

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

PODER CONSTITUINTE

*Paulo Thadeu Gomes da Silva**

Introdução

A teoria constitucional parece unânime em afirmar que a idéia de Poder Constituinte foi articulada por Emmanuel Joseph Sieyès. Citações comprobatórias podem ser encontradas nos livros respectivos. Toma-se por construído e ainda válido um conceito que, pelo fato mesmo de não se discutir a respeito de sua evolução semântica, já não consegue ser descrito por sua função na sociedade moderna, o que se percebe quando se tenta refletir sobre a função do sistema jurídico e sobre como é possível a existência do Poder Constituinte na modernidade.

Vaca sagrada da teoria constitucional, por exemplo, é a idéia de direito fundamental, dela decorrendo a dificuldade que chega mesmo a impedir o aprofundamento – ou abstração – da própria teoria, quando se tenta dela mesma tratar. E aqui a discussão prévia a respeito de Poder Constituinte se manifesta como um compulsório antecedente, de modo que é desta noção que se pode aprofundar ou não o nível de reflexão teórica sobre as chamadas cláusulas pétreas em face do aumento da complexidade social.

O tema é de fundamental relevância para a teoria constitucional, a qual, frisa-se, encontra-se patinando em compilações de diversos autores, sem o aparecimento de uma idéia original sequer na consecução de colaborar para a adequação dos sistemas à complexidade da sociedade moderna.

Trabalha-se, consciente ou inconscientemente, portanto, com uma idéia pré-moderna, senão medieval, de Poder Constituinte, representada em sua titularidade pelo Terceiro Estado, e pretende-se validar essa idéia na sociedade moderna. Por certo, isso ainda ocorra tendo em vista, sempre e sempre, a emissão de juízos de valor, quando se coloque na pauta de reflexão tema como o do Poder Constituinte; talvez aconteça porque nunca se tenha refletido sobre isso. O método, quando existe, ainda é iluminista, forjado na melhor tradição (?) de se apontar o que é bom e o que é ruim¹; talvez se se lançasse mão de outro método, mais adequado à descrição da sociedade moderna, se conseguisse alcançar resultado mais satisfatório. Vale dizer, não se trata mais dos direitos, mas, sim, da teoria tomada a sério.

* Paulo Thadeu Gomes da Silva é Procurador Regional da República, especialista em Sistemas de Administração dos Direitos Humanos (Institut International d'Administration Publique, Paris, França), mestre em Direito do Estado (PUC/RJ) e doutorando em Direito Constitucional (PUC/SP).

¹ Muita vez a insuficiência teórica se manifesta em forma de desabafo: ver, assim, VITAL MOREIRA. Constituição e democracia na experiência portuguesa. In: MAUÉS, Antonio Gomes Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 261-290; outra vez, segundo Niklas Luhmann: “Die scharfe Trennung von Rechtsfragen und politischen Fragen ist in vielen Staaten des Weltsystems unüblich, und es hilft wenig, die dort praktizierten Problemlösungen dann als ‘korrupt’ zu bezeichnen” (*Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1999. v. 2, p. 806).

Descrever é obrigatório antecedente de um suposto conseqüente traduzido em propor, normatizar. Para o exato cumprimento dessa tarefa, há a necessidade de se utilizar um método mais adequado: aquele que ainda contenha como figura central de sua articulação um conceito medieval não pode, porque não consegue, ser um método suficiente ao que se propõe, que é, tautologicamente, descrever. Insistindo-se no erro, a teoria constitucional, aos trancos e barrancos, continuaria tentando descrever a sociedade moderna mediante um conceito medieval. Paradoxo que será adiante analisado.

Portanto, o objetivo deste trabalho é, em primeira mão, tentar descrever a evolução semântica do conceito de titular do Poder Constituinte para, em segunda mão e já no crepúsculo, tentar refletir teoricamente sobre a sua manifestação na sociedade moderna.

Na consecução desse objetivo, propõe-se a substituição do conceito de Nação pelo de sociedade moderna, e do de sociedade diferenciada por classe pelo de sociedade diferenciada funcionalmente, o que leva à substituição do conceito de Poder Constituinte originário pelo de Poder Constituinte evolutivo.

O Terceiro Estado

A teoria do Poder Constituinte que nasce na sociedade moderna é a proposta por Emmanuel Joseph Sieyès, no livro denominado *A constituinte burguesa*²? Embora nascida nos albos da sociedade moderna, não significa que em tempo anterior não tivesse havido Constituição. Por isso mesmo é que não se pode vincular a idéia moderna de Poder Constituinte à de Constituição³.

A Antigüidade teve a sua e mesmo no Medievo havia a noção, não moderna, de Constituição⁴. Portanto, sem Poder Constituinte em sua acepção moderna. Com efeito, não é demais lembrar que o *Instrument of Government*, de 1653, outorgado por Cromwell⁵, foi criado antes da obra do famoso Abade, paradoxo que sempre se descreveu pela ausência de Constituição escrita, mas ao mesmo tempo como origem do constitucionalismo.

Em outro enfoque, o Terceiro Estado de Sieyès parece encontrar seu predecessor na figura dos *popolani*, conforme escreve Quentin Skinner:

“A causa fundamental dessa erosão das liberdades republicanas deve-se procurar nas divisões de classe que começaram a se aprofundar a partir dos princípios do século XIII. O avanço do comércio deu proeminência a novas classes de gente, ‘gente nuova’, como se dizia, que logo enriqueceram comerciando nas cidades e na ‘contada’, ou campo, dos arredores. Contudo, a

² Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

³ Melhor escrito por Paulo Bonavides: “Cumprir todavia não confundir o Poder Constituinte com a sua teoria. Poder Constituinte sempre houve em toda sociedade política. Uma teorização desse poder para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII, por obra de sua reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento mecanicista anti-historicista e anti-autoritário do racionalismo francês, com sua concepção de sociedade” (*Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 120).

⁴ Para uma descrição minuciosa da matéria, ver FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bologna: Il Mulino. 1999.

⁵ Ver JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 29.

despeito de sua crescente riqueza, esses ‘popolani’ não tinham voz nos conselhos governantes de suas cidades, que continuavam sob o firme controle das famílias dos magnatas mais antigos. À medida que essas divisões se agravavam, vieram a gerar um inquietante aumento da violência cívica, com os ‘popolani’ se batendo por reconhecimento, enquanto os magnatas lutavam para conservar seus privilégios oligárquicos. A primeira investida nessa batalha geralmente proveio dos ‘popolani’, privados que eram de seus direitos cívicos”⁶.

Portanto, o mesmo Terceiro Estado, lutando por seu reconhecimento como classe que deveria participar das decisões de governo, só que não na França, mas na Itália e alguns séculos antes.

No livro de Sieyès encontra-se patente a idéia de que o Poder Constituinte deve ser identificado com a Nação. Entretanto, bom que se deixe claro, a Nação, por sua vez, era identificada com o então chamado Terceiro Estado, ou seja, a classe representada como burguesia. Contudo, a pergunta feita pelo mesmo Sieyès, transformada em título do livro no original francês, e representada pela frase *O que é o Terceiro Estado?* ainda carece de uma melhor resposta que possa ser obtida por meio de uma descrição. Aqui neste estudo trabalha-se com a evolução semântica⁷ dessa designação.

O termo “Terceiro Estado” traz consigo uma marca bastante distintiva, pois que não se fala ainda em classe, ao menos na França e na Alemanha. Já na Inglaterra, o termo que se impôs foi mesmo o de “classe” e seria impensável a sua substituição pelo equivalente de seus continentais vizinhos europeus. Assim, *estate* não teria um significado equipolente a *état* ou *Stand*. Conforme escreveu Norbert Elias:

“É característico das diferenças entre o desenvolvimento britânico, por um lado (para mencionar apenas um exemplo), e o desenvolvimento alemão, por outro, que em inglês o termo ‘estate’ (estado), como expressão para designar um tipo especial de estratificação social, soa antiquado e é difícil de manejar, porque outros significados da palavra (bens de raiz, propriedades fundiárias etc.) adquiriram destaque em seu uso corrente, de preferência à designação de um estrato social específico (como na referência aos três estados: clero, nobreza e povo). Na Alemanha, o termo correspondente ‘Stand’ permaneceu em uso comum. De fato, por muito tempo, as pessoas preferiram falar de ‘Mittelstand’ (‘estado médio’), em vez de ‘Mittelklasse’ (‘classe média’). O primeiro soa estranho aos ouvidos ingleses, o segundo aos ouvidos alemães”⁸.

⁶ *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 45.

⁷ Neste trabalho utiliza-se semântica com o seguinte significado: “La semántica es el patrimonio conceptual de la sociedad. En términos sociológicos, es posible definir la semántica con referencia a los conceptos de sentido y comunicación. En síntesis, la semántica es aquella parte de significados de sentido condensados y reutilizables que está disponible para la emisión de la comunicación. La evolución de la semántica es proporcional al desarrollo de los medios de difusión de la comunicación e a la mutación de la estructura de la sociedad” (BARALDI, Claudio. *Semántica. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996. p. 143-145).

⁸ *Os alemães*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989. p. 125-126. Na evolução semântica do termo “estado” no lugar de “classe”, na Alemanha, parece ter ele sido empregado até 1848, data em que Karl Marx e Friedrich Engels, em seu famoso panfleto intitulado *Manifesto Comunista*, iniciam o texto da seguinte forma: “Die Geschichte aller bisherigen Gesellschaft ist die Geschichte von *Klassenkämpfen*” (*Das Kommunistische Manifest*. Trier:

Norbert Elias não quis dizer com isso que a palavra *estate* em inglês não tivesse significado estado como ordem; apenas ressaltou que o significado da palavra que permaneceu foi aquele ligado a outro diferente de uma classe. Hobsbawm endossa a tese⁹.

Pode-se concluir, do que vem de ser escrito, que a noção de classe ou de estratificação social ainda não era de uso corrente na sociedade pré-moderna, embora já indicasse a sua forma de diferenciação.

A teoria de Sieyès, embora tenha inaugurado a moderna construção de Poder Constituinte, em realidade limitou os participantes dessa construção, dela excluindo aqueles que não pertencessem ao Terceiro Estado, ou seja, o Quarto Estado, mais comumente chamado de *sans-culottes*¹⁰. A Nação, portanto, não seria o povo, porém apenas determinada classe¹¹ nele delimitada, apesar de o mesmo Sieyès, em algumas passagens de seu opúsculo, referir-se à Nação como sinônimo de povo e, a este, como sinônimo do Terceiro Estado. Havia como que um esforço do teórico visando a significar o Terceiro Estado como aquele compreendido na vida ordinária, simples, comum. São dele as seguintes palavras: “É preciso entender como Terceiro Estado o conjunto dos cidadãos que pertencem à ordem comum”¹².

Matava-se, com essa idéia, dois coelhos com uma única cajadada: por um lado agradava-se ao povo pelo uso da linguagem coloquial e por outro distinguia-se o Terceiro Estado, ordem comum, dos outros dois estados, clero e nobreza, ordens privilegiadas. Essa diferença mesma foi utilizada como antagonização entre direito comum e direito de privilégios.

Se é correto alinhar o pensamento de Sieyès sobre o que queria significar com a expressão Terceiro Estado nos moldes aqui traçados, não é menos certo afirmar que a idéia de Poder Constituinte vinha representada pela noção de Assembléia Nacional, na qual predominaria o interesse comum em detrimento do interesse pessoal. Esse interesse comum, que demandaria o direito a sua própria proteção – escapismo utilizado talvez pela já difícil arte de tratar ontologicamente do termo –, pertence ao cidadão comum, que possui o direito à eleição dos deputados e à elegibilidade, portanto, vantagens comuns que não violam a lei.

O Terceiro Estado, de sua vez, integrava a instituição denominada Estados Gerais.

Schriften aus dem Karl-Marx-Haus, 1995. p. 3 – grifou-se). A substituição, na Alemanha, de um termo pelo outro é constatada por Karl-Heinz Hillmann: “Die soziale und politische Bedeutung der Ordnungskategorie Stand ist mit der Industrialisierung und mit den durch das Bürgertum eingeleiteten gesellschaftlich Strukturwandlungen fast völlig aufgehoben worden” (*Wörterbuch der Soziologie*. Stuttgart: Kröner Verlag, 1994. p. 837). De todo modo, mesmo Sieyès, ao menos uma vez, se refere à classe: “O Terceiro Estado esperava inutilmente do concurso de todas as classes a restituição de seus direitos políticos e a plenitude de seus direitos civis” (op. cit., p. 130).

⁹ HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002. p. 87.

¹⁰ Conforme Patrice Higonnet, “Existia em Paris, antes de 1789, uma população pobre. À pergunta ‘o que é um *sans-culotte*?’ , um primeiro documento, de maio de 1793, respondeu com referência ao aspecto social: ‘É um ser que anda sempre a pé [...] e que vive com muita simplicidade com sua mulher e seus filhos, se os tiver, no quarto ou no quinto andar’ (Sans-culottes. *Dicionário crítico da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 411). Na pintura, confira-se o quadro de Pelizza da Volpedo, “Quarto Estado”.

¹¹ Embora se possa hoje afirmar que naquela época “estado” era sinônimo de “classe social”, não havia essa identificação originariamente, conforme se extrai dos verbetes “Classe” e “État” e das definições a eles atribuídas por Diderot e D’Alembert, em sua *Encyclopédie*, 1751-1772, Marsanne, França: REDON, versão CD-Rom.

¹² Op. cit., p. 72.

Os Estados Gerais

Na França, e naquela época, já havia a previsão dos Estados Gerais, em que os três estados se faziam representar; entretanto, essa representação nada tinha do significado que possui a representação política da sociedade moderna¹³, além do que essa instância de poder não se reunia de há muito. E Sieyès pregava exatamente a necessidade de se substituir esse foro pela Assembléia Nacional, pois nesta a representação dos cidadãos seria mais fiel ao corpo eleitoral, tendo em vista que ela se realizaria por cabeça e não por ordem, como era a anterior prática. Uma melhor descrição dos eventos então ocorridos pode ser encontrada em Jacques Godechot¹⁴.

Havia uma ligação direta entre a idéia de Terceiro Estado como ordem componente dos Estados Gerais, vale dizer, a terceira ordem. Terceiro Estado, então, era uma classe social representada pela burguesia da época e os Estados Gerais eram uma Assembléia.

Não possuíam o sentido de Estado na sua acepção moderna, até porque os Estados Gerais existiram em um tempo em que o território, embora não sendo mais a *polis* dos antigos nem o feudo dos medievais, ainda carecia de significar o que atualmente representa a instituição Estado para o sistema político. Quem deles traça um perfil completo e resumido é Perry Anderson¹⁵:

“Os ‘estados do reino’ representavam habitualmente a nobreza, o clero e os burgueses das cidades, e estavam organizados seja numa assembléia diretamente tricursal, seja num sistema um pouco diferente de duas câmaras (magnatas e não-magnatas). Tais assembléias existiram praticamente em toda a Europa ocidental, com exceção do norte da Itália, onde a densidade urbana e a ausência de suserania feudal inibiram, naturalmente, a emergência delas: Parlamento na Inglaterra, *États-Généraux* na França, *Landtage* na Alemanha, Cortes em Castela ou Portugal, *Riksdag* na Suécia, etc. Além de seu papel essencial como fontes fiscais do Estado medieval, os Estados preenchiam outra função crítica na organização política feudal. Eles eram expressões coletivas de um dos princípios mais profundos de hierarquia feudal no seio da nobreza, o dever do vassalo prestar não apenas ‘auxilium’, mas também ‘consilium’ ao seu suserano: [...*omissis*]”.

¹³ Conforme Ran Halévi, “Desde o fim da Idade Média até a Revolução, o ato de *representar* sempre conservaria o sentido muito restritivo que lhe reconheciam ao mesmo tempo os governantes e os governados: o povo, mediante delegação, mas sem intermediário, apresentava ao rei o espelho de seu reino, enviando-lhe seus desejos, queixas e advertências. Um ato que caracteriza a própria natureza do Antigo Regime, no qual o indivíduo só dispunha de existência política através de suas ligações orgânicas: a ordem, o corpo, a comunidade, o privilégio. ‘Representar’, antes de 1789, não implicava forçosamente, portanto, representatividade, nem mesmo eleição. Era, antes de mais nada, entrar em comunhão, transmitir, operação à qual a designação de deputados permanecia estreitamente subordinada, constituindo apenas o *reconhecimento* dos atributos que qualificam tal ou qual indivíduo para levar aos Estados as reivindicações de suas comunidades” (Estados Gerais. *Dicionário Crítico da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 53).

¹⁴ *Les Constitutions de la France depuis 1789*. Paris: GF Flammarion, 1995. p. 21-22.

¹⁵ *Linhagens do Estado absolutista*. São Paulo: Brasiliense, 1998. p. 45.

A par das diferenças existentes entre as instituições denominadas Estados Gerais e Assembléia Constituinte, não seria exagero afirmar a correlação manifestada entre elas, seja sob a forma de reunião, seja sob a forma de deliberação.

Segue daí a necessidade de descrição do antecessor ao sucessor.

Dos Estados Gerais à Assembléia Constituinte

E foi no dia 17 de junho que o Terceiro Estado se proclamou Assembléia Nacional Constituinte, a qual só começou a trabalhar após o dia 6 de julho, sempre tendo em mira a Constituição como um contrato negociado entre os deputados e o rei. Em 14 de julho, ocorreu a Tomada da Bastilha; em 4 de agosto, a Assembléia votou a abolição do regime feudal e de todos os privilégios e, após muita querela sobre a inserção da palavra *Deus* no preâmbulo do texto, no dia 26 de agosto a mesma Assembléia publicou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, tendo o texto constitucional sido publicado apenas em 3 de setembro de 1791.

O Poder Constituinte, na teoria de Sieyès, materializou-se na elaboração de uma declaração de direitos e de uma Constituição, documentos feitos pela Assembléia Nacional: documentos escritos, caracterizadores de um processo de positivação que hoje já não mais se explica apenas pela escritura da norma, e constituintes do Estado moderno, melhor dito, do Estado da sociedade moderna.

Esse feito teórico mascara um problema que, para aqueles a quem apraz observar a sociedade moderna lançando mão de confusos conceitos representados por termos como “conservador” e “progressista”, está ligado ao conservadorismo das posições ainda hoje assumidas pelos teóricos da representação, os quais, trabalhando com o conceito medieval de titular do Poder Constituinte, acabam por ligá-lo à Nação e, por consequência, à monarquia, como de fato laborou a Assembléia de 1791, depositando a chave do cofre nas mãos do rei¹⁶.

Como se percebe, o problema não é pequeno e, por isso mesmo, não de fácil solução. Reside ele na insuficiência conceitual da teoria constitucional, pois que, ao mesmo tempo em que é correto asseverar que os conceitos de “estado”, “classe” e “estrato” sofreram uma evolução semântica, por causa do aumento da complexidade social, reconhece-se hoje a sua inadequação para descrever a sociedade moderna. Vale dizer, classe burguesa e

¹⁶ Ver, especialmente, o art. 1º do Capítulo IV da Constituição Francesa de 1791. Talvez por isso não tenha sido de todo sem sentido o que aconteceu a Sieyès, conforme relata Keith Michael Baker: “Se a Constituição do ano III não seguiu em todos os seus pormenores as propostas de Sieyès, pelo menos partilhou de sua vontade de salvaguardar o governo representativo, protegendo-se ao mesmo tempo das consequências da teoria da soberania nacional. O que se seguiu é coisa bem conhecida. Durante o Diretório, como parecia cada vez mais difícil manter a unidade de ação sem a ‘ação única’, o homem que acabara de propor a criação de um júri encarregado de proteger a Constituição participou dos Golpes de Estado de 18 Frutidor, de 22 Floreal e de 30 Prairial. No 18 Brumário, presidiu à transferência de poder que colocava Napoleão Bonaparte à frente do Estado. Foi essa uma das grandes ironias da Revolução Francesa: o teórico cujos escritos haviam feito eclodir o drama revolucionário foi o mesmo que precipitou o fim desse drama” (Sieyès. *Dicionário Crítico da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 338).

classe trabalhadora, classe dominante e classe dominada não são mais distinções aptas e suficientes à descrição da sociedade moderna exatamente porque a complexidade social engloba distinções outras que não mais apenas aquelas: a distinção sistema–ambiente, por exemplo, o que vai dar na admissão do marco teórico traduzido na representação da sociedade moderna como uma sociedade diferenciada não mais por estamento, classe, estrato, mas sim por funções.

Uma tentativa, neste trabalho, de destrinçar o problema é traduzida pela análise da dimensão temporal das estruturas – neste caso, da estrutura representada pela expectativa normativa –, e não mais apenas material ou social. Essa análise temporal realiza-se de duas maneiras: a) primeiro, descreve-se, na medida do possível, a evolução semântica do termo em estudo, o que já foi feito linhas atrás; b) depois, conceitua-se “tempo” para, então, c) analisar-se o problema apresentado em sua perspectiva temporal, o que implica discutir conceitos como o de Poder Constituinte e sua (in) capacidade de vincular o futuro.

Tempo

O tempo, ou a temporalidade, no direito, vem utilizado no plural, vale dizer, há temporalidades jurídicas. Gerhart Husserl classificou em três as temporalidades jurídicas: o Poder Executivo trata do presente, o Judiciário do passado e o Legislativo do futuro¹⁷.

A par dessa classificação, há outras. Contudo, para os fins deste trabalho, essa menção é suficiente.

A classificação de Husserl não é errada, entretanto, não parece ser a mais adequada a descrever a temporalidade jurídica da sociedade moderna.

Neste passo impõe-se esclarecer o conceito de sociedade moderna, que aqui é adotado na acepção de sociedade diferenciada funcionalmente, e não mais por segmentos ou estratos.

No dizer de Claudio Baraldi, *verbis*:

“Las formas de la diferenciación se distinguen del modo en el que se trazan los límites entre sistemas parciales y sus entornos al interior de la sociedad. Son el resultado de la combinación de dos diferencias fundamentales: a) la diferencia sistema/entorno; b) la diferencia igualdad/desigualdad, relativa a la relación entre los sistemas parciales y con referencia al principio de su formación. En el curso de la evolución de la sociedad, cuatro formas de la diferenciación han desarrollado la función de estructura: la diferenciación en sistemas parciales similares (segmentación); diferenciación centro/periferia; diferenciación jerárquica de estratos; diferenciación funcional. [...omissis]. En esta sociedad diferenciada por funciones (o por diferenciaciones funcionales), los sistemas parciales son desiguales por la función que cada uno de ellos desarrolla. Todo sistema parcial se diferencia y se define con

¹⁷ *Recht und Zeit*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1955. Uma análise bastante interessante, porém sob outro enfoque: ELIAS, Norbert. *Du temps*. Paris: Fayard, 1996.

base a la función específica que desarrolla en la sociedad: los principales son el sistema político, el sistema económico, el sistema de la ciencia, el sistema de la educación, el sistema jurídico, las familias, la religión, el sistema de salud, el sistema del arte. La comunicación fundamental en la sociedad está por tanto estructurada alrededor de estas funciones”¹⁸.

Se a referência de sociedade é essa descrita acima, então, de forma necessária, a aderência a um conceito de tempo tem que ser realizada àquele que seja o mais adequado à sociedade moderna¹⁹.

Nas sociedades não-modernas, havia uma idéia de tempo diferente da que existe na sociedade moderna. Na pena de Giancarlo Corsi:

“La tradición ha interpretado el tiempo como movimiento, entendido a su vez como unidad de la diferencia entre antes y después. Los horizontes temporales de las sociedades anteriores a la moderna coinciden con la distinción entre tiempo y eternidad. La eternidad indica la posición divina, por la cual todos los tiempos son simultáneos; la eternidad garantiza que todo acontecerá según la voluntad de Dios. La eternidad se distingue del tiempo finito de la existencia, que posee un inicio y un fin, cuyo sentido le viene dado sólo sobre el trasfondo de la eternidad”.

E continua:

“En la sociedad funcionalmente diferenciada el movimiento se sustituye por la idea del presente y los horizontes temporales primarios se vuelven los del pasado concluido y del futuro incierto, abierto y contingente, en el cual el sistema puede operar múltiples proyecciones de presentes posibles”²⁰.

No que pertine a este trabalho, é de se destacar a contingência do futuro, que está aberto, sendo que tudo pode ser de outra maneira, inclusive a comunicação.

Essa idéia se liga a uma outra, também própria da sociedade moderna, que é a de direito positivo ou de positividade do direito. Com efeito, direito positivo é o direito mutável, ao contrário do direito natural, este sim imutável, como a noção de futuro ligado à eternidade.

Direito positivo, então, é aquele que se manifesta na sociedade na qual o futuro é contingente; ele, então, também o é.

¹⁸ Diferenciación de la sociedad. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996. p. 59-61.

¹⁹ Conforme Jacques Le Goff, “O tempo medieval privilegia o passado” (Tempo. *Dicionário Temático do Ocidente Medieval*. São Paulo: Imprensa Oficial SP/EDUSC, 2002. p. 535). Talvez por isso a memória, no Medieval, possuísse tantos significados e o direito antigo prevalecesse sobre o novo.

²⁰ Tempo. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996. p. 156-157. A concepção de tempo na sociedade moderna pode também ser descrita na frase de Eugène Ionesco: “Vouloir être de son temps c’est déjà être dépassé” (Notes sur le théâtre et pages de journal. *Notes et contre-notes*. Paris: Éditions Gallimard, 1962. p.193-194 e 196-200).

Para melhor se entender a idéia, de novo a pena de Giancarlo Corsi:

“El derecho es un sistema funcionalmente diferenciado de la sociedad moderna, cuya función es mantener estables las expectativas aun en caso de que resulten vanas. La función del derecho se refiere a la dimensión temporal de la comunicación y no tanto a la dimensión social: a través del derecho no se garantiza la integración de los individuos y tampoco el control social sus comportamientos. Las normas sin embargo garantizan una delimitación de lo que puede esperarse en el tiempo y en este sentido limitan la libertad y separan claramente entre lo que es aceptable y lo que no es: con la norma la sociedad trata de hacer posible un futuro que en sí es inseguro”²¹.

Disso resulta que o direito tem por função estabilizar as expectativas normativas. Expectativas são condensações de referências de sentido que demonstram o que indica e como se delineia uma determinada situação. Têm a função de orientar de modo relativamente estável a comunicação e o pensamento diante da complexidade e da contingência do mundo.

Expectativas normativas são aquelas contrafáticas, que resistem aos fatos mesmo que estes demonstrem que a expectativa foi frustrada. Não é porque alguém cruzou o sinal vermelho que a norma vai mudar para permitir esse tipo de conduta. Para o tratamento da frustração o direito dispõe da sanção.

O problema está em que a norma constitucional não comina, ela própria, uma sanção para o seu descumprimento. Sua frustração, assim, permanece sem tratamento e, o que é de fato perverso, prolonga-se no tempo. Contudo, remanesce a necessidade de adaptação dessa norma. Por isso, o direito é mutável, é positivo. Essa idéia está ligada à dimensão temporal das expectativas normativas, que, por sua vez, são as estruturas do sistema jurídico.

Essa adaptação, no caso de uma norma constitucional que não tenha efetividade, que cause, portanto, frustração, tem que ser feita pelo Poder Constituinte derivado, fixado na Constituição pelo Poder Constituinte originário, pois, conforme já escrito, em geral não há sanção estabelecida como tratamento para a desilusão gerada pelo descumprimento desse tipo de norma – difere-se, dessa forma, do descumprimento de uma norma penal.

A atuação do Poder Constituinte derivado torna-se problemática, a partir do momento em que o Poder Constituinte originário, ao criar uma Constituição, rompe com o passado²², porém vincula o futuro.

Portanto, vincula a própria atuação do Poder Constituinte derivado, que vai ter que atuar para tratar das frustrações de expectativas normativas causadas pelo descumprimento das normas constitucionais, como que engessado sob o aspecto formal e sob o material, ainda que essa atuação se realize em um futuro aberto, contingente, no qual tudo pode ser de outra maneira, em que não há a menor possibilidade de se encapsular o futuro.

²¹ Derecho. *Glosario...*, cit., p. 54.

²² Sobre o absoluto rompimento com o passado, que parece não ocorrer quando da elaboração de uma Constituição, ver Jorge Luis Borges (A muralha e os livros. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Globo, 1999. v. 2, p. 9-11).

Essa contingência do futuro é característica da própria realidade – pense-se, por exemplo, na extraordinária fragmentação da legislação previdenciária como forma ou produto dessa contingência –, que, por sua vez, é o resultado de uma seleção entre muitas possibilidades, é apenas uma parte do que é possível e, por isso mesmo, observar a realidade é algo muito improvável. Portanto, o que vai garantir o sistema jurídico – e a própria Constituição – contra a contingência dessa seleção é a sua estrutura, ou seja, as expectativas normativas, as quais não podem, por isso mesmo, ser objeto de frustração que se prolonga no tempo sem tratamento, vale dizer, sem adaptação.

Quando o Poder Constituinte originário fixa a Constituição e vincula o futuro por meio do estabelecimento de normas denominadas eternas, acaba por reduzir as possibilidades a serem selecionadas sempre tendo em vista a necessidade de se reduzir complexidade na sociedade moderna.

Como registro histórico, destaque-se que a discussão sobre a vinculação de gerações posteriores por aqueles que fazem a Constituição já se manifestou na história constitucional, envolvendo Hume, Paine, Jefferson e Madison²³. Contudo, naquela ocasião não se abordou o problema da vinculação de um futuro contingente na sociedade moderna, ainda que a Constituição jacobina de 1793 – não aplicada – dispusesse em seu art. 28 que “Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures”²⁴.

Por outro lado, não parece ser o caso de se pensar na tensão criada entre esses poderes traduzida na rigidez do texto constitucional²⁵. Sob o aspecto da forma, não se percebem maiores problemas na atuação do Poder Constituinte derivado, ao menos com relação à discussão aqui desencadeada. Pode-se, por exemplo, descrever esse problema como um problema de auto-referência²⁶. Contudo, essa rigidez formal não guarda pertinência temática com a idéia de vinculação do futuro pelo Poder Constituinte originário. No limite,

²³ Ver HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. *Passions & Constraint*. Chicago: The University of Chicago Press, 1995. p. 134-177.

²⁴ Conforme GODECHOT, Jacques, op. cit.

²⁵ Adere-se aqui à sutil idéia lançada por Luiz Alberto David Araujo, para quem: “12. Entendemos rigidez constitucional como a possibilidade de alteração da Constituição por um processo especial e mais difícil do que o processo de elaboração da lei ordinária. Rigidez está ligada à idéia de possibilidade de alteração. A sua impossibilidade (cláusula pétrea) escapa do campo conceitual da rigidez” (Características comuns do Federalismo. BASTOS, Celso (Coord.). *Por uma nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 46). Essa noção pode ser encontrada em Paolo Biscaretti di Ruffia (*Direito constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. p. 220) e em Jorge Reinaldo A. Vanossi (*Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 2000. p. 183). Por causa disso não se concorda com a idéia expressa no artigo de José Eduardo Faria intitulado “Direitos adquiridos e rigidez constitucional” (jornal *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 2 fev. 2003, p. 2).

²⁶ Ver ROSS, Alf. Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional. *El concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969. p. 47-82. Jorge Reinaldo A. Vanossi parece não ter entendido o alcance da idéia lançada por Alf Ross, pois, ao comentar o problema, assim escreveu: “Vamos a referirnos brevemente a este *divertimento* (sic) lógico, que el autor estima como ‘un difícil problema de derecho constitucional’” (*Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 2000. v. 1, p. 236-237). No sistema científico da sociedade moderna as teorias auto-referenciais são as consideradas universais, conforme Niklas Luhmann (*Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1987. p. 9).

a rigidez formal pode se manifestar como um obstáculo no ganho de um recurso que é, de per si, escasso, qual seja, o próprio tempo²⁷.

Por isso, nessa sede de reflexão, o problema a ser descrito reside na vinculação do futuro sob o aspecto material, por meio da qual se limita a atuação – e, portanto, a adaptação das expectativas normativas – do Poder Constituinte derivado.

Antes que se lance a grave acusação de revisionismo à proposta, esclarece-se que não se trata de opor resistências à idéia de cláusula pétrea; aqui, apenas, se está a descrever o problema, e ele de fato existe, ainda que a teoria constitucional não reflita sobre ele, ainda que ela nada ofereça para sua solução²⁸.

A descrição aqui empreendida põe de manifesto a existência de dois problemas básicos, quais sejam: a) a vinculação do futuro, que é contingente na sociedade moderna, criada pela atuação do Poder Constituinte originário ao estabelecer normas com vida eterna²⁹; b) a característica de imutabilidade dessas mesmas normas que nega, frontalmente, a qualidade de direito positivo da sociedade moderna³⁰.

Direito positivo

Para se compreender o primeiro problema, parece ser produtivo tomar como ponto de partida que a Constituição só poderá preservar-se da forma da contingência temporal ao não vincular o futuro ou mitigar essa vinculação³¹; consegue, dessa maneira, tratar das frustrações causadas pelo descumprimento da norma constitucional – que, em realidade, é a não-concretização da expectativa normativa –, pois que, não dispondo do mecanismo da sanção, poderá acionar o Poder Constituinte não mais derivado, mas já o evolutivo; além disso, cumpre com sua função, que é a de conferir duração à expectativa³².

²⁷ Aqui é obrigatória a menção às várias reformas processuais e à criação da súmula vinculante no direito brasileiro, todas no sentido de se ganhar tempo, frise-se, recurso escasso na sociedade moderna. Em uma abordagem sociológica, ver Anthony Giddens, ao analisar o tempo-geografia de Hägerstrand: “2. A finitude da duração da vida do agente humano como um ‘ser para a morte’. Esse elemento essencial da condição humana dá origem a certos parâmetros demográficos inevitáveis de interação no tempo e no espaço. *Por essa razão, senão por outra, o tempo é recurso escasso para o ator individual*” [grifou-se] (*A constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 131).

²⁸ O problema já foi detectado por Denis Baranger: “Le temps est une des formes, la principale peut-être, de la contingence contre laquelle la constitution doit se préserver” (*Temps et Constitution. Droits – Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, Paris: PUF, n. 30, p. 52, 2000). A questão vai desembocar na pergunta pelo futuro da própria Constituição.

²⁹ Conforme Pinto Ferreira: “Por isso mesmo, as constituições estabelecem via de regra um conteúdo mínimo, inviolável e intangível, consignado como o cerne ou a essência da constituição, aquilo que Wittmayer, na sua *Weimarer Reichsverfassung* (p. 40), indica como o espírito da obra constitucional” (*Da Constituição*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1956. p. 107).

³⁰ Essa idéia vale tanto para as normas que se inserirem no conceito de cláusula eterna, inclusive e especialmente as denominadas de programáticas, quanto para aquelas que não se enquadrarem nesse parâmetro, v.g., o artigo 192 da Constituição brasileira em vigor, que após quase quinze anos de existência foi revogado em sua integralidade pela Emenda Constitucional n. 40/2003.

³¹ Ainda que, como escreve Luhmann, a norma, ao lado da propriedade e do risco, vinculem o futuro.

³² Especificamente com relação a essa idéia, ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 2.

Por esse argumento não se vincula o que não é vinculável, o futuro, que é aberto, e sempre se poderá lançar mão do mecanismo mais adequado à estabilização das expectativas normativas e, por conseguinte, à redução de complexidade.

Para se compreender o segundo problema, é necessário o esclarecimento do que vem a ser direito positivo.

Muito se escreve sobre o assunto e pouco se esclarece sobre ele. Fruto de preconceito que parece vir desde o início do *Novecento* com a formulação kelseniana e que rebentou em extraordinária *vulgata* do tema, semeada em ambiente no qual todos são capazes de lançar juízos críticos contra o termo, condenando-o como causador dos mais variados e horrorosos feitos da sociedade³³, mas incapazes, ao mesmo tempo e paradoxalmente, de descrevê-lo de forma mais adequada à sua compreensão, é o direito positivo o direito da sociedade moderna.

O direito positivo surge na sociedade moderna não apenas como legislação, a qual, de sua vez, não se manifestou apenas na modernidade. Tomado na conta de fruto de decisão, o direito positivo teve seu significado ancorado em diversos fatores: lei escrita, instrução do processo, separação entre o cargo e a pessoa, entre desobediência e o desejo de mudanças, entre resistência e oposição, institucionalização de processos políticos e um aumento de casos para se decidir³⁴.

É de autoria de Niklas Luhmann a noção de positividade:

“Em termos mais estritos pode-se falar de positividade – no sentido do direito enquanto totalidade – somente quando o próprio estabelecimento do direito, ou seja, a decisão, tornou-se base do direito”³⁵.

Entretanto, é o mesmo autor que vai afirmar que o conceito de positividade não é mais suficiente a descrever o direito positivo; em seu lugar, oferece a idéia de clausura de operação do sistema jurídico³⁶.

O sistema jurídico, nessa abordagem, reproduz-se com base única e exclusivamente em seus próprios elementos, vale dizer, não se reproduz com base em elementos do sistema econômico ou do sistema político, ainda que estejam todos eles acoplados estruturalmente e que se interpenetrem: o sistema jurídico é, então, autopoietico³⁷.

³³ Ver COMPARATO, Fábio Konder. Experiência totalitária do século XX: lições para o futuro. In: NOVAES, Adauto (Org.). O avesso da liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 279-288. Não seria mais produtivo indagar-se a respeito da falência do projeto iluminista?

³⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1, p. 234.

³⁵ Idem, p. 236.

³⁶ *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995. p. 38-41.

³⁷ Admitir essa concepção de sistema não significa excluir a possibilidade de que a mudança estrutural desse mesmo sistema seja, em determinadas sociedades e em específicos casos, conferida pelo ambiente. Luhmann mesmo, em seu livro *Teoría política en el Estado de Bienestar* (Madrid: Alianza Universidad, 1997. p. 59), admite que as sociedades em desenvolvimento ainda não se diferenciaram totalmente por funções; contudo, a diferenciação funcional segue sendo a marca principal e distintiva da sociedade moderna, pois se é verdade que existe avião dotado da mais alta tecnologia, não é menos certo o fato de que, na área rural das sociedades pós-industriais, ainda se prefira andar a cavalo. Para uma análise das sociedades ditas em desenvolvimento, ver LUHMANN, Niklas. Causalità nel Sud. In: CORSI, Giancarlo; GIORGI, Raffaele de. *Ridescrivere la questione meridionale*. Lecce: Pensa Multimedia, 1999. p. 95-129. Ao fim e ao cabo, confira-se o que pode fazer um sistema jurídico “desdiferenciado” funcionalmente na pessoa do juiz Azdak, em *O círculo de giz caucasiano*, de Bertolt Brecht.

A análise temporal da estrutura do sistema jurídico que é a expectativa normativa é diferente, portanto, daquela levada a efeito com relação ao sistema político: para a constatação, basta observar-se a configuração do tempo em ambos os sistemas, sendo a do jurídico muito mais prolongada do que a do político.

Isso põe de manifesto que não é errado pensar, conforme escreve Niklas Luhmann, “que a legislação se converte em um mecanismo importante de compensação do tempo para a sociedade em seu conjunto”³⁸.

Essa menção sobre a legislação é relevante para os fins deste trabalho, pois é ela, a legislação, que vai dominar a evolução do direito, baseada anteriormente sobre a diferença entre texto e interpretação.

Neste passo já há condições de se problematizar a idéia de Poder Constituinte evolutivo.

Poder Constituinte evolutivo

A idéia de poder em uma sociedade diferenciada funcionalmente tem que ser aquela inerente à sociedade moderna³⁹. Para guardar coerência metodológica, neste trabalho se lança mão da noção de poder como meio de comunicação simbolicamente generalizado, formulada por Niklas Luhmann.

Sistema social moderno é comunicação. Nesse sistema manifestam-se vários meios de comunicação simbolicamente generalizados. Estes devem ser entendidos como:

“estructuras particulares que aseguran probabilidades de éxito a la comunicación, porque transforman en probable el hecho improbable de que una selección de Alter sea aceptada por Ego. Tales medios son el poder (o poder/derecho), la verdad científica, el dinero (o propiedad/dinero), el amor, el arte, los valores”⁴⁰.

Neste passo já é possível formular uma noção de poder. Conforme Niklas Luhmann, *verbis*:

“Los médios de comunicación simbólicamente generalizados tienen un sistema de referencia necesario: la sociedad, y también en esto se comparan con el lenguaje. [...*omissis*]. El poder es un factor universal para la existencia societal, establecido en el mundo de la experiencia viviente”⁴¹.

³⁸ *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 427.

³⁹ A temática do poder se conhece desde a sociedade arcaica e mesmo na Antigüidade. Sintomático é que, por exemplo, em *Prometeu acorrentado*, de Ésquilo, tenha sido ele, o Poder, um personagem decisivo no cumprimento da sentença proferida por Zeus contra Prometeu, exatamente porque este último tinha levado alguma esperança aos humanos.

⁴⁰ BARALDI, Claudio. Medios de comunicación simbólicamente generalizados. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996. p. 106.

⁴¹ *Poder*. Barcelona: Editorial Anthropos, 1995. p. 127.

Portanto, poder na sociedade moderna já não pode mais ser tomado na conta de ser detido apenas por uma classe ou um estrato – ou Nação, como quis Sieyès⁴²; sua referência é a sociedade, pois, sendo um meio simbolicamente generalizado, permite que a comunicação se realize nessa mesma sociedade, que, por sua vez, é um sistema, no qual há vários sistemas parciais, entre eles o jurídico, o qual, por isso mesmo, produz comunicação jurídica.

Isso sendo correto, então há a possibilidade de se concluir que o poder é necessário ao mundo da vida em uma sociedade diferenciada funcionalmente.

Se a função do sistema é estabilizar as expectativas normativas, utilizando-se para isso do poder, então o Poder Constituinte vai ter que cumprir essa mesma função⁴³; constituinte, aqui, é conceito que traduz a redução de complexidade, o que vai produzir, paradoxalmente, o aumento dessa mesma complexidade.

Para cumprir essa função, o Poder Constituinte de redução/aumento de complexidade⁴⁴ não pode mais ter como titular a Nação ou classe que o valha, mas, sim, a sociedade diferenciada funcionalmente, além do que, também relevante, não pode mais ser tido na conta de originário, desde que se pense que a evolução não permite afirmar que houve algum começo, no caso, início do direito.

Nessa proposta de descrição, uma vez considerado o Poder Constituinte evolutivo como o mais adequado a cumprir a função que lhe é atribuída na sociedade moderna, não se pode mais falar nem de Nação como sua titular, uma vez que é a própria sociedade que se toma como referencial – no final das contas, é a sociedade que se auto-observa em segundo grau –, nem de originário como sendo sua qualificação, pois que assumir uma postura evolucionista implica descartar qualquer possibilidade de começo.

Conforme escrevem Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi:

“Prima di tutto è il caso di ricordare che tutti i sistemi autopoietici effettuano le loro operazioni sempre nel loro presente che di volta in volta è attuale. Anche la rete ricorsiva delle operazioni ha luogo nel presente sulla base delle condizioni e delle possibilità di raccordo che sono disponibili al presente. Per l’operazione (e questo vale anche per la comunicazione, se deve essere una operazione autopoietica), allora, non c’è mai un inizio, perchè il sistema, per poter riprodurre le sue operazioni a partire dai suoi propri prodotti, deve sempre aver già avuto un inizio, e allo stesso modo non c’è mai una fine, perchè ogni ulteriore operazione viene prodotta in vista di ulteriori operazioni”⁴⁵.

⁴² Sobre a dificuldade em se conceituar Nação, veja-se Francesco Rossolillo (Nação. In: BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985. v. 2).

⁴³ Nelson Saldanha, em *O Poder Constituinte* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 103), escreve sobre uma certa intenção jurídica do Poder Constituinte; mais produtivo seria descrever a função jurídica desse poder, que, pelo fato mesmo de ser jurídica, confere à Constituição um caráter jurídico, traduzido na idéia de acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, e não na de estatuto jurídico do fenômeno político.

⁴⁴ Vale dizer, na sociedade moderna a Constituição é apenas o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, pois já não se trata mais de fazer uma Constituição como alternativa ao caos, conforme Hamilton (Paper n. 9. *The Federalist Papers*. New York: A Mentor Book, 1961. p. 71), mas sim como condição de possibilidade da ordem social.

⁴⁵ *Teoria della società*. Milano: FrancoAngeli, 1999. p. 180. Tome-se o conceito de presente de Novalis: “O presente é o diferencial da função futuro/passado” (*Fragments de Novalis*. Lisboa: Assírio & Alvim, 2000. p. 115).

Se não há início nem fim, não há se pensar na idéia de evolução associada à de progresso, pois, de acordo com o que escreve Niklas Luhmann: “a evolução não é um processo que se dirige para uma meta, mas sim um produto colateral não intencionado: um resultado epigenético que simplesmente se dá”⁴⁶.

O direito evolui porque é a sua transformação o resultado direto da diferença entre variação e seleção que se reproduz incessantemente. A variação ocorre com relação aos elementos do sistema jurídico, que são as decisões jurídicas; a seleção se manifesta com relação às estruturas do mesmo sistema, que são as expectativas normativas; a estabilização é a unidade do sistema que se reproduz autopoieticamente.

A variação, portanto, assume a função de mutação do direito, enquanto a seleção, a de determinar qual conceito é o que corresponde ao direito.

De posse desses conceitos básicos da teoria luhmanniana a respeito de evolução, pode-se empreender uma descrição do que venha a ser Poder Constituinte evolutivo.

Evolutivo, para este estudo, é qualidade daquilo que evolui, vale dizer, do sistema jurídico, evolução essa que depende da evolução do sistema político, sede na qual se manifesta o Poder Constituinte.

Esses dois sistemas estão acoplados estruturalmente pela Constituição, que é quem vai permitir a interpenetração de um sistema no outro: um sistema não pode existir sem o outro.

Assim é que um Poder Constituinte evolutivo deve sempre atuar para cumprir sua função de reduzir a complexidade da sociedade moderna, ainda que, paradoxalmente, aumente essa mesma complexidade.

Complexidade é aqui tomada na conta de uma unidade que indica o fato de que nem todos os elementos de dita unidade podem estar simultaneamente em relação com eles mesmos, impondo-se, por isso mesmo, sempre uma seleção desses elementos para que se atualizem as relações entre os mesmos elementos.

A interpretação que se faz dessa idéia é a de que a atuação do Poder Constituinte evolutivo não significa emendar a Constituição para adaptá-la a um mundo melhor, contrariando frontalmente qualquer possibilidade de se adaptar o texto constitucional a uma idéia iluminista de evolução como progresso, senão que a adaptação far-se-á apenas como adequação a um mundo mais complexo, no qual a sociedade, ao mesmo tempo em que inclui, paradoxalmente, também exclui⁴⁷.

Nesse sentido, o problema maior parece residir nas normas constitucionais que impõem tarefas ao Estado, indicativas de programas finalísticos, típicos do sistema político e não do jurídico⁴⁸.

⁴⁶ *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 268-269.

⁴⁷ Exemplo claro disso que vem de ser escrito foi a experiência vivida na Rússia revolucionária, onde a flexibilização da lei do divórcio levou a uma crise de falta de moradia. Pense-se, também, no tão novo e já clássico exemplo do “lancer de nain” que, ao mesmo tempo em que atende ao princípio da dignidade da pessoa humana, cria mais um desempregado.

⁴⁸ A dogmática constitucional atual trabalha com a proposição de se reparar o dano causado pela omissão inconstitucional: isso pouco ajuda, pois a situação de fundo continuará a mesma, buscando-se a solução, no caso concreto, para o problema na via de proteção pela indenização. Vale dizer, os excluídos, no atacado, continuarão a ser excluídos, embora atendidos no varejo.

A busca do pleno emprego é exemplo sintomático do paradoxo existente na norma, pois, a par da impossibilidade fática de se atingir essa meta, aí vem positivada a busca da plena exploração do trabalho pelo capital, vale dizer: em 1848, lutava-se pelo fim dessa exploração, enquanto, atualmente, faz-se do incremento dessa mesma exploração anteriormente combatida o cavalo de batalha – agora jurídico!!! – na luta contra o desemprego, na concretização de justiça social, termo este que, de resto, ainda não se conceituou de forma inequívoca⁴⁹.

Descrever essas situações pode custar aos crédulos a dor da constatação de que a sociedade moderna é apenas complexa, e não mais “avançada” que as sociedades pré-modernas⁵⁰.

Sentimento maior de desconforto é causado pela necessidade de se descrever, problematizando, temas considerados sagrados pela teoria constitucional.

Talvez, por isso, nada se escreva sobre o fato de que a norma constitucional preceituou como cláusulas pétreas apenas os direitos e garantias individuais, não incluindo aí os direitos sociais; talvez o problema se insira na positivação de programas finalísticos, próprios do sistema político, e não somente de programas condicionais, estes sim afetos ao sistema jurídico; talvez, se se começasse, em uma perspectiva sociológica, a considerar os direitos fundamentais como instituições, transferindo o campo de análise do jurídico para o político, ter-se-iam resultados mais produtivos de investigação, além de se continuar a ponderar os bens em conflito mediante o uso de argumentos *ad hominem* e *ad hoc*⁵¹.

Entretanto, esse último tópico é matéria para um outro trabalho.

Remanesce, contudo, sempre e sempre, a possibilidade de que, mediante a atuação de um Poder Constituinte evolutivo, a Constituição preserve-se da contingência do futuro, positivando em seu texto normas cujo descumprimento não cause decepção na sociedade, ao mesmo tempo em que poderá ela, a Constituição, seguir seu curso, conforme escreve Niklas Luhmann, dirigindo a palavra na primeira pessoa⁵².

Conclusão

Este artigo não se propôs a apresentar soluções para problemas; aqui se quis apenas descrever a atual situação teórica em que se encontra o assunto focado no direito constitucional.

⁴⁹ Ver, nesse sentido, HAYEK, Friedrich A. *Le mirage de la justice sociale. Droit, législation et liberté*. Paris: PUF, 1995. 2.

⁵⁰ A consideração das normas programáticas como arcabouço do porvir poderia se classificar como antítese da afirmação de que a sociedade moderna é apenas complexa.

⁵¹ Parece que a filosofia moral aposta todas as suas fichas na mutação constitucional pela interpretação. Seria bom que ela explicasse como é possível a situação dos presos da Base de Guantanamo após o julgamento, por uma Corte norte-americana, pelo qual se entendeu que a eles, presos, não se aplica a lei daquele país, muito menos a lei internacional: seria essa a *original intent* dos pais fundadores?

⁵² *Constitution. Droits – Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, Paris: PUF, n. 22, p. 113, 1996.

Essa situação peca pela inexistência de uma teoria descritiva que consiga, mediante conceitos, ao menos tentar responder à pergunta: como é possível a manifestação do Poder Constituinte na sociedade moderna?

Uma das possibilidades de se responder a essa indagação foi demonstrada neste trabalho, no qual foi utilizada a teoria luhmanniana como método de análise.

O sentido, então, condensa-se a partir da idéia de Poder Constituinte evolutivo, o mais adequado a reduzir a complexidade da sociedade moderna, que é diferenciada funcionalmente.

O levar a cabo esse Poder Constituinte evolutivo pode representar, muita vez, o uso de uma razão nem um pouco sábia ou iluminista, tendo em vista mesmo a necessidade de redução da atual complexidade da sociedade mundial e a completa inexistência de um paradigma teórico que dê conta de oferecer condições de possibilidade à realização de pelo menos algumas das utopias transformadoras, v.g., justiça social: a realidade não é mais “ontologizável” ou, de outra forma, adeus Nova Jerusalém.

Os eventos assim acontecem porque são assim, mesmo aos olhos daqueles que consideram o otimismo moralmente superior ao pessimismo; contudo, para ambos, o futuro está aberto, e qualquer tentativa de encapsulá-lo será vã, como as esperanças colocadas por Prometeu na cabeça dos humanos ou, cientificamente observando, como se ainda houvesse a possibilidade de se teorizar sob a influência de um *wishful thinking*.

Bibliografia

- ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado absolutista*. São Paulo: Brasiliense, 1998.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. Característicos comuns do Federalismo. In: BASTOS, Celso (Coord.). *Por uma nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- BAKER, Keith Michael. Sieyès. In: FURET, François; OZOUF, Mona (Orgs.). *Dicionário Crítico da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.
- BARALDI, Claudio. Diferenciación de la sociedad. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996.
- . Medios de comunicación simbólicamente generalizados. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996.
- . Semántica. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996.
- BARANGER, Denis. Temps et Constitution. *Droits – Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, Paris: PUF, n. 30, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

- BORGES, Jorge Luis. A muralha e os livros. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Globo, 1999. v. 2.
- BRECHT, Bertolt. *O círculo de giz caucasiano*. São Paulo: Cosac & Naify, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. Experiência totalitária no século XX: lições para o futuro. In: NOVAES, Adauto (Org.). *O avesso da liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- CORSI, Giancarlo. Derecho. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996.
- . Tiempo. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996.
- CORSI, Giancarlo; DE GIORGI, Raffaele. *Ridescrivere la questione meridionale*. Lecce: Pensa Multimedia, 1999.
- DE GIORGI, Raffaele; LUHMANN, Niklas. *Teoria della società*. Milano: FrancoAngeli, 1999.
- DIDEROT, Denis; D’ALEMBERT, Jean Baptiste Le Rond. *Encyclopédie*. França: Marsanne, 2000. CD-Rom.
- DI RUFFIA, Biscaretti. *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- ELIAS, Norbert. *Os alemães*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.
- . *Du temps*. Paris: Fayard, 1996.
- FARIA, José Eduardo. Direitos adquiridos e rigidez constitucional. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 2 fev. 2003.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bologna: Il Mulino, 1999.
- GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GODECHOT, Jacques. *Les Constitutions de la France depuis 1789*. Paris: GF Flammarion, 1995.
- HALÉVI, Ran. Estados Gerais. In: FURET, François; OZOUF, Mona. *Dicionário Crítico da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.
- HAMILTON, Alexander. Paper n. 9. *The federalist papers*. New York: A Mentor Book, 1961.
- HAYEK, Friedrich A. Le mirage de la justice sociale. *Droit, législation et liberté*. Paris: PUF, 1995.
- HIGONNET, Patrice. Sans-culottes. In: FURET, François; OZOUF, Mona. *Dicionário Crítico da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

- HILLMANN, Karl-Heinz. Stand. In: *Wörterbuch der Soziologie*. Stuttgart: Kröner Verlag, 1994.
- HOBBSAWM, Eric. J. *A era das revoluções*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. *Passions & Constraint*. Chicago: The University of Chicago Press, 1995.
- HUSSERL, Gerhart. *Recht und Zeit*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1955.
- IONESCO, Eugène. Notes sur le théâtre et pages de journal. *Notes et contre-notes*. Paris: Éditions Gallimard, 1962.
- JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- LE GOFF, Jacques. Tempo. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jena-Claude (Orgs.). *Dicionário Temático do Ocidente Medieval*. São Paulo: Imprensa Oficial SP/EDUSC, 2002. v. 2.
- LUHMANN, Niklas. Causalità in Sud. In: CORSI, Giancarlo; DE GIORGI, Raffaele. *Ridescrivere la questione meridionale*. Lecce: Pensa Multimedia, 1999.
- . Constitution. *Droits – Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, Paris: PUF, n. 22, 1996.
- . *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995.
- . *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1999.
- . *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- . *Poder*. Barcelona: Editorial Anthropos, 1995.
- . *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1987.
- . *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- . *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Universidad, 1997.
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: FrancoAngeli, 1999.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Das Kommunistische Manifest*. Trier: Schriften aus dem Karl-Marx-Haus.
- MOREIRA, Vital. Constituição e democracia na experiência portuguesa. In: MAUÉS, Antonio Gomes Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- NOVALIS. *Fragmentos de Novalis*. Lisboa: Assírio & Alvim, 2000.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Da Constituição*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1956.
- SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ROSS, Alf. Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional. *El concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969.

ROSSOLILLO, Francesco. Nação. In: BOBBIO, Norberto et alii (Orgs.). *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

VANOSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 2000. v. I.