

# SOCIOLOGIA DA CONSTITUIÇÃO

Giancarlo Corsi\*

Tradução de Juliana Neuenschwander Magalhães

**Sumário:** 1. Sociologia Jurídica e Constituição; 2. Critérios para objetos de pesquisa; 3. Teoria dos sistemas; 4. Assimetrias constitucionais; 5. Sistema social do Direito e organizações formais; 6. Princípios fundamentais vazios de conteúdo; 7. Direitos fundamentais e valores; 8. Referências bibliográficas; 9. Notas; 10. Abstract.

## I

### 1. SOCIOLOGIA JURÍDICA E CONSTITUIÇÃO

A sociologia jurídica raramente ocupou-se da Constituição. Pode ser que esse relativo desinteresse seja devido à maneira na qual a sociologia concebe seu modo de pesquisar. Se esta investiga os "condicionamentos sociais do saber" jurídico e as "estruturas latentes"

---

\* Giancarlo Corsi ensina Sociologia do Direito e Sociologia das Organizações na Universidade de Lecce, Itália. É formado em Ciências Políticas pela Universidade de Bologna e doutorou-se na Universidade de Bielefeld, Alemanha, sob a orientação de Niklas Luhmann. Em 1999 ministrou, na FDUFG, o curso "Introdução à Teoria dos Sistemas". Publicou, recentemente: *Ridescrivere la Questione Meridionale* (Pensa, Lecce 1998), com Raffaele De Giorgi; *Ein Symbol für eine unbekannte Zukunft*, in: Theodor Bardmann, Dirk Baecker (Eds), *"Gibt es eigentlich den Berliner Zoo noch?" Erinnerungen an Niklas Luhmann* (UVK Konstanz, 1999); *Zwischen Irritation und Indifferenz: Systemtheoretischen Anregungen für die Pädagogik*, in: Henk De Berg, Johannes Schmidt (Eds), *Rezeption und Reflexion. Zur Resonanz der Systemtheorie Niklas Luhmanns ausserhalb der Soziologie* (Suhrkamp, 2000).

do Direito, ou se pretende realizar uma crítica das relações de poder existentes e "ocultados" por símbolos ideológicos, ela volta mais imediatamente sua atenção para problemas claramente sociais: o acesso ao direito pelas classes sociais mais fracas, a certeza do Direito, a sua efetiva imparcialidade etc. Confrontos empíricos, seguramente, não faltam: para qualquer lado que se olhe, observar-se-á com grande facilidade o quão pouco justo é o Direito quando procura administrar a justiça e, também, o quanto seus princípios fundamentais são pouco respeitados, por mais que sejam reputados uma das conquistas decisivas da modernidade. Se é esta a linha de pesquisa seguida, torna-se compreensível porque a Constituição é tema de pouco interesse por parte da sociologia. Pode-se, no máximo, apontar o descolamento dos valores da realidade social – a América Latina, desta perspectiva, é um caso bastante estudado (cf., entre outros, Neves 1994). As constituições hoje não oferecem muita abertura para uma análise crítica: quem tem motivos (ou coragem?) para criticar os direitos fundamentais ou a forma democrática do Estado moderno? No entanto, a contrário do que se pensa, é precisamente a partir desses pontos indiscutíveis que se origina o espaço para a crítica do Direito que, normalmente, supõe-se incapaz de realizar seus nobres fins, ou demasiadamente dependente das diferenças sociais existentes para que tenha força para atacá-las.

## **2. CRITÉRIOS PARA OBJETOS DE PESQUISA**

Pode-se, no entanto, presumir que existam também outros critérios para construção de possíveis objetos de pesquisa. Um destes critérios é proposto pelas muitas versões da teoria dos sistemas: a improbabilidade de certas estruturas ou de certos eventos. Na formulação mais conhecida dessa linha de investigação, a improbabilidade é definida como normalidade que requer muitos pressupostos (LUHMANN, DE GIORGI 1992: 169 ss.). Trata-se de uma colocação que remete imediatamente a análises histórico comparativas, uma vez que a improbabilidade – assim como sua normalização – é sempre um produto de evolução. Esta é, sem dúvida, uma vantagem em relação às metodologias de pesquisa "empíricas": procurar a estranheza, naquilo que é aparentemente normal, pode levar a constatações surpreendentes diante de fenômenos que, de outro modo, poderiam ser considerados irrelevantes. É possível, então, subverter a plausibilidade das questões tipicamente

sociológicas, perguntando-se o que é mais surpreendente: o fato de que os princípios fundamentais da modernidade sejam completamente desrespeitados na realidade social efetiva ou, ainda, o fato de a sociedade atual se identifique, radicalmente, mediante indeterminações semânticas tais como os valores, ao ponto de inseri-los nas constituições. Para oferecer um exemplo mais específico: o que é mais estranho, que o ideal da igualdade não encontre correspondência na realidade ou que uma sociedade incrivelmente heterogênea identifique-se com tal princípio?

É claro que, com uma impostação desse tipo, não saímos à busca de dados objetivos que atestem injustiça ou discriminação no campo jurídico. Desde uma tal perspectiva, o interessante é buscar-se compreender quais esquemas – quais idéias – são produzidos em uma sociedade estruturada de forma moderna. Se conduzida nessa direção, a pesquisa sociológica apresenta-se como um modo de observação da realidade social que põe em discussão outros modos de observação: outros sistemas sociais, outras estruturas, outros esquemas ou idéias – não para propor uma perspectiva melhor, mas tão somente para produzir contingência e encorajar alternativas <sup>1</sup>.

Se esses pressupostos podem ser aceitos, nos parece possível recortarmos um espaço para observar também a Constituição, desde uma perspectiva não jurídica e não política, mas sim sociológica. A primeira questão, neste passo, deve ser relativa à improbabilidade daquilo que chamamos de "Constituição". Se perguntarmos aos juristas o que é a "Constituição", encontraremos respostas bastante heterogêneas, mas que compartilham a idéia de que a Constituição é importante, sobretudo, porque marca a imposição do Direito positivo sobre o Direito natural, porque vincula de forma completa o poder e, também, porque é universal<sup>2</sup>: nisso se encontra sua novidade e sua ruptura com as representações normativas do passado. Se, a isto, é somada um perspectiva histórica, é de se notar, sobretudo, a facilidade com que as cartas constitucionais foram impostas num mundo recém saído das revoluções Americana e Francesa. Em poucas décadas as constituições tornaram-se um instrumento de garantia e de "fundamento" (seja jurídico, seja político) quase natural: parece que esse é o resultado de um longo processo histórico. Assim, mesmo quem salienta a novidade histórica para a época resiste com dificuldade à tentação de explicar o surgimento das constituições como um inevitável desenvolvimento do Direito<sup>3</sup>. Que a modernidade

leve à necessidade de novos "fundamentos" para o Direito é, sem dúvida, verdadeiro. O respeito moral que as constituições adquiriram em nosso tempo é, também, e precisamente, devido ao fato de que nessas se vê um substituto daqueles fundamentos desaparecidos: nas constituições – assim se pensa – manifestam-se os fundamentos de um ordenamento. Também, do ponto de vista político, considera-se a Constituição como uma garantia da civilização que celebra as conquistas da democracia e da soberania popular.

Para a sociologia, no entanto, o problema é colocado sob o plano não apenas histórico, mas, também, evolutivo: a Constituição, tal como foi construída entre os séculos XVIII e XIX, é certamente uma aquisição evolutiva que responde a condições sócio culturais que, no arco de pouco mais de um século, transformaram-se profundamente. A este propósito, também a sociologia é praticamente unânime ao caracterizar a modernidade como a dissolução da antiga ordem natural, com todas suas assimetrias, hierarquias e dogmáticas. A forma moderna de diferenciação da sociedade transformou drasticamente a relação do Direito com as diferenças sociais e com as perspectivas temporais, e o Direito moderno não é mais o Direito do Jusnaturalismo ou dos costumes legitimados, porque nobres e antigos. Considerações análogas podem ser feitas em relação a todos os outros subsistemas desta sociedade. A diferença deste tipo de análise em relação às argumentações dos juristas encontra-se no modo no qual é compreendida a relação entre o Direito e seus fundamentos. É de se perguntar, então, se o fundamento do Direito é representado pelas constituições, ou mesmo se é absolutamente necessário encontrar-se um vínculo normativo último, fundante: de qualquer forma que se queira compreender a Constituição, certamente nada se tem a fazer com a idéia de uma regra de qualidade superior (moral ou jurídica).

### **3. TEORIA DOS SISTEMAS**

A única tentativa de estudar a Constituição do ponto de vista sociológico deu-se da perspectiva da teoria dos sistemas e caminha numa direção completamente oposta à noção de fundamento ou de vínculo último do Direito (LUHMANN 1990). Resumindo brevemente: trata-se aqui de se considerar a Constituição como o "acoplamento estrutural de direito e política", entendendo-se esses como dois

diferentes subsistemas da sociedade atual. Com essa formulação – muito abstrata, como ocorre sempre quando se trata da teoria dos sistemas – pretende-se descrever a situação na qual dois sistemas são completamente autônomos e, mediante uma estrutura comum (no caso, a Constituição), especificam, de modo extremamente circunscrito e seletivo, as possibilidades de “se irritarem” reciprocamente. O termo “irritação” é entendido aqui como capacidade de reação a situações ou eventos gerados por fatores externos; no nosso caso, basta pensar na legislação como constante fator de irritação do Direito por parte da Política. Diversamente do que pode parecer à primeira vista, portanto, a invenção da Constituição é, sobretudo, uma reação à diferenciação (moderna) entre Direito e Política e uma tentativa de resolver (ou esconder!) os seus problemas: o problema da soberania política e o problema da positivação (autodeterminação) do Direito. Em ambos os casos, o problema manifesta-se como um paradoxo; o paradoxo do soberano que vincula/desvincula a si mesmo através de suas próprias decisões<sup>4</sup> e o paradoxo do Direito que se arroga no direito de discriminar de acordo com o Direito, produzindo, assim, a diferença entre certo e errado, entre lícito e ilícito, e assim por diante. A Constituição não elimina, certamente, esses paradoxos, mas se limita a transferir o peso de um sistema ao outro: a soberania é transferida, da posição de vértice na hierarquia social para o povo, encontrando sua legitimação no vínculo jurídico constitucional; o Direito, por sua vez, remete a legitimação da Constituição como texto jurídico ao ato político da assembléia “constituente” e à legislação. Mediante estas formas de externalização (“povo” e “constituente”) de seus problemas de indecidibilidade paradoxal é aberta, em ambos os sistemas do Direito e da Política, uma nova potencialidade dinâmica e, com essa, horizontes de possibilidades antes impensáveis. Dessa perspectiva, a Constituição é, mais que um vínculo, um fator de liberdade: o valor político das operações jurídicas e o valor jurídico das operações políticas concentram-se, apenas, na referência à Constituição, que estabelece, por sua vez, os critérios de organização política do poder e os critérios de geração do Direito<sup>5</sup>.

Como pode notar-se, nesse modo de se observar a Constituição, não é colocada a questão do vínculo último ou do fundamento dos ordenamentos jurídicos. Pelo contrário: aqui o Direito é entendido como um sistema social que se vincula e se funda, por si mesmo, de modo contingente (isto é, sem a necessidade de normas externas

ou moralmente superiores). Aquilo de que nos ocuparemos aqui diz respeito ao modo em que o texto constitucional constrói esta sua função de dar estrutura à autodeterminação do Direito. Procederemos a essa tarefa analisando os conteúdos e as respectivas construções das constituições. Retomando aquilo que aqui já foi dito como abertura, não pretendemos operar uma crítica da Constituição: interessamo-nos, ao contrário, em assumir uma certa distância do objeto e em "levar a sério" aquilo que ele significa.

## II

### 4. ASSIMETRIAS CONSTITUCIONAIS

Com efeito, a primeira coisa que surpreende o observador externo do Direito ao se avizinhar da Constituição são, exatamente, os conteúdos desta. Salvo algumas poucas exceções<sup>6</sup>, os textos constitucionais compreendem, de um lado, aquilo que se pode mais classicamente definir como os critérios da separação dos poderes, a forma do Estado e as regras de transformação da própria Constituição e, de outro, os chamados "direitos fundamentais"<sup>7</sup>. Nesse sentido, os juristas vêem na Constituição, sobretudo, uma regulamentação e uma limitação, isto é, vêem, de fato, assimetrias que, enquanto tais, oferecem garantias e fundamento nas relações internas ao ordenamento do Estado e nas relações entre Estado e cidadãos. A forma que essas assimetrias assumem é posteriormente descrita pelos juristas como "hierarquia de fontes" ou "construção escalonada" dos ordenamentos jurídicos. Não pretendemos, repetimos, colocar em questão essas representações, assim como não pretendemos estudar a "real" estrutura da Constituição recorrendo a distinções tais como aquela, bastante difundida, entre Constituição formal e Constituição material. O ponto que gostaríamos de salientar diz respeito à localização dessas assimetrias, dado que, ao observador externo, torna-se imediatamente evidente encontrar-se diante de uma forma primariamente circular: a Constituição serve para regular os procedimentos de produção do Direito e, mediante esta, o Direito regula a sua própria dinâmica, para utilizar a definição de Hans Kelsen (1985: em particular pp. 74-75). No plano do sistema jurídico, compreendido em sua complexidade, a regulamentação é possível apenas se é aceita sua auto-referência: normas que programam

normas – inclusive a si mesmas. Também, aquela limitação, que se exprime, sobretudo, no catálogo dos direitos fundamentais, ademais consolidado e universalmente reconhecido, que, não por acaso, foi definida como “determinação negativa” (Kelsen, 1985: 75) e da qual nos ocuparemos no próximo parágrafo, é uma espécie de norma de normas, de norma de segunda ordem, no sentido de que não indica situações ou comportamentos imediatamente imagináveis como fatispécie, mas de que se propõe como um pano de fundo normativo sobre o qual se pode projetar aquilo que, mais concretamente, depois será considerado como sendo normatividade ordinária.

## **5. SISTEMA SOCIAL DE DIREITO E ORGANIZAÇÕES FORMAIS**

Podemos abordar esse ponto colocando uma questão, mais claramente sociológica, que concerne à disponibilidade, em termos decisórios, desse tipo de norma. Nesse sentido, pode o Direito referir-se à Constituição como sendo um programa operacional, isto é, como um conjunto de regras que servem para individuação (ou construção) de casos, bem como para sua resolução através de uma decisão? Para responder a essa pergunta devemos introduzir uma ulterior distinção, implícita na argumentação dos juristas, mas que, para nossos fins, deve ser explicitada: a distinção entre sistema social do Direito, entendido este como um subsistema da sociedade moderna, e organizações formais no interior deste. Por organização, entendemos aqui, simplesmente, aquele tipo de sistema social que produz decisões e que, para fazê-lo, elabora seus próprios critérios, tais como: regras de pertinência, procedimentos, hierarquias, programas, etc<sup>8</sup>. No caso do Direito, é evidente o caráter central dos tribunais, o que não faz com que outras organizações, mais periféricas, sejam menos relevantes<sup>9</sup>. Certamente, o Direito não se exaure em suas organizações formais: qualquer disputa ou qualquer comportamento extra organizacional que é selecionado, tendo em vista a contraposição entre lícito e ilícito, consentido e proibido, entre razão e errado, ou entre constitucional e inconstitucional, contribui para a reprodução do Direito. Ocorre, no entanto, que o aparato jurídico moderno seria inimaginável sem a contribuição das organizações. É neste passo que as oportunidades e os limites do Direito tornam-se determináveis e é aqui que a rigidez formal e a delicadeza dos procedimentos podem e devem-se manifestar, encontrando sua expressão.

A importância das organizações formais é tal que, não apenas o Direito, mas também nenhum outro subsistema social, delas pode prescindir. O caso da economia é apenas aquele mais evidente: sem que existissem as empresas, seria impensável a produção e a movimentação financeira que hoje conhecemos; igualmente, uma educação sem escolas ou universidades, ou a produção do saber, sem que existissem centros de pesquisa. Da mesma forma, uma política sem partidos seria impraticável<sup>10</sup>. Certamente nenhum desses subsistemas se resume a suas organizações, mas é graças às mesmas que esses sistemas tornaram-se capazes de alcançar os níveis de complexidade a que estamos habituados.

No que concerne ao caso que aqui nos interessa, esta diferença entre sistema social (do Direito) e organizações formais, bastante visível já nas constituições, é importante pelo menos por dois motivos.

O primeiro diz respeito à programação operacional do Direito. Não obstante o que possa parecer a uma primeira vista, sobretudo se partirmos da idéia de justiça ou, como menor pretensão, daquela de ordem pública ou "felicidade" do povo, o Direito é um sistema que não opera com base em programas finalísticos. O Direito não tem qualquer fim. Ele limita-se a estabelecer as condições que podem ser ativadas ou não, no futuro, de acordo com as circunstâncias, e isto sem se ater às situações específicas que irão produzir-se<sup>11</sup>. Esta programação, do tipo condicional, tal como foi definida na teoria dos sistemas (LUHMANN 1993: 195-204), apresenta a importantíssima vantagem de ser indiferente em relação àquilo que pode ocorrer no futuro, diversamente do que ocorre nas programações orientadas aos fins, que privilegiam o futuro (o escopo) em relação ao passado. A programação condicional limita-se a estabelecer critérios para sua própria ativação, sem necessidade de prever circunstâncias específicas<sup>12</sup>: a forma "se/então", característica dos programas condicionais, permite que decisões sejam obtidas através do estabelecimento de qual passado deve valer no momento da decisão<sup>13</sup>. Mas, para que se chegue à decisão, não é suficiente conhecer suas condições normativas: é preciso, também, uma planificação dos procedimentos necessários, é preciso que se construam episódios e períodos, é preciso localizar responsabilidades e competências, fixar prazos e reuniões – em suma: é necessário poder confiar a decisão às organizações formais. Somente em um ambiente organizado, programas condicionais e programas orientados a fins podem ser

combinados, e apenas a combinação de ambas essas formas de programação consente que seja alcançado aquilo que, para o Direito, é fundamental: a decisão. Qualquer que seja o "fundamento" da sociedade e do "Direito" apontado, este torna-se visível e praticável operacionalmente apenas no plano das organizações. A Constituição demonstra isto de modo bastante evidente: por mais que ela seja colorida pelos tons da democracia e da justiça, e por mais que se declare dependente dos "princípios", toda Constituição deve desvincular-se dessas referências ao estabelecer as premissas decisórias para a organização estatal. Os seus vínculos concretos são, sobretudo, vínculos organizacionais. Também, as normas auto-referidas da Constituição estabelecem vínculos que não se originam nos limites das estruturas organizacionais, ainda que os constituintes tenham tratado do problema da limitação das possibilidades de modificação da Constituição.

## **6. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS VAZIOS DE CONTEÚDO**

As organizações são relevantes para a Constituição, também, por um segundo motivo: estas permitem que valores e princípios sejam traduzidos em programas de decisão. O problema aqui se encontra na consistência semântica e programática daquelas normas constitucionais que estabelecem os direitos fundamentais. Como já foi salientado, tais princípios fundamentais (classicamente pensados como liberdade e igualdade) foram formulados de modo a não terem nenhuma consistência semântica: são vazios de conteúdo (PODLECH 1971). Essa constatação, no entanto, não consiste numa crítica aos direitos fundamentais. Pelo contrário: a função destes direitos pode ser desenvolvida apenas, e exatamente, porque estes não especificam de nenhum modo a praticabilidade de seus preceitos. Tal especificação é delegada aos diversos subsistemas da sociedade – a diferença entre rico e pobre hoje é uma questão econômica, aquela entre quem tem um diploma de estudo superior e aqueles que não o têm é decidida pelo sistema da educação, e assim em diante. Em primeiro lugar, não são as organizações que determinam esse tipo de desigualdade: não são as empresas que decidem sobre a diferença entre quem possui capital para investir e quem, na outra extremidade, encontra-se desempregado; também, não são diretamente as escolas que decidem quanto à importância dos diplomas para a construção

de perspectivas de vida, ou como critério selecionador para o preenchimento de postos de trabalho. Que o papel das organizações seja fundamental é, no entanto, evidente, uma vez que, a elas, as pessoas se confiam para que as diferenças sejam produzidas (entre quem tem um emprego e quem não o tem, ou no acesso à instrução), bem como compensadas (procurando-se aumentar a empregabilidade, por exemplo, ou desenvolvendo a escola de massa). Aqui, no entanto, interessamo-nos por um outro aspecto, isto é, pelo fato de que os valores têm sentido, apenas se é possível que estes sejam especificados num contexto organizado; para sermos precisos, no interior de procedimentos. A particularidade dos procedimentos encontra-se no fato de que, uma vez que estes são ativados, qualquer forma de evidência ou de particularidade torna-se estilizada e "reespecificada" segundo os critérios que o próprio procedimento estabelece. A extraordinária peculiaridade dos procedimentos organizados encontra-se, precisamente, na artificialidade com a qual a realidade é desconstruída e reconstruída, permitindo que se chegue a uma decisão. Os procedimentos judiciais são o caso mais evidente – basta pensarmos na construção dos elementos de prova – mas isto vale para qualquer processo ativado nas administrações. Nesse passo, torna-se indispensável a vacuidade semântica dos valores e dos princípios: o princípio da igualdade, para tomarmos o exemplo mais evidente, é universalmente aceito apenas porque, de fato, não especifica os critérios de sua aplicação; dizendo de outro modo, porque não oferece nenhum elemento para o seu reconhecimento. O reconhecimento da igualdade é deixado para o aparato organizacional e apenas através do procedimento podem ser construídos argumentos para que se decida se as diferenças encontradas são compatíveis com o princípio da igualdade. Dessa forma, origina-se a incerteza sobre a decisão final que caracteriza e justifica as modernas burocracias. A certeza do Direito, nesse sentido, não é certeza de justiça, pelo contrário: quem pensa ter suficiente razão para promover um processo experimenta um grande temor (de todo modo justificado) diante daquilo que pode ocorrer quando suas boas razões são reconstruídas pelo procedimento<sup>14</sup>. A certeza, em outro termos, não é relativa ao conteúdo da decisão, mas, apenas, à oscilação da decisão entre positivo e negativo (vencer ou perder uma causa), cuja criação é precisamente a função do procedimento<sup>15</sup>. De outro modo, não seria necessário esperar-se por uma decisão, assim como não teria sentido

algum o longo processo de abstração dos direitos fundamentais que, dos direitos dos pares (isto é, daqueles que pertenciam aos estratos elevados), tornaram-se direitos de todos (que, por sua vez, não são "pares").

Compreendido dessa forma, todo valor ou direito fundamental tem o sentido de abrir um espaço de contingência completamente indeterminado, no interior dos quais os aparatos organizacionais e os seus procedimentos internos podem especificar determinadas formas. Nesse sentido, os direitos fundamentais são o substituto funcional das diferenças "naturais", típicas da sociedade pré-moderna: enquanto estas, dado que naturais, também eram auto-evidentes, aquelas, artificiais, requerem uma decisão construída através de procedimentos. Se primeiramente as diferenças foram mediadas pela natureza e pela cosmologia divina, hoje elas encontram-se mediadas pelas organizações, com todas as conseqüências que isso traz, não por último: a aversão cada vez mais difundida, na sociedade moderna, em relação à esta irreversível dependência das organizações – pensemos nos protestos contra as multinacionais, na acusação generalizada de excessiva burocracia e na valoração positiva daquilo que não é governamental, que não tem finalidade lucrativa, etc. Nenhum jurista, assim como nenhum político, concordaria em sustentar que o Estado é apenas uma organização formal e que a Constituição, antes de mais nada, tem, nesse fato, sua referência primária<sup>16</sup>. Esse é, talvez, o preço a ser pago por se haver deslocado para o interior da sociedade a responsabilidade por tudo aquilo que é possível fazer<sup>17</sup>. Em todo caso, aquilo que é saudado como uma das conquistas da modernidade, isto é, a liberação dos vínculos da tradição e o deslocamento da perspectiva do passado para o futuro, tem como contrapartida a mediação das organizações formais. É nesse plano que os limites àquilo que é possível podem ser colocados, ao mesmo tempo em que os critérios segundo os quais tais limites são deslocados podem se estabelecer. Na linguagem da cibernética, poder-se-ia dizer: do ponto de vista organizacional, a Constituição é um instrumento admirável, capaz de reduzir e, portanto, também de aumentar a complexidade alcançável pelo sistema jurídico<sup>18</sup>. É graças a esta combinação entre Direito como sistema social e organizações formais que hoje podemos pensar em termos de fins e planificação, de decisões e de regras, isto é, podemos pensar em diversas possibilidades de se construir o futuro.

De toda sorte, a necessidade de uma maior reflexão é trazida pela facilidade com que nascem aqueles conflitos e aquelas contraposições, assim como pela rapidez com que estes se impõem à opinião pública. Também nesse caso, é preciso que sejamos claros: não se coloca aqui o problema relativo à necessidade de balanceamento do agir instrumental (organizado?) com o agir comunicativo (aquele dos valores?), mas sim, aquela de se compreender como o Direito constrói a sua própria capacidade de operar sobre uma base temporal. As organizações e, no interior destas, os procedimentos, permitem que, de um modo admirável, objetivos e condições, futuro e passado, sejam combinados. Mas: isto é suficiente para a manutenção de um grau de indeterminação tal que permita deixar aberto constantemente um horizonte de possibilidades, isto é, a disponibilidade em relação a um futuro que é ainda desconhecido e imprevisível? Porque uma Constituição que se limitasse a dispor sobre procedimentos e regras de organização não é possível e não teria, de todo modo, qualquer possibilidade de autolegitimação?

### III

#### 7. DIREITOS FUNDAMENTAIS E VALORES

Essa pergunta leva-nos a tomar em consideração, mais diretamente, o outro tipo de conteúdo das constituições modernas: os direitos fundamentais e os valores. Normalmente, acredita-se que, nestes conteúdos, seja encontrada a essência de uma Constituição, o que, pelo menos de um ponto de vista histórico, trata-se de uma suposição compreensível<sup>19</sup>. Qual é a particularidade destas "normas", freqüentemente plenas de referências simbólicas e morais? Alguns pontos essenciais acabamos de, parcialmente, abordar. Em primeiro lugar, tais normas não representam imediatamente um instrumento decisório. Sem dúvida, elas são, também isso, mas, é evidente que a realidade social impõe condições que são de tal forma distantes do ideal, que os valores mais compartilhados acabam sendo exatamente aqueles que não encontram uma adequada correspondência nos fatos<sup>20</sup>. Além disso, e num plano de análise mais complexo, já há algum tempo, é notório que a função dos princípios e dos valores consiste em abrir espaço para uma enorme quantidade de vínculos

(liberdade) e de diferenças (igualdade). As fontes de legitimação, portanto, não podem mais ser buscadas em fatores externos (nas desigualdades "naturais"), mas são dadas por procedimentos e por decisões, o que apenas torna ainda mais "simbólico" o valor dos valores.

Tudo isso nos obriga a deslocar a direção de nossas observações e a avançar outras suposições: é provável que o significado dos direitos fundamentais, inseridos nas cartas constitucionais, deva ser buscado, mais que na dimensão social em sentido estrito, na relação que a sociedade instaura com seus próprios horizontes temporais, ou seja, com o passado e com o futuro. Como demonstram as tentativas de tornar indelévels, pelos textos constitucionais, certos valores – tentativas não desprovidas de riscos e de problemas<sup>21</sup> – a referência a esses em uma lei que se reputa fundamental revela a intenção de se vincular o futuro de modo irreversível, tendo-se em mente, freqüentemente, um passado cujo retorno pretende-se evitar<sup>22</sup>. Mas, se observarmos exatamente a evolução de tais direitos, resta evidente que sua generalização, certamente social, mas também temporal, é possível apenas com os custos de seu "esvaziamento". Se confrontarmos aquilo que, ainda no século XVII, entendia-se por *fundamental law* na Inglaterra, com o sentido dos direitos fundamentais pós-revolucionários (sobretudo americanos, mas também franceses), podemos perceber, de forma clara, uma progressiva perda das referências reais: desaparecem (ainda que gradualmente) as designações *freeman* ou *well-born english man*, que se referiam, exclusivamente, aos estratos elevados (enquanto proprietários de terras) e o termo *subject* deixa de significar "súdito" e, portanto, pertencente ao vértice da hierarquia (distinto de nativo ou de servo), mas simplesmente indivíduo<sup>23</sup>. Ser livre, gozar da propriedade e ser julgado de modo igual – todos são direitos que se deslocam da estratificação à inclusão generalizada na sociedade moderna<sup>24</sup>.

Neste processo, pode-se certamente salientar a afirmação dos valores de uma modernidade iluminada e franqueada, bem como a dissolução das formas sociais pré-modernas. De modo mais radical, isto é, passando da idéia de progresso histórico para uma concepção histórico-evolutiva, este processo pode ser considerado como uma espécie de "homogeneização" do passado que obriga a sociedade e, portanto, também o Direito, a se historicizar a si mesma. Por

"homogeneização" não se deve entender esquecimento, mas sim, perda do caráter vinculante, tanto do passado quanto das diferenças sociais (ainda existentes). Isto se manifesta, de maneira concreta, com aquela generalidade dos direitos fundamentais, que aqui já analisamos, assim como mediante soluções político jurídicas tanto "naturais" quanto paradoxais, tais como a idéia de soberania popular. A consequência destes desenvolvimentos não é encontrada tanto nas novas garantias (mesmo porque a realidade efetiva das relações sociais é clamorosamente inconstitucional!), quanto sobretudo no deslocamento da relevância dos horizontes temporais: mediante as constituições e o esvaziamento semântico dos seus valores, o Direito moderno neutraliza o passado, expondo-se, desta forma, à dependência de um futuro que – exatamente enquanto tal – é imprevisível e ignorado. Não causa surpresa, neste sentido, a intenção de se vincular o futuro mediante as constituições, transformando estas em uma "acumulação preventiva de futuro" (ZAGREBELSKY 1996: 53). Na realidade, como já foi anteriormente sublinhado (LUHMANN 1990), a invenção da Constituição forneceu ao Direito um instrumento extremamente refinado para a relegitimação daquilo que já existia como aparato normativo, capaz de reorientar a dinâmica do sistema do Direito em relação ao futuro, e não mais em direção ao passado. Isto se torna possível com a inversão da regra segundo a qual a lei nova vem derogar a lei velha: para a Constituição, vale o contrário. Naquela época, assim como hoje, deste contraste gerou-se uma indeterminação que não encontra outro apoio que não nela mesma, que não se legitima, senão, que pelo respeito pela Constituição e que vincula enquanto Direito positivo: isto é, pode vincular apenas de forma contingente. A complexidade dessa construção é muito refinada: no presente decide-se sobre uma Constituição que deverá valer no futuro como um passado vinculante, mas apenas até que em um presente futuro não se decida por modificá-la. Neste sentido, tudo poderia ser. Mas, se assim é, porquê os direitos fundamentais?

Certamente, não para que estes sejam respeitados, senão em casos muito particulares. Como acima já acenamos, os direitos fundamentais são expressos de acordo com um catálogo clássico que se contenta com a sua suposta universalidade, sem especificar como estes podem, na realidade, ser reconhecidos. Mas, se aceitamos a idéia de que todo direito fundamental e todo valor têm sentido, apenas, porque deixam indeterminados os critérios de sua própria

violação (ainda que lícitas, produzidas por procedimentos, derrogações ou exceções), podemos ver nestes um modo decisamente particular de representar-se a indeterminação daquilo que, no sistema do Direito, é possível. Em outros termos: mediante a sua constitucionalização, os direitos fundamentais tornam-se símbolos de futuras diferenças, são unidades que têm sentido apenas como diferenças ainda desconhecidas e sobre as quais dever-se-á (eventualmente) decidir.

Podemos considerar esta mesma questão também desde um outro ponto de vista. Retomemos ao pressuposto de que o Direito programa a si mesmo de modo condicional e não de forma finalística e, deste modo, pode tornar-se indiferente ao futuro e deixar-se orientar, exclusivamente, pelas condições que, no momento da decisão, são consideradas válidas. Some-se a isto o fato de que, com a modernidade, aquelas condições são fruto de decisão, e não o reflexo de uma ordem já dada e moralmente positiva. A questão que nos colocamos é relativa à diferente referência temporal da programação condicional e dos "direitos fundamentais": por quê ambos são necessários nas constituições? Para responder, é necessário considerarmos, de uma forma mais abstrata, as modalidades nas quais o Direito constrói sua própria realidade temporal. A homogeneização do passado e a orientação em direção ao futuro são acompanhadas de enorme ampliação daquilo que é possível no sistema do Direito, tanto no nível estrutural, quanto naquele operacional, assim como de uma internalização da responsabilidade quanto àquilo que é concretamente realizado. Basta pensarmos nos muitos problemas ligados ao tratamento jurídico da responsabilidade sobre o risco, ou na inflação de pretensões que encontram acolhida na jurisprudência contemporânea e que a doutrina tradicional tem grande dificuldade em compreender<sup>25</sup>. Na linguagem da teoria dos sistemas, podemos dizer que o Direito moderno gera um *medium* de possibilidades (LUHMANN, DE GIORGI 1992: 61 ss.) não mais externo (natureza não decidível), mas interno (Direito positivo, fruto de decisão), podendo fazê-lo graças a uma forma, a Constituição, que, contra toda tentativa ainda atual e contra todas as evidências, tem seu ponto de força em não prejudicar nada: uma forma sem forma<sup>26</sup>. A nossa suposição é de que esta estabilidade sem fundamentos, se assim podemos nos exprimir, alcançada mediante uma autoprogramação condicional desvinculada de vínculos externos, simboliza o próprio horizonte futuro mediante aquela "indeterminação

positiva", característica das formulações modernas dos valores e dos direitos fundamentais. O caráter simbólico dos valores e dos princípios, desta forma honrados nas constituições, transforma-se em "diabolicidade" assim que nos perguntamos sobre como traduzir estes princípios e valores em termos operacionais. As constituições protegem-se de oferecer instruções nesta matéria (LUHMANN 1993: 96 ss.): liberdade e igualdade – não liberdade ou igualdade. Esta estratégia oferece a notável vantagem de deixar para a Política a liberdade de se alinhar num sentido ou noutro, mediante partidos e programas eleitorais e, ao Direito, aquela de decidir segundo suas próprias estruturas. Mas, é exatamente neste sentido que o medium do Direito mantém-se fluido; esta fluidez é traduzida na capacidade que as constituições têm de garantir ao Direito margens de liberdade historicamente sem precedentes, sem ter que, para isto, colocar vínculos específicos, a não ser aqueles de tipo organizacional e de tipo auto-referido, que acima analisamos. Às conexões estritas dos vínculos organizacionais, as constituições combinam as conexões "largas" dos direitos fundamentais, criando, deste modo, as condições para construir e desconstruir continuamente suas próprias formas<sup>27</sup>.

Aquilo que as constituições especificam concretamente como direitos fundamentais é dado por contraste em relação às alternativas que permanecem indeterminadas e que, talvez, sejam efetivamente indeterminadas. Neste sentido, os direitos fundamentais não fundam o Direito, mas o abrem em relação a um futuro que nenhuma "norma fundamental" pode antecipar.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A posição dos tribunais no centro e na periferia do sistema mundial*, in Castañeda Sabido, Cuéllar Vásquez 1998, pp. 55-69.
- CARDUCCI, Michele, AGUILAR, Rafael Estrada. *Le riforme costituzionali in Messico: 1917-1997*, Lecce, Pensa, 1998.
- CASTAÑEDA Sabido, Fernando, CUÉLLAR VÁSQUEZ. Angélica (a cura di), *Redes de inclusión. La construcción social de la autoridad*, México, D.F., UNAM, 1998.
- CORSI, Giancarlo. *Sistemi che apprendono. Studio sull'idea di riforma nel sistema educativo*, Lecce, Pensa, 1997.

- \_\_\_\_\_, Giancarlo, *Protest and Decision-Making in a Society of Blame*, 2000, *Democracy and Nature*, VI, 3, pp. 49-62.
- DE GIORGI, Raffaele, *Scienza del diritto e legittimazione, ristampa con postfazione*, Lecce, Pensa, 1998.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione*, Bologna, II Mulino, 1999.
- GRIMM, Dieter, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt/M, Suhrkamp, 1991.
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Aalen, Scientia Verlag, 1985.
- LUHMANN, Niklas, *Legitimation durch Verfahren, Neuwied-Berlin, Luchterhand*, 1969, 2. edizione 1975; ristampa Frankfurt, Suhrkamp, 1983.
- \_\_\_\_\_, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechtshistorisches Journal*, 1990, 9, pp 176-220.
- \_\_\_\_\_, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M, Suhrkamp, 1993.
- \_\_\_\_\_, *Organisation und Entscheidung*, Opladen, Westdeutscher, 2000.
- \_\_\_\_\_, DE GIORGI, Raffaele, *Teoria della società*, Milano, Angeli, 1992.
- NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana, *O paradoxo da soberania popular: o reentrar da exclusão na inclusão*, In Castañeda Sabido, Cuéllar Vásquez 1998, pp. 71-81
- NEVES, Marcelo, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasiliens*, Berlim, Duncker&Humblot, 1992.
- \_\_\_\_\_, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, Editoria Acadêmica, 1994.
- OGOREK, Regina, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert*, Köln-Wien, Böhlau Verlag, 1975.
- PARSONS, Talcott, *Full Citizenship for the Negro American? A Sociological Problem*, *Dedalus*, 1965, 94, pp. 1009-1054.

PODLECH, Adalbert, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlim, Dunker&Humblot, 1971.

SIMON, Herbert, *The Sciences of the Artificial*, The M.I.T. Press, 1969, Cambridge, Mass.

SPENCER BROWN, George, *Self-reference, Distinctions and Time*, Teoria sociologica, 1993, I, 2, pp. 47-53.

STOURZH, Gerald, *Wege zur Grundrechtsdemokratie*, Wien-Köln, Böhlau, 1989.

VON FOERSTER, Heinz, *Observing Systems, Seaside (Cal.)*, Intersystems Publ., 1981.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Storia e costituzione*, in Zagrebelsky, Portinaro, Luther, 1996, pp. 35-82.

\_\_\_\_\_, PORTINARO, Pier Paolo, LUTHER, Jörg (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996.

## 9. NOTAS

1. É claro que uma impositação desse tipo deve-se dar sem se deter na preocupação sobre as possíveis conseqüências (positivas ou negativas) ou sobre a eventual utilidade suas afirmações para o objeto de suas pesquisas. Ver, sobre isto, a literatura ligada ao construtivismo radical e à observação de segunda ordem, como o clássico von Foerster 1981.
2. Sobre a relevância destas características, ver Grimm 1991.
3. Assim parecem crer não poucos textos de história do Direito ou de Ciência Política histórica. Sobre isto, Fioravanti 1999.
4. Sobre o paradoxo da soberania política ver (Neuenschwander Magalhães 1998).
5. Sobre o problema de como o Direito pode elaborar internamente seu próprio futuro contingente e, portanto, aberto e fechado ao mesmo tempo, ver (De GIORGI 1998).
6. Pensamos, sobretudo, nas constituições dos países periféricos. O caso mais estudado é, talvez, a América Latina:

cfr. (Neves 1992); (Carducci, Estrada Aguilar 1998).

7. Aqui, como em outras ocasiões, utilizamos esta expressão também como sinônimo de "valores". No segundo parágrafo, especificaremos melhor o alcance destas referências e de sua colocação nas constituições.
8. A teoria das organizações fala, a este propósito, em "premissas decisórias". Cfr. (LUHMANN 2000), com referência a Herbert Simon.
9. Sobre este ponto cfr. (Campilongo 1998).
10. Também a religião ou a arte não seriam reconhecíveis sem as confissões organizadas ou sem galerias. O único subsistema que constitui uma exceção a esta proliferação de organizações formais parece ser a família.
11. Esta é, notoriamente, a posição de Niklas LUHMANN, muito discutida ao seu tempo.
12. Que eventualmente podem ser tomadas em consideração nos procedimentos mas, de fato, apenas depois que o procedimento tenha sido instaurado e apenas depois que, com isto, seja possível planificar fins (por exemplo: concluir um processo com uma decisão).
13. Deste ponto de vista, a Constituição aparece como uma espécie de programação condicional reflexiva, dado que estabelece os critérios para a geração de critérios decisórios, ou seja, dita as condições para fixação de condições. Por isto, a Constituição deve prever também a si mesma, dentre seus próprios possíveis objetos: ela deve se autovincular-se, pois, apenas assim, pode ser aberto aquele enorme espaço de liberdade que caracteriza o Direito moderno.
14. Ver (LUHMANN 1993: 68 ss.). Sobre a relevância dos procedimentos ver também (LUHMANN 1969).
15. termo "oscilação" é aqui compreendido no sentido de (Spencer Brown 1993).
16. mesmo vale para qualquer outro sistema de função: que pedagogo diria que a escola é uma organização formal e não o lugar de criação do futuro da sociedade? Que teólogo estaria de acordo em se dizer que as confissões religiosas

(pelo menos aquelas mais difundidas) têm, antes de mais nada, problemas organizacionais? Cfr. Sobre essa relação conflitante entre subsistemas da sociedade e as suas organizações formais (Corsi 1997) e sobre o protesto contra estas (Corsi 2000).

17. Apenas alguns limites permaneceram externos, o que hoje quer dizer, essencialmente: excluídos dos processos decisórios.
18. No sentido de (Simon 1969). Também a contraposição entre direito constitucional e direito ordinário tem esta função de criar espaços de contingência mediante assimetrias.
19. Pensemos na discussão francesa, mas também - senão sobretudo - naquela americana, onde o problema central era aquele de se defender o cidadão face ao aparato estatal.
20. Para trazer um exemplo recente: a Carta Europeia dos direitos fundamentais. Se observarmos o artigo primeiro de qualquer capítulo, imediatamente a discrepância é percebida: "Todo indivíduo tem direito à liberdade e à segurança" - sem que, naturalmente, seja especificada a alternativa excluída.
21. problema já fora posto pelos "pais fundadores" na América do Norte e na França. Ver (Zagrebelsky 1996).
22. Preocupação esta compreensivelmente difundida nos países de "culpas passadas", sobretudo a Alemanha. Mas também a Itália deveria ser explicada.
23. Cfr. as reconstruções de (Stourzh 1989).
24. Sobre este ponto, a pesquisa sociológica produziu muita literatura, ainda que nem sempre tenha sido clara em suas decisões teóricas. Ver, contudo, o clássico (Parsons 1965), que avançou na pesquisa desta matéria.
25. Sobre este tema há muita literatura, mas pouca clareza. Ver, contudo, (Ogorek, 1975).
26. É inevitável uma referência a Kelsen: também a sua "Grundnorm", como se sabe, existe apenas porque não existe. Esta requer uma emanção, da qual decorre, depois,

tudo que é visível como Direito. É exatamente esta homogeneização da realidade aquilo que queremos colocar em evidência – contudo, para nós, esta trata-se de uma internalização do “Grund”.

27.E, contemporaneamente, escondem o paradoxo de uma normatividade que por normatizar a si mesma apenas de modo contingente e de uma validade jurídica que se gera por si mesma.

*Giovanni Clark*

## 10. ABSTRACT

The present article analyses the modern Constitution as an evolving acquisition of Law. Using the Systemic Sociology instruments, two typical aspects of any Constitution are taken into account: on one side, the procedures listed on those for the production of the Law and, on the other, the so-called “Fundamental Rights”. In the first case, the formal organizations in the Law System play a central role, creating conditions to the juridical decisions production. In the second, it is especially interesting to observe the progressive semantic emptying of the expressed concepts. This article goes beyond the hypothesis that the function of Fundamental Rights does not identify itself with their normative essence, but with the representation of a yet unknown future, which does not have any natural or moral boundaries. Therefore, the combination of the decisional programming in the organizational stage and the symbolization of the future by Fundamental Rights seem to be at the foundations of the construction of the temporal reality in the modern juridical system.

Portanto, o Município poderá ter a oportunidade de complementar a legislação federal e estadual, no que couber, para atender ao interesse local, nas matérias de competência concorrente (art. 24, I e V da C. F.), assim como legislar nas matérias de suas competências exclusivas (art. 30 da C. F.), visto que, nas matérias de competências exclusivas e privativas da União (arts. 21 e 22 da C. F.) e exclusivas dos Estados-membros (art. 25, parágrafos 2º e 3º

\* Doutor em Direito Econômico pela UFMG, Professor da PUC/RS e membro do Conselho Brasileiro de Direito Econômico