

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção V

Temas Atuais

Direito e modernidade: lineamentos para uma teoria da reforma constitucional

Paulo Thadeu Gomes da Silva*

Sumário: 1 Introdução. 2 Modernidade. 3 Constitucionalismo. 4 Constituição. 5 Conclusão.

1 Introdução

O Brasil experimenta, desde a promulgação da Constituição de 1988, um alto índice de reforma constitucional, o que acaba por configurar a Constituição como um instrumento de ação, e não uma estrutura para a ação¹. A distinção entre instrumento de ação e estrutura para a ação rege o Constitucionalismo moderno, seja ele já um tanto tradicional, como o norte-americano e o britânico, seja ele denominado de novo Constitucionalismo, como é o caso das novas democracias da América Latina e do Leste Europeu.

A Constituição como instrumento de ação significa a possibilidade de o sistema político dispor de seu texto, por meio de reforma, para a implementação da política; já como estrutura para a ação o significado é o de que a Constituição é tomada como parâmetro de atuação do sistema político, este que vai reformar não mais o texto constitucional, mas sim o ordenamento infraconstitucional, v.g., reforma do ensino, reforma política etc.

* Paulo Thadeu Gomes da Silva é Procurador Regional da República em São Paulo; Doutor em Direito pela PUC/SP.

¹ Essa idéia, em seu estado puro, é de Jon Elster (Constitutionalism in Eastern Europe, *The University of Chicago Law Review*, v. 58, p. 447-482, 1991); aqui, trata-se dela como uma distinção.

Os eventos traduzidos em reformas constitucionais repercutem tanto no sistema político quanto no jurídico. No político, sede onde se manifesta o poder reformador, em termos práticos há como que uma paralisia do processo de politização de temas considerados afetos à política ordinária, causada pela preferência concedida às matérias atinentes à política constitucional, vez que esta, por si só, demanda mais tempo para discussão e votação, além de causar uma confusão entre a política comum e a constitucional.

Essa produção abastada de emendas constitucionais termina por criar um paradoxo, traduzido no dispêndio de tempo exatamente numa sociedade na qual esse recurso, o tempo, é escasso. Nos EUA, por exemplo, a dificuldade de se emendar a Constituição produz uma via de escape, pela qual se chega ao mesmo objetivo de alteração constitucional, só que pelo Judiciário² que, lá na Nação do Norte, não parece padecer de lentidão. O Brasil, segundo já se afirmou, vive um imobilismo judicial inamovível, contudo, o político trabalha numa dinâmica assaz veloz que chega mesmo a causar perplexidade, isso quando não está a produzir comunicação política via escândalos.

Ainda no político, mas já no plano teórico, tais tentativas de reforma constitucional são tratadas de forma a produzir uma crítica acerba contrária às proposições, desde que se pense que elas, em quase sua totalidade, partem do Executivo, e não do Legislativo. Para tanto analisam-se dados estatísticos extraídos de observações empíricas, tendo em vista o número de emendas, a matéria de que tratam etc. O enfoque é mais centrado na *performance* do sistema político ligada à eficiência e, dependendo do observador, se de direita ou de esquerda, é ela tachada de social ou neoliberal ou liberal-social, ainda que não se conheça, de forma unívoca, o significado desses rótulos. A tônica, em qualquer caso, recai sobre a crise da representação política, havendo juristas propondo como alternativa a democracia direta via referendo e/ou plebiscito.

No sistema jurídico a teoria também trabalha com a perspectiva de uma hermenêutica crítica, timidamente voltando seus canhões para

² “U.S. Supreme Court decisions have impacted more profoundly on the fundamental operations of the political system than most formal amendments promulgated via Article 5” (SCHEUERMAN, William E. *Liberal democracy and the social acceleration of time*. Baltimore; London: Johns Hopkins University, 2004. p. 85).

o combate ao arbítrio do sistema político e, enfaticamente, normatizando proposições de índole inconstitucional. Em troca, propõe a criação de novos métodos de interpretação constitucional, já não mais marcados pela *Auslegung*, mas sim pelo *Sinngebung*, os quais reinventariam a Constituição. A par disso, descrições são feitas a respeito de novos institutos configuradores das técnicas de controle de constitucionalidade. A aposta, como se percebe, é no sistema jurídico, nos Tribunais Constitucionais como oráculos ou superego da sociedade moderna. Apregoa-se, talvez sem se ter consciência disso, o retorno ao governo dos juízes como condição de possibilidade da ordem social.

Esse o estado do debate. Contudo, pouco ajuda esse tipo de reflexão, pois que o evento, qual seja, a reforma constitucional, continua a ser produzido pelo sistema político, em escala industrial, sem que se opere uma descrição do problema adequada à identificação de sua manifestação.

Na observação aqui empreendida se entende que uma mais adequada descrição do evento tem que levar em consideração ao menos três fatores, se não determinantes, então condicionantes da existência dessa prática no Constitucionalismo brasileiro, quais sejam, a modernidade, o Constitucionalismo e a Constituição.

A premissa fundamental é exprimida em que, na sociedade moderna, os sistemas jurídico e político são diferenciados da sociedade e entre si, diferenciação essa representada por distintas funções, distintos códigos e distintos programas.

2 Modernidade

Em sua evolução semântica, modernidade conheceu termos correlatos, tais quais modernismo, modernização, novidade, *nouveau* e progresso, embora tenha quase sempre permitido a identificação de seu significado pela contraposição ao seu antônimo representado por *antique/ancien*³.

³ Conforme LE GOFF, Jacques. *Histoire et mémoire*. Paris: Gallimard, 1988. p. 59-90.

Numa tentativa de localizar histórica e cronologicamente o termo, Fredric Jameson noticia que a palavra “moderno” já era utilizada na Antigüidade, século V da Era Cristã, pelo Papa Gelásio I (494-495) e “o termo simplesmente faz a distinção entre os contemporâneos e o período anterior dos Padres da Igreja e não implica nenhum privilégio (a não ser o cronológico) para o presente”⁴.

Koselleck afirma ser o século XVIII o início da Modernidade, pois foi o Iluminismo que permitiu o desenvolvimento de idéias derivadas das transformações tecnológicas e industriais, aliado a que a própria Revolução Francesa possibilitou novas formas de experiência⁵.

Modernidade foi usada por Baudelaire em seu artigo intitulado *Le peintre de la vie moderne*, em 1863, embora em 1855 ele próprio já tivesse escrito sobre *Méthode de critique – De l’idée moderne du progrès appliquée aux beaux-arts* e em 1859 sobre *L’artiste moderne*. Esses textos, ainda que possam ser expressões da crítica de arte do autor, contêm idéias claras a respeito do que então se compreendia por modernidade⁶, e ela pode ser identificada com a ruptura com o passado, desde que se admita, com Baudelaire, que ela é, em sua metade, o transitório, o fugitivo, o contingente e, em outra metade, o eterno e o imutável.

Para Baudelaire a modernidade se configurava em duas metades: a contingente e a imutável⁷. Numa perspectiva sistêmica essa idéia pode ser traduzida pela existência dos dois lados da forma da modernidade, quais sejam, a modernidade moderna ou o moderno da modernidade representado pela contingência inerente a um futuro

⁴ JAMESON, F. *Modernidade singular*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 27.

⁵ KOSELLECK, Reinhart. The eighteenth century as the beginning of modernity. In: *The practice of conceptual History*. Stanford: Stanford University, 2002. p. 160-161.

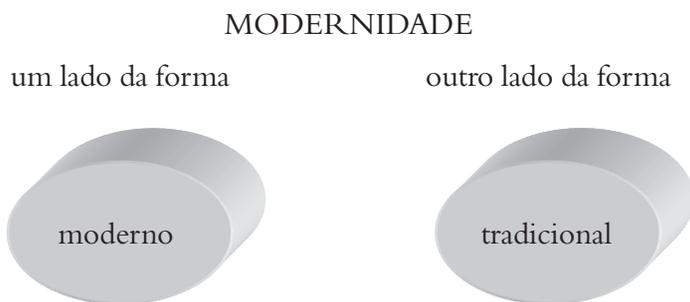
⁶ De acordo com Jürgen Habermas: “Enquanto crítico de arte, Baudelaire sublinha na pintura moderna o aspecto da ‘beleza fugaz e passageira da vida presente, do caráter daquilo que o leitor nos permitiu chamar ‘Modernidade’. Baudelaire coloca entre aspas a palavra ‘Modernidade’; é consciente do novo uso, terminologicamente peculiar, desse termo” (*O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 15).

⁷ *Le peintre de la vie moderne*. In: *Oeuvres complètes*. Paris: Robert Laffont, 1980. p. 797-799.

aberto⁸, e a modernidade tradicional ou o tradicional da modernidade representado por tudo aquilo do antigo que insiste em nela permanecer.

Disso decorre a possibilidade de se afirmar que um dos lados da forma da modernidade implica aceitar a diferenciação funcional, e o outro lado em refutá-la. O problema, então, passa a ser de peso de cada lado da forma, se um possui uma prevalência sobre o outro, se há uma relação de hierarquia entre os dois lados da forma.

Guardadas as devidas diferenças, é como se a conhecida *Querelle des anciens et des modernes* do século XVIII fosse hoje representada pelos dois lados da forma da modernidade. Graficamente:



A história demonstra, mediante um enfoque sistêmico-luhmanniano, que a sociedade moderna é aquela diferenciada funcionalmente. O estabelecimento da sociedade em sistemas diferenciados funcionalmente não significa a possibilidade de negar a presença da tradição – não-ruptura com o passado – na modernidade: o sistema da religião é pródigo em produzir exemplos, tais quais os ritos católicos e judaicos.

Ela, a tradição, continua a se manifestar, ainda que seja por meio de um choque de civilizações, contudo, não fornece as condições de possibilidade da ordem social, de vez que estas são apanhadas na diferenciação funcional, característica da modernidade. Pense-se, por exemplo, na factibilidade de a própria modernidade, em alguns aspectos,

⁸ Nesse sentido, veja-se Niklas Luhmann (Die Kontingenz als Eigenwert der modernen Gesellschaft. In: *Beobachtungen der Moderne*. Darmstadt: WV, 1992. p. 93-128).

tornar-se tradicional. Pode ser o caso da própria Constituição, que mesmo sendo considerada uma aquisição evolutiva da modernidade, nela já se faz presente como uma tradição, tradição que no início se caracterizou como de ruptura, e que no tempo presente futuro se caracteriza como estável, embora mutável, mas sempre mantenedora das estruturas sociais modernas mais relevantes, quais sejam, a organização formal do Estado e os direitos fundamentais.

Muita vez a própria modernidade se afirma com o apelo à tradição, v.g., o caso das novas relações parentais, representado pela nova secularização dessas mesmas relações, cuja demanda não mais se descreve pela necessidade de leis que autorizem o divórcio, mas sim o casamento entre pessoas do mesmo sexo, isto é, uma busca pelo estabelecimento da família: em suma, nada mais tradicional que o objetivo almejado. De modo que parece não existir contestação à manifestação de uma paradoxal modernidade, ao menos parcialmente, tradicional⁹.

Isso explica a existência, na sociedade mundial moderna diferenciada funcionalmente, de sociedades ainda tradicionais ou com uma diferenciação funcional ainda não completada: as tradicionais, além das africanas, podem ser identificadas com as indígenas brasileiras, que têm que conviver com a modernidade prevalente da mesma sociedade brasileira. Já aqui a tradição que se inventa é aquela ligada à religião, e não a monárquica, característica da colonização britânica na África, nem a republicana, característica da colonização francesa também na África¹⁰.

Basta pensar-se no declínio do catequismo católico e no recrudescimento do novo pentecostalismo nas áreas de ocupação indígena, ocupação essa imemorial, portanto também tradicional, o que permi-

⁹ O tema é tratado de forma clara por Antoine Compagnon (*Os cinco paradoxos da modernidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2003).

¹⁰ Sobre a invenção da tradição pelo Colonialismo, ver Eric Hobsbawm e Terence Ranger (*A invenção das tradições*. São Paulo: Paz e Terra, 2002); para uma crítica do fatalismo nos processos constituintes das novas democracias do Leste Europeu ver James Johnson (*Inventing constitutional traditions: the poverty of fatalism*. In: FERREJOHN, John; RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan (Ed.). *Constitutional culture and democratic rule*. Cambridge: Cambridge University, 2001. p. 71-109).

te constatar a reflexividade da própria tradição, pois esta se afirma, superpondo-se, sobre uma tradição já existente: poder-se-ia, aqui, identificar um rawlsiano *overlapping consensus*.

A modernidade significou o rompimento com o passado e produziu efeitos nos sistemas da ciência, da política, da economia, do direito, da educação, das artes, tornando-os diferenciados funcionalmente. O que se entende por secularização dos sistemas pode ser compreendido por rupturas nas estruturas sociais então vigentes, e é essa compreensão que permite identificar a modernidade com a diferenciação funcional.

Numa análise empreendida com conceitos weberianos ter-se-iam esferas de valores (*Wertsphären*) secularizadas ou autônomas. Essa autonomia foi produzida especialmente nas esferas econômica, política e cultural – abarcadora da ciência, do direito e da arte – e mediante processos de racionalização: em Weber, modernização é identificada com racionalização. Conforme Sergio Paulo Rouanet¹¹, a economia é racional porque empresarial e baseada no cálculo; a política é racional porque o Estado dispõe de um sistema tributário centralizado, de um poder militar permanente, do monopólio da violência e da legislação e de uma administração burocrática racional; a cultura é racional por causa da dessacralização das visões do mundo tradicionais (*Entzauberung*). O que parece ser adequado perquirir é se a antiga racionalidade¹² europeia ainda dá conta de servir de base às condições de possibilidade da ordem social moderna.

¹¹ Ilustração e modernidade. In: *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 120-122.

¹² No Brasil, no século XX, podem ser indicados como exemplos de uma racionalidade crítica o Movimento Modernista durante os anos 1920 e 1930, de inspiração marxista, com um alinhamento à esquerda, e, nas décadas de 1970 e 1980, a Teoria Crítica da Cultura de Paulo Freire, a Teoria Crítica do Teatro de Augusto Boal e a Teoria da Dependência de Fernando Henrique Cardoso, conforme Luis Alberto Peluso (*O projeto da modernidade no Brasil*. Campinas: Papyrus, 1994. p. 29-34). Monica Pimenta Velloso refuta a idéia de uma modernidade exclusivamente paulista da década de 20, argumentando que o marco temporal ocorreu com a geração de 1870, vinculada à Escola do Recife, além de ter havido experiências modernas no Rio de Janeiro na passagem do século XIX para o XX (O modernismo e a questão nacional. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Org.). *O Brasil Republicano*. Rio de Janeiro:

Luhmann, em um texto básico¹³, descreve as possibilidades de se observar o moderno da modernidade. A proposta luhmanniana centra-se especificamente na necessidade de indicação de uma semântica que esteja ligada às estruturas sociais como possibilidade de autodescrição da sociedade moderna, vale dizer, em que a sociedade moderna distinga-se semântica e estruturalmente de seus predecessores.

A sociedade moderna é aquela que se auto-reproduz por suas próprias estruturas, a economia desde a economia, a política desde ela mesma e o direito desde ele próprio. Isso é possível porque a referência se manifesta como problema, seja ela auto ou hetero-referente: nisso consiste a autonomia dos sistemas. Essa autonomia como problema de referência é como que completada pelo código binário rígido que não permite um terceiro valor. Na economia é ele representado pela dupla ter/não ter; na política por governo/oposição e no jurídico pelo direito/não direito.

A referência como problema, então, tem que ser compreendida a partir da descrição dos sistemas que se reproduzem, mediante comunicação, a partir de si mesmos: o problema é, assim, de auto-referência. O conceito de referência, para Luhmann, é próximo do de observação, que indica uma operação composta pelos elementos da diferenciação e os da distinção¹⁴: concebe a diferenciação como diferença. Referência sistêmica é, então, uma operação que por meio da diferenciação entre sistema e ambiente indica/designa um sistema¹⁵. Há três formas de auto-referência, o que implica distinguir a própria auto-referência dessas formas: a) a basal, quando a diferenciação entre elemento e relação constitui a base; b) a reflexividade ou auto-referência pro-

Civilização Brasileira, 2003. p. 353-386). É de se perguntar: e o que se passou no direito? Bom, o direito teve que se contentar com trezentos anos de vigência das Ordenações Filipinas, e apenas em 1916 o novo Código Civil foi promulgado: que modernidade é essa que, no século XX, tem que trabalhar com uma legislação de 1603? (Ver GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 8.)

¹³ Das Moderne der modernen Gesellschaft. In: *Beobachtungen der Moderne*, cit., p. 11-49.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984. p. 596.

¹⁵ Ibidem, p. 599.

cessual, quando a diferenciação entre o antes e o depois nos acontecimentos elementares constitui a base; c) a reflexão, quando a diferenciação entre sistema e ambiente constitui a base¹⁶.

Para o caso aqui analisado da reforma constitucional, parece ser possível enquadrá-la na forma da reflexividade ou da auto-referência processual, de vez que, no sistema político a reforma será sempre da reforma, vale dizer, poder sobre o poder, e no sistema jurídico terá a sua constitucionalidade verificada com base em decisões anteriores que servirão de precedentes.

Portanto, e do que vem de ser escrito, pode-se afirmar que se a sociedade moderna é auto-referente pela reflexividade¹⁷, então o evento que nela ocorre representado pela reforma constitucional também o será. Indicar a modernidade como reflexiva permite afirmar que a reforma, além de ser feita sobre a reforma já realizada anteriormente, não pode ser observada mediante a dupla valorativa boa/má, tônica do discurso dos juristas em geral, de vez que, na sociedade moderna, não existe boa ou má reforma: pense-se, por exemplo, no caso brasileiro onde se manifestam reformas constitucionais que visam alargar o campo de incidência normativa dos direitos fundamentais. O Constitucionalismo de que se trata, já aqui, é ele também reflexivo.

Admitindo-se correta a identificação e desde que a diferenciação funcional em si mesma não signifique uma proposta normativa, para além da qual não se possa imaginar nenhuma alternativa¹⁸, a análise a

¹⁶ Ibidem, p. 600-602.

¹⁷ A opção pela teoria luhmanniana manifestada neste artigo não impede a menção a outras teorias que apregoam a modernidade reflexiva, seja mesmo como uma segunda modernidade, conforme Ulrich Beck, Wolfgang Bonss e Christoph Lau (*The theory of reflexive modernization. Theory, Culture & Society*, v. 20, n. 2, p. 1-33, 2003). Em uma descrição sobre a relação espaço-tempo, ver Anthony Giddens (*Modernização reflexiva*. São Paulo: Unesp, 1995; e *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991)

¹⁸ Esse é o pensamento de Luhmann: "I don't think that it is normative because norms only make sense if there is an alternative. But I see no alternative to functional differentiation, and if we propose functional differentiation as a normative rule, then we should think that there are other possibilities to organize society in a better way, for example in the socialist-communist organizational way, and I don't see the point in establishing norms on such a fundamental level of the society" (What is modernity. In: RASCH, William (Org.). *Niklas Luhmann's modernity*. Stanford: Stanford University, 2000. p. 202).

ser feita com relação à sociedade brasileira deve prender-se à sua descrição como sendo ou não uma sociedade diferenciada funcionalmente, portanto, uma sociedade onde a modernidade se manifesta ou não se manifesta. Essa análise, para o objetivo aqui pretendido, restringe-se à descrição dos sistemas político e jurídico e ao evento da reforma constitucional.

O sistema jurídico começa a ser independente do político quando este, por sua vez, orienta seu poder em sentido universal. O jurídico, então, mediante demandas por normas como as de liberdade de expressão e de religião, autonomiza-se do político. No político a modernidade instaura a possibilidade de que as minorias não sejam mais eternas, nos moldes do que foi o Terceiro Estado, conforme destacado por Madame de Stäel¹⁹; no jurídico a mesma modernidade faz do direito positivo, mutável, o direito da sociedade moderna.

Em ambos os sistemas, como se percebe, a variabilidade é a tônica, diferentemente da tradição, que se configura pela invariabilidade, o que permite afirmar que a Constituição, naquela sua parte modificável é moderna, enquanto naquela não modificável é tradicional, paradoxo que se forma pela própria luta revolucionária em prol dos direitos humanos e de sua imutabilidade: o que se quis moderno hoje é tradição.

Assumir a possibilidade de se responder à pergunta o que é modernidade com a afirmação de que ela é a diferenciação funcional²⁰ faz com que se abandone a vetusta idéia de identificar a modernidade com um projeto iluminista²¹ ainda não concretizado e calcado na su-

¹⁹ *Considérations sur les principaux événements de la Révolution Française*. London: Baldwin, Cradock, and Joy, 1818. t. 1, p. 130.

²⁰ Conforme faz João Maurício Adeodato (Modernidade e direito. In: *Ética e retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 205-220).

²¹ Até porque, no Brasil, o Iluminismo sempre foi um movimento mal explicado. “Davam-se vivas à religião e à feliz Constituição: este paradoxo aparente, em que se mesclava a religiosidade luso-brasileira ao espírito racional do século, explicava-se pelas características que a Ilustração portuguesa assumira no século XVIII” (NEVES, Lúcia Maria Bastos das. *Corcundas e constitucionais*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 152).

posta autonomia kantiana do indivíduo representada pela liberdade como antípoda do estado de tutela²²: o iluminismo de que se trata, agora, é o sociológico, o qual não funda mais sua racionalidade na justiça e na sociedade, mas sim na ampliação da capacidade de observação dos sistemas sociais – isto é, auto-observação ou observação de segundo grau –, reduzindo a complexidade do mundo. Essa necessidade de abandono da idéia tanto é mais presente quanto se pense nos relativos, porque diferentes e, portanto, não-universais, projetos iluministas²³ que tomaram corpo em determinadas sociedades: o inglês com sua sociologia da virtude, o francês com sua ideologia da razão e o norte-americano com a sua política da liberdade²⁴.

O iluminismo, ou ilustração, foi marcado por diferenças na sociedade ibero-americana, pois que aí desenvolveu-se como um mosaico, e não como um sistema, tendo em vista, sempre e sempre, a mistura entre modernidade e tradicionalismo²⁵. Exemplo sintomático do que vem de ser escrito é representado pela Constituição brasileira de 1824, tida por liberal ao mesmo tempo em que o sistema econômico nacional era baseado na escravatura, o que vai produzir a máxima das idéias fora do lugar²⁶, aliado a que refletia o princípio antiliberal de que o poder imperial era anterior à sociedade que criava. Conforme Emília Viotti da Costa:

As estruturas sociais e econômicas que as elites brasileiras desejavam conservar significavam a sobrevivência de um sistema de clien-

²² KANT, Emmanuel. *Qu'est-ce que les lumières?* Paris: GF-Flammarion, 1991. Michel Foucault, ao comentar esse texto de Kant, propõe a sua compreensão mediante a pergunta pela maneira como se deve encarar a modernidade: se apenas como um período da história ou como uma atitude representada por um modo de relação concernente à atualidade, por uma escolha voluntária feita por alguns (O que são as luzes? In: *Ditos e Escritos II*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 341-342).

²³ E se a sociedade moderna é reflexiva, então é, também, não-linear, conforme Scott Lash (Reflexivity as non-linearity. *Theory, Culture & Society*, v. 20, n. 2, p. 49-57, 2003).

²⁴ HIMMELFARB, Gertrude. *The roads to modernity*. New York: Vintage Books, 2005.

²⁵ Por todos, MORSE, Richard M. *El espejo de Próspero*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999. p. 89-111.

²⁶ A frase é de Roberto Schwarz (*Ao vencedor as batatas*. São Paulo: Duas Cidades, 1988).

tela e patronagem e de valores que representavam a verdadeira essência do que os liberais europeus pretendiam destruir²⁷.

Havia uma identificação dos homens ilustrados da época com a elite rural brasileira, e o espaço dedicado ao estudo das ciências sempre foi maior do que ao das letras, refletindo o espírito do tempo traduzido na existência de uma hierarquia entre elas, com as ciências ocupando a posição de preeminência. O interessante nesse histórico é que não havia qualquer sentimento de independência do Brasil entre esses homens ilustrados: queriam iniciar pela reforma de Portugal²⁸.

Com relação à proclamação da República é bem de se destacar que o líder do movimento foi um Deodoro monarquista e a crise abolicionista colocou em favor dos ideais republicanos os mesmos senhores de escravos, desgostosos com os ventos da abolição que atingiam a monarquia.

A mudança de regime não passou incólume pela pena de Machado de Assis, escritor que, em Esaú e Jacó, no capítulo LXIII, intitulado Tabuleta Nova, trata do tema de forma hilária. Custódio, que havia mandado pintar a nova tabuleta para seu estabelecimento comercial, denominado Confeitaria do Império, foi pego de surpresa com a proclamação da República, tendo ido, por isso, se aconselhar com Aires, ao que este lhe deu as idéias de pintar nova tabuleta com os dizeres Confeitaria do Governo, para o caso de a monarquia se restaurar, ou Confeitaria do Império... das leis, para o caso de a república permanecer e Custódio não ter que gastar mais dinheiro com uma nova tabuleta²⁹.

A falta de encaixe das idéias à realidade então vivida não era monopólio da sociedade brasileira, pois que o México também sofreu o mesmo impasse, sendo certo que a existência do tradicionalismo com

²⁷ *Da monarquia à república*. São Paulo: Unesp, 1998. p. 134.

²⁸ Tudo conforme Maria Odila da Silva Dias (*Aspectos da ilustração no Brasil. Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 278, p. 105-170, 1968).

²⁹ In: *Obras completas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. v. 1, p. 1028-1030.

a modernidade produziu o partido revolucionário institucional³⁰. Enquanto os saxões são filhos de Lutero e da Revolução Industrial, os latino-americanos são da Contra-Reforma e da monarquia universal³¹, de modo que, no Brasil, sempre houve o apelo ou a recorrência ao tradicional³².

Há quem atribua as distinções entre as experiências latino-americana e norte-americana ao fato de que na América do Norte não houve feudalismo; outro autor³³ afirma que na experiência norte-americana a mobilização dos movimentos sociais foi essencial, enquanto na latino-americana ocorreu um pacto das elites, o que, de sua vez, produz a distinção entre política constitucional/política ordinária e dificuldade de mudança do texto constitucional/facilidade de mudança do texto constitucional.

Paz aposta na inexistência da crítica, ao menos literária, como causa para que o século XVIII não tenha sido vivido na América Latina, o que poderia projetar uma modernidade não acabada³⁴.

No Brasil, por exemplo, não houve guilhotina, muito menos deram chance aos jacobinos, tendo sempre predominado a denominada doutrina da conciliação, o que levou à produção de uma consciência

³⁰ “Esse monumental achado lógico e lingüístico da política mexicana”, segundo Octavio Paz (Invenção, subdesenvolvimento, modernidade. In: *Signos em rotação*. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 134).

³¹ PAZ, Octavio. Literatura de fundación. In: *Obras Completas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. v. 3, p. 45.

³² Ver, nesse sentido, MORSE, Richard. Claims of political tradition. In: WIARDA, Howard J.; MOTT, Margaret MacLeish (Ed.). *Politics and social change in Latin America: still a distinct tradition?* Connecticut: Praeger, 2003. p. 91-128.

³³ SCHOR, Miguel. *Constitutionalism through the looking glass of Latin America*. Suffolk University Law School, Paper 18, p. 1-65, 2005.

³⁴ Alrededores de la literatura hispanoamericana. In: *Obras completas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. v. 3, p. 56. Veja-se, de igual efeito, a seguinte passagem de *El ogro filantrópico*: “Las sociedades latinoamericanas son la imagen misma de la extrañeza: en ellas se yuxtaponen la Contrarreforma y el liberalismo, la hacienda y la industria, el analfabeto y el literato cosmopolita, el cacique y el banquero” (Barcelona: Seix Barral, 1979. p. 86).

conservadora³⁵, e isso mesmo que o positivismo comtiano, doutrina oficial dos militares republicanos educados por Constant, tivesse combatido firmemente as idéias de Cousin: ao menos o método eclético permaneceu e parece não ter sido em vão que mesmo os positivistas não nutriam simpatia pela revolução, sendo o pensamento marcado pela forma gradual e evolucionária³⁶: pense-se, por exemplo, na abolição gradual da escravatura. Alie-se a tudo a famosa frase de Holanda Cavalcanti, segundo a qual “nada há mais parecido com um saquarema do que um luzia no poder”³⁷ e ter-se-á pronta a descrição da aplicação da doutrina no Brasil.

Essa idéia de modernidade não acabada, desde que seja permitida a identificação da modernidade com a diferenciação funcional, pode levar à afirmação de que, no Brasil, a diferenciação funcional também não é completada, advindo daí a quase que necessidade de se tomar a Constituição como instrumento de ação, e não como estrutura para a ação.

3 Constitucionalismo

No movimento de idéias que formou a modernidade destaca-se, ainda para os fins deste trabalho, aquele denominado de Constitucionalismo. Esse também é um evento realizado na modernidade³⁸ e que levou à diferenciação funcional dos sistemas político e jurídico.

³⁵ Conforme MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks; UniverCidade, 2003).

³⁶ Conforme WIARDA, Howard J. *The soul of Latin America*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 2001. p. 145-174. Para uma descrição histórica da corrente no Brasil, ver Ivan Lins (*História do Positivismo no Brasil*. São Paulo: Nacional, 1967).

³⁷ Apud HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987. p. 137.

³⁸ Há quem afirme tratar-se o Constitucionalismo atual de Constitucionalismo pós-moderno, baseado nas mudanças culturais operadas na arte, na tecnologia, na política e na economia e na análise do impacto que essas mudanças causam ao direito como instituição, conforme J. M. Balkin (What is a Postmodern Constitutionalism? *Michigan Law Review*, v. 90, p. 1966-1990, 1991-1992).

No Brasil, de acordo com o que vem de ser escrito, esse Constitucionalismo bem poderia ser classificado de tradicionalista, e aí parece residir o problema. A invenção da tradição na África pelos colonizadores, por exemplo, pode ter produzido um evento digno de nota por sua paradoxalidade, qual seja, a criação de Constituição sem Constitucionalismo³⁹, onde prevaleceu o tradicionalismo.

O Constitucionalismo possui várias vertentes, o que se afirma como resultado de comparações levadas a cabo entre as experiências, num primeiro momento, norte-americana, inglesa e francesa; num segundo momento, alemã e italiana; num terceiro momento, espanhola, portuguesa e latino-americana e, num último momento, a dos países do leste europeu.

Todavia, nas manifestações inglesa e francesa parece ter vingado a idéia de que Constitucionalismo significasse restrição do poder. De sua vez, a própria idéia de *restraint* como marca do movimento encontra suas raízes tanto na herança medieval da doutrina do direito natural, que sofreu sua inerente secularização pela ação dos barões, das cidades livres e da própria Igreja, sempre ligada à instituição do Parlamento, quanto na doutrina cristã da personalidade, que pregava a importância transcendental de toda alma humana mesmo *vis-à-vis* da necessidade de um governo, o qual encontrar-se-ia limitado pelo valor atribuído ao indivíduo⁴⁰.

Se possui variadas manifestações, então também tem distintos significados. Nos EUA foi um movimento de idéias direcionado à criação de um Estado, no que se diferencia da França e do Brasil⁴¹, pois

³⁹ Nesse sentido, veja-se OKOTH-OGENDO, H. W. O. *Constitutions without constitutionalism: reflections on an african political paradox*. In: GREENBERG, Douglas; KATZ, Stanley N.; OLIVIERO, Melanie Beth et al. *Constitutionalism & democracy*. Oxford: Oxford University, 1993. p. 65-82. A ênfase é na existência de peculiaridades culturais e/ou mentais diferentes daquelas presentes no Constitucionalismo ocidental.

⁴⁰ Tudo conforme FRIEDRICH, Carl J. *Constitutional government and democracy*. Boston: Ginn and Company, 1950. p. 25-28.

⁴¹ Keith S. Rosenn indica algumas causas que proporcionaram o sucesso do Constitucionalismo norte-americano e o insucesso do latino-americano: a experiência com o constitucionalismo e com o autogoverno, a originalidade e a flexibilidade da Constituição,

que naquela a intenção foi a de criar um novo Estado ou mesmo novas estruturas sociais que se diferenciavam do *Ancien Régime*, enquanto no Brasil o poder imperial sempre foi prestigiado. Esse prestígio, cristalizado no poder reformador, uma versão atenuada do princípio monárquico, fez com que se mantivesse a tradição positivada num texto constitucional que se pretendia moderno: fundou-se o paradoxal Constitucionalismo tradicional⁴², que poderia ter sobrevivido, com mais força e mesmo na República, se tivesse vingado a tese de Borges de Medeiros⁴³ referente à instauração do Poder Moderador no Executivo já sob o novo regime.

Essa proeza de arranjo político e institucional, também ele conciliatório, produziu a manifestação, ao mesmo tempo, dos dois lados da forma da modernidade, quais sejam, o moderno e o tradicional. Por certo que esse evento não atingiu apenas o Constitucionalismo brasileiro, contudo, para os objetivos deste trabalho, a análise será centrada na realidade brasileira.

Da monarquia à república o Constitucionalismo brasileiro conheceu um período de quase inexistência de reformas. No período monárquico podem ser consideradas como reformas à Constituição de 1824 o Ato Adicional de 1834 e a Lei de Interpretação do Ato Adicional datada de 1840; no republicano a primeira delas ocorreu

a criação de um efetivo mercado comum, a igualdade e a revolução social norte-americanas, a ausência do militarismo e a institucionalização da liderança carismática (The success of constitutionalism in the United States and its failure in Latin America: an explanation. *The University of Miami Inter-American Law Review*, v. 22, n.1, p. 1-39, 1990).

⁴² Conforme escreve Lúcia Maria Bastos Pereira das Neves: “Os principais valores da cultura política do mundo luso-brasileiro eram aí definidos: uma monarquia constitucional, que continuava aliada à Igreja, colocada doravante inteiramente a seu serviço, pois ainda se fazia necessária a doutrina cristã para um maior controle dos cidadãos; uma sociedade em que reinavam os homens ilustrados cujo papel consistia em orientar a opinião do povo; uma liberdade que não ultrapassasse os direitos alheios e uma igualdade restrita ao plano da lei. Era a visão de um mundo em que a secularização ainda estava incompleta, em que a ideologia, no sentido de F. Furet e J. Ozouf, não se fazia realidade” (*Corcundas e constitucionais*, cit., p. 151).

⁴³ *O poder moderador na república presidencial*. Brasília: Senado Federal, 2004.

em 1926, isto é, mais de trinta anos após a Proclamação da República. De lá para cá o que se observa é a marca registrada de decretações de estados de sítio, de emergência e de guerra. Na história monárquica e republicana brasileira o Constitucionalismo foi gravado pelas crises e a Constituição quase sempre foi tratada como instrumento de ação e não como estrutura para a ação. Um exemplo de desrespeito à Constituição vem da redução da maioria constitucional de dezoito anos de idade – artigo 121 da Constituição de 1824 – do Príncipe Dom Pedro II para quatorze anos, em 1840, “reforma constitucional” essa realizada pelos liberais de então com assento na Assembléia Geral Legislativa e feita formalmente por meio de uma declaração ao povo brasileiro.

Por certo esses eventos podem ser assim descritos porque não havia uma modernidade moderna, não havia, ainda, diferenciação funcional, daí decorrendo a explicação para a não-aceitação pelo perdedor das regras do jogo eleitoral, fato marcante na monarquia e já manifestado na Regência Una – Feijó e Araújo Lima foram as vítimas da época – e na República, período marcado não pela temporariedade de mandatos, mas sim pela quase impossibilidade de cumprimento de todo o prazo estabelecido temporalmente para o seu exercício: esses eventos não permitiram a manifestação do código do sistema político da sociedade moderna, representado pela dupla governo/oposição. A pergunta que remanesce é: pode-se afirmar que o Brasil produziu Constituições sem Constitucionalismo?

Se o parâmetro a ser adotado for a idéia de que o Constitucionalismo significou separação de poderes, governo misto, garantias, o *Rechtsstaat* alemão, o *Rule of Law* inglês ou mesmo o governo limitado dos modernos, pode-se afirmar que não, o Brasil não teve Constituição sem Constitucionalismo, e isso mesmo que seja inerente à história constitucional brasileira o desrespeito ao princípio da separação de poderes, a suspensão das garantias, a prevalência do político sobre o jurídico⁴⁴.

⁴⁴ É de Machado de Assis a frase: “Tem barreiras a filosofia; a ciência política acha um limite na testa do capanga” (Crônicas/Notas Semanais/1878. In: *Obras Completas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. v. 3, p. 376).

Dá conta disso, da prevalência do tradicional sobre o moderno, a narração da história constitucional feita por Paulo Bonavides e Paes de Andrade⁴⁵: a de 1824, porque outorgada, quase que gerou a perda da unidade nacional, tendo em vista o esmagamento absolutista da Confederação do Equador e o autoritarismo centrado na figura do Imperador que exercia o Poder Moderador, o qual de neutro nada possuía; a de 1891, a par da instabilidade federativa, produziu o autoritarismo presidencial; a de 1934, também marcada pela falta de inexecutabilidade e inadaptabilidade, gerou a de 1937, mais conhecida por Constituição nominal ou semântica, carente de aplicação, também uma colcha de retalhos proveniente do trabalho de Francisco Campos, que positivou no texto constitucional fórmulas fascistas, nacionalistas e de caráter liberal; a de 1946 combinou preceitos progressistas com técnicas reacionárias; as de 1967 e 1969 foram marcadas pela inexistência do Congresso. A de 1988, de sua vez, pode ser tida na conta de uma Constituição advinda da presença dos fatores reais de poder, ainda que sua legitimidade tivesse sido contestada pela ausência de mandato constituinte específico.

Portanto, e desde que se identifique o Constitucionalismo com o moderno da modernidade, no Brasil prevaleceu um lado da forma da modernidade, qual seja, o tradicional da modernidade, *o que não quer dizer que houve a produção de Constituição sem Constitucionalismo*: houve, e isto parece adequado asseverar, a elaboração de Constituição em um Constitucionalismo bastante peculiar e inerente à realidade brasileira⁴⁶, seja com referência aos atores propagadores das idéias, cuja marca primordial foi o positivismo, seja com relação aos atores atuantes no processo político, de cuja atuação emergiu o pacto conciliatório entre as elites.

⁴⁵ *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB, 2002.

⁴⁶ Segundo César Cansino e Víctor Alarcón, ao analisarem a obra de J. G. Merquior, a América Latina resiste aos seus infortúnios entre véus e máscaras, aliando o passado da cultura indígena às múltiplas migrações: “Based on this circumstance, Merquior coined one of the most felicitous expressions that have arisen to describe Latin America: the ‘Other West’” (The futures of Latin America: conservative or liberal-democratic? In: GELLNER, ERNEST; CANSINO, César (Ed.). *Liberalism in modern times*. Budapeste: Central European University, 1996. p. 205).

Se se pudesse, neste espaço, levar a cabo comparações, poder-se-ia afirmar que no Brasil, embora não tivesse havido Os Federalistas, Os Enciclopedistas e mesmo os escritos de um Shaftesbury, existiu um acerbo debate a respeito das idéias atinentes ao Constitucionalismo, fosse por meio de panfletos e jornais, fosse no Parlamento.

Por isso é que se reconhece que mesmo todas as crises vividas pela sociedade brasileira não significam que na história constitucional correspondente não tenha se manifestado o outro lado da forma da modernidade, mais especificamente, o moderno da modernidade. É que a história constitucional brasileira, embora apresentasse aspectos ínsitos à realidade então vivida, é herdeira do legado europeu, seja aquele representado pelo Iluminismo da razão, seja aquele, mais atual, intitulado Iluminismo sociológico. Houve e há um relativo respeito ao princípio da separação de poderes e um grau de institucionalização sistêmica que permite observar a descrição da sociedade brasileira como diferenciada funcionalmente.

Todavia, essa diferenciação funcional não foi ainda completada. E apenas o será, nos sistemas aqui envolvidos, quando a Constituição for tomada a sério, ou seja, quando for considerada uma estrutura para a ação, quando então o lado da forma da modernidade representado pelo moderno poderá, numa relação heterárquica, fazer face ao outro lado representado pelo tradicional. Somente quando essa determinante se manifestar é que poder-se-á afirmar que a história constitucional brasileira é representante de um Constitucionalismo não mais tradicional, mas sim, e já, moderno.

4 Constituição

Quando se pensa e se fala sobre Constituição é necessário dela ter um conceito em mente. Esse conceito serve de ponto de partida para qualquer reflexão que se queira sobre ela fazer. Se se pretende descrever o evento da reforma constitucional, então impõe-se de rigor o esclarecimento prévio sobre o conceito que se pretende de Constituição, pois a reforma constitucional guarda relação de pertinência com o texto dela, Constituição.

Para o fim aqui proposto o conceito a ser selecionado pode ser ligado à mudança conceitual operada em época determinada, o que, entretanto, alargaria excessivamente o campo de pesquisa, desde que se pense que a palavra Constituição conheceu variados significados no decurso do tempo. Ilustrativo dessa afirmação é o que escreve Stourzh⁴⁷, que colaciona significados de Constituição como condicionadora do exercício da autoridade pública, *government* e *instrument*, e, numa perspectiva naturalizadora da política, compara-se ela a um corpo humano que deve ser saudável e ter uma vida temporal. Jellinek, em sua Teoria do Estado, identifica Constituição com a idéia que dela faziam os romanos⁴⁸. O mesmo fenômeno da plurivocidade vale para seu sinônimo, qual seja, lei fundamental, sendo certo que Hobbes afirmou não se ter uma definição do que viessem a significar essas palavras⁴⁹.

Num projeto de modernidade identificado com a diferenciação funcional estrutural da sociedade moderna, a Constituição, aquisição evolutiva dessa mesma modernidade, é o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico⁵⁰: o único que faz é permitir o incremento da irritabilidade da comunicação entre esses sistemas.

Nessa função ela é tomada como uma estrutura para a ação dos sistemas político e jurídico. Para que o sistema político se auto-reproduza por meio de decisões políticas sem ter que alterar o texto da Constituição ele tem, então, que tratar a Constituição como essa

⁴⁷ STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century. In: BALL, Terence; POCCOCK, J. G. A. (Ed.). *Conceptual change and the Constitution*. Kansas: University of Kansas, 1988. p. 35-54.

⁴⁸ “También los romanos distinguen con gran agudeza entre Constitución del Estado y disposiciones legislativas particulares, por grande que pueda ser la significación de éstas para la comunidad. Para referirse a la Constitución, tienen ellos la expresión técnica *rem publicam constituere*” (*Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 458).

⁴⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 174.

⁵⁰ Assumir esse conceito de Constituição com pretensão heurística, mesmo depois de se fazer um breve relato do peculiar Constitucionalismo brasileiro é ir, frontal e paradoxalmente, contra a idéia de uma suposta etnografia constitucional, de sua vez formulada por Kim Lane Scheppele (Constitutional Ethnography: an introduction. *Law & Society Review*, v. 38, n. 3, p. 389-406, 2004).

estrutura para a ação; se continuar a tratá-la como instrumento de ação, terá que recorrentemente reformar o texto constitucional.

O problema reside em que, no Brasil, onde a diferenciação funcional não foi completada (portanto a modernidade também ainda não se completou num grau tal que a sociedade brasileira possa ser considerada como exemplo da diferenciada funcionalmente), onde ainda prevalece um dos dois lados da forma da modernidade representado pelo tradicionalismo (entendido aqui como patrimonialista e parquialista⁵¹), as condições de possibilidade para que a Constituição seja tomada como estrutura para a ação são, de fato, menores do que naquelas sociedades em que a diferenciação funcional já se completou e segue seu curso contingente.

Esse problema, muito mais do que significar apenas a constatação da inviabilidade temporal de constituições analíticas, implica a formulação de indagações que possam servir de adequada descrição a esse crônico evento encontrado no Brasil, que é a sempre necessária reforma constitucional.

Do ponto de vista simbólico essas mudanças do texto constitucional contribuem decisivamente à formação de um pensamento, no sistema político, no qual vem embutida a necessidade de reforma como única válvula de escape aos problemas apresentados na sociedade; no sistema jurídico, paradoxalmente, o simbolismo criado é traduzido na flexibilidade de um texto que se autocalifica como rígido.

Disso decorre que um texto constitucional que deva ser tomado como estrutura para a ação tem que positivar em seus artigos apenas aquelas normas referentes à organização do Estado e aos direitos individuais, pois são essas normas que conferem à Constituição a possibilidade de que não seja tomada como instrumento de ação. Perceba-se que não é apenas um problema de analiticidade do texto constitucional: além de ser, também, um problema quantitativo, ele é qualitativo.

⁵¹ Segundo Raymundo Faoro: “Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi” (*Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Globo, 2001. p. 819).

Sendo o problema qualitativo, poder-se-ia, *ex abrupto*, identificá-lo com a antiga distinção entre Constituição formal e material. Também aqui o significado parece ser maior do que aquele datado de outra época, pois embora possa ser invocado em sua defesa o argumento da semi-rigidez caracterizadora das Constituições das novas democracias da sociedade moderna, o problema parece estar relacionado à própria contingência da sociedade moderna, a qual, se é moderna porque diferenciada funcionalmente, tem que se reproduzir por meio das funções de cada sistema e também de equivalentes funcionais.

O direito da sociedade moderna desincumbe-se dessa tarefa por meio da vinculação de um futuro incerto, vinculação essa de caráter artificial, de vez que a impossibilidade de uma real vinculação se afigura ela mesma como improvável; a política da sociedade moderna o faz por meio de decisões coletivas vinculantes, de criação de normas para que o sistema jurídico possa funcionar.

Se houver uma transferência da sede constitucional para a infraconstitucional de normas de determinado matiz que são recorrentemente alteradas pelo sistema político, o próprio sistema poderá enfrentar a contingência da sociedade moderna de maneira mais eficaz – e não seria a eficácia o resultado da racionalização/modernização weberiana? –, seja no plano real, seja no simbólico. De sua parte, o sistema jurídico também poderá fazer face à contingência da sociedade moderna, desde que tenha à disposição normas de conteúdo adequado. E quem vai permitir isso é a própria Constituição, acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, estrutura para a ação de ambos os sistemas, que por meio de suas normas procedimentais permite a mudança mais rápida do direito positivo, aumentando, dessa forma, a irritabilidade na comunicação entre os mesmos sistemas.

A reforma da Constituição brasileira, nos moldes em que é realizada, quantitativa e qualitativamente, indica a presença da tradicional sobreposição do político em relação ao jurídico, da tradicional não-diferenciação funcional dos sistemas político e jurídico, portanto, do lado da forma da modernidade representado pela tradição.

Enfrentar a contingência da sociedade moderna sem ter que alterar a todo momento o texto constitucional é fazer valer o outro lado

da forma da modernidade, traduzido pelo moderno da própria modernidade, mesmo que para isso tenha que se considerar a Constituição desvestida de seu caráter de sacralidade ou recobrando de uma tradição imutável apenas aquelas regras atinentes à organização do Estado e aos direitos individuais, ou seja, aquelas matérias que necessariamente devem constituir o núcleo eterno de qualquer texto constitucional.

5 Conclusão

A análise aqui empreendida aponta para a descrição do evento representado pela reforma constitucional sob a perspectiva da modernidade, do Constitucionalismo e da própria Constituição. O Brasil tem que fazer face a uma complexidade por assim dizer mais complexa do que aquela encontrada nas sociedades pós-industriais, pois que ainda tem que manejar e tratar de problemas de Maquiavel e do Estado de Bem-Estar ao mesmo tempo: o primeiro pode se resolver, ao menos em tese, pela moral; o segundo, às custas das finanças⁵².

Para o primeiro problema aponta-se como “solução” a reforma política, sempre tendo-se em mira a noção de que se pode descrever a política pela ética, esta como descrição da moral. De antemão é de se destacar que a reforma constitucional aqui também é utilizada como instrumento para se combater a chaga atávica dos sistemas da sociedade brasileira: a corrupção. Como fecho remanesce a perplexidade de se tentar operar uma descrição de um sistema da sociedade moderna mediante algo estranho a ele: a política pela moral. A inexistência de uma suposta solução única e fatal, tal qual aquela imaginada para exterminar o racismo emergente, produz a ineficácia do remédio manipulado. O ponto de partida poderia ser aquele representado pela impossibilidade de descrição da política pela moral, esta que, afinal, não se pode conhecer.

Já para o segundo problema a questão parece deslocar-se dos sistemas político e jurídico para o econômico, de vez que é nesse sistema

⁵² Conforme LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000. p. 216.

que se pode gerir a escassez de recursos. Há a necessidade, para isso, de autonomia do sistema econômico e de reformas econômicas, algo que não implique na mudança do texto constitucional. O atual estado de grave crise política no Brasil – primeiro semestre de 2005 – e a sua não-interferência na economia parece demonstrar a necessidade e a manifestação de autonomia do sistema econômico.

O ponto central da descrição parece ser que a Constituição brasileira, para utilizar uma metáfora de Berlin⁵³, é uma Constituição ouriço, pouco pragmática porque analítica, que normatiza no sentido de um único princípio organizador e universal, isto é, pretende abarcar com suas normas todos os eventos sociais e por isso busca identificar a unidade do sistema num fundamento unitário, e não numa diferença. A sua antípoda seria a Constituição raposa, pragmática porque sintética, e que não pretende alcançar todos os eventos sociais, por isso busca sua unidade na diferença entre os sistemas jurídico e político, servindo, dessa forma, como acoplamento estrutural entre eles.

Essa descrição permite mudar o foco das alterações direcionadas ao texto constitucional, sendo elas boas ou más, para o texto infraconstitucional. Operar-se-ia, dessa maneira, o evento de dogmático nome *desconstitucionalização* da própria ordem constitucional vigente, permanecendo na Constituição aquelas matérias que possuísem a densidade normativa para dela constar.

A reforma, assim, seria endereçada ao ordenamento infraconstitucional, mais flexível e, portanto, mais adequado ao enfrentamento de uma contingência que é produzida sobre a sociedade brasileira de maneira mais forte do que aquela que se projeta nas sociedades pós-industriais, tendo em vista a escassez maior de recursos e um grau de risco também maior, do qual a ecologia e a previdência social são apenas alguns dos indicativos disponíveis.

Para o sistema jurídico o deslocamento da reforma do ordenamento constitucional para o infraconstitucional vai desobrigá-lo de decidir sobre a constitucionalidade de uma norma que se integrará ao

⁵³ BERLIN, Isaiah. O ouriço e a raposa. In: *Estudos sobre a humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 447-505.

texto constitucional. Simbolicamente, reforça a idéia preconizada pela teoria constitucional de que a Constituição é rígida naquilo que deve ser, e não flexível. No plano real, faz com que o exercício do controle de constitucionalidade seja levado a cabo em referência ao ordenamento infraconstitucional, esse que alberga o maior número de normas e é, portanto, mais complexo, e que demanda, de sua vez, menos tempo para ser reformado.

A compreensão do evento da reforma nos termos supracitados produz efeitos na distinção política ordinária/política constitucional. Essa distinção, no sistema político, não faz sentido, e isso porque tanto a ordinária quanto a constitucional produzem comunicação política. Porém, serve ela, a distinção, ao reforço do conceito de Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, de vez que o termo política constitucional pode significar que a Constituição não pertence, exclusivamente, a esse ou àquele sistema, conforme pode fazer crer o conceito de Constituição como estatuto jurídico do político. Portanto, e ao menos no pano de fundo em que se constrói este artigo, é a diferenciação funcional que permite a formação de uma observação como a aqui proposta.

O problema reside em que, no Brasil, a diferenciação funcional, ou mesmo a modernidade, ainda não completadas, parecem não ter força suficiente a cumprir, integralmente, seus respectivos projetos, desde que se pense na facilidade/necessidade com que se reforma o texto constitucional, ou seja, desde que se pense que no Brasil a Constituição é sempre tomada como instrumento de ação.

O próprio Luhmann, reconhecedor de que a diferenciação funcional em países semiperiféricos como o Brasil ainda não se completou⁵⁴, não parece disposto a oferecer uma descrição otimista do quadro existente, pois, segundo afirma:

Une questione del tutto diversa, tuttavia, è se un mutamento strutturale possa essere introdotto con la politica oppure se esso debba essere lasciato all'evoluzione nella qual la "pianificazione" svolge un ruolo più o meno fatale. Non possiamo e non dobbiamo ris-

⁵⁴ *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. p. 478-479.

pondere qui a questa domanda. Ma se si deve suporre che un sistema della società, anche nelle sue espressioni regionali, è un sistema storico, quindi un sistema che attiva in ogni situazione ricordi a ciò che si è comprovato e che non può valutare se stesso in altro modo, è *inevitabile un certo scetticismo*⁵⁵ [grifou-se].

Essa assertiva põe de manifesto que a possibilidade de a Constituição no Brasil ser tida como estrutura para a ação tem que ser encarada com ceticismo, e isso porque, ainda prevalecendo no país um certo tradicionalismo fincado na mentalidade, na consciência, nas práticas políticas oligárquicas ou no que quer que possa ser identificado com esses conceitos, a própria modernidade é um projeto que não se completou.

O que vem de ser escrito lança ao debate a afirmação, já agora otimista, de que quanto mais diferenciada funcionalmente for a sociedade brasileira, mais a Constituição será tomada como estrutura para a ação, pois é esta uma das características da modernidade e, portanto, seu texto gozará de maior estabilidade; mais semeado estará, com efeito, o campo para a manifestação de um Constitucionalismo positivo⁵⁶, fincado nas seguintes características: a) a Constituição deve prever a sua própria preservação, isto é, a sua própria *self-enforcing*; b) apenas a democracia, tomada isoladamente, baseada na existência do código governo/oposição, não é suficiente à proteção dos direitos econômicos; c) o item “b” pode se desdobrar na existência de instituições que limitem a regra majoritária, as quais estabelecerão e manterão as garantias dos direitos econômicos e políticos.

Numa perspectiva clássica, representada por uma escala que meça o grau de modernização, a possibilidade de a sociedade brasileira demonstrar que pode ser diferenciada funcionalmente e, logo, moderna, decorrerá de sua própria reprodução histórica para fazer valer, ao menos em uma relação de equilíbrio, o lado moderno da modernidade, a

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. Causalità nel sud. In: CORSI, Giancarlo; DE GIORGI, Raffaele. *Ridescrivere la questione meridionale*. Lecce: Pensa, 1999. p. 124.

⁵⁶ Segundo WEINGAST, Barry R. Constitutions as Governance Structures. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 149, n. 1, p. 286-311 (289), 1993.

despeito de continuar existindo o seu lado tradicional, do qual o patrimonialismo é sua expressão mais forte.

Contudo, e conforme escreve Luhmann: “But when we want to observe the evolution of society there is no other choice than to focus on the social system of the world society”⁵⁷, e esta, a sociedade mundial, é a sociedade diferenciada funcionalmente, interligada por meio de dependências e interdependências, portanto, sem centro, e por isso mesmo, policêntrica ou policontextural.

Referências

ADEODATO, João Maurício. Modernidade e direito. In: *Ética e retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BALKIN, J. M. What is a postmodern constitutionalism? *Michigan Law Review*, Michigan, v. 90, p. 1966-1990, 1991/92.

BAUDELAIRE, Charles. Le peintre de la vie moderne. In: *Oeuvres complètes*. Paris: Robert Laffont, 1980.

BECK, Ulrich; BONSS, Wolfgang; LAU, Christoph. The theory of reflexive modernization. *Theory, Culture & Society*, v. 20, n. 2, p. 1-33, 2003.

BERLIN, Isaiah. O ouriço e a raposa. In: *Estudos sobre a humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB, 2002.

CANSINO, César; ALARCÓN, Víctor. The futures of Latin America: conservative or liberal-democratic? In: GELLNER, Ernest; CANSINO, César (Ed.). *Liberalism in modern times*. Budapeste: Central European University, 1996.

COMPAGNON, Antoine. *Os cinco paradoxos da modernidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

⁵⁷ Globalization or World Society: how to conceive of modern society. *International Review of Sociology*, v. 7, n. 1, p. 67-79 (75), 1997.

- COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república*. São Paulo: Unesp, 1998.
- DIAS, Maria Odila da Silva. Aspectos da ilustração no Brasil. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 278, p. 105-170, 1968.
- ELSTER, Jon. Constitutionalism in Eastern Europe. *The University of Chicago Law Review*, v. 58, p. 447-482, 1991.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Globo, 2001.
- FEREJOHN, John; RAKONE, Jack; RILEY, Jonathan (Ed.). *Constitutional culture and democratic rule*. Cambridge: Cambridge University, 2001.
- FOUCAULT, Michel. O que são as luzes? In: *Ditos e escritos II*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- FRIEDRICH, Carl J. *Constitutional Government and Democracy*. Boston: Ginn and Company, 1950.
- GIDDENS, Anthony. *Modernização reflexiva*. São Paulo: Unesp, 1995.
- _____. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HIMMELFARB, Gertrude. *The roads to modernity*. New York: Vintage Books, 2005.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- HOBBSAWM, Eric; RANGER, Terence. *A invenção das tradições*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987.

JAMESON, Fredric. *Modernidade singular*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

JOHNSON, James. Inventing constitutional traditions: the poverty of fatalism. In: FERREJOHN, John; RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan (Ed.). *Constitutional culture and democratic rule*. Cambridge: Cambridge University, 2001.

KANT, Emmanuel. *Qu'est-ce que les lumières?* Paris: GF-Flammarion, 1991.

KOSELLECK, Reinhart. The eighteenth century as the beginning of modernity. In: *The practice of conceptual History*. Stanford: Stanford University, 2002.

LASH, Scott. Reflexivity as non-linearity. *Theory, Culture & Society*, v. 20, n. 2, p. 49-57, 2003.

LE GOFF, Jacques. *Histoire et mémoire*. Paris: Gallimard, 1988.

LINS, Ivan. *História do positivismo no Brasil*. São Paulo: Nacional, 1967.

LUHMANN, Niklas. What is modernity. In: RASCH, William (Org.). *Niklas Luhmann's modernity*. Stanford: Stanford University, 2000.

_____. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000.

_____. Causalità nel sud. In: CORSI, Giancarlo; DE GIORGI, Raffaele. *Ridescrivere la questione meridionale*. Lecce: Pensa, 1999.

_____. Globalization or World Society: how to conceive of modern society. *International Review of Sociology*, v. 7, n. 1, p. 67-79, 1997.

_____. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

_____. Die Kontingenz als Eigenwert der modernen Gesellschaft. In: *Beobachtungen der Moderne*. Darmstadt: WV, 1992.

_____. Das Moderne der modernen Gesellschaft. In: *Beobachtungen der Moderne*. Opladen: WV, 1992.

_____. *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984.

_____. Crônicas/Notas Semanais/1878. In: *Obras Completas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. v. 3.

MACHADO DE ASSIS. Esaú e Jacó. In: *Obras completas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997.

MADAME DE STÄEL. *Considérations sur les principaux événements de la Révolution Française*. London: Baldwin, Cradock and Joy, 1818.

MEDEIROS, Borges de. *O poder moderador na república presidencial*. Brasília: Senado Federal, 2004.

MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks; UniverCidade, 2003.

MORSE, Richard M. *El espejo de Próspero*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999.

_____. Claims of political tradition. In: WIARDA, Howard J.; MOTT, Margaret MacLeish (Ed.). *Politics and social change in Latin America: still a distinct tradition?* Connecticut: Praeger, 2003.

NEVES, Lúcia Maria Bastos das. *Corcundas e constitucionais*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

OKOTH-OGENDO, H. W. O. Constitutions without constitutionalism: reflections on an African political paradox. In: GREENBERG, Douglas; KATZ, Stanley N.; OLIVIERO, Melanie Beth et al. *Constitutionalism & democracy*. Oxford: Oxford University, 1993.

PAZ, Octavio. Invenção, subdesenvolvimento, modernidade. In: *Signos em rotação*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

_____. Literatura de fundación. In: *Obras completas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. v. 3.

_____. Alrededores de la literatura hispanoamericana. In: *Obras completas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. v. 3.

_____. *El ogro filantrópico*. Barcelona: Seix Barral, 1979.

PELUSO, Luis Alberto. *O projeto da modernidade no Brasil*. Campinas: Papirus, 1994.

ROSENN, Keith S. The success of constitutionalism in the United States and its failure in Latin America: an explanation. *The University of Miami Inter-American Law Review*, v. 22, n. 1, p. 1-39, 1990.

ROUANET, Sergio Paulo. Ilustração e modernidade. In: *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHEPPELE, Kim Lane. Constitutional Ethnography: an introduction. *Law & Society Review*, v. 38, n. 3, p. 389-406, 2004.

SCHEUERMAN, William E. *Liberal democracy and the social acceleration of time*. Baltimore; London: The Johns Hopkins University, 2004.

SCHOR, Miguel. *Constitutionalism through the looking glass of Latin America*. Boston: Suffolk University Law School, Paper 18, p. 1-65, 2005.

SCHWARZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas*. São Paulo: Duas Cidades, 1988.

STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century. In: BALL, Terence; POCOCK, J. G. A. (Ed.). *Conceptual change and the Constitution*. Kansas: University of Kansas, 1988.

VELLOSO, Monica Pimenta. O modernismo e a questão nacional. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (Org.). *O Brasil Republicano*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

WEINGAST, BARRY R. Constitutions as governance structures. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 149, n. 1, p. 286-311, 1993.

WIARDA, Howard J. *The soul of Latin America*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 2001.