

Em toda forma de diferenciação, a sociedade se multiplica em subsistemas (LUHMANN, 2012, p. 216-217). A sociedade estratificada é integrada hierarquicamente pela acumulação de meios de reprodução na nobreza, que assim pode se descrever em metonímia como a sociedade ou - já que, acumulando todos os meios, é também moralmente a melhor - como a boa sociedade. O povo permanece como um ambiente das alterações no sistema de *poder-ter-direito-verdade-valor* da nobreza. Essa conjunção de recursos somada à endogamia encerra a nobreza em si mesma. Cada estrato opera dentro de si mesmo e apenas pode observar o outro como ambiente. Tentativas de

cruzar a fronteira são punidas como desvio e registradas na semântica como romance, como conflito da pessoa contra as estruturas sociais. Com a diferenciação dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, seu fechamento operacional e sua neutralização moral (impossível em condições estratificatórias), ocorre a especialização de autorreferências comunicativas que apenas cuidam da atribuição de um autovalor – os sistemas funcionais. Então, o direito é competência do sistema jurídico; o poder, do sistema político; a verdade, da ciência. Nessa sociedade, não há sistema que a integre, dirija, regule, centralize. Ela é uma sociedade desintegrada e só pode ser vista em âmbitos parciais: economia, direito, política, religião, ciência *da sociedade*.

Nesse cenário, os direitos de liberdade surgem como expectativas normativas de reforço e isolamento dos sistemas diferenciados, principalmente ante a política e o Estado: a religião, a economia, a ciência são tiradas da sombra do controle estatal quando se afirmam as liberdades individuais nas declarações de direitos e nas constituições. Marx (1987, p. 149) afirmou que “[o] homem então não foi libertado da religião; ele recebeu liberdade de religião. Não foi libertado da propriedade; recebeu liberdade de propriedade. Não foi libertado do egoísmo do comércio; recebeu liberdade para comerciar”. De fato, essas liberdades individuais têm um significado para os sistemas funcionais – são antes de tudo liberdades da economia, da religião, da ciência diante do expansionismo do Estado. Desintegrando-os, reduzindo as limitações mútuas que uns impõem sobre outros (sobretudo as restrições da política à religião, à economia, à ciência), as liberdades servem para aumentar a complexidade social e imunizar, estabilizar, cauterizar, garantir a diferenciação funcional (LUHMANN, 2010).

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

Como acoplamento estrutural entre política e direito – ou instituição de ligação entre esses sistemas funcionais –, a constituição restringe as possibilidades e formas de inovação política da ordem jurídica ao mesmo tempo que submete a transformação do direito à tomada política de decisões (coletivamente vinculantes). As diversas diferenças constitucionais (poder constituinte/poderes constituídos; constitucional/infraconstitucional; constitucional/inconstitucional) restringem a variabilidade da legislação e da

execução e antepõem vários controles à seleção de decisões, que precisam passar por um crivo jurídico reforçado (o código constitucional/inconstitucional como complemento ao código lícito/ilícito). As escolhas postas na constituição são reestabilizadas com maior durabilidade, identidade e consenso presumido. Diferenças procedimentais dão concretude à institucionalização reforçada das normas constitucionais, à sua mutabilidade restringida (o fechamento operacional do direito reduz, nesse ponto, o ângulo de sua abertura cognitiva). Assim, diferentes graus de exigência de “maiorias” representam um reforço à dimensão social de sentido (a amplitude do consenso no parlamento como substituto funcional ao consenso do público). Mexer na constituição atrai ainda grande potencial simbólico, reforçando a gravidade da mudança proposta, na dimensão material de sentido. A constituição enraíza expectativas pretensamente eternas e sua quase imutabilidade pode não só ser consagrada por procedimentos de mudança mais exigentes quanto por limitações formais e materiais (impedindo emendas que reduzam direitos individuais, direitos fundamentais em geral ou aspectos do centro organizado do poder) – e, ainda, a própria criação de impasses institucionalizada pela separação de poderes freia o ritmo da mudança constitucional.

Em comparação com visões dos direitos humanos como nossa mais antiga tradição ou como a última novidade, Luhmann apresenta algo como uma posição intermediária: direitos humanos não fazem sentido em sociedades segmentárias ou estratificadas, mas podemos, sim, falar de direitos humanos como uma invenção moderna, como instituição da sociedade funcionalmente diferenciada. Então encontramos precisamente “direitos humanos” (*Menschenrechte*) nas teorias de contrato social, nas constituições liberais e finalmente no direito internacional (LUHMANN, 2000). Na verdade, tomando à análise luhmanniana os três momentos definidores do paradoxo dos direitos e das respectivas formas de “desparadoxização”, podemos redescrever três cenários, sob os rótulos de “direitos naturais”, “direitos do homem” e “direitos humanos”.

Assimetrias temporais são fundamentais na história hipotética do contrato social e na semântica do constitucionalismo: direitos naturais derivam do estado de natureza, mas são garantidos apenas pela sociedade civil – o Estado e seu direito (positivo); direitos do homem e do cidadão são uma evidência da natureza e, sobretudo, da natureza humana racional, da razão. Mas a razão tem o poder como aliado e a positividade dos direitos naturais como direitos do homem organiza e molda a cidadania, enquanto a soberania é delineada, empoderada e contida, nesse duplo movimento da constitucionalização. O momento de razão e poder popular caótico – a revolução e seu poder constituinte – precisa ser contido, ordenado e corporificado no Estado – os poderes constituídos.

Por sua vez, uma assimetria espacial é crucial para a internacionalização dos direitos, o advento dos direitos humanos. O confinamento dos direitos em um sistema político segmentado nacionalmente solapa a si mesmo pela reprodução crescentemente global da sociedade, para além das fronteiras, para além do Estado e com divergências crescentes entre política, economia, ciência, religião. A assimetria entre direito nacional e direitos universais é potencializada por diferenças regionais na geopolítica, de modo que direitos humanos vêm a ser uma ferramenta plástica o bastante para receber diferentes interpretações em conflitos regionais ou nacionais particulares. Ganhando combustível de suas violações ubíquas, particularmente selecionadas e espetacularizadas em diferentes episódios pelos meios de comunicação de massa, os direitos humanos servem à retórica imperial das potências globais e ao juízo e à condenação dos Estados fracos. Ao mesmo tempo, são úteis para a denúncia de seus próprios usos e abusos seletivos.

A perspectiva histórica do constitucionalismo já foi desenvolvida pelo próprio Luhmann (1996b) e tem ganhado desdobramentos em análises como as de Thornhill (2011), preocupado em comprovar a hipótese de que a positivação do direito, tornando sua mutabilidade controlável e ao alcance de decisões deliberadas, encaminhou-se como fator estruturante em coevolução com a democratização da política.

Por outro lado, a teoria dos sistemas informa empreendimentos analíticos preocupados não apenas com a descrição retrospectiva do constitucionalismo, mas também com a construção de modelos de análise constitucional capazes de dar conta da realidade contemporânea, incluindo um viés normativo de realce da importância do fechamento operacional e da autopoiese do direito para prevenir tendências autoritárias do poder estatal e intrusões escusas do poder socialmente difuso. É o caso do clássico trabalho de Neves (2008), que sustenta uma crítica do consenso no modelo normativo de democracia deliberativa habermasiano. Tal crítica leva Neves (2008, p. 136-156) a enfatizar a dualidade *dissenso substantivo/consenso procedimental* como condição estrutural do Estado democrático de direito.

Neves (2008, p. 244-258) ainda apresenta o legalismo e a impunidade como problemas de “corrupção sistêmica” (do direito pela política, pela economia e pelas boas relações), que trava a interpretação (definida como processamento da diferença entre texto normativo e norma jurídica) e que se associa à relação diferenciada de acesso ao direito e dependência do direito: em relações de “sobrecidadania”, o indivíduo goza do apoio do sistema jurídico a suas expectativas, mas não se submete às obrigações e sanções (acesso sem dependência); os “subcidadãos” são “excluídos por baixo”, sofrem as punições, mas não têm acesso aos benefícios (dependência sem acesso).

Uma alternativa a seu modelo constitucional é avançada quando se progride na diferenciação das estruturas internas dos sistemas jurídico e político acoplados pela constituição (AMATO, 2017, p. 179-224). No discernimento das instituições desses sistemas, é importante diferenciar seus centros e periferias: o direito está centrado nas cortes (que são obrigadas a decidir segundo o código lícito/ilícito), mas recebe irritação da política por meio dos poderes políticos, da administração pública e da autonomia privada, que permanecem na periferia do sistema jurídico. Por outro lado, todas as demandas ambientais (da economia, da política, da educação, da ciência) são traduzidas juridicamente pela esfera pública ou ambiente interno do direito: o campo da personalidade jurídica, das estruturações de direitos e deveres, poderes e responsabilidades. É na tensão entre essa esfera dos direitos e a esfera pública da política – a opinião pública – que se constrói a ponte constitucional; por outro lado, a constituição precisa regular a integração entre as esferas organizadas – os poderes políticos e os judiciários – e, ainda, sustentar procedimentos que vinculem a esfera pública à esfera organizada.

Essa concepção diverge do modelo constitucional de Neves (2008, p. 123-214) em pelo menos três pontos fundamentais. O primeiro diz respeito ao uso da distinção entre centro/periferia e decisão programante/programada, associada à estrutura e à semântica do direito e da política. Neves (2008) não usa tais diferenças em sua leitura procedimental da separação de poderes. Um segundo ponto diz respeito à “esfera pública constitucional”. O autor propõe uma noção normativamente carregada, um conceito mais habermasiano do que luhmanniano de esfera pública. A respeito da esfera pública, faz duas qualificações em relação à proposta da teoria da ação comunicativa: substitui a pretensão consensualista por uma abertura ao dissenso substantivo; reconhece o caráter de sistema não só à política e à economia, mas também a outras esferas de comunicação, e insere na esfera pública as pretensões sistêmico-funcionais ao lado das pretensões morais, valores e interesses. Ao contrário, pode-se defender que a esfera pública da constituição não deve ser considerada para além dos sistemas, como uma emanção do mundo da vida, mas apenas como a unidade de uma diferença: entre opinião pública e personalidade jurídica. Assim, na tensão entre a esfera pública da política e aquela do direito, “está” a esfera pública constitucional. Não se trata de um campo de debates da “sociedade civil” desvinculado de referências sistêmico-funcionais². O terceiro ponto diz respeito à discussão sobre “eficácia das normas constitucionais”, que perdeu seu caráter de heterorreferência fática e tornou-se um padrão de autorreferência

2 Para uma comparação entre as concepções de esfera pública de Luhmann e de Habermas, cf. Ribeiro (2012).

normativa. Em sentido próprio, eficácia é a constatação empírica da aplicação da norma (a observância espontânea da conduta prescrita ou a imposição efetiva da sanção). A doutrina constitucional passou a considerar a eficácia quase que uma qualificação da validade das normas: a produção de efeitos na relação entre normas. Esse significado é impróprio para descrever o problema da implementação. A ideia de “concretização normativa” apontada por Neves (2008) como alternativa pretende indicar a passagem da norma jurídica à “realidade normada”. Parece, porém, que essa concepção aposta excessivamente na interpretação constitucional, descuidando da necessidade de não apenas interpretar normas, mas também de implementar de medidas (relacionadas ou não à interpretação da constituição e a procedimentos judiciais).

4. Estruturas sociais: a matriz Marx-Unger

A corrente mais afim ao marxismo que configura certa tradição de sociologia da constituição é aquela simbolizada por um correligionário seu e precursor da social-democracia alemã, Ferdinand Lassalle. Em famosa conferência, Lassalle (1862) criticava a idealização liberal da constituição, apresentando-a como mera “folha de papel”, sobre-determinada na verdade pela “constituição real e efetiva” que consistia nos “fatores reais do poder”. A tensão entre a normatividade abstrata e a estrutura social concreta passa a marcar os escritos dessa tradição – para um exemplo, ver Schindler (1999). A desigualdade mascarada pelas formas universalistas dos direitos e poderes precisaria ser rompida por uma mudança estrutural, na base econômica, nas relações de produção, capaz de estruturar uma sociedade com igualdade material.

Nessa linha poderíamos situar um clássico estudo brasileiro. Na análise do coronelismo, Victor Nunes Leal (2012) destacava o mutualismo entre uma estrutura social marcada pelo clientelismo e uma constituição de feição liberal clássica, presidencialista e federalista. O poder central, nesse cenário, dependia de um escalonamento do apoio dos coronéis e mandões locais a definirem as lutas oligárquicas estaduais – e da sucessiva “política dos governadores” a sustentar as carreiras e solidariedades ao redor das disputas nacionais. A conclusão de Leal era de que o desaparecimento do coronelismo não poderia simplesmente ser decretado, nem promovido por um reformismo jurídico – dependia de mudanças sobretudo na estrutura agrária brasileira, sobre a qual se erguiam as bases do poder político, dos coronéis locais aos governadores, dos oligarcas regionais ao presidente. Tal estrutura agrária – herdada dos privilégios coloniais, transformada gradualmente, mas sempre potencializadora de grandes concentrações de

poder econômico e político – era, por assim dizer, a constituição concreta do país, uma sociedade agroexportadora e “atrasada”, dourada mas não transformada pela fachada de um constitucionalismo moderno e liberal.

Proponho aqui retomar essa tradição de sociologia constitucional pela via de uma crítica e reelaboração da preocupação com as estruturas sociais. Nesse sentido, toda sociologia rejeita uma forma canônica de organização da sociedade, a integração dos homens em uma ordem social que não é senão a continuação da natureza, submetida a suas leis. Essa visão naturalista da vida social é o que encontramos no direito natural antigo, por exemplo na teoria aristotélica das formas de governo. Cada qual se corrompe e se degenera, mas ciclicamente pode levar à regeneração de uma forma virtuosa. Não há, porém, progresso como inovação, como criação de uma ordem institucional inédita.

Ocorre que o estilo mais influente de teoria da sociedade mantém esse naturalismo quando busca leis da história ou identifica uma lista fechada de tipos sociais. Essa sociologia clássica é criticada por Unger (1987, p. 87-130, 228-235) sob a designação de teoria de “estruturas profundas”. São análises que distinguem as rotinas cotidianas de trocas, argumentações e acordos de um pano de fundo que permanece largamente constante e as molda. É a distinção entre “contexto formador” e “rotinas formadas”. Em Marx, são os conflitos de classe produzidos e reproduzidos dentro de determinada estrutura social.

Porém, há o apelo a distinções posteriores que falseiam as equivalências funcionais e a possibilidade de variedade institucional na comparação entre estruturas sociais diferentes, entre “contextos formadores”. Um primeiro passo errado seria tomar experiências históricas espacial e temporalmente delimitáveis e discerníveis como explicações de tipos gerais (à maneira dos “modos de produção”: feudalismo, capitalismo, socialismo; ou, como atenuou o século XX, as “variedades de capitalismo”: livre mercado, economia mista, economia de mercado regulada, economia de controle). Esses tipos são dispostos em uma lista fechada. Podem se reproduzir em regiões diferentes, em épocas diferentes, não sendo meramente a descrição de uma específica trajetória concreta. Finalmente, esses tipos obedecem a uma sequência e mudam quando têm que mudar: segundo leis históricas, segundo as restrições econômicas, psicológicas, naturais que são a lógica oculta da evolução social. Em Marx, essas forças determinam o grau de desenvolvimento das “forças de produção”; as “relações materiais de produção” progredem na direção do desenvolvimento dessas forças e a classe que representa tal progresso (o melhor uso dessas forças, que está sendo restringido pelas relações sociais então vigentes) vence, estabelecendo novo modo de produção.

Unger (1987) parte da preocupação marxiana em distinguir a estrutura social – a ordem básica de poder, propriedade, autoridade cultural – das práticas e rotinas que se dão sob seu arcabouço, mas rejeita os três passos posteriores: a universalização de tipos sociais, a lista fechada desses tipos e sua ordenação segundo fatores extrassociais. Essa crítica ao marxismo vincula-se a proposições que visam superar o conjunto de instituições que foi informado por essas crenças e tornou-se hegemônico no Ocidente, mesmo com o ocaso do marxismo – as instituições econômicas e políticas da social-democracia tardia. Afinal, os diferentes “contextos formadores” são amálgamas institucionais próprios, submetidos à dependência da trajetória, mas não a um progresso necessário entre totalidades ou blocos universais como os “modos de produção”.

Aqui encontramos, portanto, o pensamento constitucional de Unger (2001), que formula propostas (das quais não tratarei aqui) baseadas em uma avaliação crítica (que foco a seguir) das duas correntes constitucionais que continuam a combinar-se na organização dos poderes e direitos públicos. O que predomina no constitucionalismo hoje ainda é uma combinação de influências de um liberalismo protodemocrático e de um estilo social-democrata identificado com a experiência da República de Weimar no entreguerras.

No diagnóstico de Unger (2011), o constitucionalismo liberal clássico, exemplificado pelo presidencialismo americano, caracteriza-se por alguns pilares estruturantes. Quanto ao centro organizado do poder, o mais importante atributo é a associação da fragmentação do poder a um esquema de vetos múltiplos: não apenas os centros decisórios são divididos, mas também há “freios e contrapesos” que estabelecem uma proporção entre a ambição transformadora do projeto e os obstáculos que ele enfrenta.

Note-se que a simples fragmentação do poder é capaz de ampliar a capacidade decisória; a eficiência pode ser prejudicada por sobreposições de competências, mas haveria como estabelecer dispositivos de solução de impasses (por alguma hierarquia entre os poderes, segundo algum critério material, ou pela convocação de referendos ou plebiscitos em termos acordados pelo parlamento). O resultado da associação dessa fragmentação de poder com um sistema de vetos múltiplos é desacelerar a transformação política da sociedade em nome da estabilidade. O preço é um atraso constante da política, que faz as transformações dependerem de crises. No parlamentarismo europeu, as altas exigências de consenso no governo e a dependência do gabinete em relação ao parlamento são um equivalente funcional a essa institucionalidade política conservadora.

A contraparte no plano territorial do desenho do centro organizado da política é um federalismo baseado na divisão rígida de competências, que impõe às unidades

federadas uma cópia estrita da organização moldada no governo federal. O potencial de inovação é cortado não apenas pela centralização, mas por uma descentralização que veda formas de organização e atuação alternativas aos Estados e às localidades.

Na triangulação entre esfera pública e esfera privada, há uma variedade de arranjos dos meios de comunicação de massa, dos partidos políticos e dos procedimentos eleitorais que produzem um baixo nível de mobilização popular. A apatia e o desinteresse contam a favor da associação do poder decisório, na concertação entre grupos de interesses (economicamente) fortes e oligarquias parlamentares.

Quanto à esfera pública, o formulário constitucional protodemocrático incorporava a preocupação em filtrar as paixões da maioria, por meio de sufrágios restritivos, qualificados pela propriedade – a titularidade de propriedade dá autonomia aos eleitores, evitando a distorção do processo eleitoral por relações de dependência pessoal. Essa minoria de homens prudentes é a guardiã de uma ordem econômica livre e competitiva, a qual poderia ser colocada em risco pelos anseios redistributivistas das massas. O colégio eleitoral nas eleições americanas é um resquício desses dispositivos de filtragem da vontade popular. A universalização do sufrágio, porém, os tornou uma anomalia no desenho constitucional das democracias ocidentais.

A base concreta dessa inclusão, o substrato material da independência individual é dado sobretudo pela configuração jurídica específica da propriedade que se consolidou no século XIX, uma forma de assegurar independência pessoal contra a interdependência social. É certo que o sentido mais preciso da igual liberdade dos homens proclamada nas declarações de direitos consistia em autorizar a todos a titularidade da propriedade (que cada qual obtivesse por seus meios); inevitavelmente haveria desigualdade em sua distribuição e nem todos seriam proprietários.

Como analisa Unger (2001, p. 195-207), a forma unitária da propriedade privada consiste em um dispositivo para minimizar a dependência de um (o proprietário) ao custo de maximizar a dependência de outros (a exclusão *erga omnes*); e isso é feito por meio da quebra da reciprocidade. O contrato, por sua vez, estrutura o mercado não como uma prática de trocas segundo uma lógica natural de correspondência entre coisas, mas como uma arena de relações de confiança entre estranhos. Afinal, a política e a constituição liberais igualam a liberdade política à preservação dos direitos privados, como estruturação jurídica da ordem econômica de mercado; mesmo fora do âmbito do contrato e da propriedade, as demais liberdades são moldadas à mesma imagem de poder exclusionário capaz de circunscrever uma esfera inviolável de pensamento e ação ao redor de cada indivíduo.

A gênese, da configuração específica dos direitos privados, vincula-se menos a uma progressão heroica da luta contra o Estado absoluto e pelo governo limitado. Em sua amplitude de escopo, a propriedade nasce em paralelo com o Estado absolutista na Europa do início da modernidade: separam-se então os impostos dos aluguéis, afirmando-se lado a lado a soberania territorial do estado (*imperium*) e o domínio privado. Essa repartição permitiu estratégias de coordenação entre Estado e proprietários, garantindo de lado a lado maior arrecadação pública e maiores lucros em empreendimentos apoiados pelo soberano.

Os esquemas de contrato e propriedade permaneceram, porém, pouco determinados no que se refere a aspectos centrais de uma ordem econômica, como a organização do trabalho e da produção. Entre relações contratuais voluntárias e a disposição quase absoluta sobre coisas, precisou-se supor um componente juridicamente fluido de discricionariedade gerencial e autoridade supervisora (analogamente, em relações comunitárias e familiares, precisou-se supor um poder quase arbitrário como complemento ao ideal de vínculo voluntário). Esse componente emerge quando submergem as estratificações sociais rígidas da sociedade corporativo-patrimonialista, em que as distinções sociais integravam-se mimeticamente à ordem jurídica. Assim como a política liberal é relativamente independente das clivagens de classe e outras, o direito liberal assume certo distanciamento da ordem social mais ampla; em sua diferenciação, precisa construir formas, fórmulas e critérios mais impessoais e abstratos no lugar de expectativas sociais não explicitadas. Finalmente, diante da diferenciação da ordem do mercado, o direito contratual precisou circunscrever a contratação bilateral de execução instantânea por uma série de normas e doutrinas excepcionais (que mais e mais se tornam a regra) sobre relações contratuais continuadas e sobre negociação coletiva do trabalho, por exemplo.

A posição favorável nas formas liberais clássicas de contrato e propriedade estava disponível a poucos e a eles, que gozavam realmente da liberdade como autossuficiência e autoconfiança, acima das contingências e necessidades banais da vida, era atribuída, em um círculo vicioso, a autonomia pública, o direito de influir na composição do governo. Ao mesmo tempo, as estratificações e hierarquias sociais encontravam-se sob conflito e relativamente enfraquecidas. Dão-se as condições para a rivalidade partidária se apoiar mais e mais na lealdade das massas, desprender-se das rivalidades regionais e transcender parcialmente as divisões sociais e os fundamentalismos, primeiro religiosos e depois ideológicos (UNGER, 2001, p. 462-474). A anexação dos direitos políticos (universalização do sufrágio) aos direitos civis (as liberdades públicas e privadas) corresponde à perturbadora justaposição do constitucionalismo de governo limitado,

esquemático finalmente em fins do século XVIII, à estruturação dos partidos políticos de massa na metade do século XIX. Surpreendentemente, embora os esquemas liberais de mercado e Estado (a propriedade unitária e a autocontenção do poder) se apoiassem em uma semântica da racionalidade impessoal e da estabilidade, a democratização não subverteu o constitucionalismo liberal-aristocrático.

A “história mítica da democracia” (UNGER, 2001, p. 207-221) define a democratização como a colocação da estrutura social ao alcance do conflito e da transformação política; assegura que as minorias podem aprender a fazer uso dos instrumentos de rivalidade partidária e ser consideradas nas decisões; considera que as opções políticas em jogo são, se não a expressão das correntes majoritárias, o resultante de sua combinação; e crê que a decisão econômica descentralizada é condição de possibilidade da democracia (há economias de mercado sem democracia política, mas não democracia sem mercado). Diante desse quadro explicativo, como elucidar que o sufrágio universal não tenha realizado transformações tão radicais, como aquelas que os liberais mais típicos previam, como uma redistribuição geral da propriedade? Ao lado de outros fatores candidatos à elucidação do dilema (como o crescimento econômico e a melhora das expectativas de mobilidade social, ainda que persistentes amplas desigualdades), deve-se considerar que a restabilização e rotinização das disputas no quadro organizacional e procedimental do constitucionalismo vigente provocou nova conformação e diferimento das expectativas, antes manifestadas em protestos fora do centro organizado do poder. Além das peculiaridades de desmobilização desses esquemas constitucionais, eles próprios afirmam enfaticamente não apenas o caráter quase acidental das soluções institucionais que produzem, mas também a fluidez das bases sociais de apoio aos programas políticos.

Entretanto, não foi inócua a universalização do sufrágio - embora viesse a produzir resultados tão diferentes dos esperados e compromissos muito maiores com as instituições políticas, jurídicas e econômicas dadas. Na semântica liberal, tradicionalmente se contrapôs a liberdade negativa (privada, proprietária) à liberdade positiva, esta entendida como exercício da autonomia coletiva ou da participação na autodeterminação política. Liberdades de expressão e associação (assim como, originalmente, a propriedade) as conectavam fundamentalmente como condições habilitantes. A transformação estrutural que conduz à universalização do sufrágio e a prática do voto introduzem dentro da rivalidade partidária e legislativa a pressão de demandas, quando não mais revolucionárias, ao menos reformistas, ou redistributivas, ou compensatórias. A provisão das bases econômicas, educacionais, sanitárias para o exercício de quaisquer das liberdades é então justificada, no espírito do constitucionalismo social(-liberal),

como precondição “material” para a autonomia individual e coletiva, garantida “formalmente” pelo direito e pela política.

Para seguir um tema tipicamente moderno em sua formulação tradicional, a transição do “feudalismo” ao “capitalismo” no contexto europeu provocou a quebra das ordens corporativistas (das corporações de ajuda mútua e dos suportes estamentais e familiares), dando origem a uma ordem na qual se combateram os privilégios e se enfatizou a igual liberdade “formal”. A semântica de combate à estrutura social anterior e de defesa dessa nova ordem foi o liberalismo. Em termos luhmannianos, a nova forma de diferenciação social incrementou riscos e deu origem a um novo tipo de exclusão. Como resposta a esse novo contexto – e, mais definidamente, em resposta à industrialização no século XIX –, surge a semântica do “social”. Ela se define pelo apelo a organizações intermediárias (instituições comunitárias), pela defesa da provisão estatal de serviços básicos (a escola pública, gratuita, obrigatória e de massas, em contraposição à educação privada das elites) e por uma desestabilização do consenso acerca da divisão Estado/sociedade. O conceito de ideologia bem marca o caráter coletivo (de classe) das diferentes crenças e sua gênese na estrutura social. O Estado aparece então como uma arena de abertura a conflitos de visões e interesses, assim se estruturando sob a democracia de massas; o sufrágio universal expande as demandas da sociedade ao Estado, particularizando como um dentre outros o setor antes universal dos incluídos na ordem econômica – os proprietários, para quem as funções do Estado deveriam cingir-se à garantia judicial da propriedade e dos contratos, à manutenção da segurança pública e à defesa da soberania territorial. Mas, nos marcos institucionais liberais (democracia parlamentar, Estado de direito, economia de mercado), o socialismo democrático não altera fundamentalmente a forma dos direitos privados; contrabalança-os pela universalização de direitos públicos, como o sufrágio universal e os esquemas públicos de assistência, previdência e serviços de saúde, educação, cultura, esporte.

Aqui a dinâmica fundamental na vinculação entre os ambientes internos da política e do direito é a seguinte (LUHMANN, 1990, p. 26-39): a extensão dos direitos de participação faz a opinião pública ressoar a demanda pela extensão da esfera dos direitos, dando margem à dependência entre direitos sociais e apoio político. A institucionalização da política deixa de repousar exclusivamente na lógica de autocontenção do centro organizado (poder contra poder, sob domínio mais fácil dos notáveis, das elites) para ampliar-se ao conflito entre partidos de massa (elites concorrendo pelo apoio popular para garantir rotação no poder). A inclusão política nivela as expectativas em outro patamar: agora é preciso dar garantias de inclusão em tudo o mais (economia, educação, saúde).

O que marca a social-democracia, pode-se dizer, é uma lógica de compensações. Mantida a estrutura básica do mercado e dos institutos de direito privado, eles precisam de regulação, contrapesos e correções. Assim, a crença em uma ordem predeterminada de regras e direitos que constituem a ordem econômica livre é substituída pela afirmação da “natureza empírica e revogável da autodeterminação individual e coletiva”, sendo as pretensões jurídicas dependentes de condições práticas de exercício nem sempre disponíveis (UNGER, 1996, p. 26-28). A preocupação com a fruição efetiva dos direitos leva a uma esquematização binária de “direitos de escolha e arranjos retirados do escopo da escolha para o melhor exercício da escolha real e efetiva”; essa esquematização perpassa vários níveis (UNGER, 1996, p. 26-28; 2015, p. 158): regras e doutrinas contrastantes dentro de um mesmo ramo do direito (como compensações pela assimetria de poder e informação entre as partes de uma relação); ramos do direito que se contrabalançam ou se excepcionam (direito contratual geral e direito do trabalho, contrato individual e negociação coletiva); de forma geral, o direito público (e a constitucionalização dos direitos sociais) aparando as arestas de vulnerabilidade e desigualdade econômica reproduzidas pelo direito privado. É notável, por exemplo, como a dinâmica de extensão dos direitos sociais pela inclusão das demandas das massas com a institucionalização do sufrágio universal faz desses direitos (sobretudo na forma de proteções previdenciárias e trabalhistas) a segunda melhor opção para aquela alternativa mais radical de reorganização econômica - uma redistribuição completa da propriedade.

No que se refere ao centro do poder político, as alternativas social-democratas mais avançadas foram testadas na Europa ocidental na segunda metade do século XX, na esteira do constitucionalismo social marcado pela curta experiência entreguerras da República de Weimar (UNGER, 2001, p. 44-48; 2011, p. 63-67). Sua faceta mais conhecida e universalizada é a ampliação dos catálogos de direitos, incorporando uma lista crescente de direitos a serviços e benefícios estatais (como expressão de um anseio redistributivista) ao lado da participação política, das garantias judiciais do Estado de direito, das liberdades espirituais e dos direitos privados. A frustração dessas novas e grandes expectativas deve-se a uma série de fatores, a começar pela falta de uma transformação correspondente no centro do poder e na distribuição da propriedade.

5. Conclusão

O fato mais importante sobre a relação entre estruturas jurídicas e estruturas sociais é representado pela diferença que o direito e o constitucionalismo liberais apresentam

em relação ao direito pré-revolucionário, e pela diferença que um direito e um constitucionalismo pós-liberais podem apresentar em relação ao modelo jurídico dos últimos séculos (UNGER, 2015, p. 106). Isto é: o direito das sociedades estratificadas e corporativas simbolizava, normatizava e institucionalizava a diferenciação hierárquica, tanto na organização do poder (governo misto, câmara dos lordes, senado) quanto na atribuição de direitos (pense-se nos privilégios dos barões feudais na Magna Carta inglesa de 1215); as constituições liberais produzem uma simbolização, uma institucionalização e uma normatização generalizantes, abstraindo as diferenças segmentárias (sexo, idade), centro-periféricas (rural-urbano, dependência pessoal) e hierárquicas (classe, *status*), mas marcando a diferenciação funcional: a especificidade dos meios “poder” e “direito”, a autocontenção do governo dos homens pelo governo das leis (Estado de direito) e a universalização dos direitos básicos (que liberam da política a religião, a economia, a ciência). A sociedade constrói um foco próprio de autorreflexão normativa, com um distanciamento das diferenças sociais, e esse distanciamento é a marca de sua normatividade - do idealismo abstrato que identifica o direito liberal.

A constituição moderna não se confunde mais com a antiga *politeia*, uma miscelânea de expectativas (sem a diferenciação clara entre expectativas cognitivas e expectativas normativas, que só vem a ser marcada pelo positivismo jurídico) que sancionava socialmente a organização e composição do poder público segundo a estrutura básica da sociedade: a influência social difusa, amalgamada pelas relações de dependência econômica, não é diferenciada do poder especificamente empregado na tomada de decisões coletivamente vinculantes. O retorno a essa normatividade imanente, emergente da “ordem natural” das coisas e pessoas, marcou no século XX várias aspirações autoritárias pelas quais o Estado - com sua instituição diferenciada e organizada do poder e da força - pretendia impor à sociedade sua ordenação jurídica “concreta”. A esse tempo, a diferenciação do poder político e a complexidade da ordem social já fizeram com que, só muito violentamente, a sociedade pudesse ser desdiferenciada e retrotraída à hierarquia estatalmente comandada. Por outro lado, permanece o problema na medida em que a constituição e o direito liberais deixam de produzir divergências que fazem a diferença. Por sua própria indiferença às diferenças “não funcionais”, os direitos liberais não deixam de as reproduzir e de estar disponíveis diferencialmente para as pessoas, conforme suas posições nas outras formas de distinção social, que são esquematizadas pela desigualdade funcional, mas continuam a se reproduzir (diferenças de classe, nacionalidade, gênero etc.). A constituição contrasta-se como instituição funcionalmente específica, em relação à estrutura social recalcitrante, que ela em grande medida não domina nem reconstrói.

Diante dessa indiferença com relação aos aspectos não funcionais da estrutura social (abstraídos do direito e da interpretação jurídica), o diagnóstico pode ser de que as constituições não passam de “folhas de papel” e nada valem contra os “fatores reais de poder”, que são a “constituição real e efetiva” (LASSALLE, 1862). Mas essa visão simplesmente reprisa o velho entendimento pré-liberal da ordem jurídica imanente à ordem social. Apela-se então à igualdade e à liberdade “reais”, “materiais”, em contraponto aos universais jurídicos meramente “formais”. A questão estrutural é que o direito não mais reproduz a topografia social ponto por ponto e isso implica ampla liberdade de produção das formas jurídicas e atenuação da rigidez das classificações sociais. Caso se queira aumentar a sensibilização do direito pelas diferenças de seu ambiente social, será preciso traduzir essas diferenças contrafaticamente no próprio direito, em formas jurídicas (a diferença é que essas diferenças são reintroduzidas não mais para serem confirmadas pelo direito, mas para serem repelidas, “superadas”). A esse processo deram-se os nomes dúbios de “materialização do direito” e de “direito social” e sua base social foi uma decomposição dos processos decisórios sobre a criação e aplicação do direito – a democratização. Assim, no interior da abstração e universalidade do direito e das constituições liberais, construíram-se diferenciações seletivas por remissão a desigualdades, principalmente econômicas, a serem consideradas e compensadas na produção do direito.

O passo crucial a ser dado em uma análise da instituição “constituição” é vislumbrar como ela regula (e, pela expansão imaginativa das experiências visíveis, pode vir a regular) a diferenciação funcional entre direito e política, mas também como ela desarticula (e pode vir a desarticular) clivagens rígidas de classe, *status*, etnia, nacionalidade etc. Como a constituição e os direitos fundamentais podem institucionalizar formas de reprodução do direito e da política que funcionem como cunhas de desentrançamento das estruturas sociais em geral? A constituição precisa observar e decodificar, política e juridicamente, as estruturas que permanecem no ambiente desses sistemas. Mas como? Construindo que formas? Esse é o horizonte de expansão imaginativa e prática das formas herdadas das instituições constitucionais.

**THREE MATRICES OF THE SOCIOLOGY OF CONSTITUTION:
FROM CLASSICS TO CONTEMPORARIES**

REFERÊNCIAS

- AMATO, L. F. *Construtivismo jurídico: teoria no direito*. Curitiba: Juruá, 2017.
- ANDERSON, P. *A zone of engagement*. London: Verso, 1992.
- DURKHEIM, É. *The division of labour in society*. Translated W. D. Halls. London: Macmillan, 1984.
- DURKHEIM, É. *Professional ethics and civic morals*. Translated Cornelia Brookfield. 2. ed. London: Routledge, 1992.
- FULLER, L. L. *The morality of law*. 2. ed. New Haven, London: Yale University Press, 1969.
- HABERMAS, J. *The theory of communicative action: reason and the rationalization of society*. Translated Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984. v. I.
- HABERMAS, J. *The theory of communicative action: lifeworld and system: a critique of functionalist reason*. Translated Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1987. v. II.
- HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Translated William Rehg. Cambridge, MA: MIT Press, 1996.
- LASSALLE, F. On the essence of constitutions. Berlin, Apr. 1862. Disponível em: <<https://www.marxists.org/history/etol/newspape/fi/vol03/no01/lassalle.htm>>. Acesso em: 1º jan. 2017.
- LEAL, V. N. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- LUHMANN, N. *Political theory in the Welfare State*. Translated John Bednarz Jr. Berlin: De Gruyter, 1990.
- LUHMANN, N. *Quod omnestangit: remarks on Jurgen Habermas's legal theory*. Translated Mike Robert Horenstein. *Cardozo Law Review*, New York, v. 17, n. 4-5, p. 883-899, 1996a.
- LUHMANN, N. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, G.; PORTINARO, P. P.; LUTHER, J. (Ed.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996b. p. 129-166.
- LUHMANN, N. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. Tradução Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. *Themis*, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 153-161, 2000.
- LUHMANN, N. *Metamorfosi dello stato*. In: CEVOLINI, A. (Ed.). *Potere e modernità: stato, diritto, costituzione*. Milano: Franco Angeli, 2007. p. 11-40.
- LUHMANN, N. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Traducción Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2010.
- LUHMANN, N. *Theory of society*. Translated Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2012. v. I.
- LUHMANN, N. *Theory of society*. Translated Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2013. v. II.
- MARX, K. H. On the Jewish question. In: WALDRON, J. (Ed.). *Nonsense upon stilts: Bentham, Burke and Marx on the rights of man*. London: Methuen, 1987. p. 137-150.

· LUCAS FUCCI AMATO

NEVES, M. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RAWLS, J. *A theory of justice*. 2. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

RIBEIRO, P. H. G. de O. *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)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SCHINDLER, D. *Diritto costituzionale e struttura sociale*. A cura di Raffaele Bifulco. Padova: Cedam, 1999.

SCIULLI, D. *Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-Marxist critical theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SCIULLI, D. *Corporate power in civil society: an application of societal constitutionalism*. New York: New York University Press, 2001.

THORNHILL, C. *A sociology of constitutions: constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

UNGER, R. M. *Social theory: its situation and its task. A critical introduction to politics, a work in constructive social theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

UNGER, R. M. *What should legal analysis become?* London: Verso, 1996.

UNGER, R. M. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. From politics, a work in constructive social theory*. 2. ed. London: Verso, 2001.

UNGER, R. M. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, 2011.

UNGER, R. M. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*. London: Verso, 2015.

WEBER, M. *Economy and society: an outline of interpretive sociology*. Edited by Guenther Roth e Claus Wittich. Berkeley: University of California Press, 1978.

WEBER, M. *The Protestant ethic and the spirit of capitalism*. Translated Talcott Parsons. Mineola: Dover, 2003.