

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Tema Central:

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

n. 6

JUL / DEZ - 2005

A Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC) é uma publicação
semestral do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito
Constitucional
Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC)

The Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC (Brazilian Journal of
Constitutional Law) is a semestral publication Post-Graduate Program in Constitutional
Law

Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC (Higher School of Constitutional Law)



ISSN 1678-9547

ESDC	SÃO PAULO	Nº 6	p./677	Jul/Dez - 2005
------	-----------	------	--------	----------------

Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação
Lato Sensu em Direito Constitucional. Escola Superior
de Direito Constitucional
(ESDC) – São Paulo: ESDC, 2005. N. 6

Periodicidade: Semestral
Julho/Dezembro - 2005
ISSN: 1678-9547

1. Direito. 2. Periódico. 3. Escola Superior de Direito Constitucional. 4. Direito Constitucional.
5. Teoria da Constituição.

CDD 340.05

CDU 34.5

**Ficha Catalográfica elaborada pelo Bibliotecário da ESDC
João Vivaldo de Souza – CRB/8 – 6828**

Indexação: Qualis – CAPES – “A” Local – Direito e Psicologia – “C” Local – Ciência Política

Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC

ISSN 1678-9547

Diretor

Marcelo Lamy (lamy@esdc.com.br)

Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Doutorando em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Diretor da Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC. Coordenador do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

Coordenadora Geral

Elaine Parpinelli Moreno Vessoni (rbdc@rbdc.com.br)

Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Processual Penal pela Escola da Magistratura de Maringá (Paraná). Especializanda em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). Pesquisadora Jurídica da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). Professora Assistente do Curso de Especialização Lato Sensu em Direito Constitucional (ESDC). Coordenadora de Turma do Curso de Especialização Lato Sensu em Direito Civil Constitucional (ESDC).

Conselho Editorial Nacional

André Ramos Tavares – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão – Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Membro da Comissão de Área de Direito da CAPES.

Dimitri Dimoulis – Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep).

Dircêo Torrecillas Ramos – Universidade de São Paulo (USP).

Erik Frederico Gramstrup – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Fernando Fernandes da Silva – Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

Flávia Cristina Piovesan – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

George Augusto Niaradi – Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

Gilberto Bercovici – Universidade de São Paulo (USP).

Guido Fernando da Silva Soares – Universidade de São Paulo (USP).

Ingo Wolfgang Sarlet – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS).

Jerson Carneiro Gonçalves Júnior – Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

José Gabriel Perissé Madureira – Instituto Paulista de Ensino e Pesquisa (IPEP) e Centro Universitário Nove de Julho.

Luis Jean Lauand – Universidade de São Paulo (USP).

Luiz Alberto David Araújo – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Luiz Guilherme Arcaro Conci – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Luiz Pinto Ferreira – Sociedade Pernambucana de Cultura e Ensino (SOPECE).

Maria Garcia – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Mauro de Medeiros Keller – Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

Paulo Bonavides – Universidade Federal do Ceará (UFC).

Pietro de Jesús Lora Alarcón – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Ragner Limongeli Vianna – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Sérgio Resende de Barros – Universidade de São Paulo (USP).

Wagner Balera – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Yara Maria Martins Nicolau Milan – Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC)

Conselho Editorial Internacional

Alfonso López Quintás – Universidad Complutense de Madrid (Espanha)

Diego Valadés Ríos – Universidad Nacional Autónoma de México

Luis Maria Díez-Picazo – Universidad de Málaga (Espanha)

Paulo Ferreira da Cunha – Universidade do Porto (Portugal)

Revisão: Denise Ranieri Almeida

Diagramação: www.pixel-indesign.com

Tradução: Renata de Moraes Silva (inglês), Juliana Salvetti (italiano)

Publicação da

Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC)

CNPJ. 03.849.248/0001-10

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

N. 6, julho/dezembro

(2005)

Tema Central: **Teoria da Constituição**

Main Theme:
CONSTITUTIONAL THEORY

SUMÁRIO - SUMMARY

Artigos

Articles

- O Jurisdicionado e a aparente “crise” do princípio da coisa julgada
The citizen and the apparent *crisis* of the *res judicata* principle
Flávia Pereira Hill..... 10
- Las *lagunas* de la ideología liberal: el caso de la constitución europea
Omissions of liberal ideology: the case of Europe Constitution
Joaquín Herrera Flores (Espanha)..... 23
- El Fundamento de los Derechos Humanos
The Basis of Human Rights
Jorge Horacio Gentile (Argentina)..... 56
- Sombras e Luzes na Constitucionalização da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia
Ombres et lumières de la Constitutionnalisation de la Charte des Droits Fondamentaux de L’Union Européenne
Laurence Burgogue-Larsen (França) 64
- O sistema das fontes do direito no Tratado Constitucional Europeu
Il sistema delle fonti del diritto nel Trattato costituzionale europeo
Alfonso Celotto (Itália)..... 86
- Poder Constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias?
Constituent Power: still a valid category in our days?
Hugo César Araújo de Gusmão..... 95
- A idéia de Constituição entre a Literatura, Botânica e Geometria. Ou seja: seis diversas concepções “geométricas” da “árvore” da Constituição e uma única, idêntica “cláusula de Ulisses”
L’idea di Costituzione fra Letteratura, Botanica e Geometria. Ovvero: sei diverse concezioni “geometriche” dell’”albero” della Costituzione e un’unica, identica “clausola d’Ulisse”
Antonino Spadaro (Itália)..... 119
- (Re) Interpretando o Direito Constitucional
(Re) Constructing the Constitutional Rights
Ricardo Maurício Freire Soares..... 146
- Interpretação e teoria dos valores: retorno à Constituição
Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione
Gaetano Azzariti (Itália)..... 157

Requisitos formais e requisitos substanciais das constituições Requisiti formali e requisiti sostanziali delle costituzioni	
<i>Fulvio Fenucci (Itália)</i>	169
O Décimo Segundo Camelo de Luhmann e o § 3º do art. 5º da Constituição Brasileira acrescido pela Emenda Constitucional nº 45: Inconstitucionalidade a partir de uma visão extradogmática do Direito tendo como paradigma a alopoiese jurídica The twelfth Luhmann's camel and the § 3º of the 5º article of the Brazilian Constitution amended by the 45th Amendment: inconstitutionality from an extradogmatic vision of the law based on the legal <i>alopoiesis</i> paradigm	
<i>Carlos Alberto Simões de Tomaz</i>	178
Constitucionalismo e interpretação Constitutionalism and interpretation	
<i>José Luiz Quadros de Magalhães</i>	201
Autopoiese e Constituição: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade Autopoiesis and Constitution: the limits of hierarchy and the possibilities of continuity	
<i>Germano Schwartz</i>	211
A Natureza Normativa dos Princípios The normative nature of principles	
<i>Ricardo Marcondes Martins</i>	225
Uma Teoria sobre a Teoria da Constituição A Theory about Constitution Theory	
<i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	259
Constituição e Democracia: entre Liberalismo e Comunitarismo Constitution and democracy: between Liberalism and Comunitarism	
<i>João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira</i>	268
A Teoria da Constituição à Luz da Teoria da Norma - Um Enfoque com destaque para as Normas de Direito Sociais The Constitutional Theory according to the Normative Theory - The Importance of the Analysis to the Social Rights	
<i>Marcus Orione Gonçalves Correia</i>	281
O Município como Ente Federado: uma Nova Perspectiva para a Questão da Participação The Municipality as a Federal Entity: a New Perspective to the Participation Issue	
<i>Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato</i>	304
Integração Regional e Direito Internacional: um estudo sobre as transformações na ordem interna dos estados-membros de uma associação regional de integração econômica Regional Integration and International Rights: a study about the transformation in the order of states members and a regional association of economic integration	
<i>Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza</i>	331

Teoria da Constituição: contornos epistemológicos Constitution Theory: epistemological form <i>José Luiz Borges Horta</i>	346
Teoria do Direito e “Fabricação de Decisões”: a Contribuição de Benjamin N. Cardozo Theory of Law and “Decision Making”: the Contribution of Benjamin N. Cardozo <i>Denis de Castro Halis</i>	358
Política e Direito: da Dupla Natureza da Noção de Soberania Politc and Rights: from the double nature of the sovereignty idea <i>Raquel Kritsch</i>	375
Princípios Constitucionais: a Matriz Hermenêutica como possibilitadora da concretização dos Princípios Constitutional Principle: Main Hermeneutic as enabled of the materialization of the Principle <i>Jaci Rene Costa Garcia e Márcio Alan Rodrigues de Azevedo</i>	400
Direito Judicial e Teoria da Constituição Juridical Rights and Constitution Theory <i>Emerson Garcia</i>	412
La constitucionalización europea y sus desencantos. Elementos para una lectura post-estatalista Europe Constitutionalism and their disenchantment. Elements to a reading <i>Gerardo Pisarello (Espanha)</i>	436
Constituição e Diversidade Cultural: em busca de uma Teoria Intercultural Constitution and Cultural diversity: in search of a new Intercultural Theory <i>Bruno César Machado Torres Galindo</i>	468
Bloque de Constitucionalidad Constitutional Obstruction <i>José Miguel Onaindia (Argentina)</i>	488
Intangibilidade dos Direitos como Imodificabilidade do Texto: o Caminho Italiano ao Documento Constitucional Intangibilità dei Diritti come immodificabilità del Testo: la via italiana alla Scrittura Costituzionale <i>Michele Carducci (Itália)</i>	495
Os intérpretes da Constituição e as funções da Teoria Constitucional Gli interpreti della costituzione e le funzioni della teoria costituzionale <i>Cesare Pinelli (Itália)</i>	509
Possibilidades e Limites da Criatividade Judicial: a relação entre Estado de Direito e argumentação jurídica razoável (e o problema do desconhecimento dos Direitos Humanos) Possibilities and limits of judicial creativity: the relationship between State of Law and reasonable judicial debate (and the unfamiliarity problem of Human Rights) <i>José Ricardo Ferreira Cunha Et Alii</i>	523
Teoria Geral do Direito Constitucional: a Contribuição do Marxismo General Theory of Constitutional Law: the Marxism Contribution <i>Pietro Lora Alarcón</i>	553

Verbetes

Entrys

Civilidade – <i>Verbete</i> Civility – <i>Entry</i> <i>Luiz Sergio Modesto</i>	571
Civility – <i>Entry</i> Civilidade – <i>Verbete</i> <i>Luiz Sergio Modesto</i>	577
Jurisprudência Comentada	
Cases Commentary	
Mitos e ideologias constitucionais. Reflexões sobre a “neutralidade” do Supremo Tribunal Federal Myths and constitutional ideologies. Considerations about the “neutrality” of Supreme Court <i>Soraya Regina Gasparetto Lunardi</i>	585
Conferências e Debates	
Lectures and Debates	
Desafios da Constituição Européia à Teoria Constitucional Challenges of Europe Constitution to Constitutional Theory <i>Paulo Ferreira da Cunha (Portugal)</i>	602
Normas não escritas entre leis e outras ciências. Novo institucionalismo como um paradigma de interpretação de normas não escritas Unwritten rules between law and other sciences. Neo-institutionalism as a paradigm of the interpretation of unwritten rules <i>Gianmario Demuro (Itália)</i>	615
O Estado “Comunitário”: uma reviravolta no Direito Constitucional Lo Stato “Comunitario”: una svolta nel Diritto Costituzionale <i>Andrea Manzella (Itália)</i>	618
A Constituição da Europa x Mercosul. Mercosul - A Integração dos Tratados e a questão da aproximação em terreno educacional The Europe Constitution vs. Mercosul – The treaties integration and the questions approach in the educational field <i>Monica Herman Salem Caggiano</i>	635
Constitucionalismo e Direito Natural: Uma relação inelidível Constitutionalism and Natural Law: An ineligible relationship <i>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</i>	642
Índices das RBDC 1, 2, 3, 4 e 5	654
Index of RBDC 1, 2, 3, 4 and 5	671
Normas para apresentação de textos	674
Submission Rules.....	676
Endereço para entrega de artigos, permutas e doações	677
Address for sending articles, exchange and donations	677
Assinaturas	677
Subscription	

EDITORIAL RBDC

A teoria da Constituição sofreu, por um longo período, uma séria indiferença quanto aos seus postulados, pois a nossa história corroborava a idéia de que suas proposições eram meras conjecturas sonhadoras de um mundo futuro.

Com a reconstitucionalização, desta vez efetiva e não meramente formal, operada no país pelo movimento democrático que consolidou a Constituição de 1988, presenciamos o despertar da realidade constitucional.

Embora parecia-nos, naquele momento, nada mais do que uma renovação simbólica de esperanças, a conseqüente atuação do Supremo Tribunal Federal, como verdadeiro guardião da Constituição, trouxe gradativamente para o dia-a-dia jurídico a imperatividade dos dispositivos constitucionais.

Passados 17 anos de sua promulgação, em que vivenciamos esta revolução copérnica (sonho/realidade), a imposição da sua força normativa se faz presente em decisões judiciais de todos os recantos de nosso país. Agora, não é mais possível pensarmos o Direito sem a Constituição.

Frente a esta festejada realidade, é preciso voltar nossos olhos para rever os postulados doutrinário-constitucionais construídos sob os influxos do sonho do último século, para repensar a base teórica, os fundamentos internos deste novo Direito Constitucional realidade, e imaginar o que nos espera nos próximos tempos das comunidades regionais. A isto dedica-se este número da RBDC.

Boa leitura!

ARTIGOS

O JURISDICIONADO E A APARENTE “CRISE” DO
PRINCÍPIO DA COISA JULGADA
THE CITIZEN AND THE APPARENT *CRISIS* OF THE
RES JUDICATA PRINCIPLE

FLÁVIA PEREIRA HILL*

Recebido para publicação em março de 2005

Resumo: O presente trabalho versa sobre a análise do novo papel do jurisdicionado na atual fase da ciência processual, denominada instrumentalista, e a sua inter-relação com o princípio constitucional da coisa julgada. Verificamos, nas últimas décadas do século passado, a crescente influência do Direito Constitucional sobre o sistema processual, conferindo ao jurisdicionado inúmeras garantias durante o processo, tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, e após o seu encerramento, com o princípio da coisa julgada. Constata-se que essa evolução resgatou os princípios metajurídicos do processo e fez com que o jurisdicionado passasse a ser reconhecido como o protagonista do processo e a sua razão de ser. Nesse passo, partindo da análise de um caso concreto, abordamos a problemática da aparente crise do princípio da coisa julgada na atualidade, especialmente no tocante à ação civil pública. Verificamos que existe uma série de requisitos legais que devem ser necessariamente observados com vistas a afastar a coisa julgada material e que a sua inobservância pode acarretar nefastas conseqüências não só para o jurisdicionado que, como salientado, exerce um papel de destaque no cenário processual contemporâneo, mas igualmente para toda a coletividade, enquanto titular dos direitos difusos dirimidos na ação civil pública, e para a própria higidez do sistema processual, o qual está calcado sobre o princípio constitucional da coisa julgada.

Palavras-chave: Coisa julgada. Termo de Ajustamento de Conduta. Ministério Público. Segurança Jurídica.

Abstract: The present study relates to the analysis of the new attention attributed to the citizen in the modern science of legal procedure, called *instrumentalist doctrine*, and its correlation to the constitutional principle of *res judicata*. It has been verified, in the last decades of last century, the growing influence of Constitutional Law on the procedural system, granting the citizen countless rights during the procedure, such as the due process of law, and the principle of ample defense, as well as after the procedure, namely the *res judicata* principle. This evolution of the procedure science has rescued the *translegal* principles related to legal procedure, and has recognized the role of the citizen as the protagonist of the procedure and its reason of being. In order to study this matter, we examine a particular case, touching on the subject of the apparent “crisis” of the *res judicata* principle, specially regarding class actions. We verify the existence of numerous legal requirements to be observed in order to obviate the *res judicata*, and adduce that its non observance may bring about nefarious consequences not only to the citizen, which, as we have observed, plays a central role in the scenery of contemporary procedure, but also to the whole community, as a holder of collective rights, enforced by class actions, as well as to the integrity of the legal system, which rests on the principle of *res judicata*.

Key Words: *Res judicata*. Term of Conduct Adjustment. District Attorney Office. Legal Stability.

“O mal está em considerar os direitos como objeto da tutela estatal e não o homem”.
(Cândido Rangel Dinamarco)

* Tabela. Pós-graduanda em Direito Processual.

1. Introdução

A crescente influência do Direito Constitucional sobre a ciência processual pontificou a evolução desenvolvida especialmente nas últimas décadas do século XX, colocando o jurisdicionado como centro do cenário processual. A ele foram conferidas inúmeras garantias constitucionais, tais como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, assim como o princípio da coisa julgada.

No presente trabalho, partimos da análise de um caso concreto, no qual, após transitada em julgado a sentença homologatória do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Ministério Público Estadual, autor da ação civil pública, e o particular, ingressam nos autos o Ministério Público Federal, através de embargos de declaração, pretendendo a imediata desconstituição da coisa julgada material. Com isso, logramos analisar toda a problemática atual, em que verificamos a reiteração de medidas tendentes a infirmar, por via transversa, o importante princípio constitucional da coisa julgada material.

Analisamos, outrossim, ao longo do trabalho, as questões processuais e constitucionais que permeiam o caso em exame, tais como a inadequação dos embargos de declaração como via processual hábil a desconstituir a coisa julgada, e a vinculação do Ministério Público Federal à sentença transitada em julgado.

Ao final da análise desses elementos, concluímos que a coisa julgada material desempenha papel fundamental nas ações coletivas *lato sensu*, razão pela qual os coletivados para a propositura da ação civil pública devem observar o regramento legal específico destinado à desconstituição da coisa julgada material. Cultivarmos o desprestígio à coisa julgada material poderá acarretar nefastas conseqüências a todos: (i) ao jurisdicionado, centro do ce-

nário processual-constitucional moderno, ao ver ameaçada a sua esfera jurídica, que pensara estar preservada, (ii) à coletividade, eis que a demanda em análise versa sobre direitos difusos e a relativização da coisa julgada poderá ser utilizada em seu desfavor, e (iii) à própria higidez do sistema processual, por estar calcado nesta garantia constitucional.

2. O Jurisdicionado como Centro do Cenário Processual

A partir do final do século XIX, com a obra de Oskar Von Bülow, o Direito Processual emergiu como ciência jurídica, para, a seguir, durante boa parte do século XX, fechar-se em si mesmo, desenvolvendo seus conceitos e aprimorando suas técnicas, na chamada fase autonomista. Esse verdadeiro culto ao processo durante longas décadas foi saudável para que a ciência processual pudesse ganhar autonomia e amadurecer a ponto de se questionar sobre suas finalidades. Erguidos e solidificados os pilares da ciência processual, percebeu-se que cabia questionar o sentido teleológico do Direito Processual, *i. e.*, a que se destinava toda aquela estrutura intrincada e sofisticada sobre a qual se debruçaram louváveis “arquitetos”, juristas renomados de todo o mundo.

Assim é que, no final do século XX, a comunidade processual passou a se ocupar dos escopos metajurídicos do Direito Processual (escopos sociais e políticos). Nessa nova fase, a que se denominou instrumentalista, o processo deixou de ser considerado um fim em si mesmo, para se tornar um instrumento eficaz na consecução desses escopos metajurídicos. Toda aquela rede de institutos criados e desenvolvidos na fase anterior tinha, na verdade, como objetivo atender o jurisdicionado, o cidadão que confia e submete ao Estado-Juiz a sua pretensão, e, por que não, parte de sua vida.

Formou-se a consciência de que a função jurisdicional deveria se preocupar em satisfazer o destinatário final deste serviço estatal: o *jurisdicionado*, que, desde então, passou a ser o eixo central de todo o sistema. Essa recente evolução prosseguiu com a crescente e frutífera influência do Direito Constitucional sobre o processo, culminando com a formação do chamado Direito Processual Constitucional.

Nesse passo, em vez de impor uma visão maximalista, que acarretaria um distanciamento da posição e dos interesses particulares do jurisdicionado no processo, como poderia parecer à primeira vista, a constitucionalização do processo veio, de fato, consolidar a prevalência do particular face à ciência processual. Isso porque o Direito Constitucional logrou, a um só tempo, garantir a efetiva participação do jurisdicionado em todo o trâmite processual, através dos princípios da isonomia entre as partes, do contraditório e da ampla defesa, e permitiu, ainda, resguardar a sua esfera jurídica privada, através dos princípios da presunção de inocência, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do juiz natural e da coisa julgada.

O Direito Constitucional colocou o jurisdicionado como centro do cenário processual, sua finalidade e razão de ser, revelando a preocupação atual com a salvaguarda de seus direitos não só durante o procedimento, mas também ao final do processo, para que a parte receba exatamente aquilo a que faz jus segundo a decisão judicial proferida.

Atualmente, tem-se em alta conta a preservação da esfera jurídica do jurisdicionado, seja ele autor ou réu, eis que ambos têm, em certa medida, os seus direitos atingidos com a instauração da lide. Não só o autor deve ter os seus direitos preservados ao longo do processo. A preocupação de se conceder, ao final do processo, exatamente aquilo a que o autor faz jus con-

siste em garantia dúplice, que resguarda ambas as partes do processo. Com efeito, o réu deve ter a sua esfera jurídica atingida estritamente na medida necessária para se conferir ao autor o direito reconhecido em juízo, sob pena de se chancelar nefastas ilegalidade e injustiça. Assim, diante da novel concepção do processo, as garantias processuais (contraditório, da ampla defesa etc.) são conferidas a todos os sujeitos da relação processual, independentemente do pólo da demanda em que se situem. Procurando atender essa finalidade que se conferem as garantias processuais (contraditório, da ampla defesa etc) ao jurisdicionado em si, independentemente do pólo da demanda em que se situe. Fala-se, assim, hoje, em *tutela de pessoas*, e não mais em tutela de direitos (Dinamarco, 2001: 200), a demonstrar a sensível mudança de perspectiva da ciência processual.

Diante de tudo isso, a condução do processo por seus principais protagonistas, juízes, defensores, advogados e promotores deve necessariamente se guiar pela premissa traçada após mais de um século de evolução: a proteção do jurisdicionado, seja ele autor ou réu do processo, sendo autorizado concluir, atualmente, que o processo conduzido em alheamento à perspectiva do jurisdicionado poderá redundar em resultado lamentavelmente inconstitucional.

3. O Termo de Ajustamento de Conduta e sua Homologação Judicial: Apresentação da Problemática

Traçadas as premissas necessárias, cumpre aportar na tônica de nosso trabalho. Verifica-se, em nossos dias, louvável busca em se garantir a preservação ambiental em todo o planeta, como se infere a partir do Protocolo de Kyoto, recentemente em vigor e que contou com a adesão de dezenas de países do mundo inteiro, e da

Constituição da União Européia, que dedicou uma Seção específica a essa matéria (Seção 5, artigos III-129 a 131).

No Brasil, criou-se, na segunda metade do século passado, uma gama de instrumentos processuais aptos a resguardar o direito de toda a coletividade ao meio ambiente equilibrado e sustentável, avultando, nesse particular, a importância da ação civil pública (lei nº 7.347/85). A proteção ao meio ambiente é da competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios, revelando a solidariedade de todos os entes federativos na consecução deste importante objetivo (artigo 225, CRFB).

O Ministério Público Estadual, um dos entes legitimados para a propositura da ação civil pública (artigo 5º), possui melhores condições de detectar a lesão ao meio ambiente pelo particular por estar, geralmente, mais próximo da região atingida. Isso porque o Ministério Público Estadual normalmente dispõe de maior representação nos Estados, contando com maior número de Promotorias Regionais, em especial no interior, onde se localiza a maior parte da riqueza natural subsistente. Cumpre destacar que, no Estado do Rio de Janeiro, o Ministério Público Estadual encontra-se disperso por todo o território, estando muito bem aparelhado e contando, inclusive, com um departamento técnico denominado GATE (Grupo de Apoio Técnico) composto por profissionais de diferentes áreas, como engenheiros e topógrafos. Diante disso, depara-se não raro com o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público Estadual em face do particular com vistas à defesa do meio ambiente.

É mister ressaltar que o particular, agressor do meio ambiente, pode ostentar diferentes perfis, desde o pequeno agricultor que, por ignorância, atea fogo para limpar o arado, comprometendo a vege-

tação nativa, até o grande empreendedor que, também muitas vezes sem dolo, ergue uma construção ou desenvolve a sua atividade econômica, ocasionando danos ambientais.

Desse modo, o particular, ao ser citado para contestar a ação civil pública contra si ajuizada, muitas vezes só então toma ciência do dano ambiental que ocasionou. Nesse contexto, estando o particular de boa fé, ou seja, desejando recuperar os danos causados e sepultar a lide pendente, dispõe da opção de celebrar o Termo de Ajustamento de Conduta com o autor da ação, no caso em análise, o Ministério Público Estadual.

O Termo de Ajustamento de Conduta pode ser conceituado como modalidade de conciliação entabulada entre o ente público e o autor da lesão, através da qual o particular faz concessões, comprometendo-se a recuperar os danos ocasionados, de acordo com as condições previstas no termo firmado. O TAC pode ser celebrado por qualquer órgão legitimado para a propositura da ação civil pública, notadamente o Ministério Público (Estadual ou Federal), a União Federal, os Estados, os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou associações que preencham os requisitos legais (artigo 5º *caput* e parágrafo 6º da lei nº 7.347/85).

Essa solução, além de menos dispendiosa — tendo em vista que uma ação coletiva importa o dispêndio de altas somas com advogados, assistente técnico etc. (despesas não abarcadas pelo disposto no artigo 18, da lei nº 7.327/85)—, ainda permite um breve desfecho (ou prevenção) à lide, que, sem isso, decerto transcorreria por longos anos, dada a especificidade da matéria, que exige longa dilação probatória, demais do prazo em dobro conferido aos entes públicos envolvidos.

O Termo de Ajustamento de Conduta pode ser celebrado na fase pré-processual, ostentando eficácia de título executivo extrajudicial (artigo 5º parágrafo 6º, *fine*), ou já no curso do processo coletivo, como ocorreu no caso ora em análise. Nesta última hipótese, tendo o particular aderido às condições apresentadas pelo Ministério Público Estadual (órgão legitimado) como necessárias e suficientes para a recuperação do meio ambiente degradado, e uma vez assinado o TAC por ambas as partes, este é submetido ao MM. Juiz da demanda coletiva em curso.

Compete ao juiz da causa analisar longamente a legalidade das cláusulas constantes do TAC firmado – mormente por se tratar de direito difuso, atinente a toda a coletividade –, e, convencido de sua regularidade, prolatar sentença homologatória do TAC.

A seguir, abre-se o quinqüídio para a interposição de recurso de apelação por qualquer das partes do processo ou terceiro prejudicado (leiam-se demais legitimados para a propositura da ação civil pública). Findo o prazo recursal, opera-se o trânsito em julgado da sentença homologatória, cumprindo ao particular observar fielmente as cláusulas e prazos contidos no TAC firmado, sob a supervisão do Ministério Público Estadual, que realiza vistorias periódicas no local com vistas a fiscalizar o cumprimento do termo celebrado.

Assim é que o particular, tomando como definitiva a realidade contida no TAC firmado, lança mão de recursos financeiros e tempo para concretizar as medidas previstas no termo. No entanto, embora possa parecer improvável, tem-se verificado a intervenção do Ministério Público Federal nos autos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual, após transitada em julgado a sentença homologatória do TAC e quando o particular

já está implementando, ou até mesmo já implementou, o conteúdo do termo celebrado.

Na hipótese em tela, ingressou o Ministério Público Federal nos autos, *após* o trânsito em julgado da sentença homologatória, mediante a interposição de embargos de declaração alegando omissão no *decisum* por subsistirem outras questões ambientais supostamente não abordadas no TAC firmado. Diante disso, pretende o *Parquet* Federal a anulação da sentença homologatória (transitada em julgado!) através da apreciação de simples embargos de declaração.

Passado o “susto” de se deparar com a magnitude da pretensão do Ministério Público Federal de simplesmente anular o processo, depois de terem sido ultrapassadas, na ação civil pública, as diversas fases de (i) conversação entre as partes, (ii) confecção e celebração do TAC, (iii) sua homologação judicial, (iv) decurso do prazo recursal, (v) trânsito em julgado da sentença homologatória, e (vi) efetiva implementação de suas condições pelo particular, cumpre analisar, tecnicamente, sob o pálio do princípio constitucional da coisa julgada (perspectiva coletiva) e da preservação da esfera jurídica do particular de boa fé (perspectiva individual), ambas complementares entre si e norteadoras da atual fase da ciência processual, como concluímos no capítulo precedente.

4. O Princípio Constitucional da Coisa Julgada

Na ação civil pública, dirimem-se direitos difusos de toda a coletividade, não se podendo individualizar seus titulares, como ocorre com o direito ao meio ambiente sustentável. Nesse passo, em caso de prolação de sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito ou de improcedência do pedido por falta de pro-

va, os órgãos legitimados estão autorizados a propor a demanda coletiva novamente, a fim de deduzir a mesma relação jurídica (artigo 16 a lei nº 7.347). Trata-se, nesta última hipótese, da chamada coisa julgada *secundum eventum litis*.

Todavia, a prolação de sentença homologatória do Termo de Ajustamento de Conduta, como no caso em foco neste trabalho, implica na extinção do processo *com julgamento do mérito* (artigo 169, do Código de Processo Civil), operando-se a coisa julgada material, eis que as partes chegaram a uma solução consensual do litígio, submetendo-se o particular às condições propostas pelo Ministério Público Estadual.

No caso em apreço, a ação civil pública foi proposta por órgão legitimado, qual seja, o Ministério Público Estadual, destinando-se o processo à tutela de bem jurídico de competência concorrente entre os entes federativos. Vale dizer que o Ministério Público Estadual representa, nessa hipótese, toda a coletividade, dispondo, por isso, de competência irrestrita para a tutela do meio ambiente, que é conferida igualmente a todos os entes federativos. Nesse passo, o Ministério Público Estadual, autor da ação civil pública, devidamente assessorado por especialistas – no caso do Estado do Rio de Janeiro, pelo GATE e pela FEEMA, órgão do Poder Executivo responsável especificamente pelas questões ambientais - apresentou, através do Termo de Ajustamento de Conduta, as medidas necessárias para a recuperação do meio ambiente degradado pelo particular, réu da ação civil pública.

Importa dizer, portanto, que, transitada em julgado a sentença homologatória do TAC, a relação jurídica material (preservação da área degradada objeto da ação civil pública) está definitivamente dirimida, não sendo autorizado a qualquer dos

co-legitimados (limites subjetivos da coisa julgada) reabrir a discussão acerca da degradação daquela área por atos praticados pelo réu da ação civil pública (limites objetivos da coisa julgada). “Ora, se os co-legitimados (extraordinários, porque o direito postulado não lhes pertence, mas sim a toda coletividade ou, ao menos a um plexo indeterminado de sujeitos) podem expor em juízo apenas uma única relação jurídica material, o trânsito em julgado da sentença torna imutável a declaração sobre essa relação jurídica para as partes materiais e também para os legitimados extraordinários, que, afinal, nada mais são que *longa manus* dos titulares do direito, com autorização legal para agirem em nome destes. (...) A propositura da ação por qualquer um deles (seja pelo titular, ou ainda por um dos substitutos) e seu julgamento acarreta a incidência da coisa julgada não apenas, por óbvio, àquele que efetivamente propôs a ação, mas também para os demais (co-legitimados), porque a relação jurídica material já foi julgada.” (Marinoni, Arenhart, 2003:813) De se destacar que, *in casu*, o Termo de Ajustamento de Conduta, além de ter sido proposto e confeccionado pelo Ministério Público Estadual, foi analisado e homologado pelo Estado-Juiz, o que lhe imprime dupla fiscalização e estatalidade, externando o zelo pela efetiva salvaguarda dos interesses transindividuais objeto da ação. Cuidou o Ministério Público Estadual de verificar a legalidade e a potencialidade do TAC de efetivamente atender aos interesses difusos em debate, tendo sido devidamente chancelado pelo juiz da causa. Daí por que a coisa julgada material de que se reveste a sentença homologatória é soberana, não podendo ser afastada por outro co-legitimado através de meros embargos de declaração.

Mister salientar que o princípio da coisa julgada se destina a imprimir segu-

rança jurídica ao sistema, garantindo ao jurisdicionado que, transcorrido o processo e solucionada a lide através de sentença transitada em julgado, sua esfera jurídica permanecerá intocada quanto ao objeto do litígio. Ou seja, as partes participam ativamente de todo o processo – e possuem garantias constitucionais para tanto – com vistas a influir decisivamente em seu desfecho, por saberem de antemão que, transitada em julgado a sentença, terão de se conformar e se submeter à solução dispensada. São as regras do jogo, que legitimam o Direito Processual e fazem com que o cidadão confie no Estado-Juiz e a ele submeta suas angústias e esperanças.

Se usurparem do jurisdicionado a garantia à segurança jurídica decorrente da coisa julgada, impingindo-lhe a reabertura da mesma discussão, surge o grave e iminente risco de que ele fique desacreditado e deixe de confiar seus litígios ao Estado-Juiz, ou de observar os mandamentos judiciais, gerando nefasta insurreição contra o sistema e fazendo ruir, em última análise, a própria eficácia do monopólio da função jurisdicional. Os cidadãos atingidos em sua esfera jurídica deixarão de submeter suas insatisfações ao Poder Judiciário, gerando grave litigiosidade contida, e os réus deixarão de colaborar com o andamento do processo e com o cumprimento das decisões judiciais.

Quando o litígio chega a termo por solução consensual, avulta, ainda mais, a importância do princípio da coisa julgada. Com efeito, quando as partes instauram processo judicial, esperam a *solução impositiva* do litígio pelo Estado-Juiz, resignando-se com o teor da sentença transitada em julgado. No entanto, quando, no curso do processo, as partes conseguem dirimir suas diferenças e alcançam um ponto satisfatório, que ponha fim ao objeto litigioso, ter-se-á alcançada uma solução consensual,

em que as próprias partes participaram diretamente e expressaram livremente a sua anuência perante aquele resultado. Sendo assim, a solução consensual ostenta elevado grau de legitimidade, eis que produzida pelas próprias partes que desencadearam inicialmente o processo e agora põem fim a seu curso.

O Termo de Ajustamento de Conduta, por seu turno, embora não possa ser qualificado propriamente como acordo, por carecer de concessões recíprocas, já que o Ministério Público Estadual – assim como os demais legitimados – não podem dispor dos direitos difusos envolvidos, consiste em espécie do gênero conciliação, pois ostenta a sua principal característica: o *elemento volitivo*. No TAC, tanto o ente público, *in casu*, o *Parquet* Estadual, quanto o particular externaram expressamente a sua *concordância* com as condições ali dispostas, comprometendo-se a proceder de acordo com suas previsões. O próprio Ministério Público Estadual propôs pautar-se de determinada maneira, dispondo-se a realizar vistorias com a periodicidade prevista no termo celebrado, e podendo exigir do particular exatamente aquelas medidas especificadas no referido instrumento. Consiste em dever do Ministério Público Estadual zelar para que o particular cumpra fielmente o disposto no TAC; contudo, não lhe é autorizado exigir medidas diversas daquelas constantes do TAC. Tendo sido materializado o interesse público nas cláusulas do TAC propostas pelo Ministério Público Estadual, e a ele aderindo, exsurge, nesse ponto, o interesse particular do jurisdicionado ao lado do interesse público, com ele convivendo e devendo ser igualmente respeitado. O TAC representa a exata medida em que a esfera jurídica do particular, réu do processo, poderá ser atingida pela relação jurídica deduzida na ação. Essa perspectiva, outrora esquecida,

hoje apresenta peculiar relevo, como exposto nos capítulos precedentes.

Assim é que, ainda que não haja propriamente disposição de direitos pelo ente público, fato é que o TAC delimita a conduta de seus subscritores *por iniciativa deles próprios*, razão pela qual deve ser caracterizado como espécie de conciliação.

Nesse passo, tendo as partes submetido suas soluções ao juiz da causa, esperam que, com a sua homologação, o processo seja encerrado mediante um acordo que esteja investido das mesmas qualidades inerentes à sentença judicial, dentre elas a coisa julgada material e seus consectários.

Isso posto, deve-se tomar redobrada cautela com iniciativas, como aquela ora em debate, em que o Ministério Público Federal apresenta embargos de declaração com vistas a infirmar a coisa julgada que protege a sentença prolatada, ferindo de morte o procedimento formal e as garantias previstas para a ação rescisória, via processual adequada para afastar o princípio da coisa julgada. Deve ser evitada, a todo custo, a sucessão de “singelas” iniciativas avulsas, em processos isolados, de *ressuscitar*, já na execução, tal ou qual questão dirimida na sentença transitada em julgado, ou de “*adaptar*” determinado ponto do *decisum*, pois, ainda que tais pretensões possam parecer inofensivas, se isoladamente consideradas, decerto são elas as responsáveis pelo que hoje se chama “relativização” da coisa julgada. Essa concepção, que permite a reabertura imediata do litígio com o afastamento da coisa julgada nos próprios autos do processo, deve ser analisada com extrema parcimônia, pois tem como alvo um dos pilares de sustentação do sistema processual-constitucional.

No caso em tela, a tentativa de anular a sentença transitada em julgado, que homologou o TAC firmado entre o Ministério Público Estadual e o particular, réu da ação

civil pública, através de simples embargos de declaração, mostra-se, de plano, insustentável, pois colide com o princípio constitucional da coisa julgada, que deve ser prestigiado nas demandas coletivas - tanto ou mais do que nas ações individuais -, tendo em vista a amplitude e a capitalidade dos direitos envolvidos.

Não se pode olvidar que a “relativização” da coisa julgada, por se tratar de construção doutrinária e jurisprudencial, sem regramento legal, e, por conseguinte, sem balizas, pode ser utilizada em ambas as direções. Vale dizer, tanto pode ser invocada pelo autor da ação civil pública ou outros co-legitimados para buscar alterar as medidas impingidas ao particular, como pode, em tese, ser suscitada pelo próprio particular para a mesma finalidade.

O ritmo alucinado que pauta as relações humanas na atualidade pode, à primeira vista, seduzir os operadores do Direito e tentar convencê-los de que determinados dogmas de nosso ordenamento jurídico, da forma como foram concebidos, não mais atenderiam os ideais de celeridade, estando obsoletos. Sob essa perspectiva, o princípio da coisa julgada, por seu turno, deveria ser afastado de forma mais célere e menos formalista, como ocorreria através da ação rescisória ou anulatória. No entanto, esse raciocínio deve ser veementemente refutado, pois, em vez de consistir em solução prática para as partes se libertarem da coisa julgada, acabaria, isso sim, acorrentando-as eternamente à insegurança de verem o litígio novamente reaberto e as suas respectivas esferas jurídicas, outra vez, atingidas.

Daí por que os embargos de declaração interpostos pelo Ministério Público Federal, demais de manifestamente incabíveis, como será a seguir desenvolvido, se afiguram inconstitucionais, por buscarem infirmar um sustentáculo do sistema processual-constitucional: a coisa julgada.

5. Descabimento dos Embargos de Declaração no Caso Concreto

No caso em análise, interpôs o Ministério Público Federal embargos de declaração contra sentença transitada em julgado, almejando a sua anulação. Sustenta o *Parquet* Federal a omissão no *decisum* embargado, trazendo novos argumentos que, em seu entender, infirmariam o teor do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Ministério Público Estadual e o particular, atestando a sua imprestabilidade como instrumento hábil a resguardar o direito ao meio ambiente sustentável.

5.1. Intempestividade: Necessidade de Observância dos Prazos Recursais pelos Co-Legitimados

Independentemente do exame do cabimento dos embargos de declaração na hipótese em exame – o que será analisado no item subsequente –, cumpre aduzir que o Ministério Público Federal, assim como os demais co-legitimados para a propositura da ação civil pública, enquanto terceiros prejudicados, se submetem aos prazos legais previstos para a interposição dos recursos cabíveis. Assim sendo, caso quaisquer dos co-legitimados pretendam se insurgir contra a sentença homologatória do TAC seja através de embargos de declaração ou recurso de apelação, devem necessariamente observar os prazos previstos em lei (artigos 499 combinado com artigo 506, do Código de Processo Civil).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça chancela o entendimento ora esposado, conforme se extrai da ementa do seguinte julgado: “RECURSO. TERCEIRO PREJUDICADO. PRAZO. TERMO INICIAL. O *dies a quo* do prazo é igual ao das partes, não se podendo admitir que o prazo somente começaria a fluir quando o terceiro tivesse ciência da decisão, cir-

cunstância que protrairia indefinidamente o trânsito em julgado. Recurso especial conhecido, mas improvido.” (Resp nº 82191 – 4ª Turma - Rel. Min. Barros Monteiro – DJU 09/06/1997)

Diante disso, não seria autorizado ao Ministério Público Federal interpor embargos de declaração fora do prazo recursal previsto em lei, menos ainda após o trânsito em julgado da sentença embargada, eis que inexistente qualquer privilégio ou dilação de prazo conferida aos terceiros prejudicados, sob pena de acarretar o comprometimento da isonomia no âmbito processual.

5.2. Inadequação da Via Processual Eleita pelo *Parquet* Federal

De igual sorte, submetem-se os co-legitimados ao regramento processual atinente ao cabimento dos recursos, especialmente o princípio da unirrecorribilidade, segundo o qual existe apenas um único recurso cabível a ser manejado contra cada decisão judicial.

Com efeito, “a discordância dos demais co-legitimados deve ser feita através da utilização dos mecanismos de revisão da decisão judicial, ou seja: recursos cabíveis ou ações autônomas de impugnação, dependendo do caso concreto. A decisão homologando o ajuste formulado em juízo é uma decisão de mérito, e, portanto poderá ser acobertada pela intangibilidade panprocessual da coisa julgada material”.(Rodrigues, 2002:237)

Nesse passo, na hipótese concreta sob exame, encontrando-se a sentença desafiada coberta pelo manto da coisa julgada, não será cabível a interposição de qualquer recurso, diante da irrecorribilidade inerente ao princípio da coisa julgada. Mostram-se, portanto, manifestamente incabíveis os embargos de declaração interpostos pelo Ministério Público Federal, com a finalidade de invocar omissão do julgado.

Imperioso ressaltar, outrossim, que os embargos de declaração não se destinam a suscitar novas questões, não deduzidas pelas partes no processo, sob a alegação de omissão. Os limites objetivos foram delimitados, *in casu*, na petição inicial elaborada pelo Ministério Público Estadual (princípio da estabilidade da demanda). Assim sendo, tendo a sentença embargada analisado todas as questões efetivamente deduzidas, inexistente qualquer omissão no julgado passível de correção. Não é permitido, portanto, inovar no processo através da interposição de embargos de declaração.

Destaque-se, ainda, que em nosso ordenamento jurídico, o princípio da coisa julgada material alcança não só as questões efetivamente deduzidas em juízo como também aquelas dedutíveis, o que reafirma a inadequação dos embargos de declaração contra a sentença homologatória do TAC transitada em julgado.

Restaria ao Ministério Público Federal ajuizar ação autônoma de impugnação (ação rescisória ou anulatória), no prazo previsto em lei e observadas as garantias constitucionais e legais conferidas ao particular, réu da ação civil pública.

6. O “Embate” entre Ministérios Públicos e o Princípio da Unicidade da Instituição

Na hipótese ora analisada, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público Estadual, que igualmente celebrou o Termo de Ajustamento de Conduta homologado em juízo. Tempos depois do trânsito em julgado da sentença homologatória, ingressou o Ministério Público Federal nos autos através de embargos de declaração, a fim de suscitar novas questões relativas à mesma área degradada, para que, uma vez anulada a sentença, seja alterado o conteúdo do TAC.

Cumpra salientar, primeiramente, que, tendo transitado em julgado a sentença de extinção do processo com julgamento de mérito, como ocorreu na espécie, não é autorizado a nenhum dos co-legitimados rediscutir a relação jurídica objeto da ação civil pública encerrada. Todos os co-legitimados ficam vinculados à sentença transitada em julgado, nada mais podendo vindicar a respeito da mesma relação jurídica. Esse fundamento seria o bastante para elidir a pretensão do Ministério Público Federal de via embargos de declaração, anular a sentença homologatória, pois a ela está adstrito.

No entanto, outro fundamento reafirma o descabimento da medida adotada pelo *Parquet* Federal. Com efeito, o Ministério Público é uno e indivisível, a teor do artigo 127, §1º, da Constituição Federal e do artigo 1º, da Lei nº 8.625/93, sendo distribuídas apenas as suas atribuições entre os seus órgãos. Assim sendo, tendo o Ministério Público Estadual ajuizado a ação civil pública e firmado o TAC, que foi homologado pela Justiça Estadual, perante a qual possui atribuição, a instituição Ministério Público já se encontra devidamente representada no TAC, não mais cabendo ao MP Federal questionar o TAC ou a sentença homologatória.

Tanto assim, que é *facultado* o litisconsórcio entre os Ministérios Público Federal e Estadual, na forma do artigo 5º, § 5º, da Lei nº 7.347/85, ou seja, não é indispensável a presença de ambos para que o TAC seja válido e eficaz, vinculando toda a instituição. Vale ressaltar que “partindo da concepção tradicional sobre o elemento de identificação das demandas (...), torna-se difícil identificar, na atuação conjunta de Ministérios Públicos, propriamente um ‘litisconsórcio’, pois atuando uma ou outra instituição, o ‘Ministério Público’ estará presente”.(Leonel, 2000:247)

Imperioso ponderar, outrossim, que a ação civil pública em comento versa sobre direito ambiental, de competência concorrente entre os entes federativos, o que corrobora a regularidade do TAC firmado.

Nesse passo, o embate que se verifica entre os Ministérios Públicos Estadual e Federal, que discutem e divergem entre si, como se fossem instituições absolutamente distintas defendendo interesses dissonantes, na medida em que o *Parquet* Federal pretende anular sentença homologatória do TAC firmado pelo *Parquet* Estadual, na defesa do meio ambiente, enseja desnecessária instabilidade ao processo e prejudica a própria coletividade.

Sendo o Ministério Público uma instituição una e indivisível, seus diferentes órgãos têm como finalidade comum a proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Toda a instituição se organiza, em diversos órgãos, com vistas a procurar implementar, com maior eficiência, a elevada missão que lhe foi conferida. A divergência de pretensões, no mesmo processo, entre Ministério Público Estadual e Federal, assim como entre Ministérios Públicos de diferentes Estados da Federação, com o particular em meio a tudo isso, somente ocasiona desnecessárias delongas no processo e lamentável insegurança aos cidadãos, cujos interesses devem ser defendidos pela instituição.

Se todos os órgãos do Ministério Público se destinam à consecução das mesmas finalidades, não há que se admitir divergência de interesses entre si. De se concluir que se faz necessária maior coordenação entre os diferentes órgãos, e, mais do que isso, um maior diálogo entre si. De fato, a lei traz soluções para proteger os cidadãos quando se verifica esse embate, chancelando, como regra, os atos já prati-

cados pelo Ministério Público com atribuição, consoante exposto.

o entanto, em homenagem aos princípios institucionais do Ministério Público, tais como a independência funcional, mostra-se recomendável que os órgãos dessa honrosa instituição estabeleçam um canal perene de comunicação, para que possam, autonomamente, estabelecer critérios de atuação e, através do debate amistoso, possam amadurecer idéias para, com isso, até mesmo construir conceitos comuns sobre diferentes temas que lhe são atribuídos. Uma maior harmonia interna do Ministério Público, em suas diferentes escalas, virá engrandecer a instituição, colaborar para a efetividade de sua atuação – evitando reiteradas divergências que apenas impedem a implementação de suas políticas - e reforçar ainda mais o seu prestígio e respeitabilidade perante os cidadãos.

Merece relevo a previsão contida na Reforma do Judiciário de criação do Conselho Nacional do Ministério Público, que mescla, em sua composição, quatro membros do Ministério Público da União e três membros dos Ministérios Públicos dos Estados, além de dois juízes, dois advogados e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada (artigo 130-A). Esse Conselho tem como principal objetivo o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais. Isso revela que todos os órgãos do Ministério Público submeter-se-ão a uma única entidade, permitindo, com isso, a homogeneização de tratamento e a convergência de decisões num único centro de poder, o que corrobora a unicidade da instituição do Ministério Público e reafirma a tendência a uma maior harmonia entre seus órgãos, em prol da própria instituição e da consecução das finalidades que lhe foram constitucionalmente conferidas.

7. Conclusão

No presente trabalho, analisamos, a partir de um caso concreto, a inter-relação entre o princípio da coisa julgada, hoje em ampla discussão, e a posição do jurisdicionado no processo, que se tornou, na atual fase processual, o centro de gravidade do sistema processual.

Concluimos que a crescente influência do Direito Constitucional no sistema processual implicou na outorga de garantias ao jurisdicionado ao longo de todo o processo e, ainda, após o seu encerramento. A legitimação do processo passou a depender da participação efetiva do jurisdicionado, através do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. De igual sorte, findo o processo de conhecimento com julgamento de mérito, emerge para o jurisdicionado a garantia de que sua esfera jurídica será alterada nos exatos limites previstos na sentença transitada em julgado. O autor receberá exatamente tudo aquilo a que faz jus, e o sistema processual lhe confere mecanismos de efetiva consecução do bem da vida, e o réu estará seguro de que lhe será retirado tão-somente aquilo que a sentença previu.

Nesse passo, constata-se a importância do princípio da coisa julgada para o jurisdicionado, pois lhe confere segurança jurídica, sepultando as incertezas e angústias da litispendência. Assim sendo, o prestígio à coisa julgada vem ao encontro da moderna estrutura da ciência processual que, após décadas do ostracismo da fase autonomista, viu nascer os albos da fase instrumentalista, e se descobriu como função estatal a serviço de seu destinatário final e razão de ser: o jurisdicionado. Perder de vista a segurança jurídica oriunda da coisa julgada e relegar o jurisdicionado fragilizado e desprotegido por anos a fio, seria negar os valiosos anos de evolução alcançados na atual fase instrumentalista,

com as lições trazidas pelo Direito Constitucional.

O mesmo raciocínio se aplica, *mutatis mutandis*, ao Direito Processual Coletivo. Transitada em julgado a sentença homologatória do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre as partes da ação civil pública, emerge para o particular a garantia de que a relação jurídica deduzida não será reaberta, e, ainda, de que sua esfera jurídica somente será atingida na exata medida do disposto no TAC homologado.

Por conseguinte, é preciso adotar extrema cautela quanto à relativização da coisa julgada, ainda quando essa pretensão é formulada por outro co-legitimado para a propositura da ação civil pública. Impende salientar que a defesa do direito ao meio ambiente sustentável é de competência concorrente dos entes federativos. Diante disso, tendo ação civil pública sido ajuizada por um dos entes legitimados, que celebrou Termo de Ajustamento de Conduta, homologado em juízo após a verificação de sua legalidade, a coisa julgada material se estende a todos os demais co-legitimados, que não mais poderão rediscutir aquela relação jurídica material.

Desse modo, a garantia da coisa julgada na ação coletiva *lato sensu* possui duplo fundamento. Ampara o jurisdicionado, em atenção à moderna noção que norteia o Direito Processual, e protege também a coletividade, titular do direito ao meio ambiente sustentável, tendo em vista que a proliferação de medidas tendentes a infirmar a coisa julgada pode não só desestimular o alcance da solução consensual da demanda coletiva – solução essa mais rápida e efetiva, pois conta com a anuência e, portanto, com maior disponibilidade do réu de colaborar com a implementação das medidas de recuperação -, como ainda ser veiculada em detrimento dos próprios interesses difusos envolvidos. Se, até a

homologação do TAC por sentença, foi observada uma sucessão de atos processuais, decerto o afastamento da coisa julgada através de mera petição consiste em prática muito menos formal e, portanto, mais propensa a erros e injustiças.

Por tudo isso, conclui-se que o princípio da coisa julgada nas demandas coletivas deve ser, mais do que nunca, prestigiado, em homenagem ao jurisdicionado individualmente considerado e à coletividade, titular do direito difuso em debate.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André (Organizador). *A Constitucionalização do Direito*, 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2003.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*, 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6. ed. Coimbra: Almedina. 2002.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Recurso de terceiro. Juízo de admissibilidade*, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. ed.* São Paulo: Malheiros. 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 9. ed. São Paulo: Malheiros. 2001.
- JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*, 1. ed. Rio de Janeiro: Roma Victor. 2004.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Relativizar a coisa julgada material?* 1. ed. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual. 2005.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1976.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 5, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça. ed.* Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *As garantias do cidadão no Processo Civil. Relações entre Constituição e Processo*, 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense. 2002.
- TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.
- ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

LAS LAGUNAS DE LA IDEOLOGÍA LIBERAL: EL CASO DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

OMISSIONS OF LIBERAL IDEOLOGY: THE CASE OF EUROPE CONSTITUTION

JOAQUÍN HERRERA FLORES*

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: No presente artigo a discussão versa sobre as condições de legitimidade requeridas pelo projeto que criou una Constituição comum para a Europa e os objetivos hierarquicamente apresentados à luz da história dos processos de integração nacional, para em seguida, refletir sobre o *status* e o contexto teórico das questões levantadas acerca da necessidade dessa referida constituição. Os resultados da reflexão, tematizada sob três aspectos, globalização, cultura e direito, cumprem a tarefa de revelar como as funções ideológicas da razão liberal dominante são apresentadas como fenômenos naturais.

Palavras-chave: Ideologia Liberal, Constituição Européia, Globalização, Cultura e Direitos Humanos.

Abstract: This study turns about the condition of legality requested by the project that's created the ordinary Constitution for the Europe and the hierarchical purposes presented in the light of history to the national integration process, for after that, to reflect about the condition and the theoretical context of the offered questions about the necessity of Constitution. In light of this thoughts under three regards: globalization, culture and right that shows as the ideological functions of liberal governing reason are presented as a natural phenomenon.

Key words: Liberal ideology, Europe Constitution, Globalization, Culture and Human Rights.

“Focus is routinely given to ‘facts’ and ‘truths’ and to their opposition to ‘fictions’ and ‘falsehoods’, rather to the human activities and performances of constructing knowledge and believing or disbelieving it. After such an education, many adults go through life with a jumbled mosaic of bits of knowledge rather than with a coherent picture of how it all fits together”.

(Robert de Beaugrande)

1. Función *Lagunar* de La Ideología Liberal

Claude Mettra, en su trabajo sobre la imaginación mítica en Europa, nos recuerda que en la cultura indoeuropea uno de los símbolos fundamentales es la “gruta”: esa enorme hendidura psicológica donde Afrodita iniciaba a los humanos en el misterio del amor, y donde Buda se retiraba a meditar acerca de las cuatro nobles verda-

des. Todo lo que podemos saber del mundo, decía Platón, es lo que se refleja en las paredes de nuestra morada. En cada lugar y en cada tiempo cada tribu, cada grupo social significativo, inventa lo que es necesario para dar coherencia a esos reflejos. Así, “cada elemento de la creación es un sonido o una palabra, y con el conjunto de los elementos es preciso construir un lenguaje que sea audible para todos, puesto que si las palabras se van, siguiendo cada

* Director del Programa de Doctorado en *Derechos Humanos y Desarrollo* en la Universidad Pablo de Olavide y Presidente de la Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos (www.fiadh.org).

una sus senderos oblicuos, la creación no tiene sentido y se desliza hacia la irrisión y el suicidio ¹.

La enorme, y, por otro lado, ya inabarcable bibliografía sobre la constitución europea ² o, cuando menos, la problemática que rodea tal cuestión, la ingente cantidad de documentos oficiales y de informes que se acumulan en las oficinas de análisis y en las cátedras universitarias acerca de la cuestión jurídica europea, pueden dar la impresión de que se está creando ese *lenguaje audible* para todos. Sin embargo, con sólo echar un vistazo a la heterogeneidad metodológica e ideológica de dichos materiales y al secretismo con que se están llevando determinadas materias fundamentales (como es el caso del tristemente famoso Título VI del Tratado de Maastricht), la sensación es que las palabras se están yendo por senderos oblicuos y en la gruta la luz va disminuyendo a medida que el sentido de lo escrito y lo comentado va perdiendo la capacidad de entronque con los sujetos a los que, en teoría, debería ir dirigido.

Tal y como afirma el barón Philippe de Schoutete, en su obra *Una Europa para todos. Diez ensayos sobre la construcción europea* ³, obra publicada en 1998 e inmediatamente traducida a todos los idiomas de la comunidad, “a pesar del número de publicaciones, la pila de documentos y la avalancha de informaciones sobre los asuntos europeos, se suele decir que el público carece de puntos de referencia, de distancia y, por tanto, de perspectiva, de categorías de análisis y de conceptos sencillos que le permitan juzgarlos”. Si le damos alguna importancia a esta constatación y la unimos a la afirmación de Alain Duhamel ⁴ según la cual en política no son los hechos en bruto lo que cuenta, sino la percepción que se tiene de ellos, y la del profesor Krugman de la Universidad de

Stanford para el que las hipótesis dudosas o fragmentarias que interesan al poder acaban por constituir verdades consolidadas y tópicos convencionales que se confunden, a medida que se repiten una y otra vez, con la propia realidad, podemos hacernos una composición de lugar acerca de la cuestión que subyace en este libro: cómo la racionalidad liberal dominante supone, por un lado, desconocimiento y desorientación general en los de abajo: y, por otro, un esfuerzo político e ideológico por construir percepciones ideológicas adecuadas a los intereses del poder en los de arriba ⁵.

Hablamos en el título de este ensayo de “lagunas” de la ideología liberal. Y lo hacemos *no* en el sentido de “faltas” o “deficiencias” que pueden ser rellenadas con nuevos contenidos. No podemos hablar de ideología *falsa* e ideología *verdadera*. Como toda ideología, la liberal –autopresentada como “lo racional”, abandonando todo lo que no entra bajo sus presupuestos a la categoría de barbarie– se caracteriza más por sus lagunas, es decir, por lo que oculta, lo que niega sin negarlo explícitamente, que por lo que dice o expresa. Toda ideología es “lagunar”, incompleta, excluyente de contenidos que, una vez sacados a luz por una “teoría crítica”, son los que la definen y marcan sus objetivos más concretos. La ideología, como sistema de representaciones y de normas que nos guían a la hora de conocer y de obrar en nuestro mundo, supone, pues, una lógica de identificación, de unificación entre pensamiento, lenguaje y realidad que tiende a elevar un particular (lo que se oculta) a la categoría de universal (lo expresado). Por ello, toda ideología es “lagunar”, oculta su particularidad bajo el manto de un universalismo homogeneizante. Es un discurso “sin lugar”, pretendidamente “apátrida”, al margen de los espacios sociales y políticos. Es un discurso “sin historia”, cabría

decir, “sin tiempo”, al margen de las transformaciones. Es un discurso, en fin, que invisibiliza los orígenes que lo constituyeron como discurso y que expulsa de sí mismo todo aspecto de subjetividad, dado que la conciencia de los orígenes (la historia) y de los sujetos (la acción en el ámbito de lo político) que lo constituyen, siempre supone un *saber*: el saber de lo instituyente, frente al mero *conocimiento* de lo instituido. Es un discurso, pues, que afirma la “existencia en sí y para sí de una racionalidad inmanente a lo social y que se manifiesta siempre de la misma manera, bajo formas variadas, desde la esfera de la producción material hasta la esfera de la producción cultural”⁶. Se piensa la realidad como producto de una racionalidad inmanente sin sujetos que la tematizan, cerrada sobre sí misma, autoalimentada por su propia lógica, “científicamente observable”. Con lo que se cumplen las funciones básicas de toda ideología, agravadas por la propia tradición liberal al autonombrarse como el paradigma del “género humano”: escamotear el conflicto, disimular la dominación y ocultar la presencia de lo particular, en tanto que particular, dándole la apariencia de universalidad⁷. Nuestro objetivo no reside, como ya hemos dicho, en contraponer una ideología pretendidamente “verdadera” a otra considerada “falsa”. Más bien, nuestra intención reside en mostrar, en ilustrar las lagunas que la ideología liberal encierra con el objetivo de mostrar la “inversión” que la misma realiza entre medio y fines y entre objetividad y subjetividad.

Jacques Delors daba voz a estas inquietudes de un modo magistral y provocador. “¿Por qué la parte política del Tratado de Maastricht -se pregunta Delors- se ha atascado y se ha revelado inoperante? ¿Por qué el Tratado de Amsterdam oculta en realidad un fiasco, la incapacidad de concebir y definir el marco de una Unión

Europea cuyo deber histórico es ampliarse a nuestros hermanos de Europa oriental y central, demasiado tiempo separados de nosotros por un funesto decreto de la historia?. Porque -responde Delors- ya no distinguimos entre los fines y los medios. El gran mercado sin fronteras y la moneda única no son de hecho más que medios. Lo esencial es el *por qué combatimos*, o, si prefieren, los objetivos del *querer vivir juntos*. Si esta cuestión se hubiera planteado francamente al principio de la última conferencia intergubernamental, las máscaras habrían acabado por caer. Se habría producido la crisis. Hubiera sido mejor que ese compromiso mediocre y parcial”⁸.

Plantearse la pregunta por una Europa sometida a los dictados de una Constitución común, supone - si es que no se quiere construir la casa por el tejado- reflexionar previamente sobre dos cuestiones de vital importancia para construir ese “lenguaje audible para todos”: en primer lugar, sobre las condiciones de legitimidad que dicho proyecto requiere y los objetivos, jerárquicamente planteados, a perseguir, todo ello a la luz de la historia de los procesos de integración regional. Y, en segundo lugar, reflexionar acerca del “status” y del contexto teórico de las mismas preguntas que planteamos sobre la necesidad o no de una constitución para Europa. A continuación, aplicaremos los resultados a que nos conduzca esta indagación teniendo en cuenta tres aspectos: globalización, cultura y derecho, como ejemplos desde los que entrever cómo se cumplen esas funciones ideológicas que la razón liberal dominante nos viene presentando como fenómenos naturales.

2. Cuestiones Metodológicas

2.1. La ideología liberal como producto histórico: Karl Polanyi y Boaventura de Sousa Santos

Cuando hablamos de Europa a qué nos estamos refiriendo. ¿Hablamos de una Europa *Potencia* en el marco de la política mundial, de una Europa *Competitiva* en el mercado global, o de una Europa *Solidaria* en el seno de políticas sociales favorecedoras de la inclusión y del bienestar?. Como vamos a ver estas cuestiones sólo encuentran vías de respuesta cuando partimos, por un lado, de una ilustración de las lagunas en las que se *sustenta* la racionalidad liberal dominante, y, por otro, de una crítica de ese *jumbled mosaic of bits* que compone la visión del mundo que nos ha legado la tradición político-jurídica liberal. Para comenzar esta tarea debemos iniciar nuestra reflexión desde análisis histórico no contento con enumerar hitos, fechas o sucesión de imperios, sino dirigido a mostrarnos las razones a partir de las cuales estamos en este contexto de problemas y no en otro. No vale enfangarse en si los orígenes están en el cristianismo, en Roma, en la Reforma o en el capitalismo dinámico y emprendedor de los hermanos De Witt en la Holanda tematizada por Spinoza. El proceso de construcción europeo sólo puede entenderse en el marco de la situación de post-guerra –con todas las consecuencias políticas y económicas que supuso el Plan Marshall- y de la reconstrucción post-colonial de las bases del liberalismo económico tradicional.

En el volumen tercero de su obra *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura*, Manuel Castells cae en ese método “lagunar” que criticamos al afirmar que dicho proceso encuentra sus razones últimas en una sucesión de proyectos políticos defensivos “en torno a algunos intereses comunes de los estados-nación participantes”⁹. Determinar cuáles sean y han sido esos intereses comunes es fundamental para determinar tanto el nivel de legitimidad como las líneas fundamentales

de la actual situación europea. Castells opina que esos proyectos políticos defensivos han ido conformándose a medida que los dirigentes europeos han tenido que enfrentarse a diferentes amenazas geo-políticas (1948 y el temor a la guerra; 1987 y el temor a la pérdida de hegemonía en el comercio mundial; y 1989 y el temor al descuelgue de Alemania tras su proceso de unificación). Esto es así en cuanto que Castells piensa que la construcción europea ha consistido en una serie de *objetivos políticos de unidad* para cuya consecución se han buscado los *medios económicos adecuados* a cada situación: Plan Marshall, Acta Unica Europea, y hoy en día Mercado Único.

Partir de estas hipótesis supone para nosotros una *inversión* de la realidad y una forma de hacer de la necesidad virtud. A la vista de los desarrollos históricos e institucionales de estos últimos cincuenta años, y teniendo presente que el grueso de las directrices normativas surgidas de la comunidad no ha tenido otro objetivo que el mercado único, ¿no *cabría sospechar que los objetivos han sido puramente económicos y los fines para llevarlos a cabo han sido los político-institucionales?* Viendo las cosas de esta manera ¿no nos explicaríamos mejor la mediocridad de los resultados de las conferencias intergubernamentales en materia de políticas sociales, de resolución del déficit democrático y de parón a la integración de los países europeos centrales y orientales?. Más que una Unión Europea surgida como producto de “políticas defensivas”, nos encontramos ante un proceso de apertura de mercados con un claro déficit democrático. No puede decirse, siquiera, que se esté construyendo un “espacio económico” con visos de integración. Asistimos, más bien a la creación de un espacio comercial abierto basado desde Maastricht en una política monetaria

común que garantice simultánea y exclusivamente el mercado único, la liberalización de los movimientos de capitales y la estabilidad de los cambios¹⁰. La ideología cumple aquí satisfactoriamente su finalidad de conocimiento “lagunar”: la gestión de la moneda es neutral y no necesita en absoluto la existencia previa de un proyecto social, que pretenda ser construido a posteriori –Constitución europea–, una vez que toda alternativa política queda sometida a la ley unilateral del mercado. Sin una visión histórica que reflexione sobre las consecuencias y los precedentes del Plan Marshall aplicado por el nuevo gendarme mundial en la Europa de la post-guerra, difícilmente podremos entender las dificultades con las que chocan los juristas europeos a la hora de justificar la necesidad de una norma fundamental aplicable a todo el continente.

En aras de esa visión histórica que propongo, conviene situar el análisis en los parámetros formulados en dos libros cuyas fechas de publicación se separan en casi cincuenta años: uno el libro de 1944 de Karl Polanyi *La Gran Transformación*,¹¹ y otro en el reciente libro de Boaventura de Souza Santos *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la post-modernidad*¹² Polanyi nos muestra, primero, la ubicuidad y ductilidad ideológica del liberalismo económico y su capacidad para mistificar la comprensión de lo político y, al mismo tiempo, iluminar como los problemas que hoy nos parecen novedosos, tienen sus orígenes mucho más allá en el tiempo de lo que podemos pensar en un principio. El profesor Santos nos pondrá en evidencia cómo los procesos de integración regional, sobre todo el europeo, han marchado paralelamente a la crisis de los axiomas básicos de la modernidad, procurando otorgar un manto más amplio de legitimidad a la nueva fase del capitalismo mundial. Tanto

un texto como el otro nos ayudan a situar histórica e ideológicamente nuestro problema.

En primer lugar, y a un nivel metodológico, para Polanyi, el liberalismo económico, a través de su *dogma de mercado autorregulador* y expansivo en los ámbitos del trabajo, de la tierra y del dinero, no era, ni en sus orígenes ni en su desarrollo, un método que permitiera realizar una cosa, sino que, con el tiempo y el esfuerzo de la doctrina liberal *se iba convirtiendo en la misma cosa a realizar*¹³. Por lo que el medio se convierte en fin y el proceso de *laissez-faire* en un proceso natural e irreversible al que la política sólo debe acompañar, nunca adelantarse. Este es el caso, afirma Polanyi, de la formación del Estado liberal. Para el autor polaco, el objetivo de dicho Estado residió desde sus inicios en la separación entre las esferas de la economía y de la política. Tanto la creación de un mercado de trabajo concurrencial, sometido a los dictados de la mano invisible, es decir, apartado de todo intervencionismo estatal¹⁴, como la imposición de una Constitución que frenaba todo intento de reforma política radical¹⁵, y establecía el dogma de la separación de poderes como un mecanismo efectivo para evitar que el pueblo –ya situado dentro de las instituciones– tuviese el mínimo poder sobre la vida económica; tanto un mecanismo como el otro, tendían a formalizar esa separación de esferas que tanta influencia ha tenido en la perversión de la idea de democracia. En segundo lugar, y ya a un nivel histórico-económico, el autor polaco demuestra el tópico machadiano de los polvos y los lodos al mostrarnos cómo el momento actual en que se encuentra Europa no tiene nada de nuevo salvo en su terminología y en algunos aspectos cuantitativos. Es sorprendente leer a Polanyi teniendo en cuenta que los hechos que él cita como

significativos siguen teniendo la misma o mayor relevancia en nuestro presente que cuando él los escribió. Leamos al propio Polanyi: “La devolución de los préstamos extranjeros *-lo que en términos actuales se denomina deuda externa-* y la vuelta a una moneda estable *-euro, Banco Central Europeo-* fueron considerados la piedra angular de la racionalidad política y se estimó que ningún sufrimiento personal y ninguna usurpación de la soberanía constituían un sacrificio demasiado grande para recuperar la integridad monetaria (para Polanyi no hubo desde el principio separación entre las esferas económicas y políticas, sino más bien una subordinación de las segundas a las primeras). Las privaciones de los parados a quienes la deflación *-véase reducción del déficit-* había hecho perder sus empleos, la precariedad de los funcionarios despedidos sin concederles siquiera una miserable pensión *-léanse contratos basura y eliminación del Estado Social-* el abandono de los derechos de la nación e, incluso, la pérdida de libertades constitucionales fueron considerados un precio justo a pagar para responder a las exigencias que suponía el mantener presupuestos saneados y monedas sólidas, esos *a priori* del liberalismo económico”¹⁶. Por tanto, siguiendo a Polanyi, nos encontramos con los parámetros básicos de la ideología liberal: desregulación del trabajo, privación de derechos sociales, monetarismo, soberanía política en función de las necesidades del mercado, etc. Quedémonos con dos de esos *a priori*, tal y como los denomina Polanyi, o *lagunas* ideológicas desde nuestra interpretación: 1º.- el dogma según el cual el mercado surge al emanciparse la esfera económica del control gubernamental. Desde una visión histórica dicho proceso fue más bien el contrario, pues “el mercado fue la consecuencia de una intervención consciente y muchas veces violenta del

Estado, que impuso la organización del mercado en la sociedad *para fines no económicos* ¹⁷. y 2º.- el dogma de la soberanía nacional. Como muestra Polanyi, la economía de mercado del siglo XIX y de principios del XX funcionó en la medida que los países centrales imponían condiciones políticas a los países periféricos. “Para los países occidentales poderosos, (la) soberanía monetaria nacional, sin límites ni restricciones, se combinaba con algo que era exactamente su contrario, *una presión inflexible para extender por todas partes la red de la economía de mercado y de la sociedad de mercado*. Como consecuencia de esto, los pueblos del mundo poseyeron desde finales del siglo XIX *instituciones estandarizadas en un grado hasta entonces desconocido* ¹⁸. Comprender las dificultades para encontrar una base sólida a la hipotética norma fundamental europea ¿no supone abandonar las afirmaciones de que Europa no es más que un conjunto de medidas políticas defensivas, a favor de una concepción histórica que ilustre los orígenes de lo que en la actualidad se denominan procesos de integración regional?.

De la modernidad hemos pasado a la post-modernidad sin cuestionar sino aspectos cuantitativos de la ideología que marcó el siglo XIX y gran parte del XX hasta las grandes guerras. Poco se está reflexionando sobre estas coincidencias y sus consecuencias sobre los paradigmas de la modernidad. Que es precisamente lo que entendemos leyendo la obra del profesor de Coimbra Boaventura de Souza Santos ¹⁹. Éste nos recuerda que ante la problemática nueva surgida a la sombra de la globalización, los procesos de integración regional no han acertado a encontrar caminos de salida a cuatro de los grandes axiomas de la modernidad que han entrado en profunda crisis y que tienen mucho que ver con la temática que subyace a nuestra investigaci-

ón. El primero deriva de la hegemonía que la racionalidad científica ha ido asumiendo y que ha conducido a la transformación de los problemas éticos y políticos en problemas técnicos. Siempre que tal transformación no fuera posible -afirma Santos- una solución intermedia ha sido buscada: la transformación de los problemas éticos y políticos en problemas jurídicos. El contrato social, como base legitimadora de la separación entre la economía y la política, aparece siempre como una fase posterior al establecimiento de las relaciones económicas. La política se convierte en técnica de legitimación de un orden previo, por lo que el problema político pasa a ser considerado un problema jurídico²⁰. El propio debate sobre la constitución europea en un momento donde las dificultades para la integración política son palpables, demuestra estas afirmaciones. El segundo axioma no tematizado es el de la propiedad privada y su correlato de economía de mercado, legitimados independientemente de sus usos y sus consecuencias sociales. La inclusión en las constituciones nacionales de la coletilla “función social de la propiedad” se tambalea ante las exigencias de un orden dominado por corporaciones gigantescas que, por un lado, difuminan la propiedad a un nivel nacional, pero que, por otro, la concentran a un nivel global ajeno a cualquier control de constitucionalidad. Este axioma no tematizado adecuadamente por la teoría jurídico-constitucional, unido al individualismo posesivo predominante y al consumismo reinante, conducen a un desvío de las energías sociales desde la interacción humana a la interacción con objetos, mucho más fácilmente apropiables que las personas humanas²¹ (las famosas cuatro libertades del mercado único: mercancías, capitales, servicios y personas). El tercer axioma es el de la soberanía de los estados y su correspondiente concepci-

ón vertical de la relación democrática con los ciudadanos. Este axioma conduce a la prioridad que se le da a los conceptos de seguridad internacional o de seguridad nacional sobre los de democracia entre estados o democracia interna. Aquí el concepto de “interés vital” de los Estados establecido en el llamado “compromiso de Luxemburgo” y la falta de una reflexión seria y democrática acerca de las intromisiones de, por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio en los ámbitos internos, nos dicen mucho acerca del proceso de integración regional europeo²². Y el cuarto axioma es el de la creencia en el progreso entendido como un desarrollo infinito alimentado por el crecimiento económico y por la ampliación de las posibilidades de la tecnología²³.

Planteadas así las cosas, permítanme romper un tanto el discurso y transcribir un poema del poeta vasco Bernardo Atxaga. En el poema que elijo, Atxaga nos habla del discurrir cotidiano de un erizo: su lenguaje, sus deseos, sus temores. El poema se desata en la última estrofa del modo siguiente: “Y de pronto atraviesa el límite, la línea / que separa la tierra y la hierba de la nueva carretera, / de un solo paso entra en su tiempo y el mío; / Y como su diccionario universal / no ha sido corregido ni aumentado / en estos últimos siete mil años, / no reconoce las luces de nuestro automóvil, / y *ni siquiera se da cuenta de que va a morir*”

Hasta aquí el poema. La lectura es fácil y de completa aplicación a la situación en la que nos encontramos los que intentamos llevar a cabo una filosofía política y jurídica a finales de siglo: tenemos que reciclar nuestro lenguaje y percibir que existe una colisión de tiempos y de códigos simbólicos diferentes a los manejados durante la época del modo fordista de producción industrial y su consecuencia

política y jurídica de Estado del Bienestar²⁴. Conceptos tales como Estado de Derecho, de Democracia Formal, y de Derecho Internacional están siendo barridos por la luminosidad inquietante de los procesos globales de reestructuración capitalista. Caeríamos en lo que podríamos llamar el *efecto erizo*: sentirnos invulnerables bajo nuestros caparzones tradicionales, mientras que la amenaza de aplastamiento cuelga sobre nuestras cabezas sin, y esto es lo peor, que, como en el caso del erizo al cruzar la carretera, nos demos cuenta de que los valores en los que sustentábamos nuestra confianza están siendo brutalmente enviados a la basura de la historia. Después del paréntesis keynesiano, la economía liberal ha vuelto sus ojos a sus fundamentos clásicos y neo-clásicos para imponer al proceso político esos “a priori” ya denunciados por Polanyi hace bastante más de cincuenta años. ¿No nos explica este argumento mucho mejor la situación de estancamiento político en la que nos encontramos que todos los discursos moralizadores con que se nos martillea a diario, y que nos presentan la realidad europea como la conclusión final del proceso de la modernidad?. Todo este esfuerzo histórico ¿no nos facilita un poco más entender las dificultades para encontrar una definición clara, precisa y no excluyente de la ciudadanía europea?

Decía Bentham que las tres cosas indispensables para el éxito de cualquier empresa política eran la inclinación social a solucionar el problema concreto, el saber cómo hacerlo y el poder de resolverlo. Bentham reducía el papel de los individuos, de los ciudadanos a la esfera de las inclinaciones, mientras que defendía que el saber y el poder se dejaran en manos de los órganos administrativos y ejecutivos, mucho mejor preparados para satisfacer esas inclinaciones y deseos populares. Cuando

nos reunimos para hablar de Europa, de su integración política, cultural y jurídica bajo el manto estatista de una Constitución, estamos dando voz a una inclinación social, la de construir una Europa de todos y para todos²⁵. Pero cosa distinta es, para ese ciudadano europeo, participar en los métodos para llevar a cabo su inclinación y, cosa mucho más lejana, tener el poder no sólo para controlar los procesos decisivos, sino, asimismo, para decidir los fines y objetivos a realizar. Consecuencia clara de la admisión sin más de esos “a priori” del liberalismo económico y de los procesos modernizadores arriba citados.

2.2. El Contexto de la Pregunta por la Constitución Europea: ¿Estado Nación u Orden Global?

El segundo punto previo con el que concluiré la primera parte es si se quiere más teórico y, de algún modo, toca la faceta jurídica del problema. Consiste en la reflexión acerca del “status” teórico y contextual de la pregunta acerca de la necesidad de una constitución para Europa. Todo lo expuesto me conduce a afirmar que preguntar a secas acerca de la necesidad o no de una Constitución para Europa o incluso plantearse si es posible o no una mayor integración política que supere los obstáculos intergubernamentales, o si las instituciones europeas están suponiendo o no un desmantelamiento de la soberanía de los Estados Nación, son preguntas cuando menos problemáticas.

No es que estemos ante unas preguntas mal planteadas; si así fuera, el hecho de formularlas en sus términos adecuados bastaría. Lo que quiero indicar no es la dificultad de una respuesta a una pregunta desenfocada, sino que toda cuestión sobre tales interrogantes es problemática en sí misma. Vendría a ser -en palabras de

Raimundo Panikkar- algo así como una especie de “relación de incertidumbre” de Heisenberg aplicada a la deformación que la pregunta introduce en el problema mismo. Quien se plantea tal cuestión no solamente la deforma, sino que hace imposible cualquier contestación que no acepte los presupuestos de la misma pregunta, siendo ésta la principal función “lagunar” de la ideología.

Preguntarse, pues, por la necesidad de una Constitución para Europa, supondría una deformación de la inquietud que lleva a formularla: ¿es posible una democracia más allá del Estado Nación? ¿Cubriría la Comunidad europea los requisitos previos que han sido necesarios para la conformación constitucional de los Estados de derecho nacionales?. ¿Europa es un “pueblo”, o sea, tiene una identidad colectiva suficiente como para recibir más competencias institucionales y sociales sin caer en tecnicismos y burocratismos?. Sólo podríamos responder a la pregunta inicial si tomáramos como dados estos presupuestos. No hacerlo supondría caer en esa deformación, propia de todo jurista, de concebir una salida meramente jurídica a problemas sociales complejos. Veamos si no un conjunto de trabajos realizados alrededor de la cuestión acerca de la necesidad o no de una Constitución para Europa. Me refiero a los ensayos que al respecto han escrito los ilustres juristas y filósofos europeos: Dieter Grimm, Jürgen Habermas y Neil MacCormick, los cuales bordeando el asunto desde diferentes perspectivas y postulando diferentes soluciones, acaban todos manteniendo al Estado-Nación como punto de referencia. Estos y la mayoría de juristas que están analizando la consolidación de los procesos supranacionales, están aplicando modelos teóricos anacrónicos a una situación que es completamente nueva. El nacimiento del Estado Nación

se propone como esquema para analizar y justificar la construcción de un poder supranacional. Esta “domestic analogy” conlleva que todos estos autores no se salgan del “presupuesto” de la pregunta acerca de los procesos de constitucionalización de poderes mundiales y regionales y con ello, como vamos a ver a continuación, a continuas deformaciones en las respuestas dadas ²⁶.

Dieter Grimm sustenta su ensayo de claros matices euroescépticos, en primer lugar, en un conjunto de *dificultades jurídicas*. Estas dificultades se convierten en limitaciones, dadas las diferencias sustanciales entre la naturaleza de una Constitución nacional y la naturaleza de los Tratados internacionales, invocados, en el caso de los juristas europeos, como la base constitucional de Europa. Afirma Grimm: “Mientras que las naciones se otorgan una Constitución, a la Unión Europea se le otorga una Constitución por parte de terceros... En tanto que las constituciones están implicadas en la legitimación del gobierno por quienes están sujetos a él, los tratados se quedarían cortos” ²⁷. Jurídicamente sería muy difícil –tal y como veremos en el caso de MacCormick-, salvar esa diferencia entre las Constituciones nacionales y los Tratados internacionales en lo que respecta a su naturaleza y a sus condiciones de legitimación ²⁸. Los interrogantes “jurídicos” son muchos, bástenos con estos: ¿es posible confundir en un solo plano del discurso la problemática que surge a la hora de la “reforma constitucional” a base de Tratados con la del cambio constitucional, es decir, con la existencia o inexistencia de un poder constituyente legitimado históricamente para una transformación total del ordenamiento jurídico?; dada la “revolución furtiva” a la que estamos asistiendo en la que la soberanía “popular” está siendo transferida de un modo opaco a las insti-

tuciones estatales y supraestatales ¿puede hablarse de un poder constituyente, como base de la formulación constitucional, sin contar con el sujeto de dicho poder, o sea, el pueblo? ¿Están creándose desde los Tratados las bases de un Estado democrático de derecho basado en la creación de una sociedad democrática en la que predominen los principios de redistribución, de intervención económica y de creación de una opinión pública europea?. Y, por último, ¿cómo llevar adelante un proceso de integración jurídica en un contexto de desregulación y privatización de los espacios públicos en el que se viene desarrollando la “política” europeísta?.

En segundo lugar, el jurista alemán se centra en las *dificultades políticas* que supondrían para la democracia extender sus “dominios” a lo interestatal dadas las limitaciones propias con las que los propios ciudadanos “nacionales” tienen que enfrentarse para controlar sus órganos de representación y decisión. Analizando la estructura institucional de la Unión y la preeminencia de su carácter ejecutivo, Grimm afirma que “esto abre una brecha de carácter democrático: el principio de democracia se aplica en los Estados miembros, pero sus poderes decisorios van disminuyendo; los poderes de decisión aumentan para la Comunidad Europea, pero el principio democrático se desarrolla débilmente en ella”²⁹. Esto es especialmente evidente en las deficiencias de un sistema parlamentario nacional sustentado en un déficit de mediación entre el ciudadano y el poder político. Por ello, y dada la creciente autosuficiencia de los partidos políticos, las profundas asimetrías en la representación de intereses y las carencias en los sistemas de comunicación, a un nivel europeo estos problemas se agravan al producirse un mayor alejamiento entre el ciudadano y las instancias de representación y decisión.

El hecho de la tendencia a profundizar la distancia entre la élite y el pueblo llano, y el continuo deslizamiento hacia posiciones oligárquicas que hacen cada vez más oscura la necesaria relación entre los nuevos movimientos sociales y los mecanismos profesionales de representación, inducen a Grimm a afirmar que todo esto hace que “...la Unión Europea se quede muy lejos no sólo del ideal de una democracia modelo, sino de la ya deficiente situación de los Estados miembros”³⁰.

En tercer lugar, Dieter Grimm, apela a un conjunto de *dificultades culturales* intrínsecas. Por un lado, Grimm pone en evidencia la diversidad lingüística europea: “el mayor obstáculo a la europeización de la subestructura política, de la que depende el funcionamiento de un sistema democrático y la actuación de un Parlamento, (es) el idioma”³¹. El hecho de que la mayoría de la población sólo pueda comunicarse en su lengua materna y sólo puedan acceder a la política europea por el medio de la traducción, hace que quede excluida de una comprensión directa de los asuntos que van a regir sus vidas. Y, por otro lado, Grimm viene a referirse al déficit democrático en que se sustenta todo el edificio teórico acerca de la democracia en los Estados de derecho. Para Grimm, son hechos incuestionables, tanto la concepción de la cultura democrática como algo perteneciente al discurso de la élite, cabe decir, al área de formación de opinión organizada, como incapacidad institucional de percibir la íntima relación que existe entre las posibilidades de interacción comunicativa de los ciudadanos y los mecanismos de representación. Todo esto nos llevaría a la indeterminación de cuál sea el público al cual debería dirigirse un discurso europeísta realmente integrador.

Desde este análisis queda claro que los requisitos previos a los que debe so-

meterse todo proceso constituyente están ausentes del debate jurídico acerca de la necesidad de una Constitución para Europa. Estamos ante un proceso de inversión: sería la Unión la que debería construir *a posteriori* lo que tendría que haber sido el punto de partida. Pero lo que no queda claro bajo ningún concepto, si es que nos situamos en el contexto de la pregunta que formula Grimm, es la conclusión de todo este esfuerzo crítico: si Europa agrava el déficit democrático que padecen los Estados Nación, el único camino es dejar que sea en estos donde se sitúe el ámbito de legitimidad política, ya que lo contrario podría conducirnos a un todavía mayor alejamiento de los ciudadanos con respecto a las instituciones y a la política en general. Grimm nos habla de la necesidad de fundamentar el esfuerzo por una constitución europea en un reforzamiento de la identidad cultural y en un contacto sociedad-Estado que profundice en lo que el autor alemán denomina la sustancia democrática, o lo que es lo mismo, la tendencia a estrechar las relaciones entre el pueblo y las instituciones estatales. Ambas instancias son deficitarias en la Unión Europea. Cualquier aumento del poder jurisdiccional derivado de otorgar carácter constitucional a los Tratados regionales, agravarían los problemas a los que ya se ven sometidas las democracias nacionales “dado que este “Estado” no tendría las estructuras mediadoras de la que vive el proceso democrático, la Comunidad después de su plena constitucionalización sería una institución en gran medida autosuficiente, más alejada que nunca de su base...Por lo tanto, y a pesar de los pesares, las constituciones todavía son algo que corresponde a los Estados, y cualquiera que reivindique una para Europa debería ser consciente de qué tipo de movimiento se pondría en marcha con ello ³²Aún reconociendo las

fuertes asimetrías que se dan en las democracias formales: creciente asimetría en la representación política, de intereses y de medios de comunicación, la única respuesta que Grimm da a la pregunta sobre la constitución europea es –reduciendo el contexto de la misma– detener el proceso y que las condiciones de legitimidad sigan recayendo en los deficitarios y asimétricos sistemas nacionales. ¿Se ha contestado la pregunta acerca de la necesidad de una Constitución común a los pueblos de Europa, o más bien la hemos deformado hasta el punto de que ya no sabemos cuál es el contexto de la misma?

La respuesta de Habermas a las tesis de Grimm tampoco es satisfactoria porque el contexto de la pregunta sigue reducido al presupuesto de la misma. Para Habermas las dificultades antes expresadas conducen a un doble error: no se plantean alternativas a los obstáculos, y los criterios de legitimidad que Grimm utiliza son de carácter empírico, en vez de normativo-comunicativos. Centrémonos por el momento en la segunda insuficiencia, dejando la primera para un momento posterior de nuestro trabajo. Habermas niega la referencia a conceptos que él denomina empíricos: etnia, identidad..., presentados casi siempre como un “sustrato primordial” de imposible cumplimiento, sea por los Estados constitucionales actuales como por una hipotética Unión política europea y apuesta por una concepción que él denomina “normativo-comunicativa”, que puede ser tildada, mejor como meramente procedimentalista de la democracia europea. Si por la razón que sea esos requisitos previos “empíricos” no se cumplen, puede llegarse a un rechazo del sistema. Pero si lo que se incumple son los requisitos normativo-procedimentales, caben salidas desde el interior del propio sistema jurídico. Son los procedimientos del Estado constitucio-

nal, junto a la legitimación electoral de la democracia, los elementos que nos llevan a la integración social necesaria para una sociedad civil “asentada en el contexto de una cultura política que valore la libertad”³³. El Estado constitucional, sin más análisis, se presenta como la garantía de que se “fomentará la integración social necesaria en la forma legalmente abstracta de participación política”³⁴. De ahí se concluye que el “autoentendimiento ético-político” de los ciudadanos, es decir su identidad colectiva, que se veía amenazada por el análisis crítico de Grimm, nunca se presentará como un elemento a priori de legitimidad constituyente, sino como el resultado del “flujo de contenidos de un proceso circulatorio *que se genera* (cursivas nuestras) por medio de la institucionalización legal de la comunicación de los ciudadanos”³⁵. Ahora aparecen claras las razones de por qué Habermas pone como ejemplo la formación de los Estados-Nación occidentales (precisamente la República Federal Alemana) como garantes de la legitimidad democrática del proceso de construcción europeo. Al igual que David Held, Richard Falk y todos los que componen el paradigma del “globalismo normativo”³⁶ no pueden ver más allá de la Nación y a lo que se aspira es a una extensión de sus estructuras a marcos más globales y generales. ¿Supone esta “extensión” de las “virtualidades” ideales de los procedimientos integradores del Estado Nación una respuesta válida al problema de la Constitución para los pueblos de Europa, o de nuevo el contexto de la pregunta es de nuevo tan reducido que impide una respuesta adecuada?

Lo que ocurre con la respuesta de MacCormick es un poco especial. El texto del formulador del positivismo institucional es sorprendente por lo que tiene de apertura para el análisis y fundamentación del sistema jurídico en el mundo de la complejidad

creciente³⁷. La conexión del sistema jurídico del Estado de derecho con otras formas asimismo racionales de regulación normativa, junto al reconocimiento de la entrada en un marco de pluralismo sistémico, lo que denomina, “sistemas normativos en interacción”, son elementos muy válidos para pensar el derecho en nuestro presente. Sin embargo, MacCormick de nuevo sigue sin salir del presupuesto de la pregunta. Para MacCormick, la doctrina de la supremacía del derecho comunitario no debe confundirse con ningún tipo de subordinación absoluta de la ley del Estado miembro a la ley de la Comunidad, sino que estos son sistemas en interacción, cada uno constituyendo en su propio contexto y sobre una serie oportuna de temas una fuente jurídica válida superior a otras fuentes reconocidas en el otro³⁸. El formulador de la “teoría institucional del derecho” reconoce la insuficiencia de Habermas al afirmar que “la aceptación de una concepción pluralista de los sistemas jurídicos conlleva el reconocimiento de que no todos los problemas jurídicos pueden ser solucionados jurídicamente”³⁹. El problema no es que tengamos un déficit de respuestas jurídicas a los problemas que nos planteamos, sino que dichas respuestas son superfluas. Sobretudo, porque cada sistema jurídico tendría su esfera material de contenido y de validez: así el Derecho comunitario se diferenciaría del nacional, en cuanto que sólo se ocuparía de las reglas que afecten al mercado, dejando lo demás a los ordenamientos jurídicos nacionales⁴⁰. ¿Esta superposición de sistemas nos saca del atolladero al que nos conduce la pregunta por una Constitución para Europa?

Las respuestas son insatisfactorias no por incompetencia o falta de reflexión teórica de sus autores. La cuestión reside más bien en que el contexto de la pregunta es tal que la respuesta a base de “sí o no” no nos conduce muy lejos. Es decir, el contexto de

la pregunta –la continuidad de una forma u otra del Estado Nación– es demasiado pequeño para la utilidad de la respuesta. Las respuestas de unos y otros al final van más allá que la hipótesis de partida. Incluso, en el caso de MacCormick, nos lleva hasta la aceptación del pluralismo jurídico sistémico, o, como veremos más adelante, en el de Peter Häberle a la afirmación de la superioridad cultural del Occidente europeo, por lo menos en el ámbito jurídico y axiológico. Esto nos conduce a una doble vía: o bien los procedimientos empleados por las diferentes respuestas son equivocados, o, bien es el entendimiento del contexto de la pregunta el que debe ser matizado y ampliado.

Por eso es interesante lo que Douglas R. Hofstadter plantea en su ingeniosa obra *Gödel, Escher, Bach. Un Eterno y Grácil Bucle* de 1979⁴¹. En el capítulo III del libro, Hofstadter en su esfuerzo por mostrar cómo los sistemas formales son incompletos en sí mismos, toma como ejemplo la dialéctica entre lo que en arte se denomina la relación entre *figura y fondo*. La figura muestra la *significación explícita* del fenómeno a estudiar (en el caso de los números primos) o a contemplar (el cuadro *La Condición Humana II* de René Magritte), mientras que el fondo aparece como la *significación implícita* del mismo: el marco, el contexto sin el cual la figura carece completamente de sentido⁴². Hay dibujos, composiciones musicales o sistemas formales en los cuales sólo vemos y comprendemos las figuras si nos esforzamos por descubrir el fondo en el que se sitúan. En el caso de nuestra pregunta acerca de la constitución europea es de total necesidad aplicar tal propuesta metodológica. Sin una referencia al contexto de la pregunta acerca de la viabilidad jurídico-política de una constitución para Europa, todas las respuestas van a ser necesariamente insa-

tisfactorias, dado que cada una se situará en un terreno que desborda la hipótesis y al hacerlo la deforma. Dejemos hablar al propio Hofstadter: “Se lo puede comparar con la creencia ingenua de que el ruido es un efecto colateral, de carácter necesario, de toda colisión entre dos objetos. Se trata de una creencia falsa, pues dos objetos pueden chocar en el vacío, donde no producirán el menor sonido. En este caso –y en esto reside lo importante de su propuesta metodológica– se repite la equivocación que deriva de atribuir el ruido exclusivamente a la *colisión*, y en no reconocer la función del *medio*, de lo que hace de vehículo entre los objetos y el oído”⁴³. Podemos definir ese “medio”, ese “fondo” como un “espacio negativo” que no entra en determinados análisis, o lo hace de un modo insuficiente, impidiendo con ello no sólo encontrar la respuesta adecuada a la cuestión, sino formular la misma pregunta que pretendemos solucionar. Y ese “espacio negativo”, ese “medio” donde la pregunta por la constitución europea halla su contexto real, es el de la nueva fase del capitalismo, el tan traído y llevado neo-liberalismo y sus estrategias globalizadoras de la política, la economía, el derecho y la cultura⁴⁴.

Es el caso de Jürgen Habermas. En la primera parte de su respuesta a las provocaciones euroescépticas de Dieter Grimm, el autor de *Facticidad y Validez* parte del reconocimiento de ese “espacio negativo”, de ese “medio” en el que debe ser contextualizada la cuestión acerca de la constitución europea. Hoy nadie –ni siquiera los insignes representantes del idealismo jurídico disfrazado de “patriotismo constitucional”– pueden obviar el hecho de un orden global económico que, por un lado, liberaliza los mercados y la propia producción industrial, y, por otro, condiciona la labor legislativa, o sea, “interviene” políticamente para destruir lo poco que queda

ya de espacios públicos ciudadanos. El propio Habermas dice lo siguiente: "...si estas presiones sistémicas (las de la nueva fase del capitalismo mundializado) no son abordadas por las instituciones con capacidad política, entonces surgirá el fatalismo paralizante típico de los antiguos imperios en medio de una modernidad económica de gran movilidad"⁴⁵. Pero ¿cuáles son esas instituciones con capacidad política, o sea, cuáles son los actores sociales y políticos en un mundo en el que las grandes corporaciones están imponiendo códigos de conducta a los propios estados nacionales? ¿en qué plano situar los criterios de la normatividad comunicativa?

Esa misma falta de contextualización conduce a las ambigüedades de autores como Schoutheete y Peter Häberle. El primero, aún reconociendo las consecuencias del contexto global en la derivación economicista y tecnocrática que está tomando la construcción europea, al final, haciendo de la necesidad virtud, termina considerando dichas tendencias como las únicas posibles si es que se quiere marchar hacia adelante. El mismo Schoutheete al autor que cita para defender sus opiniones no es a otro que Jean Marie Guéhenno⁴⁶, el cual afirma con una rotundidad y un cinismo que se agradece que "la función principal del hombre político es desde ahora la gestión profesional de las percepciones colectivas". La acción política tradicional ha pasado a mejor vida. ¿Cómo sorprenderse de que la construcción europea esté deslizándose desde la idea de integración política y social hacia lo que en el argot se llama "gestión de interdependencias" provocada por los mecanismos del mercado?

La ya abultada obra del jurista alemán Peter Häberle⁴⁷ también nos lleva a conclusiones semejantes, aunque por motivos un tanto diferentes. El planteamiento de Häberle es muy atractivo en tanto que

no ve la constitución y la teoría constitucional únicamente desde el plano normativo, jurídico y/o dogmático. Häberle se detiene en las influencias culturales que recibe toda constitución⁴⁸. Afirma que en la norma fundamental hay una amalgama, una fusión del entramado cultural de formaciones sociales que comparten mínimos de significado, de prácticas y de sentimientos de pertenencia. Pero al reducir toda la teoría al ámbito anglo europeo, al eje temporal 1789-1989 y al estudio de las influencias culturales obviando todo tipo de consideración económica, otorga a la tendencia constitucional de nuestro tiempo una capacidad universalizadora que está por encima de consideraciones de un menor nivel cultural o antropológico. Häberle y Habermas constituyen el típico caso en el que el "espacio negativo" está presente en la argumentación. Ambos reconocen las imposiciones exteriores, pero más bien lo hacen como lamento por la existencia de obstáculos "externos" que impiden la puesta en práctica de lo que ellos defienden como patrones normativos: la cultura europea y su expansión mundial o los presupuestos ideales de la comunicación. Dado el desprestigio de las aproximaciones económicas y políticas, ya denunciadas por Polanyi, Häberle se sitúa en el marco de los estudios culturales como tabla de salvación. Sin embargo, ese "espacio negativo" surge como géiseres en medio de la estepa; así, al final de uno de sus textos más sugerentes⁴⁹ Häberle cita un texto bastante afortunado de Bertolt Brecht: "Sí, todos los poderes del Estado proceden del pueblo, pero...¿adónde van?". Por ahí debemos empezar a reflexionar.

3. El Marco Contextual

La idea que ha recorrido las reflexiones anteriores es que la inquietud por construir una política europea sometida a

las normas y principios de una constitución, necesita abrirse a un contexto más amplio que el usual. Refiriéndose a la pérdida del concepto de trabajo como el engranaje básico de la estructura social, Viviane Forrester⁵⁰ nos advertía lo siguiente: “Vivimos una nueva era, pero no logramos visualizarla. No reconocemos, ni siquiera advertimos, que la era anterior terminó. Por consiguiente, no podemos elaborar el duelo por ella, pero dedicamos nuestros días a momificarla. A demostrar que está presente y activa, a la vez que respetamos los ritos de una dinámica ausente”. Para no caer en esa trampa, mitad de nostalgia, mitad de ignorancia, pienso que la reflexión sobre la necesidad y/o la posibilidad de una constitución común para los pueblos de Europa, exige ampliar el contexto de la pregunta que nos formulamos e ir desvelando esas “lagunas” que nos obstaculizan reconocer los conflictos, la dominación y el particularismo disfrazado de universalidad, que constituyen los fines de la racionalidad liberal. Los temas que elijo son tres: globalización, cultura y derecho. Situar cada tema en su contexto específico de problemas, sin perder de vista su interrelación mutua, es el método expositivo elegido.

3.1. Globalización: Crítica al Orden Global

Comencemos por la *Globalización*. Y qué mejor modo que usando un ejemplo hipotético, para verlo en función de la apuesta metodológica que aquí hemos avanzado. Supongamos que se da una colisión de intereses entre una multinacional o grupo de multinacionales y un Estado nación o grupos de Estados nación. El ruido que se hubiera producido en los años gloriosos del keynesianismo y el que se produciría en los momentos actuales sería

el mismo: intromisión en la soberanía nacional, amenaza a las conquistas sociales de los trabajadores...; la diferencia radica en el medio en el que esa colisión se está dando. En los sesenta y principios de los setenta, sería el Estado del Bienestar o cuando menos la pretensión de montar la protección social como eje básico de las políticas económicas. Cualquier intromisión de los grupos económicos poderosos en la creación de condiciones para la meta del pleno empleo, del bienestar y del desarrollo industrial nacional, habría sido vista como contraria a la teoría de la justicia dominante desde los acuerdos iniciales de Bretton Woods. Desde la mitad de los setenta para acá el contexto, el medio, el espacio ha cambiado radicalmente y con él la propia teoría de la justicia que legitima un nuevo modo de distribución de valores y bienes. En aquella época, primaba el poder regulador del Estado. En ésta, el poder regulador del mercado. En aquella época, los derechos sociales exigían la intervención y la planificación. En ésta, la primacía de la libertad, el velo de ignorancia y la mano invisible del beneficio individual. En aquélla, el orden internacional se estructuraba en la “cooperación estratégica” de los Estados nacionales. En ésta, la estrategia es llevada a cabo por instituciones multilaterales y un conglomerado de corporaciones transnacionales, cada vez con un mayor peso específico en la elaboración de políticas económicas y sociales.

Estamos, pues, instalados y nos movemos, o intentamos hacerlo, en el “medio” de lo que se llama “globalización”, algo así como un concepto vacío que amortigua o hace desaparecer por completo el sonido de las colisiones de intereses. El ruido sigue existiendo, los problemas y los conflictos son los mismos de siempre, incluso se han agravado, pero el medio en el que se desarrollan ha cambiado y con

él toda la perspectiva de análisis y de búsqueda de soluciones políticas, sociales o económicas.

La globalización es un concepto vago en cuanto que representa en múltiples esferas la nueva etapa de la mundialización capitalista. Estamos ante un concepto impreciso, o cuando menos, muy ideológico ya que al mismo tiempo que muestra algunas características de nuestra época, vela o encubre otras de la misma importancia.

Así, puede decirse que la mundialización actual que se define bajo el término de globalización tiene las siguientes características básicas:

1-Se trata de un proceso histórico en el que se mezclan las siguientes tendencias: la revolución científico-técnica, el agotamiento del modelo fordista, la desaparición del socialismo de Estado de Europa Oriental y el surgimiento de límites naturales insuperables al crecimiento incontrolado y al subdesarrollo.

2- Todo ello está produciendo un cambio en las relaciones sociales, agravado si cabe por la transformación en muy breve espacio de tiempo de los modos de vida, de la percepción de identidades, etc.

Y 3- tendencias que interactúan sobre un sistema mundial que posee un centro, una semiperiferia y una periferia, por lo que sus efectos reproducen las asimetrías del sistema ⁵¹.

Sin entrar a debatir todas estas notas características, lo cual nos llevaría más allá del presente trabajo, sí afirmar que la globalización tiene dos grandes dimensiones: una, la económica, en la que el mercado asume un protagonismo esencial y los sujetos que consiguen la hegemonía son las grandes corporaciones transnacionales. Y otra es la dimensión geopolítica, en la que, aparte de la profundización Norte-Sur y la creación de nortes y sures en el propio centro del sistema, destaca el agrupamiento en

ciertos espacios geopolíticos de un determinado número de potencias centrales, países desarrollados y países periféricos o subdesarrollados en diferentes grados. Estamos ante la tendencia globalizadora de creación de mercados más amplios que los del Estado Nación, en los que éste pierde soberanía en función de los intereses y las estrategias del sistema global.

Cuando Manuel Castells afirma que los requisitos básicos establecidos por el Tratado de Maastricht y precisados más por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de Dublín de Diciembre de 1996, reflejan fielmente -no los pasos adecuados para la integración política europea, sino- los criterios habituales impuestos por el Fondo Monetario Internacional en todo el mundo: bajo déficit presupuestario (menos del 3% anual), deuda pública relativamente baja (no más del 60% del PNB), baja inflación, tipos de interés a largo plazo bajos y tipo de cambio estable⁵². Nos está describiendo precisamente los objetivos que el orden global viene exigiendo, sin tomar en consideración las desigualdades, tanto al proceso europeo de integración regional, como a las economías subdesarrolladas del sahel. A esta adaptación a las políticas de ajuste estructural del FMI se le unen las tentativas para crear un Acuerdo Multilateral de Inversiones bajo el que las empresas transnacionales más importantes están intentando, como conclusión de los acuerdos sobre el libre comercio, establecer códigos de conducta a los Estados nación a la hora de regular sus políticas económicas y sociales ⁵³. Estamos ante una nueva forma o etapa en la división internacional del trabajo, en la que según Barbara Stallings se está dando un “modelo de desarrollo orientado hacia el mercado” y, según Inmanuel Wallerstein, una clara reformulación de la política hegemónica mundial. Los procesos de Integración Regional han surgido, bien

como reacción a este proceso, bien como una continuidad del mismo. Pero siempre y en todo momento como una respuesta a tal contexto geoestratégico. ¿Cómo reflexionar seriamente sobre las posibilidades de una constitución europea sin contar con la presencia de este “medio”, de este “espacio negativo”, de este contexto tan influyente como poderoso?

3.2. Cultura: Crítica al Universalismo

Sigamos con nuestro ejemplo, pero ahora aplicado a los contextos culturales en los que necesariamente se sitúa la pregunta por la constitución europea. En el caso “cultural”, el grado de globalización es directamente proporcional al ruido que se produciría por la colisión entre una minoría cultural y el Estado. Durante la época del Estado Social, cualquier reivindicación cultural minoritaria era rápida y efectivamente asumida por la estructura interventora e integradora de la política económica nacional. La sorpresa con que fueron recibidas las propuestas de Kymlicka⁵⁴ acerca de la inexistencia de naciones monoétnicas o monoculturales y su necesaria consecuencia en la estructura política pública de los Estados Nación, es una muestra de que durante décadas las reivindicaciones culturales de las minorías estuvieron absorbidas por estructuras más generales que a medida que las protegían las homogeneizaban. El ruido era mínimo, el medio en el que se desarrollaba impedía que se oyesen los efectos de las colisiones.

En el caso actual, con el proceso de globalización en marcha, el ruido se amplifica. Esto es así hasta el punto que cualquier reivindicación identitaria o cultural es vista como una reacción defensiva frente a los procesos globales. Si no hay ideologías contrapuestas, si no hay más historia y, ni siquiera, hay clases en conflicto, el

enemigo del nuevo naturalismo no es otro que las otras culturas. De ahí las tesis del *clash culture* de Samuel Huntington. De ahí las tendencias a sustituir el racismo en función de las razas y etnias, por un racismo culturalista, tan excluyente o más que el primero.

Las tendencias del proceso de globalización citadas, unidas a la internacionalización de los movimientos de masas está provocando, como digo, un nuevo tipo de racismo basado, tal y como defienden E. Balibar e I. Wallerstein⁵⁵ en dos factores: el debilitamiento del concepto de raza y el surgimiento de una nueva forma de colonialismo; factores estrechamente relacionados con el nuevo papel que la cultura está adquiriendo en nuestra forma de leer nuestro mundo⁵⁶. Después de los resultados científicos que demuestran la inexistencia de razas puras en función de rasgos genéticos o físicos, el peligro reside en utilizar tales investigaciones en una ideología defensora de los privilegios antaño protegidos por el color de la piel. Estamos instalándonos en lo que Fernández Buey⁵⁷ viene denominando un “neo-racismo sin razas”. Ya no es la herencia biológica, sino la supuesta irreductibilidad cultural la que nos demuestra el carácter nocivo de toda cancelación de fronteras y la incompatibilidad de las diferentes formas de vida y de tradiciones. Hay una “estrategia de la retorsión”: no hay razas, por tanto el comportamiento individual depende de su pertenencia a culturas históricas, cualquier mezcla o separación entre las mismas supondrá la muerte intelectual de la humanidad⁵⁸. En la época de la globalización, la diversidad cultural abandona sus aspectos normativos y se convierte en una teoría explicativa de los comportamientos xenófobos de las multitudes. Los conflictos interétnicos son considerados naturales en tanto que ya no se respeta la “irreductible”

diferencia cultural; conflictos acentuados, claro está, cuando al factor cultural se le une el factor de clase y las asimetrías en la distribución de recursos y bienes.

Es lo que ocurre con el doble lenguaje del Tratado de Maastricht: por un lado, una Europa sin fronteras y, por otro, la creación de conceptos excluyentes como el de “residentes no nacionales” que suponen la inmediata exclusión de cualquier beneficio de la ciudadanía. El libro *States of Injustice* de Michael Spencer⁵⁹ da buena cuenta de estas tendencias en la Europa que busca su propia constitución y presume de ser la pionera en la defensa y promoción de los derechos humanos en los cinco continentes. Ahora bien, como hemos comentado con anterioridad, los términos de la exclusión, ya no son la raza o la etnia, sino la cultura. Es la cultura la que ha pasado a ser el idioma permanente de la exclusión. En Europa se está re-territorializando la cultura, es decir, el nuevo orden europeo está viniendo a significar un cada vez más agudo límite entre europeos y no europeos⁶⁰. Estamos viviendo en la tensión dada entre la integración “dentro” de la comunidad y la creciente rigidez en lo que respecta a los denominados “límites externos”. Cada vez se oyen más voces que defienden los supuestos tópicos de una cultura común europea basada en la tradición judeo-cristiana, las ideas griegas acerca del gobierno, la filosofía, las ciencias, las artes y, finalmente, la visión romana del derecho⁶¹. Incluso en 1973 se redactó una Declaración sobre la Identidad Europea, acordada por los miembros de la comunidad, en la que se decía que Europa se distinguía por las mismas actitudes ante la vida, un compromiso con el individualismo y por la determinación de defender los principios de la democracia representativa y el Estado de Derecho⁶². Como defendía Margaret Thatcher, estos principios deslindaban la

civilización de Europa frente a la barbarie de los de fuera. El mismo uso político y estratégico que está siendo usado por algunos, entre ellos por la propia Gran Bretaña, del proceso de integración de los antiguos países de la Europa central y oriental, a la hora de complicar la profundización democrática y apostar únicamente por la consolidación del Mercado único es una buena prueba de la manipulación con que se manejan las tradiciones y los valores.

Todo esto parece indicarnos una tendencia: dada la dificultad de dar una definición positiva de Europa, de lo que sea la identidad europea, esta tarea se está llevando a cabo por medios “negativos”: contraponer las cualidades europeas a la barbarie no europea. ¿Es buen camino para la lista de derechos fundamentales en la hipotética norma básica regional?

Puede decirse que hablar del concepto de cultura en singular, representa siempre un acto de poder⁶³ basado en el integrismo de la diferencia y el fundamento universalista de la cultura que nos sirve de patrón⁶⁴. ¿Es este el camino a seguir para la integración de los pueblos de Europa? ¿Basta apoyarse, como en el caso de Dieter Grimm, en la idea de pueblo como conciencia de pertenencia a una comunidad que hay que construir? El mismo Grimm dice lo siguiente: “Lo que obstruye la democracia es, por consiguiente, no la falta de cohesión de los ciudadanos de la Unión como pueblo, sino el débil desarrollo de su identidad colectiva y una mínima capacidad para el discurso transnacional. Esto significa que la falta de democracia europea está determinada estructuralmente”⁶⁵. No referirnos a la cultura como contexto, como espacio, como medio en el que se desenvuelven las cuestiones jurídicas y políticas, vuelve a llevar a los analistas a considerar la cultura democrática individualista (la suma de preferencias indivi-

duales) como el factor determinante que separa la barbarie de la civilización y lo universal de lo particular o tribal.

Para salir de aquí y ampliar el contexto de nuestra pregunta tenemos que partir de otra forma de acercamiento a la idea de cultura, sobre todo centrada en su carácter de proceso social en la intersección entre lo particular y lo universal. Los procesos culturales son procesos de humanización, es decir, de superación de lo natural en busca de artificios mentales que nos sacan de los puros niveles instintivos. En ese sentido, toda cultura tiende a universalizarse, a expandirse, a buscar su supervivencia en la mezcla con otras culturas, en la lucha contra la uniformización, provenga ésta de la globalización como de la tendencia homogeneizadora del Estado nación. Lo que se ha venido llamando los *global dreams* ⁶⁶o la *macdonalización* ⁶⁷ del mundo son fenómenos paralelos al creciente despliegue de chauvinismos y sus diferentes formas de intolerancia étnica o cultural. No creo que pueda hablarse, tal y como hace Häberle, de estructuras genéticas culturales. Este tipo de argumentación vuelve a establecer límites infranqueables entre los que comparten esos genes y los que no. La cultura es siempre una cuestión de difuminación de fronteras. Del mismo modo tampoco puede haber una cultura global. La misma afirmación destroza el propio concepto normativo de cultura. Sólo podemos hablar de culturas parciales. Culturas en coexistencia que contengan actitudes intelectuales, éticas y estéticas de apertura hacia experiencias divergentes; culturas con una sensibilidad hacia las virtudes del pluralismo étnico y nacional ⁶⁸. En definitiva, como propone Wallerstein una cultura mundial sólo es imaginable en un mundo futuro libertario-igualitario donde se permita la constante creación y recreación de entidades culturales particu-

lares cuyo objetivo (declarado o no) sea la restauración de la realidad universal de libertad e igualdad.

La crítica post-moderna, encabezada en esta caso por Lyotard y sus plantemientos acerca de la imposibilidad de metanarrativas globales y la consecuente necesidad de reconocimiento de lo particular es, a pesar de su falta de reconocimiento de que sí existe un discurso global: el del neoliberalismo y la globalización, una tarea saludable ⁶⁹. Sin embargo, para el objetivo aquí perseguido de ampliación del contexto de nuestra pregunta, se queda corto ya que niega toda posibilidad de discurso o de comunicación entre diferentes culturas particulares. No basta con el reconocimiento de lo otro, de lo concreto, de lo particular. El peligro de convertir el contexto cultural en un asunto de museo está presente en esta metodología. Frente a este, por llamarlo de alguna manera, “escrúpulo de indecidibilidad”, hay que construir las bases de un multiculturalismo crítico que parta de dos presupuestos imprescindibles para esa ampliación del contexto que aquí me preocupa: primero, considerar nuestra perspectiva como otro particularismo más, abandonando con ello la tendencia a considerar el individualismo y sus formas jurídicas liberales como el patrón oro de lo cultural; y, segundo, recuperando el discurso lukáciano de totalidad como propuesta metodológica que nos permita representar lo que Peter Murphy llama “la naturaleza contradictoria de la sociedad y las interacciones complejas entre las diferentes esferas de la sociedad -sus colisiones dramáticas y sus diálogos, sus tensiones y reconciliaciones, sus conflictos y acomodaciones” ⁷⁰. Desde la teoría feminista Himani Bannerji lo ha resumido de un modo magistral, dejémosla hablar: la mediación que el concepto de totalidad nos permite consiste en “capturar la dinámica, mostrar cómo las relaciones y

formas sociales llegan a ser en y mediante (una y otra esfera), mostrar cómo un modo de producción es una formación concreta histórica y socialmente. Este enfoque asegura que la actualidad integradora de la existencia no está ni conceptualmente rota y fragmentada, ni abstraída en un universalismo vacío. Tampoco se da una extrapolación de un simple aspecto -una parte que representa al todo- ni el todo que elimina las partes”⁷¹.

Toda reflexión sobre una hipotética norma fundamental europea debe contar con que nuestra realidad es multicultural. El nuevo contexto económico, político, social e, incluso, geográfico en el que se instala la pregunta acerca de la Constitución para Europa resalta esa realidad plural, hasta ahora ocultada a duras penas por la pervivencia del Estado Nación: una lengua, una cultura, una moneda y un derecho. No es que ya no puedan darse metanarrativas y tengamos que renunciar a la universalización de nuestras propuestas. Pero sí es preciso abandonar el, en palabras de Seyla Benhabib, universalismo sustitucionalista: una cultura por encima de las otras, en favor de un universalismo interactivo que nos permite reconocer la identidad del otro generalizado mediante el reconocimiento de la identidad moral del otro concreto⁷².

En uno de esos libros de necesaria lectura, quizá no por su profundidad filosófica o por su belleza estilística sino por la información que nos proporciona, me refiero al texto de David C. Korten *When de Corporations rule the World*⁷³ encontramos la siguiente afirmación, que puede servirnos como colofón de todo lo que llevamos dicho: “Parte de nuestra incapacidad para comprender la profundidad del fracaso institucional procede del hecho de que la Televisión reduce el discurso político a pequeños fragmentos y de que la Academia organiza la investigación en

estrechas disciplinas especializadas. Consecuentemente, estamos acostumbrados a tratar problemas complejos en forma fragmentaria... Cuando nos limitamos a nosotros mismos a tratar de forma fragmentada problemas sistémicos, no es sorprendente que nuestras soluciones se muestren equivocadas”. Tomemos nota de la advertencia.

3.3. Derecho: Crítica al Formalismo

Si en el campo de la cultura es necesario cuestionarse el mito del universalismo imperialista, en el del derecho, la tarea descansa en la crítica al formalismo. O quizá en el vaciamiento que las premisas del formalismo están sufriendo en la época de la desregulación y privatización de los espacios públicos y jurídicos. Para encontrar un buen fundamento a esta crítica y a esta constatación, nada mejor que acudir a la obra de 1962 *Alle origini del formalismo giuridico*⁷⁴ escrita por uno de los filósofos del derecho más relevantes de la época, Antonio Negri. En esta obra, Negri somete al formalismo a una doble reflexión: una interna, mostrando la evolución del concepto de forma como “conformidad” jurídica al orden instituido. Al hipostasiar la voluntad general en el ordenamiento positivo, la forma se convierte en materia, en contenido, permitiendo, con ello, estudios puramente lógicos y separados del entorno social, político, económico o cultural. Y, desde un punto de vista externo, es decir, desde una economía política del formalismo, Negri muestra como dicha metodología se va convirtiendo en una sólida justificación y en una fuerte garantía de la organización de las distintas fases de desarrollo del capitalismo occidental. En una obra posterior⁷⁵ Negri concreta sus reflexiones del siguiente modo: “El Estado de derecho (presupone) una constitución

material económica: la de la autorregulación de los intereses individuales capitalistas. Pero (a continuación) la velaba (la ocultaba) en la medida en que formalizaba al Estado y al Derecho. La ciencia formal (propia del liberalismo) respetaba esta situación y se encontraba de ese modo envuelta en el absurdo dilema...de la racionalidad del desarrollo (Estado de derecho) y la irracionalidad de las premisas (intereses individuales dejados a la mano invisible del mercado)...hechos que debían ser integrados en el ritmo racional de las mediaciones formales del derecho y en ellas constituidos” La dialéctica regulación jurídica y mercado autorregulador es la que nos permitirá clarificar las mistificaciones de la ideología jurídica liberal, rastreables e identificables en la propia evolución del pensamiento jurídico moderno y contemporáneo. Son las propias variantes de esta ideología jurídica: el positivismo en sus diferentes variantes, el monismo jurídico y la constitución formal, las que comienzan a ser tematizadas, cuestionadas, sometidas a crítica racional cuando identificamos esa dialéctica, que en el caso de nuestro momento espacio-temporal ha sido ampliada en los procesos de integración regional que están proliferando por todo el mundo capitalista.

En Europa, y desde el Tratado de Roma, se ha tenido especial cuidado, en los ámbitos teóricos e intelectuales, por separar lo político de lo económico. Es decir, en los términos elegidos aquí, se pretende establecer un hiato insalvable entre la *regulación* y el *mercado*. Como ocurre con toda mistificación, o lo que es lo mismo, con toda inversión de las causas y efectos de un fenómeno, los resultados son paradójicos. Con sólo observar los procesos reales de la, podemos llamar, construcción europea, notamos cómo la ya ingente normativa surgida de las instituciones po-

líticas y la propia labor de integración llevada a cabo exitosamente por el Tribunal de Justicia, no son sino formas de regulación del mercado a un nivel regional, con el consiguiente efecto de desplazamiento del Estado nación en materias que, dadas las condiciones económicas neo-liberales, éste no podía resolver en el marco de sus fronteras. En este sentido es muy clarificadora la interpretación que hace la Corte Europea del artículo 119 del Tratado de Roma en el que se establece la igualdad de salario entre hombres y mujeres que realicen el mismo tipo de trabajo. La Corte en 1976 ⁷⁶ afirma que este artículo debe ser interpretado, en primer lugar, a la luz de las diferentes legislaciones nacionales en materia de protección social, para evitar en todo momento que aquellos países que se acojan a esa igualdad de salario no queden en desventaja competitiva con respecto a aquellos que no la asumen como valor en sus ordenamientos positivos nacionales; y, en segundo lugar, colocando el contenido del artículo en la tendencia a ir consiguiendo un mejoramiento constante del nivel de vida y de condiciones de trabajo de la ciudadanía. En esta sentencia podemos ver claramente los efectos de la mistificación jurídica: por un lado, la subordinación de la política y el derecho a los dictados de la competitividad económica, y, por otro, la consideración de lo social, de los derechos sociales, como *indicadores de tendencia*, como, parafraseando nuestra Constitución de 1978, principios rectores de la política, no como derechos fundamentales directos de la ciudadanía ⁷⁷. Es muy curioso a este respecto analizar trabajos estadísticos sobre la situación de los derechos humanos en el mundo ⁷⁸ en los que se evalúa, desde un punto de vista formalista, a los países en función de su tendencia a proteger y garantizar únicamente las libertades individuales y el Estado de Derecho, abando-

nando todo esfuerzo por “evaluar” el grado de cumplimiento de derecho que como los sociales se resisten a un entendimiento puramente formalista. En el análisis se llega a conclusiones sorprendentes: p.e. mientras a Cuba se le asigna la calificación del 30%, a Guatemala se la califica con el 62% y a Honduras con el 65%, a pesar de que todos los indicadores sociales colocan a Cuba a años luz de las sociedades centroamericanas (todo ello sin citar el 61% de Malasia y el 50% para Bangladesh).

Como afirma Wade Mansell en un trabajo de título ya provocador *Pure Law in an Impure World*⁷⁹ hay múltiples ejemplos de cómo puede manipularse la labor estadística en beneficio de la concepción occidental-liberal de la “rule of law” o del Estado de derecho y sus contenidos materiales. Es interesante observar cómo el formalismo oculta, invisibiliza, las relaciones de poder cuando se trata de analizar el derecho en los países desarrollados o, internamente, cuando se trata de justificar y legitimar los derechos individuales como los verdaderos derechos humanos, y como dichas relaciones de poder se colocan en el centro del debate cuando analizamos la situación en los países subdesarrollados o se trata de los derechos sociales, económicos y culturales. Estamos ante el dilema denunciado por Negri: la racionalidad jurídica y la irracionalidad de las premisas, es decir, nos hemos situado en la dialéctica regulación-mercado y sus consecuencias perversas para los derechos humanos.

Esta, digamos, “ambigüedad controlada” queda patente en la dinámica de la construcción europea. La firma de la Carta Única Europea de 1986, final del proceso de europesimismo y preámbulo de la euforia pre-Maastricht de 1992, es significativa al respecto. En la Carta encontramos medidas económicas, dirigidas a la liberalización del mercado y propuestas de reformas

procedimentales e institucionales con vistas a la futura unión política. Por un lado, se aprobaron medidas de armonización de los estándares domésticos de regulación económica -lo que se denominó “reconocimiento mutuo”- de las que seguidamente hablaremos, y, por otro, se intentó desbloquear el engranaje político aboliendo el voto por unanimidad en el Consejo de Ministros. Estas reformas se han ido aplicando a la construcción y consolidación del mercado interno, pero ninguna de ellas ha afectado a otras áreas como las de la integración política, la legislación social o la ampliación del número de miembros de la Unión. Sin entrar ahora en el economicismo de esta tendencia, sólo quisiera hacer referencia a que esas políticas de “reconocimiento mutuo” en materias de mercado y competitividad están llevando a una “carrera hacia el fondo”, un deslizamiento “hacia abajo” de las legislaciones sociales nacionales que tienen ahora que competir entre sí para atraer las inversiones transnacionales. Se parte de la base de que esta competencia legislativa desembocará en la mejor legislación, claro está, no en términos regulativos o de derechos sociales, sino en términos de mercado y competitividad económica. Por un lado, se des-territorializan las economías domésticas y sus normativas nacionales en favor de los requisitos o estándares mínimos impuestos por “Europa”; pero, por otro, se re-territorializa la soberanía normativa de los estados nacionales, pero en favor del nuevo orden, es decir, controlando y dirigiendo los procesos de desregulación, privatización y destrucción de todo espacio público que controle el mercado y sus dogmas, lo que Polanyi denominaba esos *a priori* del liberalismo económico, esas *lagunas* que debemos en todo momento denunciar.

¿Cómo construir una constitución común para los pueblos de Europa desde

estas bases y desde estas estrategias? ¿Qué tipo de norma fundamental resultaría de la conjunción de una Europa sometida a un déficit democrático que se extiende más allá del ámbito institucional (relaciones Parlamento-Consejo) y contamina esferas como la propia representación de intereses y las políticas de cohesión social, y unos Estados nacionales en plena transformación de su capacidad regulativa en favor, paradójicamente, de la desregulación y desmantelamiento del espacio público democrático? ¿Cómo y por qué razón ha de usarse la técnica normativa como única vía para la formulación de la carta constitucional, si históricamente fue esta misma técnica normativa la que se dedicó a fraccionar la cultura legal continental en ordenamientos jurídicos nacionales?

El profesor Santos ya nos adelantaba una posible respuesta al principio de estas páginas. Cuando los problemas éticos y políticos no encuentran una solución técnica, entonces se les busca una solución jurídica. El derecho formalizado deviene así como una especie de realidad que se impone a los propios hechos sociales, los conforma y, con el tiempo, acaba por convertirse en algo más verdadero que los propios hechos. Postular una Constitución común para Europa sin tener en cuenta el contexto ampliado que hemos visto aquí no sólo supondría una construcción artificial -hecha desde arriba y sin contar con los de abajo- de la realidad, sino, como opina Pierre Bourdieu, una homologación a través de una forma permanente que privilegia la representación de situaciones concretas en un lenguaje con consecuencias legales específicas⁸⁰. La reducción de la realidad a lo jurídico que sostiene todo el edificio del formalismo, constituirían algo así como lo que Bachelard y Michel Mialle denominan “barreras epistemológicas” que impiden visibilizar la conve-

nencia de elevar un marco jurídico global que proteja el ethos de la nueva fase de la economía y la cultura capitalistas: la generalidad abstracta, los falsos universales, la estabilidad ilusoria y la predictibilidad de las consecuencias. Lo que en palabras de Karl Polanyi son las propias necesidades del mercado y de la competitividad.

Desde el paradigma del “globalismo normativo”, antes analizado, se afirma que vivimos en un mundo repleto de rupturas que están moldeando y transformando el orden internacional de la postguerra. Estas rupturas revelan la existencia de un conjunto de fuerzas combinadas para: 1- restringir la libertad de acción de los gobiernos y estados desdibujando los límites de las políticas domésticas; 2- transformando las condiciones de la toma de decisión política; 3- cambiando el contexto institucional y organizativo de los estados naciones; 4- alterando el marco legal y las prácticas administrativas de los gobiernos; y 5- oscureciendo las líneas de responsabilidad y control de los propios estados afectados por tal orden de cosas. Según las tesis de Held el orden internacional se caracteriza por la persistencia del sistema de estados soberanos y por el desarrollo plural de estructuras de poder y autoridad, muchas de las cuales, tienen cuando menos débiles u oscuros mecanismos de control⁸¹

¿Qué hacer ante este contexto de problemas y nuevas situaciones? ¿Gastar más tinta y más neuronas para hacer coincidir las estructuras formales que permiten una constitución dentro del marco del Estado nación con las estructuras materiales de un proceso de integración regional sometido en toda su profundidad a este nuevo contexto transnacional? ¿Abandonar todo intento por establecer códigos de derechos que proporcionen medios a los ciudadanos y a las instituciones para resistirse frente a todas las agresiones que viene sufriendo

el espacio público de las democracias?. Mi respuesta ante esta última cuestión es negativa. Pero para empezar a reflexionar sería y contextualizadamente hay que superar el punto de vista positivista, formalista e individualista de la cultura jurídica liberal dominante en favor de dos tendencias: considerar el derecho y la política como fenómenos que conforman y son conformados por situaciones nuevas y viejas de poder, y, que la reflexión teórica no sólo establezca bases para el conocimiento, sino asimismo para establecer compromisos con *prácticas sociales* que beneficien la “sustancia democrática”, eso que Grimm y otros defensores de la radicalización de la democracia, llaman acercamiento de los ciudadanos a las esferas de control, gestión y decisión.

En el episodio número 74 de la famosa y popular serie *Star Trek*, la nave protagonista llega al planeta Ardana. En este planeta se da una curiosa separación de esferas. Por un lado, la de sus gobernantes e ideólogos que viven dedicados a las artes y a la reflexión en un bello y pacífico lugar llamado Stratos. Esta ciudad encantada vivía suspendida por encima de la devastada y horrible superficie del planeta, donde los Troglytes, gastaban sus vidas en las minas, cuya producción era necesaria para importar los artículos de lujo con que se beneficiaban los de arriba, todo ello en medio de la más atroz de las miserias y la violencia. Los tripulantes de nuestra nave quedan sorprendidos por la situación e, incluso, uno de ellos, el famoso Dr. Spock afirma que esto no es una forma sabia de liderazgo. Al capítulo se le dio el título *The Cloud Minders*. Sólo me queda por añadir que si no queremos seguir siendo o convertirnos en esos *guardianes de las nubes* debemos ampliar nuestras preguntas y abrir nuevos espacios teóricos y prácticos desde los que entender para transformar, no sólo

para justificar lo injustificable. Es el único modo de ir consiguiendo respuestas, aunque sean, parciales a los problemas globales que nos acucian.

NOTAS

¹ Mettra, C., *La necesidad de mitos* en Yves Bonnefoy (edit.), *Diccionario de las mitologías IV. Las mitologías de Europa*, Destino, Barcelona, 1998, p. 683.

² Entre otras monografías, pueden consultarse las siguientes: Cassese, S., *La Costituzione Europea* en *Quaderni Costituzionali*, 3, 1991, pp. 487 y ss. Mouton, J.D. & Stein T. (herausg.), *Eine neue Verfassung für die Europäische Union? Die Regierungskonferenz 1996* en *Europäische Rechtsakademie Trier*, vol. 21, 1997. Pernice, *Vertragsrevision oder europäische Verfassungsgebung*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 7 July 1999, p. 7. Bieber/Widmer (edit.), *L'espace constitutionnel européen. Der eurpäische Verfassungssraum*, *The European Constitutional Area*, Zürich, 1995, pp. 85 y ss. Di Fabio, Udo., *Für eine Grundrechtsdebatte ist es Zeit*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 17 November 1999. Molina del Pozo, C.F. (edit.), *Comentarios al proyecto de Constitución Europea*, Comares, Granada, 1996. Una visión crítica de la asunción sin más de una Constitución para Europa en Díez-Picazo, L.M., *¿Una Constitución sin declaración de derechos?*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32, 1991, pp. 131-158; y del mismo autor, *Reflexiones sobre la idea de Constitución Europea* en *Revista de Instituciones Europeas*, 2, 1993, pp. 538-562. Ver asimismo, García de Enterría, E., *El proyecto de Constitución Europea* en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 45, 1995, pp. 9-30. Existe un número monográfico con el título *La Integración Europea ante la reforma de 1996* en la *Revista de Estudios Políticos*, 90, 1995. Un buen análisis de los diferentes proyectos de Constitución para Europa puede consultarse en Hijelmo, I.G., *Europa en un momento constituyente. Reflexiones*

sobre el proyecto de Constitución para la Unión Europea en *Revista Andaluza de Administración Pública*, 19, 1994, pp. 31-76.

³ Schoutheete, Ph., *Una Europa para todos. Diez ensayos sobre la construcción europea*, Alianza Edit., Madrid, 1998. Desde una perspectiva de izquierda y centrando el tema de la integración europea desde el punto de vista económico, puede consultarse entre muchísimos otros, Montes, P., *La integración en Europa (Del Plan de Estabilización a Maastricht)*, Trotta, Madrid, 1993. Un buen análisis de lo que se viene denominando “el continente sonámbulo” es el trabajo de Ballester, M., *Europa hoy, una realidad crepuscular* en *Mientras Tanto*, 27, 1986, pp. 61-76.

⁴ Duhamel, A., *La Politique imaginaire*, Flammarion, Paris, 1995. Vid. también el número monográfico titulado *El rapto de Europa...* en *INETemas* (Publicación del Instituto de Estudios Transnacionales de Córdoba), Año IV, nº. 9-10. Las tradiciones se inventan y tras ellas las percepciones sociales de los hechos, vid. en este sentido Hobsbawm, E., and Ranges, T., (edit.), *The Invention of Tradition* Cambridge Univ. Press., Cambridge, 1983, p. 2. A pesar del esfuerzo intelectual de tantos teóricos por construir percepciones de Europa y de su Unión, los políticos europeos están demostrando una seria incapacidad para llevarlas a la práctica; véase si no la “jaula de grillos” en la que se está convirtiendo el debate entre franceses y alemanes en relación a la hipotética “Carta de derechos fundamentales” de la Unión Europea: para unos, los franceses, se quiere una lista amplia de derechos pero que no sea vinculante. Para los otros, una declaración corta, pero vinculante. La “solución” pasa por plantear una Carta de derechos amplia pero con sólo alguna de sus partes vinculante. ¿Qué percepción se está creando a la hora de construir una Constitución común para los pueblos de Europa? ¿O es que realmente lo que se quiere es confundir como una medida de acción política tan antigua como la Guerra de Troya?. Como referencia de lo que aquí se dice véanse los trabajos publicados por Arnaud Leparmentier (en lo que respecta a la hipotética Carta de Derechos Fundamentales Europea) e Ignacio Sotelo (haciendo

una referencia descriptiva a la disputa entre los llamados “soberanistas” y los tildados de “federalistas” -polémica también centrada en las disputas/consensos franco-alemanes- sobre el tema de la unanimidad o mayoría cualificada para la toma de decisiones dentro del futuro Consejo de Europa, en *El País*, 2 de Junio de 2000. La inquietud que domina toda nuestra reflexión consistirá en preguntarse si toda esa retahíla de comentarios acerca de si Europa debe ser una “confederación” o una “federación”, son pertinentes a la hora de reflexionar sobre la pertinencia y aplicabilidad de esas categorías centenarias a, como afirma el sociólogo español Vidal Beneyto, una realidad presidida por el mercado mundial (Vid. Vidal-Beneyto, J., *Cacofonía europea*, en *El País*, 3 de Junio de 2000). ¿Qué percepción de la construcción europea se quiere crear desvinculándolo de la realidad de un Orden Global Hegemónico que viene influenciando desde hace años y de un modo directo las políticas nacionales y regionales del Norte, Sur, Este y Oeste?.

⁵ “arriba” y “abajo” como metáforas del poder. Vid. Fitzpatrick, P., *The Mythology of Modern Law*, Routledge, London, 1992; Grigg-Spall, I., and Ireland, P. (edit.), *The Critical Lawyers' Handbook* Pluto Press, London, 1992.

⁶ Chauí, M., *Cultura e Democracia. O Discurso competente e outras falas*, Cortez Editora, São Paulo, 1997, p. 8.

⁷ *Ibid.*, op. Cit., p. 21. La ideología es el cemento simbólico de todo acto de poder. Se presenta como una identidad sin fisuras entre “lo que se percibe” y “lo que nos afirman desde la instancia del poder social que percibimos”; vid. Muñoz, B., *Teoría de la pseudocultura. Estudios de Sociología de la Cultura y de la Comunicación de Masas*, Fundamentos, Madrid, 1995. Como afirma Maurice Dobb, toda ideología es un pensamiento oscurecido en el plano del interés; “el hecho – afirma Dobb- es que ‘la forma’ en que vemos las cosas puede distinguirse con dificultad de ‘la forma en que deseamos verlas’”. Vid. Dobb, M., *Teoría del valor y de la distribución desde Adam Smith. Ideología y Teoría Económica*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1975, pp. 13 y ss.

⁸ Delors, J., “Prólogo” a Schoutheete, Ph., op. Cit., p. 15. Vid. Dehove, M., *Le Traité*

d'Amsterdam, *forces e faiblesses*, *La Documentation Française*, 1999, pp. 51-67.

⁹ Castells, M., *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Vol. 3 (Fin de Milenio), Alianza edit., Madrid, 1997, p. 344.

¹⁰ Amin, S., *El capitalismo en la era de la globalización*, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 144-152. Véase también López Segrera, F. (edit.), *Los retos de la Globalización. Ensayos en homenaje a Theotonio Dos Santos*, UNESCO, Caracas, 1998. Tomo 1. Dierckxsens, W., *Los límites de un capitalismo sin ciudadanía*, DEI, San José, Costa Rica, 1997. Vid. también González Casanova, P., *Globalidad, neoliberalismo y democracia*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, México, 1995. Para un análisis del llamado "déficit democrático" europeo véanse los siguientes trabajos, Sánchez Cuenca, I., "El déficit democrático de la Unión Europea" en *Claves*, 78, 1997, pp. 38-47; y Boyce, B., "The Democratic Deficit of The European Community" en *Parliamentary Affairs. A Journal of Comparative Politics*, 46, 4, 1993, pp. 458-477.

¹¹ Polanyi, K., *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, Edic. de La Piqueta, Madrid, 1997.

¹² De Sousa Santos, B., *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Ediciones Uniandes, Bogotá, 1998.

¹³ Polanyi, K., *op. Cit.*, p. 229.

¹⁴ Ese fue precisamente el objetivo de las llamadas "leyes de pobres" en la Inglaterra analizada por Polanyi. Véase concretamente las páginas 137 y ss., y 429 y ss., donde el autor polaco desarrolla estas ideas.

¹⁵ "La Constitución americana, elaborada en un medio de agricultores y artesanos por una clase dirigente consciente de lo que estaba ocurriendo en la escena industrial inglesa, aisló totalmente la economía de la jurisdicción constitucional y situó, en consecuencia, a la propiedad privada bajo la más poderosa protección que cabe imaginar y creó la única sociedad de mercado del mundo legalmente fundada. A pesar del sufragio universal, los electores americanos se sentían impotentes ante los propietarios", Polanyi, *Op. Cit.*, p. 355.

¹⁶ Polanyi, *Op. Cit.*, p. 233.

¹⁷ *Ibid. Op. Cit.*, p. 391.

¹⁸ *Ibid. Op. Cit.*, pp. 394-395 (subrayado nuestro).

¹⁹ De Sousa Santos, B., *Op. Cit.*, pp. 13 y ss. Un análisis profundo acerca de las ambigüedades de la modernidad europea puede verse en Negri, A., and Hardt, M., *Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2000, pp. 69-92.

²⁰ Junto a las tesis del Profesor Santos, podemos citar en este punto la obra de Bidet, J., *Teoría de la Modernidad*, El Cielo por Asalto, Buenos Aires, 1993.

²¹ Puede consultarse además el interesante trabajo de Ianni, O., *A política mudou de lugar* en Dowbor, L., Ianni, O., y Resende, P., (edit.), *Desafios da Globalização*, Vozes, Petrópolis, 1997, pp.17-27.

²² En este sentido debe consultarse la obra de Lang, T., y Hines, C., *El Nuevo Proteccionismo*, Ariel, Barcelona, 1996; y Teló, M., *Globalización, Regionalización y Gobierno Mundial: Europa, Asia y América Latina* en López Segrera, F., *Los Retos de la Globalización*, cit., Tomo 2, pp. 377-412.

²³ Dejando de lado las, por otro lado juiciosas, pretensiones sobre el "crecimiento cero", lo que nos interesa aquí es resaltar cómo en esa idea de progreso tecnológico continuo no se tiene en cuenta la profunda asincronía que se da entre el desarrollo acelerado de las capacidades tecnológicas y el lento proceso de adaptación, análisis y reflexión axiológica de que es capaz el ser humano. Legitimar el proceso de la modernidad en base al crecimiento continuo de lo tecnológico obvia el fenómeno de la anomia que se viene produciendo a causa de ir dejando sin regular y sin enjuiciar éticamente las consecuencias sociales, políticas y morales del crecimiento. Para una mayor reflexión sobre este tema, consúltese Rescher, N., *Razón y valores en la era científico-tecnológica*, Paidós, Barcelona, 1999.

²⁴ Quien ha reflexionado seriamente sobre el choque de "tiempos" ha sido Antonio Negri. Para Negri hay que distinguir dos tendencias temporales: la capitalista y la obrera. La primera está vinculada al concepto de paz o muerte y la segunda al concepto de vida. El tiempo de paz es el que se ve reflejado en las tradiciones

contractualistas (hobbesianas), míticas (rousseauianas) y dialécticas (hegelianas). En esta tradición el Estado se fundamenta sobre la paz como condición legitimadora del ejercicio de la violencia. La paz se muestra aquí como consolidación de una victoria, como valor mistificador de los vencedores y su tiempo es “cero”, ya que consiste tanto en la aniquilación del enemigo como en la construcción de instituciones que ejecutan y reproducen la victoria procedente de la pacificación. El tiempo “cero” aparece en Negri en el análisis de la Constitución: en la “norma fundamental” aparece desde la simulación del conflicto (liturgia de la representación general) hasta el ejercicio legal de la, en términos de Negri, ferocidad guerrera (la represión). Este tiempo, bajo el filtro de la administración, se muestra como organización social del trabajo, como tiempo-medida de la acumulación y el provecho capitalista. Lo interesante para nuestros fines consiste en la contraposición de este tiempo (del capitalismo) y el obrero, el de la vida, el cual se construye sobre dos líneas fundamentales: la primera es la que afirma su antagonismo con el Estado, o sea, como el continuo conflicto contra el trabajo explotador del tiempo-medida dado en el seno de los procesos de división del trabajo. La segunda línea, es la que se afirma sobre la expresión autónoma de valores como la “autovalorización”, la autodeterminación, la comunidad, etc. Todo lo trascendente y todo lo que se separe de la potencia humana constitutiva es rechazado. Esta concepción materialista conlleva siempre la tensión entre la determinación actual y los proyectos constitutivos. Todo ello va conformando lo que se denomina tiempo-vida. De ahí surgen las ideas, tan relevantes en el autor italiano, de trabajo complejo, cualificado, cooperativo, colectivamente constituido, en definitiva, tiempo ontológico entendido como potencia constitucional. Ver Negri, A., *Costituzione del tempo. Prolegomeni. Orologi del capitale e liberazione comunista*, Manifestolibri, Roma, 1997.

²⁵ Ver Dehove, M., *Mondialisation et innovation institutionnelle: l'intégration européenne* en *Les Temps Modernes*, 607, janvier-février 2000, pp. 115-134. El interés de este trabajo radica en su inserción en el número monográ-

fico de la revista citada dedicado a *Le Théâtre de la mondialisation. Acteurs, victimes, laissés-pour-compte*.

²⁶ Grimm, D., *¿Necesita Europa una Constitución?*; Habermas, J., *Observaciones a ¿Necesita Europa una Constitución?*; MacCormick, N., “La sentencia de Maastricht: soberanía ahora”, en *Debats*, 55, 1996, pp.4-30. En relación a la “domestic analogy” ver, Bull, H., *The Anarchical Society*, Macmillan, London, 1977 y Suganami, H., *The Domestic Analogy and World Order Proposals*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1989. Ya que nuestro interés reside más en mostrar la deformación que la pregunta produce sobre la misma posibilidad de respuesta, es decir, en tanto que nuestro objetivo es más bien metodológico en sentido amplio, ofrecemos otras perspectivas más realistas en las que se presentan razones para buscar salidas al propio Estado Nación. Estas contribuciones se encuentran en los siguientes trabajos: en un sentido muy general, ver Rosenau, J.N., *Turbulence in World Politics: A Theory of Change and Continuity*, Princeton, Univ. Press, Princeton, 1990. Y de un modo más concreto, Dehove, M., *L'Union européenne inaugure-t-elle un nouveau grand régime d'organisation des pouvoirs publics et de la société internationale?* en *L'Année de la Régulation*, Recherches La Découverte, 1998, vol.1; del mismo autor, *L'Union européenne comme innovation institutionnelle Colloque IRIS*, 2-4 Décembre, 1998; ver también Mosconi F., *Il Trattato di Maastricht: una costituzione per l'Europa?*, *Il Politico. Rivista Italiana di scienze politiche*, 163, 1992, pp. 421-438. Trabajando sobre el concepto de constitución europea no como resultado sino como “proceso”, puede consultarse el trabajo de Estévez Araujo, J.A., *El problema de la Unión Europea y de los Estados Nacionales* en *Mientras Tanto*, 57, 1994, pp. 35-48 (sobre la problemática de las relaciones entre la Integración regional y el Estado Nación en Europa, vid. esp. pp. 35 y ss.).

²⁷ Grimm, D., *¿Necesita Europa una Constitución?*, cit. p. 10. Asimismo, von Bogdandy *Die Verfassung der europäischen Integrationsgemeinschaft als supranationale Union* en von Bogdandy (edit.), *Die Europäische Option* (Baden-Baden) 1993, 97, p. 101.

²⁸ Un análisis detallado de las dificultades para la adopción de una Constitución *formal* para Europa, en Hijelmo, J.G., *Reflexiones jurídicas para un tiempo de crisis. Nuevo Orden Internacional, Constitución Europea y proceso autonómico español*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1997, esp. pp. 91-101. Para lo que sigue en el texto puede consultarse Muñoz Machado, S., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993, Murswiek, D., “Maastricht und der pouvoir constituant” en *Der Staat* 2, 1993, pp. 161-184, Albarracín, J., y Montes, P., *El sueño liberal engendra monstruos. La Europa de Maastricht y la convergencia española en VV.AA., La izquierda y Europa*, IU- La Catarata, Madrid, 1992, pp. 55-108 (Véase la bibliografía y los argumentos vertidos al respecto por Estévez Araujo, J.A., *El problema de la Unión Europea y de los Estados Nacionales*, op. cit., pp. 44 y ss.).

²⁹ Grimm, D., op. cit. p. 10. Esta constatación ha llevado a Jean Claude Barreau a hablar de la construcción europea como si fuera un “golpe de Estado invisible” contra los Estados Nación europeos. Vid Barreau, J.C., *Le Coup d’Etat invisible*, Albin Michel, Paris, 1999.

³⁰ Grimm, D., op. cit., p. 12. Es interesante reproducir aquí las observaciones del autor alemán sobre la reducción parlamentarista de la democracia, léamoslas: “La democracia... no debería equipararse con el parlamentarismo. Por supuesto, resulta difícil de concebir la democracia en grandes Estados con una continua necesidad de toma de decisiones sin un Parlamento libremente elegido. Sin embargo, el proceso parlamentario no garantiza por sí mismo unas estructuras democráticas. Por una parte, las preferencias individuales de los votantes ya no están adecuadamente expresadas en la altamente genérica opción electoral entre partidos vagamente definidos, sino que el individuo es remitido a organizaciones y canales de influencia adicionales a fin de hacer valer sus puntos de vista e intereses. Por otra parte, un Parlamento formado por miembros de partidos no puede reflejar y procesar adecuadamente la multiplicidad de puntos de vista e intereses sociales, sino que el proceso parlamentario se construye

sobre un proceso social de mediación de intereses y control de conflictos que en parte alivia la carga de la toma de decisiones parlamentaria y en parte la configura. Las relaciones entre el individuo, las asociaciones sociales y los órganos del Estado se mantienen principalmente gracias a los medios de comunicación, que crean el público necesario para la formación de cualquier tipo de opinión general o participación democrática” Grimm, D., p. 11 (los autores que están implícitos en las observaciones de Grimm son, en lo que se refiere al análisis de las deficiencias “representativas” y “participativas” del Parlamento, Abromeit, H., *Interessenvermittlung zwischen Konkurrenz und Kondordanz*, Opladen, 1993, y lo que versa sobre la influencia de los medios de comunicación a la hora de establecer la agenda pública Habermas J., *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, 1992, especialmente el capítulo VIII, pp. 399 y ss.).

³¹ Grimm, D., op. cit. p. 13. Basándose en un estudio-encuesta de 1990, Grimm da cuenta de que el conocimiento del inglés se distribuye desigualmente entre los europeos: mientras que un 28% de holandeses y un 15% de daneses tenían un buen nivel de conocimiento del idioma, sólo el 3% de los franceses y españoles y el 1% de italianos lo tenían también.

³² Grimm, D., op. cit. p. 15. A pesar de la fuerte denuncia que plantea J.C. Barreau en su *Le Coup d’Etat invisible*, (cit. más arriba) al debilitamiento que está sufriendo el principio de sufragio universal en la construcción europea y, al mismo tiempo, el realismo de sus aportes acerca de la transformación de los Estados Nación en Estados Financieros, su crítica se debilita al no salirse del marco del Estado Nación francés como único modelo de democracia hacia el futuro. ¿Pueden defenderse afirmaciones como las que afirman que no existe entre la ciudadanía un sentimiento de adhesión a Europa, al contrario de lo que ocurre con la propia nación?

³³ Habermas, J., *Observaciones a ¿Necesita Europa una Constitución?*, cit. p. 23.

³⁴ Habermas, J., *Op. cit.* p. 23.

³⁵ Habermas, J., *Op. cit.* p. 24.

³⁶ El paradigma de “globalismo normativo”, en el que se pueden incluir los nombres citados en

el texto y de otros como Anthony Giddens, entiende como “natural” “deseable” e “ineludible” el actual modelo de globalización económica y política que se está imponiendo a nivel planetario. Para estos autores, es necesario, sin embargo, corregir algunos problemas que puedan ir surgiendo. En el caso de David Held, cabría decir que fija la atención en lo que denomina una democracia cosmopolita dirigida a democratizar las instancias internacionales (no transnacionales) de decisión como, p.e. la ONU. Giddens comparte dicha perspectiva, pero la complementa con algunos controles de tipo financiero. Vid. Falk, R., *Reflections on democracy and the Gulf War* en *Alternatives*, 162, 1991; del mismo autor, *Positive prescriptions for the near future* en *World Order Studies Program*, Occasional Paper, 20, 1991; y *Theoretical Foundations of Human Rights* en Claude R., and Weston, B., (edit.), *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1989, pp. 29-29. McGrew, A., *Conceptualizing global politics* en McGrew, A., Lewis, P., (edit.), *Global Politics*, Polity Press, Cambridge, 1992. De David Held puede consultarse entre otros textos más famosos *Democracy, the nation-state and the global system* en Held, D., (edit.), *Political Theory Today*, Polity Press, Cambridge, 1991; y del mismo autor *Democracy and Globalization, Alternatives*, 162, 1991. Ejemplos prácticos de cómo se lleva a cabo una acción transnacional desde el punto de vista del globalismo normativo pueden verse en la siguiente dirección de Internet: <http://www.econet.apc.org/igc/igcinfo.html>.

³⁷ “Los sistemas jurídicos no son fenómenos susceptibles de experiencia sensorial. Son objetos de pensamiento, productos de discursos particulares más que premisas de ellos... Obviamente mucho de lo que las personas hacen, especialmente lo que las personas hacen en funciones gubernamentales, está *orientado* (cursiva nuestra) por la ley o al menos por creencias acerca de la ley, y la idea de la ley como una empresa sistemática, centrada en un corpus de normas autoconsistente y coherente, se basa en el *postulado* (cursiva nuestra) de la existencia del ‘sistema jurídico’ como una especie de ideal regulador” MacCormick, N., *La sentencia de Maastricht: soberanía ahora*, op. cit. p.26

(el texto que sirve de base a estas afirmaciones de MacCormick es el de Bengoetxea, J., *Legal System as a Regulative Ideal* en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 66, Beiheft 53, 1994.

³⁸ MacCormick, N., op. cit. p. 28. Véase asimismo, Hijelmo, J.G., *Reflexiones jurídicas para un tiempo de crisis. Nuevo Orden Internacional, Constitución Europea y proceso autonómico español*, op. cit. pp 141 y ss.; del mismo autor, *La Constitución para la Unión Europea como proyecto normativo y como problema jurídico* en *Noticias de la Unión Europea*, 124, 1995, pp. 21-43, esp. p. 39. Ver también, La Torre, M., *Derecho y concepto de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea* en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 16, 1993, pp. 67-93.

³⁹ MacCormick, N., *Op. cit.*, p. 29.

⁴⁰ MacCormick, N., *Op. cit.*, p. 28. Al final de su trabajo MacCormick remacha sus argumentos del siguiente modo: “...el mismo análisis que nos exige confirmar que la soberanía no ha sido transferida a los órganos europeos nos exige al mismo tiempo rechazar que continúe siendo propiedad exclusiva de ningún Estado miembro”, op. cit. p. 30 (¿cabe mayor ambigüedad? ¿o es que la pregunta necesita una mayor afinación metodológica y política?). Esa “interacción entre sistemas normativos” es objeto de crítica en tanto que lo que nos encontramos es más bien dos tipos de “políticas” cronológica y socialmente desvinculadas, lo que conduce a las tensiones entre las lógicas nacionales y las comunitarias. Ver en este sentido Díez Picazo, L.M., *La constitucionalización de Europa* en *Claves*, 64, 1996, pp. 16-22.

⁴¹ Hofstadter, D.R., *Gödel, Escher, Bach. Un Eterno y Gracil Bucle*, Tusquets, Barcelona, 1987.

⁴² Hofstadter, D.R., *Op. cit.*, pp. 76 y ss. y 783 y ss. La ideología, en su empeño por mostrar como general y universal un mero particularismo, tiende a potenciar la mirada sobre la “figura”, sobre lo aparente, obviando todo recurso al “fondo” de los problemas o de los hechos. En ideología ocurre lo contrario que en el arte. En éste ámbito por mucho que los artistas intenten despojar su obra de toda significación a

excepción de lo puramente estético, el público, siempre y cuando dicha obra esté situada en un espacio considerado como “artístico” –sea museo, galería o editorial-, tenderá a encontrar sentidos y mensajes profundos. Es lo que puede denominarse “efecto marco” de la obra de arte. En ideología, una vez formalizadas las propuestas, una vez “naturalizadas”, estas tienden a ser vistas como no ideológicas, como lo natural. Podríamos llamar a este hecho el “efecto forma”. Véase más abajo nuestras consideraciones acerca de una concepción del derecho formalista en plena globalización de la ideología liberal.

⁴³ Hofstadter, D.R., *Op. cit.*, p. 93.

⁴⁴ Obviar ese “espacio negativo”, ese fondo desde el que apreciar los hechos en toda su dimensión, y que no es otro que la tan traída y llevada “globalización”, hace que los análisis críticos acerca de las dificultades para construir una ciudadanía europea bajo el manto de una constitución común se detengan en apreciaciones de segundo orden; véase el caso de Dieter Grimm, el cual después de mostrarnos las deficiencias de un parlamentarismo obsoleto y de unos Estados poco dispuestos a abandonar sus cuotas de soberanía nacional, se detiene en temas como la falta de un idioma común y la no existencia de un “público” que pueda llamarse europeo. La ausencia de un público de este tipo, afirma Grimm, “proporciona a los puntos de vista profesionales y técnicos, especialmente los de naturaleza económica, un peso excesivo en la política europea...”. Por lo que será la falta de un sistema de comunicaciones europeo, debido principalmente a la diversidad lingüística, la causa del economicismo y de la tecnocracia europeas. ¿Figura?, ¿Fondo?

⁴⁵ Habermas, J., *Observaciones a ¿Necesita Europa una Constitución?*, *Op. cit.*, p. 22.

⁴⁶ Guéhenno, J.M., *La Fin de la démocratie*, Flammarion, Paris, 1993.

⁴⁷ Véase, entre otros muchos trabajos del jurista alemán, “Programas sobre Europa en constitución y proyectos constitucionales recientes. El desarrollo del Derecho Constitucional nacional sobre Europa” en *Retos actuales del Estado Constitucional*, IVAP, Oñati, 1996, pp. 99 y ss.

⁴⁸ En el mismo sentido, Levin, D.L., *Constitution as Culture* en la obra del mismo autor

Representing Popular Sovereignty. The Constitution in American Political Culture, State of University of New York Press, 1999, pp. 1-12.

⁴⁹ Häberle, P., *Libertad, Igualdad y Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Mínima Trotta, Madrid, 1998.

⁵⁰ Forrester, V., *L'horreur économique*, Fayard, Paris, 1996. El texto está entresacado de la edición española de esta obra (*El horror económico*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1997, p. 10).

⁵¹ Ver las tesis de Valdés Paz, J., en *Globalización y regionalización: una perspectiva de izquierda en VVAA, Alternativas de Izquierda al Neoliberalismo*, FIM, Madrid, 1995. Alrededor del concepto de globalización se han dado múltiples visiones. Ver por ejemplo las de Roland Robertson (en *Globalization: Social theory and global culture* Sage, London, 1992) donde se relaciona la globalización con el surgimiento de una cultura planetaria. Para Peter Beyer (en *Religion and Globalization*, Sage, London, 1994), debemos hacer de lo “global” la unidad de análisis primaria, abandonando items como el de región o nación. En este sentido, para Anthony Smith (*Towards a global culture* en Featherstone, M., (edit.), *Global Culture: Nationalism, globalization and modernity*, Sage, London, 1990), la era del Estado Nación ha terminado. Entre los problemas que la globalización entraña, podemos destacar el famoso dilema enunciado por Arjun Appadurai (*Disjunction and difference in the global economic culture* en Featherstone, M., (edit.), citado anteriormente), al afirmar que el problema central de la globalización es la tensión entre homogeneización y heterogeneización cultural. Para Anthony Giddens (en *Las consecuencias de la modernidad*, Alianza, Madrid, 1994), partiendo de una visión un tanto ingenua de la globalización (apreciando únicamente las “figuras” y no entrando en el “fondo” de los problemas, la globalización puede definirse como la intensificación de las relaciones sociales a nivel mundial que tiende a la unificación de localidades distantes de tal manera que lo que suceda en ellas es influido por eventos que se dan en otras localidades del mundo y viceversa. Consúltese

también las tesis de Faria, J.E., en *Virtudes y dilemas del constitucionalismo en la economía globalizada en Portavoz*, 46, 1996, pp. 10-17.

⁵² Castells, M., *Op. cit.*, vol. III, pp. 352-353.

⁵³ Entre la avalancha de comentarios y monografías dedicadas al respecto (ver, p.e. la labor realizada por *Le Monde Diplomatique* y los textos de su Director, Ignacio Ramonet, vid. su trabajo *Un mundo sin rumbo. Crisis de fin de siglo*, Debate, Madrid, 1997)), me gustaría reseñar obras menos conocidas pero de indudable interés; vid. p.e. Misas Arango, G., *Globalización y economía* y Peemans, J.Ph., *Globalización y desarrollo: algunas perspectivas, reflexiones y preguntas*, ambos textos incluidos en VVAA, *El Nuevo Orden Global. Dimensiones y Perspectivas*, Universidad Nacional de Colombia y Universidad Católica de Lovaina, Santafé de Bogotá, 1996, pp. 159-208 y 13-56, respectivamente.

⁵⁴ Kymlicka, W., *Multicultural citizenship*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

⁵⁵ Balibar, E., y Wallerstein, I., *Race, nation, classe. Les identités ambiguës*, La Decouverte, Paris, 1988.

⁵⁶ Cavalli-Sforza, L., *Quiénes somos. Historia de la diversidad humana*. Crítica, Barcelona, 1994.

⁵⁷ Fernández Buey, F., *La Barbarie: de ellos y de los nuestros*, Paidós, Barcelona, 1995.

⁵⁸ Taguieff, P.A., *La force de préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles*, La Decouverte, Paris, 1992; y Taguieff, P.A., (edit.), *Face au racisme*, La Decouverte, Paris, 1991.

⁵⁹ Spencer, M., *States of Injustice*, Pluto Press, London, 1995.

⁶⁰ Vid. Fitzpatrick, P., *New Europe, old story: Racism, law, and the European Community in Ireland*, P., y Laleng, P., (edit.), *The Critical Lawyer's Handbook*, Vol. 2, Pluto Press, London, 1997, De las palabras de Fitzpatrick se desprende que la caída de las fronteras internas va pareja a un proceso de "bunkerización" externa. Va construyéndose en Europa un nuevo fundamentalismo cultural. Este proceso no es tan novedoso, pues viene enraizado en el tradicional racismo europeo. Este hecho, para el autor británico, se fundamentaría en el fracaso de una definición positiva de lo europeo y la

victoria de una definición negativa y racial. En este sentido existe un peligroso paralelismo entre la formación de las naciones europeas y el desarrollo de la Comunidad Europea (hoy llamada Unión), ya que esta última, tanto en su configuración como en su trayectoria evoca claras similitudes con el concepto de nación que vuelve a aparecer como el "locus" del nuevo fundamentalismo cultural. De esta manera, la Comunidad Europea es elevada a términos trascendentes que se enfrentan a la decadente realidad de los particularismos locales. Los nacionalismos del XIX sirvieron para marcar el grupo nacional frente a lo excluido. Ese nacionalismo expansivo y universalizador de su propio particularismo ha servido para medir al resto de las culturas bajo los patrones evolucionistas y "civilizadores" que sellan gran parte de la tradición europea.

⁶¹ Pieterse, J.N., *Fictions of Europe en Race and Class*, 32, 1991.

⁶² Shore, C., *Inventing the People's Europe: Critical approaches to European Community Cultural Policy*, en *Man*, 779, 1993.

⁶³ De Certau, *La culture au pluriel*, Seuil, Paris, 1993 (cit. en Legrand, P., *Against a European Civil Code en The Modern Law Review Limited*, 60.1, 1997).

⁶⁴ Memmi, A., *Le Racisme*, Gallimard, Paris, 1982; y Béjin, A., et Freund, J., (edit.), *Racismes, antiracismes*, Méridiens-Klincksck, 1986. Véanse los interesantes y anti-etnocéntricos estudios de Anthony Marx, *Making Race and Nation: A Comparison of the United States, South Africa and Brazil*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998. , James Mckee, *Sociology and the Race Problem: The Failure of a Perspective*, University of Illinois Press, Urbana y Chicago, 1993 y Bourdieu, P., y Wacquant, "Los artificios de la razón imperialista" en *Voces y Culturas. Revista de Comunicación*, 15, 2000, pp. 109-128.

⁶⁵ Grimm, D., *Op. cit.*, p. 14.

⁶⁶ Barnett, R.J., and Cavanagh, J., *Global Dreams: imperial corporations and the New World Order*, Touchstone, N.Y., 1995.

⁶⁷ Ritzer, G., *The McDonaldization thesis*, Sage, London, 1998. Partiendo del análisis que sobre la burocracia realizó Max Weber, Ritzer

desarrolla toda una teoría sociológica que profundiza en el desvelamiento de mecanismos de control ocultos que ejercen una influencia determinante sobre lo cotidiano. Tomando como ejemplo el famoso restaurante de comida rápida, el sociólogo norteamericano va describiendo una a una las características de estos sistemas racionalizados. Dichos rasgos son los siguientes: la eficacia, el cálculo, la predicción y el control. Esto tiene como consecuencia que se pueda hablar de una nueva “jaula de hierro de la mcdonalización” y de una irracionalidad de la racionalización (ver en este sentido la obra de Franz Hinkelammert, *El Mapa del Emperador*, DEI. San José de Costa Rica, 1996, esp. pp. 12-45). Las ideas de Ritzer se han ido complementando con conceptos tales como el de “Mcdisneylización” o, refiriéndose a la problemática laboralista contemporánea, el de Mcjobs. En español puede consultarse: Ritzer, G., *La McDonalización de la sociedad. Un análisis de la racionalidad en la vida cotidiana*, Ariel, Barcelona, 1996. Ver también García Canclini, N., *La Globalización Imaginada*. Paidós, Barcelona, 1999, esp. pp. 50-52.

⁶⁸ Ulf Hannerz afirma lo siguiente: “el sistema mundial, más que crear una masiva homogeneidad cultural a escala global, está sustituyendo una diversidad por otra y esta nueva diversidad se basa comparativamente más en las interrelaciones y menos en la autonomía” en Clifford, J., *The Predicament of Culture: Twentieth-Century Ethnography, Literature and Art*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1988, p.17.

⁶⁹ Lyotard, F., *Des dispositifs pulsionnels*, Union Générale d' Editions, Paris, 1973.

⁷⁰ Murphy, P., *Postmodern perspectives and justice in Thesis Eleven*, 30, 1991.

⁷¹ Bannerji, H., *But who speak for us?. Experience and agency in conventional feminist paradigms* en Bannerji, H., y otros *Unsettling Relations*, Women's Press, Toronto, 1991. Vid. asimismo, Herrera Flores, J., *De la rueda y el freno. Socialismo y Democracia en Georg Lukács y Rosa Luxemburgo*, de próxima aparición).

⁷² Benhabib, S., *Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Routledge, London, N.Y., 1992, 1. 164.

⁷³ Korten, D.C., *When de Corporations rule the World*, Earthscan Publication, Ltd., London, 1995.

⁷⁴ Negri, A., *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, CEDAM, Padova, 1962.

⁷⁵ Negri, A., *La forma Stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*, Feltrinelli, Milano, 1977 p. 46. Siguiendo con su análisis de la “la forma stato” Negri presenta el desarrollo constitucional italiano más reciente como una reapropiación directa, por parte de la burguesía post-fordista, de la constitución material. Dicha reapropiación constituye una condición *sine qua non* para la reproducción capitalista y la subsunción del trabajo en el capital. En definitiva, “la burguesía se identifica con el gobierno, el país se reduce a una empresa cuya gestión es unidimensionalmente- capitalista”, en *Italia, anni Novanta: crisi e rinnovamento di un modello costituzionale* en Negri, A., *L'Inverno é finito. Scritti sulla trasformazione negata (1989-1995)*, Castelvecchi, Roma, 1996, p. 276. Junto a estos desarrollos, la izquierda aparece como un púgil sonado, como un “muerto que camina”, como un zombi que es incapaz de comprender las razones de su derrota electoral y la falta de perspectiva histórica que supone utilizar conceptos como fascismo, en vez de fijar su atención en la reaccionaria recomposición de fuerzas actual. Negri critica a la izquierda europea en general e italiana en particular teniendo presente siempre la realidad italiana de los noventa; ver “La ‘Rivoluzione’ italiana e la ‘devoluzione’ della sinistra” en *L'Inverno é finito*, op. cit., pp. 262 y ss.

⁷⁶ Caso 43/75, Defrenne v. Sabena (num.2) 8 de Abril (1976). Rec. 455 (ver, caso 149/77 – Defrenne, ECR 1978, p. 1379).

⁷⁷ Vid. Pacci, M., *Tra Maastricht e l'operazione rientro la politica sociale italiana*; y Ciafaloni, F., *Una Costituzione per l'Europa?*, ambos trabajos incluidos en *Politica ed Economia*, 12, 1992, pp. 25-29 y 29-32, respectivamente. Para un análisis más formal del papel de los derechos sociales en el proyecto de Constitución Europea, *Los derechos sociales en la Unión Europea: una perspectiva constitucional* en

Revista Vasca de Administración Pública, 46, 1996, pp. 119-142. La tendencia establecida por las élites políticas europeas hacia el desmantelamiento progresivo del Estado del Bienestar es estudiada por George, V., *Political Ideology, Globalization and Welfare Future in Europe*, en *Journal of Social Policy*, 27, 1, 1998, pp. 17-36. Vid. también Durand, M., *La Europa Social, principios y contrapuntos* en *Sociología del Trabajo*, 12, 1991, pp. 41-75. Un análisis muy pormenorizado de los esfuerzos por integrar los derechos sociales en los presupuestos del liberalismo jurídico imperantes en Europa, puede encontrarse en el *working paper* presentado al Parlamento Europeo por Butt, M.E., Kübert, J., and Schultz, Ch. A., *Fundamental Social Rights in Europe*, European Parliament, Directorate General for Research, Social Affairs Series (SOCI 104 EN. PE 168. 629). Asimismo, Cassese, A., Lalumière, C., Leuprecht, P., and Robinson, M., *A Human Rights Agenda for the European Union for the Year 2000*, (papers of the European University Institute), Florence, 1998. Drzewicki, K., Krause, K., and Rosas, A., *Social Rights as Human Rights. A European Challenge*, (Institute for Human Rights, Abo Akademi University), Abo, 1994. Hepple, B., *The Implementation of the Community Charter of Fundamental Social Rights in The Modern Law Review*, 53, 1990, pp. 645 y ss. Watson, P., *The Community Social Charter en Common Market Law Review*, 28, 1991, pp. 49 y ss.

⁷⁸ Humana, Ch., *World Humans Rights Guide*, 3^a ed., Oxford University Press, Oxford, 1992, pp. 83, 122, 126, 201 y 32 respectivamente. Una visión formalista de los derechos humanos conduce a Humana a contemplar derechos que sean susceptibles de ser definidos y medidos con seguridad (p. 3). **Para esto necesita preguntarse** qué son derechos humanos y lo hace del siguiente modo: “Human rights are the laws, customs and practices that have evolved over the centuries to protect ordinary people, minorities, groups, and races from oppressive rulers

and governments” (cursiva nuestra). Según la racionalidad formalista (como consecuencia de las “lagunas” que impone la ideología liberal) los únicos derechos que pueden ser medidos son las libertades individuales, por lo que los derechos sociales (no medibles, no cuantificables por la racionalidad jurídica dominante) son descartados de la misma noción de derechos humanos.

⁷⁹ Mansell, W., *Pure law in an impure world* en Ireland, P., and Laleng, P., (edit.), *The critical lawyer's handbook*, 2, Pluto Press, London, 1997.

⁸⁰ Bourdieu, P., *Cuestiones de Sociología*, Istmo, Madrid, 2000, pp. 233 y ss. Desde el proceso de construcción de la Unión Europea y sus relaciones con otros países, entre ellos, y fundamentalmente, los del Magreb, establecer una relación entre el desarrollo capitalista de la economía y el surgimiento por generación espontánea de una legislación democrática (clave fundamental de la ideología liberal desde sus comienzos). Ver una crítica a esta “relación” y las consecuencias sociales de desempleo, pobreza y polarización social que provoca en Núñez, J.A., *La Asociación Euro-Mediterránea tras la Conferencia de Malta en el proceso de construcción europea*, en VV.AA., *Los desafíos de la Unión Europea. Estado, Economía y Sociedad*, Instituto de Estudios Transnacionales, Córdoba, 1998, pp. 149- 164.

⁸¹ Held, D., *From City-states to a Cosmopolitan Order*, Held, D., (edit.), *Prospects for Democracy. North, South, East, West*, Polity Press, Cambridge, 1993, pp. 13-52; del mismo autor, *La Democracia hoy: ¿hacia un orden cosmopolita?* en *Debats*, 29, 1994, pp. 4-23. Como crítica a estas propuestas podremos añadir las obras de Immanuel Wallerstein, en español puede consultarse su análisis sobre el economismo de la globalización en Wallerstein, I., *El mercado planetario del futuro* en *El País*, número extra del 25 de Enero de 1993 titulado genéricamente *Europa: el nuevo continente*.

EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS THE BASIS OF HUMAN RIGHTS

JORGE HORACIO GENTILE*

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: Este artigo analisa, em uma perspectiva filosófica, a abrangência dos direitos humanos nas Constituições da América Latina, levando em consideração o fato de que o conteúdo progressivo dos mesmos avança com o conhecimento no tempo e as demandas por novos direitos pessoais e coletivos. Parte da constatação de que a dignidade da pessoa humana pressupõe a posse de bens essenciais, tais como a liberdade, a vida e o trabalho, dos quais derivam todos os demais direitos. Demonstra, ainda, que as normas jurídicas só reconhecem os direitos que lhes são superiores e anteriores, identificando na relação justa a essência do direito e a garantia da convivência social em um estado democrático.

Palavras-chave: Direitos humanos. Dignidade da pessoa humana. Constitucionalismo. Direitos não enumerados.

Abstract: This essay analyses, inside the philosophical perspective, the range of the human rights in Latin American Constitution, take into account the fact that the progressive matter goes on inside the time and the prosecution for a new personal and general rights. A fraction of the confirmation that the human dignity presupposed the tenure of essential property, as the liberty, the life and work, of which become all the others rights. Demonstrate, also, that the rules of law only recognizes the rights that are higher and precedence identifying in the fair relationship the rights essence and the guarantee of socialability in a democratic state.

Key words: Human rights. Human being dignity. Constitutionalism. Rights without mentioning.

1. Introducción

Germán J. Bidart Campos construyó su grandiosa obra de Derecho Constitucional sobre bases firmes para lo que apeló a la Filosofía del Derecho y a la Filosofía del Derecho Constitucional, porque consideró que esta era y “(...)tendrá que ser, en lo sucesivo, la introducción al Derecho Constitucional positivo y comparado(...)”.

Más allá que al derecho lo podamos describir, como proponía el Bidart, en las tres dimensiones en que se nos muestra en el mundo jurídico; el de la conducta, el de la norma y el del valor justicia; ello no nos exime de intentar una conceptualización, e incluso una definición, que nos permita

discernir respecto de su contenido, fuentes y alcance.

Las constituciones han reconocido desde siempre derechos personales, que son anteriores y superiores a las mismas, y que se originan en los bienes que posee la persona humana, en su espíritu, como es la libertad; en su realidad material corporal, como es la vida temporal, y en el desarrollo de su propia personalidad, que se realiza a través del trabajo. Cuando el hombre, animal social por naturaleza, intenta desarrollar dichos bienes interactuando con otros hombres se hace necesario para proteger a de dichos bienes el derecho, palabra que viene del latín *dirigere* (diri-

* Es profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Católica de Córdoba. www.profesorgentile.com.ar

gir) o regere (regir), que alude a lo recto, o sea a la conducta dirigida o regida por el bien común, que es su fin. El “derecho a ser hombre” o persona es el primero de ellos, el derecho a la libertad, el derecho a la vida, y el derecho al trabajo -que genera el derecho de propiedad- constituyen los derechos fundamentales que tienen los hombres que viven con otros hombres, y de los cuales se derivan todos los demás derechos que las normas reconocen y garantizan.

La expresiones “Derechos Humanos”, “Derechos del Hombre”, “Derechos Naturales”, “Derecho Innatos”, “Derecho Personales”, “Derechos Individuales”, “Derechos Fundamentales”, “Derechos Morales”, “Derechos Públicos Subjetivos”, “Derechos Subjetivos”, “Libertades Fundamentales” o “Libertades Públicas” se usan indistintamente para referirse a estos derechos enumerados o no enumerados por las constituciones, las declaraciones y los tratados internacionales o las leyes que lo reconocen.

2. Dignidad de la Persona Humana

La persona humana, como unidad esencial e hipostática de espíritu y materia, es la que posee estos bienes esenciales, la libertad, la vida y el trabajo, que al ejercerlos en la vida de relación con otros hombres pueden producir confrontaciones que necesitan ser defendida a través de los derechos para evitar que se transgredan los límites de justicia, del dar a cada uno lo suyo, que exige el bien común de la sana convivencia. Así es como aparecen los derechos, que bien se han denominado naturales, ya que derivan de la dignidad de la persona humana. Los demás seres de la creación, ya sea que pertenezcan al reino mineral, vegetal o animal, por carecer de esta dignidad, no disponen de derechos que merezcan ser reconocidos ni garan-

tizados por las normas positivas. La defensa de estos seres y al buen uso que los hombres deba hacer de ellos, como es el caso de lo que hoy se denomina derechos de protección al ambiente o ecológicos, encuentran acogida en las leyes en razón de que los mismos han sido creados por Dios para servir al destino trascendente y temporal de los hombres en la tierra. Por eso Germán Bidart Campos, agrega, que la dignidad del hombre es “inherente a su ser, a su esencia, a su naturaleza(...)Quién no ‘es’ hombre (ausencia ontológica de ser) no puede resistir el predicado de la dignidad.”¹ Digno, según el Diccionario de la Real Academia, es lo “que merece algo en sentido favorable o adverso(...)correspondiente, proporcionado al mérito y condición de una persona o cosa”.

Como bien expresa Jacques Maritain el hombre, creado por Dios, como realidad material, como individuo, “(...)se sostiene a sí mismo por la inteligencia y la voluntad”, lo que significa “(...)que en la carne y los huesos del hombre hay un alma que es un espíritu y vale más que todo el universo material”. “La persona tiene una dignidad absoluta porque está en relación directa con lo absoluto, único medio en que puede hallar su plena realización”. Agrega que “Esta descripción no es monopolio de la filosofía cristiana(...) Es común a todas las filosofías que, de una u otra manera, reconocen la existencia de un Absoluto superior al orden todo del universo, y el valor supratemporal del alma humana.”²

Dice también “que en su aspecto ontológico el derecho natural es un orden ideal relativo a las acciones humanas, una división entre lo conveniente y lo inconveniente, lo adecuado e inadecuado, que depende de la naturaleza humana o esencia y de las necesidades inmutables en ella arraigadas...Cualquier situación dada, como por ejemplo, la de Caín con respecto de Abel,

implica una relación con la esencia del hombre, y el posible asesinato de uno por el otro es incompatible con los fines generales y la más íntima estructura dinámica de aquella esencia racional. Sencillamente: lo rechaza. De aquí que la prohibición de matar se basa en la esencia del hombre o es un imperativo de ella. El precepto: no matarás, es un precepto de derecho natural. Porque uno de los fines primordiales y generales de la naturaleza humana es preservar la existencia o el ser; el ser de aquella existencia que es una persona, y un universo en sí; y porque el hombre, en tanto que lo es, tiene derecho a la vida.”³

Hay también quienes prescinden del derecho natural y fundamentan los derechos humanos en el historicismo, y los consideran derechos históricos o en la ética, y los tienen como derechos morales.⁴ Desde un “análisis crítico” Hans Kelsen afirma que “la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino de reforzarla.”⁵ Maritain, agrega, que “la misma ley natural exige que lo que ella deja indeterminado sea ulteriormente determinado, sea como un derecho o un deber(...).”⁶

3. Progresividad y Universalidad de los Derechos

Los derechos naturales tienen su raíz, entonces, en la eminente dignidad del hombre, como una realidad ontológica, que es “un orden ideal relativo a las acciones humanas, una división entre lo conveniente y lo inconveniente, lo adecuado e inadecuado, (...)”⁷ pero también como una realidad gnoseológica, que significa el progresivo conocimiento que el hombre viene adquiriendo de las normas de derecho natural, desde que existe la humanidad, guiándose, según Santo Tomás, por las inclinaciones y

no sólo por la racionalidad de la naturaleza humana. Este conocimiento no siempre es conceptual sino que se presenta muchas veces oscuro, crepuscular, confuso, asistemático, vital y depende de la “melodía interior que producen en el individuo las cuerdas vibrantes de las tendencias permanentes.”⁸ Kelsen dice que “Se parte, pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural.”⁹

Esto es lo que nos permite hablar de un derecho natural de contenido progresivo o variable -como dice R. Stammler¹⁰- que alude al modo con que la razón ha llegado a conocer las reglas del derecho natural a través del tiempo y nos impide referirnos a los derechos como “nuevos” o “viejos”, o darle mayor o menor valor a los clasificados como civiles, políticos, sociales o de la primera, segunda o tercera generación. “El derecho natural no es un código escrito y el conocimiento del mismo por parte del hombre ha ido aumentando gradualmente a medida que su conciencia moral se fue desarrollando.”¹¹ Esto explica el porque, a pesar de la prédica cristiana, se tardó diez y nueve siglos en abolir la esclavitud o veinte en reconocer los derechos políticos y sociales de la mujer.

Si al derecho le aplicáramos, como hacía mi maestro Alfredo Fraguero, las causas del ser de Aristóteles y Santo Tomás, tanto intrínsecas como las extrínsecas, tendríamos entre las primeras la material, que en el caso del derecho es la relación interpersonal (potencia), y la formal, que es la justicia (acto), o sea la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo (Ulpiano). Las causas extrínsecas serían la eficiente: que es la ley, natural o positiva; la ejemplar: que es el orden moral o ético; y la final: que es el bien común.¹² Ello nos permitiría definir al derecho, tan-

to natural como positivo, como la relación humana justa, que tiene su origen en la ley, de naturaleza ética, dirigida al bien común. La esencia del derecho está en la conducta recta que determina la conducta de los hombres; la ley –natural o positiva-, que no es el derecho, es la que nos dice lo que es mío y lo que es tuyo, lo que es justo y lo que es injusto. La conducta torcida y la ley injusta no caben en el mundo del derecho, son, en definitiva, su contradicción, lo que el mismo procura superar, penar o reparar.

4. Los Derechos Humanos y el Constitucionalismo

“La verdadera hazaña(...) del siglo XVIII fue sacar a plena luz los derechos humanos, también exigidos por el derecho natural.”¹³ El nacimiento del constitucionalismo con la revolución norteamericana, la revolución francesa y la de los estados que se independizaron en América latina estuvo signada por la construcción de un orden social que tiene por propósito garantizar los derechos humanos, con fundamento en la dignidad de la persona y el derecho natural, reconocidos y asegurados por el texto escrito de las constituciones y de las demás leyes y normas complementarias.

La Declaración de la independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776, fue el fundamento de la Constitución de Filadelfia, sancionada once años después, al decir:

“Cuando en el curso de los acontecimientos humanos, se hace necesario para un pueblo disolver los lazos políticos que lo han unido con otro, y asumir en medio de los poderes de la Tierra, una posición separada y equivalente que el Derecho Natural y la Ley Divina lo facultan, el respeto de las opiniones de la humanidad requiere que él deba declarar las causas que le impulsan a esta separación. Nosotros sostenemos que estas verdades son evidentes por

sí mismas, que todos los hombres son creados iguales, que ellos están dotados por el Creador con determinados derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad, y la búsqueda de la felicidad; que para asegurar estos derechos, los gobiernos son instituidos entre los hombres(...)”.

En la Declaración de Derechos de Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa (1789), que se hizo en nombre de la Libertad, Igualdad y Fraternidad, se hace una:“(...)declaración solemne, de los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre(...)” que “(...)”reconoce y declara”(...)”bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano:

“a.1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos, las distinciones sociales no pueden fundarse más que sobre la utilidad común.”

“a.2. El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre(...)”.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU de 1948 dice en su artículo 1 “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

Juan Bautista Alberdi dijo, en Valparaíso en 1852 antes de la sanción de la Constitución, que: “El Congreso Argentino constituyente no será llamado a hacer la República Argentina, ni a crear las reglas o leyes de su organismo normal; él no podrá reducir su territorio, ni cambiar su constitución geológica, ni mudar el curso de los grandes ríos, ni volver minerales los terrenos agrícolas. El vendrá a estudiar y a escribir las leyes naturales en que todo eso propende a combinarse y desarrollarse del modo más ventajoso a los destinos providenciales de la República Argentina.”

“Así, pues, los hechos, la realidad, que son obra de Dios y existen por la acción del tiempo y de la historia anterior de nuestro país, serán los que deban imponer la constitución que la República Argentina reciba de las manos de sus legisladores constituyentes. Estos hechos, esos elementos naturales de la constitución normal, que ya tiene la República por obra del tiempo y de Dios, deberán ser objeto de estudio de los legisladores, y bases y fundamentos de su obra de simple estudio y redacción, digámoslos así, y no de creación”¹⁴

5. Derechos No Enumerados

Sin embargo, el artículo 33 de la Constitución Argentina, introducido en la primera reforma de 1860, dice: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.” Esto último, que parecería contradecir lo antes afirmado de que el derecho tiene por fuente a la persona y no a la “soberanía del pueblo”, se aclara en la Convención de la Provincia de Buenos Aires, que fue la que gestó las enmiendas que ese mismo año sancionó la Convención Nacional *ad hoc* reunida en Santa Fe.

El informe del 3 de abril de 1860 de la Comisión examinadora -de la primera de estas convenciones- dijo: “Los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza, como los derecho de los pueblos que conservando su independencia se federan con otros, no pueden ser enumerados de una manera precisa. No obstante esa deficiencia de la letra de la ley ellos forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades, porque fluyen de la razón del jénero (sic) humano, del objeto mismo de la reunión de los hombres en una comu-

nión política, y del fin que cada individuo tiene derecho a alcanzar. El objeto primordial de los gobiernos es asegurar y garantir esos derechos naturales de los hombres y de los pueblos; y toda lei (sic) que los quebrantase, destruiría los fundamentos de la sociedad misma, porque iría contra el principio fundamental de la soberanía; porque iría contra la voluntad de los individuos y de los pueblos(...)El Derecho civil, el derecho constitucional, todos los derechos creados por las leyes, la soberanía misma de los pueblos, puede variar, modificarse, acabar también, para reaparecer en otro derecho civil o en otro derecho político, o por el tácito consentimiento de la nación o por las leyes positivas; pero los derechos naturales, tanto de los hombres como de los pueblos constituidos por la Divina Providencia(...) siempre deben quedar firmes e inmutables(...)”¹⁵

En la sesión del 1º de mayo de 1860 Domingo Faustino Sarmiento dijo de este dispositivo que “(...)Se entiende también que esos principios ahí establecidos son superiores a la Constitución; son superiores a la soberanía popular; (...) Sería escusado (sic) entrar a detallar todas las conquistas de la moral y de la libertad porque están en la conciencia universal de la humanidad. Ahí están grabadas conjuntamente la historia del progreso humano, del cristianismo y aún las modificaciones que los bárbaros del Norte han introducido en la sociabilidad del mundo cristiano(...)” Dalmacio Vélez Sarsfield, por su parte, expresó: “Estos derechos son superiores a toda Constitución, superiores a toda ley y a todo C.L. y tan estensos (sic) que no pueden estar escritos en la Constitución y para determinarlos de una manera general el artículo de la reforma dice: -no solamente esos derechos, sino todos los derechos naturales, de los hombres o de los pueblos aunque no estén enumerados en la Consti-

tución se juzgan reservados, como que no se pueden enumerar todos los derechos que nacen de la naturaleza del hombre y del fin y objeto de la Sociedad y de la soberanía del pueblo.”¹⁶

El artículo 33 tiene su origen en la Enmienda IX de la Constitución norteamericana que expresa: “La enumeración de ciertos derechos que se hace en esta Constitución no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de otros derechos que pertenecen al pueblo.”, y en la de California de 1849, Artículo I Sección 21, que dispone: “Esta enumeración de derechos no se interpondrá como una denegación o infirmación de otros retenidos por el pueblo.”¹⁷

Pablo Ramella lo critica al afirmar que “El artículo 33 está deficientemente redactado. No es consecuente con el criterio sustentado en la misma Convención con respecto a la naturaleza de los derechos civiles, y se aparta de su modelo que es mucho más comprensivo, por cuanto la fórmula norteamericana puede admitir, sin forzar el texto, tanto los derechos civiles como los políticos. Los derechos civiles no pueden nacer de la soberanía del pueblo. A lo más podría admitirse como fundamento de los derechos políticos, pero en ese caso quedarán sin fundamentación, como derechos civiles, los no enumerados, lo que no entra en la intención de los constituyentes, que se referían desde luego, a ambas clases de derechos.”¹⁸ Juan Casiello decía al respecto que “(...)más habría valido la no incorporación del principio en nuestra Constitución por los equívocos a que se presta” y, agrega, que “Aquellos constituyentes sabían bien, en efecto, que los derechos de la persona humana no provenían de la ‘voluntad general’ ni de la ‘forma de gobierno’. Expresamente lo declararon en la convención de Buenos Aires(...)”¹⁹

Ante esta contradicción, entre el texto del artículo 33 y los fundamentos dados

por sus autores, en la reforma de 1987 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, luego de declarar en su preámbulo como un primer objetivo de la misma el: “(...)de exaltar la dignidad de la persona y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos; reafirmar los valores de la libertad, la igualdad y la solidaridad(...)”, en el artículo 20 cuando en vez de repetir la fórmula del artículo 33 de la Nacional se substituyó la frase “que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” por la que dice “(...)que se derivan de la forma democrática de gobierno y de la condición natural del hombre”.

La Constitución de Bolivia de 1994 tiene un artículo 35 que es idéntico al 33 de Argentina, salvo cuando cambia la palabra “enumerados” por “enunciados”. La del Paraguay, actualizada hasta 1992; luego de decir en el preámbulo: “reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia(...)” y en el artículo 1º que “(..)La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana.”; en la primera parte de su artículo 45 dice, también, que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella.” La de la República Oriental del Uruguay de 1967, actualizada hasta 1996, dice en su artículo 72. “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.” En el artículo 94 de la colombiana de 1996 dispone: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no

deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.” La de la República Federativa del Brasil de 1988 dispone en su artículo 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)LXXVII - (...) § 2.º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

La Constitución Política de Chile de 1980, hasta las reformas de 1997, afirma los mismos principios cuando dice en su artículo 1º “Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos(...) El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece(...)”; y en el artículo 5º agrega: “(...)El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizándolos por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

La Constitución Política de la República del Perú de 1993, actualizada hasta el 2000, dice con claridad en su artículo 1º que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” En su Artículo

lo 2º expresa: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.(...)” y en su artículo 3º “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

“El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado(...)” en el artículo 1 de la Constitución de 1983, reformada en 1992.

6. Conclusiones

De lo expuesto surge que:

1. La dignidad de la persona humana es el fundamento de los derechos con los que el hombre defiende los bienes esenciales de su personalidad frente a las demás personas y del estado.

Esos bienes son: la libertad (de su espíritu), la vida (que emana de su cuerpo material) y el trabajo, que es una manifestación de su personalidad (unidad esencial de espíritu y materia), de los que surgen los derechos a la libertad, a la vida y al trabajo, y de los que derivan el resto de los derechos humanos.

2. La esencia del derecho es lo justo, o sea la relación justa, que se da sólo cuando los hombres interactúan y viven asociados.

3. La ley es la causa eficiente del derecho, que dicta la autoridad legítima de la sociedad que hoy es el estado democrático, teniendo por modelo el orden moral o ético, y por finalidad el bien común de la sociedad política.

4. Las Constituciones, tratados, leyes y contratos sólo reconocen derechos, que

son anteriores y superiores a los mismos, y que surgen de la naturaleza del hombre, aunque los textos constitucionales no siempre explicitan con claridad estos fundamentos.

5. Del análisis de los artículos de las constituciones de América latina que reconocen derechos no enumerados o enunciados muchas veces surge la filiación personalista y jusnaturalista o de otro carácter que fundamenta a los derechos del hombre.

6. Los derechos humanos tienen un contenido progresivo lo que hace que en la medida que el conocimiento de la humanidad avanza con el tiempo y las inclinaciones de las personas lo hacen necesario tenemos que reconocer y garantizar nuevos derechos personales y colectivos.

7. Los derechos humanos se han internacionalizados y globalizados y su atención no es competencia sólo de los estados sino que los organismos de la comunidad cada vez tienen una mayor y mejor ingerencia en su protección.

NOTAS

¹ *Teoría general de los derechos humanos*, página 72, Astrea, 1991

² *Los derechos del hombre y la ley natural*, páginas 12 y 13, Biblioteca Nueva Buenos Aires, 1956.

³ *El hombre y el estado*, página 106, Editorial Guillermo Kraft Ltda. 1952.

⁴ Eusebio Fernández, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, página 78, Anuario de Derecho Humanos 1981, Universidad Complutense, Madrid 1982.

⁵ *Teoría pura del derecho*, Temas Editorial Universitaria de Buenos Aires 1996, página 108.

⁶ Obra citada, página 81.

⁷ Jacques Maritain, *El Hombre y el Estado*, página 106, Editorial Guillermo Kraft Ltda. 1952.

⁸ Obra citada, página 110.

⁹ Obra citada, página 109.

¹⁰ Alfredo Fragueiro, *Las causas del Derecho* Editorial Assandri, 1949, página 240 y siguientes.

¹¹ Obra citada, página 109.

¹² *De las causas del derecho Ensayo metafísico*, Editorial Assandri, 1949.

¹³ Jacques Maritain, Obra citada, página 113.

¹⁴ *Las Bases*, página 82 y siguiente, Obras escogidas, 1952.

¹⁵ Emilio Ravignani *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Universidad de Buenos Aires, 1937, tomo IV, página 772.

¹⁶ Obra y tomo citado, páginas 841 a 843.

¹⁷ José Armando Seco Villalba, *Fuentes de la Constitución Argentina*, Depalma, 1943.

¹⁸ *Derecho Constitucional*, Segunda Edición, Depalma, de 1982, página 317.

¹⁹ *Derecho Constitucional Argentino*, Editorial "Perrot", Buenos Aires, 1954, página 280.

SOMBRAS E LUZES NA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPÉIA*

OMBRES ET LUMIÈRES DE LA CONSTITUTIONNALISATION DE LA CHARTE
DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN**

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: Neste artigo discute-se as questões subjacentes à elaboração histórica da Carta Constitucional da União Européia, tomadas em sua processualística, quer em seus aspectos contraditórios, quer evidenciando os aspectos positivos da mesma, com a finalidade de contribuir para o avanço do modelo constitucional que poderá conduzir ao aprofundamento das garantias dos direitos fundamentais e a conseqüente democratização das relações político-legais dos países signatários.

Palavras-chave: Constitucionalização. União Européia: Carta constitucional. Direitos Fundamentais.

Abstract: This essay discuss the underlying questions to historical report of Constitutional Europe Union letter, inside the conflicting appearance or the positive one goes on to the advance for Constitutional model that will be able to transmit the guarantees of fundamental rights and the following democratization of legal and political relationships of the signatory countries.

Key words: Constitutionalize. Europe Union: Constitutional letter. Fundamental Rights.

1. Proclamado, Evocado, Integrado

Estes são os três tempos do destino da Carta dos direitos fundamentais da União Européia, doravante ligada ao tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (1). Em quatro anos, o estatuto desse texto - emblema de uma União que se propõe a revelar, explicitamente, sua vinculação ao respeito dos direitos do homem - foi submetido a uma transformação espetacular.

Após a proclamação solene em Nice, em 7 de Dezembro de 2000, pelas três instituições soberanas no processo decisório (2), sucedeu rapidamente outra: o da legitimação política e a evocação judicial. As instituições nascidas da União não perderam a ocasião que lhes foi fornecida para justificar - tanto a proposta, quanto à adoção de inúmeros dos seus textos - ao conjunto da Carta (3). Foi igualmente esse

grupo de atores dos processos na Europa que se apoderaram, com uma rapidez notável, ora para preconizar o *status-quo* jurisprudencial (4) ora para denunciar (5) ou ainda, de maneira mais audaciosa, para promover uma reversão jurisprudencial (6), ou mesmo concretizá-la (7). Ainda que, por razões evidentes de política jurisprudencial, o Tribunal de Justiça (8) continue a ser subjugado face à Convenção européia dos direitos do homem (9) que brilha, com todo seu esplendor, pelo fulcro dos princípios gerais de direito (10), nada impede que o destino jurisdicional da Carta permaneça interessante e revelador da simbologia textual, como da novidade que ele traduz sobre vários pontos.

Embora certos autores defendessem que não seria necessário misturar o destino da Carta ao de uma eventual Constituição européia (11), agora o fato aí está: o mo-

*Texto traduzido por Yara Maria Martins Nicolau Milan

** Professora de Direito Público da Universidade Rouen. Diretora do Centro de Investigações e de Estudos sobre os direitos do homem e direito humanitário.

mento da integração ao cerne do tratado que estabeleceu uma Constituição para a Europa não é da competência, mas do desejo dos uns ou da obsessão dos outros (12). É um fato. A Carta foi alçada à fileira do direito constitucional da União: mencionada no artigo I-9 §113, é reproduzida na segunda parte do tratado, devendo-se ler de maneira combinada com o artigo I-9 §2 no qual está afirmado que “a União outorga à Convenção europeia a salvaguarda dos direitos do homem e as liberdades fundamentais” (14), sustentando, não mais um tabu, mas extinguindo uma quimera político-jurídica. Assim, a União de direitos - ao propor que cada Estado participe da Convenção - verá sua ordem jurídica submetida ao controle externo do Tribunal de Estrasburgo (15).

Alguns poderiam deplorar que o “único” estatuto constitucional da Carta, por possuir o espírito do sistema alemão, no qual os direitos fundamentais ocupam uma posição supraconstitucional (16) seja subtraído, expressamente, ao poder de revisão, de fato são colocados (outra-Rhin) acima de outras normas constitucionais (17). Nada impede que o caminho percorrido, particularmente importante, entre a proclamação solene obtida pela separação e a integração constitucional, seja aceito, em suma, facilmente. Sobretudo, poder-se-á contar com as instituições comunitárias que, sem estarem à espera do tempo da força vinculativa condicionada pela ratificação do tratado, poderão dar continuidade à verificação da conformidade de suas propostas e de suas decisões ao conteúdo da Carta.

Apesar da incontestada satisfação de se verificar que o tratado que estabelece uma Constituição para a Europa esteja inscrito no modernismo constitucional que liga, desde 1789, as Constituições à garantia dos direitos (18), é necessário convir que

a cronologia da constitucionalização da Carta comporta, todavia, algumas partes sombrias. A história de sua integração leva o estigma de dois métodos sucessivos que compuseram a elaboração do tratado. Ao “método convencional”, que não era um método constituinte, sucedeu o “método intergovernamental”. O tratado é o fruto desta “mistura metodológica”, que combina um tratamento democrático, majoritariamente parlamentar e transparente, com um tratamento diplomático, secreto e tecnocrático. Ao avaliar-se, contudo, o impacto de um procedimento com o poder de intervenção em última jurisdição, é forçoso constatar que este procedimento intergovernamental teria sido a parte bela, face ao número vultoso de dispositivos do tratado (19) inseridos no interior da Carta. Independentemente do que dizem os membros do grupo Vitorino - incluindo o mandato fixado pelo Secretariado da Convenção sobre o futuro da União (20) para refletir unicamente sobre o destino jurídico da Carta (21) - o alcance das adaptações não foi exclusivamente técnico. Os “Convencionais II” presididos por Valéry Giscard de Estaing melhoraram muito a clareza do texto dos “Convencionais I” conduzido por Novela Herzog. Em suma, uma legitimidade democrática sobrepujou o anterior. Em primeiro lugar, do ponto de vista da formulação de certos direitos, em relação ao direito comunitário, uma limpeza lógica e anódina ocorreu para melhor ligar a Carta ao seu contexto “constitucional”. Assim, foram substituídos, a partir daí, os termos antiquados do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia e/ou Tratado da União Europeia ou o da Constituição (22). Dentro da mesma lógica, a expressão direito comunitário foi substituída, a partir daí, pela de direito da União, em três passagens (23). Não se pode mais falar verdadeiramente de “limpeza” quando se

passa, sub-repticiamente, das adaptações técnicas às adições conseqüentes: trata-se aqui de uma mera e simples “revisão - adição”, técnica bem conhecida como revisão constitucional; a França está acostumada de fato a esse dispositivo. Há três passagens no texto nos quais elas aparecem: o Preâmbulo (24) o artigo II-111 (ex-artigo II-51) (Campo de aplicação) (25) e, sobretudo, o artigo II-112 (ex-artigo II-52) antigamente intitulado *Alcance dos direitos garantidos*, renomeado de *Alcance e interpretação dos direitos e dos princípios* (26), aos quais foi necessário acrescentar a minuta das famosas diretivas de interpretação, mais conhecidas pelo nome de “explicações” do Praesidium (27). O fato de os membros do Grupo Vitorino terem trabalhado em harmonia não impediu que certos representantes governamentais - de maneira bem clássica, apesar do tratamento convencional - fizessem primar seus interesses nacionais, custasse o que custasse, no interregno das negociações finais da elaboração do projeto do tratado. As últimas negociações deram lugar, assim, à adição de fórmulas contestáveis e contestadas. Mas o trabalho de modificação não se deteve, porque a lógica diplomática retomou, finalmente, suas prerrogativas. A CIG sucedeu à Convenção. Aos Estados e aos seus diplomatas não faltaram ocasiões para melhorarem o projeto do tratado que estabeleceu uma Constituição para a Europa, em 18 de Julho de 2003(28). Além da renumeração global do tratado - que importa logicamente em uma mudança da numeração das disposições da Carta (29) - novamente, duas de suas partes foram objeto de inserções significativas: o Preâmbulo (30) e o artigo II-112 no qual foi incluído um sétimo parágrafo, marcado por conseqüências (31).

Estas diversas inserções provêm, exclusivamente, de um único Estado que

sempre foi enaltecido pelos observadores do Conselho da Europa na Convenção que elaboraram a Carta. Trata-se daquele que, desde a sua adesão em 1973, não hesitou em distinguir-se a ponto de permanecer freqüentemente fora do sistema de integração (32). A Carta integrada encheu-se dos raios da racionalização britânica, de tal sorte que a transplantação constitucional cristalizou-se, frígida, congelada ao estado de direito dos direitos fundamentais. Por conseguinte, “o paradoxo constitucional” (33) com os quais alguns haviam se identificado não existe mais a curto e a médio prazo. Retomando os termos postos por Miguel Poaires Maduro, a Carta teria uma dupla vida constitucional no que refere ao fato de ser portadora de duas visões antagônicas. A primeira, como um instrumento constitucional a serviço da construção de uma identidade política européia e a outra, uma simples consolidação do acervo jurisprudencial, em matéria de direitos fundamentais. Naquele momento, a contenção do dispositivo era imprescindível para que fosse assegurada, a qualquer custo, a “concordância convencional” como o único estatuto do texto de consolidação do acervo jurisprudencial reconhecido. Assim, a Carta dos direitos fundamentais integrada à Constituição européia, viu, ao mesmo tempo, sua interpretação neutralizada (I) e sua invocabilidade enquadrada (II).

1.1. A Interpretação Neutralizada

As “explicações” do Praesidium, elaboradas sob o égide da primeira Convenção e melhoradas sob a direção da segunda, constitucionalizou-se habilmente graças aos esforços conjugados pelo Reino Unido e pelos observadores do Conselho da Europa (A). Os efeitos desse processo, que consistem em colocar as diretivas de interpretação no rol do direito constitucional da

União, já têm gerado algumas importantes conseqüências jurisdicionais (B).

A relação entre a Carta e as “explicações” é doravante indestrutível. A obrigação de acatar o fato constitui uma forma confortável de análise para os que postulam a continuidade política entre a elaboração pretoriana dos direitos fundamentais e a elaboração da Carta; esta última aparece, então, unicamente como uma simples consolidação das aquisições. A. Constitucionalização das “Explicações”

O §7 do artigo II-112 impõe a utilização das “explicações” na interpretação dos direitos. Isto se deve à eficiente diplomacia britânica que não poupou seus esforços - a partir da elaboração da primeira Convenção - de modo que fosse atribuída uma importância significativa às “explicações” referentes a cada direito da Carta. “Por que?” interroga-se, então, imediatamente.

Para evitar ao máximo os riscos de divergências jurisprudenciais – uma vez que se reconhece que o universo europeu não é um exemplo (34) - erradicando o espectro de uma Europa dos direitos fundamentais duplicada, para *no final*, fazer de tal modo que o referente convencional continue, invariavelmente, a pulverizar o sistema comunitário dos direitos fundamentais (35), segundo a vontade pugnada por alguns membros e observadores da “Convenção I” (36). Nesse sentido, eles batalharam na “Convenção Herzog” para que uma referência à jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo fosse inserida no contexto da Carta; irredutíveis sobre este ponto, arrancaram *in extremis* uma menção da jurisprudência, tanto no interior do Preâmbulo como nas “explicações”, mais especificamente os do artigo II-112 que identificavam todos os direitos nos quais a Convenção havia se inspirado diretamente. Por conseguinte, tudo foi feito adequadamente para minimizar os riscos de diver-

gências jurisprudenciais (37), valorizando as “explicações” e integrando uma cláusula de envio (§3, II-112). Tornou-se compreensível porque a prática contenciosa, por várias vezes, evidenciou que não se tratava apenas de uma simples eventualidade.

O §3 do artigo II-112 refere-se a esta cláusula de envio que engendrou os debates e as negociações mais acirradas no momento em que a Carta era elaborada sob a supervisão do presidente Herzog (38). O problema poderia ser resumido, sucintamente, no que segue: como assegurar a coerência material dos direitos consagrados pela Convenção EDH sem afetar a autonomia do direito da União? Os Britânicos e os representantes do Conselho da Europa defenderam incisivamente um sistema que evitaria, a todo custo, que o nível de proteção da Carta pudesse submergir àquelas asseguradas pela Convenção EDH (39). Para eles, esta última deveria permanecer como texto guia, o texto de referência para todos os direitos da Carta, emprestados diretamente na Convenção EDH, ou seja, menos de um terço de seus cinquenta e quatro artigos (40). Ao mesmo tempo, a autonomia do direito da União foi salvaguardada e, por conseguinte, a autonomia interpretativa do Tribunal de Luxemburgo. O artigo II-112 §3 *in fine* afirma, com efeito, sem ambigüidade que “esta disposição não colocou obstáculo naquilo que o direito da União atribui uma proteção mais vasta”.

Foi este o contexto no qual as “explicações” foram julgadas essenciais no ano 2000, uma vez que reuniam as referências à jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo que não haviam sido inseridas diretamente no texto da Carta (41) contrariando os desejos do Lorde Goldsmith, representante pessoal do governo britânico na “Convenção Herzog” (42). Elas tomaram outro rumo quando o governador de

outr-Mancha, durante a elaboração do projeto do tratado pela “Convenção Valéry Giscard de Estaing”, impôs a inserção de uma frase no fim do Preâmbulo já mencionado (43). Enfim, elas tornaram-se incontornáveis depois que a CIG, sempre sob a pressão do Executivo de outr-Manche, procedeu a atualização da referida frase do Preâmbulo (44), sendo elaborada uma “Declaração concernente às explicações relativas à Carta dos direitos fundamentais anexada ao Tratado constitucional” e por último, *last but not least*, o §7 do artigo II-112 no tratado. Ora, o paradoxo encontra-se no fato de elas terem sido consideradas, ao mesmo tempo, como “desprovidas de valor jurídico” (nomeadamente Declaração n° 12) (45), mas *tomadas, devidamente, em consideração pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros* (§7, II-112).

Se fosse necessário analisar as “explicações” em sua ligação com aquilo que mais as aproximam da escala internacional, poder-se-ia arriscar a considerá-las como o reflexo do “contexto”, um elemento de interpretação nos termos de um tratado, cujo artigo 31 §2 da Convenção de Viena, de 23 de Maio de 1969, fornecia uma concepção extensiva (46). Ele compreende todo o conjunto do tratado, o preâmbulo, os anexos, assim como qualquer instrumento “que apresente relação com o tratado” aceito como tal pelo conjunto das partes, o que inclui os acordos interpretativos (47). Ora, as “explicações” são de uma vez por todas: um acordo interpretativo anexado ao tratado (com base na Declaração n° 12) e o próprio tratado (o preâmbulo da Carta, mas, sobretudo o §7 do artigo II-112 constitucionalizante das explicações).

No âmbito do direito internacional há uma margem de decisões conseqüentes que é deixada ao juiz que - com base num conjunto de fatores - é conduzida a

voltar-se para o texto, mas também para o contexto e/ou uma variedade de outros recursos interpretativos que o deixará à vontade para conciliar - aqui uma obrigação - o presente do indicativo do §7 do artigo II-112 não engana - os elementos postos a seu dispor, vendo, assim, sua autonomia seriamente cerceada. Porque se as “explicações” enquanto tais não apresentarem um valor jurídico, há que se levar em conta que elas conduzem o andamento de uma obrigação jurídica, tal como foi posta pela “Constituição”!

1.2. A Interpretação das “Explicações”

No contexto do processo anunciado de ratificação do tratado, assinado em 29 de outubro, o Conselho constitucional francês e o Tribunal Constitucional espanhol foram solicitados - um pelo Presidente da República francesa Jacques Chirac e o outro pelo Conselho de Ministros do Governo espanhol - no quadro do controle abstraído *a priori* dos tratados internacionais (49). As decisões de 19 de Novembro de 2004(50) e de 13 de Dezembro de 2004(51) demonstram à porfia a força e os efeitos de cada palavra em direito. Aquilo que os juristas dizem, cada adição, cada retirada, enfim cada modificação não é jamais anódina no contexto político da negociação de um tratado, ainda mais quando se trata de um texto tão importante como o tratado de Roma de 2004.

As duas decisões constitucionais confirmam primeiramente o que aqui se arriscou apresentar sob a forma de adágio: “a Carta, sem as ‘explicações’, não vale”. Apesar das diferenças processuais que cercam o recurso do juiz constitucional na França e na Espanha (52), as decisões constitucionais possuem, em comum, uma referência ao artigo I-6 (o direito da União) (53) e a algumas disposições da Carta, no-

tadamente os artigos II-111 (Campo de aplicação) e II-112 (Suporte e interpretação dos direitos e princípios). Aquilo que deve chegar, chega! Ao olhar da iniciativa sinuosamente orquestrada por uma multiplicidade de retornos às “explicações” na direção do tratado, os juízes não as puderam ignorar e integraram-nas no meio de seu raciocínio. Para dizer tudo, foi o Conselho constitucional francês que usou (e abusou?) (54) mais. Isto foi, aliás, bem guardado - considerando-se o nº 17 da sua decisão - a de mencionar a declaração nº 12, haja vista que a mesma afirmava serem as “explicações” desprovidas de efeito jurídico (55). Para justificar a gravidade de sua utilização, ele se retraiu - tal era efetivamente o desejo das autoridades britânicas - depois da minuta e do Preâmbulo e do doravante famoso §7 do artigo II-112. Um Preâmbulo, diga-se de passagem, cuja versão transcrita não é a definitiva (56). Finalmente, a jurisprudência convencional - onipresente no seio das explicações foi o que permitiu assegurar a declaração de conformidade entre a Constituição francesa e a Carta: foram três das suas disposições que avalizaram a constitucionalidade, graças a uma consideração expressa nas “explicações”.

Constatemos mais. Se o artigo II-70 (liberdade pensamento, consciência e religião) não emprega mal o artigo 1º da Constituição francesa (57) é unicamente porque “as explicações do *presidium*” determinam que o direito garanta este artigo (artigo II-70) no mesmo sentido e no mesmo alcance que elas garantem no artigo 9, da Convenção europeia, a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (58). Se o artigo II-107 (direito a um recurso efetivo e de aceder a um tribunal imparcial) passa a imagem da conformidade da Constituição - sendo mesmo que não se vê sua aplicabilidade condicionada

pela existência de uma contestação sobre direitos e obrigações de caráter civil ou uma acusação em matéria penal, ao instar o artigo 6 da Convenção - é simplesmente “porque ele resulta, no entanto, das explicações do *praesidium* cuja publicidade das audiências o sujeitou às restrições previstas por este artigo da Convenção” (59). Finalmente, se o artigo II-110 (direito de não ser julgado ou punido de modo penal, duas vezes por uma mesma infração) não coloca em questão os direitos e as liberdades constitucionalmente garantidas, é unicamente porque as “explicações” afirmam que este dispositivo “concerne exclusivamente ao direito penal e não aos procedimentos administrativos ou disciplinares” e mencionam “a noção de identidade das infrações e não a de identidade dos fatos”. De início, fica preservada “a possibilidade para os órgãos jurisdicionais franceses, no que se referem ao princípio de proporcionalidade das penas, de restringir os crimes e delitos que contradigam aos interesses fundamentais da nação, previstos no título primeiro do livro IV do código penal, tendo em conta os elementos constitutivos próprios a estas infrações e aos interesses específicos em causa” (cons. 20).

A prolixidade argumentativa do juiz constitucional espanhol a respeito das famosas “explicações” é menos brilhante. Retomar-se-á. Isto não importa, o resultado é idêntico; elas permitem ao juiz afastar as dúvidas levantadas pelo Conselho de Estado espanhol e tornar a pedir para seu governo as prerrogativas. Elas permanecem relativas à questão de saber se, no artigo 10 §2 da Constituição espanhola, na cláusula de interpretação dos direitos fundamentais (60), há uma contradição entre a *Magna Carta* e os artigos II-111 e II-112 do tratado. Mais precisamente, a incerteza governamental recai sobre a questão de saber se:

“A inevitável expansão dos critérios de interpretação da Carta para além dos contornos definidos pelo artigo II-111 é ou não compatível com o regime dos direitos e liberdades garantidos pela Constituição. Em outras palavras, os critérios estabelecidos pelo tratado para os órgãos da União e para os Estados-Membros, quando aplicados ao Direito europeu, são ou não conciliáveis com os direitos fundamentais da Constituição e, nesta medida, se podem igualmente impor-se aos poderes públicos espanhóis quando agirem fora do direito da União, ou seja, em circunstâncias que não ofereçam nenhuma conexão com esta ordem jurídica” (61).

Para dirimir tais temores, o juiz estará firme e logicamente apoiado pela sua jurisprudência clássica relativa ao artigo 10 §2 (62). Nesse contexto, considera-se muito lógico que:

“O valor interpretativo que a Carta teria, em matéria de direitos fundamentais, não causaria na ordem jurídica espanhola mais dificuldades do que as já provocadas pela Convenção europeia de 1950 – e isto porque, tanto a jurisprudência constitucional (com base no artigo 10 §2) quanto o artigo II-112 (como mostram-no as ‘explicações’ que como canal interpretativo são incorporadas no tratado com base no §7 do mesmo artigo), instauraram um jogo de referências à Convenção europeia. Essas últimas terminaram por erigir a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo como o denominador comum a fim de estabelecer os elementos de interpretação compartilhados, considerando o seu conteúdo mínimo. Ainda mais quando o artigo I-9 §2 afirma, em termos imperativos, que a União adere à Convenção europeia para a proteção dos direitos do homem e liberdades fundamentais” (63).

Os dois juizes constitucionais foram assim transformados em instrumentos in-

terpretativos das “explicações” a ponto de obterem a declaração de conformidade para a Constituição. Dito de outra forma, foram as “explicações” que salvaram a Carta de uma declaração de incompatibilidade com as Constituições francesas e espanholas. É necessário, contudo, refletir por um momento sobre o método argumentativo dos dois juizes. À proximidade (incomum) francesa opõe-se, relativamente, a uma moderação espanhola. À valorização exorbitante de certas explicações feitas pelo juiz do Palácio Montpensier opõe-se à incisão rápida do juiz constitucional de Madrid. Sobretudo, este último não dissocia a análise das explicações (e dos seus envios à jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo) da cláusula interpretativa espanhola. No lugar em que o raciocínio hexagonal parece fugir do sentido e do alcance das “explicações” elaboradas em um momento dado e, por conseguinte, datado - a ponto de cristalizar a jurisprudência e de a tornar uma “jurisprudência hybernatus” (64) - o raciocínio madrileno postula, implicitamente, a evolução, sob duplo sentido - enquanto as diretivas de interpretação da Carta, no que se referem ao artigo 10 §2 - são gerais e em nenhum caso específico e fixo. Convém lembrar que se trata de um mínimo, visto que se trata de jurisprudência! Felizmente, os intérpretes que por ventura não quisessem reconhecer o lugar das desmedidas “explicações” que serão superadas rapidamente, poderão - sem se colocarem contra a vontade dos Estados - para não dizer a vontade do Estado britânico, referirem-se ao importante inciso colocado no meio das “explicações” no artigo II-112: “a lista dos direitos que podem, no atual estágio e sem excluir a evolução do direito, da legislação e dos tratados, ser considerados como correspondente aos direitos CEDH...”. Esta precisão destaca ainda mais a incompreensível valorização francesa das “explica-

ções” e a sábia e mais genérica referência espanhola. Sobretudo, é necessário nunca se esquecer da minuta do artigo II-112 §3 que, em sua parte final, não põe obstáculo para que direito da União atribua uma proteção mais vasta. Pode-se, portanto, aventurar-se em considerar, pelo menos em teoria, que ao mesmo tempo a evolução jurisprudencial foi preservada assim como a autonomia do direito comunitário: os juizes não as podem esquecer.

Demonstrado este ponto importante - e que faz toda a diferença sobre o aspecto entre as duas decisões - é necessário convir que sem a presença e as considerações das “explicações”, a incompatibilidade conduzir-se-ia para o horizonte constitucional. Uma compreensão contrária seria previsível do ponto de vista jurídico? Previstas nos artigos 54 e 95 das Constituições francesa e espanhola, elas conduzem sua revisão, por um exame técnico. Em contrapartida, é claro que o choque político que uma declaração de incompatibilidade poderia gerar teria sido muito mais grave; porque a Carta possui, em face a todos os direitos, princípios e liberdades (artigo I-9 §1) valores que são os mesmos em toda União européia (artigo I-I(65)). Identificar as contradições entre os seus valores e os dos Estados seria paradoxal, perturbador ou mesmo destrutivo para esse momento em que a Europa volta-se para a aproximação dos cidadãos, forjando sua identidade sobre o terreno dos valores compartilhados, uma vez que são comuns. Se as “explicações” têm a nefasta conseqüência de congelar a jurisprudência em matéria de proteção dos direitos fundamentais na escalada européia, não resta a menor dúvida que elas participam manifestamente da obliteração do choque frontal da incompatibilidade. Sem dúvida, esse era o preço a pagar, de modo que a curto prazo, a Carta chegasse a se tornar, de maneira

concreta e efetiva, o cadinho da identidade européia. Em outras palavras, poder-se-ia aventurar na consideração de que o trajeto para consolidação simples do acervo jurisprudência, em matéria comunitária é passagem obrigatória, de forma que a Carta se erija, mais tarde, como o baluarte do texto europeu de referência cidadã. A sua compatibilidade reconhecida com as Constituições nacionais - mesmo a preço de uma valorização excessiva e inábil das “explicações” - permanecerá como a condição *sine qua non* para uma futura valorização identitária.

2. Invocabilidade Enquadrada

O §5 do artigo II-112 está no meio de um compromisso realizado então na elaboração da Carta referente ao lugar dos direitos econômicos e sociais:

“As disposições da presente Carta contém princípios que podem consolidar-se por atos legislativos e executivos tomados pelas instituições e órgãos da União, e atos dos Estados-Membros quando consolidam o direito da União, no exercício das suas competências respectivas. A sua invocação na frente do juiz não é admitida senão para a interpretação e o controle da legalidade de tais atos”.

A distinção entre “direitos” e “princípios” que realçou mais o que estava implícito - apesar de uma referência furtiva no artigo II-111(66) - aparece claramente. O fato não seria tão preocupante se este esclarecimento (A), não tivesse de maneira correlata de participar de um imponente enquadramento jurisdicional (B).

2.1. O Esclarecimento dos “Princípios”

É necessário retornar às condições da integração dos direitos econômicos e sociais na Carta, a fim de possibilitar a avaliação de seu justo teor amparado pelo

§5. Desde o início dos trabalhos da Convenção, os direitos econômicos e sociais foram objeto de oposições importantes. Isto se explica por vários elementos. A ausência de um consenso europeu sobre as questões sociais, a inexistência de um texto fundador de referência na matéria - a Carta social europeia de 1961, revista em 1996 e a Carta comunitária dos direitos sociais não se conduziram pelo mesmo consenso que a Convenção europeia; por último, a diferença na apreensão conceitual da noção de “direito” social. Foi significativo o estado das tensões decorrentes do acordo proposto pelos representantes britânicos e dinamarqueses, que aceitaram o Capítulo IV unicamente com condição de que a Carta não obtivesse uma unção de positividade e abrangesse exclusivamente a *soft law*.

O hiato jurídico seria fácil de ser superado; se ninguém relacionasse os direitos sociais aos direitos “subjettivos”, diretamente invocáveis na frente do juiz; e se outros não o considerassem senão sob forma de programas, objetivos a atingir que o legislador deveria satisfazer-se em lavar. Na frente desse desacordo frontal, o Presidente Braibant trabalhou, sem descanso, afim de que fosse adotada uma distinção formal, operacional entre os “direitos” invocáveis e, por conseguinte, justificáveis e os “princípios” que fizessem apenas referência aos objetivos, contra os quais as autoridades comunitárias ou nacionais não deveriam ir. A “justicialidade normativa” havia nascido (67)! E inspirou-se na jurisprudência do Conselho constitucional como um anteparo seguro (68) sobre o qual a noção de “objetivo de valor constitucional” permitiria à Alta jurisdição reconhecer que, ao acioná-lo, toda pessoa poderia dispor de segurança (69). À época da elaboração da Carta, teria êxito uma adesão a um consenso em torno dessa idéia que encontrou um eco sutil, porque discreto, no

artigo II-111. O indicador, para identificar o princípio, foi apresentado então como sendo algo consistente para examinar as disposições que eram devolvidas ao direito comunitário, bem como às legislações e práticas nacionais (70).

O §5 do artigo II-112 trouxe assim um pouco mais para o grande dia o consenso estabelecido por ocasião da elaboração da Carta. Fazendo expressamente referência aos “princípios”, a distinção dos direitos foi levada *claramente* a conhecimento de todos e estava suscetível de ser contestada. O Conselho constitucional, por outro lado, apoderou-se disto com um zelo e uma celeridade notáveis (71)! A referência pode ter inquietado alguns organismos, e de maneira essencial, à *Comissão Nacional Consultiva dos Direitos do Homem* que num parecer à assembléia plenária, de 18 de Setembro de 2003, alarmou-se com a transformação do artigo II-112. O parecer destacava, nomeadamente, a introdução de um elemento potestativo a serviço das instituições e órgãos da União e dos Estados na hora de adotarem atos legislativos e executivos de tomada de decisão sobre os princípios: “As disposições da presente Carta que contém princípios podem ser decididas em...”.

Portanto, era necessário alarmar-se excessivamente? Alguns não viam aí motivos para inquietudes (72) sendo que outros viam uma vontade de atingir substancialmente a Carta que havia sido determinada consensualmente por ocasião da estréia da Convenção (72). Uma interpretação sistemática do §5 do artigo II-112 - combinado com o artigo II-111 e com o artigo I-14 §2.b - reunida a uma interpretação teleológica - vontade de fornecer à União um “pedestal social” forte - não deveria incitar a atribuição de uma importância primordial a este elemento potestativo. O artigo II-111 faz, com efeito, referência aos prin-

cípios de maneira mais imperativa uma vez que menciona que a União e os Estados-Membros “observam os princípios e promovem sua aplicação”, enquanto o artigo I-14 §2.b apresentava a “política social” como uma competência partilhada, o que, seguramente, é mais significativo que uma competência de apoio. É verdade, contudo, que a Seção 2 do Capítulo III, do Título III, consagrada às “Políticas e ações internas da União” não está isenta de marcas múltiplas que destacam a dificuldade do estabelecimento de uma política social uniforme (*ad exemplum* artigo III-210 §5) (76). Tudo dependerá, indubitavelmente, das condições políticas – vontade dos Estados de avançar em matéria social - como das considerações técnicas - modalidades de adoção das leis europeias na matéria - que favorecerão ou, ao contrário, retardarão a instauração de uma política social europeia. Não é o jogo da primeira parte do §5 do artigo II-112 que dará o ritmo à matéria, mas os artigos III-209 a III-219 da Constituição, ajustados ao importantíssimo artigo I-3 §3 relativo aos objetivos da União que destaca os traços característicos do “modelo social europeu” (77).

2.2.O Enquadramento Jurisdicional dos “Princípios”

Se a questão da “justicialidade” dos direitos econômicos e sociais eram o centro das controvérsias no momento da elaboração da Carta, ela encontrou indubitavelmente o seu epílogo com a última frase do §5 do artigo II-112 apresentada como segue pela sua “explicação”: os princípios “adquirem por conseguinte uma importância peculiar para os tribunais somente quando estes atos são interpretados ou controlados. Não dão contudo lugar aos direitos imediatos a uma ação positiva separada das instituições da União ou das autorida-

des dos Estados-Membros”. Este inciso invoca, inicialmente, uma série de comentários sobre os critérios de identificação dos direitos sociais, para em seguida, determinar as consequências desta invocabilidade enquadrada nas “explicações”. Não se pode atribuir aos “Convencionais II” a apresentação de uma nomenclatura exaustiva dos “princípios”. No máximo pode-se ler nas explicações do §5 do artigo II-112 que: “a título de ilustração, citem entre os exemplos de princípios reconhecidos na Carta, os artigos 25 (II-85, direito das pessoas idosas), 26 (II-86, integração das pessoas deficientes) e de 37 (II-97, proteção ao meio-ambiente). Em certos casos, um artigo da Carta pode conter elementos relevantes de um direito e de um princípio: por exemplo, os artigos 23 (II-83, igualdade entre os homens e as mulheres), 33 (II-93, vida familiar e vida profissional) e 34 (II-94, segurança social e ajuda social)”. Estas determinações não são negligenciáveis, não havendo como separar as explicações individuais de cada uma das disposições, isto porque unicamente aquelas contidas nos artigos II-86 (Integração das pessoas deficientes) (78) II-94 §1 (Segurança social e ajuda social) (79) II-97 (Proteção ao meio-ambiente) (80), mencionam expressamente que se tratam de “princípios”.

Tratando-se das outras disposições não mencionadas na “explicação” do artigo II-112, o leitor – mais tarde o juiz – deve examinar a minuta de cada disposição flanqueada de sua “explicação” individual para determinar sua natureza. Assim, é evidente que os artigos II-95 (Proteção do santé) 4 (81) II-96 (Direito de acesso ao serviço de interesse econômico geral) (82) e II-98 (Proteção dos consumidores) (83) sejam reconhecidos como consagrados princípios. Em contrapartida, nada se diz acerca dos artigos II-75 (Liberdade profissional e direito de trabalhar), II-87 (Direito

à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa), II-88 (Direito de negociação coletiva), II-89 (Direito de acesso ao serviço de colocação), II-90 (Proteção no caso de dispensa injustificada), II-91 (Condições de trabalho justas e equitativas) e II-92 (Proibição do trabalho das crianças e proteção dos jovens ao trabalho).

A variedade na apresentação das “explicações” é particularmente gritante e não ajuda o leitor a identificar com precisão os direitos sociais: isto porque ao lado das explicações gerais do artigo II-112 que não identificam senão alguns dos direitos sociais, acrescentam-se as explicações individuais de algumas disposições que os identificam precisamente, sem se mencionar aquelas que não se referem à questão. Se por um lado lamenta-se a inconseqüência metodológica dos Convencionais, por outro a imprecisão referente a certas disposições poderá, no momento seguinte, permitir ao juiz beneficiar-se desta superficialidade a fim de conceder-lhe uma margem de operação interpretativa, para aquilo que não é senão negligenciável. Por último o juiz, que será o senhor da determinação de direito (subjutivo, por conseguinte justificável) ou de “princípio” (programado, portanto não justificável) poderá tornar-se orientador da ação do legislador, particularmente comunitário. É interessante, sob esse ponto de vista, recordar o processo *Bectu* no qual o Advogado geral Antonio Tizzano transformou o direito à licença anual remunerada em direito fundamental (84). A conduta argumentativa, particularmente sutil (pontos 22 à 27) não se baseou em outra coisa senão no antigo artigo 31 §2 (novo artigo II-91, relativo às condições de trabalho justas e equitativas), no qual se pode constatar que a “explicação” não anulou a referência à sua natureza. A solução do Tribunal não se afastou muito da proposta do Advogado geral, mas ao contrário (85).

Resta, ainda, o fato de que o juiz comunitário não é o único em condições de interpretar a Carta e identificar os direitos sociais. O Conselho constitucional desde então tem identificado no considerando 15, de sua decisão de 19 de Novembro de 2004, aquilo que julga ser os “princípios” da Carta. A apresentação formal que ele adotou nesse caso deixa a desejar quanto ao seu caráter preciso, exigindo, portanto, o penhor de uma análise jurídica circunstanciada. Não menciona, com efeito, nenhum artigo específico da Carta e satisfaz-se em fornecer uma minuta que não se refere senão aos títulos dos artigos! A transcrição do considerando 15 é suficiente para demonstrá-lo:

“... que ao número tais princípios, figuram nomeadamente o ‘direito de acesso às prestações de segurança social e os serviços sociais’, o ‘direito de trabalhar’, o ‘direito das pessoas idosas em possuir uma vida digna e independente e a participar na vida social e cultural’ e o ‘princípio do desenvolvimento sustentável’ e o ‘nível elevado de proteção dos consumidores’”;

Após a investigação - que deve ser efetuada pelo leitor! - constata-se que são os artigos II-94 (Segurança social e ajuda social), II-75 (Liberdade profissional e direito de trabalhar), II-85 (Direito das pessoas idosas) e II-97 (Proteção dos deficientes) e II-98 (Proteção dos consumidores) que são visados. O que podemos deduzir desta nomenclatura incompleta (86) sob o ponto de vista do sistema das “explicações” da Carta? Duas destas disposições são identificadas como as que consagram os princípios pela explicação geral do artigo II-112 (Direito das pessoas idosas e proteção do ambiente), sendo que o mesmo faz menção à dupla natureza de direito e princípio para a disposição relativa à segurança social e à ajuda social; por último, a explicação individual do artigo II-75 (Li-

berdade profissional e direito de trabalhar) não revela sua natureza. Ocorre que o Conselho classificou com uma rapidez sem dúvida contestável, de qualquer forma como uma impropriedade, “o direito de acesso às prestações de segurança social e aos serviços sociais” nos princípios (enquanto que a explicação do artigo II-112 é mais ampla), sendo que esse tomou, deliberadamente, a posição de incluir nos princípios o direito mencionado no artigo II-75, enquanto que a sua explicação individual não determina precisamente sua natureza... Assim mesmo, tais disposições foram efetivamente o objeto de discussões particularmente acirradas no centro da Convenção Herzog, porque estigmatizavam extraordinariamente, a heterogeneidade social entre os diferentes Estados europeus; ainda que se possa apenas atribuir ao juiz constitucional francês erros manifestos, isto não impediu que sua liberdade interpretativa se desenvolvesse em proveito de uma visão audaciosa.

À pergunta da identificação dos princípios, sucede igualmente outra mais complexa acerca de sua justicialidade. Se há um ponto sobre o qual não se pode desenvolver controvérsia, é sobre a “justicialidade ativa” que se poderia ainda qualificar como “direta”. Dito de outra forma, os princípios não são “espadas” (87) e não podem ser invocados na frente do juiz a fim de reclamar uma ação positiva do legislador ou do executivo, forçando a adoção de medidas determinadas para concretizá-los (88). Toda questão reside no fato de saber se podem cobrir os ornamentos e os “escudos” e vencer a justicialidade mediata. Ninguém pensaria em considerar que eles podem constituir “obstáculo de adoção de certos atos das instituições da União ou dos Estados-Membros que poriam em questão o nível de realização já atingido” (89). Esta posição aparece justificada.

Assim, é evidente que a invocabilidade dos “princípios” é mínima no sentido

que eles nada podem fazer contra a passividade das instituições (comunitárias e/ou nacionais) que se recusarem a tomar as medidas (legislativas ou executivas) colocadas em prática (90). O “princípio” não pode ser um estímulo constrangedor. Poder invocar os “princípios” frente ao juiz implica então, logicamente, na necessidade de esperar uma intervenção comunitária e/ou nacional para que os atos adotados possam ser quer “interpretados” quer “controlados”. Portanto, esta invocabilidade mínima não está isenta de jurisdição, graças à invocabilidade indireta da qual é portadora. Uma vez que um princípio é posto pelo direito comunitário e/ou o direito nacional, parece lógico que deva poder ser salvaguardado. Como uma cláusula de *stand still*, a invocabilidade indireta não permite uma regressão ao nível de proteção já atingido no plano comunitário e/ou cidadão. Assim, a violação de um princípio já promovido por um ato de direito derivado, poderia ser censurado em relação às exigências deste mesmo princípio. Vê-se aqui o jogo sutil que se instaura entre um ato de execução de um princípio e um ato de violação manifesta de um princípio. O bom senso assim como a jurisprudência apresentada à guisa de exemplo nas explicações do §5 do artigo II-1123 compreendem a idéia de que muitos dos atos de execução *stricto sensu*, são igualmente atos que estariam direta ou indiretamente ligados a um princípio e que deveriam poder ser contestados graças à invocabilidade do princípio cuja eficácia é posta em perigo. Permanece, por conseguinte, uma brecha na interpretação da invocabilidade mínima dos princípios que o juiz poderia habilmente apreender para não tornar meramente formal ou ainda teórico e ilusório - para retomar um *dictum* famoso do Tribunal de Estrasburgo - a consagração do pedestal social da Carta.

O significado e o alcance dos direitos e princípios que a Carta consagra foram

aferrados pelo Reino Unido. A Carta integrada deixará lugar à Carta interpretada, de maneira bem discutível nomeadamente pelo Conselho constitucional francês. Eis aqui a apreensão jurídica da questão. Não se pode, contudo, considerar que, de um ponto de vista político, a integração da Carta ao cerne do tratado fundador talvez, enquanto tal, mobilizador para os cidadãos que descobrem (por último) os direitos, princípios e liberdades que a “União de direitos” erige para melhor respeitá-lo *ad intra* e promovê-lo *ad extra*. Por outro lado, nada se dirá, entretanto, que passado certo lapso de tempo, a influência da espontaneidade ou, para dizê-lo diferentemente, o cunho do construtivismo não retomará as suas marcas.

NOTAS

1 *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, assinado em Roma, em 29 de outubro de 2004, J.O. n° C 310 do 16 de dezembro de 2004. Usa-se, às vezes *Constituição europeia*, às vezes *Tratado constitucional*. Não é necessário ver na utilização diferenciada dessas expressões, nenhuma intenção particular; trata-se de uma facilidade de ordem estilística.

2 *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, proclamada em Nice em 7 de dezembro de 2000, J. O. n° C 364 do 18 de dezembro de 2000. Na prática, a Carta tomou a forma clássica de uma *Declaração comum*, assinada pela Comissão, o Parlamento Europeu e o Conselho, diferentemente de um *acordo inter-institucional*. O trabalho da Convenção que elaborou a Carta sob a direção de Roman HERZOG foi destacado bem por M. BERNARD e ALVAREZ DE EULATE, S. SALINAS ALCEGA em *Algunas reflexiones sobre la Convención para la elaboración de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea, Cuadernos de la Cátedra Jean Monnet*, 2003, n° 1, p. 64.

3 A Comissão identificou muito rapidamente a existência de um *controle de compatibilidade* das propostas de atos de direito derivados da

Carta, veja a decisão da Comissão de 13 de março de 2001, SEC (2000) 380/3, sendo que Conselho fez rapidamente a menção de certos atos adotados (exemplo regulamento comunitário n° 1049/2001 de 20 de março de 2001 sobre o acesso do público aos documentos). Quanto ao Parlamento Europeu, este decidiu erigir a Carta *em lei de Assembléia*, veja a declaração de Nicole FONTAINE, *Documents d'actualité internationale*, 15 de janeiro de 2001, n° 2, p. 64.

4 Conclusões de Pascale FOMBEUR sobre o acórdão da CE, 28 de fevereiro de 2001, *Casnovas*. A Carta serviu aqui de instrumento interpretativo ao Comissário do governo para confirmar uma análise jurisprudencial interna posta pelo Conselho constitucional, em matéria de *direito ao emprego*, que não serviu a uma finalidade imposta ao legislador (Cons. const., 28 de maio de 1983, n° 83-156 DC).

5 Opinião parcialmente dissidente dos juízes BRATZA, FUHRMANN e TULKENS no processo *Fretté c. France* de 26 de fevereiro de 2002. A Carta é analisada - mais especificamente no antigo artigo 21, novo artigo II-81 sobre a *não-discriminação* - como materialização da existência de um *consenso europeu relativo à proibição de qualquer discriminação fundada sobre 'orientação sexual'*.

6 Há que se mencionar a famosa tentativa do Advogado Geral JACOBS nas suas conclusões de 21 de março de 2002 devolvidas no processo sobre a *União de Pequenos Agricultores*, seguido um tempo pelo Tribunal de primeira instância (TPI, *Jégo-Quéré*, 3 de maio de 2002, aff. T 177/01), de reformar o acesso dos particulares ao pretório comunitário.

7 CEDH, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, 11 de julho de 2002. Permitimo-nos aqui retornar à nossa análise, L. BURGORGUE-LARSEN, *La 'force de l'évocation' ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 77-104.

8 A mesma cautela está presente na jurisprudência administrativa francesa. O Conselho de Estado, num acórdão de 5 de janeiro de 2005, *Deprez*, afirmou - enquanto o requerente havia invocado em caso extremo a Carta dos direitos fundamentais: Considerando no entanto,

que, contrariamente ao que apóia o pedido n° 257534, a Carta dos direitos fundamentais da União Européia, proclamada pelo Conselho Europeu em 7 de dezembro de 2000 e incluída num ato inter institucional publicado em 18 de dezembro de 2000 é desprovida, no estado atual do direito, de força jurídica que a una a um tratado, uma vez que se introduz na ordem jurídica interna e não figura no número de atos do direito comunitário, derivados e suscetíveis de serem invocados diante de órgãos jurisdicionais nacionais. O inciso, ainda anódino, no estado atual do direito deixa antever um futuro promissor para o texto, aventurando-se na ratificação do tratado que estabelece uma Constituição para a Europa que entrará em vigor, sem obstáculos, no horizonte 2006.

9 A Convenção européia continua a brilhar com todo seu fulgor conservando seu estatuto essencial de parâmetro de referência que ajuda o Tribunal de Justiça a identificar e a interpretar os direitos fundamentais comunitários, veja CJCE, 23 de outubro de 2003, *Margareta Scherndl*, aff. C-40/02, ponto 40; CJCE, 23 de setembro de 2003, *Akrich*, pontos 59 e 60, aff. C-109/01; CJCE, 20 de maio de 2003, *Rundfunk*, aff. jtes C-465, C-138/01 e C-130/01. Para um exemplo ainda mais característico veja CJCE, 15 de outubro de 2002, *Limburgse*, pontos 169 e 170 ou a aplicabilidade direta do artigo 6 da Convenção é reconhecido. O acórdão *KB* de 7 de janeiro de 2004 demonstra contudo que a Carta estende efeitos indiretos mas alguns na ordem jurídica comunitária através do prisma da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo que se encontra livre para evocar e utilizar a Carta como o entende (CEDH, 11 de julho de 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*).

10 Neste contexto, o Tribunal de Justiça não hesitou em aceitar que, em circunstâncias precisas, a liberdade fundamental de circulação das mercadorias passava a dar um passo à frente na liberdade de expressão e no direito de associação, CJCE, 12 de junho de 2003, *Schimdburger*, aff. C-112/00, veja nomeadamente o ponto 77. Reportar-se-á com vantagem à crônica jurisprudencial de J. CAVALLINI, *Chronique des quatre libertés*, R.M.C.U.E., n° 473, dezembro de 2003, p. 683. Por conseguinte, os comentá-

rios orientados para o acórdão *Schimdburger*, C. Veja a *Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux: à la recherche d'un équilibre*, R.T.D.H., 2004, pp. 435-459; N. STOFFEL VALLOTTON, *Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales* (artigos 10 e 11 do CEDH). A propósito ver a sentença do TJCE no assunto *Schimdburger*. República de Austria de 12 de junho de 2003, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 18, maio-agosto 2004, pp. 483-506.

11 E não dos menores. Mencionar-se-á nomeadamente o juiz Marc FISCHBACH, *Le Conseil de l'Europe et la Charte des droits fondamentaux*, R.U.D.H., 2000, p. 7. Guy Braibant, ator privilegiado na elaboração da Carta como representante pessoal da França na *Convenção Herzog*, pode exprimir uma idéia da mesma ordem, Veja. *Conclusions*, R.U.D.H., 15 de setembro de 2000, p. 68.

12 Para análises críticas - que se distinguem contudo pela sua abordagem metodológica e sua lisura na análise jurídica - adiar-se-á à crítica caricatural (que ignora os eixos fundamentais do sistema comunitário), portador de uma visão ideológica impressa na eurofobia de G. LEBRETON, *Critique de la Charte des droits fondamentaux*, *Dalloz*, 2003, pp. 2319-2321; quer à de F. MAYER, *La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne*, R. T. D. eur., abril-junho de 2003, pp. 175-196 ou ainda de B. LEBAUT-FERRARESE, M. KARPENSCHIF, *La 'constitutionalisation' de la Charte: un acte fondamental pour l'Union européenne*, *La Convention sur l'avenir de l'Europe. Essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe* (C. PHILIP, P. SOLDATOS, dir.), Bruxelas, Bruylant, 2004, pp. 125-161, quem distinguem-se todos os por um conhecimento exaustivo do sistema comunitário, nomeadamente do tratamento em matéria de direitos fundamentais e que, a esse respeito, são capazes de desenvolver críticas relevantes sobre a Carta e sua constitucionalização.

13 Leia-se assim: *A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos direitos fundamentais que constitui a parte II.*

14 O projeto de tratado (artigo 7 §2) estava assim redigido: A União *empenha-se* em aderir à CEDH.

15 Ver os argumentos de partidários da adesão apresentados por Florence BENOIT-ROHMER, *L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme*, R.U.D.H., 15 de setembro de 2000, pp. 57-61.

16 C.GREWE, H. RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, P.U.F., 1995, pp. 55-57.

17 Nesta perspectiva, raciocina-se a partir desse esquema constitucional interno que o Tribunal de Justiça não concederá, em princípio, expressamente o direito de verificar a conformidade das disposições das partes I e III do tratado constitucional com as da Carta como o faz E. BRIBOSIA, *La future Constitution: point culminant de la constitutionnalisation des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, La Grande Europe, P. MAGNETTE (dir.), Bruxelas, Edições da Universidade livre de Bruxelas, 2004, pp. 202-221, spec. 207.

18 Artigo 16 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem determina a separação dos poderes, não tem Constituição.”

19 L.Burgorgue-Larsen, *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe au carrefour des ambivalences, L'intégration européenne au XXI^e siècle, En hommage à Jacques Bourrinet*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 39-71.

20 Chamar-se-á igualmente a seguir a *Convenção Valéry Giscard d'Estaing* ou *Convenção II*.

21 Conv. 116/02, WG II I, **Nota do Secretariado** ao Grupo de Trabalho *Integração da Carta / adesão à CEDH*, p. 6. Seus trabalhos foram muito mais simples e menos agitados que os de outros grupos, como aqueles sobre a personalidade jurídica da União (Grupo III) ou sobre as competências complementares (Grupo V). Rapidamente, desenhou-se um consenso sobre a necessidade de conceder à Carta uma força jurídica vinculativa – elevando-a a uma fileira constitucional. No relatório final do grupo de trabalho, as opções foram reduzidas a três, apontando o dedo para a mais idônea para a maioria do grupo: a inserção no tratado. Para

uma análise circunstanciada dos trabalhos dos Convencionais relativos à Carta, ver V. MICHEL, *L'évocation conventionnelle, La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, L. BURGORGUE-LARSEN (dir.) Bruxelas, Bruylant, 2005 (parecer na coleção do Credho).

22 Conta-se a esse respeito sete substituições deste tipo, aos artigos II-18, tornado no II-78, direito de asilo; II-21 §2, tornado II-81 §2, não discriminação; II-36, tornado II-96, acesso ao serviço de interesse econômico geral; II-41 §4, tornado II-101 §4, direito à uma boa administração; II-45 §2, tornado II-105 §2, liberdade de circulação e de estada; II-51 §2, tornado II-111 §2 âmbito de aplicação e por último II-52 §2, tornado II-112 §2, alcance e interpretação dos direitos e princípios.

23 Artigo II-16, tornado II-76, Liberdade de empresa; II-27, tornado II-87, direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa; II-28, tornado II-88, direito de negociação e de ações coletivas.

24 A adição inserida no Preâmbulo dá seguimento às pressões do governo de outre-Manche. Pode-se ler (antes da última frase do texto) que: “Neste contexto, a Carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e os Estados-Membros levando-se em consideração as explicações estabelecidas sob autoridade do *Praesidium* da Convenção que elaborou a Carta.”

25 Os *Convencionais II* acrescentaram dois incisos aos §1º e 2 do artigo II-111 (ex-artigo 51) identificados em itálico: “§ 1º. As disposições da presente Carta dirigem-se às instituições, órgãos e organismos da União em respeito ao princípio de subsidiariedade, assim como aos Estados-Membros unicamente quando referem-se ao direito da União. Conseqüentemente, respeitam os direitos, observam os princípios e promovem a aplicação, em conformidade com as suas competências respectivas *e no respeito dos limites das competências da União como lhe são conferidas nas outras partes da Constituição*. § 2. *A presente Carta não estende o âmbito de aplicação do direito da União para além das competências da União, nem cria nenhuma competência, nem nenhuma tarefa novas para a União e não altera as competências*

e tarefas definidas nas outras partes da Constituição”. Sobre as relações complexas entre competências e direitos fundamentais, adiar-se-á às propostas de O. de SCHUTTER, “The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the open method of coordination”, *The Jean Monnet Program, NYU School of Law*, 2004, 42 p. e às análises de J.-P. JACQUÉ, *Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne, Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelas, Bruylant, 2004, pp. 1007-1028.

26 Os *Convencionais II* acrescentaram três parágrafos nos §§ 4, 5 e 6 do artigo II-112 (ex-artigo II-52). Lêem-se assim: “§4. Na medida em que a presente Carta reconhece os direitos fundamentais como resultado das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, estes direitos devem ser interpretados em harmonia com as referidas tradições. §5. As disposições da presente Carta que contêm princípios podem ser acionadas por atos legislativos e executivos indicados pelas instituições e órgãos da União, e por atos dos Estados-Membros quando se referem ao direito da União, no exercício das suas competências respectivas. A sua invocação na frente do juiz é admitida apenas para a interpretação e o controle da legalidade de tais atos. §6. As legislações e práticas nacionais devem ser levadas plenamente em conta como aparecem referidas na presente Carta”.

27 Uma leitura atenta das explicações destaca a sua *atualização* pela adição de referências recentes (isto é, que apareceram entre dezembro de 2000 e julho de 2003), relativas tanto à jurisprudência quanto à legislação comunitária.

28 O Projeto do tratado estabelecendo uma Constituição para a Europa e adotado por consenso pela Convenção europeia em 13 de junho e 10 de julho de 2003 foi entregue ao Presidente do Conselho europeu em Roma em 18 de julho de 2003.

29 Os artigos da Carta proclamada e numerados de 1 à 54 receberam nova numeração para se consignar a sua integração na IIª parte do tratado. Os artigos da Carta integrada passaram a ser os artigos II-61 à II-114.

30 A adição é indicada em itálico: “Neste contexto, a Carta será interpretada pelos órgãos ju-

risdicionais da União e dos Estados-Membros levando-se em consideração as explicações estabelecidas sob a autoridade do *Praesidium* da Convenção que elaborou a Carta e a atualizou sob a autoridade do *Praesidium* da Convenção europeia”.

31 §7 do artigo II-112: *As explicações elaboradas para guiar a interpretação da Carta dos direitos fundamentais são levadas devidamente em consideração pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros.*

32 Sobre a integração diferenciada que, na sua forma construtiva, toma o andamento das *cooperações reforçadas* e, na sua forma negativa, a de disposições de *opting out*, ver nossa análise, *Le droit communautaire dans tous ses états ou les désordres du in et du out, Mélanges en hommage à Guy Isaac, Cinquante ans de droit communautaire*, Tomo I, Toulouse, Presses de l’Université des Sciences sociales, 2004, pp. 121-136 ou ainda, A. PRAT, *La différenciation, réponse au grand nombre d’Etats membres?, L’intégration européenne au XXI° siècle, op. cit.*, pp. 73-97.

33 M. POIARES MADURO, *The double constitutional life of the Charter of fundamental Rights, Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional* (Journées d’études des 7 et 8 novembre 2002), N. FERNÁNDEZ SOLA (dir.), Zaragoza, Dykinson, 2004, p. 287.

34 Reportar-se à *Chronique de jurisprudence européenne comparée* surgida desde o ano 2000 com o *Rd. pub.* para seguir a história das interações orgânicas e materiais entre as diferentes ordens jurídicas da escala europeia.

35 De acordo com a prática que consistiu em - a partir do acórdão do CJCE de 28 de outubro de 1975, *Rutili*, aff. 36/75 - erigir a Convenção europeia dos direitos do homem numa referência dotada de um *significado específico*.

36 Carta, 4139/00 e Carta, 4178/00.

37 R. ALONSO GARCÍA, *The General provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, European Law Journal*, Vol. 8, Issue 4, dezembro 2002, pp. 497-507.

38 O representante pessoal da França na primeira Convenção pôde mesmo escrever que *No espírito dos compromissos que tem dominado a elaboração da Carta, artigo 52 § 3, flanqueado*

de sua 'explicação', está sem dúvida o preço a pagar para conduzir um consenso sobre o conjunto do texto, G. BRAIBANT, *op. cit.*, p. 266.

39 Ver a minuta do artigo II-113 e o comentário de L. AZOULAI, em L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Commentaire article par article*, Volume 2, Bruxelas, Bruylant, 2005.

40 J. Dutheil de la Rochère, *La France et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, A.F.R.I., 2001, pp. 478-492.

41P. DRZEMCZEWSKI, *The Council of Europe's position with respect to the EU Charter of Fundamental Rights*, *Human Rights Law Journal*, 31 de outubro de 2001, pp. 14-31, spéc. pp. 24-26.

42 T. Goldsmith, *A Charter of Rights, Freedoms and Principles*, *Common Market Law Review*, 2001 (38), p. 1201.

43 Lê-se assim: *Neste contexto, a carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-membros levando devidamente em consideração as explicações estabelecidas sob a autoridade do Praesidium da Convenção que elaborou a Carta.*

44 Lá está inserido o inciso ... e atualizados sob a responsabilidade do praesidium da Convenção europeia.

45 Conv. 354/02, p. 10 e frase introdutória da *Declaração concernentes às explicações relativas à Carta dos direitos fundamentais* anexada no tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, CIG 87/04 ADD 2 REV 2, p. 15. Leia esta frase assim: "As explicações que figuram a seguir têm sido estabelecidas inicialmente sob a responsabilidade do praesidium da Convenção que elaborou a Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Foram atualizadas sob a responsabilidade do praesidium da Convenção Europeia, tendo em conta as adaptações trazidas ao texto da Carta pela referida Convenção (nomeadamente artigo II-111 e II-112) e a evolução do direito da União. Embora estas explicações não tenham em si valor jurídico, constituem um instrumento de interpretação precioso destinado a esclarecer as disposições da Carta" (Caracteres itálicos acrescentados).

46 Convenção de Viena sobre o direito de tratados de 23 de maio de 1969, artigo 31 - Regra geral de interpretação: "§1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé de acordo com o sentido comum atribuído aos termos do tratado no seu contexto em face ao seu objeto e o seu objetivo. §2. Para fins de interpretação de um tratado, o contexto compreende, para além do texto, o preâmbulo e anexos incluídos:

a) *Qualquer acordo que tenha alguma relação com o tratado e que intervier sobre as Partes por ocasião da conclusão do tratado;* b) *Qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias Partes por ocasião da conclusão do tratado e aceito pelas outras Partes enquanto instrumento que tenha relação com o tratado".*

47 P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002 (7^o éd.), p. 261.

48 É importante sublinhar aqui que se poderia assimilar as explicações aos trabalhos preparatórios da Carta, cujo artigo 32 da Convenção de Viena estabelece que *constituem meios complementares de interpretação*. É o que faz, por exemplo, Javier ROLDÁN BARBERO em *La Carta de derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n^o 16, setembro-dezembro de 2003, pp. 943-991, spec. p. 964. Ora, convém considerar, nesta perspectiva analítica, que se trata, apenas, de uma *síntese de trabalhos preparatórios*. As explicações têm sido o objeto de numerosas discussões e compromissos que, como tal, não são visíveis em uma única leitura. Não se pode, portanto, assimilá-las *em extenso* aos trabalhos preparatórios da Carta, porque se constituiria, particularmente, apenas em uma redução.

49 No âmbito do artigo 54, da Constituição francesa (4 de outubro de 1958) para o Conselho Constitucional e no âmbito do artigo 95 § 2 da Constituição espanhola (27 de dezembro de 1978) para o Tribunal Constitucional.

50 Cons., 19 novembro de 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, n^o 2004-505 DC.

51 Declaração n^o 1/2004 de 13 de dezembro, *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (DTC 1/2004). Na Espanha,

o Tribunal Constitucional apenas pronunciou-se duas vezes no âmbito do aprofundamento da integração europeia. Em 1992, por ocasião do procedimento de autorização da ratificação do Tratado sobre a União Europeia (Declaração nº 1/1992 de 1º julho, *Tratado sobre la Unión Europea* (DTC 1/1992) e, em 2004, para o tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.

52 Na França, o recurso não é limitado só a uma parte do tratado internacional sujeito ao controle de conformidade. É na integralidade do instrumento internacional que se processa o crivo do exame do juiz constitucional. É necessário, contudo, assinalar na presente fase, um inciso inovador no oitavo considerando da decisão nº 2005-505 DC: "... que todavia são subcontratadas ao controle de conformidade com Constituição das estipulações do tratado que retomam o compromisso anteriormente subscritos pela França". Na Espanha, tal não é a prática. Tem-se respeito à última declaração de 13 dezembro de 2004 (que foi devolvida após o parecer consultivo do Conselho de Estado espanhol de 21 de outubro de 2004) -, três foram as disposições do tratado examinadas pelo Tribunal: os artigos I-6, II-111 e II-112. Além disso, o Conselho de Ministros, no seu recurso, pediu ao Tribunal que se pronunciasse sobre a questão de saber se o artigo 93 da Constituição espanhola seria suficiente para integrar, na ordem jurídica espanhola, o tratado constitucional ou se seria necessário, ao contrário, proceder à uma revisão da Constituição.

53 Artigo I-6: "A Constituição e o direito adotados pelas instituições da União, no exercício das competências que lhes são atribuídas, primam o direito dos Estados-Membros". Este deve ser lido de maneira conjugada com a declaração nº 1 que considera que as disposições do artigo I-6 "refletem a jurisprudência existente no Tribunal de Justiça". Deve-se esta precisão, uma vez mais, ao governo britânico que quis, por tal referência à jurisprudência do CJCE, evitar que a primazia não fosse aplicada aos IIº e IIIº pilares – do quais se sabe, em aparência pelo menos, incompatíveis com a nova arquitetura da União Europeia. Ver a intervenção de Jean-Paul JACQUÉ à Mesa Redonda em 29 de janeiro de

2005 organizada pelos promotores do *Anuário de direito europeu* em 29 de janeiro de 2005 na Universidade Paris II Panthéon Assas (J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, C. BLUMANN, H. GAUDIN, F. PICOD) e P. CASSIA, *L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes, Europe*, dezembro de 2004, pp. 6-9, spec. p. 6.

54 O professor Frédéric SUDRE, por ocasião da Mesa Redonda de 29 de janeiro de 2005 criticou com veemência o fato de o Conselho atribuir um *peso exorbitante* às explicações.

55 Cons. const., 19 de novembro de 2004, cons. 17.: Considerando, em terceiro lugar, que nos termos do seu preâmbulo, 'a Carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros levando-se, devidamente, em consideração as explicações sob a autoridade do *Praesidium* da Convenção que elaborou a Carta'; que o parágrafo 7 do artigo II-112 do tratado dispõe que: "as explicações elaboradas para guiar a interpretação da Carta dos direitos fundamentais são levadas devidamente em consideração pelo órgão jurisdicional da União e dos Estados-Membros".

56 Efetivamente, a passagem citada corresponde ao texto do *projeto* do tratado tal como foi estabelecido sob a presidência Valéry Giscard d'Estaing! E deve-se omitir a menção no fim da frase acrescida a pedido dos Britânicos por ocasião da CIG: "... e atualizados sob a responsabilidade do *praesidium* da Convenção europeia".

57 Leia-se assim: "A França é uma república indivisível, laica, democrática e social. Ela assegura a igualdade frente à lei de todos os cidadãos sem distinção de origem, de raça ou religião. Respeita todas as crenças".

58 Cons. const., 19 novembro 2004, cons. 18. Prossegue-se assim: "que ele encontra-se sujeito às mesmas restrições, preservando nomeadamente à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e a moral pública, assim como à proteção dos direitos e liberdades; que o artigo 9, da Convenção, constantemente foi aplicado pelo Tribunal europeu dos direitos do homem e, por último pela sua decisão acima referida, em harmonia com a tradição constitucional de cada Estado-Membro; que o Tribunal assim levou em conta o valor do princípio de laicidade

reconhecido por pelas várias tradições constitucionais nacionais e que deixa aos Estados uma larga margem de apreciação para definir as medidas mais adequadas, considerando-se suas tradições nacionais, a fim de conciliar a liberdade de culto com o princípio de laicidade”. A respeito desta *decisão acima referida*, duas observações impõem-se. Em primeiro lugar, o acórdão do Tribunal europeu mencionado pelo Conselho constitucional está nos *vistos* da decisão e não nas suas *normas de referências*. Não obstante esta precisão que tem sua importância sob o ponto de vista da técnica de controle de constitucionalidade, é necessário aqui constatar que o Conselho terminou por embarcar sobre o seu modo de interpretação do texto constitucional francês. Muito tempo afastada *do bloco de constitucionalidade* no qual a Declaração de 1789 brilha com todo fulgor, ela jamais quis efetivar sua influência na Convenção europeia dos direitos do homem e na jurisprudência do Tribunal, ainda que sua jurisprudência trouxesse materialmente vestígios. Neste contexto, a menção de um acórdão do Tribunal de Estrasburgo nos *vistos* e a sua *discussão* em meio a sua decisão é uma *pequena revolução* no universo constitucional francês. É contudo prejudicial que esta mudança de perspectiva tenha se constituído sobre uma diligência bastante irreverente... porque o acórdão *Leyla Sahin c. Turquia*, de 29 de junho de 2004, mencionado nos *vistos*, tornou-se objeto de um envio à frente da Grande Câmara de dezessete juízes, envio conhecido do Conselho constitucional! O princípio de precaução jurídico teria querido escolher outro acórdão - emblemático na concepção da laicidade que o Tribunal propõe-se a veicular - um acórdão definitivo e não um acórdão fantasma que, porque é reenviado à Grande Câmara, não existe juridicamente... e pode perfeitamente não ser firmado!

59 Cons. const., 19 de novembro de 2004, cons. 19. Prossegue-se assim: “que assim, o acesso à sala de audiência pode ser proibido à imprensa e o público durante a totalidade ou uma parte do processo no interesse da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada que as partes do processo exigem, ou na medida julgada estrita-

mente necessário pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a natureza da publicidade viesse a prejudicar os interesses da justiça”.

60 Leia-se assim: “as normas relativas aos direitos fundamentais e as liberdades que reconhecem a Constituição serão interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos tratados e acordos internacionais relativos às mesmas matérias ratificados pela Espanha”. A Espanha é, com Portugal e a Romênia, um Estado que na Europa organiza a interpretação pelos juízes constitucionais, normas constitucionais face ao direito internacional dos direitos do homem no espaço que a Convenção europeia ganhou um lugar singular. Ver L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, 2003, pp. 57-75, lição nº 3 *Le juge constitutionnel applique-t-il la Convention européenne des droits de l’homme?*; do mesmo modo, *L’autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l’homme*, *Revue Belge de Droit constitutionnel* 2001-1, pp. 31-64. Para descobrir a riqueza e os matizes da jurisprudência espanhola em matéria comunitária, reportar-se-á com proveito ao trabalho de R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, 2002, 339 p.

61 Fundamento jurídico nº 6: “La duda, por tanto, es si la inevitable extensión de los criterios de interpretación de la Carta va más allá de los contornos definidos por el artículo II-111 es o no compatible con el régimen de derechos y libertades garantizados por la Constitución. En otras palabras, si los criterios establecidos por el Tratado para los órganos de la Unión y para los Estados miembros cuando apliquen Derecho europeo son o no conciliables con los derechos fundamentales de la Constitución y, en esa medida, pueden también imponerse a los poderes públicos españoles cuando actúen al margen del Derecho de la Unión, es decir, también en circunstancias que no ofrezcan conexión alguna con dicho Ordenamiento”. A tradução feita aqui (para o espanhol) é nossa e não tem nenhum caráter oficial.

62 E recordar que os tratados e acordos internacionais visados nesta disposição constitucional “constituem importantes critérios herme-

nêuticos do sentido e do alcance dos direitos e liberdades que a Constituição reconhece, de modo que convenha tomá-lo em consideração afim de ‘corroborar com o sentido e o alcance do direito fundamental específico que reconheceu a Constituição espanhola’ (STC 292/2000 de 30 de novembro, FJ nº 8 com uma referência, precisamente, à Carta Nice, igualmente STC 53/2002 de 27 de fevereiro, FJ nº 3 b)”. O juiz constitucional espanhol faz aqui referência à duas importantes decisões nas quais está expressamente mencionada a Carta dos direitos fundamentais da União Européia, nomeadamente para a primeira decisão, enquanto que ainda oficialmente não foi proclamada.. Ver. C. LÓPEZ-JURADO, A. SEGURA SERRANO, *La aplicación judicial del derecho comunitario en España durante 2002, Revista de Derecho Comunitario europeo*, nº 15, Mayo-Agosto 2003, p. 810.

63 Fundamento jurídico nº 6: “El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrinal constitucional (sobre la base de art. 10 §2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las ‘explicaciones’ que, como vía interpretativa, se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio Europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I-9 § 2 determina en términos imperativos que ‘la Unión se adherirá el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales’”.

64 A expressão é a do professor Joël RIDEAU nas suas conclusões pronunciadas por ocasião da Mesa Redonda de 29 de janeiro de 2005, e consagrada na decisão do Conselho constitucional de 19 de novembro de 2004.

65 Leia-se assim: “A União é fundada sobre os valores de respeito à dignidade humana, de liberdade, de democracia, de igualdade, do Estado de direito, *assim como de respeito dos di-*

reitos do homem, incluídas as pessoas que pertencem à minorias. *Estes valores são comuns aos Estados-Membros* numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, pela não discriminação, pela tolerância, pela justiça, pela solidariedade e pela igualdade entre as mulheres e os homens” (Acrescidos com caracteres itálicos).

66 Artigo II-111 – No âmbito da aplicação: “As disposições da presente Carta dirigem-se às instituições, órgãos e organismos da União no que diz respeito ao princípio de subsidiariedade, assim como, aos Estados-Membros unicamente quando acionam o direito da União. Consequentemente, respeitam os direitos, *observam os princípios e promovem a aplicação*, em conformidade com as suas competências respectivas e no respeito dos limites das competências da União como são-lhe conferidas nas outras partes da Convenção” (Acrescidos com caracteres itálicos).

67 G. BRAIBANT, *Conclusions, R.U.D.H.*, 15 setembro 2000, p. 68.

68 Cons. const., 19 de janeiro de 1995, *Loi relative à la diversité de l’habitat*, nº 94-359 DC, *Rec.*, p. 176, *R.J.C.*, p. 1-630; Cons. const., 29 de julho de 1998, *Loi d’orientation relative à la lutte contre les exclusions*, nº 98-403 DC, *Rec.*, p. 276, *J.O.*, 31 de julho de 1998, p. 11710, Ver. W. SABETE, *A la fin de ce siècle, les droits des pauvres sont-ils toujours de pauvres droits?*, *Dalloz*, 1999, p. 269. et E.-P. Guiselin, *L’accès à un logement décent et le droit de propriété: ni vainqueur ni vaincu, Les petites affiches*, (2000) 51, 13 mars 2000, p. 6.

69 *Contribution sur les droits sociaux*, Charte 4280/00, *Contrib.* 153, 2 de maio de 2000. Para apreender a noção em direito francês, Ver: A. Levade, *L’objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable, Mélanges en l’honneur de Pierre Pactet, L’esprit des institutions, l’équilibre des pouvoirs*, Paris, *Dalloz*, 2003, pp. 687-702.

70 F. Loncle, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union, Les documents d’information de l’Assemblée nationale*, nº 2616, 5 octobre 2000, 94 p, spec. p. 20.

71 Cons. const., 19 de novembro de 2004, cons. 15: “Considerando, em primeiro lugar, que em virtude do artigo II-111 do tratado e à exceção

dos artigos II-101 à II-104, os quais se referem apenas ‘às instituições, órgãos e organismos da União’, a Carta dirige-se aos Estados-Membros ‘quando utilizam o direito da União’ e unicamente neste caso; que ela não incide nas competências da União; que em virtude do parágrafo 5 do artigo II-112, comporta, ao contrário dos ‘direitos’ diretamente invocáveis aos órgãos jurisdicionais, ‘princípios’ que constituem objetivos que não podem ser invocados em oposição aos atos de alcance geral relativos à sua utilização”.

72 Como o representante espanhol na primeira Convenção A. RODRÍGUEZ BEREJO, *op. cit.*, pp. 11-36.

73 G. DE BURCA, *The drafting of the European Union Charter of Fundamental rights*, *European Law Journal*, 2001, pp. 126-138; J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, *La place de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne dans la Constitution européenne*, *Constitution européenne, démocratie et droit de l’homme*, J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, G. COHEN- JONATHAN (dir.), Bruxelas, Bruylant, 2003, p. 238.

74 F. ALDECOA LUZÁRRAGA, *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Biblioteca nueva, Real Instituto Elcano, 2004, p. 69.

75 Artigo I- 14 - Os domínios de competência compartilhada: “§2. As competências compartilhadas entre a União e os Estados-Membros são aplicáveis principalmente aos seguintes domínios: .../...; b) A política social, para os aspectos definidos na parte III”.

76 Artigo III-210 §5: “As leis e as disposições legais europeias adotadas em virtude do presente artigo: a) não levam em consideração a faculdade reconhecida aos Estados-Membros de definir os princípios fundamentais de seu sistema de segurança social e não devem afetar sensivelmente o equilibro financeiro; b) não podem impedir a um Estado-Membro de manter ou estabelecer medidas de proteção mais estritamente compatíveis com a Constituição”.

77 É preciso lê-lo cuidadosamente. Artigo I-3 - Os objetivos da União: “... §3. A União abre-se para o desenvolvimento duradouro da Europa fundado sobre um crescimento econômico equilibrado e sobre a estabilidade dos preços, *uma economia social de mercado* altamente competitiva, *que busque* o pleno emprego e o *progresso social*, e *um nível elevado de proteção e melhoria da qualidade ambiental*. Promove o progresso científico e técnico. Combate a *exclusão social e as discriminações*, e *promove a justiça e a proteção sociais*, a igualdade entre as mulheres e os homens, a solidariedade entre as gerações e a proteção dos direitos da criança” (Acrescidos com caracteres *itálicos*).

78 Explicações do artigo II-86: “O princípio contido neste artigo baseia-se no artigo 15 da Carta social europeia e inspira-se igualmente no ponto 26 da Carta comunitária dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores” (Acrescidos com caracteres *itálicos*).

79 Explicações do §1 do artigo II-94: “O princípio enunciado no § 1 do artigo II-94 é fundado sobre os artigos 137 e 140 do Tratado CE, doravante substituídos pelos artigos III-210 e III-213 da Constituição, assim como sobre o artigo 12 da Carta social europeia e sobre o ponto 10 da Carta comunitária dos direitos dos trabalhadores” (Caracteres *itálicos* acrescentados).

80 Explicações do artigo II-97: “O princípio contido neste artigo foi fundado sobre os artigos 2, 6 e 174 do Tratado CE, que doravante são substituídos pelo artigo I-3 § 3 e os artigos III-119 e III-233 da Constituição. Inspira-se igualmente em certas disposições de constituições nacionais” (Caracteres *itálicos* acrescentados).

81 Explicações do artigo II-95: “Os princípios contidos neste artigo são fundados sobre o artigo 152 do Tratado CE substituído doravante pelo artigo III-278 da Constituição, assim como sobre os artigos 11 e 13 da Carta social europeia. A segunda frase do artigo reproduz o artigo III-278 § 1” (Caracteres *itálicos* acrescentados).

82 Explicações do artigo II-96: “Este artigo está plenamente conforme o artigo III-122 da Cons-

tuição e não cria direito novo. *Põe apenas o princípio do respeito pela União* do acesso ao serviço de interesse econômico geral como está previsto nas disposições nacionais, dado que estas disposições são compatíveis com o direito da União” (Caracteres itálicos acrescentados).

83 Explicações do artigo II-98: “O princípio contido neste artigo foi fundado sobre o artigo 153 do Tratado CE, doravante substituído pelo artigo III-235 da Constituição” (Caracteres itálicos acrescentados).

84 Conclusões de 18 de fevereiro de 2001, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) c. Secretary of State for Trade and Industry*, aff. C-173/99.

85 CJCE, 26 de junho de 2001, *BECTU*, aff. C-173/99, ponto 43. “Ele resulta de o que precede que o direito à licença anual paga de cada trabalhador deve ser considerado como um princípio do direito social comunitário que reveste uma importância específica, ao qual não saberia ser derogado e cujo a aposta imposta pelas autoridades nacionais competentes pode ser efetuada apenas nos limites expressamente enunciados pela diretiva 93/104 própria”.

86 O advérbio *nomeadamente* - cujo Conselho gasta e abusa ao longo de toda a sua decisão - é revelador.

87 O. de SCHUTTER, *Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux*, O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL (dir.). *Une Constitution pour l'Europe, Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 113.

88 Conv. 28/03, 9 julho de 2003, p. 51 e explicação do parágrafo 5 do artigo II-112.

89 O. de Schutter, *op. cit.*, pp. 113-114.

90 A explicação do artigo II-94 §1º (Segurança social e ajuda social) demonstra-o magistralmente: “A referência à serviços sociais visa os casos nos quais de tais serviços foram instaurados para assegurar certas prestações, mas não implicam de modo algum que tais serviços devam ser criados quando não existe”.

91 TPICE, 11 de setembro de 2002, *Pfizer Animal Health s.a. c. Conseil de l'Union*, T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, ver pontos 114 e 125.

O SISTEMA DAS FONTES DO DIREITO NO TRATADO
CONSTITUCIONAL EUROPEU*
IL SISTEMA DELLE FONTI DEL DIRITTO NEL TRATTATO
COSTITUZIONALE EUROPEO

ALFONSO CELOTTO**

Recebido para publicação em julho de 2005.

Resumo: O projeto de Tratado que institui uma Constituição para a Europa traz à baila uma discussão sobre novos paradigmas relativos às *fontes do direito*, e apresenta conceitos diferenciadores entre “lei europeia” e “norma diretiva europeia”, novidades estas atinentes ao *sistema comunitário* que, por sua vez, se estabelece no peculiar equilíbrio entre órgãos executivos e órgãos legislativos, influenciado de maneira decisiva pelo papel dos Estados-membros e dos Governos. Vislumbra-se que a democracia entendida como participação das escolhas públicas e como designação dos representantes não é adequada a um sistema de governo transnacional e global, almejado pela Comunidade Europeia.

Palavras-chave: Tratado. Constituição. União Europeia. Fontes. Sistema comunitário. Lei. Normas Diretivas.

Abstract: The project of Treated that it institutes a Constitution for the Europe brings a quarrel on new relative paradigms to *the sources to the right*, and presents concepts differentiators between “european law” and “european directive norm”, new features these referring to the communitarian system that, in turn, if establishes in the peculiar balance between executive agencies and legislative bodies, influenced in decisive way for the paper them State-members and them Governments. The understood democracy is glimpsed that as participation of the public choices and as assignment of the representatives is not adjusted to a system of transnational and global government, longed for the European Community.

Key Words: Treated. Constitution. European Union. Sources. Communitarian system. Law. Directive Norms.

1. A tradicional acusação de déficit democrático movida aos processos de decisão comunitários(1) parece estar radicalmente superada no Projeto de Tratado que adota uma Constituição para a Europa, onde – pela primeira vez no âmbito comunitário – se qualificam fontes utilizando um termo de forte conotação evocativa como “lei”.

Sabemos que o “projeto de Tratado que institui uma Constituição para a Europa” foi aprovado em 18 de junho de 2004 e que não entrará em vigor antes de novem-

bro de 2006, como está atualmente em curso o *iter* das ratificações nacionais; depois as ratificações positivas de nove Estados-membros – entre os quais a Itália com l. n. 57 de 2005 – os referendos negativos da França e Holanda (maio de 2005) criaram um problema considerável (*in primis*) político à sua aprovação final.

Em todo caso, o texto de projeto constitucional é a oportunidade para discutir sobre o sistema europeu das origens.

Ler a palavra “lei” nesse Tratado nos faz pensar que finalmente foi introduzida no sistema comunitário a fonte do direito

* Texto traduzido por Juliana Salvetti

** Professor de Direito Constitucional da Università degli studi Roma tre

por antonomásia dos sistemas democráticos modernos? A clássica expressão da vontade geral, com que se tentou por anos centralizar as escolhas normativas fundamentais, nas mãos de uma Assembléia representativa do povo?

Não basta de fato um *nomen juris* para transformar um sistema.

É suficiente o simples confronto entre o art. I-33 do Projeto e o art. 249 TCE para percebermos rapidamente que a “lei europeia” e a “norma diretiva europeia” se parecem muito pouco com os relativos conceitos os quais estamos habituados a usar no direito nacional.

A lei europeia define-se como *um ato legislativo de alcance geral. É obrigatória em todos os seus elementos e diretamente aplicável em cada um dos Estados membros. A norma diretiva europeia como um ato legislativo que vincula todos os Estados membros destinatários no que diz respeito ao resultado a ser alcançado, ficando a salvo a competência dos órgãos nacionais respeito à forma e dos meios.*

São as mesmas palavras utilizadas desde 1957 para definir o “regulamento” e a “diretiva”! A primeira, fácil conclusão poderia ser que nos encontremos perante um mero “falso rótulo”. Como os antiquários sem escrúpulos, que restauram móveis novos para fazê-los parecer antigos, pode-se pensar que a Convenção europeia tenha rerepresentado as mesmas fontes comunitárias pouco democráticas com *nomen juris* nobre e altissonante.

Vale, todavia, retirar esse rótulo para analisarmos as novidades do modelo comunitário das fontes, tendo sempre um parâmetro de avaliação iniludível: a União não reproduz (nem poderia) os modelos democráticos nacionais. (2) O sistema comunitário se estabelece no peculiar equilíbrio entre órgãos executivos e órgãos legislativos influenciado de maneira decisiva pelo papel dos Estados membros e dos

Governos. Por outro lado, como observado genericamente, a democracia entendida como participação das escolhas públicas e como designação dos representantes não é adequada a um sistema de governo transnacional e global. (3)

Eis que, então, o fenômeno comunitário deve ser estudado e enfrentado segundo categorias necessariamente novas e, pelo menos, adaptando aquelas por nós conhecidas. (4) Utilizando uma metáfora, podemos dizer que discutir sobre União europeia usando as categorias jurídicas próprias dos Estados nacionais equivale a querer empreender uma viagem interplanetária com um avião a hélices.

2. As terminologias “lei” e “norma diretiva” europeia aparecem desde o projeto preliminar de 28 de outubro de 2002, (5) seja mesmo sem alguma precisão sobre as características formais e substanciais dessas fontes.

A idéia desse novo *nomen juris* não foi objeto de debate especial pelo grupo de trabalho sobre a simplificação dos procedimentos legislativos e dos instrumentos, que se interessou ao contrário em racionalizar os instrumentos e os procedimentos e em arquitetar uma hierarquia das fontes comunitárias, como veremos no parágrafo seguinte.

Os artigos que na parte I do projeto dedica à lei europeia e à norma diretiva não levam novidades especiais em relação às fontes preexistentes.

Os art. I-38 e I-39 insistem nos princípios já aplicáveis em relação à motivação, promulgação, publicação e entrada em vigor dos atos normativos comunitários. Certo que, para o jurista italiano é, no entanto, surpreendente ler uma disposição constitucional que impõe a obrigação da motivação para atos normativos chamados leis, na ciência que há décadas consideramos que “de norma, não é necessário que o

ato legislativo seja motivado, produzindo a lei em si, no sistema que constitui, no conteúdo e no caráter dos seus comandos, a justificação e as razões da própria manifestação no mundo do direito”. (6) Contudo, sabemos bem, como a motivação é sempre elemento essencial dos atos normativos comunitários, pela eficácia do art. 253 TCE: modificado o “nome” dos regulamentos e às diretivas, não podia deixar de vir esse elemento de transparência que favorece o controle jurisdicional.

O art. I-34 individualiza de modo genérico o “procedimento legislativo ordinário” das leis européias, em seguida disciplinado completamente pelo art. III-396. (7)

Os procedimentos normativos – como se sabe – têm sofrido notáveis progressos pelo Tratado de Roma. Inicialmente eram caracterizadas pelo monopólio de iniciativa da Comissão, pelo poder de decisão do Conselho e por um Parlamento que somente dispunha do direito de ser consultado (c. d. consulta simples, somente uma leitura). O Ato único europeu introduziu o procedimento de cooperação (duas leituras) no setor da realização do mercado interno, procedimento que nesse meio tempo caiu em desuso, exceto no quadro da União econômica e monetária. O Tratado de Maastricht introduziu o procedimento de co-decisão, inicialmente aplicado a 15 setores, depois estendido a 24 setores pelo Tratado de Amsterdã e em seguida constituído pelo Tratado de Nice como o procedimento legislativo predominante; caracteriza-se por dois elementos essenciais: a fase de conciliação e a impossibilidade para o Conselho de impor a sua vontade ao Parlamento, também à unanimidade.

O procedimento legislativo ordinário agora disciplinado pelo art. III-396 consiste na reapresentação do procedimento de co-decisão, confirmando as regras vigentes, mas com uma estruturação terminológica diferente, a qual evidencia ainda mais o

papel tendenciosamente paritário do Parlamento e do Conselho dos ministros no *iter legis* comunitário. Por fim, o sistema legislativo comunitário configura-se como um modelo “bicameral”, onde contíguo a uma Câmara representativa do povo (*rectius* dos povos) europeu, um segundo organismo (seria muito chamá-lo Câmara) representativo dos Estados aparece: o modelo é aquele dos sistemas federais e regionais (a uma Câmara dos cidadãos segue-se uma Câmara dos Estados), obviamente aplicado e adaptado à realidade comunitária.

É sob essa ótica que podemos falar de “duas ramificações” da autoridade legislativa, com a presença de um organismo eleito pelos cidadãos e de um composto pelos Estados membros, para responder plenamente ao dualismo característico da forma de governo comunitária.

3. Relevantes inovações referem-se ao novo arranjo sistemático das fontes.

Durante da Convenção, o grupo de trabalho, sobre a simplificação dos procedimentos legislativos e dos instrumentos, tinha como ordem fundamental contrariar o excesso de instrumentos jurídicos. (8) O atual sistema da União conhece além de 30 instrumentos normativos diferentes, alguns com efeitos semelhantes diante de nomes diferentes, outros – paradoxalmente – com efeitos diferentes diante de nomes iguais (simbólico é o caso da “decisão” (9).

Para promover inteligibilidade, simplicidade e clareza (10) – mesmo sabendo o quanto é difícil simplificar (11) – foram prognosticadas a eliminação dos atos atípicos, uma mais completa hierarquia dos atos normativos e a utilização de *nomen juris* mais tradicionais.

Com o escopo de conter o número dos instrumentos normativos foi ventilada a idéia de uma específica proibição de atos atípicos, a qual, todavia, não foi acolhida pelo Projeto de Constituição. Em todo

caso, um passo foi dado para a não proliferação das fontes, pode ser apreendido no par. 2 do art. I-33, onde está disposto: “Na presença de propostas de atos legislativos, o Parlamento europeu e o Conselho dos ministros se abstêm de adotar atos não previstos pelo presente artigo no setor interessado”. Trata-se de uma diretiva de política legislativa mais do que uma proibição explícita; no entanto, permite-se à Comissão, titular do poder de iniciativa dos atos legislativos, conforme os art. 34 e III-396 (12), de limitar as intervenções atípicas dos Parlamento e Conselho.

Um ulterior elemento que pode limitar a proliferação de atos atípicos é a ampla previsão de *reservas* de lei ou de norma diretiva em toda à parte do Projeto constitucional dedicada às políticas comunitárias. Disposições como o art. III-134 – segundo o qual “A lei ou a norma diretiva europeia estabelece as medidas necessárias para realizar a livre circulação dos trabalhadores” (13) – devem ser entendidas não somente no sentido tradicional de limitações à competência dos atos normativos secundários; mas também – considerada a peculiar disposição comunitária – como específicas proibições de adotar atos atípicos nas matérias reservadas. Também aqui – gosto de sublinhá-lo – recupera-se e utiliza-se um conceito tradicional da *juris publicistica* (a reserva de lei) para aplicá-lo e adaptá-lo à sistemática comunitária.

4. Inovadora – e muito propagada sob ponto de vista de trabalhos da Convenção – é a criação de uma verdadeira hierarquia dos atos comunitários, delineada no art. I-33 e inteiramente disciplinada nos art. I-34, I-35, I-36 e I-37.

O atual sistema normativo prevê, como se sabe, somente um nível primário (composto por regulamentos e diretivas), os quais se agregam os atos executivos. A grande novidade consiste no complemento

do regulamento europeu, “ato não legislativo de alcance geral voltado à atuação dos atos legislativos e de algumas disposições específicas da Constituição”, como especifica o 4º inciso do art. I-33, par. 1. De tal modo, se alivia o nível primário do excesso de detalhes – muitas vezes temos nos divertido perante os regulamentos sobre moluscos bivalves – e cria-se um instrumento para intervir de maneira rápida, eficaz e flexível nos setores específicos.

Não deve ser dissolvida, referente ao regulamento europeu, a comissão entre órgãos legislativos e executivos, à medida que o art. I-35 entrega de modo geral a competência para promulgá-los tanto ao Conselho dos ministros quanto à Comissão (14) além do Banco Central Europeu. Indefinida também é a sua eficácia, prevendo-se que possa “ser obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em cada um dos Estados membros, ou mesmo vincular o Estado destinatário no que se refere ao resultado a ser alcançado”. Assim sendo, onde haja a exigência de atuar e integrar leis ou normas diretivas, a Comissão ou ainda mais frequentemente o Conselho, ambos dispõem de um ato normativo geral que pode assumir – com alternância – a adequada eficácia de um (velho) regulamento ou de uma (velha) diretiva. (15)

Uma disciplina bem mais detalhada é preservada, pelo sucessivo art. I-36, para uma *species* do regulamento europeu, o “regulamento europeu delegado”. Na disciplina do Projeto de Tratado constitucional recorrem uma série de elementos que o aproximam do regulamento em desregulamentação, como foi disciplinado na Itália pelo art. 17, 2º inciso, l. n. 400 de 1988:

a) é um poder normativo não próprio, mas acionável somente em relação à delegação das leis europeias ou das normas diretivas europeias;

b) é de competência da Comissão, explicitando – finalmente – a exigência de

separar as competências do legislativo daquelas do executivo;

c) trata-se de fontes que não têm somente competência aplicativa e integrativa, mas também modificadora das leis européias (16); fica, porém aberto o problema sobre a classificação de tais fontes, que apresentam perfis de atipicidade na força, enquanto – como há anos se discute na Itália a respeito dos regulamentos em desregulamentação – são atos, do ponto de vista passivo, em caráter secundário, mas habilitados – do ponto de vista ativo – para modificar atos primários;

d) utiliza-se o modelo clássico da delegação de poder normativo, exigindo que as leis européias e as normas diretivas delimitem explicitamente os objetivos, o conteúdo, o alcance e a duração da delegação;

e) colocam-se – outro paralelo com a desregulamentação italiana – limites de matéria aos regulamentos delegados, especificando que os elementos essenciais de um setor não podem ser objeto de delegação.

As previsões do par. 2 do art. I-36 reforçam, ao contrário, os mecanismos de controle da autoridade legislativa sobre a atividade normativa delegada, dispondo explicitamente a possibilidade que as singulares leis de delegação estabelecem um direito de avocação ou um direito ao silêncio (17): com essa finalidade se prevê que “o Parlamento europeu ou o Conselho dos ministros possam decidir revogar a delegação” e que “o regulamento delegado pode entrar em vigor somente se, dentro do prazo fixado pela lei européia ou pela norma diretiva européia, o Parlamento europeu ou o Conselho dos ministros não movam objeções”.

5. Do ponto de vista sistemático, a introdução do regulamento completa à pirâmide hierárquica dos atos normativos comunitários: Constituição na qualidade superior, lei e norma diretiva na qualidade primária, regulamentos na secundária. (18)

Na primeira impressão pode parecer que se consiga conformar um esquema gradualístico das fontes, simples e linear, de inspiração nitidamente kelseniana, objetivo dos quais os Estados nacionais estão ao contrário cada vez mais afastados, com sistemas das fontes complexos e desordenados. (19)

Ao contrário, não é assim, enquanto, transcorrendo as disposições do projeto, emergem numerosas fontes atípicas e revigoradas. (20) A chamada vai, em primeiro lugar, a todas aquelas hipóteses onde estão previstos procedimentos legislativos especiais – admitidos geralmente pelos mesmos pares. 2 e 3 do art. I-34 – especialmente por meio de consulta a outros órgãos, configurando-se assim *fontes atípicas na forma*. Por exemplo, o art. III-138 exige que a norma diretiva européia que estabelece as medidas para o livre estabelecimento em uma determinada atividade, deve ser adotada após uma prévia consulta do Comitê econômico e social. (21) O art. III-164 prevê que a lei ou norma diretiva européia de determinação das medidas necessárias para o uso do Euro como moeda única nos Estados membros seja adotada sob consulta do Banco Central Europeu. (22) O art. III-280, par. 5, prevê que as leis ou as normas diretivas européias, tidas para instituir ações de incentivo no que concerne a cultura, sejam adotadas após prévia consulta do Comitê das regiões. (23) A Lei européia que determina as regras financeiras da União seja adotada após prévia consulta da Corte das contas, como dispõe o art. III-412. Também, o art. III-427 dispõe que a lei européia que estabelece o estatuto dos funcionários da União, e o regime aplicável aos outros agentes da União, deve ser adotada após prévia consulta das instituições interessadas.

Em muitos casos, enfim, a competência legislativa é reconhecida somente ao conselho dos ministros, mas com consulta

do Parlamento, replicando o atual procedimento de consulta. (24)

Em outras hipóteses está prevista a adoção de lei e normas diretivas europeias sob consulta múltiplas, conforme os casos do Comitê das regiões e do Comitê econômico e social (25), do Parlamento europeu e do Comitê econômico e social (26), do Parlamento europeu e do Banco Central Europeu (27), do Comitê econômico e social e dos Estados membros interessados (28), do Parlamento europeu, do Comitê das regiões e do Comitê econômico e social (29).

Também, podem recorrer elementos de atipicidade na fase de iniciativa de atos legislativos europeus, como – por exemplo – para a lei de mudança do estatuto do Sistema europeu de bancos centrais e do Banco Central Europeu, emendáveis, conforme o art. III-187, par. 3, somente sobre a proposta da Comissão após prévia consulta da Comissão; para a lei de instituição de Tribunais especializados, adotável sobre a proposta da Comissão e após prévia consulta da Corte de justiça ou sobre o pedido da Corte de justiça e após prévia consulta da Comissão (30); ou para a lei europeia de mudança do Estatuto do Banco europeu para os investimentos, adotáveis acerca do pedido do Banco europeu para os investimentos após prévia consulta da Comissão, ou sobre a proposta da Comissão e após prévia consulta do Banco europeu para os investimentos (art. III-393).

Juntamente a essas hipóteses de atipicidade na forma, recorre o caso – já mencionado – da *atipicidade na força* para os regulamentos delegados, formalmente atos secundários, mas habilitados a derogar os atos de grau legislativo.

Para completar todas as possibilidades conhecidas quanto a formas de atipicidade, recorrem enfim também hipóteses de *atipicidade na competência*, como, por exemplo, acontece nas leis de balanço (31) ou para todos os casos onde a competência

legislativa é conferida somente ao Conselho dos ministros, às vezes com consulta do Parlamento (32).

Não é preciso ir além para ser convencido que o sistema das fontes, delineado pelo projeto de Constituição, não seja totalmente simples e linear. O difícil objetivo da simplificação não parece adquirido de maneira aceitável. Para fins de reconstrução, pois, sugere discurso problemático, se não até mesmo insuficiente falar de hierarquia entre as fontes comunitárias. Deduz-se ainda que deva ser debatido – pelo menos em grau integrativo ou até mesmo substitutivo – em termos de competência para reconstruir adequadamente um sistema assaz complexo e descoordenado e oferecer um critério para se orientar entre as numerosas antinomias que virão. (33)

6. Resta, no entanto, considerar aquela que parece ser a novidade mais relevante do ponto de vista geral: a positivação do primado do direito europeu.

O princípio da *primauté* – pilastra sustentadora da integração – é um produto jurisprudencial que se desenvolveu e se definiu no tempo.

A sentença Costa/ENEL de 15 de julho de 1964 (34) estabeleceu que a *primauté* do direito comunitário encontra confirmação no art. 189 (agora 249) TCE, relevando que “essa disposição, que não está acompanhada por nenhuma reserva, estaria despojada de significado se um Estado pudesse unilateralmente anular-lhe os efeitos com um ato nacional que prevalecesse sobre os textos comunitários”; e, portanto, especificando que o direito nascido do Tratado não poderia, em razão justamente de sua exclusiva natureza, deparar com um limite em qualquer ato interno sem perder o próprio caráter comunitário, e sem que disso resultasse abalado o fundamento jurídico da própria Comunidade”. Já em tal decisão emerge nitidamente que

nenhum tipo de ato nacional, nem ao menos de ordem constitucional - o “algum” do texto italiano é ainda mais eficaz no texto francês onde se ressalta “le droit communautaire... ne pourrait... se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu’il soit” – pode resistir ao direito comunitário.

A explicitação do princípio seguirá na sentença *Internationale Handelsgesellschaft* (35), onde se observa que a alegação “aos direitos fundamentais, de como formulados na Constituição, de um Estado membro, ou mesmo aos princípios constitucionais nacionais, não pode depreciar a validade de um ato comunitário ou a sua validade no território do Estado”. A aplicação será vista muito mais recentemente na sentença *Tanja Kreil* (36), onde se admitiu que a diretiva 76/207/CEE, relativa à atuação do princípio da paridade de tratamento entre os homens e as mulheres referente à possibilidade de trabalho, a formação e a ascensão profissional e as condições de trabalho, obsta à aplicação de disposições nacionais, como aquela do art. 12 da Constituição alemã, que excluem em geral as mulheres dos empregos militares implicados ao uso de armas e que lhes autorizam o acesso somente aos serviços de saúde e às formações de música militar.

Sabemos que a indiscutibilidade dessa afirmação encontrou resistência de alcance nacional, principalmente nos Estados que procuraram elaborar uma doutrina dos contra-limites, quais possibilidades de uma resistência de normas e princípios nacionais – espécie de ordem constitucional – à superioridade do direito comunitário. (37).

Atualmente, o Projeto de Tratado constitucional não só torna positivo quanto consolidado na jurisprudência da CGCE, mas torna mais ampla a importância da *primauté* para todo o direito EU, consolidando ao art. I-6 que “A Constituição e o direito adotado pelas instituições da União

no exercício das competências a essa atribuídas, prevalecem sobre o direito dos Estados membros”.

Parece um pronto reconhecimento, ampliado e sem condições da *primauté*, ao contrário, tal disposição deve ser lida sistematicamente pelo menos com os art. I-5 e II-113 do Projeto de Tratado constitucional.

O art. I-5 – diretamente anteposto ao reconhecimento da *primauté* – prevê que: “A União respeita a igualdade dos Estados membros perante a Constituição, e a sua identidade nacional inata na sua estrutura fundamental, política e constitucional, incluído o sistema das autonomias locais e regionais. São respeitadas pela União, as funções essenciais do Estado, especialmente as funções de preservação da integridade territorial, de manutenção da ordem pública e de defesa da segurança nacional”.

O art. II-113 – retomando textualmente o art. 53 da Carta de Nice – dispõe: “Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada como limitativa ou lesiva aos direitos do homem e das liberdades fundamentais estabelecidos, no respectivo âmbito de aplicação, pelo direito da União, pelo direito internacional, pelas convenções internacionais das quais a União ou todos os Estados membros são partes, sobretudo a Convenção Europeia de preservação dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, e pelas constituições dos Estados membros”.

Disso torna-se claro uma visão dinâmica da *primauté*, a qual admite limites constitucionais nacionais.

Trata-se, na prática da legitimação da doutrina dos contra-limites, seja pelo que reputa os princípios supremos dos regulamentos constitucionais seja pelos (maiores níveis de tutela dos) direitos invioláveis.

Os contra-limites se encaminham, portanto, a não serem mais o rígido muro

de limite entre regulamentos, mas a abertura nas relações entre a UE e Estados membros. Fica cada vez mais no horizonte a concepção dos controlimites como *extrema ratio*, que pode legitimar também a secessão de um ou mais Estados da União (hipótese hoje em dia prevista positivamente pelo art. I-60 do Projeto de Tratado constitucional, na forma do recesso da União). Os contra-limites modificam atualmente a sua natureza inicial, e tornam-se elementos de integração entre os regulamentos, que podem admitir ainda a aplicação de normas nacionais, fazendo uma exceção ao direito UE, onde produzam condições mais elevadas de proteção aos direitos, ou representem elementos essenciais da característica estrutura constitucional estatal. Uma União européia que tenda à formação de um verdadeiro Estado unitário de tipo federal, não pode não permitir que os individuais estados membros, principalmente em matéria de direito, não apliquem as próprias disposições que reconhecem níveis de proteção mais elevados, comparativamente ao que acontece tradicionalmente nos Estados federais. Admite-se, portanto, que uma norma nacional possa derogar à norma comunitária: os controlimites adquirem uma própria legitimação, qual forma dinâmica de superioridade do direito nacional, referente ao caso concreto; a *primauté* assume conteúdos novos e diferentes, admitindo derivações de abrangência nacional.

NOTAS

1 Com referência específica às fontes comunitárias: Paladini, *Le fonti de diritto italiano*, Bolonha, 1996, 441.

2 Cartabia – Weiler, *L'Italia in Europa*, Bolonha, 2000, 47.

3 Guarino – *Il governo del mondo globale*, Florença, 2000, 258.4 Na exigência de novos ajustamentos, mais do que de reformas institucionais, para enfrentar o déficit democrático co-

munitário: Pinelli, *Il momento della scrittura*, Bolonha, 2002, 154 ss.

5 CONV 369/02, art. 25.6 Corte Constitucional, 7 de março de 1964, nº 14, em *Jur. Const.*, 1964, 157 s.

7 São, contudo, possíveis procedimentos especiais (de modo geral art. I-34, par. 2), onde a paridade dos dois segmentos da autoridade legislativa é menor.

8 Na condição documental, podem ser mencionados o Mandato do grupo (CONV 271/02), as Prestações de Contas das reuniões (CONV 289/02, 341/02, 363/02, 372/02) e a relação final (CONV 424/02).

9 Ato administrativo no art. 249 TCE, ato normativo de cooperação no âmbito da cooperação em matéria penal, e norma de caráter geral na praxe dos atos atípicos. 10 CONV 424/02.

11 A comprovação do ponto de partida foi realmente “não há nada mais complexo do que a simplificação” (CONV 424/02, pág.1).

12 São admitidas exceções, como previsto pelo art. I-34, par. 3, segundo o qual: “Nos casos específicos previstos pela Constituição, as leis e normas diretivas européias podem ser adotadas pela iniciativa de um grupo de Estados membros ou pelo Parlamento europeu, com recomendação do Banco Central Europeu ou pelo pedido da Corte de Justiça ou pelo Banco europeu de investimentos”.

13 Os exemplos são muito numerosos: por exemplo, artigos III-123, III-124, III-125, III-126, III-127, III-128, III-134, III-136, III-138, III-139, III-140, III-141, III-144, III-147, III-152, e assim por diante.

14 Na parte do Tratado dedicada às políticas, contudo a competência para adotar regulamentos europeus é atribuída mais freqüentemente ao Conselho dos Ministros (por exemplo, artigos III-151, III-159, III-163), e não à Comissão (por exemplo, art. III-166, par. 3).

15 É quase inútil acrescentar que, de alçada nacional, também os regulamentos europeus, diretamente aplicáveis, prevaleceram sobre as normas internas incompatíveis, “degradando” ainda mais os atos normativos internos (legislativos e até constitucionais), à medida que flexíveis, mesmo em relação aos atos comunitários de ordem não legislativa. Do ponto de vista sobre a prevalência das fontes comunitárias

sobre as fontes internas, retornemos a Celotto, *As modalidades de prevalência das normas comunitárias sobre as normas internas: idéias reconstrutoras*, na *Revista de Dir. Pub. Comunit.*, 1999, 1473 ss.

16 Como define o mesmo art. I-36 “os regulamentos europeus delegados... completam ou modificam determinados elementos não essenciais da lei ou norma diretiva”.

17 Sobre tais mecanismos de controle, já em relação a uma fase anterior ao projeto final, Rossi E., *Dos trabalhos da Convenção europeia, significativas convergências sobre uma nova sistemática das fontes comunitárias (mas Montesquieu está ainda viajando...)*, em Fórum dos cadernos constitucionais, www.unife.it/forumcostituzionale/index.html, 9 de janeiro de 2003.

18 Recordamos que durante os trabalhos da Convenção, foi muito discutida também a oportunidade de introduzir a categoria das “leis orgânicas”, para ser utilizada nas matérias “quase constitucionais”; CONV 271/02.

19 Voltemos para Modugno – Celotto – Ruotolo, *Considerações sobre a crise da lei*, em *Studi di Parlamentari e di Politica Costituzionale*, 1999, 125-126, 7 ss.

20 Sobre o debate – que permanece aberto – se a distinção entre fontes “atípicas” e fontes “reforçadas” seja simplesmente convencional ou indique duas categorias diferentes, Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, Turim, 2001, 389 ss.

21 Outros casos de adoção de lei ou norma diretiva prévia consulta do Comitê econômico e social são completados pelos artigos III-134, III-147, III-172, III-201, III-214, III-231.

22 Para um outro caso de consulta do Banco Central Europeu, art. III-185, par. 6.

23 Para outras consultas do Comitê das regiões art. III-166 e III-278.

24 Artigos I-54, I-55, III-124, III-129, III-223, III-274.25 Artigos III-222, III-223, III-224, III-234, III-236, III-278.

26 Artigos III-240, III-251, III-253.

27 Artigos III-184 e III-185.

28 Como prevê o art. III-252 para as leis de atuação do programa de âmbito plurianual.

29 Artigos III-206 e III-210.

30 Art. III-359.31 Artigos –403 e consecutivos. 32 São as hipóteses já mencionadas acima.

33 Com o passar dos anos, no âmbito da doutrina italiana, o critério hierárquico manifestou-se cada vez menos suficiente para governar o sistema das fontes, propondo-se com insistência cada vez maior o acompanhamento, ou até mesmo a sua substituição, por meio do critério da competência; depois das idéias sobre a concorrência dos dois critérios, feita por Zanobini – *Gerarchia e parità tra le fonti*, em *Studi in onore di Santi Romano*, I, Pádua, 1939 e *La gerarchia delle fonti nel nuovo ordinamento*, em Calamandrei – Levi, *Commentario sistematico della costituzione italiana*, I, Florença, 1949 – Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti del diritto*, em *Revista Trim. Dir. Pub.*, 1960, 775 ss., Ruggeri, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milão, 1993, Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 90 ss. Outra parte da doutrina tem tendência para a total substituição da competência à hierarquia, configurando o princípio de competência como único cânone de organização do sistema, v. amplamente – seguindo as observações de Esposito, *La validità delle leggi*, Milão, 1934, 72 ss. – Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, em *Enc. Dir.*, I, Milão, 1997, 561 ss.; na mesma acepção Cerri, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Turim, 1997, 94, e, por ultimo, Nicolai, *Delegificazione e principio di competenza*, Pádua, 2001.

34 Causa 6/64; adição de comentários.

35 Sentença 17 de dezembro de 1970, motivo 11/70, espécie § 3.

36 Sentença 11 janeiro de 2000, motivo C-285-98.

37 Para uma reconstrução mais articulada mencionamos Cartabia – Celotto, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, *Jur. cost.*, 2002, p. 4477 ss.

Obs: Contra-limites – circunscrevem o campo de aplicação do direito comunitário nos confrontos do direito interno.

PODER CONSTITUINTE: UMA CATEGORIA AINDA VÁLIDA EM NOSSOS DIAS?

CONSTITUENT POWER: STILL A VALID CATEGORY IN OUR DAYS?

HUGO CÉSAR ARAÚJO DE GUSMÃO

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: Através da abertura da Constituição para o exercício do Poder Constituinte Originário, e do fenômeno da integração internacional, como fatores da evidente diluição da distinção entre o ato de criação e de reforma do texto constitucional, busca-se situar o questionamento acerca da validade contemporânea da categoria “Poder Constituinte” para o Direito Constitucional. Para tanto, são utilizados os conceitos de paradigma, ciência normal e anomalia, no sentido de estabelecer um marco teórico para a análise, que se centraliza em duas experiências constitucionais distintas, a brasileira e a espanhola, como campos de estudo a partir dos quais procura-se estabelecer uma indagação com validade aplicável a outros fenômenos semelhantes.

Palavras-chave: Constituição. Poder constituinte. Reforma constitucional. Integração internacional.

Abstract: By analyzing the aperture of the constitution to the exercise of the Constituent Power, and the phenomenon of international integration, as factors of clear dissolution of the difference between the creation and the reformation of the constitutional content, we aim to establish a question on the contemporaneous validity of the category “Constituent Power” to the Constitutional Law. In this perspective, we make use of the concepts of paradigm, normal science and anomaly, in order to establish a theoretical landmark in our analysis, which is centered in two different constitutional experiences, the Brazilian, and Spanish ones, as fields of study from which we try to create a question applicable to other similar phenomenon.

Key Words: Constitution. Constituent power. Constitutional change. International integration.

1. Introdução

Este trabalho tem como objeto a categoria “Poder Constituinte” e sua validade científica contemporânea. Almejamos, com esse estudo, estabelecer um questionamento relativo ao cabimento desta categoria como elemento teórico que viabiliza a leitura dos fenômenos que se passam num plano constitucional nos nossos dias. O ponto de chegada, portanto, não será o desenvolvimento de nenhuma afirmação teórica conclusiva no sentido de abalar a força vinculante que esta categoria ainda mantém no âmbito do Direito Constitu-

cional, senão o correto estabelecimento da questão sugerida.

Utilizaremos, como marco teórico da nossa argumentação, os conceitos desenvolvidos por Thomas Kuhn, de ciência normal, paradigma e anomalia. Também faremos uso, como ponto de partida, e com caráter instrumental, do conceito de Constituição desenvolvido por Konrad Hesse.

Para tornar factível nosso objetivo, desenvolveremos uma análise panorâmica da Teoria do Poder Constituinte, atribuindo-lhe o caráter de paradigma do Direito Constitucional, com especial referência à distinção entre o Poder Constituinte Ori-

* Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Estadual da Paraíba, Mestre em Ciências da Sociedade, doutorando em Direito Constitucional na Universidade de Salamanca – Espanha.

ginário e a competência reformadora da Constituição, como cerne desse paradigma. Em seguida, partindo do específico para o genérico, tentaremos caracterizar anomalias nesse paradigma. Para tanto, selecionaremos dois fenômenos distintos, de caráter ou implicações constitucionais, comuns a dois ordenamentos jurídicos também distintos. O primeiro fenômeno refere-se à abertura do procedimento de revisão constitucional para a manifestação do Poder Constituinte Originário. Neste âmbito, utilizaremos como dados empíricos os fenômenos constitucionais espanhol e brasileiro. Aquele, por permitir uma revisão total da Constituição, este, por apresentar uma Constituição decorrente de tal abertura. O segundo fenômeno diz respeito ao processo de integração internacional. A análise pertinente a este último far-se-á desde um ordenamento como o brasileiro, cuja Constituição se abre para a dimensão internacional, mesmo sem um contexto que a force nesse sentido, e desde outro, como o espanhol, cuja Constituição se vê premiada por um processo de integração vertiginoso que, no momento em que escrevemos esse texto, se encontra em fase (questionável) de franca constitucionalização. O trabalho divide-se, assim, em três partes: uma digressão acerca das categorias epistemológicas que manusearemos ao longo da argumentação, a exposição do paradigma, e a sugestão das anomalias que anunciam sua crise. Na primeira delas, pertinente à exposição das noções fundamentais que constituem a espinha dorsal da nossa argumentação desenvolveremos uma breve exposição do arcabouço conceitual constante do pensamento de Thomas Kuhn, cuja transposição faremos para este trabalho. Em seguida, faremos uma delimitação histórico-conceitual sucinta da Teoria do Poder Constituinte como paradigma do Direito Constitucional. Na

terceira parte, analisaremos os fenômenos constitucionais que caracterizaremos como anomalias. Após esta etapa, explicitaremos os problemas decorrentes dos fenômenos contemporâneos salientados para a estabilidade teórica da categoria “Poder Constituinte”, propondo, ao fim, o que nos parece o questionamento mais correto relativo ao tema.

2. Prolegômenos

O nascimento da ciência moderna representa uma ruptura com uma visão de mundo pautada numa postura contemplativa do ser humano em relação ao universo. O caráter experimental, introduzido por Galileu e universalizado desde então, denota essa nova postura. A partir do momento em que nasce a ciência experimental, o homem adquire uma postura ativa, provocando a natureza em busca de respostas às suas indagações. O avanço vertiginoso que, em seis séculos, fez com que a sociedade moderna não se parecesse com nenhuma outra anteriormente existente no planeta tem o determinante influxo desse desenvolvimento científico, que parece nos dizer que nada do que fora feito antes de Galileu efetivamente era Ciência.

É esse desenvolvimento científico o que constitui a preocupação central de Thomas Kuhn na clássica obra *The Structures of Scientific Revolutions*. Neste ensaio, Kuhn analisa a ciência sob uma perspectiva não acumulativa, sugerindo que seu avanço se dá impulsionado por rupturas que denomina revoluções científicas.

Para compreender seu raciocínio é imprescindível a apreensão do conceito nuclear de paradigma. A formação do paradigma é o desfecho de um processo através do qual se logra a unidade teórica num determinado campo do conhecimento. Quando um conjunto de explicações para determinados problemas pertinentes

a um ramo do conhecimento, pautadas em fundamentos metodológicos diversos, alcançam uma unidade em torno de uma teoria unificadora, tem-se a formação de um paradigma (Kuhn, 1973).

Aquilo que conceitua como Ciência Normal tem profunda relação com a noção acima exposta de paradigma, já que este não fecha em definitivo as possibilidades de expansão teórico-explicativas. Na verdade, a ciência normal —compreendida como a “(...) pesquisa firmemente baseada em uma ou mais conquistas científicas, conquistas reconhecidas por uma determinada comunidade científica por um período como suficiente para a fundação de uma prática duradoura” (Kuhn, 1973: p. 10) — desenvolve-se exatamente no rastro deixado pela unidade forjada pelo paradigma. Essa unidade, por seu turno, permite o surgimento de lacunas denominadas enigmas (*puzzles*) (Kuhn, 1973). Enquanto vige o paradigma à resolução de enigmas se dedica a comunidade científica. A relação, no entanto, é dialética. Tais enigmas, embora não se caracterizem propriamente por revelarem novidades para um determinado ramo do saber, apresentam certa rigidez no que concerne à sua apreensão teórica, e, enquanto uma determinada comunidade científica trata exclusivamente de solucioná-los, a ciência normal não sofre abalos, e o paradigma permanece intacto (Kuhn, 1973).

Muito embora esta seja a situação ao longo da maior parte do tempo no âmbito da pesquisa científica, fatalmente revelam-se certas imprecisões, que são desconsideradas inicialmente, mas cuja repetição, através de descobertas, ou através de uma lenta acumulação de incorreções ou inadequação entre a realidade e as leituras teóricas que dela são feitas, as revelam como anomalias (Kuhn, 1973). Tais anomalias, acumulando-se, acabam por colocar em risco a estabilidade do paradigma. Esta situação de ruptura assemelha-se ao contexto

pré-paradigmático, porém, eventualmente sucumbe em favor do surgimento de uma nova teoria unificadora, e, por conseguinte, da formação de um novo paradigma. Neste momento a ciência normal sofre uma fissura e se fragmenta, provocando o que Kuhn denomina revolução científica.

É possível sugerir a transposição desta exposição epistemológica para o âmbito da nossa argumentação? Acreditamos que sim pelas seguintes razões: nossa análise destina-se a propor um questionamento pertinente à crise de uma categoria central do Direito Constitucional. Talvez não haja na dogmática constitucional um ponto nevrálgico tão sensível e determinante para a eficácia de todo o rol de garantias proporcionado pela Constituição como a doutrina do Poder Constituinte. Partindo do seu conteúdo se estabelece a força vinculante da Constituição, que irradia seus efeitos por todos os demais ramos do direito, e condiciona nossa própria visão de mundo como juristas. Por outro lado, poder-se-ia argumentar que seria exagerado tratar de uma revolução científica no âmbito do Direito moderno. Salientamos, no entanto, que não é nossa intenção sugerir a existência de um contexto que conduza ao que Kuhn chamaria de revolução científica, muito embora isso não nos pareça absurdo quando tratamos de crise de significado de categorias no âmbito do Direito Constitucional, um ramo dogmático para o qual converge, e do qual partem todos os demais ramos dogmáticos da Ciência Jurídica. Não vamos responder à sugestão de ocorrência de um contexto de revolução científica no âmbito do Direito, sequer no que concerne ao Direito Constitucional, porém, é nossa intenção transpor os conceitos acima expostos para a análise do tema sugerido para estudo neste trabalho, e expor o assunto sob a forma de paradigma, e anomalia, para, ao fim, situarmos nosso questionamento.

3. O Paradigma

O surgimento da primeira Constituição escrita, e por conseguinte, da primeira manifestação concreta do Poder Constituinte têm uma data precisa. O processo que dá ensejo a esses dois fenômenos políticos, no entanto, não é passível de ser datado com exatidão. Isso porque esse processo se confunde com o gradativo ocaso do absolutismo monárquico, a ascensão econômica, e subsequente tomada de poder pela burguesia.

Essa modificação estrutural no âmbito do poder político provocará uma redefinição na dicotomia público/privado, gerando o que Hannah Arendt (1993) denomina esfera do social, onde passa a ocorrer a troca de patrimônio e o exercício do trabalho social. É nessa esfera onde vive o “burguês”. É essa esfera que ele deseja criar, e que ele irá proteger. Para isso, erige um ordenamento jurídico, criado à sua imagem e semelhança, voltado para o esvaziamento da esfera pública, e a preservação da esfera do social. Ambos os objetivos são garantidos por um sistema jurídico pautado na idéia de limitação do poder em face do indivíduo, tanto no âmbito do Direito Privado, como no âmbito do Direito Público. Especificamente no que concerne a este último, esta limitação se manifesta através da enunciação de direitos inalienáveis — representando obstáculos negativos contra a ação estatal — e da formulação de Constituições, que retiram do âmbito da vontade e do humor de um rei, a estrutura e os limites do Estado, plasmando-os num documento escrito que formalmente exhibe as fronteiras da ação estatal.

Uma outra preocupação fundamental, além da pertinente à limitação do poder político, era a do concreto estabelecimento de um novo governo. Porque, sobretudo a Constituição americana de 1787, representou o ponto culminante através do qual

o povo constituiu um governo, e não o contrário, esta era uma questão central daquele processo. Daí a afirmação de Arendt (1988), de que, paradoxalmente, o que se almejava nas colossais rupturas de fins do século XVIII não era tanto a quebra do Antigo Regime, quanto o estabelecimento de uma nova ordem estável. Nesta tensão se localiza o fenômeno do Poder Constituinte, e sua primordial teorização. Na tensão que procura equilibrar a descontinuidade e a estabilidade políticas (Arendt, 1988).

As primeiras manifestações do que compreendemos hoje como Poder Constituinte Originário, e o advento das primeiras Constituições se encontram inseridos, portanto, neste processo de ruptura, confundido com a idéia de fundação da liberdade pública através da instauração de um governo republicano. A ânsia por liberdade pública — que consiste em “(...) participación en los asuntos públicos, o en la admisión en la esfera pública” (Arendt, 1988: p. 33) — como lema comum em ambos os movimentos pode esclarecer a preferência generalizada por uma forma republicana de governo, opção dos revolucionários na França e na América, já que, conforme destaca Arendt (1988), a forma monárquica não era incompatível com a libertação, senão com a liberdade. De ambos os eventos resulta a fundação de uma república moldada por um documento escrito, denominado Constituição, consequência comum entre ambos, e fato de grande relevância para o desenvolvimento político ocidental.

Os contextos sociais e políticos experimentados nestas duas tradições constitucionais, com a honrosa exceção da Inglaterra, submetem as idéias centrais de ambos os momentos fundacionais — assim como a noção de supremacia constitucional e peculiar natureza do fenômeno que lhe dá ensejo — aos mais diversos condicionamentos. Não obstante, o período em que vivemos hodiernamente, denominado por

Giddens (1990) “Modernidade Radicalizada”, ou “Alta Modernidade”, se traduz politicamente na fórmula do Estado Constitucional. Um ordenamento político pautado por uma dimensão jurídica limitadora do poder e garantidora de direitos, compreendidos como fundamentais e universais, decorrente da manifestação da vontade popular. Assim é que assevera Canotilho (2002: p. 92): “Qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado — e existem vários conceitos e várias justificações — só se concebe hoje como Estado constitucional. (...) O Estado constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático”.

O Ocidente parece acomodar-se politicamente a essa idéia central, na medida em que a interpenetração político-econômica se radicaliza. Neste contexto, o fenômeno denominado “Constituição” adquire relevância maiúscula. Isso porque se torna exatamente o elemento que concretiza essa tarefa limitadora, e de certa forma, confere forma e conteúdo à noção de Estado Constitucional.

Dado seu caráter carregado em termos axiológicos, os fenômenos constitucionais podem ser analisados sob várias perspectivas. Naquela que adotamos nesse trabalho, cabe inicialmente abstrair do contexto sócio-político volatilizado que deu ensejo ao surgimento de tais fenômenos, para tentar refletir sobre eles sob uma ótica puramente conceitual. Assim, a definição de Constituição que vai pautar nossa análise, e da qual partimos para submeter a uma avaliação precisa a categoria “Poder Constituinte”, é a oferecida por Konrad Hesse. Destacando como pressupostos do seu conceito de Constituição, a relação dialética entre unidade política e ordem

jurídica — à qual responde aquela —, ao tempo em que salienta que na possibilidade e garantia de um processo político livre, na criação, estabilização e limitação do poder, estriba-se sua qualidade, sem olvidar os efeitos estabilizador e racionalizador de sua expressão por escrito, o autor afirma: “La Constitución es el orden jurídico fundamental de la Comunidad. La Constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales de debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. (...) Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto”. (Hesse, 1992: p. 16).

Estabelecido desta forma, interessa-nos analisar agora o fenômeno que antecede e cria a Constituição. Assim é que nos deparamos com a categoria do Poder Constituinte. E se cabe uma pergunta, a esta altura de nossa argumentação, é a seguinte: o que exatamente se quer dizer quando se fala de Poder Constituinte?

A formulação elementar da pergunta pode conduzir, erroneamente, à compreensão de que a resposta guarda uma singularidade semelhante. Poder Constituinte é um fenômeno jurídico-político cuja manifestação resulta na criação da Constituição. O caráter bi-dimensional não deve passar despercebido. É uma categoria de máxima relevância para o direito e para a teoria política, e pode ser analisada sob ambas as perspectivas. Para o Direito Constitucional, sua relevância reside no fato de que dele se deduz a espinhal dorsal do constitucionalismo contemporâneo. Elementos tão comuns ao âmbito deste ramo dogmático do Direito, como o princípio de supremacia da Constituição, e a rigidez constitucional, que rege a reforma da Constituição, têm nesta categoria a sua condição de validade. Para usar uma terminologia “kantiana”, o Poder Constituinte é uma verdadeira ca-

tegoria a priori do Direito Constitucional. Neste sentido, a definição de Böckenförde (2000: p. 163) é suficientemente ampla para destacar esse caráter germinativo do Poder Constituinte: “(...) el poder constituyente es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede. Pero, cuando se manifiesta, influye sobre él y opera dentro de él según la forma que le corresponda actuar.”

Enquanto categoria do Direito Constitucional, o Poder Constituinte se bifurca, abarcando, teoricamente, a criação e a reforma da Constituição. No que concerne ao primeiro fenômeno, tratamos de um Poder Constituinte Originário. Já em relação ao segundo, estamos diante de um Poder Constituinte Derivado. Por desencadear a ruptura da antiga ordem constitucional, estabelecendo o ordenamento sob novo fundamento de validade, o Poder Constituinte é compreendido como inicial e ilimitado juridicamente¹. Por outro lado, o Poder Constituinte Derivado, manifestando-se conforme parâmetros advindos da vontade constituinte originária, se apresenta sob limitações expressamente estabelecidas.

Tendo sido criada no momento das rupturas revolucionárias do final do Século XVIII, a Teoria do Poder Constituinte assimila com perfeição a transição de poder político que se desloca da figura do Rei, para uma entidade despersonalizada, e traduz essa assimilação no dilema acerca da titularidade, que preocupava teóricos de antanho, como Rousseau (1969) e Sieyès (1973), e que, hodiernamente, apesar de se encontrar pacificada em termos formais, ainda é objeto de deliberação de constitucionalistas respeitáveis. Não obstante, hoje a opção clara é pela atribuição da titularidade do Poder Constituinte ao

povo. Böckenförde (2000: p. 163, 165), chega inclusive a vincular a própria idéia de Poder Constituinte a essa concepção plural acerca da titularidade, ao salientar: “(...) el concepto de poder constituyente es, por su origen y contenido, un concepto democrático y revolucionario, que solo tiene su lugar en conexión con una teoría de la Constitución democrática. (...) El poder constituyente es conceptualmente poder constituyente del pueblo.” Para delimitar, com maior precisão, este titular, a lição de Canotilho (2002: p. 65, 66), em consonância com a essência da argumentação de autor alemão, é bastante válida: “(...) hoje, o titular do poder constituinte só pode ser o povo, e que o povo na actualidade, se entende como uma grandeza pluralística formada por indivíduos, associações, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadores de interesses, idéias, crenças e valores, plurais, convergentes ou conflitantes.”

Em verdade, o que cabe ressaltar, para a finalidade desse estudo, e que de certa forma já assinalamos, a esta altura de nossa argumentação, é exatamente a diferença básica que existe entre criação e reforma da Constituição. Sendo verdade, dado o dinamismo da realidade, que a renovação da força normativa de uma Constituição ocorre a cada minuto — à semelhança do *devenir dinámico* a que se refere Schmitt (1982) em uma dos significados que atribui ao conceito absoluto de Constituição, ou mesmo conforme a *voluntad de Constitución* a que se refere Hesse (1992), à qual subscreve Böckenförde (2000), com outras palavras —, de modo que normatividade e factidade nunca devem estar radicalmente dissociadas para não por em risco a força vinculante da Constituição, abrindo as portas à mutação constitucional², é também verdade que a própria Constituição, em regra, traz, nas suas próprias disposições,

as considerações acerca da sua reforma, de modo a compatibilizar tanto a garantia como a adaptação do texto às exigências de caráter os mais diversos possíveis.

É esse o calcanhar de Aquiles da ordem constitucional. Aqui já não cabe vacilar no momento de balizar com clareza solar as distinções entre o poder de criar e a competência de reformar a Constituição. O próprio Böckenförde (2000) salienta a importância desta distinção, como fator que serve à canalização da magnitude política do Poder Constituinte, logrando-se, com esta distinção o reforço da validade normativa da Constituição, o reconhecimento da necessidade de existência de um poder supremo, e a restrição da incidência do Poder Constituinte.

Por não ser a única maneira de operar câmbios na Constituição, cabe estabelecer o conceito de reforma constitucional. Karl Löwenstein (1964: p. 165) afirma que “(...) el concepto de reforma constitucional tiene un significado formal y material. En sentido formal se entiende bajo dicha denominación la técnica por medio de la cual se modifica el texto, tal como existe en el momento de realizar el cambio de la Constitución. (...) La Reforma constitucional en sentido material, por otra parte, es el resultado del procedimiento de enmienda constitucional, esto es, el objeto al que dicho procedimiento se refiere o se ha referido.”

Pedro de Vega (1985: p. 21, 22), por seu turno, situa a reforma constitucional no cerne do dilema decorrente do conflito entre soberania popular e soberania da Constituição, destacando sua relevância para o Estado Constitucional: “Como solución a este patético dilema y, en definitiva, como punto de confluencia y lugar de encuentro de toda la problemática que suscita el antagonismo entre los supuestos políticos y jurídicos en que descansa el Estado constitucional, aparece la técnica de la reforma

constitucional, de la que innecesario resulta ponderar su significación e importancia. (...) Lo que con ella se pretende salvar es tanto el principio político democrático como el principio jurídico de supremacía constitucional, configurando un poder especial entre el poder constituyente originario y el poder constituido ordinario (...)”

Evidentemente, já não se trata, aqui, de um processo incondicionado ou ilimitado. Os parâmetros nos quais se opera a reforma constitucional são, em regra, bem demarcados pela própria Constituição. À diferença desta, que não encontra seu fundamento de validade numa norma jurídica superior, senão na própria vontade que anima o Constituinte Originário, as normas constitucionais derivadas do procedimento de reforma têm, na própria Constituição, o seu fundamento de validade. Este procedimento — que congrega funções que vão desde a adequação entre a realidade jurídica e a política, até a de desempenhar o papel de instituição básica de garantia (De Vega, 1985) — como veremos em seguida, diante de dois casos concretos, segue os ditames estabelecidos no próprio texto, tendo nestas amarras processuais, circunstanciais ou materiais, a principal característica que o diferencia do exercício do poder constituinte. Numa metáfora que teremos a liberdade de utilizar, o Poder Constituinte é um fenômeno dionisíaco, enquanto a reforma constitucional é um fenômeno apolíneo. As dimensões do poder constituinte são, predominantemente a política, nas causas, e jurídica nas conseqüências, enquanto, no âmbito da reforma constitucional, são, predominantemente jurídicas, tanto nas causas como nas conseqüências.

Assim nos diz, em unísono, a mais respeitada doutrina acerca do tema, com pouquíssimas notas dissonantes. Ilustraremos nossa análise, em seguida, com dois exemplos distintos de procedimentos de

reforma constitucional. O primeiro deles constante da Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, e o segundo, constante da Constituição espanhola, promulgada em 1978. Tais exemplos servirão para trazer a um plano empírico nossas ilações anteriores, além de representarem pontos de partida para a construção de um questionamento de tudo o que foi afirmado até o momento nesse trabalho.

4. A Anomalia

4.1. O Procedimento de Reforma Constitucional no Brasil e na Espanha

4.1.1. Uma Herança Comum?

Antes de adentrarmos na análise dos procedimentos de reforma constantes de ambos os sistemas, cabem algumas considerações preliminares, que servirão a argumentações posteriores.

Brasil e Espanha têm tradições constitucionais relativamente distintas, muito embora suas Constituições estejam bem inseridas na etapa mais recente do constitucionalismo contemporâneo. São evidentes as diferenças pertinentes à forma de Estado e de Governo, e ao regime de governo. O Brasil é uma República Federativa, enquanto a Espanha é uma Monarquia Constitucional Parlamentar, adotando, como divisão espacial do poder, a fórmula do Estado Autônomo. Para além das diferenças, no entanto, cabe uma semelhança que transcende o ponto de vista puramente jurídico-dogmático. Na verdade, se há distinções e similaridades mais relevantes, elas certamente não se encontram no texto constitucional, e sim na tessitura do contexto que compunha e cercava a realidade brasileira e espanhola quando dos respectivos exercícios do Poder Constituinte Originário, em ambos os casos. A grande semelhança reside no fato de que, tanto o

Brasil quanto a Espanha, ao promulgarem suas Constituições, encerravam um longo interlúdio autoritário. No caso espanhol, o momento fundacional representado pela Constituição foi ponto culminante de uma delicada transição do “franquismo” para uma organização política democrática (Perez-Royo, 1994). Processo este que não se concluiu apenas com a nova Carta Magna, como ficou provado com o fracassado golpe de Estado em 1981, mas que, com ela, dava um passo determinado no sentido de uma abertura definitiva. No Brasil, da mesma maneira, a Constituição, promulgada em 1988, representava o encerramento formal de duas décadas de governos militares autoritários, e o ponto final de uma transição iniciada dez anos antes, com uma abertura gradual e a subsequente mobilização social que reivindicava a plenitude dos direitos políticos. Como documentos fundacionais, portanto, as Constituições espanhola e brasileira representaram a coroação de uma transição. Dada a intensidade das correntes políticas em franca oposição num debate que sucedia um amplo período autoritário, o exercício do Poder Constituinte, em ambos os casos, representou predominantemente um compromisso pela abertura e pela democracia, e uma composição de forças antagônicas, numa fórmula que viabilizava o exercício das liberdades e a limitação do poder do Estado. A grande diferença, no entanto, de uma Constituição para a outra, reside também em fatores extrajurídicos, que, todavia, são externos, e não internos. Diz respeito ao contexto internacional que cercava o Brasil e a Espanha. Se no primeiro caso, não há o que se destacar de forma significativa, no segundo, a realidade da integração europeia representava um elemento extremamente atrativo para um país que se abria para seus pressupostos de integração. Nesse contexto, enquanto a realidade que pautava o

exercício do Poder Constituinte, no Brasil, assimilou o insulamento, no caso espanhol, ao contrário, o debate constituinte assimilou a aglutinação.

Feitas estas considerações, e sem perder de vista que a inferências posteriores retornarão inevitavelmente a este ponto, passemos à análise concreta dos procedimentos de reforma consagrados em ambas as Constituições.

4.1.2. A Reforma Constitucional no Brasil

A Constituição Federal brasileira prevê, no seu artigo 59, I, como tipo normativo que encabeça o processo legislativo, a emenda constitucional. Inicialmente pode causar estranheza o fato de emendas constitucionais, que são, essencialmente normas que compõem a Constituição, figurarem no que esta denomina “processo legislativo”. Vale frisar, no entanto, que há uma razão de ordem lógica para que assim o faça. As emendas constitucionais têm como seu fundamento de validade a própria Constituição, e embora sejam incorporadas ao texto como normas constitucionais hierarquicamente equivalentes às normas originárias, são passíveis de controle de constitucionalidade em relação a estas, e ao contrário destas, podem ser declaradas inconstitucionais (BRASIL, STF. ADI 466, Relator: Ministro Celso de Mello, 1991).

Sendo a emenda constitucional o tipo normativo que expressa a alteração da Constituição, cabe destacar que o texto constitucional promulgado em 1988 consagrou, a rigor, três vias — que não eram reciprocamente exclusivas — para sua modificação. A primeira, de caráter genérico, regulamentada no artigo 60. As demais, sujeitando-se à transitoriedade dos seus exercícios. Assim, a segunda via, estabelecida pelo art. 2º, do Ato das Disposições Cons-

titucionais Transitórias, previa a realização de um plebiscito para a escolha da forma (República ou Monarquia) e do regime (Presidencialismo ou Parlamentarismo) de governo, em setembro 1993. A terceira, e última, também regulamentada no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no seu artigo 3º, e também representando uma exceção à regra, determinava a realização de uma revisão constitucional, sujeita a um procedimento próprio, após cinco anos, contados da promulgação da Constituição.

Cumpridas as duas últimas modalidades em 1993, com a realização do plebiscito que confirmou as decisões políticas plasmadas no texto constitucional cinco anos antes, e da revisão constitucional, da qual resultaram seis emendas, denominadas emendas constitucionais de revisão, e que obedecem a uma numeração distinta das demais, sobrou como único rito permanente, aquele regulamentado no artigo 60, da Constituição.

Este dispositivo constitucional estabelece limitações de ordem processual (CFB, Art. 60, I, II, III, §§ 2º, 3º e 5º), circunstancial (CFB, Art. 60, § 1º) e material (CFB, Art. 60, § 4º, I, II, III e IV). As primeiras são perceptíveis na regulamentação das variadas etapas pelas quais passa uma proposta de emenda: iniciativa, discussão, votação, quorum e promulgação. Em termos puramente formais, é por esse tipo de limitação que se concretiza o elemento técnico da rigidez constitucional. Ademais, como forma de garantir a Constituição contra abalos na normalidade democrática, o Constituinte foi mais além, e preservou de mudanças formais, o texto constitucional durante a vigência das três circunstâncias que denotam essa anormalidade: a intervenção federal, o estado de defesa e o estado de sítio. Finalmente, assomam como último tipo de limitação, as de ordem

material, conhecidas, na doutrina brasileira, como “cláusulas pétreas”. São âmbitos normativos que, pela sua relevância para a ordem política, permanecem fora do escopo do legislador para modificações que sobrevenham com caráter restritivo. Não são os dispositivos expostos nos incisos do parágrafo 4º do Art. 60, cláusulas pétreas de per se. Estabelecem, ao contrário, uma referência a assuntos delineados noutros artigos da mesma Constituição. Assim é que, a forma federativa de Estado, além de encontrar amparo principiológico no Art. 1º, se encontra regulamentada desde o Art. 18, até o Art. 36, os direitos e garantias individuais, por seu turno, são previsto nos 77 incisos do artigo 5º, etc. Estes artigos específicos são as concretas limitações materiais, posto que sua exclusão, ou restrição em alguma medida, afrontará o disposto no Art. 60, da Constituição. Noutras palavras, o artigo 60, § 4º, I a IV, expõe o rol de temas que não podem sofrer restrição por ocasião de emendas constitucionais.

Ao singularizar-se no sistema constitucional brasileiro, após 1993, o procedimento previsto no Art. 60 transformou-se na única maneira de operar modificações no texto da Constituição. Além disso, passou a figurar como autêntica cláusula pétrea implícita, dado o elenco de limitações materiais que impõe, e também os procedimentos que opõe à tramitação de uma proposta de emenda constitucional.

Recentemente, por ocasião da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, foi introduzida uma modificação de relevo no que tange a este tema. Acrescenta-se o § 3º, ao artigo 5º da Constituição Federal brasileira, com a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalen-

tes às emendas constitucionais.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988). Esse dispositivo acrescenta uma nova incógnita ao problema. Na verdade, sua introdução atende a uma antiga reivindicação doutrinária, conforme a qual a Constituição, já no seu texto originário, estabelecera uma cláusula de abertura, nos termos do Art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e do princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988).

Percebe-se que o que quis o Constituinte foi afirmar o caráter exemplificativo, e não exaustivo, dos direitos e garantias expressos na Constituição. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no entanto, rejeitou de forma veemente o que hoje se encontra inserido, por via de emenda, no texto constitucional brasileiro. É bem verdade, por outro lado, que ao impor os procedimentos do Art. 60, como decantação do tratado ou convenção a que faz referência, o legislador assimilou parte das oposições, de modo a arrefecer a incompatibilidade entre este dispositivo da Emenda Constitucional nº 45 e o que já dispunha a Constituição. Teremos oportunidade, *a posteriori*, para sugerir alguns problemas que assomam deste cambio.

4.1.3. A Reforma Constitucional na Espanha

A Constituição espanhola prevê uma complexa sistemática de modificação do seu texto. O tema encontra-se disposto no seu Título X. A regulamentação sobrevém, num primeiro momento pelas disposições contidas do Art. 166 ao 169. De imediato, no entanto, é feita referência ao apartados

1 e 2, do artigo 87, através do qual se pode chegar ao rol dos órgãos que dispõem do poder de iniciativa de reforma constitucional, cabível ao Governo, à Câmara dos Deputados e ao Senado³.

Em seguida, são estabelecidos dois procedimentos distintos para a mudança do texto constitucional. Ambos têm caráter puramente formal, ou seja, em termos expressos não é possível, partindo da leitura deste Título X, concluir pela existência de limitações de caráter material ao poder de reforma no sistema constitucional espanhol. O primeiro destes procedimentos encontra-se plasmado no Art. 167⁴, estabelecendo um rito que submete o projeto de reforma à aprovação do Congresso dos Deputados e do Senado, com a exigência de um quorum de três quintos, em cada uma. No caso de dissenso, cria-se uma Comissão que tentará a composição, apresentando um texto a ser votado novamente. Não sendo alcançada a aprovação, torna-se esta possível com o voto da maioria absoluta, no Senado, e da maioria de 2/3 no Congresso. Ao final, abre-se ainda a possibilidade de sujeição do projeto de reforma constitucional a um referendun facultativo, em relação ao qual Pedro de Vega (1985: p. 144, 145), salienta dois aspectos: “Primero, que porque el referéndun no es obligatorio, es perfectamente lógico admitir la posibilidad de reformas constitucionales sin ratificación popular. La reforma aparece entonces como una operación llevada a cabo exclusivamente por las Cámaras.(...) En segundo lugar, es igualmente incuestionable que, porque el referéndun no actúa de elemento legitimador, su única función es de garantía. Con él se intenta proteger a las minorías frente a posibles e hipotéticos abusos de las mayorías parlamentarias, que encontrarán en l’appel au peuple el freno más efectivo a cualquier veleidad de convertirse en poder

constituyente y soberano.”

Por outro lado, o Art. 168⁵, da Constituição espanhola prevê um segundo procedimento, ainda mais complexo e dificultoso, que diz respeito à revisão total da Constituição, ou de caráter parcial, que porventura afete ao Título Preliminar, aos direitos fundamentais e às liberdades públicas, ou à Coroa. Neste caso, o projeto de reforma estará sujeito a uma aprovação inicial de dois terços, em cada Câmara, e subsequente ratificação desta decisão, interrompidas por uma dissolução de ambas as Casas. A essa etapa, segue o estudo do texto do mesmo, e aprovação final do seu conteúdo por dois terços dos membros de ambas as Casas, para, em seguida, submetê-lo a um referendun, para ratificação. O procedimento do Art. 168 é de uma rigidez ímpar, sendo bastante justificável a observação de Pedro de Vega (1985: p. 148), ao afirmar que “(...) el mecanismo es tan complejo y políticamente tan costoso que se puede indicar de antemano que no funcionará jamás.”

De certa forma, a complexidade de ambos os procedimentos de reforma consagrados na Constituição espanhola, traduzem uma certa resistência à modificação do texto constitucional, por razões que não cabe aqui sugerir. Mais que as causas, os efeitos dessa resistência são passíveis de aferição, quando se percebe que, após 27 anos, só uma alteração foi introduzida na Constituição. Diz respeito ao direito de sufrágio passivo, contido no Art. 13.2. Esta modificação decorreu de uma incompatibilidade entre o Tratado de Maastricht e o texto promulgado em 1978. A reforma foi canalizada pelos artigos 93 e 95, cláusulas de abertura explícitas, que prevêm tanto a cessão do exercício de competências derivadas da Constituição a organizações ou instituições internacionais, como a reforma constitucional enquanto instrumen-

to de assimilação de conteúdo constante de tratados que porventura conflite com a Constituição.

Passaremos, a seguir, às considerações acerca dos problemas que desses dois exemplos concretos, o caso brasileiro, e o caso espanhol, assomam para a categoria “Poder Constituinte” nos nossos dias. Problemas que são suscitados a partir desses dois exemplos como referências empíricas, mas que, em nenhuma hipótese, como demonstraremos, revelam-se adstritos unicamente a eles.

4.2. A Reforma Constitucional como Forma de Exercício do Poder Constituinte Originário

Ambas as tensões a que se sujeita o paradigma que expusemos anteriormente, decorrem de fenômenos que provocam uma indistinção entre o poder de criar a Constituição, e a competência de reformá-la. Se o fio de Ariadne para um correta apreensão do Direito Constitucional assenta-se nesta diferenciação, tais anomalias sugerem um contexto de crise. Considerando os exemplos expostos anteriormente, vamos tratar da primeira delas, que consiste na abertura do procedimento de reforma para o exercício do Poder Constituinte Originário.

As Constituições brasileira e espanhola revelam um contexto que possibilita indagações neste sentido. E, de certa forma, fazem-nos refletir se o período de uma distinção tão evidente entre o exercício do Poder Constituinte e o da competência reformadora não tem comunicabilidade com o constitucionalismo contemporâneo.

A Constituição brasileira, embora não contemple, no seu texto, a abertura para o exercício do Poder Constituinte Originário por dentro do exercício do procedimento de reforma constitucional, resultou de um processo semelhante.

No ocaso do último dos governos militares, a sociedade brasileira vivenciava uma expectativa democrática em decorrência da exaustão do regime autoritário. O grande dilema residia na transição. Cabia efetuar uma transição com ares de composição, posto que o próprio regime propusera a abertura política desde a segunda metade da década setenta. A forma para efetuar esta transição, de modo o mais cômico possível, foi a de prever o exercício do Poder Constituinte Originário por dentro do procedimento de reforma constitucional. Neste sentido, veio à tona a Emenda à Constituição de 1967 nº 26, de 27 de novembro de 1985, com o seguinte texto: “Art. 1º Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Art. 2º O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente. Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Nacional Constituinte.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 24 de janeiro de 1967).

O fato chama atenção por várias razões. O procedimento de reforma constitucional, à época, não era aquele que expusemos anteriormente, já que estava em vigência uma Constituição anterior, datando de 1967. Porém, o elemento de rigidez jazia no texto em vigor, e em nenhum de seus artigos é possível deduzir a permissão, ou a mais breve menção à convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte. Assim, temos uma situação esdrúxula: um exercício do Poder Constituinte Originário resultante da manifestação do Poder Cons-

tituinte Derivado, e definido, formalmente, por uma Emenda Constitucional. A grave perturbação doutrinária, que este fato causa, tem ressonância no próprio fundamento democrático da Constituição de 1988, cuja Assembléia Constituinte era parcialmente composta por congressistas eleitos indiretamente⁶. Por outro lado, sujeita às mesmas limitações processuais a que se condicionava a competência reformadora, constantes do Art. 51, da Constituição de 1967, pode-se afirmar, sem receios, que a Constituição de 1988 é uma Emenda Constitucional à Constituição de 1967.

Noutro extremo, temos a previsão do Art. 168, da Constituição espanhola, que estabelece a possibilidade de revisão total do texto. É verdade que o procedimento previsto neste dispositivo, poderia caracterizá-lo como uma tarefa hercúlea, ao invés de mera reforma constitucional. Porém, é sintomático o fato de constar, do próprio texto da Constituição, a previsão de uma reforma total, sobretudo quando se leva em consideração o fato desta Constituição não expor, explicitamente, uma série de limitações materiais ao poder de reforma. Se tais limitações existissem, a previsão do Art. 168 poderia ser considerada dentro dos parâmetros de uma reforma constitucional, no pleno sentido deste termo. Porém, sem as contenções expressas proporcionadas por tais limitações, o que se prevê, no conteúdo do Art. 168, é uma típica abertura, pelas entranhas do procedimento de reforma, para o exercício do Poder Constituinte Originário. Inevitavelmente, esta constatação nos conduz à singela pergunta que jazia por detrás do debate norte-americano acerca da natureza da Federação, às vésperas da Guerra da Secessão: pode uma Constituição prever sua própria dissolução?

Acerca do conteúdo deste dispositivo constitucional, Fernando Garrido Falla (1985: p. 2.412) argumenta o seguinte:

“De otra parte, el concepto de reforma total plantea algunos problemas, pues evidentemente, esta expresión no puede entenderse en el sentido de que haga falta la sustitución de todos y cada uno de los artículos de la Constitución. Opinamos que la reforma total se produce desde el momento en que se intenta realizar una modificación sustancial de sus diversos sectores. (...) Incluso puede decirse que es superflua la alusión a la reforma total, pues en cuanto se produzca una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección 1.ª, del Título I, o al Título II, debe observarse el mismo procedimiento que para aquélla.”

Resta clara, no entanto, pela exegese do Art. 168, a cristalina distinção entre reforma total e reforma parcial da Constituição, intermediadas que foram, no texto, por uma conjunção alternativa, de modo que não cabe colocar palavras na boca do Constituinte⁷. É verdade que a previsão de revisão total do texto Constitucional está contida numa norma originária, e que, neste sentido, não há dúvidas de que — considerando-se a ilimitação jurídica do Poder Constituinte Originário — seu cabimento não suscita questionamentos. Por outro lado, a consequência que decorre do Art. 168, cujo conteúdo Pedro de Vega (1985) considera uma alternativa à inclusão de cláusulas de intangibilidade constantes de Constituições como a brasileira, é o advento de uma “cláusula de auto-dissolução”, já que o termo “revisão total”, diante da inexistência de barreiras explícitas de caráter material, e do que determinam os artigos que viabilizam a rigidez constitucional (CE, Art. 167, 168 e 169), não passa de uma mitigação semântica para a exposição do texto constitucional ao exercício do Poder Constituinte Originário, sob as vestes de reforma constitucional.

É possível perceber que ambos os fenômenos caminham para uma conver-

gência no que concerne a esta primeira manifestação de anomalia. A Constituição brasileira, a permanecer no campo da dogmática, pode ser caracterizada como uma emenda constitucional à Constituição anterior, de 1967. Por outro lado, é exatamente esse o tipo de fenômeno viabilizado pelo Art. 168.1 da Constituição espanhola.

A primeira anomalia, portanto, se circunscreve à manifestação do Poder Constituinte por dentro do processo de reforma constitucional. Essa manifestação pode adquirir a conformação de um fato que conduza à norma, como no caso brasileiro, no qual a transição política conduziu à previsão constitucional de uma Assembleia Constituinte, ou de uma norma que conduza a um fato, como é o caso da Constituição espanhola, Art. 168.1. Em qualquer uma das hipóteses, cabe ressaltar que tal anomalia fica reduzida a uma fórmula normativa, que denominaremos “cláusula de auto-dissolução”⁸. No caso brasileiro, a Emenda Constitucional nº 26/85, no caso espanhol, o dispositivo já mencionado.

A anomalia, dessa maneira, se manifesta de forma evidente por investir contra a distinção fundamental entre Poder Constituinte Originário e a competência reformadora da Constituição, que adquire a conformação de um paradigma que vertebrava não só o Direito Constitucional, mas a Ciência do Direito como um todo. Além disso, afeta categorias mais essenciais como as de validade, vigor e eficácia. Como acomodar tais categorias a fatos de tal natureza? Se a validade de uma emenda está sujeita à Constituição, como pode a emenda revisar totalmente a Constituição, sem se transformar ela mesma numa nova Constituição? Ou ainda, como pode uma emenda instituir o procedimento para o exercício do Poder Constituinte Originário?

Mesmo que, abstraindo desse fato, que é anomalia endógena, consideremos

que não há uma séria ameaça ao paradigma, tal placidez não parece mais ser possível ao contemplarmos a natureza da anomalia exógena.

4.3. Integração Internacional e Integridade Constitucional

Um outro fenômeno que afeta diretamente e de forma mais contundente a estabilidade do paradigma aqui exposto é o da intensificação da interpenetração entre Estados soberanos. Não se trata necessariamente de uma novidade. Na verdade, o fenômeno é tão antigo quanto o próprio advento do Estado-nação. Como elemento da dimensão institucional da modernidade, este se configura num contexto de expansão. Assim é que salienta Giddens (1990: p. 67): “The sovereign power of modern states was not formed prior to their involvement in the nation-state system, even in the European state system, but developed in conjunction with it. Indeed, the sovereignty of the modern state was from the first dependent upon the relations between states, in terms of which each state (...) recognized the autonomy of others, within their own borders.”⁹ A novidade, no entanto, se trata do grau de institucionalização alcançado por tal fenômeno, dada sua intensificação após a Primeira Guerra Mundial, e, sobretudo, após a Segunda Grande Guerra. Deste último evento, assomaram decisões em escala mundial, no sentido de conferir contornos institucionais mais sólidos a essa aproximação e coordenação necessárias entre os Estados. Quase como conseqüência imediata do conflito que inaugurou o uso bélico da energia atômica, nasce a Organização das Nações Unidas, juntamente com instituições financeiras decorrentes das conversações de Bretton Woods, tais como o Fundo Monetário Internacional, ou o Banco Internacional para

a Reconstrução e o Desenvolvimento. O contexto da Guerra Fria ensejaria a formação de alianças militares da qualidade do Pacto de Varsóvia e da OTAN. Por outro lado, na Europa, apenas seis anos após a Segunda Guerra Mundial, tinha início o processo de integração¹⁰ que hoje suscita as mais significativas fissuras no paradigma constitucional.

Se há uma certa afobação quando se fala de relativização de soberania, não se pode negar, no entanto, que gradativamente o constitucionalismo se aproxima de uma etapa de forçosa revisão de suas categorias. Diante da intensificação dos processos antes mencionados, e do advento de novas instituições que fomentam a coordenação entre os Estados, resta saber como deve se comportar a Constituição nacional. Este questionamento é cabível porque, muito embora tenhamos salientado o surgimento quase concomitante do Estado e das relações entre os Estados, o certo é que as Constituições, sobretudo as primeiras, não foram elaboradas olhando-se para fora, e sim, para dentro. Esta característica de insulamento não foi ainda superada, razão pela qual, diante da intensificação do processo de coordenação entre os Estados, é no âmbito constitucional onde residem os mais significativos problemas.

Ambas as Constituições aqui destacadas enfrentam o fenômeno acima descrito. Há, todavia, sensíveis diferenças no que concerne ao contexto no qual cada uma delas está inserida, e na forma como esse contexto incide sobre sua integridade.

No caso brasileiro, em face da inexistência de um quadro intenso e desenvolvido de integração regional, a Constituição Federal, conforme texto originário promulgado em 1988, revela algumas falhas evidentes, em virtude de uma hesitante atitude em relação a possíveis processos desta natureza. A primeira delas se manifesta

já no âmbito dos princípios fundamentais. Ao definir os princípios que norteiam as relações internacionais, plasmou-se, no Parágrafo Único do artigo 4º, o seguinte: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988) A segunda se concretiza no Art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988). Uma outra falha decorre dos artigos 84, VIII, e 49, I: “Art. 84, VIII. Compete privativamente ao presidente da República: (...) celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; Art. 49, I: É da competência exclusiva do Congresso Nacional: resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988) Finalmente, a última falha que cabe ressaltar, resulta dos vários procedimentos de reforma constitucional, aqui já salientados. Qual o resultado desse leque de dispositivos constitucional?

Em matéria de delimitação do lugar do Brasil no âmbito das relações internacionais, o texto originário da Constituição de 1988 foi uma verdadeira caixa de Pandora. Em primeiro lugar, como se percebe, é conferida uma rigidez sem cabimento ao processo de integração ao qual estaria vinculado o Brasil. Ao invés de manter

esse assunto em aberto, dado o dinamismo constante das relações internacionais, e a razão de Estado, que pode justificar o alinhamento a uma ou outra organização internacional, e ignorando os repetidos fracassos anteriores de integração latino-americana, consagrou-se a decisão de manter o Brasil vinculado a uma fantasmagórica comunidade latino-americana de nações.

O problema mais grave, no entanto, se encontra nos dispositivos seguintes. O artigo 5º, § 2º estabeleceu um avançado contexto em matéria de direitos fundamentais. Pelo seu conteúdo, se percebe claramente que o rol de direitos e garantias constante dos seus 77 incisos é meramente exemplificativo, posto permitir inequivocamente, a inserção de normas relativas ao tema, num parâmetro constitucional. Se os direitos listados na Constituição “não excluem outros decorrentes” de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque em relação ao tema, a Constituição foi amplamente inclusiva. Esta avançada tomada de posição conflitava com uma rigidez constitucional que não contemplava a hipótese de inserção, em nível constitucional, de normas advindas de tratados internacionais, juntamente com singelas referências constitucionais ao rito de celebração e referendo de tais instrumentos, respectivamente pelo Presidente da República, e a Câmara dos Deputados. Tal contexto opôs parte da doutrina à jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, que, ignorando o comando do Art. 5º, § 2º, confirmava a soberania nacional, mesmo diante de um conteúdo mais libertário constante de um tratado internacional, como foi o caso da rejeição de parte do conteúdo do Pacto de San José de Costa Rica (BRASIL, STF. HC 79870, Relator: Ministro Moreira Alves, 2000).

Em dezembro de 2004 sobreveio uma reforma constitucional, que prevê o acrés-

cimo do § 3º ao Art. 5º, com o seguinte texto: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988).

Em primeiro lugar, cabe salientar que este acréscimo afeta menos o alcance dos Direitos Fundamentais do que o procedimento de reforma constitucional. Ao invés de formar parte do Art. 5º, tal parágrafo caberia como uma luva no Art. 60, já que altera o procedimento de reforma da Constituição, acrescentando uma nova possibilidade. Criam-se, assim, dois problemas: o primeiro, de caráter político, o segundo, doutrinário.

O problema de caráter político relaciona-se com o tema do déficit democrático, muito em voga no processo de integração europeu. Quando a Constituição atribui a iniciativa de emenda constitucional ao Presidente da República, não determina que seja o próprio Presidente quem elabore o texto. Pelo contrário. A Presidência da República está dotada de um órgão de assessoria e representação jurídica (CFB, Art. 131), previsto na própria Constituição, e responsável, fatalmente, pela elaboração de uma proposta de Emenda constitucional que porventura seja encaminhada à Câmara ou ao Senado. O procedimento de elaboração de um tratado, no entanto, está sujeito a uma coordenação que efetivamente foge ao controle da população. Em primeiro lugar, porque o tratado não decorre unicamente do liame povo – Presidente da República. Na equação que conduzirá à aprovação de um tratado internacional, há ao menos duas incógnitas que não estão previstas no texto da Constituição: o corpo

diplomático que negocia o tratado, que não representa a vontade popular, e as partes signatárias que, por outro lado, o condicionam a seus próprios interesses.

Não resta dúvida que, por força da Emenda Constitucional nº 45/04, restou parcialmente solucionada a questão da assimilação do tratado relativo a direitos humanos ao elemento técnico da rigidez constitucional. Porém, ao ser fechada uma porta, foram abertas outras. Se quem participa na elaboração do texto do tratado são os membros do corpo diplomático brasileiro, não deveriam ser previstos como assessores do Presidente, à semelhança do que ocorre com o Advogado Geral da União? Por outro lado, se a elaboração de tratados acomoda outras partes que condicionam o seu resultado, não estaria uma possível norma constitucional, sujeita à influência de entidades externas, ferindo assim o procedimento de reforma desejado e consagrado pelo Poder Constituinte Originário?

O segundo problema, por outro lado, de caráter doutrinário, diz respeito ao paradigma antes mencionado. A permissão, através de uma Emenda constitucional, de inserir tratados internacionais relativos a direitos humanos no mesmo nível hierárquico de normas constitucionais, ao concluir a formalização de uma abertura proporcionada pelo Art. 5º, § 2º, institucionaliza o que parece ser uma verdadeira competência reformadora advinda de fora. Esse fato pode ser graficamente ilustrado, à semelhança do caso do Pacto de San José de Costa Rica, na hipótese de uma norma que amplie direitos fundamentais, revogando o conteúdo da própria Constituição. O tratado, nos termos do § 3º, acrescido ao Art. 5º, não estaria sujeito ao procedimento de discussão, não poderia ser objeto de modificação do seu conteúdo, exatamente porque não é um instrumento elaborado internamente, e sendo aprovado, derroga-

ria artigos do texto constitucional. Nesta hipótese, ao contrário da Constituição espanhola, que no seu Art. 95.1 prevê a prévia conformação do texto constitucional a um conteúdo possivelmente contrário de um tratado internacional, autorizando inclusive, condicionalmente, a intervenção do Tribunal Constitucional, a Constituição brasileira praticamente institucionaliza um Poder Constituinte Derivado internacional sem peias, ao permitir uma reforma cujo procedimento se compõe de uma discussão levada a cabo por um número indefinido de entidades não necessariamente representativas da vontade popular e uma aprovação efetuada pelas Casas do Congresso Nacional.

A Constituição espanhola, por seu turno, revela um outro contexto. Em primeiro lugar, a abertura que, no caso brasileiro, acaba de institucionalizar-se com a Emenda Constitucional nº 45/04, foi introduzida por normas advindas do exercício do Poder Constituinte Originário. E, ainda que não nos mesmos termos, de certa maneira é contemplada já no Art. 10.2: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” A vinculação é inegável. O conteúdo desta norma, entretanto, pode ser compreendido de forma mais ampla, em consonância com os artigos 93 e 95, da mesma Constituição.

O Artigo 93¹¹ reflete o contexto que já circundava o país quando do exercício do Poder Constituinte. É um dispositivo através do qual se percebe uma abertura da Constituição, voltada especificamente para o processo de integração europeu (Garrido Falla, 1985). Seu conteúdo é muito claro, mas projeta problemas de relevante nature-

za constitucional. Transferem-se o exercício das competências, não as competências, em si mesmas. Por outro lado, não há uma rigidez da Constituição, em relação ao processo de integração a que está se referindo a norma. Neste último aspecto, percebe-se que o conteúdo do Art. 93 se adapta melhor ao dinamismo e pragmatismo das relações internacionais, não cometendo o deslize de calcificar, na Constituição, o processo de integração ao qual o país está ideologicamente, ou em termos fáticos, vinculado. Por outro lado, no que tange a que tipo de competência fica inserida neste contexto do Art. 93, Pablo Pérez Tremps (1994: p.43, 45) afirma com razão: “El silencio constitucional al respecto pone claramente de manifiesto que no existe límite alguno a la cesión del ejercicio de competencias por razón de su naturaleza funcional. (...) En la C.E., sin embargo, no parece que existan competencias no enmarcables en el artículo 93: las ‘competencias derivadas de la Constitución’ incluyen en su seno cualquier potestad ejecutiva, normativa o judicial.”

Já o Art. 95¹², estabelece uma certa reserva ante uma possível antinomia derivada de um confronto entre um tratado internacional e a Constituição. Não inclui a possibilidade de celebração de um tratado internacional com disposições contrárias ao texto constitucional, porém, condiciona tal celebração a uma prévia reforma constitucional. O conteúdo do Art. 95 faz pela Constituição espanhola exatamente aquilo que deixa em aberto a Constituição brasileira, na hipótese de conflito entre o disposto num tratado e o que foi consagrado na Constituição.

Estabelecido, em linhas gerais, a maneira como a Constituição espanhola se posiciona ante o conteúdo dos tratados internacionais, cabe o seguinte questionamento: qual a consequência, para o

paradigma já exposto, do confronto destes artigos com a realidade inevitável de integração européia?

Com o objetivo de responder este questionamento, cabe uma breve digressão acerca do estado da questão deste processo. Iniciada formalmente na década de 50, com os Tratados de Paris e Roma (Martin, 2005), a integração européia atinge, na atualidade, seu mais intenso grau de institucionalização. A partir do Tratado de Nice, em 2000, foram dados os primeiros passo que culminaram no Tratado de Roma, em outubro de 2004, que portava uma nomenclatura deveras original: “Tratado pelo qual se estabelece uma Constituição para Europa”, ou como ficou conhecido fora dos meios técnicos, Constituição Européia.

Do ponto de vista estrutural, o Tratado é mais uma etapa de um processo que adquiriu uma configuração singular a partir do Tratado de Maastricht, em 1992 (Maus, 1999). Até o momento, se constitui no mais elevado grau de complexidade alcançado pelo que Pedro Cruz Villalón (2004: p. 18) chama de debate constitucional europeu, e cuja relevância para a Constituição espanhola, ressalta: “El debate, en cuanto desarrollado por supuesto en Europa, importa, no haría falta decirlo, por que es un debate que afecta a nuestra constitucionalidad, es decir, a nuestra cualidad de comunidad que en este momento es nacional o estatal, pero que podría pasar a ser más compleja, más, añadiría, de lo que en ocasiones ya es.”

Do ponto de vista dogmático, o Tratado inaugura uma crise significativa no âmbito das categorias do Direito Constitucional, porque, entre outros efeitos, ataca talvez o que seja o calcanhar de Aquiles deste ramo jurídico, sendo ao mesmo tempo seu objeto, ou seja, afeta diretamente a questão ontológica mais aberta do Direito Constitucional: o conceito de Constituição (Villalón, 2004). Seus efeitos, no entanto,

irradiam-se para além da questão puramente conceitual, e, comportando-se como uma autêntica anomalia, no sentido já explicitado, abre uma fissura na comunidade científica, dividindo aqueles que defendem que a placidez teórica não sofreu tremores, e aqueles que indicam uma necessidade urgente de readaptação.

Encabeçada pelo elemento mais polêmico já aprovado ao longo de sua extensa duração, a integração europeia engendra uma entidade dotada de Constituição sem ser um Estado. Provoca análises que em nenhuma hipótese podem ser consideradas cautelosas. Parece-nos, todavia, que é recomendável certa cautela. Neste sentido, cabe recapitular um questionamento já feito ao longo desta argumentação, que consiste na indagação acerca de nossa capacidade de compreender, sem fazermos uso de uma certa perspectiva, um processo que está em franca transição, ainda que esta transição já perdure por algumas décadas, em estado de aperfeiçoamento constante. Sabemos que há muito tempo o processo de integração europeu está governado pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. O primeiro deles “(...) significa que la Unión tiene que justificar que es necesario actuar en el nivel comunitario, que es más eficaz y que estamos ante un problema supranacional. Es decir, debe regular lo imprescindible y ante problemas que trascienden a las autoridades internas (...).” (Martín, 2005, p. 89). Por outro lado, a proporcionalidade implica que “(...) los medios que emplee la Unión deben ser proporcionados al objetivo que persiga. Cualquier carga, tanto financiera cuanto administrativa, que recaiga sobre los Gobiernos nacionales, las autoridades locales, los agentes económicos o los ciudadanos, deberá ser reducida al mínimo y deberá ser proporcionada al objetivo que si desee alcanzar.” (Martín, 2005: p. 92).

Tais princípios encontram-se consagrados no texto da própria Constituição Europeia, nos seus Artigos I-11.3 e I-11.4, precedidos pelo princípio de atribuição de competências, delimitado no Artigo I-11.2: “En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución para lograr los objetivos que esta determina. Toda competencia no atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros.”

Apesar da pressa acadêmica provocada pelo *status quo* da integração, atribuindo-lhe uma singularidade histórica, cremos que este argumento não tem cabimento. Basta observar o exemplo histórico representado pela lenta e gradual consolidação da unidade dos Estados Unidos da América (Hall, 1992). Estando ou não em transição na sua trajetória política (e este é um questionamento que não devemos solucionar neste trabalho), um fato inegável é que os efeitos desta institucionalização vertiginosa expõem às intempéries teóricas a posição da Constituição nacional e de seu paradigma (Villalón, 2004). O que nos reconduz ao questionamento anteriormente lançado.

Se por um lado a Constituição brasileira conduz à atribuição de competência reformadora a órgãos externos por falta de precisão terminológica de seus artigos, ainda que lhe falte um contexto que ponha à prova tal conteúdo, a Constituição espanhola nos parece viabilizar a mesma situação através de uma definição claramente extraída de seus artigos. Os conteúdos do Art. 93 e do Art. 95¹³ conferem contornos constitucionais para o que parece claramente um Poder Constituinte Derivado Comunitário. Por que poderíamos sugerir o surgimento de uma tal categoria? Em primeiro lugar, porque o Art. 93 impede a possibilidade de transpor a competência

reformadora, em caráter definitivo, para instâncias comunitárias. O que se pode transferir é o exercício da competência, e não propriamente a competência, que permanece enraizada na Constituição nacional. Logo, neste caso, não poderíamos estar tratando de um Poder Constituinte Originário Comunitário. Na verdade, é duvidoso que a própria produção da Constituição europeia possa caracterizar-se assim, já que o procedimento tem claras amarras na atribuição de competências por parte dos Estados. Para vislumbrar, neste caso, um procedimento constituinte originário, faz-se necessário abstrair de dois elementos que marcam a caracterização deste processo num âmbito nacional: seu caráter efêmero e subsequente desaparecimento, e sua ilimitação jurídica formal. O suposto processo constituinte originário europeu, se é que existe, é permanente, e não difere, ainda, de uma competência revisora de seus tratados fundamentais (Villalón, 2004). Ao transferir o exercício de competências para possíveis instâncias comunitárias, mantendo, como asseveramos, as competências vinculadas ao Estado, a Constituição abre as portas para um procedimento de reforma que se encontra fora do Estado espanhol. Esta abertura se completa com o conteúdo do Art. 95, que autoriza a reforma da Constituição em caso de antinomia derivada do confronto entre seu texto e qualquer tratado internacional. Ora, uma leitura combinada do Art. 93, com o art. 95.1 só nos conduz à possibilidade de que parte da competência reformadora da Constituição espanhola foi transferida para instâncias comunitárias, o que provoca um verdadeiro acréscimo ao conteúdo do Título X. Some-se a este contexto, previsões contidas no “Tratado pelo qual se estabelece uma Constituição para Europa”, em artigos como o I-5.2, ou I-6¹⁴, e temos institucionalizado um verdadeiro processo de reforma da Constituição espanhola,

alheio ao mecanismo disposto nos artigos 166, 167, 168 e 169 (Villalón, 2004). Mais que isso, numa Constituição como a espanhola, na qual as limitações materiais não estão expostas formalmente, praticamente todo o conteúdo da Constituição fica sujeito a uma competência reformadora que já não está adstrita às fronteiras do Estado espanhol, principalmente diante de normas que passam agora a figurar numa escala de fontes conforme o Art. I-33 do Tratado Constitucional (Villalón, 2004).

Percebe-se, portanto, que ambas as Constituições convergem para um mesmo contexto. Este contexto suscita a existência de um procedimento de reforma da Constituição que, ainda que mantenha o vínculo com o texto constitucional, simultaneamente é desenvolvido em instâncias que não são aquelas nas quais se situam os fenômenos diretamente decorrentes do texto constitucional. Esta é, dentre as anomalias expostas na nossa argumentação, a que mais riscos oferece ao paradigma vigente, pois transfere para um órgão externo, a capacidade reformadora, gerando sérias conseqüências para o “Poder Constituinte”. A admissão de tal categoria obviamente exige um trabalho de depuração que não cabe desenvolver nos limitados parâmetros desta argumentação.

Satisfaz nosso objetivo, esclarecer que, neste aspecto, o paradigma que estrutura o constitucionalismo encontra-se frente a anomalias que atingem em cheio a própria idéia de integridade constitucional enquanto algo que deve ser preservado, em conformidade com determinações contidas no próprio texto constitucional. Quando fatos concretos suscitam a possibilidade de delineamento de uma categoria como a que destacamos anteriormente, é a própria integridade da Constituição nacional, resultado direto do exercício do Poder Constituinte, que expressa a vontade popular, que fica em risco.

5. Conclusões

Esperamos que ao final de nossa exposição tenha ficado bem situado o questionamento suscitado no título deste trabalho, que, fundamentado da maneira que aqui fizemos, possibilita suficiente abertura para outras perguntas problematizantes — pertinentes à relação entre estabilidade democrática e Poder Constituinte, à integração comunitária como fator de modificação do texto constitucional, às conseqüências da indistinção entre Poder Constituinte e competência reformadora, ao surgimento de categorias híbridas como o Poder Constituinte Derivado Comunitário — que poderiam servir como ponto de partida para pesquisas posteriores.

Neste momento cabe, todavia, responder uma última pergunta: estamos diante de uma revolução científica no Direito, no sentido “kuhniano” do termo? A resposta, obviamente, é negativa. No atual momento não é possível vislumbrar uma revolução científica sequer no âmbito do Direito Constitucional. Porém, não resta dúvida que o paradigma que vertebra o constitucionalismo encontra-se diante de anomalias deveras relevantes. Os dois fenômenos destacados ao longo deste trabalho revelam que há sérias discrepâncias entre aquilo que teoricamente se fala acerca do Poder Constituinte e o que, em termos fáticos, vem ocorrendo.

A tendência de que tais fenômenos, sobretudo o de integração comunitária, conduzam o Poder Constituinte a uma reestruturação, com isso afetando todo o Direito Constitucional, já não parece um panorama muito distante, a não ser que imaginemos possível que, ao invés de serem modificadas pela realidade, as idéias exerçam força vinculante sobre esta. Neste sentido, nos deparamos com anomalias no melhor sentido “kuhniano” do termo.

O estudioso do Direito Constitucional, conforme nossa perspectiva, não se depara, em ambos os casos, com singelos enigmas que são conseqüências do próprio estabelecimento do paradigma. Ao contrário, o que se configura ante ambos os fenômenos são situações que afetam várias Constituições, repetindo-se de forma idêntica em vários lugares simultaneamente, e que só oferecem duas soluções: ou ignoramos tais fenômenos, continuando a fazer uma leitura teórica da realidade, cada vez mais distante dos fatos concretos, ou encaramos o desafio de, ao invés de mudar as respostas, modificar os questionamentos, e, neste caso, assumir o estudo das anomalias, enfrentando a dificuldade intrínseca a todo período que sucede a fragmentação dos paradigmas, e aceitando o fato de que, como epílogo de nossos estudos, já não encontraremos respostas, senão novas e intrigantes perguntas.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *La Condición Humana*. Barcelona: Piados, 1993. 366 p.
- _____. *Sobre la Revolución*. Madrid: Alianza, 1988. 297 p.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000. 201 p.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1504 p.
- DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. 183 p.
- FALLA, Fernando Garrido [et ali]. *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 1985. 2503 p.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 204 p.
- GIDDENS, Anthony. *Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press, 1990. 186 p.
- HALL, Kermit L. (ed.). *The Oxford Companion*

- to the Supreme Court of the United States. New York: Oxford University Press, 1992. 1032 p.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. 112 p.
- JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 91 p.
- KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: The University of Chicago Press, 1970. 210 p.
- LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1964. 539 p.
- MARTIN, Araceli Mangas. *La Constitución Europea*. Madrid: Iustel, 2005. 239 p.
- MAUS, Didier. *The Influence of Contemporary International Law on the Exercise of Constitutional Power*. In: *National Constitutions in the Era of Integration*. Antero Jyränki (org.), London: Kluwer Law International, 1999. 204 p.
- PAGÉS, Juan Luís Requejo. *Las Normas Preconstitucionales y el Mito del Poder Constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998. 165 p.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El Contrato Social*. Madrid: Taurus, 1969. 148 p.
- ROYO, Javier Perez. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1994. 729 p.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982. 377 p.
- SIEYÉS, Emanuel Joseph. *¿Que es el Tercer Estado?* Barcelona: Orbis, 1973. 126 p.
- TREMPS, Pablo Perez. *Constitución Española y Comunidad Europea*. Madrid: Civitas, 1994. 200 p.
- VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985. 309 p.
- VELASCO, Manuel Díez de. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 7. ed., Madrid: Tecnos, 1990. 483 p.
- VILLALÓN, Pedro Cruz. *La Constitución Inédita*. Madrid: Trotta, 2004. 157 p.
- e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Alameda, 2002), Luzia Marques da Silva Cabral Pinto (PINTO, L.M.S.C. *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994), Benito Alaléz Corral (CORRAL, B.A. *Los Limites Materiales a la Reforma de la Constitución Española de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000) e Juan Luís Requejo Pagés (PAGÉS, J.L. *Las Normas Preconstitucionales y el Mito del Poder Constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998), suscitam objeções a essa idéia.
- ² O conceito de mutação constitucional pode ser esclarecido nas seguintes obras: JELLINEK, G. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, e DAU-LIN, H. *Mutación de la Constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.
- ³ Constituição Espanhola, Art. 166: “La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87”; Art. 87. 1. “La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras; Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargada de su defensa.”
- ⁴ Constituição Espanhola, Art. 167. 1. “Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. 2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.”

NOTAS

¹ A idéia de ilimitação jurídica do Poder Constituinte Originário é polêmica. Autores de orientação tão diversa como J.J.Gomes Canotilho (CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional*

⁵ Constituição espanhola, Art. 168. 1. “Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo 2º, Sección 1ª del Título I o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.”

⁶ Esta possibilidade resultava de uma série de medidas legislativas, incluindo a elaboração de uma série de emendas constitucionais, e seis decretos-leis, conhecidos historicamente como “Pacote de Abril”, através das quais, entre outras medidas, o Presidente Ernesto Geisel, fechou o Congresso, ampliou o mandato presidencial de cinco para seis anos instituiu eleições indiretas para Governador de Estado e para um terço dos Senadores.

⁷ Apesar de sua argumentação ser marcada por um empedernido conteúdo positivista e — amparada por um hábil manuseio da Teoria Geral do Direito — negar a existência de um Poder Constituinte propriamente dito, vale frisar a opinião de Juan Luis Requejo Pagés (Pagés, 1998: p. 107), num dos poucos pontos de sua obra em que não tenta dobrar a realidade em face de considerações teóricas: “Los únicos límites que cabe oponer al poder constituyente constituido son, en consecuencia, los expresamente queridos por el constituyente originario. Y estos se reducen a los que imponen uno u otro procedimiento de reforma (el simple y el agravado) en función de los preceptos constitucionales que hayan de ser objeto de revisión.”

⁸ A existência de cláusulas com conteúdo semelhante transcende os exemplos trabalhados neste texto. Como exemplos de tais dispositivos constitucionais podemos citar: Constituição Nacional da República Argentina, Art. 30; Constituição da República Oriental do Uruguai, Art. 331; Constituição da República do Paraguai, Arts. 289 – 291; Constituição da República Bolivariana de Venezuela, Arts. 340 – 350; Constituição da Suíça, Arts. 118 – 123.

⁹ “O poder soberano do Estado moderno não se formou antes do seu envolvimento no sistema

do Estado-nação, até mesmo no sistema europeu de Estado-nação, mas desenvolveu-se em conjunção com ele. Em verdade, a soberania do Estado moderno foi, desde o início dependente das relações entre Estados, no sentido de que cada Estado (...) reconhecia a autonomia dos outros, dentro de suas próprias fronteiras.”

¹⁰ Pablo Pérez Tremps (1994: p. 28, 35) oferece um balizamento preciso quanto à singularidade do processo de integração europeu e ao significado deste termo: “No obstante, como ya se ha apuntado, la comunidad Europea posee un elemento que la diferencia de otras organizaciones internacionales: la idea de integración como eje central de su relación con los Estados frente a la tradicional de cooperación. (...) La creación de las Comunidades Europeas ha supuesto que aparezca una nueva formula de relación internacional, dando lugar a lo que se ha dado en llamar ‘organización supranacional’. El mecanismo que articula cada uno de estos modelos institucionales es también distinto; así, el principio de cooperación entre Estados se vincula a la tradicional organización internacional, mientras que la organización supranacional viene definida por la idea de integración.”

¹¹ Constituição espanhola, Art. 93.: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.”

¹² Constituição espanhola, Art. 95.: “1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”

¹³ Cláusulas de abertura de conteúdo semelhante a estes dois artigos da Constituição espanhola se encontram também, entre outros, nos seguintes textos: Constituição da República Portuguesa, Art. 7.5, 7.6, 8º; Constituição alemã, Art. 23, 25; Constituição do Reino dos Países Baixos, Art. 91, 92; Constituição da Noruega, Art. 93; Constituição francesa, Art. 54, 88, 88-1, 88-2;

Constituição da Irlanda, Art. 29.4.3- 29.4.6; Constituição Nacional da República Argentina, Art. 75.24; Constituição da República Bolivariana da Venezuela, Art. 23.

¹⁴ Tratado pelo que se estabelece uma Constituição para Europa: “Art. I-5.2. Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de la Constitución. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el

cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Constitución o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión; Art. I-6. La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros.”

A IDÉIA DE CONSTITUIÇÃO ENTRE A LITERATURA, BOTÂNICA E GEOMETRIA. OU SEJA: SEIS DIVERSAS CONCEPÇÕES “GEOMÉTRICAS” DA “ÁRVORE” DA CONSTITUIÇÃO E UMA ÚNICA, IDÊNTICA “CLÁUSULA DE ULISSES”*

L'IDEA DI COSTITUZIONE FRA LETTERATURA, BOTANICA E GEOMETRIA OVVERO: SEI DIVERSE CONCEZIONI “GEOMETRICHE” DELL' ‘ALBERO’ DELLA COSTITUZIONE E UN'UNICA, IDENTICA “CLAUSOLA D'ULISSE”**

ANTONINO SPADARO***

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: Por mais que possa parecer estranho, existem importantes nexos entre o direito constitucional e... A geometria, a literatura e até mesmo a botânica. De fato, é possível imaginar – graças ao auxílio de modelos geométricos – pelo menos 6 diferentes concepções da Constituição, 4 otimísticas (democrático-piramidal, reticular, de círculos concêntricos, estelar) e duas pessimísticas (hierárquico-piramidal e centrífugo-niilista). Da Literatura é possível conseguir a imagem da c. d. cláusula de Ulisses, metáfora excepcional da autolimitação “constitucional” do poder soberano. Finalmente o Estado Constitucional pode ser comparado com sucesso a uma planta-árvore, que nasce, vive e morre. Os exemplos apresentados e a perspectiva interdisciplinar adotada auxiliam na compreensão da natureza profunda do moderno Estado Constitucional.

Palavras-chave: Constituição. Teoria do Estado Constitucional. Concepções do Direito. Cláusula de Ulisses. Geometria. Literatura. Botânica.

Riassunto: Per quanto possa sembrare strano, esistono importanti nessi fra il diritto costituzionale e... la geometria, la letteratura e persino la botanica. Infatti, si possono immaginare – grazie all'ausilio di schemi geometrici – almeno 6 concezioni della Costituzione, 4 ottimistiche (democratico-piramidale, reticolare, a cerchi concentrici, stellare) e 2 pessimistiche (gerarchico-piramidale e centrifugo-nichilista). Dalla letteratura può trarsi, fra l'altro, l'immagine della c.d. clausola di Ulisse, eccezionale metafora dell'auto-limitazione “costituzionale” del potere sovrano. Infine lo Stato costituzionale può essere assai utilmente paragonato ad una pianta-albero, che nasce, vive e muore. Gli esempi fatti, e la prospettiva interdisciplinare adottata, aiutano a comprendere la natura profonda dello Stato costituzionale contemporaneo.

Parole Chiave: Costituzione. Teoria dello Stato costituzionale. Concezioni del diritto. Clausola di Ulisse. Geometria. Letteratura. Botanica.

Abstract: Although it may appear unusual, many things connect Constitutional Law to... Geometry, Literature and even Botany. By the help of geometric patterns, indeed, it's possible to figure 6 different conceptions of the Constitution: 4 of them are optimistic (pyramid-democratic C., reticular C., concentric-circles C., stellar C.) and 2 pessimistic (pyramid-hierarchical C., centrifugal-nihilistic C.). From Literature, it's useful the so-called “Ulysses' clause” paradigm, a peerless metaphoric image of sovereignty's constitutional self-restraint. Eventually, Constitutional state may be successfully compared to a tree that buds, grows and dies. These examples and the peculiar interdisciplinary view chosen help to understand the very nature of modern Constitutional State.

Key Words: Constitution. Constitutional State theory. Concepts of Law. Ulysses' clause. Geometry. Literature. Botany.

* Texto traduzido por Juliana Salvetti.

** (*) Texto publicado em Aa. Vv., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism context*, obra de F. F. Segado, Madri, 2003, 169 ss.

*** Professor Titular de Direito constitucional, na Universidade dos Estudos Mediterrânea, de Régio Calábria, e docente de Doutrina do Estado na Universidade dos Estudos de Messina.

1. Breve Premissa (ou Advertência) Metodológica

A simples hipótese de desenvolver uma reflexão jurídico-constitucional reunindo considerações extraídas de disciplinas tão distintas, sem nenhuma ligação aparente e, sobretudo, tão distantes do direito – tais como a literatura, a botânica e a geometria –, poderia parecer uma brincadeira e não necessariamente das mais felizes.

A idéia de tentar percorrer essa via tão singular e inusitada nasce diretamente do campo da experiência didática do jurista-docente, conseqüentemente durante as aulas de Faculdade, onde os exemplos *ioci causa* e as metáforas *explicativas* são corriqueiras, no estreito diálogo com estudantes recentemente saídos do colegial (e, portanto, frescos de lembranças relativas a: estudos homéricos, ciências naturais, geometria, etc.).

Não escondo, porém, que o incentivo que me levou a estender essas breves reflexões é também um não oculto, irresistível gosta pela provocação, nos confrontos de um ambiente - o jurídico-acadêmico – caro e familiar, mas, ao mesmo tempo, estagnado e enrijecido em categorias tradicionais (Estado, soberania, povo. Etc.), que a impetuosa transformação “global” da realidade político institucional (porém não somente) coloca em situação cada vez mais difícil quem escreve e quem propõe o jogo de “repensar tudo”. Isso tudo, às vezes, exige o uso inevitável de uma linguagem diferente, como aqui acontece, além disso, pedir a compreensão do leitor, que nesse caso é uma obrigação.

O trabalho aqui proposto é um *divertissement*, o qual muito me alegrou, mas graças a isso – brincando, brincando – espero ter exposto algumas coisas sérias. Infelizmente, a conjugação moderna dos verbos “jogar” e “estudar” seja considera-

da improvável, para não dizer danosa. Não nos esqueçamos que *studium* significa também esforço – os verdadeiros problemas começam cada vez que se esquece, ou se reprime, a dimensão lúdica da existência: levamos tudo muito a sério, sem nenhum progresso efetivo na compreensão da realidade e de nós mesmos. (1)

Já demonstrei o meu ponto de vista sobre o método nos estudos constitucionalistas, eu ainda acredito ser essencialmente uma questão não tanto de ortodoxia teórica, mas de simples exercício da correta ação. (2) Creio que esse pequeno ensaio confirme não só a óbvia necessidade de pesquisas interdisciplinares, e também a intrínseca impossibilidade – para os intelectuais juristas – de “cindir”, sem alterar irremediavelmente a realidade, a ciência jurídica dos mais genéricos e variados conhecimentos que arriscam a vida do homem, tornando-a mais agradável e menos incompreensível. Confirma-se, finalmente e brevemente, a impossibilidade de separar o direito da vida *tout court*.

Nesse sentido, desejo lembrar que o conhecimento, entendido de forma unitária e não parcelado, é ainda capaz de suscitar em alguns de nós um alegre torpor, que não casualmente dá “sabor” a todas as coisas. (3)

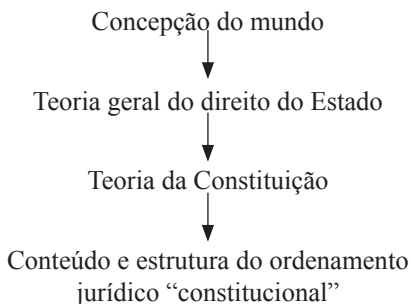
Seção I. A Geometria

2. Da Genérica “Concepção do Mundo” à Simples “Ordenamento” Constitucional

Sabemos que já foram dadas inúmeras “definições” do conceito de Constituição. Igualmente, todos sabem que existem muitas “concepções” da mesma. Tanto umas que outras (definições e concepções) exprimem múltiplos pontos de vista sobre o conteúdo e sobre a estrutura do tipo es-

pecífico de ordenamento jurídico que, por convenção, desde o final da idade moderna até hoje, chamamos “constitucional”.

Atrás de cada definição (e concepção) proposta há não só um peculiar conteúdo e uma particular estrutura do documento-fonte Constituição, mas se encobre uma exata teoria geral do direito e do Estado, não só - muito freqüentemente – até uma exata concepção do mundo. Isso acontece, pelo menos, nos casos mais eminentes e interessantes de elaboração teórica, sobre os quais somos todos chamados a refletir. Quase sempre é possível imaginar a ordem lógica a seguir:



Desejo concentrar a minha atenção sobre os dois últimos temas, de direito e imediato interesse para o jurista.

Especialmente propor uma maneira de sintética reconstrução de algumas teorias sobre a Constituição, sob o ponto de vista do “conteúdo” e da “estrutura” que o ordenamento jurídico praticamente assume (justamente em relação a, e, logo, em consequência delas). A cada reconstrução teórica (da Constituição) corresponde, de fato, uma específica concepção da “matéria constitucional” e, com ela, uma exata estrutura prática do ordenamento (jurídico).

Para conseguir esse objetivo utilizei algumas simples “figuras geométricas” esperando que a imagem gráfica, e assim a

percepção visual permita uma compreensão imediata e eficaz das teorias.

Claro que, na impossibilidade de examinar, e descrever todas as teorias, fiz algumas escolhas. Entre as possíveis (Heller, Smend, Corwin, Hauriou, Mortati, Ackerman, etc.), decidi examinar somente algumas teorias sobre a e da Constituição, deixando de lado todas as outras. Além do mais – provavelmente influenciado pelo perfil sugestivo da “estrutura geométrica” do ordenamento (que representa a união ideal contínua da análise) – não hesitei em privilegiar as pesquisas a ela compatíveis e certamente de qualquer estudioso italiano, mesmo mais jovem: na realidade, das 6 concepções examinadas, somente 2 são estrangeiras.

Admito que, além de desejar, com esse trabalho, “aperfeiçoar” posteriormente alguns resultados técnicos, os quais acredito ter obtido no passado.

3. Seis Concepções da Constituição, da Matéria Constitucional e da Estrutura do Ordenamento Jurídico-Constitucional: Quatro Otimísticas ou Quase (Liberais Democráticas) e Duas Pessimísticas (uma Liberal Democrática e uma Autoritária)

Assim como foi lembrado, cada genérica “concepção do mundo”, quando traduzida em uma “teoria do direito e do Estado”, propõe inevitavelmente um particular e específico método de leitura da relação entre direito e poder.

Por sua vez, a imortal questão da relação entre “direito e poder” não é examinada sem recorrer a algumas clássicas constantes, de natureza meta-jurídica e até meta-política, relativas a reflexões pessimísticas de tipo antropológico-filosófico sobre a natureza humana, em termos totalmente negativos (nas pegadas de um pensamento político realista que remonta

a Platão e passa por Maquiavel, Richelieu e Schmitt e pode ser resumido com a célebre frase de Hobbes: *homo homini lupus*), ou só parcialmente negativos (segundo a tradição cristã que deseja a natureza humana “caída”, chamado *lapsa*: como tal, em grau de conhecer-lembrar o bem, mas, por intrínseca debilidade e voracidade, levada a fazer o mal e, então, necessitada de redenção), ou mesmo ideais e otimísticos (como gostaria um liberalismo que cresse, ingenuamente ou hipocritamente, na natural bondade do homem e, portanto, na espontânea função regularizadora do livre mercado, onde o “mais forte” seria também o “melhor”).

Será fácil compreender que a adesão a uma dessas três concepções dos relacionamentos sociais – a pessimística-realista, a pessimística-redentora ou a otimística-infantil – constitui o *príus* lógico, implicitamente e, às vezes, inconscientemente contido, a cada elaboração teórica da relação entre direito e poder, e principalmente de cada “teoria da Constituição”, necessariamente que compreende toda e qualquer coisa, seja do conteúdo (“matéria” constitucional) seja da forma (“estrutura” – ou, sob esse enfoque, *geometria* – do ordenamento).

Concretamente entre as seis aqui examinadas, duas podem ser consideradas “pessimísticas”, e quatro, se não otimísticas, pelo menos “não pessimísticas”, no sentido recentemente mencionado. Sobre tudo, como logo será visto, tudo aquilo que tem uma direta repercussão na... *geometria*.

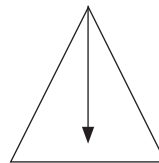
Podem ser consideradas pessimísticas as concepções de C. Schmitt (autoritária) e G. Volpe (liberal democrática); são, ao contrário, otimísticas (talvez fosse melhor dizer “não pessimísticas”) as concepções de H. Kelsen e P. Pinna, ambas liberais democráticas, mas muito diferentes na origem (pertencendo, uma, a um professor

de vulto mundial, e, a outra, a um estimado jovem estudioso italiano) e impositação. Finalmente, é otimística (mas melhor seria dizer pessimística-redentora) a concepção da Constituição sob o ponto de vista de quem a escreve, concepção qualificável como liberal democrática “e” – detalhe que não deve ser negligenciado – *personalista*, segundo duas variantes *geométricas* que adiante serão especificadas.

4. A Concepção “Hierárquico-Piramidal” (C. Schmitt)

Obviamente, é pessimística a concepção schmittiana da teoria da Constituição.

Essa última – como supremo ato de decisão política que serve para determinar a identidade de um povo – permite imaginar facilmente a forma “geométrica” do modelo de Schmitt, não acidentalmente degenerado no *Führerprinzip*: é a pirâmide. Do vértice emana a decisão suprema, o ato que – particularmente em situação de crise ou excepcional – revela e permite a manifestação do soberano e dele desce o poder, seguindo a cadeia articulada do comando, até o povo, que existe – *rectius*: obtém sua identidade específica – só porque o vértice da pirâmide individualizou os amigos (com quem se alia) e os inimigos (contra quem se atira) do todo corpo social. Por outro lado, como é sabido – no poder de decisão schmittiano, que é vazio e, portanto, ocasionalista – é justamente a definição do inimigo que permite a um povo a descoberta da própria identidade. Se o “nascimento” da Constituição, e a “matéria” do que é feita, são aquelas acima descritas, então a “estrutura” do ordenamento não pode ser que piramidal, como segue:



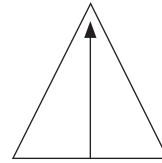
Trata-se, mais precisamente, de uma estrutura hierárquico-piramidal, onde o comando decorre – como indica a seta – do alto para baixo e obtém a sua legitimação diretamente do alto do ato de decisão (*Entscheidung*) autoritária. A natureza da estrutura do ordenamento descreve o sistema dos valores constitucionais latentes do tipo de ordenamento considerado: eles, por Carl Schmitt, não procedem de baixo, nem tampouco existem em si mesmos, mas são aqueles – de vez em quando – “decididos” pelo “líder”. Através deles o povo toma consciência da sua identidade (processo de identificação Nação – Estado), sem nenhuma verdadeira mediação parlamentar, para ser desdenhosamente considerada na mesma medida de um vil comprometimento, como tal naturalmente incapaz de determinar a *veritas* constitucional - a própria Constituição – que ao contrário é “una”, como o líder, e não é determinável baseando-se simplesmente em um mercado das relações entre a maioria e minoria. (4)

5. A Concepção “Democrático-Piramidal” (H. Kelsen)

Talvez não pessimística, tampouco ingenuamente otimística, é a concepção kelseniana da Constituição. Ao contrário – se for verdade que a teoria kelseniana da “pureza” do direito (*Reine Rechtslehre*) e o “relativismo” teórico-político (*Politischer Wertrelativismus*), do professor de Praga, são dois lados de uma mesma moeda, – então Hans Kelsen poderia ser incluído entre os pensadores pessimistas, pelo evidente ceticismo relativista que permeia profundamente e caracteriza toda a sua produção jurídica, política e filosófica. (5)

Em todo caso, não podem existir dúvidas quanto ao democratismo das teorias kelsenianas. Sob esse aspecto – não obstante ambos terminem paradoxalmente obtendo resultados não dissimilares: isso será

visto no final desse § - a concepção que Kelsen propõe da Constituição é exatamente oposta àquela schmittiana. Mas até os êxitos involuntariamente convergentes das duas teorias (ou, preferindo-se, as críticas comuns as quais elas vão de encontro) permitem, por mais estranho que pareça, considerar idôneo – também por H. Kelsen – o modelo *geométrico* da pirâmide. Naturalmente subsiste a não ignorável diferença que nesse caso a Constituição – da qual descendem as outras normas de ordenamento (“vértice” da pirâmide) – deriva a sua legitimação de um processo democrático (“base” popular da mesma pirâmide).



Como pode ser visto pela direção da seta, a concepção política kelseniana caracteriza-se por uma estrutura democrático-piramidal, levando a sua legitimação de baixo (soberania popular) em direção ao alto da Constituição, mais que hierárquico-piramidal, como na oposta concepção schmittiana, onde o comando, o ato de decisão (*Entscheidung*) autoritária, procede, ao contrário, do alto para baixo.

Sem negar que o modelo represente um dos lados de uma mesma moeda, de modo totalmente individual essa colocação teórica-política (claramente democrática), porém, não corresponde exatamente ao modelo teórico-jurídico (rigorosamente hierárquico). De fato, esse último está construído sobre a aporia de uma *Grundnorm* pressuposta, da qual provém uma rígida “escala hierárquica” (*Stufenbau*) dos remanescentes comandos jurídicos, principalmente meta-normas ou “normas sobre a produção de normas”, até o ato de execução. Nesse sentido muito particular, pode

ser afirmado que a estrutura geométrica da concepção – com especial atenção: *jurídica* – kelseniana é uma pirâmide não dessemelhante daquela schmittiana, sendo que a seta parte do alto para baixo (e não vice-versa, como no esquema proposto). Mas conservar-se, do ponto de vista político, a origem democrática da norma fundamental pressuposta: poder-se-ia então falar, talvez, de uma “pirâmide invertida” ou, melhor, de uma assimetria entre a pirâmide jurídica (intrinsecamente hierárquica) e a política (necessariamente democrática).

Agora, sobre a questão da “forma geométrica” da colocação conceitual kelseniana, em todo caso está justamente na qualidade democrática, aparentemente absoluta, o seu limite genético. Pelo menos para o primeiro Kelsen, a democracia está essencialmente reduzida à “lei da maioria” (parece-me um modo simplicístico). Na ausência de referências “alécticas” e, portanto no quadro de uma epistemologia declaradamente e rigorosamente não cognitivista, não podia ser de outra forma: a Constituição kelseniana, feita somente de normas sobre a produção de normas, é – do ponto de vista axiológico-substancial – uma caixa vazia: *wertlos*, ou *indifférent aux valeurs*. De fato, na impossibilidade de saber (ainda que aproximadamente) o que é verdadeiro e o que é falso – e, logo, o que é bem e o que é mal, – automaticamente torna-se bem tudo o que a maioria, conforme as circunstâncias, considera como tal. Nessa perspectiva, a democracia aparece como o menor dos males, porque, com ela, somente fica descontente a minoria. Sucintamente, sofre o menor número de pessoas. Portanto, a ausência da democracia, para Kelsen, é meramente pragmático-utilitarista.

Como é sabido, Kelsen usa como sustento para as suas argumentações o emblemático exemplo histórico da (presumida) escolha “democrática” da crucificação de Cristo, mas sabemos perfeitamente que não

se pode sempre afirmar – com La Fontaine – que *la raison du plus fort est toujours la meilleure*. (6). Ao contrário: o povo, infelizmente, não tem sempre razão e a *major pars* nem sempre é a *melior pars*, como confirmam as experiências das democracias auto-referenciais ou totalitárias. (7) Pelo menos para quem escreve, ao contrário, um ordenamento é necessário – para funcionar realmente – não só de valores *formais* (regras e procedimentos democráticos), mas também de uma moldura axiológica substancial (na prática, essencialmente de uma Constituição, que não contenha somente normas sobre produção de normas).

Ao contrário, a concepção kelseniana parece reduzir, *melius*: reconduzir, a mesma Constituição (que traria a sua legitimação exclusivamente do povo) à mera democracia, propondo, na prática, uma construção que se envolve sobre si mesma. Felizmente, mas incoerentemente, o professor da escola de Viena procura encontrar uma saída para o seu “sistema fechado”, invocando o valor absoluto (e, portanto não democrático, antes limitativo do princípio democrático) da *tolerância*: o seu relativismo é, pois, contraditoriamente relativo. Isso não desagrada, mas obviamente abala toda a rígida e formal estrutura do modelo abstrato, inicialmente proposto...

A concepção kelseniana, levada às suas lógicas e coerentes conseqüências, pouco se diferencia da schmittiana, e vai de encontro à mesma crítica: em ambas, na realidade, está destinado a governar “o mais forte”, não importa se um sujeito individual (*Führer*) ou coletivo (maioria), com tudo aquilo que isso comporta em relação à efetiva tutela dos direitos dos indivíduos e das minorias. Não se nota nenhuma real preocupação para com o princípio superconstitucional da *dignidade da pessoa humana*.

Concluindo – se a estrutura “geométrico-constitucional” do modelo schmittia-

no é hierárquico-piramidal (*autoritária*) e a do modelo kelseniano democrático-piramidal (*liberal*) – analisando bem essa última, mesmo na melhor das interpretações, está conformado somente um ordenamento liberal-democrático, mas não exatamente e excelentemente *personalista*: então, no parecer de quem escreve, ainda não verdadeiramente “constitucional”.

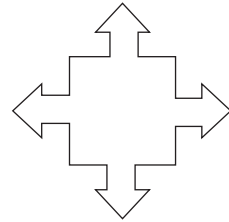
6. A Concepção “Centrífugo-Niilista” (G. Volpe)

Sinto-me na obrigação de especificar que, diferentemente daquelas até aqui examinadas, as teorias que seguem (de G. Volpe e P. Pinna e do escrevente) atrelam-se mais direta e essencialmente à “estrutura” da *Constituição* e, somente como conseqüência, à “estrutura” do *ordenamento*.

Dito isso, ainda sobre o pensamento de G. Volpe, especialmente rico e complexo, posso tentar uma síntese sem alguma pretensão de complexidade. Fala o Autor, segundo o qual já se configura um “declínio da constituição como fundamento da convivência civil”, enquanto as Cartas são consideráveis e consideradas “cientificamente” na mesma condição de simples “lendas”, “mitos” e “fábulas”; no máximo elas descem ao modesto papel “de protocolos, i. é, de regras procedimentais genéricas e organizativas, essencialmente funcionais ao estender-se pela técnica e pelas suas necessidades (... conseqüentemente...) não existem fundamentos (certezas, valores absolutos e fins essenciais) na vida dos homens: todo hipotético ‘inalterável’ revela-se contingente, cada projetividade ilusória. Toda constituição, entendida como fundamento que legitima a convivência social, decompõe-se e deteriora-se (onde ainda está mantida artificialmente viva)”. (8).

O método filosófico que se deduz pelas breves considerações feitas, formalmente somente “realistas”, é na verdade

profundamente pessimístico, antes catastrófico, se não apocalíptico. Do ponto de vista da geometria constitucional a imagem que melhora o sistema delineado é aquela que segue:



O modelo geométrico configurado é claramente centrífugo-niilista. De fato, perante o quadro constitucional descrito por Volpe não se deveria, nem poderia, falar de um verdadeiro e próprio “sistema” mas, talvez de “um sistema assistemático”. Em um ordenamento constitucional onde a única certeza é que não existem certezas, o risco é que tudo possa se “dispersar” porque tudo é “sem sentido”. Configura-se assim uma classe de oximoro: nesse contexto, a Constituição é sem a Constituição, visto que o destino da ordem constitucional de Volpe é o de tornar-se desordem.

Talvez se poderia interpretar *in bonam partem* a perspectiva de Volpe: como um fascinante prelúdio à anarquia sóciopolítico. Isso a tornaria de qualquer maneira partilhável, mas então ela deveria pressupor um contexto angélico, por nada coincidente, ao contrário, com o realismo social descritivamente sustentado.

Não obstante, a tentativa de Volpe de superar o tradicional niilismo (“está ganho... conseguindo-se coabitar com o absurdo... aceitando e vivendo até o final o próprio destino”), recorrendo ainda a um viril estoicismo (é preciso “reviver a cada instante o mito de Sísifo”) (9), na realidade, parece-me que ele esteja profundamente fascinado por isso, pareceria sem alguma esperança.

Mas é justamente verdade que ‘não existem fundamentos na vida social dos homens?’ Que ‘toda projeção é ilusória?’ Que não é possível colocar limites políticos-jurídicos às exigências aparentemente incontestáveis e automáticas da ‘técnica’, cuja Constituição é sempre servidora e ‘funcional’? Se realmente fosse assim, deveríamos parar de lutar pela consolidação dos valores liberal-democráticos e personalísticos; deveríamos permanecer indiferentes perante o risco da intolerância inter-religiosa e intercultural; deveríamos, em suma, estar resignados a ser manipulados por um ‘sistema assistemático’ e, visto que é tudo inútil (e relativo), conviria esquecer.

No parecer de quem escreve, é ainda possível ver, na idéia de Constituição, imperfeita, mas uma necessária racionalização ‘jurídica’ de insubstituíveis instâncias *heterocêntricas* e *altruísticas*, sem as quais dificilmente uma convivência social será possível e prolongada (e principalmente merecedora de ser vivida). Brevemente, sem o amor gratuito, a caridade e a alegria pura da *dádiva* – mesmo se fossem, e não são, simples ‘mitos’ ou ‘metanarrações’ – tudo seria em vão, inútil afã e angustiada desesperação. Existe, ao contrário, uma razão para confiar nos aspectos ‘positivos’ do convulsionado processo de globalização, compreendido como extensão em vários planos (nacional, continental e mundial) de um ‘mínimo denominador comum’ pluralista fundamentado justamente na ética do constitucionalismo contemporâneo, em um quadro que pode ser definido neo-jurisnaturalista ou de positivismo iluminado (10).

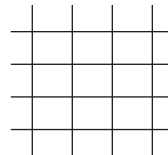
Volpe tem o grande mérito de ter colocado interrogações que transcendem a mera questão (jurídica) da crise da idéia de Constituição, ocultando-as, efetivamente, o mais profundo problema (filosófico) da crise dos próprios fundamentos da convivência humana, das quais a Constituição no

sentido jurídico-político é parte não negligenciável. Com isso, de qualquer maneira, Volpe se fez porta-voz desse nosso tempo – de transição perene e freqüentemente incompreensível – contribuindo para ‘de-sacralizar’ a idéia de Constituição, com todas as falsidades, não só, mas, essencialmente, adoradores do Estado, que ela parece levar consigo.

7. A Concepção “Reticular” (P. Pinna)

Sem dúvida interessante, construtiva e tendenciosamente equilibrada, parece-me a proposta teórica de Pietro Pinna. Agora, segundo ele, ‘está ausente a constituição material’, de modo que “o processo político-constitucional não encontra mais obstáculos ‘ambientais’ para se desenvolver plenamente no sentido reticular”, isso que daria vida a uma “constituição complexa que se compõe de inúmeros elementos irreduzíveis, mas integráveis” (11). Em particular, propõe-se uma estrutura ‘reticular’ ou ‘matricial’, elástica e dinâmica, segundo uma forma relacional ‘dialógica e comunicativa’, caracterizada por ‘múltiplos nós que dialogam e interagem entre si’, onde ‘existem relações de interação e não de subordinação. Trata-se de um sistema não linear, mas circular’ graças ao qual ‘a unidade da democracia pluralista não anula o pluralismo’. (12)

A geometria constitucional do modelo de Pinna, então, é claramente aquela que segue:



Essa concepção geométrica, de tipo reticular-matricial, tem um indubitável fascínio e descreve eficazmente um sistema (social, político e jurídico) que, garantindo o mais amplo pluralismo, mas suporta es-

truturas decisórias de tipo hierárquico verticística. Seria ingênuo, no entanto, pensar em uma espécie de equilíbrio espontâneo, em uma articulação totalmente livre das relações sociais e, conseqüentemente, jurídicas, que infelizmente não existe *in natura*, onde opera, ao contrário, - se não se colocam alguns precisos fatores ‘culturais’ (*id est*: jurídico-constitucional) de limitação ou contenção – a lei seletiva do mais forte, que não é necessariamente o melhor.

Finalmente, uma leitura atenciosa do trabalho de Pinna permite relevar que, mesmo se submisso ao esquema reticular, subsista sempre, ou melhor, deva subsistir, um – autoritário – fator de unificação: ‘um conjunto de valores comuns que permite construir a ordem na condição democrático-pluralista’, a harmonia pluralista sendo ‘fundada em valores compartilhados’, segundo um equilíbrio ‘artificial, dado pela interação não tanto espontânea quanto regulada juridicamente pelas normas constitucionais’, que mencionam ‘o conjunto das condições compartilhadas’, que ‘valem para todos’ e ‘como tais são valores ordinatórios, em torno dos quais se cumpre a estrutura social-constitucional e a político-constitucional’. (13)

Por conseguinte, e realmente, ainda faltando – somente formalmente, ou melhor, psicologicamente – um ‘centro’ do qual se afastar ou um ponto de fuga para o qual se dirigir, como o modelo proposto é de tipo reticular, fica de qualquer modo e necessariamente um forte *quid* jurídico-político unificante. (14)

Concluindo, pode-se reconhecer que o principal mérito de Pinna seja aquele de ter colocado em pauta a ausência da idéia geométrica de ‘centro’ no direito constitucional. Tudo o que, principalmente do ponto de vista da psicologia política, é, sem dúvida, importante. Todavia trata-se de um

mérito por duas razões ou por duas condições: a) que por centro entenda-se, do ponto de vista espacial, mesmo forçando um pouco, uma figura equivalente aquela de ‘vértice’ e b) que, no mérito, o centro coincida com o conceito de soberania, junto às outras, conexas (e aparentemente imortais) categorias jurídicas convenientes. Tal conceito, pela sua intrínseca periculosidade, aparece agora – se não morto e sepultado – destinado somente a funções ornamentais, como há tempos insisto e mais adiante, no § 11, posteriormente discutirei.

A idéia que, ao contrário, *sic et simpliciter* não ocasiona um ‘centro’, no sentido axiológico, parece-me opinável (e não corresponde ao pensamento do autor): trataríamos de um modelo impraticável, justamente em um sistema social complexo, como é aquele constitucional.

8. A Concepção “de Círculos Concêntricos”

As últimas duas teorias da e sobre a Constituição que aqui se levam em consideração são do escrevente: nesse § a concepção ‘de círculos concêntricos’ e, no sucessivo, uma sua evolução que poderemos definir ‘estelar’. Em ambas emerge, ainda mais que nas outras, a escolha de chamar a atenção de modo mais direito e precípua à ‘estrutura’ do ordenamento.

Descartando, pelos motivos já sinalizados, uma reconstrução rigidamente verticístico-piramidal da Constituição – não conta, depois, se de tipo hierárquico-piramidal (§ 4) ou de tipo democrático-piramidal (§ 5) – e partindo de um pressuposto gnosiológico cognitivista que, inevitavelmente, exclui a possibilidade de métodos relativístico-niilísticos (§ 6), quem escreve acreditou em descrever e qualificar organicamente, e coerentemente, o sistema jurídico que caracteriza o Estado constitucional contemporâneo. Para prevenir qualquer equívoco, é necessário especificar rapida-

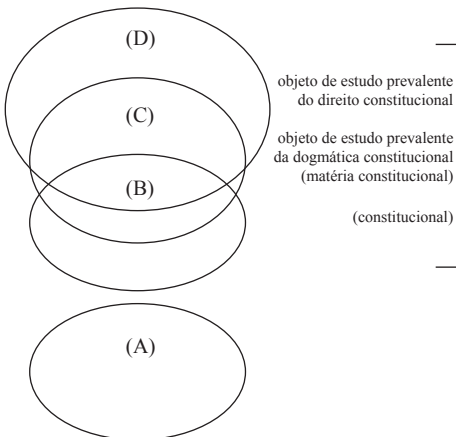
mente que se discute aqui não um ordenamento ‘constituído’ qualquer, mas somente alguns ordenamentos ‘constitucionais’, ou seja, liberal-democráticos e personalistas.

É quase inútil dizer que a peculiar perspectiva adotada, de tipo holístico, envolve profundamente todo aspecto da investigação científico-constitucional, informando de si – no método e no mérito – todo o ordenamento, no qual ela reflete difusamente os seus efeitos. No quadro esboçado, multicircular e não hierárquico, tanto para dar um exemplo (entre os muitos que se poderiam propor), o mesmo primeiro e fundamental critério / princípio de classificação do ‘sistema’ das fontes não é mais aquele hierárquico, como para muitos ainda aparece, pois aquele de integração (ou fungibilidade / subsidiariedade) entre as mesmas fontes (em grande parte hoje extra-, e infra-estatais), esse último critério que – sem excluir os outros – todos, desde já, os inclui e absorve. (15)

Em linhas gerais, o esquema geométrico é, conseqüentemente aquele que se segue:

Per grandi linee, lo schema geometrico è, dunque, quello che segue:

(E) Espaço juridicamente neutro → campo que não objeto de disciplina por parte do direito



(D) Espaço constitucionalmente neutro *campo juridicamente relevante, mas que não é objeto de disciplina por parte do direito constitucional.*

(C) Conteúdo revisionável, variável e peculiar do simples ordenamento constitucional jurídico-positivo.

(B) Conteúdo intangível do simples ordenamento (núcleo duro “individual”)

(A) Conteúdo lógico-ontológico mínimo (núcleo duro “universal”) objeto de estudo da teoria geral (ou seja, do direito e do Estado).

A estrutura geométrica de círculos concêntricos (na imagem estão em defasagem para transcrever os conteúdos) parece adequada para indicar um sistema constitucional que, sem renegar a existência de uma hierarquia de valores – às vezes interna do próprio texto constitucional – articula de forma complexa em mais planos, entre eles integrados por vínculos de diferente natureza.

Sem poder aqui detalhar e aprofundar em outro lugar formulados, o “núcleo duro universal” coincide com o patrimônio intangível de valores próprios do *Ius Publicum Europaeum* e caracteriza, deve caracterizar, todos os ordenamentos liberal-democráticos e personalistas. Também o “núcleo duro individual” configura um patrimônio intangível de valores, mas eles são específicos do ordenamento individual dado (por exemplo: a monarquia na Espanha e a República na Itália, dois Estados que têm, entretanto, um ‘comum’ núcleo duro universal). Existe, em seguida, uma parte dos únicos ordenamentos constitucionais positivos não intangíveis, mas sem dúvida ‘revisionável’ (em todo ou em parte, *in melius* ou *in peius*, em conformidade dos casos), que tutela valores superiores, mas não letais para a vida do ordenamento. No parecer de quem escreve, não falta, todavia, um espaço – ‘constitucional’ neutro – externo à matéria constitucional (que é o campo axiológico constituído pelo conjun-

to das normas contidas em fontes primárias e subprimárias) e, por último, até um espaço ‘juridicamente’ neutro *tout court*. Ambos são espaços, esses últimos, necessários em um Estado constitucional que, por definição, não é totalitário (e, portanto, onidifusivo e oprimente).

Finalmente, ao conjunto, sobre mais planos, dos valores constitucionais corresponde um conjunto, sobre mais planos, de ilícitos constitucionais: no plano D correspondem comportamentos *a-constitucionais* (caracterizados pela ‘irrelevância’ constitucional); no plano C, comportamentos *in-constitucionais* (que geram ‘invalidez’ verificável pelos órgãos de garantia constitucional); nos planos B / A comportamentos *anti-constitucionais* (provavelmente ‘nulos-inexistentes’ e como tais, sancionáveis – além do que pela Corte const.: sentença 1146/1988 – também pelo *quisque e populo*). (16)

Não obstante a sua complexa articulação, maior obviamente de quanto aqui não nos tenha sido possível indicar, a concepção da Constituição há pouco lembrada talvez não consegue, pelo menos do ponto de vista ‘gráfico’, evidenciar ainda de modo suficiente plástico, a natureza do ordenamento descrito, que, como constitucional, é, liberal-democrático, mas também – ou melhor, essencialmente – personalista.

9. Um Aperfeiçoamento da Concepção “de Círculos Concêntricos”: A Concepção “Estelar” da Constituição

A preocupação por último formulada acerca da importância do componente personalista - junto à necessidade de por em evidência, além dos 4 clássicos e tradicionais pilares do ordenamento constitucional (democracia, separação entre os poderes, direitos fundamentais e controle de constitucionalidade), também há um quinto: a descentralização institucional (só implici-

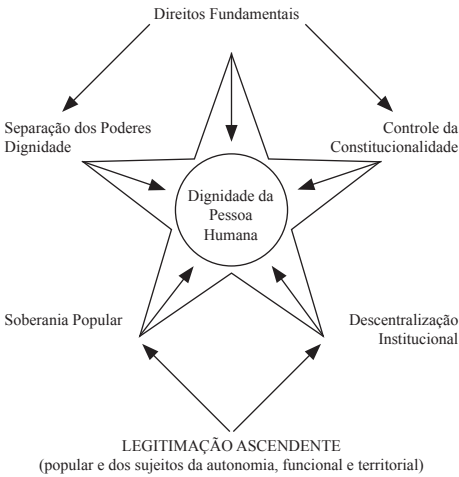
tamente compreendido na genérica coluna da ‘democracia’), – fui induzido a propor, no ‘jogo’ das fórmulas geométricas sobre a Constituição, um esquema posterior, estelar.

A superioridade absoluta do princípio de dignidade da pessoa humana, verdadeiro e único ‘fim’ do ordenamento – na sua acepção não meramente liberal (indivíduo), mas de sujeito relacional (como tal responsável e capaz de relações heterocêntricas) – é assim que no passado não hesitávamos em reafirmar que até o próprio ‘parâmetro dos parâmetros’, a *lex legum*, a lei superior, a *Higher Law* – posteriormente: a Constituição – não é mais que um simples ‘meio’ para alcançar o ‘fim’. (17)

Particularmente, é muito importante falar de um princípio super-, ou meta-constitucional de ‘dignidade da pessoa humana’ (18), entretanto ‘externo’ ao sistema constitucional, mais que um princípio inteiramente ‘interno’ ao (*id est*: inteiramente compreendido no) texto constitucional, intimida a inutilidade lógico-jurídica do mesmo, nas operações hermenêuticas de equilíbrio entre valores, tão relevante no direito constitucional contemporâneo, que em grande parte já é atribuível à justiça das Cortes constitucionais (*direito jurisprudencial constitucional*). No plano matemático, o genial teorema de Kurt Gödel define melhor a idéia que aqui buscamos expressar em termos jurídico-constitucionais. (19)

Na realidade, somente utilizando um parâmetro externo ao ‘sistema dos parâmetros’ (aparentemente completo), é possível resolver as antinomias mais graves – entre os mesmos valores / princípios constitucionais – antinomias onde está em jogo a própria sobrevivência do ordenamento como ‘sistema’ prático de referência / reconhecimento (*Anerkennung*) social. Mas eis abaixo o esquema:

LEGITIMAÇÃO DO ATO *(racional)* OU AUTOLEGITIMAÇÃO *(Selbst-legitimation)*



Concluindo, o princípio de dignidade da pessoa humana – que para uns representa um simples *passerpartout*, uma espécie de *deus ex machina* bom para tudo (*a tout faire*) – constitui o final – o centro – do ordenamento (em direção do qual se estendem todos os 5 braços, já pilastras, da estrela) (20), necessariamente destinado a ficar... de fora do ordenamento, que é a constitucional justamente porque geneticamente decorre sempre potencialmente, não tendo ‘totalitárias’ pretensão de completude. Por outro lado, as setas do esquema poderiam ser bidirecionais, à medida que os 5 braços jurídicos da estrela convergem no idêntico objetivo meta-jurídico, mas, por um outro lado ainda, estão implicitamente ‘orientados’ por esse último. O quadro sinalizado, como se vê, é perfeitamente compatível com o método prospectado no início, neo-jurisnaturalista ou, com uma expressão que se julgava melhor, de positivismo iluminado.

A estrutura geométrica estelar, da estrela de cinco pontas, não só anuncia claramente a concepção da Constituição que

coloca ‘no centro’ o princípio de dignidade da pessoa humana, mas confirma ainda a necessidade de uma dupla legitimação do poder político no modelo constitucional: junto ‘ao baixo’, do tipo democrático-popular, e ‘no alto’, do tipo racional-constitucional, para garantir o equilíbrio perene de um sistema político sem verdadeiro soberano. (21)

Seção II. A Literatura

10. O Nexo entre a Literatura e o Direito (como Ciência Social Prática)

Depois da geometria, a literatura.

Mesmo se, por parte dos juristas, geralmente não há uma especial atenção pela literatura, ao contrário, no mundo literário encontram-se frequentemente descritas figuras típicas do universo jurídico: especialmente juizes, advogados e tribunais estão presentes desde sempre na literatura mundial. O caso de temas jurídicos abordados pelos literários, às vezes pe o jurista que faz alguma excursão pelo mundo dos romances, ou como ensaísta (22) ou, até mesmo, como romancista.

O tema exigiria uma investigação *ad hoc*, que, contudo, nos levaria muito distante dos temas aqui examinados. Então, sem me aprofundar, desejo apresentar somente como exemplo – entre os muitos que poderiam ser levados em consideração para a afirmação da estreita relação entre direito e literatura (24) – os primeiros temas e autores que me percorrem a lembrança: Anatole France e o seu admirável conto da figura de Pilatos – *O procurador da Judéia* – no processo contra Jesus (25); o grande Leon Tolstoi, já estudante de direito, e o seu romance, *Ressurreição*, onde está impiedosamente descrito o sistema processual, penal e penitenciário da Rússia do século XIX (26); o clássico Franz Kafka, ele também estudante de direito, e o seu surreal conto *O processo* (27).

E assim por diante, o que é mais importante destacar é o nexa – maior de quanto talvez não se imagine – entre a literatura e o direito, que é ciência social prática, pela trama em comum com a *vida cotidiana*. Isso vale certamente para a literatura *realista*, não ficcional, e para o direito *positivo* vigente, que é uma ‘ciência social prática’. (28)

Em todo caso, creio que se possa constatar não só que um romancista pode extrair do mundo jurídico uma infinidade de idéias interessantes, mas também que um bom jurista pode extrair da literatura uma imensa quantidade de exemplos e metáforas úteis para o seu trabalho. As contaminações jurídico-literárias quando bem geridas, podem abrir caminhos e iluminar campos, de outra forma, desconhecidos. No mínimo, permite argumentar, de modo esteticamente agradável, problemáticas que talvez fossem obscuras e entendian-tes.

As breves considerações aqui apresentadas são para explicar, ou até mesmo justificar, o interesse ‘jurídico’ por Homero e pela Odisséia, da qual em seguida discorrerei.

11. O Traço Comum das Concepções Liberal-Democráticas da Constituição: A ‘Cláusula de Ulisses’

Para expor tudo que reúne boa parte das concepções do direito e da Constituição antes examinadas (com a compreensível exceção daquela schmittiana), não hesitarei em propor uma das contaminações que mencionei no § anterior. Trata-se de uma contaminação filosófico-literária, trata do célebre passo da Odisséia, onde o poeta dos poetas, Homero, descreve – com uma imagem potente e admirável – a condição de ‘autolimitação’ em que se coloca o grande Ulisses, inadvertidamente ofere-

cendo ao jurista uma extraordinária metáfora filosófica-política. Eis o texto:

“Oh caros, não devem sabê-las, um ou dois somente, as previsões que Circe me proferiu, clara entre as deusas, mas eu quero dizê-las a vós, para que as conheçam ou morremos ou nos salvamos, esquivando a morte e o destino.

Em primeiro lugar, exorta-nos a fugir do canto e do prado florido das divinas Sereias.

Dizia que delas a voz eu somente ouvisse. Atem-me, então, com um nó difícil, para que eu ali fique firme, ereto na carlinga do mastro: nele sejam apertadas as cordas.

Se vos suplico e ordeno de libertar-me.

Então deveis atar-me com número maior de cordas.

Dizendo isso, explicava tudo aos meus companheiros: Nesse ínterim o sólido navio rapidamente chegou à ilha das Sereias: impelia-o um vento propício [...]

espalhei a [cera] nos ouvidos de todos, um a um. Eles, em seguida, amarraram minhas mãos e meus pés, ereto sobre a carlinga do mastro, nele estavam apertadas as cordas [...]

Assim disseram [as Sereias], cantando com bela voz: e meu coração queria ouvir e ordenei aos companheiros que me soltassem, fazendo sinal com os olhos: mas eles arqueados remavam.

Rapidamente Perimede e Euriloco se levantaram, ataram-me e estreitaram-me ainda mais as cordas. Mas quando as superamos e não mais se ouvia a voz das Sereias nem o seu canto, logo os fiéis companheiros a cera, tiraram, que lhes espalhei nos ouvidos, e das cordas me soltaram”.(29)

Esse passo – intensamente recordado por alguns estudiosos com a expressão resumida da ‘cláusula de Ulisses’ (30) – individua um dos principais da filosofia política de todos os tempos, que por sua vez constitui um dos princípios-chave do moderno constitucionalismo: a idéia de autolimitação do soberano.

Tento ‘traduzir’ os aspectos principais da metáfora, que são de fácil intuição. Enquanto isso, a questão aparece central e letal: dela depende a estabilidade e a sal-

vação do ordenamento ('ou morremos ou nos salvamos, esquivando a morte e o destino'). Especificamente, trata-se de superar uma inevitável passagem (para Ulisses é o 'Estreito' de Messina) da vida política: é necessário resistir às intrínsecas tentações e sugestões, com conseqüentes abusos, que descendem da posse do poder potencialmente absoluto ('fugir do canto e do prato florido das divinas Sereias'). Para tal fim o soberano (Ulisses como capitão do navio e condutor dos seus homens) se impõe um forte e estável limite ('um nó difícil, para que fique firme'). Naturalmente, para ser eficaz e exemplar, a limitação do poder deve ser visível a todos ('ereto na carlinga do mastro') e o vínculo jurídico deve ser firme e real ('sejam apertadas as cordas'). Há mais: naquelas que C. Schmitt chamaria situações de crise ou excepcionais, justamente quanto o poder arrisca tornar-se incontrolável ('se vos suplico e ordeno de libertar-me'), então é necessário reforçar os vínculos jurídico-constitucionais que delimitam o poder soberano ('então deves atar-me com número maior de cordas'). Isso significa que o sistema jurídico deve ser capaz de resistir a toda tentativa de excesso de poder ('ordenei aos companheiros para libertar-me'), prosseguindo na vida comum ('mas eles arqueados remavam'), se necessário reforçando os instrumentos de limitações e controle ('ataram-me e estreitaram-me ainda mais as cordas'). Naturalmente no Estado constitucional, a autolimitação do poder soberano é estável, enquanto que para Ulisses parece temporária ('das cordas me soltaram'): e aqui, realmente, a metáfora 'finda' a explicação do seu efeito.

Em todo caso, as cordas com que Ulisses, para não ceder ao fascínio das sereias, se faz cingir ao atravessar o Estreito de Messina e que, pela sua aprovação, os companheiros não devem soltar nem se ele

mesmo os intimasse, são a mais forte das metáforas do 'vínculo das leis', o vínculo que sinaliza o primeiro passo do Estado absoluto, ou de polícia, ao Estado legal – onde reina a lei impessoal (e não a pessoa do rei) – em presença do mais evoluído Estado de direito – que permite, em defesa da lei, a ação judiciária contra o Governo e a Administração Pública – para chegar, em seguida, ao Estado constitucional contemporâneo que justamente põe limites à própria lei, em nome da Constituição, como *lei superior* (ou *lex legum*) (31). Em suma, a cláusula de Ulisses não é simplesmente a metáfora do 'vínculo das leis', mas – hoje mais do que nunca – individua o bem mais alto e forte 'vínculo da Constituição'.

Conseqüentemente, o sentido mais integral e radical das 'cordas' em que Ulisses se faz dominar reside justamente na jurídico-constitucional de uma limitação intrínseca do poder, qual seja a sua origem: autoritária ou democrática. Realmente, o conceito de poder, em si, é neutro: nem é bom, nem ruim. Bom ou ruim é, ao contrário, o uso que se pode fazer dele: assim como um martelo que pode servir a um carpinteiro, para consertar uma cadeira quebrada, ou a um louco, para ferir, ou assassinar, uma pessoa. Ao contrário, o poder soberano – e, portanto, ilimitado, absoluto e concentrado – adquire uma conotação intrinsecamente negativa. Sob esse aspecto, tanto as concepções obsessivas do poder – segundo o qual ele tem sempre um vulto demoníaco (32) – quanto àquelas que, ao invés, idolatram o poder – baseando-se na identificação precipitada entre o 'mais forte' e o 'melhor' (33) – se refletirmos bem, não têm um verdadeiro caráter científico, mas unicamente ideológico.

Através da 'cláusula de Ulisses' o sujeito soberano demonstra ter medo de si mesmo (do poder que dispõe em si, que – por essa sua natureza, em teoria ilimita-

da – pode danificar até si mesmo) e, por conseguinte, se auto-vincula. Mas, autolimitando-se, praticamente ‘renuncia’ à soberania (34).

Afirma-se, assim, uma das teses sobre a qual, juntamente a outros, insisto obstinadamente há tempos: a soberania em si é um velho instrumento do direito constitucional, agora inutilizável, uma espécie de ‘bomba’ perigosa para quem pretendesse, não digo usá-la, mas até manejá-la.

Nesse sentido, o uso da soberania não é destrutivo somente por quem a padece, mas, a qualquer momento poderá ser, até, para quem a exercita. Até uma soberania “de-subjetivizada” – uma ‘soberania dos valores’ – corre o risco de ser perigosa, pela famosa natureza (segundo a adjetivação schmittiana) ‘tirânica’ que, cada um deles, pode assumi (35). Conseqüentemente, é somente no equilíbrio instável – fundamentado em mais legitimações contrapostas, popular e constitucional (na fragmentação da soberania) - que se pode tentar ‘refrear’ o poder, contendo-lhe os efeitos indesejados. Emerge assim a idéia de Constituição como ‘sistema de limites jurídicos essenciais sem soberano’. (36)

Tudo o que foi dito, há pouco, vale para todas as concepções do direito e da Constituição mencionadas (com as óbvias exceções daquela schmittiana e, mas somente se for lida no contexto totalmente negativo, a volpiana).

Seção III. A Botânica

12. O Conceito de Ética Pública Constitucional como ‘Linfa’ Constitucional

Depois da geometria e da literatura, chegou o momento da botânica.

Uma metáfora botânica, realmente, pode servir para compreender a dupla natureza – ‘vital’ e ‘evolutiva’ – da idéia de Constituição. Essa última não coincide

com uma idéia abstrata, historicamente definida – como ‘morta’ - mas, ao contrário, configura um conceito concreto e admiravelmente real, aberto e em perene evolução: portanto ‘vivo’.

Em vários modos, o exemplo da ‘árvore’, então, é o mais adequado, a meu ver, para definir os conceitos-chave de um sistema constitucional vivente. Entenda-se que não se fala aqui de uma simples Constituição formal-vigente ou de uma abstrata Constituição ideal-material, mas exatamente de uma concreta Constituição real-vivente, como tal expressiva das normas – extrapoladas pela Corte constitucional pelas genéricas disposições do texto da Carta – efetivamente aplicadas / atuadas, junto aos fatos (costumes, desusos e modificações tácitas) que realmente dão essência ao tecido constitucional, tornando-o ‘verdadeiro’ e ‘vivo’ (37).

Na perspectiva indicada, o paradigma organicístico - a árvore da Constituição (o qual será analisado no § sucessivo) – é uma útil metáfora para entender a natureza e as funções da ética pública constitucional, conceito sem o qual dificilmente seria possível compreender e imaginar uma efetiva estabilidade do modelo sócio-político que comumente é definido Estado constitucional (*Verfassungsstaat*).

Ainda dentro da metáfora esboçada, a ética pública constitucional é a ‘linfa’ que flui pela árvore da Constituição; é o *idem sentir de republica* que combina ‘todos’ os cidadãos, além das diferentes crenças políticas e religiosas, tornando vivo cada galho da árvore – ou parte do ordenamento – porque, graças a ela, o organismo vegetal é todo dominado por uma mesma razão de ser. A ética pública constitucional, em suma, é o espírito que mantém unidos – além de inevitáveis fenômenos de desvio secundário – os consociados em torno de poucos, mas essenciais, valores fundamen-

tais. Tal 'linfa' pode variar parcialmente a sua composição originária, por mudanças evidentes na composição do terreno (cultura e vontade política popular) da qual ela se origina, mas não além de certos limites, sob pena de causar a morte da planta (a alteração do ordenamento).

A imagem da 'linfa' pode servir ainda para a teoria da 'dupla legitimação' já mencionada (§ 9). De fato a 'planta' (constitucional) vive somente graças à 'linfa' (ética pública) que a nutre circularmente: ela flui não só de baixo, do 'terreno' (povo), para o alto, mas também do alto da copa da árvore, iluminada pelo 'sol' (valores temporários ou meta-temporários) em direção descendente, em um círculo virtuoso e tendenciosamente perene. A planta-Constituição, finalmente, por um lado vive – ou é legitimada de modo laico – graças ao terreno onde enterra as suas raízes (naquilo que é a função descritiva do ordenamento), mas por outro consolida com as suas raízes o próprio terreno (função prescritiva do ordenamento). Sob esse aspecto especial, a 'ética pública' ou a 'moral constitucional' é, ao mesmo tempo, efeito e causa do ordenamento constitucional. Especialmente ela, pelo menos no início, pode ser definida mais corretamente como *mito de fundação* do ordenamento constitucional (38).

Em alguns Países a 'transição constitucional' não é outra coisa que uma crise da ética pública constitucional. O caso italiano é simbólico: a crise do nosso sistema constitucional é estreitamente coligada à queda do mito de fundação italiano. Realmente, o princípio da 'resistência antifascista', mito originário, foi gradativamente substituído pelo novo valor da 'reconciliação nacional', valor, todavia, positivo, mas certamente desprovido do entusiasmo e da paixão social que, ao contrário, havia movimentado, talvez até ingenuamente, o primeiro grande projeto de renovação so-

cial dos pais constituintes. Especialmente, nos últimos anos, essa crise assumiu formas especialmente virulentas, com traços que não hesito definir como degenerativos do mesmo costume político-institucional (39).

De todo modo, além do simples e específico ordenamento, é certo que *sem* essa 'linfa' – ou quando ela enfraqueça ou se transforme, como acontece nas fases históricas de transição – a árvore da constituição perde folhas, depois ramos, correndo o risco, afinal, de ressecar, se um novo impulso ou delicadas podas e complicados enxertos não possibilitarem um fluir vital e disseminado.

Tudo o que foi dito leva a avaliar que a ciência do direito constitucional não se reduz ao simples estudo dos ordenamentos constitucionais positivos, mas é também a análise e aprofundamento da 'ética pública' a eles submetidos, principalmente o Estado constitucional liberal-democrático e personalista, que é prescritivo precisamente porque visa orientar os consociados a alguns valores, em grande parte coincidente com aqueles das declarações internacionais dos direitos.

Nesse sentido, no meu ponto de vista, os direitos fundamentais – essencialmente direitos de liberdade – são o 'mínimo de verdade' aos quais todos deveriam convergir, em um contexto social intrinsecamente e inevitavelmente pluralista, que, todavia, – insiste-se mais uma vez – na sua essência não comporta a automática adesão a uma gnosiologia na cognitivista(40). É só a existência, comumente reconhecida, de um conjunto mínimo de verdade (algumas das quais – junto das resultantes das antropologias subtendidas pelos direitos de liberdade – qualificáveis como 'micro-verdades científicas') que torna praticamente possível o conceito de ética pública constitucional, de outra forma igualada a

toda outra opção ética e, como tal, incapaz – não de ‘preponderar’, mas – constituir consensualmente o tecido cultural comum dos consociados.

Mais precisamente e em conclusão, pode-se dizer que: “Só o *ethos* da verdade pode ser, hoje mais de ontem, a ‘moral constitucional’ que dá sentido e espessura axiológico aos modernos ‘compromissos’ constitucionais. Realmente, somente em volta de uma ‘ética da verdade’, fundada já no universal patrimônio dos Human Rights, é possível conseguir um consenso social não efêmero, porque – graças ao reconhecimento dos direitos do homem – não se impõe nada a ninguém, permitindo, ao contrário, a todos de principiar livremente uma investigação pluralística da verdade ou – com termos e conceitos diferentes, mas similares – conseguir individualmente o direito à felicidade [...] para não se sujeitar a uma ética pública ‘intrinsecamente’ violenta, que impõe - a força – um ‘critério de leitura’ monista do mundo [...] a moral constitucional não pode não ser, qual ‘ética pública’ laica, que uma ética da verdade fundamentada nos direitos do homem (e, conseqüentemente, na própria ‘liberdade do homem’)”. (41)

Tudo o que foi dito vale – com maiores ou menores prudências e algumas inevitáveis ‘distinções’ – substancialmente para todas as concepções do direito e da Constituição antes mencionadas nos §§ 4-9 (com exceção àquela schmittiana).

13. A Árvore da Constituição: Uma Planta Secular, Mas Não Imortal

Parece oportuno continuar com – e, se possível, aperfeiçoar – a metáfora ‘botânica’ antes citada. A comparação biológico-organicístico pode ainda ajudar. Brevemente e resumidamente:

1. A *Constituição* é uma grande e forte árvore, com profundas raízes e alto

tronco. Quanto mais profundas são as raízes (tradições culturais comuns) e altos os ramos (os valores protegidos) tanto mais a árvore é são e sólida (funcional e estável).

2. A *ética pública constitucional* é a necessária ‘linfa’ que flui na árvore do ordenamento: ela permite à planta (*Constituição*) crescer viçosa e vital. O seu enfraquecer determina o definhamento da árvore (*crise e extinção do ordenamento*).

3. A árvore da Constituição, em conformidade com as estações (*intempéries históricas-políticas*), deve ser submetida a periódicas e necessárias ‘podas’ (*desconstitucionalização através de leis constitucionais ou de revisão const.*), e ainda, onde seja necessário, a complexos ‘enxertos’ (*constitucionalização sempre através de leis constitucionais ou de revisão const.*), que lhe permitam um bom crescimento (*atualização com base na evolução dos interesses sociais*), sem que se subverta a sua identidade biológica (*ter atenção com o ‘núcleo duro’ dos valores constitucionais fundamentais*).

4. Todas as operações mencionadas (e todas mais), devem ser sempre desenvolvidas sob o constante controle do ‘feitor’ (*Corte constitucional*) e sob o olhar vigilante e atento de todos os outros sujeitos do eco-sistema botânico (*outros operadores institucionais*).

5. A citada ‘linfa’ traz o seu sustento (*legitimação*) das raízes enterradas (*consenso popular que se traduz no mesmo anseio da República*). A profundidade das raízes é indicador da solidez da árvore (*a estabilidade da Constituição depende do grau de consciência das origens comuns e das razões históricas da convivência social*).

6. A ‘linfa’ (*ética pública constitucional*) flui por todos os ramos da árvore (*informa sobre si todo o ordenamento*), e esses crescem e se desenvolvem com as

estações (*a Constituição não é só um ato, pontual no tempo, mas um processo histórico*). (42)

7. A árvore não necessita somente que a linfa traga alimentação da terra (*legitimação ascendente: popular*), mas necessita também que a planta cresça em altura e beneficie-se da luz do sol, onde se complete inteiramente o vital processo clorofiliano (*legitimação do alto dos valores temporários e meta-temporários: alética e meta-democrática*).

8. Para continuar na metáfora, deve-se compreender que – afirm de que a planta cresça bem – o ‘terreno’ (*comunidade civil*) deve ser limpo constantemente “retirando as ervas daninhas” (*tutela da ordem pública interna contra os desvios sociais, se necessário usando as forças de polícia*) e protegido das ‘intempéries externas’: vento, tempestades, etc. (*tutela da ordem pública externa, se necessário com as forças armadas*), e além de um contínuo ‘revolver’, ‘fertilizar’ e ‘irrigar’ (*processos educativos e formativos*).

9. Às vezes os raios solares (*valores epocais ou supra-epocais*) aquecem (*inspiram*) diretamente o terreno (*corpo social*).

10. Sabe-se que sem um cuidado constante, as plantas morrem. E, mais cedo ou mais tarde, as Constituições também morrem. Naturalmente, podem transformar-se, até radicalmente – por exemplo, mudando o ‘modelo de Estado’ (por exemplo, mudando somente a forma de governo ou a disposição territorial: de regionalista para federalista) – mas até um certo limite: quando a transformação aproxima-se da própria ‘forma de Estado’ (de *liberal-democrático e personalista* para *autoritária e / ou totalitária*, mesmo se de formas camufladas, por exemplo, demagógico-peronistas), então não se trata de simples poda e enxerto, mas de um verdadeiro e exato corte do ‘tronco’ da planta: será preciso

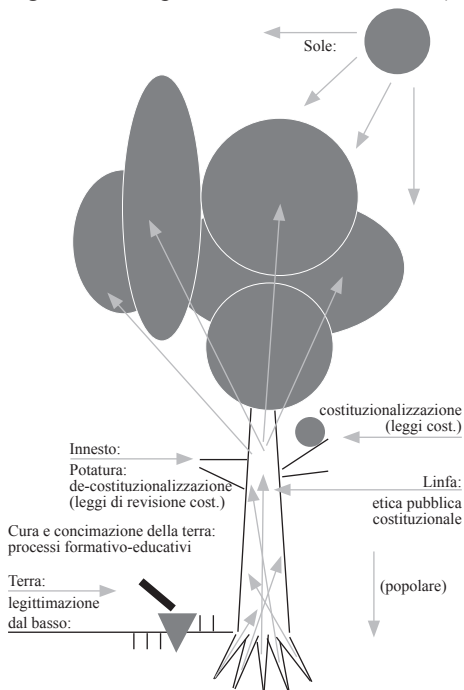
reconhecer que uma árvore está morta (ou seja, que um ordenamento constitucional está acabado).

11. No máximo, poderá ser dito que – uma vez erradicado o primeiro – definitivamente nasceu ali um segundo, mas se trata, evidentemente, de ‘outra’ planta. Não é mais a mesma árvore. A Constituição liberal-democrática e personalista é, pois, uma planta potencialmente *secular* (pensando-se à bicentenária Constituição americana), principalmente se aprofunda as suas raízes em terrenos adequadamente e por longo tempo adubados e cultivados (pela tradição cultural do Ocidente: é o caso da Europa), *mas de jeito nenhum imortal* (é sempre a Europa que, no torpor da razão, concebeu os monstros do Estado fascista, nacional-socialista e soviético).

12. Além disso, algumas transformações imprevistas (*modificações tácitas contra Constitutionem*), não são evoluções naturais, mas perigosas involuções biológicas da árvore da constituição, já que dão vida a ‘híbridos’ botanicamente incertos e potencialmente frágeis (*id est: constitucionalmente indefiníveis e potencialmente instáveis*). Isso acontece quando componentes totalitários, por exemplo: manipuladores, são ‘enxertados’ – mais ou menos de modo fictício ou camaleônico (*pensando-se em um monopólio e / ou controle dos meios de informação*) – em um tecido ordinatório ainda saudável (*pluralístico*): com o tempo, nesses casos, será uma árvore que, na parte externa, apresenta uma casca em boas condições (*‘fachada’ constitucional liberal-democrática*), mas no seu interior podre (*enganadora mudança ‘no ato’ da forma de Estado*). Pode-se dizer que, nos últimos casos citados, de uma planta botanicamente não mais verdadeiramente viva, mas ainda não morta (e, constitucionalmente, de uma Constituição liberal-democrática *quoad formam* em pé,

mas *quoad substantiam* corroída no interior: brevemente em uma fase de *radical transição*).

Um esquema gráfico servirá para sintetizar a metáfora botânica (como sempre algumas setas poderiam ser bidirecionais).



Árvore da Constituição

Sol: legitimação do alto
(Alético-axiológica)

Enxerto: Constitucionalização
(leis const.)

Poda: Desconstitucionalização
(leis de revisão const.)

Linfa: Ética pública constitucional

Cuidado e adubação da terra:
Processos formativo-educativos

Terra: Legitimação de baixo (ascendente)

Popular

14. Primeiras Conclusões

Espero que esteja claramente compreendido, geometria, literatura e botânica foram somente *escamotages*, simples ‘pretextos’, até posso dizer: meros ‘expedientes’ para oferecer um conjunto de considerações sobre ciência do direito constitucional, aparentemente disseminadas, mas auspiciosamente coerentes e explicitamente finalizadas para uma completa teoria geral da Constituição.

As pesquisas desse tipo inevitavelmente são um *mix* complexo que transcende o simples e tradicional direito constitucional, aproximando-se de aspectos e temas aparentemente muito longínquos entre si. Estão necessariamente comprometidas, de fato, disciplinas diversas como: a antropologia jurídica, a filosofia do direito, a ciência da política (ou como nos Países hispânicos é chamado de *derecho político*), a teoria geral do direito e do Estado, o direito internacional, mas também – mesmo se como pressuposições gerais – a história, a filosofia *tout court* e, até, a teologia. Se ainda tivesse um sentido falar hoje do Estado – de como ele foi evoluindo nas realidades e nas mentes dos juristas desde a paz de Westfália (1648) até os nossos dias – poderíamos dizer que se trata de complexas investigações de uma disciplina tão importante quão subestimada: a ‘doutrina do Estado’, uma matéria difícil e fascinante, a meu ver, no início do terceiro milênio, para ser repensar inteiramente.

Esse pequeno ensaio – que constitui parte do II volume do meu “*Contributo per una teoria della Costituzione*”, em redação final – não só visa confirmar alguns resultados alcançados no I volume, mas auspiciosamente, até para chegar a um avanço. Sem demolir uma fundação, até agora relacionada com o Estado constitucional contemporâneo, desejo que efetivamente qualquer, mesmo se modesto, progresso

tenha sido obtido, ainda se os objetivos ambiciosos que persegui estão destinados a ficar – como deve acontecer com toda a pesquisa sobre temas epocais – em um horizonte cada vez mais distante: como tais, sujeitos eles mesmos a um contínuo repensar e ao saudável juízo crítico da doutrina.

Com esse espírito (de sincera consciência dos limites intrínsecos em cada investigação dessa natureza), desejo apenas esboçar alguns campos de investigação que sem dúvida, mais cedo ou mais tarde, quem escreve (e, melhor ainda, os outros), deverá organicamente examinar, no complicado, mas extraordinariamente interessante caminho de pesquisa empreendido. Uma atualizada teoria geral da Constituição deverá necessariamente ser mais bem explorada, – e o termo explorar não é casual – entre tantos, os seguintes três campos, de algum modo interligados:

- O *direito constitucional internacional*, na específica perspectiva (que pode parecer ingênua, mas não o é no futuro próximo) da preparação de cartas internacionais dos deveres, junto àquelas dos direitos, e da inevitável revisão da ONU;

- O *direito constitucional continental*, com essa acepção eu entendo o direito federal, ou criptofederal, relativo à emergente agregação político-econômica dos Países de um único continente (como as evoluções da Nafta nos Estados Unidos da América, do Mercosul na América Latina, etc. e, obviamente, sobretudo da União Européia no Velho Continente: especificamente *multilevel constitutionalism*);

- Os *perfis jurídicos*, estreitamente coligados aos dois campos acima citados, especificamente relativos aos iniludíveis e complexos conceitos de *multiculturalismo*, *interculturalismo* e *transculturalismo*, no quadro de um método profundamente inovador, ao menos para o Ocidente, no sentido supra-cultural e meta-cultural (para su-

perar o nível da atual análise – politológica e jurídico-constitucional – que ao estado está, por assim dizer, afixada à conhecida tese do ‘conflito de civilização’) (44).

Intuindo-se facilmente, as poucas indicações fornecidas no presente trabalho não são suficientes nem para delinear os traços essenciais da pesquisa nos campos citados. Espero, todavia, que sirvam, pelo menos em parte, como premissa histórica e lógico-jurídica para o posterior caminho científico a ser percorrido.

15. Apêndice: Indicações sobre a Solidez e sobre o Desenvolvimento da ‘Planta’ Constitucional Espanhola

A Espanha poderia parecer – tanto em relação às democracias européias vencedoras da IIª guerra mundial quanto aos Estados vencidos, que rapidamente tiveram de reconstruir, entre as ruínas, um ordenamento liberal-democrático e personalista (Itália: Const. De 1948; R. F. T.: Const. De 1949) – um País desafortunado por ter sido obrigado, pelos seus acontecimentos históricos, a ‘rastejar-se’ por um regime moderadamente autoritário até o ano de 1975, ano da morte de F. Franco e do início da passagem indolor, e, de qualquer modo não violenta (*transición política*), para o modelo do Estado constitucional, há mais de vinte anos já presente na grande maioria dos outros Países do Velho Continente.

Ainda, no entanto, deixando de lado o fato que a Espanha evitou os horrores do conflito mundial, não há dúvidas que o ordenamento constitucional espanhol – um dos mais jovens da Europa – possa ter extraído uma não negligenciável vantagem da experiência, no bem e no mal, das outras democracias... mais antigas. Sem entrar em uma observação detalhada, é conhecido por todos a influência de várias Cartas constitucionais no texto espanhol (entre outras,

daquela francesa da Vª República e, ainda, daquelas italiana e alemã).

Isso não tolhe a absoluta originalidade da Carta espanhola, que certamente não está em discussão, mas reforça a tese (das Constituições gregas de 1975/1986/2001, e portuguesa de 1976) que já existem “tradições constitucionais comuns européias”, das quais não por acaso falam diversas fontes comunitárias: prescindindo das numerosas referências da jurisprudência da Corte de Luxemburgo, pensando-se nos artigos 6 – ex art. F – e 288 – ex art. 215 – do Tratado da União Européia e ao Preâmbulo, V.c., da Carta dos direitos de Nice.

É somente o caso de recordar – entre os muitos méritos da Carta de 1978 – a oportuna escolha de adotar em texto relativamente longo (169 artigos), a útil presença das *leyes orgánicas*, a previdente alusão à Declaração Universal dos direitos do Homem e aos acordos internacionais (art. 10, n.2), a individuação de uma eficaz forma de governo (no âmbito da forma de Estado da monarquia parlamentar), a inteligente criação das *comunidades autónomas*, a presença de um amplo sistema de justiça constitucional (abrangente do recurso de amparo), etc.

O que importa antes de tudo aqui rememorar é a natureza do ordenamento espanhol: trata-se inequivocamente de um ordenamento ‘constituído’ de tipo constitucional, como tal expressão de uma racionalização ‘jurídica’ do patrimônio cultural liberal-democrático e personalista comum a toda a tradição européia (e, mais genericamente, ocidental).

O que significa, a meu ver, que para ele se adapta muito bem – nas diversas hipóteses já citadas de *geometria constitucional*: §§ 4-9 – em qualquer um dos modelos mencionados, com exceção daquele piramidal schmittiano e, creio (pela densidade axiológica das prescrições cons-

titucionais espanholas) também daquele *centrifugo-niilista* volpiano. Ao invés disso, não obstante a inevitável secularização da atual sociedade espanhola, talvez o esquema *estelar* poderia ser o mais adequado, visto a menção explícita e basililar, especificamente, presente no art. 10, n. 1 (que lembra, mesmo sutilmente, o art. 1, n. 1 da Constituição alemã), da ‘dignidade da pessoa humana’ como ‘fundamento’, junto aos direitos invioláveis, ‘da ordem pública e da paz social’. Mas, como é óbvio, não pretendo (nem creio) que esse processo de leitura seja a única possível.

Emerge também – um pouco de todo o texto espanhol (pensando-se somente nas indicações do Preâmbulo e dos Títulos Preliminares e Primeiro) – o valor da ‘limitação do poder soberano’, nesse caso atribuído simbolicamente à ‘Nação’, Pode conseqüentemente se aplicar ainda ao modelo espanhol a metáfora literária já mencionada pela cláusula de Ulisses, aquilo que posteriormente apóia sobre a ‘natureza’ admiravelmente constitucional do ordenamento em exame, em um dos seus pontos mais clássicos e qualificados.

Das mais fugazes considerações desenvolvidas pode em todo caso deduzir-se que a ‘planta’ constitucional espanhola – cujo ‘tronco’ apresenta a forma peculiar e comum, contudo, a outros ordenamentos europeus, da monarquia constitucional – é sem dúvida sólida e forte. Especialmente, o caso, quase excepcional e devido à Lei de sucessão de 1947, da reintrodução da monarquia (depois da fase republicana pré-franquista e o regime *Caudilho*) parece indicar, nesse processo, um eficaz e equilibrado, mas não traumático *mix*, para a ‘planta’ constitucional espanhola assentada entre um passado distante (raízes profundas) e um futuro aberto (ramos estendidos para o alto e prontos para os enxertos).

A árvore constitucional espanhola traz sua ‘linfa’ (legitimação de baixo) de

uma sociedade pluralista que se diferencia por uma antiga e nobre cultura, mas agora democraticamente amadurecida (ainda mais depois da grosseira tentativa de golpe de Estado de Tejero), hoje bem desenvolvida economicamente.

Naturalmente, como todos os lados da fadiga humana, também a redação da Carta espanhola apresenta inevitáveis defeitos técnicos. Os problemas não faltam: o constante problema da defesa da União ‘nacional’ (dos ‘povos ibéricos’); a eventual revisão do sistema eleitoral; os riscos ligados às intrínsecas incógnitas personalísticas da monarquia (com conseqüentes problemas dinásticos); as dificuldades em principiar os efetivos processos de reforma constitucional (cedo ou tarde, necessários); o antigo problema do ordenamento da Catalunha e dos Países Bascos (que não resolveu os graves e persistentes problemas de terrorismo), etc.

Afortunadamente, porém, tudo isso não parece ameaçar a solidez da ‘planta’ espanhola que completa os seus, felizes, 25 anos. O anseio é que – com os oportunos e inevitáveis ajustes (normativos, consuetudinário e jurisprudencial) a qual está sujeita toda Carta no seu processo de evolução histórica – possa-se a cada 25 anos, confirmar a solidez de uma ‘planta’ constitucional destinada a desenvolver-se e tornar-se, esperamos, secular.

NOTAS

1. U. Rahner. *L'homo ludens*, trad. Para o italiano de B. Zappieri, Brescia, 1969.
2. Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (*Nota sobre o método ‘relacional’ no direito constitucional*), em *Pol. Dir.*, n. 3/1996, 399 ss., agora também em Aa. Vv., *Il metodo nella scienza del Diritto costituzionale*, (Messina, 23 de fevereiro de 1996) Pádua, 1997, 157 ss.
3. A. D. Sertillanges, *La vie intellectuelle* (1934), trad. It. de M. P. Flick, Roma, 1969,

98 s., mas v. *passim*, para o qual: “... Nenhuma ciência basta a si mesma [...] Uma cultura parcial é sempre indigente e precária, o espírito sofre continuamente; faltam-lhe a liberdade de movimento, a segurança do olhar e os seus gestos estão paralisados [...] Se, contudo queis ter uma mentalidade aberta, limpa, verdadeiramente forte, desconfeis antes de tudo da especialização. Estabeleceis as bases do vosso edifício proporcionalmente à altura que queis alcançar {...} É preciso passar de uma *forma mentis* para outra para modificar uma da outra; é preciso alternar as culturas para não deteriorar o terreno”. Partindo de pressupostos profundamente diferentes, também F. Nietzsche (*Der AntiChrist* (1988), trad. It. de P. Santoro, Roma, 1979, 85) observava: “Para o mediocre, é uma felicidade ser mediocre; o sobressair-se em uma única coisa, o saber especializado, é um instinto natural”. Aprofundamentos, também bibliográficos, sobre essa delicada, mas fundamental, problemática podem ser encontrados no meu *Contributo per una teoria della Costituzione, I, Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milão, 1994, 183 ss., mas v. *passim*.

4. Essa rápida síntese do pensamento schmittiano pressupõe, obviamente, um conhecimento praticamente de todas as obras da inumerável produção científica do jurista renano. Dele menciono aqui somente as mais importantes, permitindo-me remeter para uma menos superficial análise crítica do seu pensamento, ao meu *Contributo*, esp. 395 ss., mas v. *passim*. Enfim algumas poucas considerações aqui estendidas, de C. Schmitt devem ser mantidas presentes pelo menos: os diversos ensaios – entre os quais se assinala *Begriff des Politischen* (1927-1932) – traduzidos em italiano com o título: *Le categorie del ‘politico’*, Bologna 1972; *Verfassungslehre* (Berlin 1928), trad. it. de A. Caracciolo, Milão 1984; *Der Hüter der Verfassung* (Berlin 1931), trad. it. de A. Caracciolo, Milão, 1981; *Die Diktatur. Vom den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* (Berlin, 1964), trad. it. de B. Liverani, Roma - Bari 1975; *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie* (Berlin 1970-1984), trad. it., de A. Caracciolo, Milano 1992; *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (Berlin 1974), trad. it. de E. Castrucci, Milano 1991.

5. Naturalmente existem muitos “períodos”, e, portanto não poucas variantes, na evolução do pensamento kelseniano. Por razões que se podem deduzir, aqui nos referimos principalmente ao “primeiro Kelsen”. Sobre coerência *Reine Rechtslehre – Politischer Wertrelativismus* cfr., para todos, A. CATANIA, *Kelsen e la democrazia*, em *Riv. int. fil. dir.*, n. 3/1992, 381 e o meu *Contributo*, 319 ss.

6. Os trabalhos de H. KELSEN no ponto específico são muitos e articulados no tempo. Desde o ensaio *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Tübingen 1920) à *Allgemeine Theorie der Normen* (Wien 1979). Em toda essa complexa problemática – que verte sobre a discutida interpretação kelseniana processo de Jesus – dediquei o inteiro volume *Contributo per una teoria della Costituzione*, cit., *passim*, o qual devo remeter *in toto* para argumentações e bibliografia muito mais ricas das aqui mencionadas. Em seguida, sobre o mesmo tema – mas com êxitos que não compartilho totalmente – também se deteve G. ZAGREBELSKY, *Il crucifige! e la democrazia*, Turim, 1995. A verdadeira questão subentendida no rememorado processo – a relação entre democracia e verdade – encontra, mesmo se em perspectiva mais genérica, um útil tratamento no livro de P. HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat* (Baden-Baden 1995), trad. it. Turim, 2000.

7. Cfr. especialmente. J.L. TALMON, *Le origini della democrazia totalitaria* (Londres, 1952), trad. it. Bolonha, 1967, espec. 341 ss.

8. Assim G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma - Bari 2000, 256 ss. (mas v. *passim*). Meus e os c.vi.

9. Cfr. ainda G. VOLPE, *op. cit.*, 259 ss.

10. Maiores indicações sobre essa colocação, que *non pecca* pela ingenuidade, mas antes se autoqualifica realista, na minha *Resenha* ao livro de Giuseppe Volpe, em *Rev. dir. const.*, n. 5/2000, 273 ss. (com réplica do Autor na mesma revista). No plano constitucional da idéia de “dom”, indicações também no meu *I diritti della ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti*, em *Ars Interpretandi*, n. 7/2002, 325 ss. Não muito diferente da idéia de “dom”, o ponto de vista de L. LOMBARDI VALLAURI, *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Milano 1969. Para o conceito de “dom” na perspectiva de

Levinas, v. S. LABATE, *La sapienza dell'amore. In dialogo con Emmanuel Levinas*, Assis, 2000. Para um aprofundamento crítico sobre os riscos das ilusões originadas pelo processo de globalização – do qual, também quem escreve, deve ter em consideração – v., para todos, R. MANCINI, *Senso e futuro della politica. Dalla globalizzazione a un mondo comune*, Assis, 2002.

11. Assim P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, Turim, 1999, 166 e 157.

12. Assim P. PINNA, *op. cit.*, 93 e 99 s., que aqui justamente sublinha como *o movimento dos processos decisivos não vai do alto para baixo, segundo uma concepção autocrática do poder, e nem ao menos de baixo para o alto, segundo a oposta idéia democrática. É circular, interativa: vai de baixo para o alto e viceversa*. Compartilho dessa colocação circular, que lembra a relação de Heller entre *normalidade e normatividade* [H. HELLER, *Staatslehre* (Leidem, 1934), trad. it. de U. Pomarici, Nápoles, 1988, 383 ss.] e que além do mais já tinha configurado exatamente nos mesmo termos – indicando o fenômeno da *subsidiariedade bidirecional ou invertida* – no meu *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e regioni*, em *Rev. trim. dir. públ.*, n. 4/1994, 1041 ss. a explícito referencia do modelo “matricial”, afinal, é uma clara indicação para D.J. ELAZAR, *Idee e forme di federalismo*, Milão, 1995.

13. P. PINNA, *op. cit.*, 93, 101 ss., 113 ss.

14. Devo essa idéia – de uma ausência somente formal, ou meramente psicológica, de um “centro” na construção de P. Pinna – a um jovem doutorando de pesquisa, C. Panzera, a quem aqui agradeço.

15. Para essa tese v. ainda, entre tantos, o meu *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e regioni*, cit., espec. 1064 ss. Ao contrário de ser a favor de um permanente “primado” da hierarquia, com argutas anotações, para todos: A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni, III* ed. Turim, 2001, *passim* e, agora, Id., *Itinerari* de uma pesquisa sobre o sistema das fontes. Estudos do ano 2002, vol. 1 e 2, Turim 2003, *passim*.

16. Maiores e mais argumentadas indicações, com relativa bibliografia, sobre a concepção aqui proposta encontram-se especialmente em

- dois trabalhos meus: *Contributo*, cit., *passim* e, soprattutto, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in AA.VV., *Il parametro nel sindacato di costituzionalità delle leggi*, Atas do Seminário de Palermo, 28-29 maio 1998, obra de G. Pitruzzella, F. Teresi e G. Verde, Turim. 2000, 1 ss., mas também em *Cad. const.*, n. 3/1998, 343 ss. (espec. 373 ss.).
17. Ainda sobre o último, em *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico)*, cit., 346 s. (onde se lembra, e comenta, a magistral lição do ponto de Antonio Rosmini). Mas v. também, por ex., C.J. FRIEDRICH, *Giustizia trascendente. Le dimensioni religiose del costituzionalismo*, a cura di G. Buttà, Roma - Régio Calábria, 1998, *passim*.
18. Para o qual seja permitido remeter espec. ao ensaio de A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, obra de V. Angiolini, Turim, 1992, 221 ss. e ainda em *Pol. del dir.*, n. 3/1991, 343 ss.
19. K. GÖDEL, *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme I*, vol. 38, 173 ss. (1931), trad. it. de E. Agazzi, Milão, 1962 e, entre tantos, E. NAGEL - J.R. NEWMAN, *Gödel's Proof* (New York 1958), trad. it. de L. Bianchi, Turim 1974. Referindo-se ao conhecido paradoxo de Epimene de Creta, segundo o qual: *Todos os cretenses mentem*, Gödel substitui o conceito de "verdade" aquele de "demonstrabilidade", para o qual em um específico sistema formal uma proposição é demonstrável somente se for falsa. Portanto ou é demonstrável algo falso, em derroga da coerência do sistema formal, ou a proposição é verdadeira e não demonstrável, e então o sistema formal está "incompleto". Nesse sentido, a aritmética não é coerente se é completa e vice-versa: se é completa não é coerente. Mas naturalmente Gödel não exclui uma demonstração "meta-matemática" da coerência da aritmética. Por uma diferente fruição da teoria de Gödel, espec. N. LUHMANN, *La Costituzione come acquisizione evolutiva*, in AA.VV., *Il futuro della Costituzione*, obra de G. Zagrebelsky - P.P. Portinaro - J. Luther, Turim, 1996, 83 ss., mas espec. 92 s.
20. Que, pelo menos por um lado, esteja dentro dos ordenamentos constitucionais não é prova a textual nota presente em diversas Constituições, em via "direta" (por ex.: art. 1, n. 1 Const. Alemã ou 10, n. 1 Const. Espanhola) ou "indireta" (por ex.: artigos 3, 36 e 41 Const. It.).
21. Principalmente *Contributo*, cit., espec. 123 ss.
22. É o caso, por exemplo, de L. VANDELLI, do qual pode-se agradavelmente ler *Il pubblico impiegato nella rappresentazione letteraria*, Cadernos da SPISA, Bolonha, 2000.
23. Pensa-se, para todos, em F. CORDERO. Como é conhecido, o grande processual penal é também autor, desde 1969, de vários, romances muito apreciados. Entre os quais, recorda-se, pela sua complexidade psicológica, *L'Opera*, Milão, 1975.
24. Pelo qual v., para todos: J. BRUNER, *La fabbrica delle storie. Diritto, letteratura, vita*, Roma-Bari, 2002.
25. A. FRANCE, *Le Procureur del la Judée* (1902), trad. it. de L. Sciascia, Palermo, 1984.
26. L. TOLSTOJ, *Voskresenie* (1898), trad. it. - como *Resurrezione* - di M.R. Leto e A.M. Raffo, Milão, 1991.
27. No conto *Der Prozess* (1914-15, ed. 1924) de F. KAFKA a bibliografia é copiosa. Recordo somente, agora, o ensaio de M.A. CATTANEO, *Il processo di Kafka come esempio di "non giustizia procedurale"*, in AA.VV., *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione fra Stato e società internazionale*, em *Cad. da Rev. intern. fil. dir.*, Milão n. 3/2002, 231 ss. Mas v. também, *ali* (p. 223 ss.), a confirmação do interesse - para os juristas - da produção literária, ainda de B. CAVALLONE, *La giustizia procedurale in Rabelais*.
28. Assim S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, em Id., *Grammatica e diritto*, obra de E. Paresce, Milão, 1978, 101 ss.
29. Omero, *Odissea*, Libro XII, vv. 154-200 (trad. de G.A. Privitera, introd. de A. Heubeck, Milão, 1991, 361 ss.).
30. A expressão está ligada à reflexão filosófico-jurídica de J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, 154 ss.
31. M. LA TORRE [*Messina come metafora e luogo idealtipico della politica*, Soveria Mannelli (CZ) 2000, 33] lembra justamente que, de

tal modo, recoloca-se em discussão o próprio governo de um a favor do governo de muitos, e portanto da democracia, mas afortunadamente não se fixa nessa consideração inicial, acrescentando logo depois que “A *cláusula de Ulisses* pode ser aplicada ainda ao soberano coletivo, conseqüentemente até à vontade geral do legislador democrático. Tratar-se-á nesse caso de impedir que as maiores ignorem os direitos das minorias”. Posteriores indicações sobre o ponto no nosso *La fine della politica “per implosione”*, resenha do livro de M. La Torre sobre *Messina come metafora e luogo ideal tipico della politica* (Rubettino 2000), em *Sociologia del diritto*, 2003, em vias de impressão. Para evolução histórica dos tipos de Estado indicada no texto, entre tantos, também para posteriores indicações bibliográficas, espec. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, II ed., Turim, 2001, 23 ss. Para a clássica idéia de “lei superior” v., para todos, o imortal ensaio de E. CORWIN, *The “Higher Law”*. *Background of American constitutional Law* (Harvard 1928-29), trad. it. Obra de S. Rosso Mazzinghi, Veneza, sem data (talvez 1968).

32. G. RITTER, *Il volto demoniaco del potere* (1948), Bolonha 1997.

33. Existe toda uma tradição clássica que talvez pudesse ter em N. Maquiavel o seu precursor mais orgânico. Inclina-se nessa simplificação, na perspectiva antes banal e difusa da *etologia política*. No tema, o Autor, referência para os constitucionalistas é principalmente C. SCHMITT, do qual v. – entre as muitas obras sobre o ponto – espec. *Gespräch über die Macht und Zugang zum Machthaber* (Pfullingen 1954), trad. it. de A. Caracciolo in *Behemot*, n. 2/1987, 54, onde talvez aprofunde com mais clara evidência o seu culto idolátrico do poder: *Quem crê em Deus onipotente e bom não pode considerar ruim o poder e nem ao menos neutro. O apóstolo do Cristianismo, São Paulo, diz – como já se sabe – na carta aos Romanos: todo poder vem de Deus [...] somente a vontade de poder é ruim, mas o poder em si mesmo é sempre bom*. Mas para os oportunos aprofundamentos bibliográficos sobre a interminável produção do autor Schmitt em matéria e por uma leitura profundamente crítica do seu pensamento sobre o assunto, seja permitido remeter ainda ao meu *Contributo*, cit., 395 ss., mas espec. 413 ss.

34. A idéia da renúncia à soberania mereceria muitos mais aprofundamentos daqueles aqui disponíveis, porque poderia parecer (erroneamente) divagação a respeito do tema central aqui discutido. Indico-vos ligeiramente. No entanto deve-se lembrar que, como que se todos os conceitos jurídicos também aquele de soberania é de origem canônico-eclesiástica (*supremitas* ligada a *auctoritas sacra pontificum*) e remete a idéia de onipotência (*omnipotestas*) de Deus. Isso permitiu a S. WEIL [*Attente de Dieu* (Paris 1969), trad. it. de O. Nemi, Milão, 1972, 108 s.] algumas geniais considerações metas-jurídicas sobre a “renúncia da soberania” por parte de Deus: *Verdadeiro Deus é o Deus concebido como onipotente, que porém não comanda onde quer que tenha o poder para fazê-lo [...] O bem puro não se encontra em nenhum lugar. O Deus não é onipotente, ou não é absolutamente bom, ou não comanda onde quer que tenha oportunidade. A existência do mal, aqui em baixo, longe de ser uma prova contra a existência de Deus, é por isso a revelação dessa verdade. A criação é um ato, não de expansão de si mesmo, ao contrário, é de limitação e de renúncia [...] Com o ato criador negou a si mesmo, assim como Cristo nos ordenou de renegarmos a nós mesmos*. Pelo que interessa nesse tema, certamente não pode ser ignorada a analogia, audaz, mas simbólica, entre a “renúncia” que deve cumprir o soberano político e a “renúncia” que cumpre o soberano divino.

35. Espec. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, em *Rev. dir. const.*, 1996, 3 ss. que, ao sustentar a “soberania dos valores” é oportunamente hostil à tirania dos mesmos.

36. *Contributo*, cit., 95 ss. Quase inútil dizer que a outra face da definição de Constituição proposta é aquela que evidencia a importância, para o direito constitucional, da “separação dos poderes”. Sobre esse ponto, na doutrina italiana, decisivas reflexões são aquelas, entre tantas, de G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, Milão, 1979 e II, Milão, 1984. O “equilíbrio instável” o qual se advertia, entre poderes de garantia e de endereço - antropológicamente fundamentado sobre uma concepção pessimística – hoje se pode e deve traduzir, ao contrário, em uma “cooperação entre os poderes”, expres-

são de um diferente movimento antropológico: de confiança nas capacidades do diálogo entre os homens (e portanto entre as instituições).

37. Para esses conceitos ver ainda *Contributo*, cit., spec. 33 ss. *No qual* se encontram difusas indicações, também bibliográficas, sobre o conceito de “ética pública” ou “moral constitucional” do qual logo se falará no texto.

38. Sobre o mito de fundação, ver a bibliografia indicada no meu: *La “transizione” costituzionale: ambiguità e polivalenza di un’importante nozione di teoria generale*, em AA.VV., *Le “trasformazioni” costituzionali nell’età della transizione*. Reunião de estudo, Catanzaro, 19 fevereiro 1999, obra de A. Spadaro, Turim, 2000, 17 ss.

39. Sobre esse ponto seja permitido retornar aos meus *Dal partito-azienda allo Stato-azienda, al Governo “comitato d’affari?”* (Uma passagem “difícil” da transição italiana) em *Ragion pratica*, n. 19/2003, 287 ss. e *Il fenomeno della pubblicizzazione degli interessi privati e, di riflesso, della privatizzazione degli interessi pubblici: una piccola introduzione sulla crisi dell’“etica pubblica costituzionale”*, in AA. VV., *Diritto e potere nell’Italia di oggi*, obra de A. Pizzorusso e R. Romboli, em vias de impressão pela editora Donzelli, Roma, 2003.

40. Por exemplo, G. JELLINEK [*Die Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* (Wien 1878), agora Reinheim 1967, 42] fala sem dúvida, dando por deduzido o nível gnosiológico, de “mínimo ético”: *...Das Recht ist nichts Anders, als das ethische Minimum*. Para a recusa da perspectiva “não cognitivista” nos estudos constitucionalísticos seja permitido remeter mais uma vez ao meu: *Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (Notarella sul metodo “relazionista” nel diritto costituzionale)*, op. et loc. cit.

41. Ainda *Contributo*, cit., 464. Mas sobre nexos restrito entre direitos de liberdade e teoria da Constituição, v. agora – se obviamente for o caso com diferente acepção – O. CHessa, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milão, 2002.

42. Sobre Constituição como processo histórico existe ainda uma discreta literatura. Se houver necessidade, entre tantos, podem ser vistos, ainda para posteriores indicações bibliográficas, três trabalhos meus: *Dalla Costituzione*

come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico), cit., 343 ss.; *Il caso esemplare della Costituzione Europea come “insieme di atti” (puntuali nel tempo) e “insieme di processi” (storici): dalle C.E.E. (Comunità Economiche Europee), alla C.E. (Comunità Europea), all’U.E. (Unione Europea), agli U.S.E. (Stati Uniti d’Europa)*, comunicação ao Conselho europeu de estudo “Verso una Costituzione europea?” (Roma, 20-23 junho 2002), em vias de impressão; *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, in AA. VV., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Seminário de Taormina (ME) de 4 outubro 2002, obra de A. Pizzorusso – R. Romboli – A. Ruggeri – A. Saitta – G. Silvestri, Milão 2003, 111 ss. Sobre esse tema desejamos indicar ainda algumas outras contribuições: G. SILVESTRI, *Intervento*, in AA.VV., *Il diritto costituzionale a duecento anni dall’istituzione della prima cattedra in Europa*, obra de L. Carlassare, Pádua, 1998, 259 s.; A. RUGGERI, *La Costituzione allo specchio: linguaggio e “materia” costituzionale nella prospettiva della riforma*, Turim, 1999, 155 ss. e L. D’ANDREA, *Il progetto di riforma tra Costituzione-atto e Costituzione-processo*, in AA. VV., *La riforma costituzionale*, Pádua, 1999, 93 ss.

43. Sobre distinção entre “formas” e “modelos” de Estado – relevante, porque pode mudar até a Constituição, sem que mude a forma de Estado (por ex., a passagem de IV para a V República na França) – ainda no meu *La “transizione” costituzionale: ambiguità e polivalenza di un’importante nozione di teoria generale*, cit., 114 ss. Outros – A. RUGGERI, *La Costituzione allo specchio*, cit., 20 ss. e ID., *Note sparse per uno studio sulle transizioni di rilievo costituzionale*, in *Rass. parl.*, n. 1/2000, 35 ss.– para individualizar as modificações constitucionais intermediárias, entre aquelas *soft* (mera revisão) e aquelas *hard* (substancialmente constituintes), prefere-se falar de “ciclos políticos-constitucionais” que de “modelos de Estado”.

44. Sobre a tese do “conflito de civilização”, obviamente S.P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (1996), trad. it. de S. Minucci, Milão, 1997. Em uma bem diferente perspectiva, sobre distin-

ções sobre “multiculturalismo”, “interculturalismo”, etc., v. espec. o ensaio de R. PANIKKAR, *Pace e interculturalità. Una riflessione filosofica*, Milão. 2002 [do qual v, ainda *I fondamenti della democrazia. Forza, debolezza, limite* (1997), Roma 2000]. Mas, para indicações (mesmo bibliográficas) sobre perfis jurídico-constitucionais das problemáticas sinalizadas, entre outros, seja permitido remeter também aos meus: *Gli effetti costituzionali della c.d. “globalizzazione”. Storia di una metamorfosi: dalla sovranità dei popoli nazionali alla sovranità dell’opinione pubblica (e della finanza)*

internazionali, em *Pol. dir.*, n. 3/1998, 463 ss.; *La Carta europea dei diritti tra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in AA.Vv., *La Carta europea dei diritti*, Atas da Convenção de Gênova, em 16-17 março 2001, obra de P. Costanzo, Gênova, 2002, extraído do volume XXXI dos *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova (2001-2002)*, 28 ss., mas também em *Dir. pubbl. comp. ed europ.*, II/2001, 621 ss; *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, *op. et loc. cit.*

(RE) INTERPRETANDO O DIREITO CONSTITUCIONAL

(RE) CONSTRUCTING THE CONSTITUTIONAL RIGHTS

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES*

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: O presente trabalho se propõe a evidenciar a dimensão hermenêutica do conhecimento jurídico. Com base nos fundamentos filosóficos, a interpretação do direito pode ser vislumbrada como uma modalidade de compreensão, capaz de apreender e construir os valores e finalidades da ordem jurídica.

Palavras-chave: Interpretação. Conhecimento.

Abstract: The present work considers to evidence the hermeneutic dimension of the juridique knowledge. On the basis of the philosophical beddings, the interpretation of the right can be glimpsed as a modality of understanding, capable to apprehend and to construct to the standards and purposes of the juridique order.

Key Words: Interpretation. Knowledge.

“Bordada de cigarras toma o campo/ - Que dizes, Marco Aurélio, dessas velhas filósofas do simples?! Pobre é teu pensamento!/ Corre a água do rio mansamente./ - Oh, Sócrates! Que vês na água que corre para a amarga morte?! Que pobre e triste fê!/ Despetalam-se as rosas sobre o lodo./ - Oh, doce João de Deus!/ Que vês nestas pétalas graciosas?! Pequeno é teu coração!”

(Federico Garcia Lorca)

“A porta da verdade estava aberta/ Mas só deixava passar/ Meia pessoa de cada vez/ Assim não era possível atingir toda a verdade./ Porque a meia pessoa que entrava/ Só trazia o perfil de meia verdade/ E a segunda metade/ Voltava igualmente com meio perfil/ E os meios perfis não coincidiam./ Arrebentavam a porta, derrubavam a porta, / chegaram ao lugar luminoso onde a verdade esplendia seus fogos./ Era dividida em metades diferentes uma da outra. / Chegou-se a discutir qual a metade mais bela./ Nenhuma das duas era totalmente bela e carecia optar./ Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.”

(Carlos Drummond de Andrade)

“Interpretei com frescura e vivacidade – / se não tirarmos ou libertarmos o sentido da letra, / algo aí nos ficará oculto.”

(Goethe)

1. Hermenêutica e Interpretação

As raízes da palavra hermenêutica residem no verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido por interpretar, bem como no substantivo *hermeneia*, a designar inter-

pretação. A etimologia registra ainda que a palavra interpretação provém do termo latino *interpretare* (*inter-penetrare*), significando penetrar mais para dentro. Isto se deve à prática religiosa de feiticeiros e adivinhos, os quais introduziam suas mãos

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA e da Escola Doutoral de Economia e Direito Tullio Ascarelli da Universidade de Roma - 3. Mestre em Direito pela UFBA. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia.

nas entranhas de animais mortos, a fim de conhecer o destino das pessoas e obter respostas para os problemas humanos.

Estes vocábulos remetem também à mitologia antiga, evidenciando os caracteres conferidos ao Deus-alado Hermes. Esta figura mítica era, na visão da antiguidade ocidental, responsável pela mediação entre os Deuses e os homens. Hermes, a quem se atribui a descoberta da escrita, atuava como um mensageiro, unindo a esfera divino-transcendental e a civilização humana.

Decerto, não há como negar a compatibilidade da referida metáfora de Hermes quando constatamos o objeto mesmo das especulações suscitadas pela hermenêutica: a interpretação. É que o intérprete, nos variegados planos da apreensão cognitiva, atua verdadeiramente como um intermediário na relação estabelecida entre o autor de uma obra e a comunidade humana.

A hermenêutica é, seguramente, um tema essencial para o conhecimento. Tudo o que é apreendido e representado pelo sujeito cognoscente depende de práticas interpretativas. Como o mundo vem à consciência pela palavra, e a linguagem é já a primeira interpretação, a hermenêutica torna-se inseparável da própria vida humana.

Historicamente, a hermenêutica penetrou, de forma gradativa, no domínio das ciências humanas e da filosofia, adquirindo, com o advento da modernidade, diversos significados. Neste sentido, Palmer (1999, p.43-44) assinala que:

“O campo da hermenêutica tem sido interpretado (numa ordem cronológica pouco rigorosa) como: 1) uma teoria da exegese bíblica; 2) uma metodologia filológica geral; 3) uma ciência de toda a compreensão lingüística; 4) uma base metodológica da *geisteswissenschaften*; 5) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial; 6) sistemas de interpretação, simultaneamente recoletivos e inconoclasticos, utilizados pelo

homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos (...). Cada definição representa essencialmente um ponto de vista a partir do qual a hermenêutica é encarada; cada uma esclarece aspectos diferentes mas igualmente legítimos do acto da interpretação, especialmente da interpretação de textos. O próprio conteúdo da hermenêutica tende a ser remodelado com estas mudanças de perspectiva.”

Buscando uma síntese das definições expostas, o vocábulo hermenêutica será utilizado, no presente trabalho, para designar um saber que procura problematizar os pressupostos, a natureza, a metodologia e o escopo da interpretação humana, nos planos artístico, literário e jurídico. Por sua vez, a prática interpretativa indicará uma espécie de compreensão dos fenômenos culturais, nos termos doravante explicitados.

2. Raízes Filosóficas da Hermenêutica Jurídica

A investigação dos fundamentos filosóficos da hermenêutica se justifica, especialmente, no campo jurídico. Isto porque o horizonte tradicional da hermenêutica técnica se revela insuficiente para o desiderato da interpretação do direito. Enquanto instrumental para a exegese de textos, o saber hermenêutico é reduzido, nesta perspectiva, a um caleidoscópio intrincado de ferramentas teóricas, com vistas à descoberta de uma verdade pré-existente.

Ao revés, torna-se ser necessário um novo tratamento paradigmático, porque mais amplo, capaz de radicar em novas bases a interpretação jurídica. Trata-se da hermenêutica filosófica, uma proposta de reunir os problemas gerais da compreensão no tratamento das práticas interpretativas do direito.

Neste sentido, afigura-se oportuna a lição de Arruda Júnior e Gonçalves (2002, p. 233):

“No ambiente jurídico, a hermenêutica técnica mais tem servido de abrigo metodológico para os que crêem (ou para os que preferem fazer crer que crêem) ser a interpretação uma atividade neutra e científica, na qual outros universos de sentido, como o dos valores, dos interesses e da subjetividade, não exercem ingerência alguma. Discutir a hermenêutica filosófica como um novo paradigma cognitivo para saber e a prática jurídica envolvem a reformulação preliminar daquele território metodológico no qual são radicalmente delimitadas as possibilidades de percepção e funcionamento do direito. A concepção hermenêutica sugere formas alternativas, menos cientificistas e mais historicizadas, para as gerações vindouras apreenderem o direito como um entre os diversos outros componentes do fenômeno normativo-comportamental mais geral.”

Sendo assim, dando vazão a esta hermenêutica filosófica, cumpre mapear as referências teóricas mais importantes para o delineamento do saber hermenêutico, especialmente, a partir da idade moderna.

Com efeito, após o surgimento das antigas escolas de hermenêutica bíblica, em Alexandria e Antioquia, passando, durante a idade média pelas interpretações agostiniana e tomista das sagradas escrituras, a hermenêutica desembarca na modernidade como uma disciplina de natureza filológica. Nos albores do mundo moderno, a hermenêutica volta-se para a sistematização de técnicas de leitura, as quais serviriam à compreensão de obras clássicas e religiosas. As operações filológicas de interpretação desenvolvem-se em face de regras rigorosamente determinadas: explicações lexicais, retificações gramaticais e crítica dos erros dos copistas. O horizonte hermenêutico é o da restituição de um texto, mais fundamentalmente de um sentido, considerado como perdido ou obscurecido. Numa tal perspectiva, o sentido é menos

para construir do que para reencontrar, como uma verdade que o tempo teria encoberto.

A hermenêutica penetra, então, no campo dos saberes humanos. No início do século XIX, com o teólogo protestante Friedrich Schleiermacher, assiste-se a uma generalização do uso da hermenêutica. Esta, embora conservando os seus laços privilegiados com os estudos bíblicos e clássicos, passa a abarcar todos os setores da expressão humana. A atenção está cada vez mais orientada não apenas para o texto, mas, sobretudo, para o seu autor. A leitura de um texto implica, assim, em dialogar com um autor e esforçar-se por reencontrar a sua intenção originária.

Para tanto, como se depreende dos escritos de Schleiermacher (1999), seria necessário abandonar a literalidade da interpretação gramatical em prol do que ele denominou de interpretação psicológica. Caberia, assim, ao intérprete mapear as circunstâncias concretas que influenciaram a elaboração do texto, recriando a mente do autor de acordo com os influxos sociais que marcaram sua existência.

É, entretanto, com a obra do filósofo Wilhelm Dilthey, que a hermenêutica adquire o estatuto de um modo de conhecimento da vida humana, especialmente apto para apreender a cultura, irredutível em si mesma aos fenômenos naturais. Dilthey propõe, em verdade, o desmantelamento do eu transcendental dos idealistas alemães, valorizando a experiência humana no processo hermenêutico. Situa, pois, a tarefa interpretativa no plano histórico, propondo a explicação e a compreensão, respectivamente, como modos de cognição da natureza e da realidade sócio-cultural.

O texto, enquanto objeto hermenêutico, figura como a própria realidade humana no seu desenvolvimento histórico. A prática interpretativa deve restituir, por assim dizer, a intenção que guiou o agente

no momento da tomada de decisão, permitindo alcançar o significado da conduta humana. Sendo assim, Dilthey sustenta que a riqueza da experiência humana possibilita ao hermenêuta internalizar, por uma espécie de transposição, uma experiência análoga exterior e, portanto, compreendê-la.

Nos albores do século XX, firma-se uma hermenêutica radicada na existência. Merece registro a contribuição existencialista de Martin Heidegger. Deveras, Heidegger (1997) opera duas rupturas em relação à concepção hermenêutica, preconizada por Dilthey.

Em primeiro lugar, a hermenêutica não é inserida no quadro gnoseológico, como um problema de metodologia das ciências humanas. Não se trata, como em Dilthey, de opor o ato de compreensão, próprio das ciências humanas, ao caminho da explicação, via metodológica das ciências naturais. A compreensão passa a ser visualizada não como um ato cognitivo de um sujeito dissociado do mundo, mas, isto sim, como um prolongamento essencial da existência humana. Compreender é um modo de estar, antes de configurar-se como um método científico.

Ademais, a compreensão não está, na obra de Heidegger, ligada ao problema do reencontro do outro. Com Heidegger, a indagação hermenêutica considera menos a relação do intérprete com o outro do que a relação que o hermenêuta estabelece com a sua própria situação no mundo. O horizonte da compreensão é a apreensão e o esclarecimento de uma dimensão primordial, que precede a distinção sujeito/objeto: a do ser-no-mundo.

Sendo assim, na visão de Heidegger, o enfoque de toda a Filosofia reside no ser-aí, vale dizer, no ser-no-mundo, ao contrário dos julgamentos definitivos acerca das coisas-no-ser ou coisas-lá-fora. A pedra angular de seu monumento teórico é o conceito de *dasein*, ou seja, a realidade

que tem a ver com a natureza do próprio ser. Heidegger rompe, assim, o dualismo sujeito-objeto em favor de um fenômeno unitário capaz de contemplar o eu e o mundo, conciliando as diversas dimensões da temporalidade humana - passado (sido), presente (sendo) e futuro (será) – como momentos que integram a própria experiência hermenêutica.

Posteriormente, emerge um novo paradigma hermenêutico, que conforma a atividade interpretativa como situação humana. Desponta a obra de Hans Georg Gadamer, para quem a interpretação, antes de ser um método, é a expressão de uma situação do homem. O hermenêuta, ao interpretar uma obra, está já situado no horizonte aberto pela obra, o que Gadamer denomina de círculo hermenêutico. A interpretação é, sobretudo, a elucidação da relação que o intérprete estabelece com a tradição de que provém. Na exegese de textos literários, o significado não aguarda ser desvendado pelo intérprete. Em verdade, sustenta Gadamer (1997), o significado emerge à medida que o texto e o intérprete envolvem-se num permanente diálogo, balizado pela compreensão prévia que o sujeito cognoscente já possui do objeto – a chamada pré-compreensão. É esta interação hermenêutica que permite ao intérprete mergulhar na lingüisticidade do objeto hermenêutico, aproveitando-se da textura aberta de uma dada obra.

Como síntese desta evolução de idéias, desenvolve-se a fundamentação hermenêutica de Paul Ricoeur. O notável pensador adota uma posição conciliadora em face da dicotomia diltheyana entre compreensão e explicação.

Ricoeur (1989) torna a referida dicotomia complementar através da consideração do fenômeno humano como intermédio simultaneamente estruturante (o intencional e o possível) e estruturado (o involuntário e o explicável), articulando a

pertença ontológica e a distanciação metodológica. A autonomização da hermenêutica diante da fenomenologia husserliana é um dos seus temas fulcrais. Abandonando o primado da subjetividade e o idealismo de Husserl, assumindo a pertença participativa como pré-condição de todo esforço interpretativo (Heidegger e Gadamer), Ricoeur desenvolve suas concepções teóricas, sem esquecer os precursores da teoria geral da interpretação (Schleiermacher e Dilthey).

Procura-se, assim, consolidar um modelo dialético que enlaça a verdade como desvelamento (ontologia da compreensão) e a exigência crítica representada pelos métodos rigorosos das ciências humanas (necessidade de uma explicação). Deste modo, o escopo da interpretação será reconstruir o duplo trabalho do texto através do círculo ou arco hermenêutico: no âmbito da dinâmica interna que preside à estruturação da obra (sentido) e no plano do poder que tem esta obra para se projetar fora de si mesma, gerando um mundo (a referência).

Com a interpretação de um texto, segundo Ricoeur, abre-se um mundo, ou melhor, novas dimensões do nosso ser-no-mundo, porquanto a linguagem mais do que descrever a realidade, revela um novo horizonte para a experiência humana.

De acordo com Ricoeur, porque a hermenêutica tem a ver com textos simbólicos de múltiplos significados, os discursos textuais podem configurar uma unidade semântica que tem - como os mitos - um sentido mais profundo. A hermenêutica seria o sistema pelo qual o significado se revelaria, para além do conteúdo manifesto. O desafio hermenêutico seria tematizar reflexivamente a realidade que está por detrás da linguagem humana.

Deste modo, é possível afirmar que cada uma destas definições reflete mais do que um estágio histórico do saber herme-

nêutico, indicando abordagens relevantes para o problema da interpretação. Idéias como a recusa à literalidade textual, a historicidade, a abertura aos valores, a dialogicidade e o horizonte lingüístico estão umbilicalmente ligadas à hermenêutica jurídica e ao exercício da interpretação do direito.

3. Interpretação do Direito Constitucional: Uma Atividade de Compreensão

O mundo jurídico pode ser vislumbrado como uma grande rede de interpretações. Os profissionais do direito estão, a todo momento, interpretando a ordem jurídica, como sustenta Wróblewski (1988, p. 17):

“La interpretación legal juega un papel central en cualquier discurso jurídico. En el discurso jurídico-práctico se relaciona con la determinación del significado de los textos legales y a menudo influye en la calificación de los hechos a los que se aplican las reglas legales. En el discurso teórico-jurídico, en el nivel de la dogmática jurídica, la llamada interpretación doctrinal se utiliza con frecuencia para sistematizar el derecho en vigor y para construir conceptos jurídicos. Las reglas legales se interpretan también en la actividad legislativa cuando el legislador tiene que determinar el significado de un texto legal ya existente y cuando considera las posibles interpretaciones que, en situaciones futuras, puedan tener las reglas que él va a promulgar.”

Diante da profusão de sentidos da ordem jurídica, reflexo de uma dada cultura humana, a interpretação do direito constitucional opera uma verdadeira compreensão, desenvolvendo-se numa dimensão axiológica.

Com efeito, a própria evolução do saber hermenêutico vem tornando patente a diversidade dos estilos de conhecimento dos objetos naturais e culturais. Compreen-

são e explicação são os modos cognitivos dos objetos reais. No tocante aos objetos culturais, compreende-se, num conhecimento mais íntimo, porque é possível ter a vivência de revivê-los. Compreender um fenômeno, por sua vez, significa envolvê-lo na totalidade de seus fins, em suas conexões de sentido. Ao contrário, os objetos naturais, por não consubstanciarem um sentido humano, somente permitem a explicação, o que se obtém referindo tais fenômenos a uma causa. Explicar seria descobrir na realidade aquilo que na realidade mesma se contém, sendo que, nas ciências naturais, a explicação pode ser vista, genericamente, como objetiva, neutra e refratária ao mundo dos valores.

Disso resulta que, quando explicamos algo, descrevemos ontologicamente o objeto de análise, ao passo que, na atividade de compreender, torna-se imprescindível à existência de uma contribuição positiva do sujeito, o qual realizará as conexões necessárias, executando uma tarefa eminentemente valorativa e finalística.

As ordens sociais, inclusive a jurídica são objetos da cultura humana, constituindo realidades significativas que devem ser corretamente interpretadas.

Neste sentido, leciona Saldanha (1988, p. 244):

“Constituindo uma estrutura onde entram valores (ou valorações), toda ordem porta significações. Se por um lado, a ordem existe na medida em que é cumprida ou seguida, é evidente que seu cumprimento confirma suas significações. Toda atividade interpretativa tem de visar, na ordem, aquilo que é compreensível, isto é, inteligível em sentido concreto. As significações se comprovam ao ser confirmadas no plano concreto. Destarte pode-se dizer que um sistema (econômico, político, jurídico) constitui uma ordem na medida em que é compreensível e interpretável em direção ao concreto.”

Para a apreensão da ordem jurídica, como a de qualquer outra objetivação do espírito humano, exige-se a utilização de um método adequado, de natureza empírico-dialética, constituído pelo ato gnoseológico da compreensão.

Conforme assinala Machado Neto (1975, p.11), é mérito singular do jusfilósofo argentino Carlos Cossio a descoberta de que o ato gnoseológico da compreensão se realiza através de um método empírico-dialético:

“Es, también, obra de Cossio ese complemento esencial de la epistemología de la comprensión al descubrir que ésta se da mediante un método que es empírico-dialéctico. Empírico, porque se trata de hechos, ya que los objetos culturales son reales espaciotemporales, como ya vimos, y el modo de topar con ellos es un modo empírico, perceptivo, ya que el substrato lo percibimos con intuición sensible, viendo, oyendo, oliendo, gustando, palpando... Y dialéctico porque la comprensión se da en un trabajo dialéctico, algo así como un diálogo que el espíritu emprende entre el substrato y el sentido, para comprender el sentido en su substrato y el substrato por su sentido.”

Desta forma, os significados do ordenamento jurídico, assim como o de todo objeto cultural, revelam-se num processo dialético, num ir e vir da materialidade do seu substrato à vivência do seu sentido espiritual, vale dizer, do seu texto tal como lingüisticamente estruturado aos motivos que inspiraram a sua elaboração. Esse ir e vir dialético manifesta-se, metaforicamente, como um balançar de olhos entre texto e realidade, entre norma e situação normada, num processo aberto e infinito, significativamente ilustrado pela figura geométrica da espiral.

Também a hermenêutica constitucional assim se processa. Ao interpretar um comportamento de um cidadão ou agente

público, no plano da intersubjetividade humana, o hermeneuta irá referi-lo à norma da *lex mater*, o comportamento figurando como substrato e a norma como o sentido jurídico de faculdade, prestação, ilícito ou sanção. Como este significado jurídico é participado pelos atores sociais, o intérprete do direito constitucional atua como verdadeiro porta-voz do entendimento societário, à proporção que exterioriza os valores fundantes de uma comunidade jurídica.

4. Tecnologia Hermenêutica: Da Letra ao Espírito do Direito Constitucional

Ao disciplinar a conduta humana, os modelos normativos da Constituição utilizam palavras - signos lingüísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. A compreensão jurídica dos significados que referem os signos demanda o uso de uma tecnologia hermenêutica.

Ainda que os estudos mais recentes de Hermenêutica Jurídica apontem para a sua essência filosófica, não há como negar a sua relevante função instrumental, à medida que oferece técnicas voltadas para o norteamento das práticas interpretativas do direito constitucional.

Saliente-se, por oportuno, que as diversas técnicas interpretativas não operam isoladamente. Antes se completam, mesmo porque não há, na teoria jurídica interpretativa, uma hierarquização segura das múltiplas técnicas de interpretação. Neste diapasão, sustenta Mourullo (1988, p. 64):

“En realidad la interpretación de la norma jurídica es siempre pluridimensional, no unidimensional, y se va desarrollando desde diversas perspectivas. Se habla, como de todos es sabido, de una interpretación histórica, sistemática, gramatical y teleológica. Cada una de estas interpretaciones nos ofrece distintos puntos de vista para comprenderle sentido último de la norma.”

Tradicionalmente, a doutrina vem elencando as seguintes técnicas interpreta-

tivas: a gramatical, a lógico-sistemática, a histórica, a sociológica e a teleológica.

Através da técnica gramatical ou filológica, o hermeneuta se debruça sobre as expressões normativas, investigando a origem etimológica dos vocábulos e aplicando as regras estruturais de concordância ou regência, verbal e nominal. Trata-se de um processo hermenêutico quase que superado, ante o anacronismo do brocardo jurídico – *in claris cessat interpretatio*.

Ao processo hermenêutico gramatical, logo se ajunta a técnica lógico-sistemática, que consiste em referir o texto ao contexto normativo de que faz parte, correlacionando, assim, a norma ao sistema do inteiro ordenamento jurídico e até de outros sistemas paralelos, conformando o chamado direito comparado.

Em se tratando de interpretação legal, deve-se, portanto, cotejar o texto normativo com outros do mesmo diploma legal ou de legislações diversas, mas referentes ao mesmo objeto, visto que, examinando as prescrições normativas, conjuntamente, é possível verificar o sentido de cada uma delas.

Nos domínios da hermenêutica geral, com a internalização do conceito-chave de círculo hermenêutico, poderá o jurista afirmar que só existe interpretação sistemática. Isto porque a compreensão das normas jurídicas, como, de resto, a compreensão de todos os objetos culturais, ocorre no âmbito de uma estrutura circular, na qual se apreende o todo a partir das partes, e, reciprocamente, as partes a partir do todo sistêmico.

Munido da técnica histórica, o intérprete perquire os antecedentes imediatos (v.g., declaração de motivos, debates parlamentares, projetos e anteprojetos) e remotos (e.g., institutos antigos) do modelo normativo.

A seu turno, processo sociológico de interpretação do direito objetiva: con-

ferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; elastecer o sentido da norma a relações novas, inéditas ao momento de sua criação; e temperar o alcance do preceito normativo, a fim de fazê-lo espelhar as necessidades atuais da comunidade jurídica.

Segue-se, umbilicalmente ligado à técnica sociológica, o processo teleológico que objetiva depreender a finalidade do modelo normativo. Daí resulta que a norma se destina a um escopo social, cuja valoração dependerá do hermeneuta, com base nas circunstâncias concretas de cada situação jurídica. A técnica teleológica procura, deste modo, delimitar o fim, vale dizer, a *ratio essendi* do preceito normativo, para a partir dele determinar o seu real significado. A delimitação do sentido normativo requer, pois, a captação dos fins para os quais se elaborou a norma jurídica.

A interpretação teleológica serve de norte para os demais processos hermenêuticos. Isto é assim porque convergem todas as técnicas interpretativas em função dos objetivos que informam o sistema jurídico. Toda interpretação jurídica ostenta uma natureza teleológica, fundada na consistência axiológica do direito. Compartilhando deste entendimento, pontifica Reale (1996, p. 285):

“Interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos. Como se vê, o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares.”

Logo, o sincretismo dos caminhos interpretativos, iluminados que são pela teleologia do direito, permite que o intér-

prete transcenda da palavra em direção ao espírito do ordenamento constitucional.

5. Do Subjetivismo ao Novo Objetivismo em Direito Constitucional

O transcurso histórico da hermenêutica constitucional vem sendo marcado pela polarização entre o subjetivismo e o objetivismo. Trata-se de grande polêmica relativa ao referencial que o intérprete do direito deve seguir para desvendar o sentido e o alcance dos modelos normativos, especialmente das normas legais: a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*) ou a vontade da lei (*voluntas legis*).

O problema é apresentado por English (1988, p. 170):

“Antes, é precisamente aqui que começa a problemática central da teoria jurídica da interpretação: O conteúdo objectivo da lei e, conseqüentemente, o último escopo da interpretação, são determinados e fixados através da vontade do legislador histórico, manifestada então e uma vez por todas, de modo que a dogmática jurídica deve seguir as pegadas do historiador (...), ou não será, pelo contrário, que o conteúdo objectivo da lei tem autonomia em si mesmo e nas suas palavras, enquanto vontade da lei, enquanto sentido objectivo que é independente do mentar e do querer subjectivos do legislador histórico e, que, por isso, em caso de necessidade, é capaz de movimento autônomo, é susceptível de evolução como tudo aquilo que participa do espírito objectivo?”

Sendo assim, a corrente subjetivista pondera que o escopo da interpretação é estudar a vontade histórico-psicológica do legislador expressa na norma. A interpretação deve verificar, de modo retrospectivo, o pensamento do legislador estampado no modelo normativo. De outro lado, a vertente objetivista preconiza que, na interpretação do direito, deve ser vislumbrada

a vontade da lei, que, enquanto sentido objetivo, independe do querer subjetivo do legislador. A norma jurídica seria a vontade transformada em palavras, uma força objetivada independente do seu autor. O sentido incorporado no modelo normativo se apresentaria mais rico do que tudo o que o seu criador concebeu, porque suscetível de adaptação aos fatos e valores sociais.

Neste sentido, a depender do referencial hermenêutico utilizado, a interpretação do direito constitucional modulará a própria expressão do discurso jurídico, valorizando a ordem, com a adoção do subjetivismo, ou a mudança, quando iluminada pelo objetivismo.

Com base neste entendimento, pondera Andrade (1992, p. 19):

“Como uma operação de esclarecimento do texto normativo, a interpretação aumenta a eficácia retórica ou comunicativa do direito, que é uma linguagem do poder e de controle social. E dependendo da técnica adotada, a interpretação pode exercer uma função estabilizadora ou renovadora e atualizadora da ordem jurídica, já que o direito pode ser visto como uma inteligente combinação de estabilidade e movimento, não recusando as mutações sociais. Assim, o direito pretende ser simultaneamente estável e mutável. Todavia é preciso ressaltar que a segurança perfeita significaria a absoluta imobilidade da vida social, enfim, a impossibilidade da vida humana. Por outro lado, a mutabilidade constante, sem um elemento permanente, tornaria impossível a vida social. Por isso o direito deve assegurar apenas uma dose razoável de ordem e organização social, de tal modo que essa ordem satisfaça o sentido de justiça e dos demais valores por ela implicados.”

Combinando a exigência de segurança com o impulso incessante por transformação, a hermenêutica constitucional vem se inclinando, pois, para a superação do tradicional subjetivismo - *voluntas legisla-*

toris, em favor de um novo entendimento do objetivismo - *voluntas legis*, realçando o papel do intérprete na exteriorização dos significados da ordem jurídica.

Com base neste redimensionamento do modelo objetivista, pode-se afirmar que o significado jurídico não está à espera do intérprete, como se o objeto estivesse desvinculado do sujeito cognoscente – o hermenêuta. Isto porque conhecimento é um fenômeno que consiste na apreensão do objeto pelo sujeito, não do objeto propriamente dito, em si e por si, mas do objeto enquanto objeto do conhecimento.

O objeto do conhecimento, portanto, é, de certo modo, uma criação do sujeito, que nele põe ou supõe determinadas condições para que possa ser percebido. Nessa perspectiva, não tem sentido cogitar-se de um conhecimento das coisas em si mesmas, mas apenas de um conhecimento de fenômenos, isto é, de coisas já recobertas por aquelas formas, que são condições de possibilidade de todo conhecimento. Em virtude da função constitutiva do sujeito no âmbito da relação ontognosiológica, não se poderá isolar o intérprete do objeto hermenêutico.

Eis o magistério de Pasqualini (2002, p. 171):

“Na acepção mais plena, o sentido não existe apenas do lado do texto, nem somente do lado do intérprete, mas como um evento que se dá em dupla trajetória: do texto (que se exterioriza e vem à frente) ao intérprete; e do intérprete (que mergulha na linguagem e a revela) ao texto. Esse duplo percurso sabe da distância que separa texto e intérprete e, nessa medida, sabe que ambos, ainda quando juntos, se ocultam (velamento) e se mostram (desvelamento). Longe de sugerir metáforas forçadas, a relação entre texto e intérprete lembra muito a que se estabelece entre músico e instrumento musical: sem a caixa de ressonância de um violino, suas cordas não

têm nenhum valor, e essas e aquela, sem um violinista, nenhuma utilidade.”

O conhecimento dos objetos culturais também não se identifica com o objeto desse conhecimento, conclusão que se impõe, com mais força, na apreensão da cultura humana, à medida que tais objetos, sendo realidades significativas ou objetivações do espírito, exigem maior criatividade do sujeito para se revelarem em toda plenitude. Como o direito integra o mundo cultural, o conhecimento das normas jurídicas está submetido a todas as vicissitudes que singularizam o processo gnosiológico do espírito humano.

O significado objetivo dos modelos normativos é, em larga medida, uma construção dos sujeitos da interpretação jurídica, com base em dados axiológicos extraídos da realidade social. Toda norma só vigora, portanto, na interpretação que lhe atribui o aplicador. O sentido da norma legal não é um ato voluntário, completamente produzido no momento em que se dá origem à lei, mas uma energia que a regenera continuamente. A interpretação jurídica implica em conceber até ao fim aquilo que já começou a ser pensado pelo legislador, de modo a delimitar a real vontade da lei.

Neste diapasão, leciona Bergel (2001, p. 320):

“A questão não é então saber se o intérprete deve ser médium ou cientista, se pratica obra jurídica ou política, nem se a interpretação participa da criação ou da aplicação das normas jurídicas. Isso depende somente da liberdade que se lhe reconhece ou da fidelidade que se lhe impõe com referência ao direito positivo. Observa-se, por certo, que a lei só adquire um sentido com a aplicação que lhe é dada e que o poder assim reconhecido ao intérprete atesta a fragilidade da ordem normativa: nenhum preceito da lei, diz-se ainda, recebe seu sentido de um âmagô legislati-

vo; torna-se significativo com a aplicação que lhe é dada e graças à interpretação que esta implica.”

6. Considerações Finais

Em face do exposto, pode-se concluir que:

- o saber hermenêutico desponta no quadro geral do conhecimento humano, ao problematizar as diversas modalidades de interpretação;

- a hermenêutica jurídica, iluminada pelos contributos filosóficos, oferece relevantes subsídios para a interpretação do direito constitucional;

- a interpretação do direito constitucional pode ser concebida como uma atividade de compreensão, por envolver a apreciação dos valores e finalidades de um fenômeno histórico-cultural;

- as técnicas hermenêuticas permitem a superação da literalidade das fórmulas normativas em favor da teleologia do constitucionalismo;

- a transição do subjetivismo para o novo objetivismo hermenêutico possibilita o desenvolvimento de uma interpretação mais dinâmica e prospectiva do direito constitucional.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica – alternativas para o direito*. Florianópolis-SC: CESUSC, 2002.
- BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: fundamentos de hermenêutica filosófica*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997.

- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Dois estudos de eidética sociológica*. Bahia: Universidade Federal da Bahia, 1975.
- MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: edições 70, 1999.
- PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível*. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RICOEUR, Paul. *Do texto à acção*. Porto: Rés editora, 1989.
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermenêutica*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1999.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

INTERPRETAÇÃO E TEORIA DOS VALORES: RETORNO À CONSTITUIÇÃO*

INTERPRETAZIONE E TEORIA DEI VALORI: TORNARE ALLA COSTITUZIONE

GAETANO AZZARITI**

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: Este artigo analisa a idéia de Constituição através do sentido normativo: a legalidade suprema cabível nas cláusulas constitucionais vem de um inigualável conteúdo, este é o primeiro princípio, ao mesmo tempo definindo a sua função e natureza. Esta regra estrutural tem um princípio especial em variadas democracias, desde que interpretar uma Constituição signifique diferentes adequações, mas com flexibilidade de entendimento. Isto envolve uma crescente função para o intérprete, que não deve esquecer-se sobre a estrutura constitucional, evitando a tendência em direção das normas interpretativas sem vínculos textuais.

Palavras-chave: Constituição. Sentido “normativo”. Princípios constitucionais. Interpretação constitucional. Restrições textuais.

Riassunto: L’articolo prende le mosse dall’analisi del concetto di Costituzione nel suo significato “normativo”: la superiore legalità assegnata al testo costituzionale viene ricondotta allo specifico contenuto di valore, che ne contraddistingue il ruolo e il carattere. Tale contenuto valoriale acquista una specifica valenza nelle democrazie pluraliste, contrassegnando l’interpretazione costituzionale come un’operazione di ponderazione, bilanciamento e composizione di valori “aperti”. L’accreciuto compito che da ciò deriva per l’interprete deve tuttavia mettere in guardia dal pericolo di fuga dal testo costituzionale, per scongiurare una creazione ermeneutica della “norma” sciolta dai vincoli testuali.

Parole chiave: Costituzione. Valore normativo. Valori costituzionali. Interpretazione costituzionale. Vincoli testuali.

Abstract: The essay analyses the idea of Constitution through its “normative” meaning: the supreme lawfulness due to the constitutional provisions comes from its unique content, that is a principled one, at the same time marking its role and nature. That principled one, at the same time marking its role and nature. That principled structure has a special value in pluralistic democracies, since interpreting a Constitution means balancing different, but open values. It involves a growing role for the interpreter, who must not forget about the constitutional frame, so as to avoid a trend toward interpretative norms without textual ties.

Key Words: Constitution. “Normative” meaning. Constitutional values. Constitutional interpretation. Textual constraints.

1. A Centralidade da Constituição

O ponto de partida da minha análise será o conceito de Constituição. Creio realmente que não é possível compreender o papel específico da interpretação constitucional sem antes entender qual é o significado exato da Constituição, esclarecendo

que papel cumpre nos atuais ordenamentos democráticos e pluralistas. É conhecido, que o papel das Constituições muda radicalmente na passagem do “Estado de direito” ao “Estado constitucional”. Uma evolução que envolve e transforma as formas das nossas democracias, confere o fundamento de legitimação aos ordenamentos

* Texto traduzido por Juliana Salvetti.

** Professor Ordinário de Direito Constitucional da Universidade de Roma, “La Sapienza”. Coord. Doutorado de pesquisa em Direito Constitucional e Direito Público Geral – Universidade de Roma “La Sapienza”, Faculdade de Jurisprudência – Seção de Direito Público.

jurídicos contemporâneos, impõe refletir sobre algumas categorias fundamentais do Estado liberal do século XIX, transforma profundamente a lógica e a essência dos processos hermenêuticos, aqueles, em especial, relativos à interpretação constitucional. O dado mais evidente e relevante da mutação acontecida é representado pelo fato que a centralidade da Constituição substituiu a centralidade da lei. Uma centralidade, aquela constitucional, que permeia todo ordenamento, condicionando toda interpretação jurídica, e que alcança o cerne do princípio de legitimação dos ordenamentos estatais. Foi sustentado por alguns (na Itália, por A. Baldassarre) que com a imposição do Estado constitucional estabeleceu-se uma “dupla legalidade”, aquela ordinária e aquela constitucional. Gostaria de acrescentar que as duas legalidades não devem ser entendidas como ordenadas igualmente entre si (ou “paralelas”), ao contrário, uma (aquela constitucional) predomina em superioridade sobre a outra (aquela ordinária). Esse é um dos ensinamentos fundamentais que, o juiz Marshall, no longínquo ano de 1803, nos confiou, e é aqui que se reencontra a mesma razão fundamental do juízo de constitucionalidade das leis. É por isso que hoje se deve distinguir entre uma legalidade “superior” (da Constituição) e uma “inferior” (da lei ordinária). Uma superioridade que se impõe em cada especialidade do direito, constituindo o princípio de legitimação das normas e do inteiro ordenamento, portanto o centro do sistema. Uma centralidade lógica mais ainda que axiológica, formal além de substancial, fundamental do total sistema jurídico nacional moderno, que não pode, pois, ser renegada, sob pena de uma dissolução do princípio constitutivo do ordenamento.

Certamente, também a legalidade “superior” constitucional deve avaliar o princípio de efetividade, mas também as transformações dos ordenamentos e do

pluralismo desses. Podemos assim constatar que, atualmente, um dos mais problemáticos e agudos momentos de crise dos Estados constitucionais é representado pelo surgir de outras legalidades que, às vezes, se impõem à própria legalidade constitucional, colocando-se “de fato”, nesse caso, em uma condição “suprema”: a legalidade “comunitária” e aquela determinada pelos equilíbrios, pelas instituições e pelos relacionamentos (de força) internacionais. Esse acontecimento, freqüentemente subestimado nas reflexões dos constitucionalistas, submete o sistema constitucional, no seu conjunto, e a legalidade que ele exprime, a uma grave tensão, ou, até mesmo, a uma verdadeira crise. Nesse ponto, - de extrema ênfase *também* para a interpretação constitucional - limito-me em afirmar que o incremento dos processos de globalização e inteiração, entre os diferentes sistemas e ordenamentos jurídicos, além de impor as “soberanas” decisões internacionais *extra ordinem natae*, não podem colocar em dúvida a centralidade da Constituição nos ordenamentos nacionais, sob ameaça da perda das premissas de legitimidade do ordenamento, o que equivaleria negar a própria existência de um ordenamento autônomo nacional. Ninguém, até hoje, parece-me disposto a tanto.

Finalmente, é relevante que a centralidade da Constituição se torne absoluta e penetrante, manifestando as suas virtualidades máximas, no processo constitucional. Centralidade absoluta, pois sob o ponto de vista formal, a Constituição e as leis constitucionais estabelecem-se como parâmetros de ajuizamento. Mas, analisando bem, trata-se de uma centralidade essencialmente penetrante uma vez que se destaca especialmente no plano lógico conceitual. Tanto é, que, a jurisprudência da Corte constitucional italiana, pôde causar a falta da unicidade formal do parâmetro, fazendo ascender outros tipos diversos

de fontes a parâmetro: as normas interdiárias e, especialmente, os regulamentos comunitários. Ao contrário esses últimos, tornaram-se já “super parâmetros”, capazes de renunciar à própria definição das competências constitucionalmente prescritas, não encontrando outros limites a não ser aquele dos princípios supremos.

Para compreender como se manifesta, na Constituição, a centralidade na interpretação constitucional, e em especial no processo constitucional, é oportuno, em seguida, examinarmos o conceito de Constituição: antes individualizando o caráter e o papel exato das Constituições nas democracias pluralistas, e, logo após, analisando a característica e peculiar “estrutura” das normas constitucionais.

2. O Valor Normativo da Constituição

A respeito do primeiro aspecto, deve ser enfatizado que as Constituições podem ser consideradas um “conjunto de valores” (o caráter das Constituições), que impõem a “legalidade suprema” (o papel das Constituições).

É notável o modo que, durante o século XX (sobretudo nas Constituições do segundo pós-guerra), caráter e desempenho das Constituições entrelaçaram-se cada vez mais, a ponto de serem confundidos. Dessa maneira, se é fato que os valores constitucionais (e a ordem geral por eles definida) encontram uma sua especificidade à medida que são expressos em um texto constitucional que se impõe na qualidade de *lei superior*, e é fato ainda o inverso, e, em outras palavras, que a superioridade da lei constitucional se impõe graças ao conteúdo específico de valor expresso pelo texto constitucional. Ambos os aspectos (caráter e papel das Constituições) convergem para caracterizar aquilo que parece ser o problema essencial do constitucionalismo do século XX: identificar e definir – ou segurar

(do ponto de vista conceitual) para depois assegurar (do ponto de vista positivo) – o peculiar *valor* normativo dos textos constitucionais.

Um problema – aquele do valor normativo das Constituições – antigo, mas que, atualmente, assume específicos aspectos nas democracias pluralistas; tanto no caráter, quanto no papel das Constituições.

Pelo que se refere ao caráter das Constituições parece ser decisivo considerar como, nas democracias pluralistas, os valores expressos pelas Constituições possuem uma fundamental e peculiar qualidade, a de ser “valores abertos” e não tirânicos (sobre isso, ver a análise feita por G. Zagrebelsky). Valores que, mesmo, revelando os princípios gerais de convivência social, com a força característica da *lei superior*, não aspiram, contudo, ser absolutos. Uma ampla margem, além disso, foi deixada às “políticas constitucionais” e à liberdade do “não constituído” (sobre isso ver as teses de V. Angiolini). A mesma questão do “equilíbrio entre valores” (sobre isso ver entre tantas análises de A. Baldassarre), coloca-se somente como consequência da especial qualidade que é própria dos “valores constitucionais” das democracias pluralistas.

Realmente, é evidente que, se os valores fossem considerados absolutos e fechados, não existiria lugar nem possibilidade para nenhum tipo de equilíbrio, cada valor afirmar-se-ia (ou seria negado) na sua integridade e na sua absoluta “pureza” incontaminada. Dessas primeiras observações, deduz-se como a relativização dos valores expressos nas Constituições pluralistas, por um lado, incide profundamente sobre processos hermenêuticos (mas também sobre reais processos de transformação dos ordenamentos jurídicos) ampliando o espaço do intérprete das Constituições, mas, além disso, pretendendo um maior ri-

gor lógico-analítico das interpretações, por outro lado, não enfraquece (nem tampouco soluciona), ao contrário, acentua (e até complica) o problema do *valor* normativo dos textos constitucionais.

Considerando-se o papel das constituições nas democracias pluralistas, o problema do *valor* normativo dos textos constitucionais acentua-se e complica-se cada vez mais. Além do mais, não parece ser mais suficiente como aparentava ser ainda possível no século XIX, afirmar simplesmente o papel de *lei superior* das constituições, torna-se ainda necessário especificar do ponto de vista contetudístico esse papel, para depois lhe conferir a “solidez”.

Uma especificação estabelecida pelo fato que, ausente da composição homogênea da sociedade política ativa, não é mais possível pré-supor a capacidade ordenadora das constituições, não é possível presumir que os textos constitucionais, só porque emanados e formalmente vigentes, estejam aptos a se posicionar – como é próprio de cada Constituição moderna – como lugar de unificação e de integração do inteiro sistema. Nas democracias pluralistas, as Constituições para serem respeitadas (do ponto de vista normativo, mas, ainda mais, social) e, portanto, poderem ser legitimamente posicionadas no vértice do sistema político-institucional (como *higher law*), devem comprovar a capacidade para desenrolar a função de integração social que se põe no autêntico fundamento de legitimação. Fundamento de legitimação muito mais importante, porque, em relação ao passado, a Constituição consolidou-se o único instrumento – o último baluarte – para garantir a unidade política (além da social, cultural, mas também a normativa) de um povo. Uma unidade não mais sustentada não somente pela Constituição, mas por outros instrumentos tradicionais (pelo menos na Europa) de unificação dos povos: a Coroa, a homogeneidade de clas-

se e a tradição. Isso define o problema do *valor* normativo dos textos constitucionais, deixa ao mesmo tempo evidente a ligação, nesse ponto indissolúvel, entre o conteúdo e o papel das Constituições, entre o conjunto de valores constitucionalmente definidos e a capacidade das Constituições de expressar a legalidade suprema do ordenamento. Uma Constituição *lei superior*, nas atuais democracias pluralistas, é só aquela Constituição que manifesta a sua legalidade suprema, através da imposição dos valores por ela expressos.

3. Valores e Princípios Constitucionais

A ligação entre conteúdo e papel das Constituições, mas também o problema correlacionado do valor normativo dessas, induz à apreciação que a análise dos textos constitucionais (e conseqüentemente a sua interpretação) pleiteia um exame – não só formal, mas também substancial – que tenha, antes de tudo, domínio sobre a estrutura específica dos enunciados constitucionais.

Segundo alguns, os enunciados constitucionais distinguem-se dos outros enunciados normativos como expressão dos “valores”: “normas de valor”, não apenas meras “regras de comportamento”.

Nessa perspectiva, trata-se de, antes de qualquer coisa, compreender qual é o significado para ser atribuído ao conceito de “valor” (constitucional), e, principalmente, qual é a relação entre esse e os enunciados constitucionais. Trata-se, pois, de esclarecer essencialmente qual é a relação entre valor e texto constitucional. A fundamental questão, agora lembrada, foi regularmente discutida entre os constitucionalistas italianos (mas não somente entre os constitucionalistas e nem só na Itália), investigando a relação entre “valores” e “princípios” constitucionais (uma perspectiva que, na realidade, se mostra

reduziva referente à complexidade da problemática mencionada).

Sem entrar na *querela* entre os defensores da identidade ou da diversidade entre os valores e princípios, podemos limitar-nos a algumas rápidas, mas essenciais, considerações. A distinção entre valores e princípios (além dos campos rigorosamente filosóficos e éticos) pertence essencialmente à visão epistemológica, não interessa, porém, nesse momento o aspecto da relevância jurídica. Isso porque, embora deva ser admitido – do ponto de vista epistemológico – uma quantidade exagerada de significado (e de conteúdo) do valor em relação ao princípio, por outro lado, não se pode separar – colocando-se no lugar do intérprete das Constituições – o significado do significante, o conteúdo do continente, em conclusão o valor pelo seu veículo de positividade, juridicidade e reificação: o princípio, exatamente. Deve ser então estimado que – para o intérprete das Constituições – não existe “valor” sem “princípio”. É um dos pais da teoria dos valores, Nicolai Hartmann, que nos adverte que “os valores são também princípios”; embora acrescente, significativamente, que “nem todos os princípios são *também* valores”: mas isso vale para apontar o mencionado exagero de significado e de conteúdo dos valores em relação aos princípios, mas, não adequado para sinalizar uma autonomia do valor em relação ao princípio no momento da sua interpretação e relevância jurídica.

Se por essa razão dá-se um significado juridicamente relevante aos valores constitucionais, a discussão deve ser essencialmente sobre os princípios constitucionalmente vigentes, que aqueles valores exprimem e compreendem. Princípios que não podem transcender os valores, mas nem por eles podem ser transcendidos. Tudo o que vale a pena destacar – e não parece estar freqüente na reflexão teórica ou

na interpretação dos juizes constitucionais – é que os valores constitucionais não são (não podem ser e nem ao menos podem se tornar) algo de estranho ou autônomo em relação ao texto constitucional, mas assumem um próprio destaque “constitucional” (relevante à interpretação constitucional) se entendidos somente como valores secularizados no texto da Constituição, que encontram um seu previsto (uma sua tradução positiva) nas disposições expressas e nos princípios dedutíveis do texto constitucional.

Depois, pode-se, ainda, garantir licitamente que os valores surgem antes das normas (e dos princípios), e que neles deve ser recuperada, antes do nascimento dos princípios (e das normas), a razão final e a justificação. E de todo relevo são as apreciações que, da aprovação ou pelo menos dessa afirmação, conseguem impear; conseqüências que farão referência a mais profunda visão subjetiva da relação entre normas e realidade social. Mas tudo isso não permite superar o ponto decisivo que aqui ficou evidenciado, e no qual podem encontrar um ponto de convergência tanto às tradições jurisprudencialistas quanto àquelas jurinaturalísticas: só a secularização do valor no princípio (aconteça ela sob forma de reconhecimento ou naquela de garantia) torna isso utilizável pelo jurista intérprete das Constituições.

Nesse quadro é possível afirmar que as interpretações da Constituição têm dado basicamente atenção aos seus valores, mas ainda mais adequado, a interpretação da Constituição pode ser prontamente definida como interpretação dos seus princípios-valores, configurando-se essencialmente como uma obra de ponderação, avaliação, decisão em torno e na base dos valores que os princípios exprimem.

Torna-se então necessário voltar a analisar o caráter específico dos valores constitucionais, avaliando não somente a

qualidade de “valores abertos”, mas considerando particularmente as conseqüências que essa sua qualidade produz no plano da interpretação das Constituições, baseando-se nos fatos da estrutura peculiar das normas constitucionais (“normas de valor”) no tocante às normas de outro tipo (“regras de comportamento”).

4. Interpretação e Dinâmica Constitucional

O caráter específico das normas constitucionais é, portanto aquele de se compor em torno de princípios-valores. Nas democracias pluralistas esses não se colocam, entretanto, como absolutos. Isso impede a “tirania” dos valores e a afirmação de visões constitucionais holísticas, permitindo a convivência de mais valores entre eles teleologicamente diversos ou orientados de forma pluralista (segundo o esquema de memória weberiana do politeísmo dos valores).

É por isso que, o intérprete das Constituições, não deve avaliar tanto o princípio-valor em si, quanto se esforçar em indicar a compatibilidade entre esses, na sua concreta composição. Os princípios-valores de fato se definem e se estruturam colocando-se em uma disposição de relacionamento entre eles. A total valência prescritiva das normas de grau constitucional se modifica, ou até mesmo é condicionada, conforme o enredo que “o conjunto dos valores” vai progressivamente compondo (definindo uma das muitas relações legítimas possíveis entre princípios constitucionais), em uma visão dinâmica e não mais estática do valor normativo das Constituições e da própria legalidade constitucional. A legalidade constitucional para se impor realmente, mesmo em variadas condições históricas-políticas e no âmbito de várias organizações normativas, não pode prescindir, no momento da inter-

pretação das normas, de dar grande valor à mudança das situações de fato e de ordenações: como demonstra a jurisprudência constitucional, com absoluta linearidade, no tocante às “ilegitimidades constitucionais ocorridas”.

Nessa perspectiva torna-se, porém, essencial individualizar o limite da incidência da mudança das situações no processo hermenêutico. Esse limite é representado – com base nas considerações expostas no parágrafo precedente e com base no que será tratado em breve – pela recondução, direta e inequívoca, do total projeto hermenêutico ao texto constitucional.

Essa visão “dinâmica” das normas constitucionais e da interpretação constitucional, leva a uma relevante conclusão de caráter geral, que pode ser assim resumida: no plano da interpretação constitucional, nas democracias pluralistas, presencia-se uma *extensão* do espaço e do papel do intérprete (e da interpretação) e, simetricamente, uma *reavaliação* dos vínculos textuais. Tais vínculos, como já foi dito, são constituídos pelos princípios-valores inscritos nas Constituições, os quais dominam a total atividade interpretativa. Isso liga o intérprete ao texto impondo ainda uma exasperação – relativa ao passado e relativa às interpretações não constitucionais – do rigor analítico, mas também pretende uma sintética justificação lógico-conceitual dos processos interpretativos. Pode-se afirmar, como veremos a seguir, que o intérprete das Constituições é obrigado a adotar algumas lógicas argumentativas peculiares, caracterizadas por uma espécie de “eterno retorno”: um intérprete que, avaliando os princípios, pode desenvolver operações hermenêuticas complexas e articuladas, mas que, contemporaneamente, deve tornar absolutamente explícita a recondução das interpretações propostas aos pressupostos normativos textuais legitimadores do conjunto da operação hermenêutica,

assim sendo, devendo sempre retornar à Constituição (além disso, a uma Constituição aliada na sua totalidade).

Os dois perfis indicados são entre eles ligados de modo inversamente proporcional: quanto mais extenso o âmbito interpretativo, tanto mais exacerbado o vínculo textual. Essa é a tese que verifiquei e esclarecerei a seguir.

5. Interpretação e Estrutura das Disposições Constitucionais

Para um melhor entendimento do espaço interpretativo no campo constitucional, é necessário refletir sobre a variada estrutura das disposições constitucionais no tocante àquelas de direito comum (do direito civil, mas, de forma mais genérica, em relação a todos os tipos de normas das diversas seções do direito nacional). Como foi visto anteriormente, enquanto as primeiras se caracterizam como “normas de valor”, as outras se distinguem como “normas de comportamento” (ou “regras de conduta”). Essa distinção referente à estrutura da norma é radical, assumindo um caráter ontológico. Mas ainda há mais: a distinção sinalizada não se limita à estrutura da norma individual, afeta o total sistema de referência (o direito das Constituições) e o conjunto das atividades hermenêuticas e de compreensão do significado das disposições normativas. De qualquer maneira, é o sistema de referência, dentro do qual atuam os vários enunciados normativos, que “estrutura” as normas, subjulgando-lhe o mesmo caráter específico (de normas de valor ou de regra de conduta). Isso determina uma diversidade radical entre *todas* as normas de caráter constitucional no tocante aos outros tipos de normas. É fato que, nos textos constitucionais estão presentes normas de comportamento, mas, no meu ponto de vista (sobre isso julgo necessário exprimir uma opinião radical)

elas também se classificam continuamente como “normas de valor” e, também, como expressão de princípios-valores.

Um único exemplo será suficiente para explicar o ponto. O art. 13, da Constituição italiana, contém certamente uma norma de comportamento: no prazo de 48 horas, deve-se comunicar à autoridade judicial quanto às medidas provisórias adotadas pela autoridade de segurança pública. Essa é uma norma específica que tem eficácia para determinar um devido comportamento. Quem pode negar que nessa disposição esteja implícito um valor constitucional? O específico articulado constitucional ao qual se atem: aquela norma é a expressão de uma articulação do princípio-valor da liberdade pessoal, devendo colaborar com o seu cumprimento. Todas as normas constitucionais, assim sendo, mais ou menos abertamente, exprimem valores.

Esse incide decididamente sobre os cânones interpretativos e sobre as operações hermenêuticas; antes de tudo acrescentando as responsabilidades do intérprete, o qual não se poderá limitar a uma obra de mera subsunção, ao contrário, enredado no círculo hermenêutico, participe do valor. É como se o intérprete tivesse de examinar uma mera subsunção da ocorrência, dentro da norma de comportamento, e devesse tornar inútil o princípio constitucional onde atua o enunciado normativo, ele faria predominar a interpretação concordante ao princípio-valor, no tocante àquele conforme a regra de comportamento. Seria realmente inconstitucional uma lei que mesmo respeitando os termos prescritos (48 horas) tornaria inútil, no entanto, a tutela da liberdade pessoal (durante as 48 horas a pessoa pode ser submetida a todo tipo de impedimento à liberdade). Além disso, o intérprete das normas constitucionais em todo caso (seja qual for a estrutura específica da norma) opera uma avaliação não absoluta (como pode acontecer no caso de regras de

comportamento em campos não constitucionais), mas em conformidade ao sistema total, ou seja, deve ser também pertinente ao conjunto dos outros valores constitucionais. Assim a normativa em relação à medida de polícia, diretamente coligada ao valor da liberdade pessoal, deverá ser considerada pelo intérprete das Constituições, tendo ainda cuidado com os outros princípios-valores constitucionais: daquele do direito de defesa àquele da tutela da ordem pública, e assim por diante.

Dessa maneira, porém, não se delimitou ainda o campo exato da interpretação constitucional. Foi somente salientado que essa atua continuamente em um difícil campo e para o cumprimento dos valores constitucionais, e que isso produz uma extensão do espaço interpretativo.

6. Interpretação e Vínculos Textuais

Para compreender qual é o campo pertinente à interpretação constitucional, deve-se levar em conta e esclarecer o sentido do segundo aspecto acima mencionado: a *reavaliação* dos vínculos textuais.

Esses vínculos, rememorados não exatamente com o escopo de promover um retorno ao formalismo, negam, no entanto, que o intérprete seja o artífice da norma constitucional, evitam que o processo interpretativo possa ser admitido como uma criação da norma por parte do intérprete. Reciprocamente deve ser claramente relevado que o conjunto dos valores constitucionais, o conteúdo específico que esses vão curiosamente assumir nos diversos contextos ordinatórios, mas também as regras da sua sistematização, e que representa ao contrário uma diferenciação na atual discussão. Muito freqüentemente (seja aos teóricos, seja aos juizes constitucionais) passa despercebido que os processos interpretativos estão sujeitos a condições às vezes restritas, que vinculam o intérprete

porque ditadas pela própria Constituição. Além disso, nem sempre se esclareceu que o intérprete – até mesmo aquele das Constituições – não pode de qualquer forma derogar àqueles cânones que a teoria geral da interpretação individuou, se esses não se colocam em conflito com as especificidades da interpretação constitucional. Assiduamente assiste-se ao oposto, uma inaceitável simplificação das técnicas e dos instrumentos interpretativos, que levaram a interpretação constitucional a pôr fim a si mesma, ou – ainda pior – fim à visão subjetiva do seu autor e aos seus escopos. Não mais uma interpretação da Constituição, mas uma constituição do intérprete.

Êxito esse não aceitável que beneficiado de maneira especial pela habilidade de alguns teóricos e conferível, até mesmo, em alguns comportamentos concretos do juiz das leis, para dar uma absoluta preeminência a genéricas técnicas de equilíbrio, e ao único flexível cânone da racionalidade. Não se entende com isso diminuir a importância que esses dois critérios assumem na interpretação constitucional, mas se quer ressaltar que não nos podemos limitar a eles. Muito mais rico é o instrumental que a Constituição ministra aos intérpretes das suas normas, e múltiplos os vínculos que ela impõe.

Além das complexas lógicas que presidem, tanto os critérios de racionalidade quanto as técnicas de equilíbrio, aparecem outros vínculos: aqueles que se impõem ao intérprete porque ditados diretamente pelo texto constitucional, ou pela teoria geral.

Assim, por exemplo:

a) não se pode equilibrar ou distinguir racionalmente quando a nossa Constituição estabelece *específicas hierarquias* de valor. Isso acontece, por exemplo, no art. 21, quando estabelece que o bom costume representa o limite da liberdade de manifestação do pensamento. Nesse caso, estaria sendo avaliado o conceito de bom

costume, que varia conforme... alguns costumes justamente, mas não será possível operar nenhum equilíbrio. Se superado o limite do bom costume, o direito de manifestar livremente o próprio pensamento se retrai, sacrifica-se.

Em uma primeira apreciação, pode ser afirmado que, em qualquer ocorrência em que a Constituição impõe diretamente alguns *limites* ou alguns *condicionamentos expressos*, esses têm força para definir uma hierarquia. É importante, no entanto, notar que isso é real somente em uma primeira apreciação porque, aprofundando a análise, seria necessário considerar o conjunto dos valores envolvidos, que poderiam diluir uma exata hierarquização entre princípio e seu limite ou condicionamento.

As hierarquias que, segundo o esquema indicado, podem ser individuadas no texto da nossa Constituição são numerosas. Assim exemplificado: o princípio da livre iniciativa econômica privada, no art. 41 Const., subordinado aos limites da utilidade social, da segurança, da liberdade e dignidade humana; ou até a instituição de escolas por entidades e privados, cuja liberdade está condicionada ao art. 33 Const., para não onerar com encargos o Estado.

Nesses casos o intérprete, particularmente o juiz constitucional, não pode equilibrar nada, nem tampouco usar o cânone flexível da racionalidade. Deve simplesmente assumir a hierarquia que, através da individuação de um limite, ou mesmo de um condicionamento ao direito ou à liberdade, a Constituição colocou diretamente.

b) Em outros casos podem ser utilizadas as técnicas de equilíbrio (mas também a utilização do cânone da racionalidade), mas são fortemente condicionadas pela Constituição. São esses os casos em que a Constituição, mesmo não prevendo limites ou condicionamentos expressos, não deixa, no entanto, nem ao menos indefinido

ou em um plano de substancial liberdade a moderação entre princípios-valores diferentes, mas fornece uma tutela reforçada para alguns desses. É esse o campo próprio da *equilíbrio desigual*, quando deve ser preferida a interpretação a outros direitos também eles constitucionalmente tutelados.

É clássico o caso dos direitos fundamentais. Desse modo, por exemplo, deve ser privilegiada a tutela constitucionalmente reconhecida aos direitos sociais (devendo ser reconsiderados tais direitos entre aqueles fundamentais) no tocante àquela relativa aos denominados direitos econômicos (que a prerrogativa do direito fundamental não possuem), possuindo os primeiros, mas não os segundos, um estatuto de salvaguarda constitucional reforçado.

Diferentemente do que já foi visto (no caso da hierarquia definida por um limite ou por um condicionamento colocado pela Constituição), a maior intensidade de tutela constitucional do direito fundamental não admite sempre e em qualquer caso, a prevalência desse sobre qualquer outro direito constitucional diferente (portanto, na exemplificação mencionada, do direito social sobre aquele econômico), exige, porém, que se busque sempre e em qualquer caso, a interpretação mais favorável à melhor realização do primeiro, ou ainda ao seu menor sacrifício. As técnicas de equilíbrio tenderão a fazer conviver ambos os valores, mas a realização do equilíbrio entre valores não pode ser considerada de modo paritário, ao contrário é pela Constituição explicitamente ponderado.

c) Enfim, o campo onde podem operar plenamente as técnicas de equilíbrio e o cânone da racionalidade é aquele em que a Constituição não opera nem substanciais hierarquias, nem substanciais preferências. Mas, também nesses âmbitos, “equilíbrio” e “racionalidade” não ocupam o total espaço das avaliações interpretativas, de-

sendo sempre ser respeitados os posteriores cânones da hermenêutica jurídica.

Em primeiro lugar os cânones *vinculativos do intérprete*: o “logicamente deduzido”, o princípio de não contradição, o princípio de coerência.

Depois os cânones *condicionadores da interpretação*: a experiência jurídica (na ampla acepção dada por Riccardo Orestano); a leitura das dinâmicas sociais, o papel dos precedentes jurisprudenciais, a capacidade persuasiva das motivações, a mais linear renomeação da operação interpretativa ao parâmetro de sentença.

Todos os cânones hermenêuticos imediatamente relacionados devem encontrar uma plena utilização no campo da interpretação constitucional. Os instrumentos e as técnicas a disposição do intérprete das Constituições aparecem por isso mais ricos do que se possa, às vezes, supor. Tanto é que, quando a resolução do quesito interpretativo se determina através de uma equilibração entre valores constitucionais ou mesmo com base na racionalidade da solução adotada, deve ser considerado que o êxito deve ser calculado ainda na mesma situação de outros cânones mais relevantes.

Nas reconstruções teóricas, e, principalmente, nos comportamentos práticos dos juízos constitucionais, não me parece que tenha estado sempre presente o conjunto das regras que vinculam a interpretação constitucional. A minha impressão é que, às vezes, a jurisprudência da Corte constitucional, com mais frequência no último período, comumente sustentada pela doutrina, graças a um uso simplificado e, portanto, distorcido das técnicas de equilibração e da racionalidade, tenha perdido de vista a complexidade das operações hermenêuticas, ultrapassando de tal modo os seus limites, com êxitos que devem ser considerados excessivamente descontraídos. Justamente isso, o uso descontraído da interpretação constitucional e das suas

técnicas, levou a Corte a adotar decisões que em alguns casos se libertam dos vínculos textuais, privando assim as suas decisões da sua mais profunda legitimação.

7. Vínculos Textuais e Interpretações do Juiz Constitucional

O exame crítico, agora formulado, deseja denunciar uma preocupante tendência, que aparece afortunadamente não ainda consolidada, mas que se manifesta em diversas formas. Não podendo nessa sede analisar a cabal atividade da Corte constitucional italiana, nos limitaremos em rememorar, sintomaticamente, algumas hipótese que estão entre as mais evidentes.

Em algumas sentenças *aditivas* parece-nos passar das “rimas forçadas” de Vezio Crisafulli à prosa livre. Bastaria reler uma decisão (a sentença 361 de 1998, no art. 513 do c. p. p.) que suscitou alvoroço pelos efeitos políticos e judiciários que produziu, mas que, ao contrário, deveria golpear não tanto pelo êxito, quanto pela frágil argumentação e o uso desordenado dos cânones interpretativos seguidos pelo juiz, que se apegou a uma miscelânea de “valores envolvidos”, “razoáveis justificações” e meras “indicações” ou “analogias” fornecidas por outros artigos do c. p. p. (aquele sobre testemunhas), acreditou poder criar um mecanismo totalmente novo no tocante àquele existente: uma nova norma entre as tantas possíveis, não decerto imposta por uma interpretação constitucionalmente necessária.

Além do mais, são cada vez mais numerosas as decisões em que a Corte utiliza exclusivamente o cânone da racionalidade. Essa tendência pode ser compreendida considerando-se a extrema flexibilidade do cânone. Justamente, essa flexibilidade representa o seu maior mérito e explica o seu “sucesso” nos sistemas, que aqueles de democracia pluralista, refratários a esquemas

muitos rígidos de controle da legitimidade constitucional. É necessário, conseqüentemente, avisar que a flexibilidade pode representar ainda o mais delicado limite. Se assumido como único parâmetro de julgamento, a racionalidade, de fato, arrisca a transmutar-se facilmente em um meio para assegurar uma racionalização *ex post* do real, garantindo qualquer escolha política e assegurando a todo conteúdo normativo uma “racional” legitimação constitucional. Assim, contudo estaria extraviada a razão de ser do sindicato de constitucionalidade, que não tanto para salvaguardar o real, mas para submetê-lo a julgamento, pelo crivo da lei superior, cujo real deve estar também submetido. Nessa perspectiva são rememoradas diversas sentenças da corte que parecem usar imprópriamente o instrumento do sindicato sobre a racionalidade: pensando-se naquelas decisões que julgam a coerência interna da lei com base em um escrutínio de racionalidade que não parece suficientemente restrito e rigoroso.

O risco para a corte é aquele de se limitar a um papel impróprio de racionalização do real, colocando em situação de perigo de tal maneira o mesmo caráter preceptivo da Carta constitucional, chagando a abalar a sua essência de *lei superior*.

Por outro lado, uma debilidade da força preceptiva da norma constitucional pode ser avistada, em contraluz, em muita jurisprudência atual. Pensa-se, por exemplo, às numerosas decisões que “salvaram” algumas normas da declaração de inconstitucionalidade, de outro modo corrompidas, baseando-se, somente, no fato que o ato normativo que as previa era considerado temporário (como no caso dos infinitos decretos referentes à transmissão de rádio/televisão). Analogamente pode ser dito por aqueles casos em que a norma foi considerada legítima com base no mero fato que a situação que estava sendo regulada era

considerada excepcional (como nos casos da normativa referentes aos despejos nas épocas de “crises” habitacionais, ou aquelas disposições que previam agravantes pelos crimes de terrorismo). Pensando, além disso, naquelas diversas tipologias de decisões que, após reconhecer a ilegitimidade da questão submetida a julgamento, não tendo, porém, levado a devida consequência, evitando declarar a caducidade da norma, ou ainda aquelas decisões que, reconhecida e declarada a inconstitucionalidade, submetem essa a condições ou a interpretações futuras de temas diversos.

Para afrouxar o rigor interpretativo da Corte compete também o cada vez menor condicionamento exercitado pelos precedentes. Não que seja fácil comparar uma explícita recusa da jurisprudência constitucional pregressa, ao contrário nas sentenças constitucionais são sempre rememoradas as decisões passadas, mas frequentemente por razões somente formais ou de “decoro”, o que termina por tornar ainda menos visíveis e claras as razões das modificadas orientações. Basta lembrar a copiosa e imprecisa jurisprudência referente à admissibilidade referendaria, que a propósito apresenta-se significativa.

8. O “Valor” do Texto Constitucional

Todas as hipóteses lembradas parecem contribuir para delinear uma Corte pouco ligada a rígidos vínculos textuais. Às vezes, nas argumentações e na tipologia das suas sentenças, a Corte parece distanciar-se da Carta, dando a impressão que está em busca de uma solução eficaz, que possa responder às expectativas, uma solução “racionalmente compartilhada” e “responsável”. Talvez satisfeita pelo resultado que vez por outra obtém, a Corte arrisca perder a visão, sem se dar conta do perigo que desse modo ela corre: aquele de ver extraviada a sua “verdadeira” legitimação.

Não é aqui o momento de destacar a óbvia conveniência que as sentenças do juiz das leis sejam amparadas pelo consenso social, como deve ser deduzida a incidência da opinião pública (e aquela dos especialistas) no julgamento constitucional, deve ser finalmente admitido também que uma Corte que não conseguisse mais responder às expectativas veria comprometida à própria legitimação; mas tudo isso não pode deixar esquecer o essencial, ou seja, que a legitimação da Corte é para ser encontrada *integralmente* na Carta, aqui a Corte encontra o seu papel e o fundamento dos seus poderes. *A Corte não é dona do seu processo*. O que implica que a verificabilidade do resultado e a sua legitimação estão, em primeiro lugar, ligadas à recondução ao texto. O resto não tem outra opção que vir a seguir.

Mas, distanciar-se do texto constitucional quer dizer, distanciar-se dos seus princípios-valores; ao invés disso, conforme o que antes justificado, tem essencialmente esse significado. Como é que então entre as decisões mais descontraídas da Corte estão justamente aquelas que mais utilizam o critério do “valor”? Como é que a “fuga do texto” na jurisprudência constitucional freqüentemente acontece usando o argumento dos “valores”?

A resposta em parte já está em parte contida nas considerações esmiuçadas na primeira parte dessa análise: na concepção dos valores constitucionais como distintos, antes distantes, dos princípios colocados nos textos das Constituições escritas; na pressuposição que o valor normativo

dos textos constitucionais pudesse arbitrariamente reduzir-se ao seu conteúdo (o conjunto dos seus valores), separado pelo papel essencial das Constituições (impor a legalidade suprema). Nesse modo, alcançamos não somente – como era devido – destinar um papel ativo aos interpretes (especialmente ao juiz constitucional), não só – como era oportuno – buscar soluções que respondessem às expectativas e à ética da responsabilidade, mas – em alguns casos extremos – também a legitimar decisões orientadas *somente* aos valores, com uma inevitável quanto uma injustificável distorção subjetivística.

Eis então que a menção de reavaliarmos o texto constitucional no campo hermenêutico não assume o sentido de um impossível e impróprio retorno a um perdido formalismo, mas tende a solicitar um mais atento e completo uso dos instrumentos e das técnicas da interpretação, arriscando de outra forma deixar somente aos valores substancialmente “infundados” (ou somente aos subjetivamente fundados) o dever de tornar explícito o sentido das Constituições. Êxito inaceitável, tanto mais se estamos conscientes que o interpretar das Constituições, pelas razões antes mencionadas, é uma atividade não redutível a uma mera operação de subsunção do fato à norma. Através da atividade hermenêutica, dá-se vida à Carta, os seus enunciados “vazios” tornam-se “cheios” depois e através da interpretação, mas justamente por isso é necessário insistir, seguindo as palavras de Hans Georg Gadamer, que no “circulo hermenêutico”, do texto retorna-se ao texto.

REQUISITOS FORMAIS E REQUISITOS SUBSTANCIAIS DAS CONSTITUIÇÕES*

REQUISITI FORMALI E REQUISITI SOSTANZIALI DELLE COSTITUZIONI

FULVIO FENUCCI**

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: A análise da perspectiva constitucional da lei não pode ser estudada sem uma cuidadosa consideração do conceito de Constituição, o qual não reúne apenas o objeto, mas também os princípios constitucionais. Primeiramente, a Constituição é analisada como uma especial fonte do direito, a essência. Esta é a lei fundamental, cujas provisões resultam em efeitos imediatos sem intermediários legislativos. Ademais, estudos são necessários para definir a Constituição como Lei. Tendo realizado a distinção entre a lei formal e a essencial, os principais requisitos da lei enfatizados são o vigor do típico significado da efetividade da lei e o “valor” que representa a totalidade do regime da fonte legislativa. Até mesmo para a Constituição, cuja lei, no sentido técnico, os requisitos formais, para uma Constituição inflexível são a força e o valor da lei constitucional, prevalecendo acima dos requisitos essenciais. Entretanto, se o núcleo rígido da Constituição é, como se costuma dizer, o destaque dos ideais fundamentais e dos princípios supremos inexpugnáveis mesmo pela comunidade da lei. Estes requisitos essenciais fazem a função histórica e filosófica da Constituição e o conseqüente reflexo cultural, social e cultural-religioso da população. Sua importância é apreciada caso se considere o nascimento da Constituição e as diferentes fases pelas quais passou desde que foi elaborada. Emblematicamente, as palavras são ditas por um eminente constituinte, Piero Calamandrei, na assembléia constituinte, em 4 de março de 1947, como testemunha da tensão moral que acompanhou o nascimento da nova Constituição republicana. A força inovadora dos princípios fundamentais foi inicialmente contrastada por uma interpretação conservadora que a considerava como normas programáticas. O agradecimento ao Tribunal Constitucional pela lógica interpretativa tem sido subvertido, de um lado conferindo aos princípios e valores supremos completa efetividade e de outro lado confirmando sua natureza de parâmetros de legitimidade constitucional da lei e de similares.

Palavras-chave: Essência da Constituição.

Abstract: The analysis of the constitutional perspective of law cannot be studied without careful consideration of the concept of constitution, which makes up not only the object but also the content of constitutional law. Firstly, the constitution is analyzed as a special source of law, the main one. It is the fundamental law, whose provisions result in immediate effects without legislative intermediaries. Further studies are necessary to define constitution as “law”. Having made the distinction between formal and substantial law, the essential requirements of the law emphasized today are the “strength” meaning typical effectiveness of law and the “value” that is to say the whole regime of legislative source. Even for the constitution, which is law in the technical sense, the formal requirements, that for an inflexible constitution are the strength and value of constitutional law, prevail over the substantial ones. However, if the normative content isn’t an essential requirement of the constitution, that which is defined the hard nucleus of the constitution is, that is to say the set of fundamental ideals and supreme values impregnable even by community law. These substantial requirements make up the historical and philosophical content of constitutions and consequently reflect the cultural, social and religious culture of a population. Their importance is appreciated if one considers the birth of constitutions and the different phases through which they are formed. Emblematic are the words spoken by an eminent constituent, Piero Calamandrei at the constituent assembly on the 4th March 1947 which bear witness to the moral tension that accompanied the birth of the new republican Constitution. The innovative force of fundamental values was initially contrasted by a conservative interpretation, which considered them as a programmatic norms. Thanks to the Constitutional Court this interpretative logic has been subverted, on one hand conferring to the principles and supreme values complete effectiveness and effective protection and on the other affirming their nature of parameters of constitutional legitimacy of law and similar acts.

Key words: Constitutional Essence.

* Texto traduzido por Juliana Salvetti

** Professor de Direito Constitucional da Universidade de Salerno, Itália.

1. Em primeiro lugar tentarei não ultrapassar os limites do tema escolhido, para o sexto número da Revista brasileira de Direito Constitucional, ou seja, a teoria constitucional do direito.

O direito constitucional pertence ao setor do ordenamento jurídico que adquire uma importância crescente no mundo moderno e, ao mesmo tempo, um conjunto de princípios que orientam todas as outras ramificações, de modo que, segundo alguns – eis uma primeira definição – seria um direito por princípios. Outros preferem sublinhar que característica do direito constitucional é a tentativa de impor uma regra à política: isso, de qualquer modo, seria uma utopia ou um desafio, considerando a facilidade com que o poder político se desvincula do direito. O direito constitucional, logo, como teoria jurídica da política. Mas, se bem que ela possa ser subestimada pela sua aparente banalidade, característica apropriada e não controvertida, deu-se pelo fato que o direito constitucional constituiu aquele setor do ordenamento jurídico que tem como objeto a Constituição nos seus múltiplos significados, formal (texto escrito), material (disposição transmitida ao Estado pelas forças políticas dominantes), substancial (o conjunto da Constituição e de todos os outros textos normativos que disciplinam matérias constitucionais), vivente (a jurisprudência constitucional).

Além do mais, a Constituição é também conteúdo do direito constitucional. De fato, como matéria de estudo e de ensino, tem por objeto a Constituição, enquanto essa última, como parte do ordenamento jurídico, identifica-se com o direito constitucional.

Então, a análise do conceito de ordenamento constitucional como manifestação típica do direito não pode deixar de lado um aprofundamento do conceito de Constituição. Os dois termos são especulares, o primeiro constitui uma projeção da outra.

2. Essa premissa é necessária para entender porque, para examinar a perspectiva constitucional do Direito, devemos nos dedicar à Constituição.

Podemos iniciar partindo de uma outra consideração aparentemente banal: a Constituição é uma fonte do direito, uma especial fonte do direito, a principal, não é (ou não é somente) o documento político de um Estado, a sua carta de identidade; e é estranho que o esqueçam as Disposições sobre a lei em geral, as quais precedentes ao código civil italiano, segundo o qual (art. 1) são fontes do direito as leis, os regulamentos e os usos, a menos que não se queira pensar que o legislador de 1942, quando estava ainda em vigor, na Itália, a Constituição monárquica, de tipo flexível, tenha calculado não mencioná-la expressamente, como fonte especial do direito, porque nada mais seria que uma lei comum. A dúvida parece reforçada pelo art. 3, 1º par., das mesmas Disposições preliminares ao código civil italiano, segundo o qual o poder regularmente do Governo é disciplinado por “leis de caráter constitucional”. Dessa maneira a diferença entre Constituição e lei, reduzida a uma diferença de conteúdo (matéria constitucional) aparece depreciada. A Constituição não seria uma lei especial, a lei fundamental, mas uma lei comum.

Tal interpretação não parece confirmada pela sucessiva Constituição republicana, além do mais do tipo rígido, cujo art. 54, 1º par., institui uma clara contraposição entre a Constituição e lei, que, todavia, não pode ser superestimada a ponto de chegar à conclusão que a Constituição não é uma lei. A constituição é uma lei, mas uma lei especial, a lei fundamental, como se expressa o 4º par., da 18ª disposição transitória da Constituição italiana vigente. Por isso, a Constituição é uma fonte do direito em senso restrito, não é um preâmbulo histórico-político ou histórico-filosófico do ordenamento jurídico. Não o é nem ao

menos no conjunto de princípios, definidos fundamentais, com os quais a Constituição italiana se inicia, mesmo se tais princípios protegem a hereditariedade liberal-democrática do pensamento político europeu dos últimos séculos. Tais princípios são parte integrante da Constituição, normas jurídicas no sentido técnico e não devem ser confundidos com aqueles princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado que, por força do art. 12, 2º par., das Disposições preliminares ao código civil italiano, constituem critérios interpretativos das leis, não são normas codificadas e são deduzidos em fase de abstração do ordenamento jurídico. Ao contrário, os princípios fundamentais da Constituição são normas codificadas, mesmo se de um tipo especial, porque, usando a linguagem da Corte Constitucional italiana, eles constituem os valores supremos sobre os quais se sustenta o ordenamento republicano. Em certos aspectos, eles também compõem alguns critérios de interpretação das leis, porque, na dúvida, é necessário escolher o significado em conformidade à Constituição e aos seus princípios.

3. Seja como for, firma-se o ponto que a Constituição é uma lei.

Na Itália, na linguagem coloquial, usa-se chamar de lei uma multiplicidade de fenômenos jurídicos, não só os atos do parlamento, mas também as sentenças do juiz, o próprio juiz e as corporações policiais, com base em uma aplicação inconsciente da teoria gradualística de Kelsen.

É evidente que não pode ser compartilhado esse amplo uso do termo, tanto mais que na evolução da teoria da lei registra-se uma tendência, cada vez maior, a limitar-lhe o significado.

Se não se utiliza a linguagem comum, mas aquela própria dos juristas (estudiosos e operadores do direito) e dos textos legislativos, reduz-se, mas não se limita total-

mente a ambigüidade do termo. Insistente, acima de tudo, é confusão antiga entre norma jurídica e lei, entre conteúdo e forma de lê, não obstante o grande esforço de elaboração teórica da doutrina publicística na segunda metade do século vinte.

No século dezenove, inversamente, era o ensino oposto que prevalecia, principalmente dos estudiosos alemães que, não dissipando o equívoco, havia chegado à primeira fragmentação do conceito de lei, contrapondo uma lei substancial a uma lei formal. Sabe-se que, enquanto a segunda refere-se a uma idéia de lei cuja principal característica é a forma, individuada no procedimento de formação, na autoridade competente (órgão legislativo), nos poderes exercitados (poderes legislativos), no ato produzido (lei ordinária, lei regional), a segunda prescinde de tudo isso e acentua o conteúdo normativo.

Chega-se assim a uma plena equivalência entre função normativa e função legislativa.

Com a noção de lei substancial, tornavam-se comuns todos os atos de conteúdo normativo, leis e regulamentos, conseqüentemente até o poder executivo, no exercício da autoridade regulamentar, podia ser definido, de qualquer modo, poder legislativo, derogando o princípio da divisão dos poderes.

Apreciada, principalmente, pelos estudiosos alemães do século dezenove, a distinção entre lei formal e substancial, não resistiu às pesadas críticas da doutrina sucessiva, segundo a qual a distinção pecava por excessiva abstração, ignorando que eram e são freqüentes os casos onde os ordenamentos positivos pressupõem atos formalmente legislativos sem conteúdo normativo.

Para a Constituição italiana citam-se freqüentemente os exemplos do art. 80, segundo o qual as Câmaras autorizam através da lei a ratificação dos tratados in-

ternacionais que são de natureza política; como também no art. 81, segundo o qual com a lei de aprovação do balanço não se podem estabelecer novos tributos e novas despesas. Nesses casos, como é conhecido, fala-se também de medida de lei. Por outro lado, não faltam, nos textos legislativos, exemplos opostos, que pressupõem a identificação da função legislativa com aquela normativa. Cita-se o exemplo do art. 11 das disposições preliminares ao código civil italiano, segundo o qual a lei prepara para o que pode acontecer e não tem efeito retroativo; do art. 14, das mesmas disposições preliminares, segundo o qual as leis penais e aquelas que são exceção “para regras gerais e para outras leis”, não se aplicam nesse artigo além dos casos e períodos considerados. Refere-se, pelo que concerne à vigente Constituição italiana, ao art. 101, 2º par., segundo o qual contra as sentenças e contra as medidas, sobre a liberdade pessoal, pronunciado pelos órgãos jurisdicionais ordinários e especiais, é sempre aceito recurso na Cassação “por violação de lei”. Pode-se derrogar a tal norma somente pelas sentenças dos tribunais militares, em tempo de guerra.

Fora essas oscilações dos textos legislativos e constitucionais, já é geral o consenso sobre o fato que o conteúdo normativo não é requisito essencial da lei, linearmente com a jurisprudência da Corte Constitucional, segundo a qual a função legislativa não tem limites de conteúdo, à medida que existe para excluir uma “reserva de administração” aos órgãos administrativos.

São essas as razões pelas quais dos manuais mais recentes de direito constitucional desapareceu totalmente a noção de lei substancial. Hoje se destaca com insistência que os requisitos essenciais da lei são a “força”, entendida como eficácia típica da lei, e o “valor”, ou seja, o regime total da fonte legislativa.

Em todo caso, tão forte é a sugestão da teoria da lei substancial que ainda nas últimas décadas do século passado qualquer influente estudioso introduzia a noção de “lei no sentido meramente formal”, referindo-se aos atos legislativos desprovidos de conteúdo normativo: conceito que tem um sentido uma vez que se pressupõe a idéia oposta de lei no sentido substancial.

Por outro lado, a mesma Corte constitucional italiana na decisão n. 66, de 1959, em oposição com outra sua jurisprudência, fala de “lei substancial”.

Parece agora que, apesar das oscilações da doutrina da jurisprudência e dos textos legislativos, uma primeira conclusão seja suficientemente incontestável: não existem leis substanciais como não existem leis meramente formais, existem somente leis, sem adjetivos. Elas são identificadas somente através dos requisitos formais da “força” e do “valor”.

4. Teve-se como recordar que as Constituições são leis no sentido técnico, mesmo se de tipo especial. Desejando-se utilizar a fórmula censurada, poderíamos acrescentar que elas não são leis puramente no sentido formal, ou seja, aprovadas com um particular procedimento legislativo e datadas da força de lei, mas desprovidas de real conteúdo normativo, pelo fato, como já foi também sustentado, as suas disposições, geralmente sob forma de princípios, seriam de tipo programático, não preceptivo, não seriam imediatamente operantes, tratando-se apenas de diretivas para o legislador. Elas, ao contrário, são verdadeiros textos normativos que distendem efeitos sem intermediações legislativas.

Contudo, já que são leis verdadeiras poderíamos ponderar, de acordo com as considerações feitas, que prevalecem para a identificação da sua natureza, os requisitos formais sobre os substanciais,

ou melhor, sejam considerados essenciais somente os primeiros.

Na realidade, se a Constituição é de tipo flexível e pode ser modificada até com a lei ordinária, os seus requisitos essenciais são a força e o valor de lei ordinária, ou seja, a eficácia e o regime geral dessa última. Se ela é de tipo rígido, a força e o valor de lei constitucional são os seus requisitos essenciais, de acordo com o art. 138 da Constituição italiana vigente, segundo o qual as leis de revisão constitucional são adotadas por cada Câmara, com duas sucessivas deliberações em um intervalo não inferior a três meses, e são aprovadas, pela maioria absoluta dos componentes de cada Câmara, na segunda votação.

Também para a Constituição, que lei no sentido técnico, o conteúdo normativo não é um requisito essencial. Ela, de modo geral, pode compreender disposições de caráter providencial, como, para a Constituição italiana, parece ser o art. 12, segundo o qual a bandeira da República é formada pelas três cores: verde, branco e vermelho, em três faixas verticais de idênticas dimensões; ou ainda mais visível, a décima segunda disposição transitória, segundo a qual é proibida a reorganização, sob qualquer forma, do dissolvido partido fascista; ou a décima terceira, segundo a qual os membros e os descendentes da Casa Sabóia não são eleitores e não podem ocupar cargos públicos, nem cargos eletivos. Aos ex-reis da Casa Sabóia, aos seus consortes e aos seus descendentes masculinos são proibidos a entrada e a estadia no território nacional. Os bens existentes no território nacional do ex-rei da Casa Sabóia, das suas consortes e dos seus descendentes masculinos estão atribuídos ao Estado. As transferências e as constituições de direitos reais sobre tais bens, ocorridos após o dia 2 de junho de 1946, são nulos. Recentemente, da décima terceira disposição transitória, foram eliminados o primeiro e

o segundo parágrafo. E jamais foi posto o problema da divergência entre tais disposições e os princípios fundamentais, como por exemplo, o princípio da igualdade.

Se o conteúdo normativo não é requisito essencial, no entanto o é, em outros aspectos, o conteúdo. Referimo-nos ao núcleo rígido das Constituições, constituído pelo conjunto dos princípios fundamentais e pelos valores supremos, impenetráveis, segundo a Corte constitucional italiana, também ao direito da União européia.

A Corte considera valores supremos aqueles bens e aqueles interesses cuja tutela constitui o principal título de legitimação do ordenamento constitucional, como a liberdade pessoal, a liberdade de pensamento, o princípio democrático, o princípio de igualdade. Eles ainda são considerados limites implícitos à revisão da Constituição. Por essa razão as normas que os garantem não são modificáveis, nem ao menos com o procedimento previsto pelo art. 138. Aliás, segundo alguns, não só as Constituições rígidas, mas também aquelas flexíveis, consideradas geralmente modificáveis, em parte ou no todo, com leis ordinárias, não poderiam ser modificadas nos princípios fundamentais e nos valores supremos, tanto que, quando na Itália o ordenamento monárquico foi substituído pelo republicano, foi necessária uma nova Constituição precedida e legitimada por um referendun popular.

Não é concebível uma Constituição moderna desprovida de princípios fundamentais que lhe constituem o título de legitimação.

As Constituições são um conjunto de normas que regulam a vida de certas instituições. Mas, assim definidas, elas não se distinguem de outros corpos de normas

que não podem ser consideradas Constituições. Pode-se dar o exemplo do estatuto, municipal, da província, regional, e até dos regulamentos dos condomínios particulares.

A característica, que distingue as Constituições desses complexos de normas, é dada pelo fato que elas, e somente elas, são Leis fundamentais de instituições soberanas, ou seja, de Estados, por isso, atualmente, na Europa duvida-se que, aquela que é chamada Constituição da União Européia, seja uma verdadeira Constituição, justamente porque a União Européia não é uma instituição soberana, apesar de que os Estados membros tenham cedido a ela parte da sua soberania, como o governo da moeda.

Isso implica também a necessidade, típica do constitucionalismo moderno que traz a sua origem do iluminismo, da revolução francesa, daquela norte-americana e da história constitucional inglesa dos últimos três séculos, de justificar, legitimar, fundar o Estado sobre alguns princípios e sobre certos valores da convivência civil, que, na área da civilização ocidental, coincidem geralmente com os princípios da democracia liberal na sua versão mais moderna do Estado social. Somente as Leis fundamentais dos Estados necessitam desse requisito.

Assim sendo, uma primeira conclusão provisória parece possível: pode-se afirmar que requisitos essenciais das Constituições não são somente aqueles formais (força e valor de lei ordinária ou de lei constitucional), mas também aqueles que poderiam ser definidos requisitos substanciais, atinentes ao conteúdo, não no significado em que seja requerido um conteúdo normativo, como pelas assim chamadas leis substanciais, mas no significado em que seja requerido um conteúdo qualificado por princípios fundamentais e por valores supremos.

5. Tais requisitos substanciais constituem o conteúdo histórico e filosófico das Constituições que, sob tal perfil, são também definidos textos jurídicos onde se cristalizam as tradições culturais, civis e religiosas de um povo.

As Constituições documentam os acontecimentos históricos. Oportunamente, na Itália é freqüente explicar a preferência dos Constituintes de 1946 por um Executivo frágil, e a desconfiança nas confrontações de cada projeto de reforma constitucional, que prevê o fortalecimento do Governo e do premier, com a preocupação de desvios autoritários que nasce da experiência da ditadura.

No que se refere às tradições religiosas, há o exemplo dos artigos 7 e 8 da vigente Constituição italiana e, nota-se que, enquanto o art. 8, segundo o qual todas as confissões religiosas são igualmente livres perante a lei, posiciona-se no âmbito do pluralismo religioso e reafirma o princípio de igualdade sob a perspectiva do Estado laico, o art. 7 que o precede, em clara dissonância com tais princípios fundamentais, confere à Igreja Católica uma condição especial, conferindo a ela soberania e independência, e pressupõe uma especial disciplina das suas relações. Como justificar esses contrastes se não com a história italiana e a presença do Papado na Itália? É, também, de inspiração católica o art. 29, segundo o qual a República reconhece os direitos da família como sociedade natural fundada no casamento.

A respeito do conteúdo filosófico, nota-se que as Constituições podem ser consideradas complexas estratificações culturais (logo pensamos nas vinte e uma Constituições francesas) que codificam as etapas fundamentais da história do pensamento político. Pensa-se na soberania popular, no princípio de igualdade substancial, enunciado no art. 3 da Constituição italiana, segundo o qual é dever da Repú-

blica remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando realmente a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores à organização política, econômica e social do País. É inegável que esse princípio provém do humanismo socialista e do humanismo cristão. Como negar que o art. 27, 3º par., segundo o qual as penas não podem resumir-se em tratamentos contrários ao sentido de humanidade e devem almejar à reeducação do condenado, inspiração do iluminismo Lombardo? Os exemplos seriam infinitos.

6. Desse ponto de vista, os princípios constitucionais podem ser variavelmente definidos. Como as ouvertures que introduzem algumas composições musicais, eles podem ser considerados uma espécie de ouvertures das Constituições, não só porque usualmente eles são colocados nos primeiros artigos, mas também porque, como as ouvertures musicais, anunciam os vários temas que depois serão desenvolvidos no texto. Para a Constituição italiana podem ser usados como exemplo os artigos 1, 2 e 3.

Diz-se até que os princípios fundamentais constituem o objeto próprio do c.d. pacto constitucional: uma metáfora para indicar o acordo dos Constituintes sobre o destino futuro de um povo; em suma, uma “visão do mundo”. Outros ainda comparam os princípios constitucionais a um juramento solene dos Constituintes (art. 13 da Constituição italiana: a liberdade é inviolável). Outros falam de aspirações dos povos codificadas em um texto constitucional. Pensa-se à primeira página da História da Europa, de Croce, onde se exalta a religião da liberdade. Outros ainda consideram os princípios constitucionais uma mensagem, uma espécie de testamento espiritual (de tradições, ideais e valores éticos)

cos) para as gerações futuras, relembrando que, uma vez que as constituições são destinadas aos povos, esses não são constituídos somente pelos cidadãos viventes, mas também pelas gerações futuras, segundo a famosa definição de povo que nos alcança da remota antiguidade, com as palavras que Tucídides, o grande histórico grego, faz pronunciar a Péricles no famoso discurso comemorativo pelos pericidos na guerra do Peloponeso, que ainda hoje é o elogio mais belo da democracia.

“Vivemos sob a forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos; ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar os outros. Seu nome, como tudo o que depende não de poucos, mas da maioria, é democracia”.

Péricles, *Oração fúnebre*, in Tucídides: *A Guerra do Peloponeso*, Livro II, 37.

Notou-se também que, para melhor esclarecer a importância desse conteúdo histórico e filosófico, é necessário pensar no nascimento das Constituições e nas várias fases através das quais elas se formam. Seria uma etapa “dolorosa”, da luta política que reflete o drama da história que muda, por meio das guerras, violências e sofrimentos. Pensa-se às duas Constituições italianas, naquela monárquica de 1848 e, principalmente, naquela republicana de 1948. O cinema italiano descreveu, melhor do que os livros de história, aqueles acontecimentos. Para citar alguns títulos como *Tutti a casa*, com Alberto Sordi, *Roma città aperta* de Rossellini, *La ciociara*, o filme extraído do romance de Moravia e interpretado por Sofia Loren. Por essa razão fala-se do parto sangrento das Constituições: logo se pensa, obviamente, nas Constituições francesas do final do século dezoito.

Seria aqui, pois, uma etapa “vitoriosa”, do poder político dos vencedores que

arrasta aquele dos vencidos e elimina o “direito dependente”, a Constituição não legitimada. Assim na Itália no ano de 1946 foi abolida a monarquia, foram abolidos todos os títulos nobres. Enfim, aqui seria “a etapa do alto silêncio” o momento constituinte, “a autocriação do direito”, a etapa mais difícil. Eliminado o referente divino (pensando na Itália, durante o Preâmbulo da Constituição monárquica e à legitimação religiosa do poder político), os Constituintes são constringidos a empreender uma viagem na solidão da sua consciência, à procura de novos valores fundamentais, os valores laicos da convivência civil, pelos quais se combateu, sofreu e venceu.

Nasce assim o constitucionalismo moderno.

Com a mesma prosa túrgida e sonora chega-se, afinal, à conclusão: na última fase o vencedor se submete à lei. Por sua vez “a vitória silencia”. Tal metáfora refere-se aqui ao poder político que na exaltação da vitória subjuga o direito. O vencedor pronuncia uma velha palavra que se tornou nova, “virginal”, a palavra Constituição. Refere-se aqui ao famoso fenômeno da assim chamada jurisdição da soberania, na fórmula, mencionada, também pela Constituição italiana vigente (art. 1), segundo a qual a soberania pertence ao povo, que “a exerce nas formas e nos limites da Constituição”. Através dos princípios fundamentais e os valores supremos, a nova Constituição legitima o novo poder político.

7. Para participar da Assembléia Constituinte italiana, eleita no ano de 1946, foi convidado um ilustre estudioso, docente de procedimento civil e reitor da Universidade de Florença: Piero Calamandrei. Em um memorável discurso, durante a reunião do dia 4 de março de 1947, ele testemunhou desse modo a tensão moral do nascimento das Constituições: “Eu me pergunto como as gerações futuras, daqui a cem anos, jul-

garão essa nossa Assembléia Constituinte: se a ouvirão alta e solene como nós ouvimos a Constituinte Romana, onde há um século participava e falava Giuseppe Mazzini. Eu creio que sim: creio que os nossos descendentes ouvirão, dentro de um século, mais do que nós, que dessa nossa Constituinte nasceu de fato uma nova história: e imaginarão, como sempre acontece, a história se transforma em lenda com o passar dos séculos, que nessa nossa assembléia, enquanto se discutia a nova Constituição republicana, sentados nessas bancadas não tenhamos sido nós, homens efêmeros cujos nomes serão apagados e esquecidos, mas tenha sido todo um povo de mortos, daqueles mortos, que nós conhecemos um a um, mortos nas nossas fileiras, nas prisões e nos patíbulos, nos montes e nas planícies, nas estepes russas e nas areias africanas, nos mares e nos desertos, de Matteotti a Rosselli, de Amendola a Gramsci, até os juvenzinhos partidários (partigiani)(...) Eles estão mortos sem retórica, sem grandes frases, com simplicidade, como se fosse um trabalho diário a cumprir: o grande trabalho necessário para devolver à Itália liberdade e dignidade. Desse trabalho eles guardaram para si a parte mais árdua e mais difícil: a de morrer (...) Para nós, restou uma obrigação cem vezes mais leve: aquela de traduzir em leis claras, estáveis e honestas o seu sonho: de uma sociedade mais justa e mais humana, de uma solidariedade entre todos os homens, aliados para debelar o sofrimento”.

Alguns anos depois, participei de uma convenção, em Milão, sobre as raízes culturais da Constituição e naquela ocasião tive a sorte de escutar um dos últimos ilustres constituintes, Dossetti. Provocou-me uma grande emoção, tal qual Calamandrei, a sua linguagem profética.

8. Nas primeiras Constituições modernas, os princípios fundamentais eram enunciados em uma espécie de Declaração

introdutória. Como é conhecido, o exemplo mais famoso é o da Declaração dos direitos do homem ou do cidadão do dia 26 de agosto de 1789, citada nos Prefácios das constituições francesas de 1946 e de 1958. Com a mesma intenção foi também utilizado o mesmo Prefácio sóbrio e breve na Constituição dos Estados Unidos da América, mas de forma ampla nas constituições francesas.

Na constituição italiana vigente o Preâmbulo não é mencionado. Todavia aparece uma parte introdutória, rubricada: “Princípios fundamentais”. A doutrina menos atual considerava que Declarações e Preâmbulos não fizessem parte da Constituição no sentido restrito, enquanto na Itália os primeiros comentadores, da Constituição republicana, chamavam os princípios fundamentais de normas programáticas, que eram contrapostas às normas preceptivas, no sentido que os princípios não teriam sido nada mais que diretivas para o legislador, que teria tomado as medidas oportunas para transformá-los em normas vinculativas. Indubitavelmente, tratava-se de uma interpretação conservadora, que rejeitava as maiores novidades da Constituição republicana. Com o tempo, principalmente sob o estímulo da jurisprudência constitucional, a doutrina mudou opinião. Atualmente ninguém mais lembra dessa distinção, onde se manifestava a tentativa de expelir da Constituição, entendida como fonte do direito, os princípios fundamentais, invalidando-lhe os aspectos revolucionários. O papel interpretado pela Corte constitucional em permitir novamente essa ameaça de narcotizar a Constituição foi decisivo, sobretudo no campo dos direitos fundamentais, que daqueles princípios são o natural desenvolvimento.

Aqueles que, por comodidade de exposição poderiam ser chamados de conservadores, acreditavam na idéia de que o conteúdo histórico e filosófico das Consti-

tuições traçado nos princípios constitucionais e nos valores supremos fosse desprovido de relevância jurídica. O legislador ordinário chamado para transformar os princípios em leis não seria forçado nem a tomar medidas nem em qual prazo tomar medidas.

A Corte constitucional aniquilou radicalmente essa lógica interpretativa, afirmando, por um lado, que os princípios constitucionais são normas jurídicas no sentido restrito e como tais são diretamente operantes e devem ser aplicados pelo juiz; e, por outro lado, que os mesmos princípios e valores supremos são parâmetros (critérios de juízo, termos de referência) da legitimidade constitucional das leis e dos atos equiparados. Não é um caso que um dos princípios mais freqüentemente invocados pela Corte como parâmetro de legitimidade constitucional é o princípio de igualdade, de ascendência iluminística e revolucionária, pedra angular do constitucionalismo moderno. A lei, mais que transformá-lo em norma, deve revigorar-se ao princípio constitucional. No caso de divergência, ela é declarada constitucionalmente ilegítima e desaparece do ordenamento.

Os méritos dessa jurisprudência constitucional, que transforma, aquilo que podia ser considerado pelos céticos o reino da utopia e do sonho, em uma realidade jurídica, atribuindo a princípios e a valores supremos uma plena eficácia e efetiva tutela, nunca serão enaltecidos devidamente, mesmo considerando o fato que com essa jurisprudência a Corte constitucional italiana efetua o metabolismo, assim expondo, do conteúdo histórico e filosófico da Constituição, transformando com a atribuição de efeitos jurídicos os seus requisitos substanciais em critérios formais de avaliação da legitimidade constitucional das leis.

O DÉCIMO SEGUNDO CAMELO DE LUHMANN E O § 3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ACRESCIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45: INCONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DE UMA VISÃO EXTRADOGMÁTICA DO DIREITO TENDO COMO PARADIGMA A ALOPOIESE JURÍDICA

THE TWELFTH LUHMANN'S CAMEL AND THE § 3º OF THE 5º ARTICLE OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION AMENDED BY THE 45TH AMENDMENT: INCONSTITUTIONALITY FROM AN EXTRADOGMATIC VISION OF THE LAW BASED ON THE LEGAL *ALOPOIESIS* PARADIGM

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Neste trabalho, conclama-se por uma visão extradogmática do Direito havida a partir da teoria da *alopoiese* jurídica, base para compreensão de uma constituição aberta voltada para imprimir efetividade aos Direitos Humanos e defesa do princípio da dignidade da pessoa humana. Sob esta perspectiva, é enfrentada a integração dos tratados que consagrem Direitos Humanos ao sistema jurídico brasileiro em face dos preceitos vazados nos §§ 2º e 1º do art. 5º da Constituição, bem como do recém acrescido § 3º introduzido pela Emenda Constitucional nº 45.

Palavras-chave: Teoria do Direito. Dogmática jurídica. *Autopoiese*. *Alopoiese*. Constituição aberta. Direitos humanos. Tratados.

Abstract: The essay deals with a new paradigm which interprets the legal system based on the theory of legal *alopoiesis*. This theoretical approach envisions the constitution as an open chart and validates the thesis of immediate incorporation to the Brazilian legal system of the human rights treaties based on the effectiveness of the human dignity principle. Sob esta perspectiva, é enfrentada a integração dos tratados que consagrem Direitos Humanos ao sistema jurídico brasileiro em face dos preceitos vazados nos §§ 2º e 1º do art. 5º da Constituição, bem como do recém acrescido § 3º introduzido pela Emenda Constitucional nº 45.

Key Words: Legal theory. *Autopoiesis*. *Alopoiesis*. Open constitution. Human rights. Treaties.

Introdução

A tradicional idéia de reduzir o direito à norma escrita ainda goza de foros de exclusividade dentre os cientistas do direito. É comum desde o estudante até o magistrado, que detém a missão de eleger entre as possíveis e positivar uma interpretação, o comportamento de procurar a norma jurídica adequada, cuja incidência

sobre o fato, permita a extração de certo efeito.

Efetivamente, vê-se, no dia-a-dia, uma certa dificuldade na experiência jurídica quando a questão não aponta para solução vazada numa norma escrita. A consulta demora resposta do parecerista. O advogado tarda para ajuizar a demanda, ou oferecer resposta, em razão do prazo,

* Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB/DF. Juiz Federal e Professor de Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Internacional e Fundamentos da Metodologia, Pesquisa e Ensino do Direito no CEAJUBE em Belo Horizonte/MG.

com dificuldade. A decisão judicial é também retardada nos juízos e tribunais. Isso decorre, sem dúvida, da falta de habilidade, de preparo, para tratar o direito fora dos domínios exclusivos da dogmática.

A dogmática jurídica parte do pressuposto de que a norma é um dogma. Significa dizer que as construções jurídicas não podem se distanciar dos parâmetros estabelecidos pela norma, muito menos confrontar sua existência. Decorre, daí, a dificuldade para o trato das questões jurídicas quando o operador do direito se depara com a ausência de norma ou quando a solução ofertada por ela não satisfaça o sequioso espírito de justiça, o que ocorre porque sendo o direito uma ciência cultural, o conteúdo da norma se expõe às alterações da cultura, necessitando o intérprete de se valer de meios para ensejar a revisão dos conteúdos através de procedimentos integradores, que no dizer de Adeodato (1983, p. 131) formam uma ponte para a nova realidade.

Partindo dessa linha, poucos se aventuram a admitir a ordem de raciocínio que aqui se vai deduzir, não obstante a expansão do pensamento seja crescente. Sobota (1991, pp. 45-60) divisa este fenômeno ao registrar que:

“A maioria das pessoas, nas democracias modernas, parece estar convencida de que o direito é um sistema constituído de normas explícitas... Essa fachada normativa é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo e da admiração pelos sucessos da ciência, refletidos no movimento positivista do fim do século XIX e começo do século XX...”.

Por esse caminho, o direito fica reduzido a um sistema fechado com a pretensão de dispor sobre as condutas humanas através de um ordenamento hermético, auto-suficiente e auto-produtivo.

A verdade é que, a redução da ciência jurídica ao tecnicismo da dogmática

sob o véu do monopólio estatal da criação e aplicação normativas está longe de revelar a completude o fenômeno jurídico. Daí, no dizer de Adeodato (1996, p. 277), “o surgimento de práticas a que as doutrinas tradicionais não conseguem se adequar e a necessidade de novas óticas para a compreensão da realidade jurídica (...)”.

A aceitação de novas maneiras de dividir a realidade jurídica encontra dificuldades no tradicionalismo com que o direito é tratado. Isso decorre, sem dúvida, da circunstância de que seus operadores, desde o ensino até a práxis, de regra, não voltam os olhos para uma perspectiva não dogmática, no campo da filosofia epistemológica do direito. Esse viés, “tem uma tarefa prática, na medida em que fornece os subsídios para se criarem respostas aos estímulos da vida, isto é, decidir alternativas de conflito, tomar posições éticas, técnicas, políticas, tomar posição científica” (ADEODATO, 1996, p. 278).

1. Alopeiose Jurídica: Um Novo Paradigma para Compreensão do Direito dentro de uma Visão Extradogmática

Nessa ordem de pensamento, o fenômeno jurídico pode ser enfrentado sob outro prisma. Desta feita, relacionando-o a outros sistemas como o econômico, o político, enfim o social, numa relação de inter-referência ou hetero-produtividade. Essa nova compreensão da ciência jurídica introduz sensível modificação no dogmatismo clássico e propõe um rompimento na estrutura científica do direito com a adoção de novos modelos, novos padrões, enfim, a partir de novos paradigmas porque os existentes “deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por meio que ajudaram em parte criar” (KUHN, 2001, p. 126).

Sobre o manto dessa ordem de idéias, surgem algumas perspectivas de análise do direito, podendo-se destacar a *Teoria da*

Ação Comunicativa de Jürgen Habermas¹ e a *Teoria dos Sistemas* de Niklas Luhmann².

Aqui, a hipótese de trabalho partirá da compreensão do direito dentro de uma visão sistêmica, buscando, inicialmente, apoio, portanto, na Teoria dos Sistemas de Luhmann, mas dela se distanciando, ao final, para imprimir uma conformação à modernidade periférica na qual está situado o direito brasileiro.

Essa perspectiva de exame da realidade jurídica, que adiante será mais dissecada, partiu da teoria biológica da *autopoiesis*, criada pelos biólogos chilenos Maturana e Varela, trazida para as ciências sociais pelo pensamento de Niklas Luhmann.

Maturana e Varela (2004, pp. 48 – 61), preocupados em estabelecer “as bases biológicas da compreensão humana”, buscam resposta para a grande indagação “o que é a vida?”, desenvolvendo a idéia de que um sistema vivo caracteriza-se pela capacidade de se auto-produzir a partir de inter-referências de seus próprios componentes, que estariam dispostos em estrutura funcional gerando uma organização (*organização autopoietica*), independentes de circunstâncias externas de tempo, espaço e outras presentes no meio ambiente.

A teoria da autopoiese foi amplamente difundida no pensamento científico. Coube a Luhmann, como se disse, trazer para as ciências sociais a teoria, e ao fazê-lo, demonstra que a recepção da teoria desenvolvida por Maturana e Varela opera-se por viés diferente. Neves³, discípulo de Luhmann e também seu crítico em alguns aspectos, fazendo uso das palavras de seu mestre, sintetiza a autopoiese dos sistemas nos seguintes termos:

“A concepção luhmanniana da autopoiese afasta-se do modelo biológico de Maturana, na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas não-constituintes de sentido (orgânicos e

neurofisiológicos). Na teoria biológica da autopoiese, há, segundo, Luhmann, uma concepção radical do fechamento, visto que, para a produção das relações entre sistema e meio ambiente, é exigido um observador fora do sistema, ou seja, um outro sistema. No caso de sistemas constituintes de sentido, ao contrário, a “auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica”. Eles mantêm o seu caráter autopoietico enquanto se referem simultaneamente a si mesmo (para dentro) e ao seu meio ambiente (para fora), operando internamente com a diferença fundamental entre sistema e meio ambiente. O seu fechamento operacional não é prejudicado com isso, considerando-se que sentido só se relaciona com sentido e só pode ser alterado através de sentido. Porém, a incorporação da diferença ‘sistema/meio-ambiente’ no interior dos sistemas baseados no sentido (a auto-observação como “momento operativo da autopoiese”) possibilita uma combinação de fechamento operacional com abertura para o meio ambiente, de tal maneira que a circularidade da autopoiese pode ser interrompida através da referência ao meio ambiente. Portanto, na teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann, o meio ambiente não atua perante o sistema nem meramente como “condição infra-estrutural de possibilidade da constituição dos elementos”, nem apenas como perturbação, barulho, *bruit*; constitui algo mais, “o fundamento do sistema”. Em relação ao sistema atuam as mais diversas determinações do meio ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando esse, de acordo com os seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma.”

Efetivamente, em sua Sociologia do Direito, Luhmann (1983, p. 15) adverte logo na introdução que “é necessário ver e pesquisar o direito como estrutura e a sociedade como sistema em uma relação

de interdependência recíproca”. Efetivamente, a autopoiese jurídica a partir do pensamento de Luhmann tem raiz numa “perspectiva mais atrelada à influência do interacionismo” (LOPES, 2004, p. 8). Neves (1994, p. 119 – 120) demonstra esse caráter quando revela que:

“... A positivação do Direito na sociedade moderna implica o controle do código-diferença “lícito/ilícito” *exclusivamente* pelo sistema jurídico, que adquire dessa maneira seu fechamento operativo.” Nesse sentido, a positividade do Direito é conceituada como auto-determinação operacional do Direito. Assim como em relação aos outros sistemas sociais diferenciados, não se trata aqui de autarquia, (quase) privação de meio ambiente. Se o fato de dispor exclusivamente do código-diferença “lícito-ilícito” conduz ao fechamento operacional, a escolha entre lícito e ilícito é condicionada pelo meio ambiente. Por outro lado, a auto-determinação do Direito fundamenta-se na distinção entre expectativas e cognitivas, que só se tornou claras a partir da codificação binária da diferença entre lícito e ilícito exclusivamente pelo sistema jurídico. Com base na distinção entre normativo e cognitivo, o fechamento operativo do sistema jurídico é assegurado e simultaneamente compatibilizado com sua abertura ao meio ambiente. A respeito escreve Luhmann: “Sistemas jurídicos utilizam essa diferença para combinar o fechamento da autoprodução recursiva e a abertura de sua referência ao meio ambiente. O Direito constitui, com outras palavras, um sistema *normativamente fechado*, mas *cognitivamente aberto*[...]. A qualidade normativa serve à autopoiese do sistema, à sua autocontinuação diferenciada no meio ambiente. A qualidade cognitiva serve à concordância desse processo com o meio ambiente do sistema. Daí resulta uma conexão entre conceito e interesse na produção do Direito positivo. Ao mesmo

tempo que o sistema jurídico fatorializa a auto-referência por meio de conceitos, ele constrói sua hererorreferência através de assimilação de interesses.”

A abertura cognitiva do sistema jurídico que se opera através de uma linguagem auto-reflexiva dotada de sentido e a partir de inter-referência do meio ambiente começou, portanto, a ser teorizada no pensamento de Luhmann e prossegue nos modelos pós-modernistas não-dogmáticos de Ladeur⁴, para quem “a autopoiese é flexibilizada, na medida em que o plano da virtualização da estrutura e função possibilita o emalhamento dos diversos sistemas sociais (...)” ou na leitura de Teubner das *inter-referências sistemáticas*⁵.

Enfim, a validação de procedimentos extradogmáticos resulta, sem dúvida, do rompimento da clausura do sistema jurídico, no dizer de Neves (1994, p. 129):

“na medida em que [...] os agentes do sistema jurídico estatal põem de lado o código-diferença “lícito-ilícito” e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se ou orientando-se primária e frequentemente com base em injunções diretas da economia, do poder, das relações familiares etc., cabe, em dúvida, sustentar a existência da alopoiese do Direito. Aqui não se trata de bloqueios eventuais da reprodução autopoiética do Direito positivo, superáveis através de mecanismos imunizatórios complementares do próprio sistema jurídico. O problema implica em comprometimento generalizado da autonomia operacional do Direito. Diluem-se mesmo as próprias fronteiras entre sistema jurídico e meio ambiente, inclusive no que se refere a um pretense Direito extra-estatal socialmente difuso”

Observa-se, portanto, que num primeiro momento, sob o prisma da autopoiese jurídica, a experiência jurídica ocorreria num sistema fechado, auto-produtivo e auto-referente, permitida a inter-referência

com o meio circundante desde que admitida pelo próprio sistema jurídico, o que não afastaria sua produção autopoietica.

Para encetar melhor a compreensão do tema, toma-se a liberdade de remeter a teoria da autopoiese à química. Cogite-se, por exemplo, um composto químico simples: a água. Ora, em laboratório, para se obter água bastará que se junte dois átomos de hidrogênio na presença de um átomo de oxigênio ($2H + O = H_2O$), não sendo preciso nenhum elemento externo. É dizer, o sistema se auto-produz. Coisa diversa se tem quando para produção de um composto químico a presença dos elementos, per si, não se avulta suficiente para tanto porque o sistema não é auto-produtivo, necessitando, desde aí, de um elemento externo chamado naquela ciência de reagente. Assim, igualmente, quando a polícia se utiliza de bafômetro para verificar o nível de álcool em um indivíduo, é preciso um reagente, o dicromato de potássio ($K_2Cr_2O_7$), sem o qual não ocorre oxidação orgânica que indica a existência de etanol no organismo. A experiência química, na hipótese, processou-se por meio de hetero-interferência mercê da qual se trouxe um outro elemento sem o qual o resultado não seria alcançado. Aqui, o elemento encontra-se no próprio sistema da química, mas, é sabido, o reagente às vezes é o fogo ou o atrito, elementos de outro sistema orgânico. Todavia, apenas foi possível trazer este elemento porque a própria organização estrutural do sistema permite a fim de ensejar a sua produção autopoietica.

Impende, agora, que se proceda a um desdobramento do tema a fim de bem posicioná-lo no âmbito do direito constitucional, ao escopo de bem compreender as alterações veiculadas pela Emenda Constitucional n° 45, no que diz respeito a integração dos tratados que consagram direitos humanos ao sistema jurídico pátrio.

Pois bem. Se observarmos o direito

penal como um subsistema do direito, teremos que admitir que é um sistema fechado, ou como se queira, autopoietico, porque na definição dos tipos penais ou os elementos normativos se encontram presentes ou não existe o tipo, pois naquele campo do direito se diz que vigora o princípio da estrita legalidade (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*). Ou a tipologia se diz presente, delineando, gizando a conduta típica, ou o espaço é de liberdade. Todavia, não se pode olvidar, que até mesmo no direito penal, onde estão em causa valores maiores da essencialidade humana como a vida, a liberdade e a integridade física e moral, existem normas que conduzem, isto sim, a uma experiência com elementos fora do subsistema penal e até mesmo fora do sistema jurídico. De fato, que dizer das conhecidas normas penais em branco? Como pode o cientista do direito aplicar a norma penal em branco sem se valer de elementos externos a ela? Onde estão, por exemplo, as doenças cuja notificação é compulsória a fim de ensejar a tipicidade prevista no art. 269 do Código Penal? Quais as mercadorias cuja internação ou exportação são defesas e quais as alíquotas de imposto devidas a ponto de se poder configurar os crimes de contrabando e descaminho na forma do art. 334 do Código Penal? Em ambas as hipóteses, a hetero-referência aponta para outras normas, que se não existirem, não haverá como aplicar o referido dispositivo, ou por outra, não se opera a autopoiese do sistema.

Porém, às vezes, o elemento externo à norma, para propiciar sua eficácia e, portanto, ensejar a autoprodutividade do sistema, não se encontra em outra norma. Para alcançar o elemento externo, o intérprete terá, nessa conformidade, que se socorrer dos sistemas social, econômico ou político. Que dizer, por exemplo, da qualificadora do homicídio prevista no art. 121, § 2°, III, do Código Penal? Por ali, vê-se

que se o homicídio é cometido “com o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum” poderá ter a pena exacerbada. Não há no sistema jurídico brasileiro nenhuma norma que estabeleça quais os outros meios insidiosos ou cruéis ou quais as situações que possam resultar perigo comum a ponto de qualificar o homicídio. O sistema jurídico não se auto-produz! Que dizer, ainda, do tipo previsto na outrora redação do art. 219 do Código Penal: “Raptar *mulher honesta*, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso...” O que é ou deveria se entender pela expressão etimológica *mulher honesta*?!! Qual ou quais os paradigmas de que deveria valer o cientista do direito para imprimir eficácia ao dispositivo? Aqui, sem dúvida, haverá elementos externos de outros sistemas sociais que vão influenciar de maneira direta no sistema jurídico, pois os seus próprios componentes não bastam de per si para ensejar o seu processamento a ponto de produzir efeitos. A esses elementos, chegará o operador do direito se se postar numa atitude inter-reflexiva de modo a estabelecer conexões dotadas de sentido a fim de que o sistema garanta sua produção autopoietica. Tais elementos, segundo Luhmann (1996, p. 98) já divisados por Maturana e Varela, são denominados *acoplamentos estruturais* porque a sua interação com o sistema decorre de possibilidade prevista na sua própria estrutura.

Essa “falta de autonomia operacional do direito positivo aponta para mecanismos extradogmáticos” e conduz, segundo Neves (1994, p. 128), para uma “sobreposição de outros códigos de comunicação, especialmente do econômico (ter/não ter) e do político (poder/não poder), sobre o código ‘lícito/ilícito’, em detrimento da eficiência, funcionalidade e mesmo racionalidade do Direito” e, em certos casos, em

desfavor de sua própria legitimidade.⁶ Isso ocorre, por exemplo, quando o parlamentar vota em troca de favores, quando nas delegacias de polícia se facilita a condução de inquéritos mercê de subornos ou ainda quando o juiz é peitado.

Num autêntico Estado de Direito Democrático as expectativas quer cognitivas, quer normativas, não apontam para uma interferência tão nociva da economia e da política no direito. E a reprodução operacional do direito, própria da visão autopoietica, desenvolve-se sem que o seu código binário de preferência (não exclusivo) – lícito/ilícito – seja tão bloqueado. É óbvio que há bloqueios, mas não com a intensidade com que a política e a economia amordaçam o sistema jurídico, em razão da ingerência de seus códigos binários, como acontece nos Estados periféricos latino-americanos, africanos e asiáticos, onde o Estado de Direito ainda não se encontra bem sedimentado.

Isso permite concluir que propagar na chamada modernidade periférica à reprodução operacional autopoietica do direito dentro de um fechamento organizacional, aberta apenas cognitivamente para trazer os elementos culturais, econômicos, políticos, enfim, sociais, através de acoplamentos estruturais, além de poder fomentar uma indevida ingerência dos códigos binários próprios da política e da economia sobre o direito, o que revelaria uma abertura cognitiva à clausura operacional completamente nefasta ao sistema, implica, também, uma limitação inapropriada à expansão do fenômeno jurídico na modernidade ou, como se queira, na tão decantada pós-modernidade, quando se verifica que nenhum aporte do meio circundante poderá ser trazido para dentro do sistema jurídico sem que decorra de possibilidade estrutural interna do próprio sistema a fim de manter sua produção autopoietica segundo concebida por Luhmann (1996, p. 98).

Sob tal contexto, parece acertado, efetivamente, divisar-se uma manifestação alopoiética do direito, que deixaria de ser considerado organizacionalmente fechado (clausura organizacional) para admitir outros espaços de criação e aplicação normativas, que não aqueles criados exclusivamente pelo Estado com o monopólio da função criadora (legislativa) e aplicadora do Direito (executiva e judicial), que vicejam hodiernamente estabelecendo procedimentos fora do campo da dogmática jurídica, portanto, extradogmáticos, como mais adiante se verá.

Todavia, é preciso se ter presente que tais espaços normativos, tal qual o mero acoplamento de sistemas cogitado por Luhmann apenas no plano cognitivo, ao invés de fortalecer e caminhar os Estados periféricos para a condensação do Estado de Direito Democrático, podem bloquear ainda mais o código binário jurídico (lícito/ilícito) e frear os passos do Estado rumo à democracia com a satisfação do princípio dignitário.

Por isso mesmo, Maia (1999, p. 55) louva-se em Deodato para afirmar que é preciso bem caracterizar procedimentos extradogmáticos voltados para estabelecer na realidade a estrutura do Estado. Arremata afirmando que:

“O Estado, em uma realidade subdesenvolvida, que se caracteriza pela sua impossibilidade de deter o monopólio da produção do direito, possui uma série de mecanismos paralelos para buscar solucionar os conflitos surgidos. Tais mecanismos paralelos, como procedimentos extradogmáticos que são, por vezes se tornam indispensáveis ao perfeito funcionamento da engrenagem do Estado”. (MAIA, 1999, p. 55).

A caracterização de tais procedimentos extradogmáticos revela o conteúdo alopoiético do direito. Deveras, divisam-se procedimentos que não encontram conexão com a estrutura do sistema jurídico,

portanto não são auto-referenciais, o que afastaria a possibilidade de acoplamento estrutural, mas que, em algumas hipóteses, criam no mundo circundante um espaço normativo válido porque hetero-produtivo (erigido a partir da interação de vários sistemas) e voltado para a satisfação da dignidade da pessoa humana e sedimentação da democracia.

Essa visão coloca o direito num sistema aberto ou hetero-produtivo, portanto *alopoiético* (de *al*, *állos*, do grego, elemento de composição significando “outro”, “um outro”, ou “diferente” e *poíesis*, do grego, elemento de composição significando “formação”, “criação”, segundo Ferreira⁷) onde até mesmo sua legitimidade encontraria espaço também em elementos externos, circundantes, ou como se queira, nos sistemas político, econômico e social e não apenas no próprio direito mercê de acoplamento estrutural. Por esse caminho busca-se trazer o direito para um contato mais aberto com a vida, e a experiência jurídica se completa com elementos externos trazidos de outros sistemas, que em completude vão imprimir o passo para compreensão do fenômeno jurídico.

Nessa linha, é preciso se ter presente como o fez Dias⁸ que:

“(…) un Derecho, en cuanto expresión de las fuerzas y grupos sociales que están en su base puede, en efecto, representar un factor de inmovilismo, de conservación (en mayor o menor escala) del orden existente, pero puede fortalecer también un proceso de verdadero cambio y transformación social.”

Com efeito, a concepção do direito nessa conformidade colocará o seu cientista diante de duas grandes funções: 1^a) divisar o direito como um sistema aberto que se integra com elementos provenientes dos sistemas econômico, político, enfim, social, ainda que não inter-referentes; e 2^a) expungir desta abertura os procedimentos

extradogmáticos que não legitimadores do direito⁹, porque não voltados para a satisfação da dignidade da pessoa humana e aprimoramento da democracia, se conduzidos à intensidade máxima poderiam, provavelmente, levar a alopoiese jurídica a uma autofagia do próprio direito¹⁰.

2. A Constituição Aberta e a Fundamentabilidade dos Direitos Humanos Consagrados em Tratados

O conjunto das idéias expostas aponta para que se considere a constituição como um sistema aberto. É dizer: as normas constitucionais não são apenas as explícitas. Há de se admitir a existência de normas constitucionais não explícitas, isto é, não formalmente constitucionais, conquanto possam ser até mesmo materialmente constitucionais.

Nessa ordem, as constituições das últimas décadas do século passado começaram a ampliar o elenco dos direitos fundamentais antes reduzido ao formalmente expresso no texto, para admitir como integrantes do sistema constitucional aqueles provenientes de normas de direito internacional. A expansão deste fenômeno tem sido conhecida como a internacionalização do direito constitucional. De fato, não faltam nas constituições modernas referências a normas de direito internacional como os tratados e os princípios.

Na verdade, este fenômeno eclodiu ao escopo de imprimir um grau de eficácia desejável às normas internacionais consagradas de direitos humanos. Como se sabe, o grande problema do direito internacional é a questão da eficácia de suas normas. De fato, as normas de direito internacional se ressentem da coercibilidade de que gozam as normas do direito estatal. Deveras, a Corte Internacional de Justiça não consegue, ainda, impor o comando emergente de suas decisões aos Estados, que se vêem livres,

em nome da soberania, para cumprirem ou não as normas internacionais. As sanções, via de regra, se restringem ao campo político, como, por exemplo, notas de repúdio ou embargo econômico, mas a experiência tem demonstrado que os Estados, até mesmo os periféricos, sobrevivem a embargos. Daí porque, a idéia que vicejou nas últimas décadas do século passado, foi a de trazer para o âmbito da constituição normas de direito internacional, sobretudo os princípios e tratados voltados para assegurar a paz e a convivência internacionais e a dignidade da pessoa humana.

Esse fenômeno, como se disse, tem-se expandido, podendo-se afirmar que as constituições, de um modo em geral, se abriram para recepcionar os preceitos de direito internacional consagrados de direitos humanos ao fito de imprimir-lhes, como normas de direito interno, maior grau de eficácia.

Essa expansão do fenômeno da internacionalização do direito constitucional propicia um espaço mais amplo para a fundamentabilidade dos direitos humanos, que não se limitariam apenas aos direitos positivados expressamente numa constituição, mas também aqueles que estivessem previstos em tratados ou princípios de direito internacional. Essa idéia apenas pode ser concebida, com efeito, se se considerar a constituição como um sistema aberto de normas e princípios. De modo contrário, reduzindo-a ao texto expresso, não se terá como admitir que um direito previsto num tratado integre, como norma constitucional, o elenco de direitos de um Estado.

Não obstante a importância da questão, o fato é que a recepção dos tratados e princípios de direito internacional em defesa da dignidade humana não tem obtido contornos bem definidos. Isso se deve à circunstância de que, não raro, invoca-se a soberania para afastar a recepção desta ou daquela norma internacional porque

contrária à normatividade constitucional expressa. Daí, a relevância do tema, sobretudo no Brasil, que a exemplo de outros Estados, encara a soberania de forma absoluta, relutando em admitir a integração da constituição com outras normas, numa relação de inter-referência, mesmo a despeito, nalguns casos, de disposições constitucionais expressas nesse sentido.

De outra parte, ao lado da preocupação com a vivência dos direitos humanos, os Estados europeus integrantes da União Européia se depararam com a necessidade de adaptar suas legislações ao processo de integração regional. Com efeito, buscava-se uma união de Estados diferente, não apenas sob o pálio de um vínculo contratual, que serviu por tanto tempo para validar as confederações, mas, na verdade, uma união que estabelecesse um vínculo constitutivo, assemelhado em tudo e por tudo ao vínculo de natureza constitucional estabelecido no plano interno. Somente sob o influxo de uma ordem desta natureza se conceberia que os Estados partes pudessem equalizar a satisfação de seus interesses em benefício de seus povos.

A unidade resultante deste fenômeno, que na Europa expande-se desde o final da década de cinquenta, teria que se situar acima do Estado e sob o império do direito internacional para, de um lado, suprimir a falta de eficácia daquele e, de outro, podar a sanha unilateralista fulcrada num conceito de soberania absoluta. Somente assim, poder-se-ia admitir a submissão dos Estados a um novo centro de poder que encerra as funções básicas do próprio Estado de criação e aplicação normativas. É dizer, constitui-se um novo nível de decisão legislativa, executiva e jurisdicional, ao qual se submetem os Estados e seu elemento humano.

A união daí resultante é, de fato, de natureza constitutiva porque se divisa a existência de poderes legislativo, execu-

tivo e jurisdicional que não são estatais, nem inter-estatais, mas supranacionais ou comunitários. É por isso que se afirma que a abertura das constituições modernas, por esse viés - que não prescinde, necessariamente, da flexibilização da soberania, a fim de ser exercida de forma compartilhada pelos órgãos supranacionais - deflagrou o fenômeno da constitucionalização do direito internacional, numa alusão ao vínculo assemelhado a uma constituição, de fato, de natureza constitutiva, que se forma no âmbito do direito internacional. O Tratado de Maastricht não deixa dúvida sobre a natureza constitutiva da União Européia em evolução desde o Tratado de Roma, sendo certo que, atualmente, já se encontra elaborada uma Constituição, que está sendo submetida a *referendum* pelos Estados.

Sob um ou outro viés, a abertura da constituição partindo-se de um compartilhamento da soberania pode efetivamente ser divisada nos textos constitucionais dos Estados da União Européia e latino-americanos¹¹. Observa-se que a preocupação com a vivência dos direitos humanos é o norte que tem guiado as constituições que se expandem para recepcionar normas de Direito Internacional nesse sentido.

De um modo geral, as cartas não têm hesitado em transferir soberania para órgãos internacionais ou supranacionais e o fazem, com efeito, sob os auspícios de imprimir uma maior tutela aos direitos humanos e para, efeito do compartilhamento da soberania, permitir a união mais duradoura entre os Estados, agora sob um vínculo de natureza constitutiva como no caso dos Estados integrantes da União Européia.

Vale notar que em algumas constituições os tratados, a esse declarado escopo recepcionados, encontram-se em posição superior às leis (Alemanha: art. 25; França: art. 55; Holanda: art. 94; Itália: art. 10; Argentina: art. 75, item 22; e Paraguai: art. 45). Tais constituições, com mais densida-

de do que aquelas que apenas integram as normas de direito internacional ao direito interno com força de lei, encontram-se sob o pálio do monismo kelseniano. Com efeito, é evidente a primazia do direito internacional sobre o direito estatal.

Como visto, algumas constituições destacam a prevalência das normas de direito internacional que ocupariam posição hierárquica superior a das leis. Isso significa dizer que a legislação nacional deve ajustar-se aos preceitos estabelecidos nas normas internacionais, como efetivamente disse a Constituição da Itália, que “A ordem jurídica italiana conforma-se com as regras do Direito Internacional geralmente reconhecidas.”

Note-se: afirmar que as normas de direito internacional prevalecem sobre as leis, como o fazem as Constituições da Alemanha, França, Países Baixos, Itália e Paraguai, pode gerar duas ordens de conclusão: a primeira, a de que a superioridade hierárquica se daria apenas em face da legislação ordinária; e a segunda, a de que a prevalência se daria, também, em face da própria constituição. Há constituições em que a questão restou vazada de forma clara como acontece com o comando emergente do art. 25 da Carta alemã, ou mesmo o art. 9, 1, da congênere austríaca. Já a Constituição Argentina, de sua parte, busca espantar dúvida quando proclama que os tratados que consagram direitos humanos que elenca têm hierarquia constitucional (art. 72, 22) e que outros poderão ter este *status* desde que aprovados por um *quorum* qualificado.

A questão, todavia, está longe de ser resolvida pelas disposições vazadas nas mais diversas constituições. Deveras, na doutrina internacionalista está-se formando o entendimento de que as normas de direito internacional consagradas de Direitos Humanos têm caráter supraconstitucional. Essa moderna corrente, que cada dia ga-

nha mais adeptos, parte do pressuposto da precedência histórica dos Direitos Humanos, bem como de sua essencialidade para a plenificação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Entre nós, Galindo (2002, pp. 283-284) ressalta que:

“Poder-se-ia, ademais, admitir que certos Direitos Humanos teriam este caráter. Se se parte da visão de que os tratados de Direitos Humanos visam a concretizar os princípios da dignidade humana e da prevalência dos Direitos Humanos, tais direitos, quando considerados de natureza *jus cogens* teriam, conseqüentemente, estatura supraconstitucional.

Cançado Trindade, em alguns de seus votos na Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem defendido que alguns direitos humanos possuem caráter *jus cogens*, o que leva a crer que se sobreporiam à própria Constituição Interna (...)”.

Efetivamente, a existência de um *ius cogens* conduz à idéia de um direito vinculativo, obrigatório, cogente, que se contrapõe a normas meramente preceptivas ou dispositivas. Dizer, portanto, que alguns Direitos Humanos possuem caráter *ius cogens*, é admitir o caráter vinculante das normas que os consagram e em se tratando de normas de direito internacional, a conclusão é a de que o comando delas emergentes vincularia de forma obrigatória, portanto, cogente, a sua observância no plano interno, decorrendo, daí, o caráter supraconstitucional. Por certo a maturação deste conceito será de grande importância no âmbito da responsabilização internacional do Estado, quando se afasta o caráter meramente dispositivo de normas consagradas de Direitos Humanos.

No entanto, segundo ainda registra Galindo (2002, p. 308), a concepção de normas de caráter *jus cogens* ainda se encontra no espaço da formulação teórica própria da doutrina, não tendo a Corte In-

ternacional de Justiça imprimido densidade a sua aplicação, embora previsto desde a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹².

A Convenção, todavia, ainda não foi incorporada ao sistema jurídico brasileiro, não obstante aprovada pela Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, aguarda ser submetida à deliberação do plenário.

A natureza *ius cogens* das normas gerais de direito internacional resultaria da necessidade de imprimir maior eficácia a princípios fundamentais e essenciais à dignidade da pessoa humana e a garantir uma convivência pacífica entre os Estados. Assim como no direito interno há preceitos de ordem pública que se impõem limitando a vontade das partes, igualmente no âmbito do direito internacional o caráter impositivo, cogente, não meramente dispositivo das normas de *ius cogens* limitariam a vontade soberana do Estado. Assim, o *ius cogens* tem sido concebido como fonte do direito internacional.

Robledo chama a atenção para a circunstância que as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados acerca do *ius cogens* revelam mais uma vitória do positivismo do que uma solução para a questão. O renomado internacionalista alerta para a circunstância de que a aceitação e o reconhecimento se distinguem da criação, pois pressupõem algo que preexiste, que se reconhece, que se aceita:

“... De modo, pues, que las normas imperativas bien pudieran ser de derecho natural, sólo que, para imponerse en la práctica, tiene que pasar por la aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Lo que lograron los positivistas, eso sí, fue que las normas imperativas, sea cual fuere su origen, han de ser positivizadas por la aceptación y reconocimiento de los Estados, para

poder entrar en circulación, pero no por esto se ha resuelto la cuestión del origen último de tales normas. La discusión podrá ser interminable, porque de una y otra parte podrá pretenderse, con visos de verosimilitud, esto o lo outro.” (ROBLEDO, 1984, p. 520)

Deveras, depara-se aqui, uma vez mais, com a idéia de reduzir o direito à norma escrita, como se a positivação possuísse o condão de imprimir o reconhecimento das normas de *jus cogens* por parte dos Estados. Basta ver, a propósito, a situação do Brasil, onde a convenção que estabeleceu a pretensão de normas internacionais vinculadas à concepção sequer ainda foi incorporada. Daí porque prossegue Robledo (1984, pp. 520/521) afirmando que:

“En el estado actual de mi meditación sobre este punto, yo diría que hay dos especies de *ius cogens*: un *ius cogens* naturale, aunque positivizado, si ha de entrar en circulación, y un *ius cogens positivum*, positivo de origen, en tanto que el primero es positivo por incorporación al corpus iuris positivum.

En ciertos casos podrá ser difícil el deslinde entre una y otra de las dos especies sobredichas; en otros, por el contrario, de lo más fácil. La prohibición de la esclavitud, del genocidio, por ejemplo, son con toda evidencia, normas *iuris cogentis naturalis*, mientras que la actual condición de los fondos marinos, que han sido declarado patrimonio común de la humanidad, es, a mi parecer, *ius cogens positivum*, que ha nacido por un acto constitutivo de la comunidad internacional, y no meramente declarativo, como en el *ius cogens* de la primera especie.” (ROBLEDO, 1984, pp. 520 – 521).

Sob estas duas vertentes, conclui Robledo ser plenamente possível em razão do mandamento vazado no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, divisar-se a existência do *ius cogens* sem

que seja necessário recorrer-se ao direito natural. De fato, os exemplos de que se valeu são profundamente esclarecedores de norma geral de Direito Internacional de caráter vinculativo e cogente que preexiste a positividade – e por isso são apenas declaradas, quando positivadas – bem como de normas gerais criadas, portanto antes inexistentes, e que se impõem vinculando a atuação dos agentes no cenário internacional em face da essencialidade para uma convivência digna.

Merece destacar o impulso impingido à concepção doutrinária pelo comando vazado no art. 94 da Constituição dos Países Baixos, neste estudo já transcrito, que reconhece a primazia das normas de direito internacional público *com efeito vinculativo geral* sobre a legislação interna.

Constituindo-se normas *ius cogens* os Direitos Humanos fundamentais preexistem, vinculam e compelem a atuação dos Estados, numa visão extradogmática do direito, e ainda que positivados em tratados erigem-se com caráter supraconstitucional.

Enquanto, todavia, se trabalhar sob o ranço de uma concepção absoluta de soberania, sem dúvida será muito difícil esta proposição – que é erigida em defesa da efetividade dos Direitos Humanos – adquirir foros de aceitabilidade. Por ora, ainda é grande a resistência de imprimir fundamentabilidade aos tratados de Direitos Humanos até mesmo como norma constitucional, como se verá mais adiante ao se enfrentar a matéria em face da Constituição brasileira.

3. Os Parágrafos 1º e 2º do Art. 5º da Constituição Brasileira

A influência da Constituição portuguesa na elaboração da Carta brasileira de 1988 é patente nas questões ora em estudo. Deveras, o simples cotejo do art. 4º e dos

§§ 1º e 2º do art. 5º com os dispositivos da Carta de Portugal antes transcritos¹³ não permitem outra conclusão.

Não obstante, a recepção das normas internacionais consagradoras de Direitos Humanos não tem obtido da doutrina e jurisprudência brasileiras um tratamento voltado para assegurar a fundamentabilidade material de tais direitos. Basta perceber o dissenso doutrinário acerca do alcance do preceito vazado nos parágrafos primeiro e segundo do art. 5º da Constituição.

Equacionando a matéria, impende conferir que o § 2º do art. 5º da Constituição brasileira estabelece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Significa dizer, desde aí, que se o Brasil celebra um tratado, vale dizer, é parte de um tratado que verse sobre Direitos Humanos e que amplie o rol dos direitos estabelecidos na Carta, esse tratado se incorporaria ao sistema jurídico pátrio como norma materialmente constitucional porque definidora de direitos.

A incorporação desse tratado, de sua parte, em razão do mandamento vazado no § 1º do mesmo artigo, independeria dos procedimentos estabelecidos para a introdução do tratado, como norma de direito internacional, no plano interno. É que, confira-se, pelo disposto nesse último comando normativo, “as normas definidoras de direito fundamental têm aplicação imediata”.

Assim, concluída a celebração do tratado e o Brasil sendo nele parte, não haveria de se cogitar de ratificação pelo Congresso Nacional, nem promulgação pelo Presidente da República, porque a recepção da norma de direito internacional decorreria do comando emergente do § 2º do art. 5º e sua aplicabilidade se daria de

forma imediata, sem, como se afirmou, a exigência dos procedimentos voltados para imprimir fundamento de validade interna aos tratados, adotados pela Carta na dicção do art. 49, I, norma agasalhada pela doutrina dualista não admitindo que a norma do direito internacional possa ser aplicada internamente com o mesmo fundamento de validade do direito internacional, necessitando, desde aí, da manifestação política do Estado para que possa ter validade em seu território.

Convém perceber que a norma vazada no § 1º do art. 5º encontra-se guarnecida pelo matiz kelseniano da doutrina monista com primazia do direito internacional sobre o direito interno – monismo internacionalista – o que permite a aplicabilidade direta e imediata do tratado.

Admitir a integração da Constituição com os tratados que versem sobre Direitos Humanos, que seriam dotados de eficácia desde sua celebração, como já se assentou, ainda não goza de foro mais amplo na doutrina brasileira, muito menos na jurisprudência, mas, sem dúvida, avulta-se o caminho apropriado para imprimir fundamentabilidade aos Direitos Humanos proclamados em tratados celebrados pelo Estado brasileiro. Vozes neste sentido, não obstante, já se levantam, sendo certo que o dissenso volta-se mais para o campo da aplicabilidade imediata, já se admitindo, em maior escala a incorporação dos direitos previstos em tratados como normas constitucionais.¹⁴

A despeito da boa indicação doutrinária, na Suprema Corte a matéria obteve direcionamento pela vertente oposta. Com efeito, mais de uma vez, o STF enfrentou o problema da aplicação de tratado de direitos humanos em face do direito interno. Numa destas oportunidades, o debate foi suscitado quando se deparou com a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que impingiu tutela

contra a despedida arbitrária. Note-se que este tratado foi celebrado e incorporado pelo Estado brasileiro. Todavia, sob fundamentos, entre outros, que a estabilidade no emprego depende de lei complementar nos termos do art. 7º, I, da Carta, o STF não admitiu que um tratado pudesse ser incorporado como lei complementar, quando, segundo a Suprema Corte, tradicionalmente, no sistema jurídico brasileiro os tratados são incorporados como lei ordinária¹⁵.

Observe-se que neste julgamento foi imprimida uma densidade normativa ao art. 7º, I, que lhe deferiu maior relevância em detrimento do comando emergente do art. 5º, § 2º, da Carta. Posições contrárias, todavia, expendem-se dos votos vencidos dos ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence, sob vários fundamentos, inclusive sob a perspectiva do monismo internacionalista e da possibilidade da Convenção nº 158 da OIT se encontrar incorporada como lei complementar.

A posição do STF pode ainda ser divisada quando enfrentou a prisão civil de depositário infiel em face do Pacto de São José da Costa Rica. Aqui, em várias oportunidades, sustentou a Suprema Corte que tratado somente pode ser incorporado como lei ordinária, permitindo a conclusão de que o artigo 7º, inciso 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao estabelecer a possibilidade de apenas uma hipótese de prisão civil: aquela do devedor de prestação alimentícia, não se encontra recepcionado em face da Constituição prescrever prisão civil para o devedor de prestação alimentícia e para o depositário infiel (art. 5º, LXVII).

Admitir-se a recepção em respeito ao § 2º do art. 5º, implicaria, nesta hipótese, anuir que aquele tratado possuiria o condão de derogar o preceito constitucional do art. 5º, LXVII. E, isso, segundo a Suprema Corte se avulta inadmissível porque

“Os compromisso assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica (“ninguém deve ser detido por dívida”): “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) deve ser interpretado com as limitações imposta pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.”¹⁶

Em razão da motivação deduzida pela Suprema Corte, uma indagação se impõe: Estaria, na hipótese, o compromisso assumido pelo Estado brasileiro, em tratado internacional de que é parte, minimizando o conceito de soberania do Estado-povo? A resposta, com a devida vênia, é negativa. O raciocínio é exatamente o contrário.

Ora, é postulado das sociedades políticas democráticas o de que “todo poder emana do povo”. Diferentemente não o é no Estado brasileiro onde sua Carta Política faz vazar expressamente este preceito (art. 1º, parágrafo único). Na verdade, está-se diante de preceito que num Estado de Direito Democrático não precisa sequer está insculpido de forma explícita porque se trata de norma de natureza supraconstitucional, que ao lado das consagradoras de Direitos Humanos situam-se no âmbito do que está se convencionando chamar no direito internacional de *ius cogens*, ou, como já se viu, trata-se de preceitos erigidos em defesa da proteção da dignidade da pessoa humana que, em razão de sua essencialidade para a existência digna teriam o condão de se erigir com caráter *erga omnes* e pautariam, ainda que em caráter extradogmático, as ações do Estado estabelecendo atitude mais vinculativa do que dispositiva da parte destes em relação à satisfação de seus conteúdos.

Permite-se concluir, desde aí, que até o exercício do poder constituinte originário encontraria limitação nas normas supraconstitucionais de caráter *ius cogens*. Decorrentemente, não há como não admitir que a vontade soberana do povo brasileiro está vazada na Constituição no sentido de admitir que os tratados que versem sobre direitos humanos estão incorporados ao sistema jurídico pátrio como norma de natureza constitucional (art. 5º, § 2º) e, diga-se de passagem, não como qualquer norma de natureza constitucional, senão como norma materialmente constitucional o que traz reflexos em relação à fundamentabilidade formal de tamanha importância.

Assim, como corolário, é forçoso admitir-se que o art. 7º, inciso 7, da Convenção Interamericana de Direito Humanos está recepcionado no sistema jurídico brasileiro como norma constitucional, por força do comando emergente do art. 5º, § 2º, da Carta, em satisfação da vontade da soberania popular expressada em assembléia constituinte. E, em decorrência, autoriza-se concluir que a nova norma constitucional derogou a norma constitucional anterior, ou seja: aquele dispositivo do tratado revogou parcialmente o inciso LXVII do art. 5º da Constituição, de modo a ter-se como certo que no Estado brasileiro existe, agora, apenas uma espécie de prisão civil por dívida: a do devedor de prestação alimentícia pelo inadimplemento voluntário e inescusável.

Vê-se, sob tal contextura, que o viés para solucionar a questão não se encontra no fundamento da soberania, que no entender da Suprema Corte não pode ser minimizado. Enxerga-se, ao contrário, que a soberania resta fortalecida ao se imprimir eficácia ao dispositivo constitucional cujo conteúdo expressa a vontade popular soberana. Essa interpretação, convém notar, além de satisfazer o fundamento da

soberania (art. 1º, I e parágrafo único), volta-se para igualmente satisfazer outro fundamento de igual ou maior importância: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Sem dúvida alguma, a razão de ser do próprio Estado e de sua soberania, não deve ser outra senão proporcionar uma vivência digna para o homem. Permitir o desenvolvimento de todas as aptidões inerentes à personalidade a fim de assegurar que se viva plenamente. Daí porque, atento a tal circunstância, Bonavides (2001, p. 233) ressalta a hegemonia do princípio da dignidade da pessoa humana fazendo ver que:

“Toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados”.

Deveras, há sentido falar em soberania se o seu exercício estiver voltado para imprimir conteúdo material ao fundamento da dignidade da pessoa humana, o que efetivamente só se pode conceber no âmbito de uma constituição aberta voltada como defende Canotilho (1992, p. 510) para a realização plural de todo o sistema constitucional, que possibilite o pleno desenvolvimento do homem.

Não é por outra razão que a opção da Suprema Corte pelo veio da formalidade dogmática em defesa da soberania, erige-se, também, em descompasso com a tendência globalizante que torna cada vez mais o homem sujeito de direito internacional, redundando por desprestigiar ainda mais a soberania popular que, nos termos

do art. 4º, II, da Constituição, impele a atuação do Estado brasileiro voltada para a prevalência dos direitos humanos.

A posição que está prevalecendo na Suprema Corte redundando por hipertrofiar o conceito de soberania em detrimento da dignidade da pessoa humana e resulta, sem dúvida, de uma visão dogmática que reduz o direito a normas explícitas. Com isso fecha-se a Constituição, impedindo que a ação da jurisprudência funcione como mecanismo propulsor de uma expansão do fenômeno da mutação constitucional, significando a alteração da constituição sem a atuação do poder constituinte derivado.

É por desconsiderar essa visão que aqueles que ostentam a posição contrária defendem que a incorporação dos tratados consagradores de direitos humanos necessitaria ocorrer através de emenda constitucional, como, aliás, pode-se ler em votos vencedores nas decisões da Suprema Corte sobre a matéria, aqui antes reportadas.

Essa tendência nefasta de reduzir o direito à norma explícita, de fato, obriga da parte dos operadores que a adotam, comportamento da espécie. Assim, quando se deparam com uma hipótese em que a norma não se encaixa tal qual a mão à luva, ou ainda quando a luva aperta, pior ainda, quando não há luva – quer-se dizer, quando não há moldura normativa – sentem uma dificuldade tamanha de trabalhar cientificamente o direito, de decidir, e outra não é a opção senão conduzir a questão para o caminho da legalidade formal, fugindo de uma concepção extradogmática do Direito, e daí a necessidade de se defender proposições *de lege ferenda*, ainda que *de lege ferenda constitucionalis*, como se fez no STF ao sustentar a viabilização de incorporação dos tratados em estudo, desde que através de emenda constitucional.

O veio dogmático, uma vez mais, sagrou-se vencedor.

4. O § 3º do Art. 5º acrescido pela Emenda Constitucional nº 45: O Décimo Segundo Camelo de Luhmann

A Emenda Constitucional nº 45, acrescentou o § 3º ao art. 5º. O dispositivo acrescido encontra-se assim vazado: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Como se vê, prevaleceu, como aqui neste estudo se divisava, o veio do dogmatismo clássico, sob a tendência ainda dominante de reduzir o direito à norma escrita. O constituinte derivado seguiu a orientação da Suprema Corte para apenas admitir que se integraria ao sistema jurídico como norma constitucional os tratados de direitos humanos que forem aprovados com a mesma formalidade exigida para a emenda à Constituição. Com efeito, a aprovação em cada casa em dois turnos de votação e com o quorum de três quintos constituem limitações formais de natureza procedimental impostas ao exercício do poder constituinte derivado conforme estabelece o § 2º do art. 60 da Carta.

Confira-se, na dicção do dispositivo acrescido, o receio untado no ranço dogmático, que sente dificuldade em afirmar que o tratado é incorporado como norma constitucional. É, de fato, uma linguagem forte para quem não rompeu a estrutura científica clássica do direito. Por isso, após estabelecer que a aprovação do tratado ocorrerá com as mesmas exigências formais estabelecidas para a edição de emenda, a norma se torna redundante quando afirma o óbvio na expressão etimológica que fecha a proposição: “serão equivalentes às emendas constitucionais”. O que o constituinte quis dizer e teve receio é que “Os tratados e convenções internacionais

sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, integram a Constituição”. Esta seria a melhor roupagem filológica da norma na verdade despidianda.

De qualquer modo, do dispositivo acrescido se extrai a ilação de que o tratado, ainda que consagre direitos humanos, não será incorporado à Constituição quando não obedecidas as exigências procedimentais estabelecidas para o exercício do poder constituinte derivado, hipótese em que será incorporado como lei ordinária se assim desejar o Congresso Nacional. Esse tratamento da matéria alinha-se àquele imprimido pela Constituição da Argentina (conferir nota 11).

Nessa altura da análise, uma indagação se impõe: seria efetivamente necessária a norma acrescida? Ela redundou por imprimir uma maior abertura da Constituição em defesa da integração dos tratados que consagrem Direitos Humanos.

Nesse diapasão, retomo uma vez mais o pensamento de Luhmann, sempre preocupado com o sentido de uma análise sociológica do Direito. Desta feita, propõe a seguinte questão:

“Um rico beduíno estabeleceu a sucessão por testamento a seus três filhos. A partilha foi estabelecida em torno de seus camelos. O filho mais velho, Achmed, deveria receber a metade. O segundo filho, Ali, ficaria com um quarto do previsto. O filho mais novo, Benjamin, teria apenas um sexto. Essa disposição [a princípio] parece [resultar] numa divisão desigual, arbitrária e injusta. [Porém,] ela corresponde mais exatamente ao valor proporcional dos filhos sob a perspectiva histórica de perpetuação do clã, e esta corresponde precisamente à alegria do pai com o nascimento de cada um deles: o segundo filho seria privilegiado somente no caso de o primeiro morrer sem

deixar descendente varão etc. Daí a proporção de diminuição das partes. Entretanto, e devido a imprevistos, o número [total] de camelos foi reduzido consideravelmente antes da morte do pai. [Assim], quando ele morreu, restavam apenas onze camelos. Como deveriam dividir? Ali [sic!]¹⁷ reivindicou sob protesto, seu privilégio de filho mais velho, ou seja, seus seis [camelos]. Porém, isto seria mais que a metade. Os outros [por isso] protestaram. O conflito foi levado ao juiz, o qual fez a seguinte oferta: eu ponho um camelo meu à vossa disposição, e vocês restituir-me-ão, se Alá quiser, o mais rápido possível. Com doze camelos a divisão ficou simples. Achmed recebeu a metade, quer dizer, seis. Ali recebeu seu quarto, sou seja, três. Benjamin não foi prejudicado recebendo seu sexto, ou seja, dois. Assim os onze camelos foram divididos e o décimo segundo pôde ser devolvido”. (LUHMANN, 2004, pp. 33 –34).

O que indaga Luhmann é se o décimo segundo camelo seria necessário. Segundo ele a divisão confirma, como operação do sistema, a indivisibilidade do mesmo. Isso conduziria ao raciocínio de que o camelo desempenha uma função simbólica que expressa uma ‘mais valia’ para o sistema: existe sem existir! Ele (o camelo) tornou possível a operação de divisão, cujo resultado se processaria igualmente sem sua presença física.

O décimo segundo camelo, nessa conformidade, revela o fechamento operacional e, ao mesmo tempo, por mais paradoxal que possa parecer, a abertura do sistema jurídico, na exata medida em que ao operacionalizar sem que ele tenha sido nele introduzido, há necessariamente dele ser considerado como um elemento externo, uma referência, do mesmo modo que, admitir-se que sem o camelo o sistema não funciona, a clausura organizacional importaria, nesta vertente, a sua inserção, sob pena do sistema não ser operacionalizado.

A pergunta agora deve ser a seguinte: Não seria a disposição vazada no § 3º do art. 5º da Constituição tal qual introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, o décimo segundo camelo?

Na verdade, ao invés de imprimir uma maior abertura cognitiva ao sistema, o § 3º acrescido, ao escopo de ensejar seu fechamento operacional, redundou, isso sim, por deflagrar um fechamento cognitivo que, definitivamente, não imprime maior fundamentabilidade aos Direitos Humanos, na medida em que a integração à Constituição dos tratados que consagram Direitos Humanos decorria de abertura cognitiva a partir do acoplamento estrutural vazado no § 2º do art. 5º, com uma única limitação: a de que o tratado não restrinja os direitos expressamente reconhecidos pela Carta. Agora, sob a irradiação dos efeitos do § 3º, que exige a integração com respeito às limitações procedimentais para edição de Emenda à Constituição, vê-se que ao invés de ensejar abertura, a disposição, na verdade, deflagra um fechamento cognitivo do sistema constitucional impondo dificuldades para a integração.

Com efeito, a norma acrescida imprime um fechamento operacional quando deveria se voltar para uma abertura cognitiva em defesa da fundamentabilidade dos Direitos Humanos, como o faz o parágrafo segundo. Em outras palavras, o que se quer dizer é que um tratado de Direitos Humanos era muito mais facilmente incorporado diante da abertura ensejada pelos §§ 2º e 1º do art. 5º, porque o era sem as exigências agora estabelecidas em decorrência do § 3º.

Decorre, desde aí, a inconstitucionalidade do § 3º acrescido, na exata medida em que, como norma de fechamento – impedindo a abertura cognitiva antes existente – redundou por restringir direitos e garantias, atingindo, dessa forma, o núcleo material irredutível do Estado (art. 60, § 4º, IV, da Carta).

Conclusão

O que se pretendeu com as incursões deduzidas neste estudo foi demonstrar que o sistema jurídico tem se expandido em relações de inter-referência, revelando-se cada dia mais aberto para a compreensão de que direito não é exclusivamente norma expressa.

Essa expansão, no campo do direito constitucional, tem conduzido a um rompimento de “linhas de fraturas” entre o próprio direito constitucional e o direito internacional, a ponto de, rompendo-se com antigos paradigmas, divisar-se nova concepção de constituição mercê de uma visão mais ampla do fenômeno jurídico em face da *alopoiese* jurídica.

A concepção do direito como um sistema aberto, inter-referente e hetero-produtivo permite que nele se albergue procedimentos extradogmáticos como a fundamentabilidade dos direitos humanos em nível de ordenação *ius cogens* ou, quando menos, em nível de norma constitucional. Deveras, a compreensão de um sistema jurídico aberto permite a recepção direta no direito brasileiro, em nível de norma constitucional, dos tratados que consagrem direitos humanos, em decorrência dos preceitos vazados nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, que admitindo a integração inter-referente e hetero-produtiva do sistema constitucional, acolhe essas normas como normas materialmente constitucionais, porque definidoras de direito, conquanto não formalmente constitucionais.

Com o preceito vazado no § 3º do art. 5º acrescido pela Emenda Constitucional nº 45 divisa-se o fechamento operacional do sistema, que perdeu sua abertura cognitiva. Todavia, os efeitos deflagrados pela nova norma expressa apenas podem atingir outros tratados que vierem a ser celebrados pelo Brasil, não possuindo o condão de ir-

radiar efeitos pretéritos em relação a tratados de direitos humanos que já haviam se integrado à Constituição em decorrência da abertura cognitiva vazada no § 2º do art. 5º, cuja disposição colide com a norma de fechamento, que se avulta, com isso, inconstitucional na medida em que restringe direitos e garantias (art. 60, § 4º, IV, da Carta).

A integração e a conseqüente hetero-produção do sistema constitucional a partir dos tratados que versem sobre direitos humanos decorre da essencialidade de tais direitos à existência de condições de vida digna revelando, desde aí, o caráter *ius cogens* de tais normas, que passam, com isso, a assumir hegemonia diante das normas internas em face do caráter imperativo, vinculatório, obrigatório, cogente e apto a vincular o processo de criação e aplicação normativa do Estado.

Como corolário, normas constitucionais que tais revogam ou derrogam as normas constitucionais anteriores desde que voltadas para satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana, sem que se divise, aí, qualquer menoscabo à soberania do *Estado-povo*; já porque os preceitos vazados naqueles comandos constitucionais expressam a vontade popular que, em suma, é a que deve estar plasmada na opção e decisão jurídico-política a fim de que o direito posto, ainda que positivado e mercê de norma particular como a decisão judicial, seja realmente legítimo e, portanto, democrático; já porque, não se pode olvidar, de acordo com a Constituição, a soberania é tão fundamento do Estado brasileiro quanto a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III) e o exercício daquela qualidade do poder do Estado apenas terá sentido em função da satisfação deste postulado básico da vida.

A posição contrária vem indiscutivelmente amparada na visão dogmática tradicional de reduzir o direito à norma,

sobremodo a norma escrita, não concebendo o direito como estrutura da sociedade (LUHMANN, 1983, p. 167), ou seja, um sistema estruturante dotado de sentido a partir de inter-referências com outros sistemas sociais como o político e o econômico. Coloca-se, ao contrário, o direito numa clausura organizacional onde toda legitimidade e operacionalidade do sistema decorreriam dele próprio, ou seja, a partir de auto-referência, o que tornaria o sistema jurídico hermeticamente fechado, ou por outra, auto-produtivo ou autopoietico.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício Leitão. *Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica*. In: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco. Recife: ESMAPE, junho/1996.
- _____. *Inautenticidade do pensamento dogmático na ciência do direito contemporâneo*. In: Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco. Ano 25/26, nº 25/26. Recife: 1983/84.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.
- CORRÊA, Rossini. *Crítica da Razão Legal*. Têmis contra Sofia. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.
- FEITOSA, Raymundo Juliano. *Quinze anos da Constituição de 1988: O "fetichismo" como limite às possibilidades de concretização da Constituição Federal de 1988*. In: Constitucionando Direitos. 15 anos da Constituição brasileira de 1988. SCAFF, Fernando Facury (org.). Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.
- KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- LOPES, Dalmy. In: Niklas Luhmann: *Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmir (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- _____. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *Introducción a la Teoría de Sistemas*. México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- _____. *A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma Análise Sociológica do Direito*. In: Niklas Luhmann: *Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmir (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MAIA, Alexandre da. *Autopoiesis versus prática procedimental: o falso dilema do Poder Judiciário*. In: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco, v.4, nº 9, Recife: jan/jun 1999.
- MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. *A Árvore do Conhecimento. As bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2004.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- ROBLEDO, Antonio Gómes. *Ius cogens y ius naturale*. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ano XVII, nº 50, Instituto de Investigações Jurídicas: Universidad Nacional Autónoma do México: mayo/ago.1984.
- SOBOTA, Katharina. *Não mencione a norma!* In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE, nº 7, Recife: Ed. UFPE, 1995, p.251, separata do *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, traduzida por João Maurício Adeodato.

NOTAS

¹ Habermas, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus, 02 vols, 1987, além de detalhamentos e expansão da teoria em várias outras obras.

² Luhmann, Niklas. *Introducción a la teoría de Sistema*. México: Universidad Iberoamericana, 1996, além de várias outras obras, entre elas, a *Sociologia do Direito*, publicada no Brasil pela editora Tempo Brasileiro, 1983, 02 vols.

³ Neves, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil: Uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luh-*

mann e Habermas. Extrato de tradução inédita, p. 36, cedido pelo próprio autor.

⁴ LADEUR, Kark-Heinz. *Perspektiven einer post-modern Rechtstheorie*. Zur Auseinandersetzung mit N. Luhmanns Konzept der *Einheit des Rechtssystems*, in: *Rechtstheorie* 16 (Belin: Duncker & Humblot), pp. 383 – 427, apud NEVES (1994, p. 126).

⁵ TEUBNER, Gunther. *Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungslärm? Autopoietische Geschlossenheit als Problem für die Rechtssetzung*, in: D.Grim e W. Maihofer (orgs). *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik* (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13). Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 45 – 64, apud NEVES, idem, p.127.

⁶ Rossini Corrêa registra que “Até o presente estágio da humanidade, todas as proposições jurídicas foram, mais ou menos, unificadoras (no discurso) e conformadoras (na prática)”. Reconhecendo que os Direitos Humanos devem ser “uma força real de unificação do mundo fragmentário”, projeta a experiência jurídica sob múltiplas disjunções: ECONÔMICA (Proprietário x Não-proprietário); SOCIAL (Incluídos X Excluídos); JURÍDICA (Com Direitos x Sem Direitos); POLÍTICA (Governantes x Governados); e IDEOLÓGICA (Emissores x Receptores). (CORRÊA, 2004, pp. 86- 87).

⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, pp. 90 e 1352.

⁸ DÍAZ, Elias. *Sociologia y Filosofia del Derecho*. Madrid: Taurus, 2ª edición, p. 203, apud Feitosa (2003, p. 251).

⁹ A legitimação do direito pelo procedimento tem sido o marco de uma teoria material da democracia. Nesse sentido conferir Luhmann em *Legitimação pelo procedimento*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980. Efetivamente, a processualização tanto do ato administrativo, quanto dos atos jurídicos privados tem sido o toque da moderna concepção democrática, quando se divisa nessa processualização o espaço de discussão apropriado para afluir elementos legitimadores. Ilustrando, considere-se que os sistemas jurídicos modernos expungiram quaisquer distinções entre filhos havidos na constância do casamento ou fora dele. Legitima-se, com isso, aquele que age, que procede

como pai, ou, quando menos, que assim deva agir ou proceder. Afastam-se, assim, dogmas ou rotulações normativas colocando-se o direito em maior contato com a vida.

¹⁰ Para Luhmann (1980, p. 120) a autofagia do direito, sob tal conformação, pressuporia “defender um direito totalmente alterável [que] parece ser tão absurdo quanto tentar construir com pedras líquidas e não sólidas. Não existe.”

¹¹ Vale conferir, nesse sentido, as seguintes disposições: Constituição da Alemanha: “Artigo 24 Organizações internacionais 1. A Federação pode transferir, por via legislativa, direitos de soberania para organizações internacionais. 1 a. Sempre que os Estados federados corresponda o exercício de competências e o cumprimento de funções estatais, podem, com a aprovação do Governo Federal, transferir direitos de soberania para instituições transfronteiriças. 2. Com o fim de manter a paz, a Federação pode aderir a um sistema de segurança coletiva recíproca, aceitando restrições aos seus direitos de soberania que promovam e assegurem uma ordem pacífica e duradoura na Europa e entre os povos do mundo...Artigo 25 Direito Internacional Público e Direito Federal As normas gerais do Direito Internacional Público são parte integrante do Direito Federal, prevalecem sobre as leis e constituem fonte de direitos e obrigações para os habitantes do território federal”. Constituição da Áustria: “Artigo 9. 1. As normas geralmente reconhecidas do Direito Internacional são parte integrante do ordenamento federal. 2. Através de lei ou tratado internacional, autorizado conforme o disposto no ponto 1 do artigo 50, podem transferir-se direitos de soberania da Federação para instituições interestaduais e para os seus órgãos e regular no âmbito do Direito Internacional a atividade dos órgãos do Estado estrangeiro no território nacional, bem como a de órgãos austríacos no estrangeiro”. Constituição da Espanha: “Artigo 10 2. As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece serão interpretadas de acordo com a Declaração dos Direitos do Homem e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas por Espanha.” Constituição da França: “Artigo 55 Os tratados e acordos regularmente ratificados ou aprovados possuem, desde a pu-

blicação, autoridade superior à das leis, sob reserva, em cada caso, de aplicação pela outra parte” Constituição da Itália: “Artigo 10 A ordem jurídica italiana conforma-se com as regras do Direito Internacional geralmente reconhecidas... Artigo 11 A Itália repudia a guerra como meio de ofensa à liberdade dos outros povos e como meio de resolver as controvérsias internacionais; consente, em condições de paridade com outros Estados, nas limitações de soberania necessárias para um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações; promove e apóia as organizações internacionais que visam esse objetivo”. Constituição dos Países Baixos: “Artigo 90 O Governo promove o desenvolvimento da ordem jurídica internacional. Artigo 91. 1. O Reino não ficará vinculado por tratados nem estes poderão ser denunciados sem a aprovação prévia dos Estados Gerais. A lei determina os casos em que esta aprovação não é necessária. 2. A lei determina o modo como é concedida a aprovação e pode prever a possibilidade de aprovação tácita. 3. Quando um tratado incluiu disposições contrárias à Constituição, as Câmaras não podem dar a sua aprovação sem, pelo menos, dois terços dos votos expressos. Artigo 92. Podem ser atribuídas por tratado, ou em virtude de um tratado, competências legislativas, administrativas e judiciais a organizações de Direito Internacional Público, observando, se necessário, o disposto no artigo 91, número 3. Artigo 93 As normas dos tratados e as resoluções das organizações de Direito Internacional Público com conteúdo vinculativo geral só têm eficácia cogente após a sua publicação. Artigo 94. As disposições legais em vigor no Reino não são aplicáveis se a sua aplicação não for compatível com as normas dos tratados ou as resoluções das organizações de Direito Internacional Público com efeito vinculativo geral”. Observa-se, de um modo geral, a preocupação com a vivência dos direitos humanos é o norte que tem guiado as constituições que se expandem para recepcionar normas de Direito Internacional nesse sentido. De um modo geral, as cartas não têm hesitado em transferir soberania para órgãos internacionais ou supranacionais e o fazem, com efeito, sob os auspícios de imprimir uma maior tutela aos direitos humanos e para, efeito do compar-

tilhamento da soberania, permitir a união mais duradoura entre os Estados, agora sob um vínculo de natureza constitutiva como no caso dos Estados integrantes da União Européia. Constituição de Portugal: “Artigo 7º. nº 6. Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica e social, convencionar o exercício em comum dos poderes necessários à construção da união européia. Artigo 8º (Direito Internacional) nº 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português... nº 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos... Artigo 16º nº 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. nº 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.” Constituição da Suécia: “Artigo 5 O Parlamento poderá transferir o poder decisório para as Comunidades Européias sempre que estas assegurem uma proteção de direitos e liberdades equivalente às oferecidas pelo presente Instrumento de Governo e pela Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. O Parlamento decidirá sobre este tipo de transferência através de uma resolução, que deverá obter o voto favorável de três quartos, pelo menos, dos votantes. A resolução do Parlamento poderá também ser aprovada através do procedimento estabelecido para a aprovação de uma lei fundamental. Nos restantes casos, os poderes de decisão baseados diretamente no presente Instrumento de Governo, ou que tenham como objeto a aprovação de normas, a aplicação de recursos do Estado, a conclusão ou, conforme o caso, a denúncia de tratados ou obrigações internacionais, poderão ser transferidos, de forma limitada, para uma organização internacional de cooperação em favor da paz a que o Reino tenha aderido, ou vá aderir, ou para um tribunal internacional. Neste ponto, não se

poderá transferir qualquer poder de decisão que tenha como objeto a aprovação, modificação ou revogação de alguma lei fundamental...” Constituição do Uruguai: “Art. 72 – A enumeração dos direitos, deveres e garantias expressos nesta Constituição, não exclui outros que são inerentes à personalidade humana ou derivem da forma republicana de governo.” Constituição da Argentina: “Artículo 33 – Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Artículo 75 – Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deveres del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional.” Constituição do Paraguai: “Artículo 45 – De los Derechos y Garan-

tías no enunciados. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en estas Constituciones no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía. Artículo 137 – De la Supremacía de la Constitución La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.”

¹² O autor refere-se ao art. 53 da Convenção assim vazado: “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.” Já o art. 64, dispõe sobre a superveniência de uma norma de *ius cogens* prescrevendo que “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.” As consequências dessa nulidade estão disciplinadas no art. 71 de modo a fazer prevalecer a nova norma, destacando-se, de acordo com a alínea “b” do inciso I que as partes são obrigadas a “adaptar suas relações mútuas à norma imperativa de Direito Internacional geral.”

¹³ Conferir na nota nº 11.

¹⁴ Nesse sentido, vale conferir: 1º) CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção aos Direitos Humanos, *in A Incorporação das Normas Internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. San Jose de Costa Rica/Brasília: 1996, Ed. Cançado Trindade, pp. 205 – 236; 2º) PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São

Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 75 – 120; 3º) PIOVESAN, Flávia. *Globalização Econômica, Integração Regional e Direitos Humanos*, in PIOVESAN, Flávia (Coordenadora). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 39 – 75; 4º) MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal, in TORRE, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25-26; 5º) GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*.

Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp.249 – 321; e 6º) MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais. Estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, pp. 233 – 325.

¹⁵ ADI 1480 MC/DF, rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 18.05.2001.

¹⁶ excerto da ementa do HC 73044/SP, de relatoria do Min. Maurício Correia, DJ de 20.09.96.

¹⁷ O tradutor alerta para o fato de que Luhmann fez uma pequena confusão, uma vez que o filho mais velho é Achmed.

CONSTITUCIONALISMO E INTERPRETAÇÃO

CONSTITUTIONALISM AND INTERPRETATION

JOSE LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: A discussão, aberta neste texto, toma como referência o diálogo com as obras de Robert Alexy e Ronaldo Dworkin para referendar a compreensão da complexidade, da relatividade e da diversidade do mundo atual e as implicações para o Direito Constitucional, aqui tomado como método e processo, cuja vinculação à história e ao caso concreto permite a superação de uma concepção legalista pobre. Para tanto, a análise volta-se para as contribuições do Direito Constitucional inglês e norte-americano, para finalmente se reportar ao Direito contemporâneo, em seu aspecto global e universal.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Interpretação. Constitucionalismo inglês. Constitucionalismo norte-americano.

Abstract: This study turns concerning the dialogues with works of Robert Alexy and Ronaldo Dworkin to attest the understanding of complexity, relativity and diversity of the present world and the implication to the Constitutional Rights, at this very moment taken as a method and process, which entailing to the history and to the real case allows the overcoming of a poor legalist conception. To do so, the analysis turns to the contribution of Britannic and North American Constitutional Rights, to finally return to the contemporary rights, for its global and universal aspects.

Key Words: Constitutional Rights. Interpretation. Britannic Constitutionalism. North American Constitutionalism.

Não vamos neste ponto repetir o que já foi escrito de forma competente por diversos juristas contemporâneos. Cada um, dentro de seu marco teórico, desenvolveu reflexões importantes que devem ser conhecidas e estudadas. Vamos aqui desenvolver nossas reflexões sobre o tema, procurando oferecer uma contribuição a este debate. As reflexões que se seguem são construções teóricas efetuadas a partir do debate com o pensamento de diversos autores, sendo que, no que diz respeito especialmente a questão do conflito de princípios, a partir do diálogo com as obras de Robert Alexy e Ronald Dworkin, tomando este último como referencial teórico capaz de nos oferecer maior segurança diante da incerteza, relatividade e complexidade descoberta.

O Direito Constitucional evolui com grande velocidade nestes anos de crise. Podemos dizer que nunca na história, a comunicação entre os dois grandes sistemas ocidentais de Direito, ocorreu com tanta intensidade, trazendo contribuições importante um para o outro.

A mudança da compreensão do significado do que é Constituição ocorre a partir de exigências de um mundo dinâmico e complexo. Constituição não é texto e Direito não é regra e não pode ser assim considerado, sob pena de se tornar obsoleto. É inimaginável a possibilidade do parlamento acompanhar e prever todas as possíveis situações fáticas decorrentes dos avanços da tecnologia (biomédica, biotecnologia, tecnologia das comunicações,

* Professor Doutor. Professor do Unicentro Izabela Hendrix, da PUC-MG, UFMG e UMA.

tecnologia da produção entre outras), na vida das pessoas. A vida se mostra muito mais complexa do que a ciência (simplificadora por exigência) e os seres humanos felizmente não se adequam aos sistemas prontos. Assistimos desmorerar diante de nossos olhos os sistemas teóricos econômicos, sociais e políticos construídos durante os séculos XVIII e XIX e implementados nos séculos XIX e XX. Assim vimos morrer a promessa liberal, o socialismo real, nos conformamos ao adiamento do sonho comunista e anarquista assim como assistimos propostas que se diziam mais realistas e, portanto mais tímidas, como a social democracia, o social cristianismo, entrarem em crise radical. Assistimos, hoje, patéticos economistas televisivos, arrogantes e presunçosos, afirmarem que não há salvação fora de suas pobres teorias (daí o caos em que vivemos) que mandam no mundo (teorias que transformaram os seres humanos em pouco mais que ratos que reagem a estímulos de consumo e poupança). A economia neoliberal (neoconservadora) se transformou em uma nova religião inquestionável. Felizmente começa a ser desmascarada e lentamente abandonada.

Diante deste mundo surpreendente o desafio é perceber sua complexidade, sua diversidade e sua relatividade. Diante disto uma nova consciência jurídica começa a se expandir. A superação de um legalismo pobre é exigência do nosso tempo. O Direito não pode ser resumido a regra, pois não há a possibilidade de previsão de regras para solucionar todos os conflitos de um mundo complexo. O Direito principiológico vinculado à história, vinculado ao caso concreto se tornou uma exigência democrática. Para compreendermos as origens históricas das reflexões contemporâneas do Direito Constitucional, e como antes das teorizações elas já eram realidades históricas, vamos começar a estudar esta questão através da compreensão da contribuição do

Direito constitucional inglês e norte americano para o Direito contemporâneo, que é neste sentido (enquanto método e processo), global ou universal.

1. O Constitucionalismo Inglês

A Constituição inglesa (ou o constitucionalismo inglês para alguns) começa a nascer simbolicamente com a Magna Carta de 1215. Três são as instituições protagonistas da histórica constitucional inglesa: o Rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns. O predomínio de cada um destes protagonistas marca períodos da história política e constitucional do Reino. No período que vai de 1215 até o século XVII, predomina a autoridade do Rei, marcando um período monárquico. Entre o século XVII e meados do século XIX prevalece a Câmara dos Lordes, marcando o período aristocrático, e, desde de final do século XIX até os dias de hoje ocorre o predomínio da Câmara dos Comuns, que seria então o período democrático. Alguns autores vêem no século XVIII um período misto, onde então ocorreria uma união ideal das três formas clássicas de governo: a monarquia, a aristocracia e a democracia.¹

Muitos equívocos foram cometidos a respeito da Constituição inglesa. Dizia-se que a Inglaterra² (leia-se Reino Unido) não tinha Constituição ou então que não tinha Constituição escrita, duas incorreções. Alguns começaram a separar o inseparável, a constituição moderna de constitucionalismo, afirmando que na Inglaterra e Israel, entre outros havia constitucionalismo sem Constituição (bobagem). O equívoco estava em reduzir a Constituição a sua forma, não compreendendo que Constituição pode até ser forma e pode até ser matéria específica, historicamente localizada, mas seu único elemento permanente é a sua hermenêutica, a Constituição sempre será interpretação, compreensão, leitura históri-

ca, e, portanto, temporal e geograficamente localizadas. Aliás, constituição é vida e vida é interpretação. Tudo é interpretação e a interpretação é história, cultura, vida e, portanto complexidade.

Para fins de referencial histórico a maior parte dos autores mencionam a Magna Carta de 1215 como o marco inicial de formação da Constituição Inglesa. A Magna Carta não é a primeira Constituição, mas nela podemos encontrar os elementos essenciais do constitucionalismo moderno: limitação do poder do Estado e declaração de direitos da pessoa.

A Constituição inglesa a partir de então começa a se construir sobre um tripé cuja a Magna Carta constitui apenas o início:

a) as leis escritas produzidas pelo parlamento que podemos chamar de *Statute Law*. As leis constitucionais produzidas pelo parlamento são Constituição não porque são elaboradas por um poder constituinte originário ou derivado, ou por observarem procedimentos legislativos especiais, mas são Constituição, por tratarem de matéria constitucional, ou seja, limitação do poder do estado com distribuição de competência e organização da sua estrutura e território e a declaração e proteção dos direitos fundamentais da pessoa;

b) as decisões judiciais de dois tipos: o *Common Law* e os *Cases Law*. Por *Common Law* compreendemos as decisões judiciais (escritas) que incorporam costumes vigentes à época. Por *Cases Law* temos as decisões judiciais que se traduzem por interpretações e reinterpretções, leituras e releituras das normas produzidas pelo parlamento;

c) e a terceira base, as Convenções constitucionais, que são acordos políticos efetuados no parlamento, não escritos, de conteúdo constitucional (entenda-se por conteúdo constitucional aqui as normas de organização e funcionamento do Estado,

distribuição de competência e limitação do poder do Estado e as declarações e posteriormente garantias de direitos fundamentais).

Como se vê, a Constituição inglesa existe, e é essencialmente escrita, pois dois dos três pilares de sua estrutura são escritos. Importante ainda ressaltar que as Convenções constitucionais não escritas, são obrigatórias, e por força da tradição, são de difícil alteração. Uma Convenção constitucional pode se transformar em lei do Parlamento, e neste caso o seu cumprimento ou não pode ser objeto de decisão judicial. Entretanto, enquanto Convenção constitucional, esta é de competência do parlamento, e o fato de uma ruptura com uma Convenção não autoriza o Judiciário a decidir sobre o fato.

Em outras palavras devemos entender o seguinte: uma Convenção constitucional é um acordo parlamentar não escrito, alguns durando séculos, que têm enorme força, sendo de difícil alteração. Entretanto, para romper com uma Convenção, basta não mais aplicá-la. Este fato para nossa cultura pode parecer fácil, mas, na cultura inglesa, extremamente tradicional, é difícil acontecer. Uma vez rompido com o acordo, está rompido, e este rompimento não pode ser objeto de análise do Judiciário.

O que nos interessa no constitucionalismo inglês é a sua contribuição para o constitucionalismo norte-americano, que influenciou fortemente o constitucionalismo brasileiro a partir de 1891. A sua contribuição principal neste caso não está na força do parlamento, mas na força do Juiz. O Judiciário constrói a norma justa aplicável ao caso concreto. Se esta norma construída pelo Judiciário cuida de matéria constitucional, ela é Constituição. O que acabamos de dizer vem a ser teorizado com maior consistência no século XX, entretanto é praticado a séculos.

Esta construção e reconstrução da compreensão da Constituição inserida na

realidade econômica, social, cultural e política, é fato, que passa a ser melhor teorizado na segunda metade do século XX. A Constituição inglesa é de extrema complexidade, pois não foi construída sobre uma única base, um texto constitucional produto de um poder constituinte originário, sistematizado, codificado, dividido em títulos, capítulos, seções, artigos, incisos e alíneas, mas é formado por diversas leis que são interpretadas, reinterpretadas e formalmente modificadas, isto tudo somado a Convenções não escrita acordadas no parlamento, o que torna a compreensão da Constituição Inglesa extremamente difícil para nós.

Não há na história constitucional inglesa um poder constituinte originário, eleito para elaborar a Constituição dissolvendo-se depois desta tarefa, restando um poder constituinte derivado de reforma atuante a qualquer momento, desde que cumpridos os requisitos formais. Podemos dizer que não há na Inglaterra um poder constituinte originário nem derivado, mas um poder constituinte permanente que atua no legislativo, judiciário e na cultura política. A idéia britânica da soberania do parlamento reside na afirmação antiga de que o parlamento (as câmaras e o rei) pode adotar qualquer lei. Assim não existe norma superior à lei e logo uma lei de conteúdo constitucional pode a qualquer momento ser modificada por uma lei ordinária. A lei constitucional não o é por ter procedimento legislativo diferente, mas somente pelo seu conteúdo. Alguns ainda defendem a idéia de que aquilo que a rainha faz em seu parlamento é direito e não há limites ao que pode fazer o parlamento (ao menos limites jurídicos por ser obvio a existência de limites históricos, fáticos). Assim os Tribunais não podem recusar a aplicação de uma lei sob o fundamento de invalidade ou inconstitucionalidade, recusando-se, portanto um mecanismo judicial

de controle de constitucionalidade das leis produzidas pelo parlamento.³

Entretanto recentemente a um forte movimento em defesa da adoção de uma declaração de direito, de uma codificação dos direitos e liberdades com um valor supralegislativo e logo suscetível de um controle de constitucionalidade. Esta tese ainda é minoritária, mas mudanças importantes vêm ocorrendo com a condição do Reino Unido de Estado Membro da União Européia. O Ato dos Direitos Humanos adotado em 1998 tornou a Convenção Européia de Direitos Humanos diretamente aplicável. Embora a Convenção não tenha superioridade em relação às leis ordinárias do parlamento, um deputado que proponha uma lei deve fazer uma declaração sobre a compatibilidade desta com a Convenção. Os Tribunais continuam não podendo anular uma lei do parlamento, mas devem, no caso de conflito entre uma lei do parlamento e a convenção, promover uma interpretação que as tornem compatíveis. Sendo impossível a compatibilização, esta deve ser declarada pelo Tribunal. O juiz não pode afastar a aplicação da lei parlamentar, mas para por fim ao conflito o primeiro ministro pode, emendar a lei sem voltar ao caso concreto que gerou o conflito.⁴

Outro aspecto importante da tradição jurídica inglesa, que decorre de maneira lógica de tudo o que foi dito, é o recurso ao precedente, como fonte do direito constitucional. Os precedentes judiciais são Constituição, na forma de decisões que incorporam tradições e costumes, e nas interpretações e reinterpretções da lei produzida pelo parlamento. Importante lembrar que a jurisdição suprema do Reino Unido é exercida pela Câmara dos Lordes que é também integrante do legislativo. A Câmara dos Lordes era composta em 1999 de 758 pares hereditários e 542 pares vitalícios indicados pela Rainha ou indiretamente pelo Primeiro Ministro, e 25

pares espirituais, bispos da Igreja Anglicana. Com as recentes reformas do governo Trabalhista de Tony Blair, os lordes hereditários deixam de existir e se inicia um processo de democratização da Câmara dos Lordes com a eleição de pares ao lado dos pares vitalícios nomeados pelo Primeiro Ministro por intermédio da Rainha. A reforma no sistema de designação do lorde vitalício ainda não foi implementada. Com a implementação os lordes hereditários perderão suas cadeiras com a exceção de 92 que permanecerão por serem selecionados por eleição. Finalmente acrescenta-se que, com as sucessivas restrições históricas ao poder da câmara dos lordes, a participação desta no processo legislativo se resume à possibilidade de vetos suspensivos que prorrogam a entrada em vigor de uma lei por no máximo um ano.⁵

O precedente não se equivale ao que chamamos entre nós de súmula. A súmula é uma redução absurda do caso, onde uma ementa elimina toda a sua complexidade. O pior é determinar que esta sumula dos Tribunais Superiores ou do Supremo Tribunal Federal, vincule as decisões de todos os órgãos do Poder Judiciário. Para entendermos a absurda simplificação de uma sumula, e a desumanização do processo no Judiciário quando impomos sua vinculação, devemos compreender o significado de um precedente. A riqueza do precedente, e a sua contribuição para as compreensões da hermenêutica constitucional contemporânea, está no fato de que o precedente não se resume a uma súmula (uma ementa), mas leva em consideração toda a lógica argumentativa desenvolvida pelas partes no decorrer do processo assim como o fundamento das decisões, incluindo os argumentos de votos vencidos. Neste sistema de precedentes as partes devem demonstrar que, levando em consideração a situação histórica do caso em julgamento, com todo o seu pano de fundo social,

cultural, econômico, pessoal entre outros aspectos, um precedente se aplica ou não, qual precedente se aplica, ou ainda se é necessário criar um novo precedente. Neste sentido podemos dizer que um precedente não se revoga, mas é superado pela história, cultura e valores vigentes nas sociedades, sempre em transformação.

Partindo desta experiência podemos resistir a estupidez das simplificações impostas, utilizando a mesma lógica para rechaçar a aplicação de uma súmula. Para evitar a desumanização do processo é necessário demonstrá-la, ou seja, é necessário demonstrar em cada caso a sua natureza única, a sua especificidade e a razão por que a súmula não se aplica.

Isto posto passamos a análise do constitucionalismo norte-americano, modelo este que contribuiu diretamente para nossa história constitucional. O constitucionalismo norte americano se aproxima do nosso uma vez que, a partir da experiência inglesa e da teoria francesa, os norte-americanos elaboraram um texto, produto de um poder constituinte originário, rígido, sintético, e essencialmente principiológico, o que permite a força do Judiciário na construção e reconstrução de sua interpretação.

Embora não tenhamos uma constituição com um texto sintético e principiológico, como a Constituição norte-americana, a influência do constitucionalismo norte-americano, a partir da nossa Constituição de 1891, ocorreu principalmente com a criação do controle difuso de constitucionalidade. A introdução desta forma de controle no Brasil permite que recebamos importante contribuição teórica e prática, que ocorre com a introdução da idéia de construção de um sentido mais amplo e democrático do conceito de jurisdição constitucional. Esta contribuição é hoje importante para o direito constitucional em todo o mundo.

2. O Constitucionalismo Norte-Americano

De forma diferente do constitucionalismo inglês, nos Estados Unidos houve um poder constituinte originário que produziu em 1787 um texto codificado, rígido e sintético com aspecto essencialmente principiológico e inicialmente político, incorporando a declaração de direitos individuais fundamentais a partir da dez emendas que constituíram o *Bill of Rights*.

O constitucionalismo estadunidense criou o sistema de governo presidencial, o federalismo, o controle difuso de constitucionalidade, mecanismos sofisticados de freios e contrapesos e uma Suprema Corte que protege a Constituição, sendo sua composição uma expressão do sistema de controle entre os poderes divididos.

Sobre a constituição norte-americana muito tem sido dito, e por isto, muitos são também os equívocos. Primeiro diz-se que os Estados Unidos tiveram apenas uma Constituição, mas esta não parece ser a compreensão de seus interpretes e estudiosos. Alguns autores afirmam encontrar-se nos EUA ao menos três constituições, outros falam em sete constituições diferentes. Isto significa que, embora desde 1787 o texto com sete artigos permaneça em vigor com 27 emendas, ocorreram modificações interpretativas que atribuíram sentidos diversos aos significantes do seu texto, e estas mudanças de compreensão geraram novos direitos.

Para compreender o que foi dito é importante lembrar que Constituição não é texto. O texto é um sistema de significantes aos quais atribuímos significados. Neste sentido toda leitura de um texto, significa atribuição de sentidos e atribuição de sentidos significa atribuir valores, valores estes que mudam com a mudança da sociedade. A sociedade muda através das contradições e conflitos internos e externos.

Logo, quando muda a sociedade, mudam os valores, logo mudam os conceitos das palavras (significantes), aos quais, portanto passamos atribuir novos significados.

O processo evolutivo da Constituição dos EUA ocorre principalmente através das suas mutações interpretativas, decorrentes da evolução de valores de uma sociedade em permanente conflito.

Jorge Miranda⁶ afirma que a constituição norte-americana é simultaneamente rígida e elástica. Rígida porque a alteração formal de seu texto é complexa e diferenciada do processo legislativo de elaboração de uma lei ordinária. Para alterar o texto ou promover emendas aditivas ou supressivas é necessária a participação dos Estados membros da federação em um processo lento e complexo. Isto explica em parte o número reduzido de emendas. Entretanto o principal motivo da existência de poucas mudanças formais do texto, através de emendas, é o fato de que, este texto sintético e principiológico permite amplas mutações interpretativas, mudança de compreensão de seu sentido e do conceito de seus princípios, que torna desnecessária o recurso constante a mudança do texto, pois muda-se a Constituição mudando o seu sentido, a sua compreensão, sem ter que mudar o texto.

Importante ressaltar que a mudança interpretativa tem limites, impostos pelo próprio texto. Logo, um texto sintético, que contenha mais princípios do que regras⁷ permite maiores mudanças interpretativas, do que um texto analítico, com excesso de regras, que travem a mudanças de compreensão dos princípios. Quanto mais detalhado o texto, quanto mais regras, quanto maior o detalhamento do texto, que em alguns casos pode construir modelos, conceitos e traduzir valores, menor o espaço para as mudanças interpretativas. Entretanto podemos dizer que mesmo um texto detalhado, minucioso também muda

de sentido, embora o espaço da mudança seja menor. Podemos concluir neste aspecto, que, ao contrário do que se diz, a Constituição dos EUA não é pequena, pois o seu texto sintético permite construções interpretativas muito amplas, fazendo que a constituição dos EUA, juntamente com a Inglesa, seja uma das maiores Constituições do planeta, pois para compreendê-la é necessário buscar a leitura que os tribunais fazem do seu texto. Integram a Constituição as decisões judiciais que dão densidade aos seus princípios diante do caso concreto.

Este é o ponto que nos interessa de perto para a construção da idéia de jurisdição constitucional: o que ocorre nos EUA ocorre em outros sistemas, com intensidade diferente. A interpretação, a atribuição de sentido ao texto, é fato que sempre ocorre. O texto por si só não existe, ele só passa a existir quando alguém lê, e quando isto ocorre, necessariamente quem lê e atribui sentido, o faz a partir de suas compreensões dos significantes ali apresentados, utilizando na compreensão do texto os valores, as pré-compreensões adquiridas no decorrer de sua vida. Podemos afirmar que é impossível não interpretar.

Pode-se imaginar a partir daí que a relatividade e as variações das compreensões são muito grandes, e isto também é fato. O que cabe ao jurista buscar, é a segurança jurídica possível diante do universo de compreensão que se abre com esta descoberta. A segurança que se buscou no legalismo extremado, gerador de injustiças, não é de forma nenhuma a solução. A inflação normativa, com a criação de regras para tudo é uma ilusão, que não gera segurança, mas gera sim injustiça e imobilismo autoritário.

Vivemos inseridos em sistemas de valores, em universos de compreensão que se inserem uns dentro dos outros. Quanto maior o espaço de abrangência do sistema de compreensão, menor a sintonia fina

existente, menores os recursos de comunicação. O sistema jurídico constrói um universo de compreensão não uniforme, mas que oferece uma maior segurança se o compreendermos em sua dimensão histórica e em sua dimensão sistêmica e teleológica. Este assunto vamos enfrentar mais adiante, e vamos nos valer das reflexões de Ronald Dworkin para fazê-lo, não adotando sua teoria, mas pensando a partir dela.

Voltemos, pois a história constitucional norte-americana para procurarmos entender a evolução constitucional daquele país e a importante contribuição de sua prática histórica para as reflexões que envolvem a hermenêutica constitucional.⁸

Vamos tomar uma frase (em português), mas originária da declaração de independência dos Estados Unidos:

“TODOS OS HOMENS NASCEM LIVRES E IGUAIS EM DIREITO”

Como o leitor compreende estas palavras hoje, no século XXI?

Provavelmente da maneira como a grande maioria das pessoas: todas as pessoas, indistintamente, sem diferenciação em razão de credo religioso, etnia, cor, sexo, origem econômica ou nacional nascem livres e iguais em Direito.

Como vemos, a expressão “todos os homens nascem livres e iguais em Direito” conquistou hoje o senso comum de milhões de pessoas em vários lugares do planeta onde há uma Constituição de um Estado nacional relativamente democrático, com um significado que se universalizou. Entretanto para lermos e compreendermos esta frase como a compreendemos hoje foram séculos de história, séculos de conflitos e lenta conquista de direitos. A atribuição deste sentido aos significantes da frase, embora não seja realidade efetiva em diversas sociedades representa uma busca comum de boa parte da humanidade. A compreensão geral deste princípio é hoje bastante generalizada, embora a compre-

ensão mais profunda da idéia de igualdade não seja tão uniforme, e nem deva ser, dentro de um universo cultural diversificado, plural e democrático, construído a partir de valores sociais diversos.

Se buscarmos, no entanto, a compreensão desta frase no século XVIII, pouco depois da independência dos EUA, vamos perceber que as palavras ganham um outro sentido, e logo as normas decorrentes deste princípio serão outras. O olhar de um juiz norte-americano sobre estas palavras, expressando os valores daquela época, vai permitir que ele extraia desta frase a seguinte compreensão: todos os homens (sexo masculino) brancos e protestantes, nascem livres e iguais em direito. A mesma frase, com os mesmos significantes ganha sentido completamente diverso, pois o olhar do interprete é condicionado pelos valores sociais e as pré-compreensões destas palavras decorrentes de um determinado momento da história. As compreensões são historicamente e geograficamente localizadas. Com outro sentido, as normas decorrentes deste princípio estabelecem uma ordem jurídica fundada sobre valores completamente diferentes, e um sistema normativo também completamente diferente.

A situação de exclusão, e um desenvolvimento econômico distinto no norte industrializado e progressista e um sul escravocrata e conservador, gerou conflitos que levaram a guerra civil norte-americana. Os conflitos sociais, políticos e econômicos sacodem a sociedade levando a mudanças comportamentais com a afirmação de novos valores, fazendo com que as compreensões do mundo mudem gradualmente. Novos conceitos se afirmam diante de novas realidades, um novo universo de pré-compreensões é paulatinamente construído e reconstruído. Novos significados se afirmam para os mesmos símbolos, para os mesmos significantes, para as mesmas palavras. Um novo mundo se constrói na linguagem que

é reconstruída pela marcha econômica e social do capitalismo do século XIX. Estas mudanças ocorrem nas cabeças das pessoas. Novas demandas se apresentam perante o Poder Judiciário, e juizes que incorporam estas novas compreensões constroem soluções, novas normas diante do caso concreto que refletem estes valores. No final do século XIX as mesmas palavras que traduzem o princípio da igualdade ganham novo significado e normas diferentes são criadas, regulando as relações sociais, políticas e econômicas de forma diferente.

A frase “todos os homens nascem livres e iguais em direito” passa a ter um novo sentido, podendo ser traduzida da seguinte forma: todos os homens (sexo masculino), brancos e negros, nascem livres e iguais em direitos, mas devem viver separados. A existência de escolas só para brancos e só para negros, ônibus ou lugares nos transportes coletivos só para brancos e só para negros assim como outras separações, são permitidas, desde a qualidade dos serviços sejam iguais para brancos e negros.⁹ Está criada a doutrina fundada sobre a idéia de separados, mas iguais. Este processo de mutação interpretativa é muitas vezes lento, aparecendo pontualmente em algumas decisões judiciais, até se firmar enquanto paradigma de compreensão durante algum tempo.

A compreensão do separados, mas iguais permanece até a década de 1960 nos Estados Unidos. Os conflitos raciais, o movimento pelos direitos civis na década de 1950¹⁰ e 60 com a liderança de Malcon X, o pastor Martin Luther King, a eleição de John Kennedy em 1960 e a ação de Bob Kennedy na repressão aos movimentos racistas violentos da Ku Klux Klan, empurram a sociedade norte americana para uma nova ruptura, com a construção de uma nova idéia de igualdade. Lentamente a doutrina do separados mais iguais vai cedendo espaço a uma nova leitura do princi-

pio da igualdade jurídica. A frase “todos os homens nascem livres e iguais em direito” passa a ser compreendida de outra maneira. Agora podemos dizer que todos os homens, brancos, negros, vermelhos, amarelos, independente de cor, etnia ou qualquer outra diferenciação, nascem livres e iguais em direitos, e não podem ser obrigados a viver separados em um sistema de segregação, de qualquer espécie.

A igualdade direitos entre homens e mulheres, entretanto ainda vai demorar um pouco mais. Em 1972, nos EUA, foi proposta a 27ª emenda, reconhecendo direitos iguais para homens e mulheres. Na sua proposição reconheceu-se que, caso a Suprema Corte mudasse a orientação a respeito da igualdade jurídica, não seria necessária a aprovação da emenda. A emenda não foi aprovada, encontrando forte resistência nos Estados do sul, mais conservadores. Entretanto a Suprema Corte passa a compreender a igualdade perante a lei de uma nova forma. Podemos dizer que a frase “todos os homens nascem livres e iguais em direitos” passa a ser compreendida da seguinte forma: todos os homens leia-se todos os seres humanos, sem nenhuma distinção, nascem livres e iguais em direitos e não podem ser segregados ou discriminados por nenhum motivo, seja cor, etnia, origem social ou econômica, ou sexo.

A igualdade de direitos entre mulheres e homens no Brasil só foi reconhecida expressamente com a Constituição de 1988, no seu artigo 5 inciso I. Em muitos países, hoje respeitados como modelos de Estado de bem estar social democrático, os direitos das mulheres foi tardiamente reconhecido. Na Suíça, por exemplo, o voto feminino só foi admitido em nível federal, a partir de 1972.

Como vimos o princípio da igualdade jurídica percorreu um caminho de mais de duzentos anos de conflitos até que pudéssemos compreendê-lo com o significado

que ele têm hoje. Este foi o percurso de um princípio. Quando falamos em uma mutação sistêmica da compreensão do texto constitucional, esta representa a mudança de compreensão de toda a Constituição. É como se adotasse uma nova Constituição. Talvez o exemplo mais claro disto tenha sido a passagem de uma Constituição liberal para uma Constituição social, sem a alteração do texto, sem um processo formal de reforma e sem um novo processo constituinte. Houve uma mudança de compreensão do texto no que diz respeito à admissão da possibilidade de uma forte intervenção do Estado no domínio econômico, o que marca a introdução do *Welfare State* nos Estados Unidos a partir do governo Roosevelt na década de 1930 e 1940, adotando um modelo econômico intervencionista de base teórica keynesiano-fordista.¹¹

A história constitucional norte-americana reforça a idéia de uma Constituição dinâmica, viva, que se reconstrói diariamente diante da complexidade das sociedades contemporâneas. Uma Constituição presente em cada momento da vida. Uma Constituição que é interpretação e não texto. A experiência norte-americana nos revela uma nova dimensão da jurisdição constitucional, presente em toda a manifestação do Direito. É tarefa do agente do Direito, nas suas mais diversas funções, dizer a Constituição no caso concreto e promover leituras constitucionalmente adequadas de todas as normas e fatos. A vida é interpretação, não há texto que não seja interpretado. A interpretação do mundo, dos fatos, das normas é inafastável.

NOTAS

¹ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002, página 75.

² A Inglaterra integra a partir de 1602 uma união pessoal com Escócia e país de Gales e a partir

de 1707 uma União real formando o Reino Unido da Grã Bretanha e da Irlanda, sendo parte integrante da Grã Bretanha a Inglaterra, Escócia e País de Gales. Com a guerra de independência da Irlanda, esta transformou-se em República, permanecendo, entretanto parte do território da Irlanda, a parte de maioria protestante ao norte, vinculada ao Reino Unido, formando assim a Irlanda do Norte. A partir daí constituiu-se o Reino Unido da Grã-bretanha e Irlanda no Norte.

³ HAMON, Francis; TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. Direito Constitucional, 27 edição, Editora Manole, Barueri, São Paulo, 2005, página 197.

⁴ HAMON, Francis; TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. Direito Constitucional, ob.cit., página 197.

⁵ HAMON, Francis; TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. Direito Constitucional, ob.cit., página 205.

⁶ MIRANDA, Jorge. Ob.cit.p.84

⁷ Mais adiante vamos tratar da diferença entre princípios e regras.

⁸ Não ignoramos a existência de uma rica hermenêutica no mundo oriental, muito anterior as reflexões ocidentais, mas para abordarmos este tema é necessário maiores estudos. Quando aptos a enfrentar e trazer as contribuições históricas do oriente para a humanidade vamos fazê-lo. Agora ainda não.

⁹ A pesquisadora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professora Carla Dumont Olliveira observa em sua pesquisa sobre a reforma da Constituição do EUA que no caso *Plessy v. Ferguson*, foi questionada uma lei de Louisiana de 1890 que exigia acomodações iguais para brancos e negros, porém em partes separadas de um mesmo trem. A Suprema Corte entendeu que tal exigência era razoável e não feria a décima quarta emenda, pois o que visava a referida lei era promover o interesse público, a paz pública e a boa ordem e não oprimir uma classe específica. Consta, ainda, da decisão, cujo relator foi o Juiz Brown, que se as duas raças buscam igualdade social, isso precisa ser o resultado do consentimento voluntário dos indivíduos, sendo que a legislação é impotente para erradicar instintos raciais. (grifos nossos) *Ples*

sy v. Ferguson iniciou a denominada doutrina dos “separados, mas iguais”. Os precedentes *Plessy v. Ferguson* e *Brown v. Board of Education* foram retirados do livro: *The American Constitution. Cases – Comments – Questions* P.939-941.

¹⁰ Carla Dumont Oliveira observa que “felizmente, em 1954, foi alterada a interpretação da décima quarta emenda com *Brown v. Board of Education*, em cujo caso decidiu-se que no campo da educação pública, a doutrina dos “separados, mas iguais” não tem cabimento. Entre outras coisas, asseverou-se que o senso de inferioridade afeta a motivação da criança em aprender e que a segregação, de per si, é uma negação da igual proteção das leis. Verifica-se, pois, alteração da Carta Magna, sem nenhuma alteração na letra da lei, mas significativa alteração no que tange à concepção do princípio da igualdade.”

¹¹ Carla Dumont Oliveira observa que o “ritmo das alterações da Constituição Federal tem variado rapidamente conforme o período histórico, apontando como fator determinante para isto relativo ativismo do governo federal. Entende Stephen Griffin que a Suprema Corte não deve servir como principal guardião da mudança constitucional. As principais mudanças constitucionais ocorridas ao longo do século vinte foram iniciadas e conduzidas pelo Presidente e pelo Congresso. Importantes modificações ocorreram por outros meios que não emendas ou interpretação judicial (mudanças fundamentais como aquelas que se seguiram ao New Deal)”. Daí Griffin criticar a definição convencional da Constituição como “conteúdo do documento de 1787, ratificado e validamente emendada, acrescido dos vários precedentes interpretativos editados pelo judiciário federal” (José Ribas (Org.) Temas de direito constitucional norte-americano. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág.65), por entender que tal definição não captura a total realidade da mudança constitucional. Para solucionar este aparente desafio, Griffin propõe entender as revisões sugeridas como tentativas para se explicar a Constituição, noticiando que normas que não estão no texto são funcionalmente equivalentes a normas do texto.”

AUTOPOIESE E CONSTITUIÇÃO: OS LIMITES DA HIERARQUIA E AS POSSIBILIDADES DA CIRCULARIDADE*

AUTOPOIESE AND CONSTITUTION: THE LIMITS OF HIERARCHY AND THE POSSIBILITIES OF CONTINUITY

GERMANO SCHWARTZ*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O presente artigo pretende analisar a Constituição a partir do instrumental oferecido pela teoria dos sistemas sociais autopoieticos. Com isso, intenta demonstrar que uma visão circular do sistema jurídico possibilita uma melhor compreensão do papel da Constituição na sociedade.

Palavras-chave: Constituição. Autopoiese. Circularidade. Hierarquia.

Abstract: The present article intends to analyze the Constitution from the instrumental offered for the theory of the autopoietics social systems. With this, it intends to demonstrate that a circular vision of the legal system makes possible one better understanding of the paper of the Constitution in the society.

Key words: Constitution. Autopoiese. Continuity. Hierarchy.

1. Por que a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos?

A tentativa luhmanniana da elaboração de uma superteoria social possibilita uma nova mirada a respeito da, em linguagem *autopo(i)ética*, interpenetração entre os subsistemas sociais diferenciados. É a tentativa da humanização, da persecução da vida (*bio*), que torna o resgate da noção da *poiesis* da biologia¹ para os sistemas sociais, algo valioso para o intento de uma melhor descrição da Constituição.

Nesse sentido, como relembra Clam², a autopoiese não é algo que nasce do nada e que acaba em si mesma. É, ao contrário, um processo de co-ligação entre as estruturas e os acontecimentos, transmutando-se em uma continuação temporal dos programas e particularidades específicas de cada

subsistema. Uma verdadeira auto-fundação factual, dirigida à diminuição entre o tempo dos sistemas sociais e o tempo do sistema social em si. A idéia básica de um sistema social autopoietico parte do pressuposto de que um sistema é capaz de se auto-reproduzir por intermédio de seus próprios elementos em uma lógica recursiva. Assim sendo, o fato de os sistemas serem, ao mesmo tempo, autônomos e independentes, depende, basicamente, dos elementos componentes do sistema. Lembra Nicola³ que um sistema autopoietico *é autônomo porque a produção de novos elementos depende das operações precedentes e constitui pressupostos para as operações posteriores.*

É a auto-referência. A referência é dada pela observação sobre a distinção, ao passo que a “auto” está voltada para o fato

* Toma-se emprestado o título da obra coletiva por mim organizada a respeito do tema, por entender que se adapta sobremaneira ao assunto abordado. É ela: SCHWARTZ, Germano André Doederlein (Org). *Autopoiese e Constituição: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade*. Passo Fundo: UPF Editora, 2005.

* Doutor em Direito (UNISINOS – PARIS X/NANTERRE). Coordenador Geral dos Cursos de Direito da Universidade de Passo Fundo – RS. Professor do Mestrado em Direitos Fundamentais da ULBRA/CANOAS.

de que a operação resulta incluída naquilo que a designa⁴. Dessa premissa decorre que a clausura operativa de um sistema social autopoietico é o que possibilita, justamente, sua abertura cognitiva⁵.

Quando se pensa em um sistema autopoietico do Direito torna-se necessário, pois, referir que tipos de operações caracterizam sua unidade. Essa diferenciação possibilita a cada subsistema tornar-se ambiente para os demais subsistemas. Com isso, resta diminuída a complexidade inerente aos sistemas sociais, tornando-se factível uma análise conjugada com a realidade de paradoxos.

Exsurge, nesse contexto, a importância da observação. Nessa lógica, a grande contribuição de Luhmann reside na proposição de que a única realidade é a realidade das observações, ou, em outras palavras, a pergunta sobre o que é real somente é possível porque existe um observador que a faça, e o “real” somente existirá enquanto observação.

É, portanto, por intermédio da teoria dos sistemas que se amplia o observável, uma vez que a tomada de análise das funções equivalentes aos problemas do sistema deve ser estabelecida mediante uma diferenciação (confrontação) entre sistema e ambiente, a ser feita pela figura do observador. Ainda, a teoria dos sistemas sociais de Luhmann permite compreender a totalidade da sociedade, porém não indica como tais elementos devem ser (dever-ser jurídico kelseniano). Apenas procura compreender e descrevê-los a partir de um instrumental teórico poderoso, mas que não esgota o social e não pretende dar a observação última.

2. Centro e Periferia no Sistema Jurídico

Dentro dos pressupostos da abordagem de uma teoria dos sistemas sociais autopoieticos aplicada ao Direito, deve-se

perquirir sob que formas distintas o sistema jurídico forma sua dinâmica interna própria e, ao mesmo tempo, coloca-se em abertura cognitiva com o ambiente nos quais os ruídos comunicativos circulam advindos dos demais subsistemas sociais. Com isso, após, será possível verificar o papel da Constituição observada por esse instrumental teórico.

Nesse sentido, e a diferenciação entre legislação e jurisdição é fundamental para a distinção e diferenciação interna dos casos justiciáveis que chegam à análise do Poder Judiciário. É dizer: a dicotomia legislação/jurisdição é um pressuposto para a decisão a ser dada no caso concreto⁶.

A consequência dessa diferenciação se faz notar na organização do sistema jurídico e nas funções ocupadas pelas estruturas componentes de sua auto-referência interna. Passa-se de uma noção hierárquica, advinda de uma base kelseniana, para uma circularidade interdependente, como defende Teubner⁷. Nessa nova concepção, a distinção centro/periferia é pressuposto da necessária diferenciação que dá unidade ao sistema jurídico.

Dentro dessa idéia, o binômio legislação/jurisdição é observado com base na diferenciação interna entre o centro e a periferia do sistema jurídico. Para Luhmann⁸, a centralidade é ocupada pela jurisdição, que interliga os tribunais e suas decisões. A posição central dos tribunais é determinada dessa maneira porque somente os Tribunais têm o condão de proferir decisão com *enforcing power* final⁹. Logo, se o sistema jurídico tem a função de decidir, aquela estrutura que pode dar uma decisão final aloja-se em seu centro. Dessa maneira, há uma hierarquização central, mas não no resto do sistema, que é circular. Com isso, as decisões dos tribunais se irradiam perante todo o sistema, alimentando e reprocessando a periferia, ao mesmo tempo

em que ela influencia e irrita as decisões dos tribunais.

De outra banda, assinala-se que a jurisdição também tem um papel político. Esse papel é paradoxal, pois reside na manutenção da diferença entre o sistema jurídico e o sistema político, ou seja, na diferenciação funcional seletiva e decisória entre ambos os sistemas. Dito de outra forma: a função política da jurisdição é apolítica. A respeito, assevera Luhmann¹⁰:

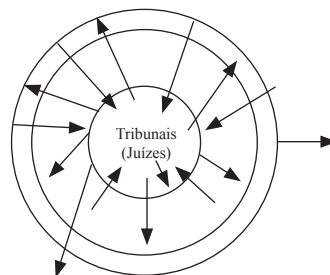
“La funzione política della giurisdizione si fonda quindi, per dirla in modo paradossale, sulla sua neutralizzazione politica, intendendo l’aggettivo *politica* dapprima in senso lato, e successivamente nel senso stretto della politica dei partiti. Il paradosso scompare se si prendi in considerazione la differenziazione del sistema político; appare quindi ovvio definire la funzione politica della giurisdizione come mantenimento di questo sistema differenziato di selezione e di attività decisionale”.

Nessa lógica, a *distinción en términos de centro/periferia* ocorre como resultado de la diferenciación del centro. El centro es mucho más dependiente que la periferia de esta forma de diferenciación¹¹. A periferia (legislação) tem condições de experimentar novas diferenciações mediante contato com o centro. No entanto, no centro, produzem-se diferenciações mais importantes do que aquelas ocorridas na periferia. Dessa forma, por exemplo, a consequência imediata de uma decisão proferida por um tribunal para concessão de remédios é maior do que a feitura de uma lei, atuante no caso em tese e de forma abstrata. Decidir é ação. Decidir é dar ação ao Direito e, portanto, a jurisdição tem papel fundamental na diferenciação do sistema jurídico¹².

A legislação, por seu turno, é a membrana do sistema jurídico, o ponto onde há a abertura cognitiva e pelo meio do qual se mantém a unidade interna, situando-se em

sua periferia como verdadeiro *borderline* entre o sistema jurídico e o sistema político, visto que é produzido pelo último, mas decidido pelo primeiro, em sua lógica codificada própria.

Como ponto fronteiro do sistema, a legislação, conforme Luhmann¹³, responde à irritação do entorno mediante regras genericamente válidas, positivando expectativas de expectativas. Como ato político, a promulgação de uma lei no âmbito jurídico torna-se um mecanismo de compensação da desarmonia temporal do direito em relação à sociedade. O programador (legislador) reage e dá ao decisor (tribunal e juizes) elementos suficientes para que se possa, mediante a contrafaticidade normativa, regular o tempo. Exemplificando, pode-se ilustrar o sistema jurídico da seguinte maneira:



Jurisdição

**Circularidade Decisoral
(Norma-Ato-Norma¹⁴)**

Baseando-se no gráfico, pode-se deduzir o papel de outro importante elemento da organização do sistema jurídico: a jurisprudência. Canaris¹⁵ já defendia a essencialidade da jurisprudência em uma concepção de Direito como sistema, apontando-a como a única parte circular do processo. Entretanto, para que se compreenda o papel da jurisprudência, torna-se necessário analisar o papel da legislação, pois ambas estão interligadas, tanto que, para

Luhmann¹⁶, o objeto da jurisprudência é a aplicação do Direito por intermédio das decisões aplicadas aos casos particulares.

Com isso, ocupa a legislação parte indissociável da jurisprudência, constituindo-se em elemento recíproco de autoalimentação das decisões judiciais (jurisprudência). Dessa forma, mesmo que inovadora, a jurisprudência baseia-se, no Direito, isto é, na legislação (*feedback*). Ainda que contra a lei, a decisão deve nela se basear (paradoxo) para que seja considerada válida, sob pena de extrapolação da função sistêmica do Direito.

Por outro lado, como já referido, a distinção entre legislação e jurisprudência importa na posição dos tribunais no sistema jurídico. Na interface de comunicações entre o sistema jurídico – onde se encontram os tribunais – e o sistema político (local do Poder Legislativo), é que surge a função decisional dos tribunais: central e circular. Desse modo, as decisões jurídicas não possuem um único ponto de vista, o que confere ao sistema autopoietico do Direito as seguintes características apontadas por Luhmann¹⁷:

(1) O fundamento de vigência do sistema jurídico ainda é a Constituição, mas vista sob outro ponto de vista, o da escala decisional última. Logo, os Tribunais só são competentes para decidir se agem de acordo e em conformidade com a Constituição;

(2) A vigência do Direito é ampliada, não se restringindo unicamente à legislação. No sistema *Common Law*, os precedentes ocupam lugar de destaque. Já no sistema romano-germânico, a jurisprudência, como explicitado, possui necessário *feedback* com a legislação;

(3) Os Tribunais não fazem parte do sistema político, devendo se orientar por critérios jurídicos (Direito/Não-Direito). Dessa maneira, via de regra, os Tribunais não podem ser responsabilizados por suas

decisões e, por isso, podem transformar o Direito autoconstitutivamente;

(4) Com isso, os Tribunais não se apóiam única e exclusivamente no Direito vigente¹⁸ (ao mesmo tempo em que devem afirmá-lo¹⁹), reconhecendo pontos em que se devem utilizar critérios positivados pelo Direito, mas que, em verdade, não são jurídicos, como é o caso do art. 4 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Logo, inexistem lacunas, mas sim, *problemas de decisão não regulamentados por lei*²⁰;

(5) Os contratos repousam em fundamentos não-contratuais (paradoxo), mas os Tribunais os reconhecem como lei válidas para as partes contratantes. Com isso, o privado passa a ser conceito jurídico e, portanto, objeto de análise pelos métodos próprios do sistema do Direito;

(6) A Constituição se torna o lugar por excelência de ocorrência do acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e os demais subsistemas funcionalmente diferenciados da sociedade.

Nessa linha de raciocínio, cada Tribunal possui uma especificidade própria dada por sua competência decisória²¹ em casos justiciáveis, ou seja, casos que possam ser abarcados pelo código Direito/Não-Direito. Ainda, os Tribunais podem ser vistos como um subsistema parcial do sistema jurídico. Quando o Direito se bifurca internamente em legislação/ jurisprudência, há uma unidade distintiva que diferencia seu interior de forma recursiva. Isso assume particular relevo porque o problema não reside nessa diferenciação, mas sim, no sistema que já resta diferenciado e que reage à sua auto-referencialidade.

Seguindo, tem-se que as decisões dos tribunais são centrais no sistema jurídico, conforme demonstrado. É preciso atentar novamente para o fato de que uma decisão é algo complexo, visto que pressupõe alternativas várias de escolha ante a possibilidade do reconhecimento da diferença.

E é a diferença que constitui a alternativa²² e que pode reorientar a jurisprudência dominante em um Tribunal, reconstruindo o Direito, mesmo que haja um paradoxo da transformação da coerção em liberdade²³, pois quem se vê coagido por uma decisão judicial pode garantir liberdade com base em uma coercitividade anterior.

De outra banda, essa estrutura anti-hierárquica é uma nova forma de percepção daquele que deposita uma expectativa em torno de uma decisão judicial. Pode-se, inclusive, dizer que é uma nova forma de liberdade política, como assevera Luhmann²⁴: “La struttura antigerarchica: non c’è piu alcun univoco sopra o sotto, ma più forse parallele, giuridicamente equivalenti. Ciò significa, al tempo stesso, una nuova forma di libertà política garantita dal fatto che non esiste più per il cittadino un rapporto autorità-suddito, ma più rapporti di comunicazione com le forze politiche, che possono essere differenziati nella separazione di diritti e doveri senza che sia pregiudicata la capacità di prendere decisioni.”

Recorde-se, todavia, que todas essas novas possibilidades, tornadas realizáveis pela unidade distintiva enclausurada do sistema jurídico, baseiam-se na circularidade entre decisão e legislação, cabendo, portanto, verificar-se a função da Constituição (Lei) na auto-referência do Direito.

3. O Papel da Constituição em um Sistema Jurídico Autopoietico

A lei, sob o ponto de vista da transformação da política em Direito e também como ponto de diferenciação entre esses subsistemas, tem tomado para si a função de compensar a temporalidade da sociedade em seu conjunto²⁵. Daí decorre a necessidade de o programador (legislador) dar respostas mais rápidas e eficientes para a inevitável comunicação dos sistemas so-

ciais, de forma a permitir o acoplamento entre o tempo da sociedade ao tempo do Direito.

Uma das principais formas de proteção às expectativas normativas é aquela fornecida pela Constituição, pois esse diploma, em sua versão clássica, seria o topo último de hierarquia do ordenamento jurídico. Dessa forma, inexistiria garantia maior à unidade hierárquica do sistema jurídico. No entanto, essa é uma não-realidade no mundo contemporâneo, especialmente em países periféricos, como é o caso do Brasil.

A idéia da Constituição como elemento pertencente única e exclusivamente ao sistema jurídico somente pode ser vista a partir de uma idéia sistêmico-autopoietica, ou seja, ela só surge quando se exclui a concepção da unidade entre Direito e Política, que vigorava nos séculos XVIII e XIX, posteriormente rechaçada por Kelsen²⁶. A Constituição somente pode ser compreendida a partir da diferenciação funcional entre o sistema político e o sistema jurídico²⁷, visto que se apresenta como uma aquisição evolutiva da sociedade, pois substitui o direito natural pelo direito da razão, tornando-os operacionalizáveis²⁸.

Nesse sentido, a aquisição evolutiva da Constituição pode ser sugerida como um processo inter-organizativo que pode vir a desencadear um texto constitucional mais próximo dos estágios societários atuais. Esse é o caso, por exemplo, da Comunidade Européia e do próprio Mercosul. A necessidade de integração demandada pelo sistema social forçará a Constituição a se adaptar e a ser (re)criada. Essa idéia é bem explicada por Canotilho²⁹, ao abordar as fases da teoria luhmanniana: “Luhmann continuou depois a abordar algumas questões constitucionais, além das questões teóricas que estão sempre no centro do seu pensamento. Foi apontando para a idéia de Constituição evolutiva, porque era uma

idéia interessante a nível de inter-organizatividade. E esta é uma das premissas básicas de Luhmann, que veria na idéia de Constituição evolutiva uma possibilidade da própria evolução do constitucionalismo europeu. Não é por acaso que o Tribunal de Justiça das Comunidades começou a falar (antes do tempo, no meu entender) de “Constituição Européia”, sem haver um poder constituinte a criá-la.”

Luhmann vê, na Constituição, portanto, algo dinâmico, separado das tradicionais concepções longevas de Estado que possibilitavam a manutenção temporal de uma Constituição. E isso somente é conseguido, paradoxalmente, por seu isolamento clausal em relação aos demais sistemas, pois somente dessa maneira a Constituição consegue um nível tal de organização que lhe possibilita avançar em direção ao futuro. Ademais, a diferenciação entre Constituição e Política carrega uma série de vantagens, assinaladas por Alcóver³⁰:

(1) Se, no sistema jurídico e também no sistema político, as decisões programadas e as programáveis estão diferenciadas e atribuídas a diversos órgãos do Estado, essa organização permite uma maior racionalidade na divisão de tarefas e, com isso, a separação das responsabilidades pela manutenção ou modificação dos programas, a partir de sua relação com o entorno;

(2) Também permite separar a coercibilidade, o uso do monopólio da força física e potencializar aquela em detrimento desta. Permite, também, separar as formas utilizadas pelo sistema jurídico para proteger contemporaneamente a seguridade das expectativas normativas e sua adaptação à realidade;

(3) A especificação funcional do Direito não impede a observação da importância das funções desempenhadas por determinadas instituições e normas jurídicas para a própria manutenção da diferenciação funcional da sociedade (esse é o caso,

por exemplo, dos direitos fundamentais – direito fundamental à saúde).

Desse modo, sob o viés da teoria dos sistemas, não significa dizer que a Constituição não mantém contato com os demais subsistemas sociais. De fato, ela é o acoplamento estrutural entre Direito e Política³¹, o momento por excelência onde há a comunicação do sistema jurídico com o entorno. Esse acoplamento fica nítido quando se reconhece, por exemplo, que a democratização da política (governo/oposição) *exige, finalmente, todavia más protección jurídica al particular, en lo especial en lo concerniente a sus derechos constitucionales*³². A diferença é que, quando decidida pelo sistema do Direito, deverá haver justicialidade para as decisões fornecidas por seu código próprio (Direito/Não-Direito). Já os políticos não devem interpretar a Constituição. Devem cumpri-la, uma vez que o objeto de sua ciência é diverso da especificidade jurídica³³.

No mesmo sentido, a Constituição utiliza-se de conceitos políticos tais como povo, eleitor, partidos políticos e Estado e se remete, com isso, ao sistema político. Mas, quando positivados em um texto constitucional, esses conceitos passam a ser analisados/perscrutados como Direito e assim serão justicializados. A lição de De Giorgi³⁴ é esclarecedora:

“Mediante a constituição *o direito reage à sua autonomia*, na medida em que dispõe de clausura, e, por conseguinte, de autocontrole. Por outro lado, a política garante a sua independência e pode conter as pressões involutivas dos estratos e canalizar as imposições dos privilégios. A constituição *fecha o sistema jurídico porque o regula como um âmbito no qual ela mesma reaparece*: a constituição é direito que trata da conformidade do direito consigo mesmo.”

Nessa esteira, tem-se, portanto, que a autopoiese constitucional é baseada em

sua auto-referencialidade. No momento da operação jurídica, que toma por base a Constituição, o Direito produz sentido a partir de suas próprias especificidades e de sua unidade distintiva própria. Logo, não se confunde a auto-referência produzida pelo sistema político com relação à Constituição com a *self reference* constitucional do sistema jurídico, pois, como refere Hespanha³⁵, são sistemas distintos *em que se envolvem as referências das pessoas ou dos grupos que as experienciam*.

Contudo, é essa mesma distinção auto-referencial que dá possibilidade de uma abertura exógena e cognitiva da Constituição ao entorno que a cerca³⁶. Nessa dinâmica permanente de comunicação com os demais subsistemas sociais, a Constituição vai-se auto-regulando e, cada vez mais, distinguindo-se do exterior, formulando uma unidade referencial própria de estruturas, princípios e operações específicos.

Nessa lógica, os princípios constitucionais, por exemplo, são pré-requisitos de decisão, e não condições de justiça. São esquemas operativos de natureza condicional-limitados pela função estrutural dada pelo sistema no qual estão inseridos (o Direito – decisão). As pré-condições dos princípios são fornecidas pela diferenciação funcional, pois é ela que dá a individualização dos modos de comportamento.

Aliada à individualização dos princípios via diferenciação, a generalização das expectativas normativas, via Constituição, torna-se base e requisito estrutural do Direito. Como assinala De Giorgi³⁷, *ambos são garantidos e estabilizados através do direito e no sistema do direito pelos princípios constitucionais*.

Nessa linha, por exemplo, o princípio constitucional do direito à saúde (art. 196, da CF/88) é uma estrutura auto-referente que transforma o direito à saúde a partir do próprio direito à saúde. Ele vai garantir a

generalização e a individualização da proteção sanitária no sistema jurídico, ao mesmo tempo em que possibilita a abertura externa e a clausura interna de tal direito.

Disso decorre que a idéia de Constituição é uma idéia paradoxal. A positividade e a operatividade interna da Constituição são possibilitadas pela sua necessária abertura cognitiva aos demais subsistemas funcionais da sociedade. Dito de outra forma: a positividade constitucional nada mais é do que a expressão de autodeterminação do sistema jurídico.

Ademais, a própria Constituição, quando auto-observada, reforça a idéia de entrelaçamento auto-referencial de suas partes componentes. Ora, os princípios remetem aos direitos fundamentais que, por sua vez, se conectam à organização do Estado. A organização estatal está ligada à organização dos Poderes. Em um movimento cíclico-recursivo, ocorre a auto-referência possibilitadora da intracomunicação e intraprodução constitucional.

Após o movimento intra-recursivo da Constituição, ela, mediante decisões, comunica-se com as demais normas e estruturas componentes do sistema jurídico, de tal forma que as *normas de Direito reproduzem outras normas de Direito, no contexto das próprias referências do sistema constitucional*³⁸. Usando-se o conceito de Teubner³⁹, poder-se-ia dizer, na esteira do raciocínio expendido, que a Constituição constitui-se em parte integrante do sistema autopoietico de segundo grau denominado Direito⁴⁰.

Por outro lado, quando a Constituição, após sua auto-referência, coloca-se em movimento e influencia os demais subsistemas sociais há o momento de seu contato com tais subsistemas, notadamente, o político. Tome-se como exemplo o caso da saúde: no sistema jurídico, cabe decidir com base no código Direito/Não-Direito, espelhado, no caso brasileiro, na base

constitucional fornecida pelo artigo 196 da Carta Magna⁴¹. Já no sistema político, deve-se tomar a decisão de direcionamento de verbas públicas sanitárias, obedecendo-se aos programas políticos elaborados a partir da unidade distintiva governo/oposição. Dito de outra forma: a Constituição, na linguagem de Teubner⁴², faz-se presente e atuante nos demais subsistemas sociais por força de sua interlegalidade. Dessa forma, a Constituição pode ser observada como o *locus* de construção do novo a partir das descrições oferecidas pelas vários subsistemas nos quais atua como fator condicionante de decisão comunicacional no interior dos subsistemas funcionais e diferenciados, e também no intermédio de comunicação limitativo estabelecido no entorno do sistema social do qual se insere a miríade comunicativa autopoietica.

Nessa esteira, uma nova realidade jurídica passa também pela autopoiese constitucional que constitui sua formação. Como afirma Hespánha⁴³: “a autopoiese do sistema constitucional concretiza a construção positiva da juridicidade dos princípios, das regras e das instituições que regulam o político por meio de um processo aberto à sociedade.”

Dessa maneira, a decisão novamente toma lugar de relevo. A questão é quem deve decidir a respeito da Constituição, dando-lhe continuidade e efetividade. Se a lei e a jurisprudência atuam na decisão judiciária, tem-se que o problema é diferente do “grau superior” e “inferior” das leis⁴⁴. Como já delineado, a tarefa decisória a respeito da Carta Magna cabe ao órgão constitucional do Poder Judiciário – no Brasil, o Supremo Tribunal Federal. Com isso, a intra-superioridade circular e central da Constituição é dada pelo fato de que os Tribunais responsáveis por sua guarda são a escala última da jurisdição, lugar onde se fecha o sistema e do qual não há mais possibilidade de busca de outra decisão.

Porém, não se afasta a hipótese de que toda a legislação deve conformidade em relação à Constituição, inclusive porque a dinâmica ato-norma-ato faz com que as decisões dos Tribunais Constitucionais reafirmem que *todo o Direito pode estar de acordo com ou contrário à Constituição*⁴⁵. São as decisões de cunho constitucional que dão continuidade à abertura da Constituição, ou, como quer, Canotilho, à constitucionalização fundamental da sociedade⁴⁶.

Disso decorre a necessidade de uma organização interna ao sistema jurídico que pugne pela observância e respeito à Constituição. Logo, é conexa ao pensamento luhmanniano a noção de controle de constitucionalidade que filtre e verifique as normas legais permissíveis. Desse modo, autopoieticamente, “un sistema debe crear por si mismo un complejo de normas de control formal, por ejemplo en la forma de una Constitución que regula el procedimiento y proporciona una preseleccion abstracta de normas legales permisibles”⁴⁷.

Nesse sentido, quando Luhmann fala em pré-seleção abstrata de normas, há uma evidente conexão com o controle concentrado de constitucionalidade, onde se produz exame de (in) constitucionalidade de uma lei, que é dirigida a todos, para o caso em tese e feita de forma abstrata. No caso brasileiro, esse controle é de competência do Supremo Tribunal Federal, quer por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, quer por Ação Declaratória de Constitucionalidade, ou, ainda, por Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O legislador deve combater a corrupção da Constituição⁴⁸, muito embora seja sua inobservância que a reafirme como lei fundamental. Corrupção no sentido de ser corrompida, violada. Essa idéia deve partir do próprio processo legislativo, que deve produzir normas conforme a Carta Magna, a fim de que a recursividade do Direito seja

afirmada e, assim, torne-se possível sua abertura ao entorno. Dito de outra maneira: todo o Direito está sujeito ao exame de constitucionalidade⁴⁹.

Nessa linha de raciocínio, também deve haver uma decisão anterior de constitucionalidade⁵⁰, ou seja, o equivalente às Comissões de Constituição e Justiça existentes em cada casa do Poder Legislativo brasileiro. Mesmo que tomadas em outro sistema, essa operação é justificável, visto que a decisão é dada com base na fórmula Direito (Constituição)/ Não-Direito (Não-Constituição).

De outra banda, assim como todas as outras questões, a Constituição (e sua função) depende do observador. Caso o sistema político lançasse a observa-se, enxergá-la-ia unicamente como uma pré-condição decisória estabelecida pelo Poder Constituinte Originário, isto é, um meio programático para a tomada de decisões políticas. No entanto, a observação feita por um Tribunal deve tomar em conta seu papel de assegurar expectativas normativas. Dessa maneira, o Poder Judiciário *não deve exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte Originário. Ele deve ser o garante da Constituição*⁵¹ mediante o programa (legislação) oferecido pelo Poder Legislativo, mas dele se diferenciando, de forma a reconstruir o sentido da Constituição.

Dito de outra forma: para ambos os sistemas (político e jurídico), a Constituição amalha a influência do entorno⁵². Para o sistema político, a Constituição traz a legitimação ordenadora de seus atos, uma regulação que o vincula. Já para o sistema jurídico, a Constituição aumenta a possibilidade, por intermédio do Direito, da concretização das políticas públicas ali enunciadas. Como refere Navarro⁵³:

“La Constitución, a modo de ejemplo, es una estructura presente, con características distintas, tanto en el sistema político

cuanto en el jurídico. En ambos, cumple la misión de introducir el entorno en el sistema a través de la autorreferencia. El sistema político, con la interpretación que lleva a cabo los textos constitucionales, se representa la ilusión de un acoplamiento y una regulación ordenadora del Derecho en sus asuntos internos... Por su parte, el sistema jurídico, a través de la Constitución, se ve confrontado con la necesidad de elaborar de continuo las iniciativas políticas que se presentan. Paralelamente, se incrementan sus posibilidades de presentar estas iniciativas políticas en forma jurídica.”

A Constituição é, portanto, o *medium*, o acoplamento estrutural da Política e do Direito. Nessa interpretação, a Constituição formula (vide cláusulas pétreas e o procedimento legislativo estabelecidos no art. 59 e seguintes da CF/88) o modo pela qual se modifica e o método que o Poder Legislativo possui para modificar a norma. Com isso, jurisdicizam-se relações políticas e intermedeiam-se razões políticas de transformação da norma jurídica⁵⁴.

4. Considerações Finais

Dos argumentos expostos, pode-se concluir que a hierarquia constitucional kelseniana não mais responde aos anseios de uma sociedade de risco e de indetermiinação⁵⁵. A circularidade decisional se adapta e transforma a Constituição a partir de seus próprios elementos jurídicos e com base em uma nova lógica, mais apta a responder às influências comunicacionais dos demais subsistemas sociais.

Dessa forma, o Direito também pode ser observado como unidade de diferença entre o direito constitucional e o restante do Direito⁵⁶. O Direito está orientado conforme a Constituição. Ou está de acordo, como já dito, ou está em desacordo⁵⁷ com o texto constitucional. Na primeira hipótese, a auto-referencialidade segue seu ciclo nor-

mal, e as decisões de caráter constitucional permeiam o sistema, reconstruindo-o. Na segunda, também ocorrerá a autopoiese, porém de forma negativa: o que está em desacordo com a Constituição reafirma o Direito por não ser Direito.

Nessa linha de raciocínio, a superioridade da Constituição e seu caráter de lei fundamental não são dados por uma definição estática. Tais características são (re)construídas no interior do sistema a partir de sua lógica interna própria. Significa, como aponta Luhmann⁵⁸, “que l’immutabilité, la vulnérabilité, le caractère de valeur suprême, etc., doivent être construits dans le système du droit lui-même”. Nessa esteira, as características da Constituição, em um sistema autopoietico, levam a algumas considerações⁵⁹:

(1) É a Constituição, por intermédio de seus princípios e normas, que possibilita sua própria auto-referência;

(2) Com isso há simetria infraconstitucional a partir da assimetria interna do texto fundamental;

(3) A Constituição regula a produção do Direito e ela mesma prevê sua revisão, atualizando as normas inferiores e ela mesma;

(4) A Constituição possibilita, ela mesma, a distinção entre direito constitucional e o restante do Direito;

(5) A Constituição independe do sistema político no momento de sua aplicação no sistema jurídico, mas sofre sua influência no momento de sua feitura;

(6) Disso decorre que a autopoiese jurídico-constitucional necessita de sua auto-referencialidade para sua (re)criação constante;

(7) Logo, o fundamento da validade da Constituição implica unicamente na necessidade de dar à Constituição uma unidade sistêmica, que lhe possibilite se (re)criar a partir da distinção sistema/entorno dentro do sistema social.

REFERÊNCIAS

- ALCOVER, Pilar Giménez. *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993.
- CAMPILONGO, Celso. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *El Sistema en la Jurisprudencia*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 1ª Parte – Videoconferência – 21/02/02 – UFPR. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CLAM, Jean. *A Autopoiese no Direito*. In: ____; ROCHA, L.S.; SCHWARTZ, G.A.D. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DE GIORGI, Rafaella. *Direito. Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- HESPANHA, Benedito. *A Autopoiese na Construção do Jurídico e do Político de um Sistema Constitucional*. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo. n. 28 – julho/setembro, 1999.
- LUHMANN, Niklas. *A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico*. Traduzido por Peter Naumann e revisado pela Profª Vera Jacob de Fradera. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, 1990, n. 49.
- LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona : Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana 1996
- LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Surkhampff, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Madrid: Iberoamericana, 2000.
- LUHMANN, Niklas. *La Constitution comme Acquis Évolutionnaire*. *Droits – Revue Française de Théorie Juridique*, n.22, Paris: PUF, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Poder, Política y Derecho. Metapolítica*, vol. 5, n. 20, 2001. Mexico DF.
- LUHMANN, Niklas. *Stato di Diritto e Sistema Sociale*. *Introduzione all’edizione italiana di Alberto Febbrajo*. Napoli: Guida Editori, 1990.

MANSILLA, Darío Rodríguez. *La Teoría de la Sociedad: invitación a la sociología de Niklas Luhmann. Metapolítica*, vol. 5, n. 20, 2001. Mexico DF.

MATURANA, Humberto R; VARELA, Francisco J. *A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MATURANA, Humberto R; VARELA, Francisco J. *De Máquinas e Seres Vivos: Autopoiese – a Organização do Vivo*. São Paulo: Palas Athena 1997

NAVARRO, Evaristo Prieto. *El Derecho y la Moderna Teoría de Sistemas*. In: DOMÍNGUEZ, José Luis; ULGAR, Niguel Angel (Coords.). *La Joven Sociología Jurídica en España: aportaciones para una consolidación*. Oñati Papers – 6. Oñati: IISJ, 1998.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. *Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann*. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein (Org). *Autopoiese e Constituição: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade*. Passo Fundo: UPF Editora, 2005.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein Schwartz. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEUBNER, Gunther. *Diritto Policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*. Napoli: La Città del Sole, 1999.

TEUBNER, Gunther. *Evolution of Autopoietic Law*. In: ____ (Ed.) *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Berlin: New York: Walter de Gruyter, 1988.

TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

WARAT, Luis Alberto. *A Pureza do Poder*. Santa Catarina: UFSC, 1983.

que é do ramo do saber biológico que a idéia da auto-criação é transplantada para o sistema social. São Varela e Maturana, biólogos chilenos, os autores da autopoiese conforme concebida em sua concepção inicial (vide, para tanto, MATURANA, Humberto R; VARELA, Francisco J. *A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001, ou, dos mesmos autores, *De Máquinas e Seres Vivos: Autopoiese – a Organização do Vivo*. São Paulo: Palas Athena 1997).

2 Para maiores detalhes, veja-se CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. In: ____; ROCHA, L.S; SCHWARTZ, G.A.D. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 103.

3 NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba : JM Editora, 1997, p. 228

4 NICOLA, Estrutura e Função..., 1997, p. 225.

5 Consulte-se, a respeito, LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt : Surkhampff, 1995, p. 38-54.

6 Nesse sentido, assinala LUHMANN, A Posição dos Tribunais..., 1990, p. 148: “A posição dos tribunais no sistema jurídico é determinada preponderantemente pela distinção entre legislação e jurisdição.”

7 Ver em especial TEUBNER, Gunther. *Diritto Policontesturale...*, 1999. p. 71-112.

8 LUHMANN, A Posição dos Tribunais..., 1990, p. 165

9 Por exemplo: no sistema econômico, que tem como função o lucro, somente o banco poderá ocupar a função central, visto que é de sua exclusividade a redistribuição do lucro.

10 LUHMANN, Niklas. *Stato di Diritto e Sistema Sociale. Introduzione all'edizione italiana di Alberto Febbrajo*. Napoli : Guida Editori, 1990. p. 59.

11 MANSILLA, Darío. *Metapolítica*, p. 45-46.

12 Cf. LUHMANN, Stato di Diritto e Sistema Sociale, 1990. p. 58.

13 LUHMANN, A Posição dos Tribunais..., 1990, p. 165

14 Utiliza-se aqui a noção de Teubner para demonstrar o que ele mesmo denomina de “dança

NOTAS

1 Muito embora deveras sabido, não se incorre em tautologismos, por necessidade de uma recuperação maiêutica da autopoiese, relembrar

sem fim” da autorreferencialidade jurídica. Para maiores detalhes ver TEUBNER, *Evolution of autopoietic law*, 1988.

15 CANARIS, Claus-Wilhelm. *El Sistema en la Jurisprudencia*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. p. 175.

16 LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Madrid: Iberoamericana, 2000. p. 244.

17 Cf. LUHMANN, A Posição dos Tribunais..., 1990, p. 151.

18 A respeito, recorda LUHMANN, *El Derecho de la Sociedad*, 2000, p. 250: “Los Tribunales no se pueden apoyar en el derecho vigente, incuestionable, sino que deben crear, postular y presuponer ese derecho sin que lleguen a garantizar que mas allá de la fuerza jurídica de la decisión del caso la decisión se válida en calidad de programa.”

19 Dessa maneira, quanto mais complexa a sociedade, “quanto maiores as dúvidas, conflitos e discrepâncias sobre as normas, maiores também as exigências de que os tribunais operem desconsiderando variáveis do tipo governo/oposição, rico/pobre, autoridade/cidadão. Estabiliza-se, ao mesmo tempo, um tratamento às desilusões de expectativas restrito à variável legal/ilegal.” CAMPILONGO, *O Direito na Sociedade Complexa*, 2000, p. 99.

20 LUHMANN, A Posição dos Tribunais..., 1990, p. 161.

21 No caso brasileiro, por exemplo, a hierarquia dos tribunais tem em seu topo o Supremo Tribunal Federal, pois é ele o guardião precípua da Constituição Federal, podendo as decisões de todos os tribunais inferiores serem revistas por ele mediante recurso e também porque é o último momento decisional, o último grau de jurisdição. Após, segue-se o Superior Tribunal de Justiça para a Justiça Comum e os Tribunais Superiores para a Justiça Especial (Justiça Militar, Justiça Eleitoral e Justiça do Trabalho), restando, na última linha hierárquica, os tribunais de segundo grau (Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal, Tribunal de Justiça Militar e Tribunal Regional do Trabalho).

22 Cf. LUHMANN, *El Derecho de la Sociedad*, 2000, p. 245.

23 LUHMANN, A Posição dos Tribunais..., 1990, p. 163.

24 LUHMANN, *Stato di Diritto e Sistema Sociale*, 1990. p. 56.

25 Cf. LUHMANN, *Poder, Política y Derecho*, 2001, p.30.

26 Nesse sentido ver WARAT. Luis Alberto. *A Pureza do Poder*. Santa Catarina: UFSC, 1983.

27 Conforme LUHMANN, *La Constitution comme Acquis Évolutionnaire*, 1995, p. 106: “Le concept de constitution réagit à une différenciation du droit et de la politique, et plus encore: à la séparation totale de ces deux systèmes fonctionnels, ainsi qu’au besoin de liaison qui en résulte”.

28 Cf. DE GIORGI, *Direito, Democracia e Risco...*, 1998, p. 118-119.

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 1ª Parte – Videoconferência – 21/02/02 – UFPR. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 23.

30 ALCÓVER, *El Derecho en la Teoria...*, 1998, p. 344.

31 Sobre o tema assinala LUHMANN, *La Constitution comme Acquis Évolutionnaire*, 1995, p.118: “La constitution constitue (Konstituiert) et rend en même temps invisible le couplage structurel du droit et de la politique.”

32 LUHMANN, *Poder, Política y Derecho*, 2001, p. 21.

33 Nesse sentido observa HESPANHA, *A Auto-poiese na Construção...*, 1999. p. 60: “É necessário que se parta de uma premissa autopoietica que assegure a auto-identificação dos componentes da matéria política que fundamenta a auto-regulação e o autoconhecimento das unidades normativas do Direito Constitucional sem confundi-las com o objeto que disciplina a ciência política.”

34 DE GIORGI, *Direito, Democracia e Risco...*, 1998, p. 119.

35 HESPANHA, *A Auto-poiese da Construção...*, 1999, p. 60.

36 Sobre a necessidade da diferenciação funcional entre o sistema político e o sistema jurídico, ressalta LUHMANN, *La Constitution comme Acquis Évolutionnaire*, 1995, p. 125: “Si le système politique résout le problème de sa propre autoréférence par la constitution, il a alors besoin du droit. Ce qui ne peut fonctionner que parce que ces systèmes ne concordant pas, n’ont pas la moindre intersection, mais que le système politique ne peut se servir du système du droit que par hétéro-référence, c’est-à-dire

par la prise en consideration d'un autre syst`me fonctionnel. Corrélativement, le concept d'Etat caractérise à la fois une organization et une personne juridique – selon le syst`me où il en est fait usage. Corrélativement encore, l'extension immense du doimaine d'application du pouvoir politique acquis grace au codage secondaire juridique de toutes les decision politiques, est conditionnée par la différenciation Claire des deux syst`mes.”

37 DE GIORGI, *Direito, Democracia e Risco...*, 1998, p. 118.

38 HESPANHA, *A Autopoiese da Construção...*, 1999, p. 60.

39 Cf. TEUBNER, *O Direito Como Sistema Autopoietico*, 1989.

40 Afirma HESPANHA, op. cit., p. 61: “O Direito Constitucional é um sistema jurídico autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema (social) autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-reguladora de seus próprios componentes sistêmicos e à articulação de seus elementos num hiperciclo.”

41 Para uma maior especificidade sobre saúde, autopoiese e Direito, veja-se SCHWARTZ, Germano André Doederlein Schwartz. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

42 Cf. TEUBNER, *O Direito como Sistema Autopoietico*, 1989.

43 HESPANHA, *A Autopoiese da Construção...*, 1999, p. 75.

44 Cf. LUHMANN, *A Posição dos Tribunais...*, 1990, p. 157.

45 LUHMANN, *A Posição dos Tribunais...*, 1990, p. 158.

46 Em palestra proferida no dia 18/10/2002, na PUCRS, o Professor José Joaquim Gomes Canotilho defendeu a idéia de que as teorias da diferenciação possibilitam à Constituição a comunicação com os demais sistemas sociais. No mundo globalizado, o professor defende que ao invés de uma economização fundamental ocorra uma constitucionalização fundamental, de modo a espalhar os valores constitucionais aos mais longínquos quadrantes da Terra.

47 LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana 1996, p. 115.

48 Diz LUHMANN, *La Constitution comme Acquis Évolutionnaire*, 1995, 106: “Ce que signifie *constitution* es determine dans le miroir de as corruption. L'on s'en remet dans cette vue au législateur et il ne vient pas à l'esprit de distinguer la législation simple et la révision constitutionnelle. On attend du législateur (mais il est lui-même corrompu) un combat perpétuel contre la corruption de la constitution (Verfassung). Et c'est pourquoi: *It's not every public law an innovation on our constitution?*”

49 Afirma Ibidem, p. 118; “Tout droit es exposé à l'examen de constitutionnalité, et l'ancien droit est promptement rendu obsolète par un droit constitutionnellement institué.”

50 Refere LUHMANN, *Poder, Política y Derecho*, 2001, p. 25: “esto se puede examinar con anterioridad y, por lo general, así se examina. Pero este examen preliminar realizado por juristas, es entonces ya una operación interna del sistema jurídico independientemente del contexto organizativo e institucional en el cual se efectúa.”

51 CAMPILONGO, *O Direito na Sociedade Complexa*, 2000, p. 86.

52 Como exemplo dessa relação pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito é a consequência de tal interdependência. A respeito, afirma LUHMANN, *Poder, Política y Derecho*, 2001, p. 26: “La fórmula Estado de derecho expresa una relación parasitaria entre política y derecho. El sistema político se beneficia con el hecho de que en otra parte (en el derecho) se encuentra codificada y administrada la diferencia entre lo que es conforme a derecho y lo discrepante. *A la inversa, el sistema jurídico se beneficia con el hecho de que la paz – la diferencia de poderes claramente establecida y el hecho de que las decisiones se pueden imponer por la fuerza – está asegurada en otra parte: en el sistema político. El término “parasitario” no expresa otra cosa, aquí, que la posibilidad de crecer gracias a una diferencia externa.*”

53 NAVARRO, *El Derecho en la Moderna...*, 1998, p. 123-124.

54 Como bem observa GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciencia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 194: “É nesse contexto que a Constituição se revela como grande responsável pelo acoplamento estrutural entre os (sub)sistemas jurídico e político, jurisdici-

zando relações políticas e mediatizando juridicamente interferências da política no direito, ao condicionar transformações nas estruturas de poder a procedimentos de mutação constitucionalmente previstos.”

55 Assevera LUHMANN, *La Constitution comme Acquis Évolutionnaire*, 1995, p. 113-114: “La validité de la constitution ne peut plus guère mais n’a pas non plus besoin d’être fondée de l’extérieur. La validité hypothétique, dessinée à partir d’une analogie scientifique, d’une norme fondamentale (Kelsen). Il s’agit en tout cas d’une construction inutile. Il n’est pas difficile de comprendre qu’il y ait peu de sens à reposer toujours de nouveau la question du commencement ou du fondement de validité, de l’arché ou du principium. Abandonner cette problématique ne

fait nullement le lit de l’arbitraire (Beliebigkeit) ou, comme on le craint facilement en Allemagne, n’ouvre la porte aux nationaux-socialistes. On acquiert ainsi plutôt la possibilité d’analyser plus précisément les exigences auxquelles un texte partiellement autologique doit satisfaire au sein d’un système autoréférentiel, opératoirement clos.”

56 Cf. Ibidem, p. 114

57 Conforme Idem, a idéia de Constituição “transforme l’idée déjà possible selon laquelle tout droit pourrait être conforme ou contraire au droit en l’idée selon laquelle tout droit est ou bien conforme à la constitution ou bien lui est contraire.”

58 LUHMANN, *La Constitution comme Acquis Évolutionnaire*, 1995, p. 112.

59 Apontadas por Ibidem, p. 116.

A NATUREZA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

THE NORMATIVE NATURE OF PRINCIPLES

RICARDO MARCONDES MARTINS*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Este estudo enuncia o conceito de norma jurídica e apresenta sua estrutura lógica. Em seguida examina os princípios jurídicos e revela como são contemporaneamente entendidos. Se os princípios são normas jurídicas autônomas, devem ter necessariamente a estrutura lógica das normas jurídicas. Ao enfrentar esse problema, concluiu-se que os princípios são típicas normas de estrutura, tais como as normas de competência e os veículos introdutores de normas.

Palavras-chave: Norma jurídica. Estrutura lógica. Norma de comportamento. Norma de estrutura. Norma de competência. Veículo introdutor de norma. Princípio. Valores.

Abstract: This essay discuss the rules of law ideas and presents logical structure. Afterwards searches the juridical principles and makes manifest how they are contemporaneously understood. If the principles are independent rules of law, we must have to consider the logical structure for the rules of law. To face the situation, it follows that the principles are typical rules of structure as the ability rules and the manner that the rules are introduced.

Key words: Rules of law. Logical structure. Conduct rules. Structure rules. Ability rules. Manner of the rules are introduced. Principles. Values.

1. Introdução

Para o positivismo jurídico, sobretudo para a teoria kelseniana, considerado o sentido atribuído atualmente aos princípios, o sistema jurídico não é por eles integrado. Hoje, direito é visto sob a perspectiva principiológica; ninguém nega a importância dos princípios para o sistema jurídico positivo; raras são as discussões jurídicas em que algum princípio não seja considerado. Desse modo, seu estudo tornou-se imprescindível para a compreensão do direito. Por um lado, as contribuições de Ronald Dworkin e Robert Alexy são verdadeiros marcos na história da Dogmática Jurídica, ambas implicaram avanço científico que não pode ser ignorado; por outro, as concepções positivistas e lingüísticas do direito não são incompatíveis com a teoria principiológica, sendo possível a

adequada conciliação dessas teorias. No texto ora apresentado buscou-se exaustivamente essa conciliação.

Partiu-se do pressuposto de que todo conhecimento científico exige um corte metodológico e, ao efetuá-lo, o direito foi considerado sob o aspecto normativo. Num segundo momento, analisou-se a norma jurídica, servindo-se da definição e da divisão, mecanismos valiosos para o conhecimento. A classificação da norma jurídica revelou o princípio jurídico, analisado no terceiro momento da investigação. Em contraposição às regras jurídicas, obteve-se sua definição, examinou-se a fenomenologia de sua incidência e, finalmente, sua estrutura normativa.

Os estudos do Direito não podem ignorar os avanços da teoria principiológica sob pena de grave retrocesso científico. Se o texto chamar a atenção para esses avan-

* O autor é procurador do Município de São Paulo, especialista em Direito Constitucional pela ESDC e mestrando da PUC-SP.

ços, logrou êxito. Se a conciliação proposta for aceita pela ciência, alcançou seu objetivo.

2. O Sistema de Direito Positivo

2.1. Considerações sobre o Objeto da Investigação

Ciência consiste numa linguagem precisa voltada para o aumento do conhecimento humano. Quem pretende fazer ciência deve, antes de iniciar sua empreitada, atentar para alguns condicionantes: a atividade científica sujeita-se a dois pressupostos que, uma vez violados, impedem que a linguagem emitida possua cientificidade, a linguagem que os desatenda será natural ou técnica,¹ efetivará uma comunicação e até prestar-se-á a fins específicos, mas não será tomada como acréscimo ao conhecimento humano.

O primeiro pressuposto é a delimitação do objeto. Não é possível pretender conhecer algo sem precisar o algo a ser conhecido. Assim, dentro do universo de possibilidades, deve-se identificar qual objeto será examinado. A eleição do objeto, no entanto, não basta, pois um certo objeto pode ser examinado sob diversos prismas. Quem pretende estudar uma montanha pode fazê-lo, por exemplo, sob o aspecto geológico, climático, topográfico, geopolítico, histórico, filosófico ou até religioso. A discriminação exemplificativa demonstra a vastidão do conhecimento humano: há infinitas possibilidades de estudar um objeto. Assim, o primeiro pressuposto do cientista é fixar qual o objeto de seu estudo e sob qual aspecto ele será examinado. O segundo pressuposto é a identificação do sistema de referência adotado para estudar o objeto. Com a contribuição da física moderna sabe-se que tudo é relativo: tudo depende do sistema de referência. Goffredo Silva Telles Junior demonstra magis-

tralmente essa relatividade do universo ao explorar a magnitude e a insignificância do macro e do microcosmo.² Ao descrever as duas realidades, mostra a impossibilidade de qualificar-se como pequeno ou grande um determinado objeto sem antes precisar o sistema de referência adotado. Se determinada afirmação é inverídica sob um sistema referencial, pode não o ser sob outro. Assim, se o cientista escolheu certa montanha como objeto de seu estudo, e delimitou esse objeto, dedicando-se a examiná-la sob o prisma histórico, deverá fixar o sistema de referência adotado: por exemplo, que sua análise histórica dar-se-á pelo método marxista. Conclui-se, portanto, que, antes de pretender proferir uma linguagem científica, o enunciador deve identificar o objeto a ser examinado, delimitá-lo e fixar o sistema de referência adotado. É o que se fará a seguir.

2.2. O Direito

2.2.1. Direito como Expressão Análoga

Este estudo tem por objeto de investigação o direito, palavra que não identifica apenas uma realidade, mas várias realidades distintas. Assim, impossível, a partir dela, pretender uma definição. André Franco Montoro, brilhantemente, identificou as realidades discriminadas pelo direito: ciência, norma, faculdade, justiça e fato-social. Essas realidades estão inter-relacionadas, daí o termo ser considerado análogo e não equívoco ou unívoco. Nenhuma delas é equivocada, representam “pontos de vista sob aspectos diferentes de um mesmo objeto” (MONTORO, 1994, p. 53).³ Percebe-se que direito é um objeto muito amplo e, portanto, necessita de delimitação, quem o examina deve explicitar sob qual ponto de vista o faz. Direito aqui será tomado como *norma*, mais precisamente, como conjunto de normas jurídicas vigentes em dado

tempo e território. O exame dar-se-á sobre o conjunto de normas jurídicas vigentes atualmente no Estado Brasileiro, ou seja, sobre o direito positivo brasileiro.

2.2.2. Direito Positivo e Ciência do Direito

Elegeu-se como objeto de análise o direito positivo brasileiro, ou seja, uma linguagem. A linguagem do direito positivo tem função *prescritiva*, presta-se à regulação das condutas intersubjetivas, suas prescrições não são verdadeiras ou falsas, mas válidas ou inválidas e sua sintaxe é estudada pela Lógica Deontica. Essa linguagem tem por objeto as condutas humanas, mais precisamente, as condutas possíveis e não necessárias. É uma linguagem técnica, assentada no discurso natural, mas com acentuado número de palavras e expressões científicas. Por ser técnica são comuns as ambigüidades e contradições. Por fim é uma típica linguagem-objeto, não se vertendo sobre outra linguagem e sim sobre o mundo fenomênico. Para caracterizar essa linguagem, útil contrapô-la à linguagem ora utilizada: esta é *descritiva*, presta-se a descrever o direito positivo, suas prescrições não são válidas ou inválidas, mas verdadeiras ou falsas e sua sintaxe é estudada pela Lógica Clássica, Apofântica ou Alética. O objeto desta linguagem é o direito positivo. Tem a pretensão de ser científica, obediente aos postulados da identidade, da não-contradição e do terceiro excluído,⁴ pretende, assim, não apresentar ambigüidades ou contradições. É uma metalinguagem, pois se refere à outra linguagem, a do direito positivo. Percebe-se, portanto, que Direito aqui é tomado como fenômeno lingüístico: utiliza-se de uma linguagem descritiva, própria da Dogmática Jurídica, para descrever a linguagem prescritiva de condutas, própria do direito positivo.

2.2.3 Sistema Jurídico do Direito Positivo e Sistema Jurídico da Ciência do Direito

Claus-Wilhelm Canaris, em obra que já se tornou clássica (2002, p. 12-13),⁵ extrai de várias conceituações de sistema⁶ duas características fundamentais: a *ordenação* e a *unidade*. Ordenação consiste num estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. Unidade consiste em reconduzir as unidades que compõe a ordenação a princípios fundamentais, impedindo uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas.⁷ Assim, em severa síntese, onde houver ordenação e unidade haverá um sistema.

Referiu-se, acima, a duas linguagens distintas: a linguagem da Ciência do Direito e a linguagem do direito positivo. Aquela se compõe de um conjunto de enunciados descritivos; esta, de um conjunto de enunciados prescritivos. Do conjunto de enunciados prescritivos do direito positivo extraem-se as normas jurídicas, a seguir examinadas, que compõem uma ordem dotada de unidade. Da descrição dessas normas pela Ciência do Direito extraem-se proposições descritivas, que compõem também um ordenamento dotado de unidade. Nesses termos, o conjunto de normas jurídicas do direito positivo compõe o sistema de direito positivo e o conjunto de proposições descritivas da Ciência do Direito compõe o sistema da Ciência do Direito. Segundo a classificação de Celso Neves⁸ esses dois sistemas são nomoempíricos, posto que suas proposições⁹ possuem referências empíricas, em oposição aos sistemas nomológicos, em que os componentes são entidades ideais. Interessa aqui examinar as normas jurídicas que compõem o sistema do direito positivo brasileiro.

3. A Norma Jurídica

Como afirmado, o conjunto de normas jurídicas que compõe o direito positivo forma um sistema, tornando-se, assim, imprescindível definir norma jurídica. Pressuposto dessa definição é a conceituação de norma, vocábulo originário do latim *norma*, *ae*, sinônimo de regra, modelo, padrão. Norma consiste na padronização, por meio da abstração, da ocorrência de determinado fenômeno.

O exame das espécies de normas facilitará a compreensão do conceito. Existem duas espécies: as *normas de comportamento* e as *normas naturais*.¹⁰ As primeiras obedecem ao princípio da causalidade, as segundas, ao princípio da imputação.

Observando-se na natureza um evento E1, e um evento similar ao primeiro – E2, e outro similar – E3, e assim por diante, todos elementos de um conjunto de eventos similares – En; e observando-se, além disso, que sempre que um evento Ex (sendo “x” um dos elementos pertencentes ao conjunto “n”) ocorre, surge uma determinada consequência: o ser humano, por intermédio de seu poder de abstração, consegue sintetizar numa regra uma fórmula que indique esse padrão. Assim, dado o evento Ex, ocorre a consequência Cy. O exemplo indica uma norma natural porque sempre que ocorrer o evento Ex haverá necessariamente a ocorrência no mundo fenomênico da consequência Cy, sob pena de invalidade da norma, pois a hipótese está ligada à consequência por um vínculo de causalidade.

Existe uma linguagem que reduz os termos da norma a uma expressão ideal, simbólica: é a linguagem formalizada, própria da Lógica. Toda norma é suscetível de formalização. No exemplo dado a norma poderia ser formalizada da seguinte forma: Ex \square Cy, em que o vetor representa o vínculo de causalidade.

Normas de comportamento diferem-se das normas naturais por não apresentar causalidade. Ao contrário das normas naturais em que a consequência decorre da hipótese, nas normas de comportamento a consequência é imposta à hipótese. Essas normas também implicam numa padronização, posto que ligam determinadas consequências a eventos com certas características. A ligação, no entanto, não é causal, mas deontica. Desse modo, ao prever-se na hipótese um evento com determinadas características, estabelece-se a faculdade, a obrigatoriedade ou a proibição de determinado comportamento a alguém. Esse vínculo é de imputação ou deontico, pois, ocorrido o evento com as características previstas, não surge no mundo fenomênico, necessariamente, sob pena de invalidade da norma, as consequências imputadas. A norma prevê que as consequências *devem surgir* no mundo fenomênico.

Essas consequências, como dito, são impostas pela norma, independentemente da vontade das pessoas nela referidas. Esta é a característica própria de todas as normas de comportamento, sejam jurídicas, morais, religiosas, que as distingue das normas naturais: a *imperatividade*. Imperar, do latim, *impero*, *as*, *avi*, *atum*, *are*, significa forçar a produzir, comandar, ordenar, impor determinados comportamentos pela ocorrência de eventos com certas características.

As normas jurídicas, como todas as normas de comportamento, possuem imperatividade e, ao contrário das demais, possuem *autorizamento*. Só as normas jurídicas autorizam os lesados, pelo não cumprimento dos mandamentos nelas expressos, a exigir que os violadores cumpram esses mandamentos. Somente as normas jurídicas são autorizantes, conforme a lapidar contribuição de Goffredo Telles Junior (1985, p. 341 *et seq.*), pois só elas autorizam aqueles que sofreram com a violação de seus manda-

mentos a exercer ou a fazer com que outro exerça a coação sobre o violador a fim de fazer cessar ou obstar a violação ou obter uma reparação. Daí a definição de norma jurídica do aclamado jurista, aqui adotada integralmente: norma jurídica é um “imperativo autorizante”. É um imperativo, afirma o catedrático, porque é um mandamento; é autorizante, porque autoriza a reação contra a ação que viola.

3.1. Texto de Lei e Norma Jurídica

A norma jurídica, como todas as normas, também é suscetível de formalização. No entanto, antes de examinar sua estrutura lógica, essencial realçar importante distinção: a Constituição, as leis, os atos administrativos, as sentenças judiciais¹¹ consistem em vários enunciados cujo conjunto compõe o suporte físico do direito positivo. Exemplificativamente, reporta-se ao art. 159 do Código Civil de 1916, que reza: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.¹² É um texto de lei: um conjunto de grafemas impressos no papel, que compõem o *plano da expressão* ou o *plano dos significantes* (CARVALHO, Curso de Direito Tributário, 2002, p. 108 et seq.). Devem obedecer às regras sintáticas para possuírem algum significado. Esses grafemas não se confundem com a norma jurídica, mas a visualização deles (da *enunciação*) é o primeiro passo para construção da norma.

A partir da leitura do texto de lei, desses grafemas, o leitor efetua uma primeira abstração: associa cada palavra a seu significado vernacular. Essa abstração é automática e exige o domínio do idioma por parte do leitor. As palavras constituem *signos*, ou seja, são representativas de algo¹³ e, como não guardam nenhuma ligação com o objeto do mundo que elas

significam, sendo arbitrariamente fixadas, são *símbolos*. A identificação dos significados das palavras e, portanto, do enunciado composto por elas, é o segundo passo do leitor diante de um texto normativo. O leitor apura o significado da enunciação, ou seja, passa do plano da literalidade textual ao *plano dos conteúdos*; da sintática, passa à *semântica*. Nesse momento o leitor identifica o dever-ser, o comportamento prescrito no texto e apreende um juízo. Esse juízo também não se confunde com a norma jurídica.

Num terceiro momento, o leitor, após examinar o juízo decorrente da leitura dos grafemas, a partir de todo o sistema jurídico, efetua uma segunda abstração: identifica a hipótese prevista pelo legislador, visualizando os critérios identificadores de eventos, e a consequência imputada a essa hipótese. No exemplo dado, após exame do enunciado decorrente do art. 159 e de todos os demais enunciados do sistema, identifica-se o antecedente da norma, ou seja, a descrição de uma conduta, e o consequente, ou seja, uma relação jurídica imputada a essa conduta. No antecedente haverá invariavelmente um verbo seguido de dois complementos: o verbo pode ser qualquer um (v), excetuados os verbos de estado (ser e estar); os complementos são, conduta culposa (cu) ou dolosa (cd) e danosa (d). Assim, “v + cu ou cd + d” é o antecedente da norma extraída do art. 159 do Código Civil de 1916. Já o consequente é uma relação jurídica em que o responsável pelo dano é obrigado a pagar ao prejudicado os prejuízos decorrentes de sua conduta. Essa, portanto, é a norma jurídica extraída do texto do art. 159 do Código Civil de 1916.

O exemplo do art. 159 é um caso raro em que a norma jurídica é extraída de um único texto de lei. O juízo decorrente da leitura do texto não é suficiente para montar a norma. Sempre é necessário um exame

global do sistema, posto que a norma pode decorrer de vários textos de lei. No Código Civil de 2002, por exemplo, essa norma é extraída de dois dispositivos: do art. 186, cuja redação determina que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e do caput do art. 927, cuja redação é a seguinte: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Nesse diploma legal, como se percebe, o antecedente da norma é extraído de um dispositivo e o conseqüente de outro. Fica clara, portanto, a diferença entre a norma jurídica e o texto de lei.

O conjunto de todas as normas jurídicas extraídas dos enunciados do direito positivo compõe o *sistema normativo stricto sensu*. Percebe-se que a norma jurídica é construída pelo jurista, a partir da leitura do texto positivo, ela é a significação que ele extrai do texto ao lê-lo e confrontá-lo com os demais textos. As normas jurídicas, portanto, decorrem dos textos legais, mas não se confundem com eles. O legislador,¹⁴ ao editar os textos, tem a intenção de criar determinadas normas;¹⁵ ele, no entanto, não cria norma nenhuma, simplesmente enuncia o texto. Quem cria a norma é o jurista, a partir do texto legal. Perfeitamente possível, nesses termos, que a norma jurídica resultante do texto legal, criada pelo jurista ao lê-lo, seja contrária à norma que o legislador queria criar ao editar o texto. Conseqüentemente, as normas jurídicas são criadas pelo jurista, pelo cientista do Direito, a partir dos textos elaborados pelo legislador.¹⁶ As normas jurídicas que compõem o direito positivo, assim como todo sistema normativo *stricto sensu*, são criação da Ciência do Direito. O jurista elabora dois sistemas, um prescritivo, correspondente ao conjunto de normas jurídicas extraídas dos textos legais, e outro descritivo, correspondente ao con-

junto de proposições elaboradas sobre essas normas jurídicas. Primeiro formula a norma, depois emite proposições descritivas sobre essa norma.

3.2. A Estrutura Lógica das Normas Jurídicas

Definiu-se norma jurídica como um juízo sobre a significação do texto normativo possuidor de duas características fundamentais: imperatividade e autorizamento. Norma é, como afirmado, uma proposição prescritiva de condutas pertencente a um sistema e, assim, indissociável de todo o complexo normativo. O ordenamento é um vasto conjunto de comandos reguladores de condutas intersubjetivas e esses comandos encontram-se entrelaçados, inter-relacionados, de tal forma que compõem um sistema. É impossível, por força disso, conceber cada prescrição como algo autônomo do sistema que faz parte. Para compreensão do comando, no entanto, faz-se necessário tomá-lo como prescrição autônoma e perceber cada norma enquanto comando individualizado: eis uma tarefa deveras complexa.

A definição de norma jurídica apresentada acima é precisa, mas insuficiente para os fins desta análise. Necessário fixar qual é o mínimo de significado que a proposição deve conter para formar um imperativo autorizante. De fato, a norma é, na expressão de Paulo de Barros Carvalho, “a expressão irredutível de manifestação do deôntico” (1999, p. 17 et seq.). É a análise lógica da norma jurídica que possibilita ao jurista a identificação dos elementos necessários para composição desse mínimo irredutível. O exame da estrutura lógica da norma jurídica é o que segue.

3.2.1. A Estrutura de Kelsen e a de Còssio

Muito já se discutiu na seara da Teoria Geral do Direito sobre o tema. Para

Hans Kelsen a norma jurídica possui a seguinte estrutura: dada a não realização de uma prestação positiva ou negativa deve ser a sanção, ou seja, ocorridos determinados pressupostos, deve efetivar-se a coerção. Eis a formulação proposta pelo jus-filósofo: NP \rightarrow S.¹⁷ Dois, portanto, são, para Kelsen, os elementos essenciais da norma jurídica: a descrição da não realização de uma obrigação (NP) e a imputação de uma sanção (S). A fórmula mostrou-se insuficiente por se limitar a prever a não realização da conduta e a sanção prescrita. A norma, antes de prever a não realização da conduta que almeja realizada, evidentemente, prevê a própria conduta.

Carlos Cossio, em inestimável avanço científico, propôs nova estrutura para norma jurídica, formulando-a como um juízo hipotético disjuntivo.¹⁸ Cada norma jurídica possui, segundo ele, duas partes: a norma que estabelece a prestação – P – (endonorma), chamada norma primária, e a norma que estabelece a sanção – S – (perinorma), chamada norma secundária. A perinorma só incide se houver descumprimento da endonorma. Eis a fórmula proposta: F \rightarrow P ou NP \rightarrow S.¹⁹

3.2.2. A Estrutura de Paulo de Barros Carvalho e Eurico Marcos Diniz de Santi

A partir das lições de Lourival Vilanova (2000, p. 103 et seq.) os ilustres tributaristas da Escola de Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo empreenderam novo avanço científico, apresentando estrutura lógica mais completa e precisa às normas jurídicas. Seguindo os passos dados por Cossio concebem a norma jurídica com um juízo disjuntivo. A norma primária, no entanto, biparte-se em duas: a norma primária dispositiva e a norma primária sancionadora,²⁰ ambas com conteúdo material, em oposição à secundária, com conteúdo processual.

No antecedente (hipótese) – “A” – da *norma primária dispositiva* descreve-se uma conduta, e no conseqüente – “Cd” – descreve-se uma relação jurídica; ambos, antecedente e conseqüente, ligados por um vínculo de imputação deôntica neutro – “D”, representado pelo vetor “ \rightarrow ”. Vínculo este que prescreve “dado o antecedente, deve ser o conseqüente”, sem modalizar a conduta como obrigatória, proibida ou facultativa. Assim: “D [A \rightarrow Cd]”. O conseqüente, como afirmado, consiste numa relação jurídica – Rd – entre dois sujeitos, ativo – Sa – e passivo – Sp – em torno de um objeto, sendo assim representado: Rd (Sa, Sp). Nessa relação o sujeito ativo está ligado ao sujeito passivo também por um vínculo de implicação deôntico que, ao contrário do primeiro, é modalizado, ou seja, prescritivo de obrigatoriedade, proibição ou faculdade. Esse vínculo é representado por dois vetores sobrepostos “ \rightarrow ”. O vínculo relacional formado pelo operador deôntico intraproposicional é formalizado pela variável “R”.

Essa norma pode ser observada ou não. Por força da possibilidade de inobservância é ligada a uma outra norma, à *norma primária sancionadora*, que possui em seu antecedente a descrição do descumprimento da conduta prescrita pelo conseqüente da norma primária dispositiva e no conseqüente, a descrição de uma relação jurídica em que se estabelece uma “sanção”. Tal qual a norma primária dispositiva, o antecedente é ligado ao conseqüente por um vínculo de imputação deôntica não modalizado. Eis a representação: “(-Cd \rightarrow Cs)”. A conseqüência da norma primária sancionadora também consiste numa relação jurídica entre dois sujeitos, vinculados um ao outro por um vínculo deôntico prescritivo de obrigatoriedade, proibição ou faculdade. Daí representar-se “Cs” por “Rs (Sa, Sp)”. A norma primária dispositiva e a norma primária sanciona-

dora estão ligadas uma a outra, sendo que a ligação é representada logicamente pelo operador da conjunção “.”, resultando na seguinte estrutura: “D [A → Rd (Sa,Sp)] . [-Rd (Sa,Sp) → Rs (Sa,Sp)]”.²¹

A norma primária sancionadora pode, da mesma forma que a dispositiva, não ser observada. Por força dessa hipótese concebeu-se a norma secundária, de natureza processual, que tem por antecedente ou o descumprimento da conduta prescrita pelo conseqüente da norma primária dispositiva (-Rd (Sa,Sp)) ou o da conduta prescrita no conseqüente da norma primária sancionadora (-Rs (Sa,Sp)) ou o descumprimento de ambas as condutas.²² Tem por conseqüente também uma relação jurídica, composta por Sa, Sp – partes – e o juiz – Sj, em que o sujeito ativo tem o direito de exigir do juiz a efetivação do dever imputado na norma primária, assim representada: Rp (Sa,Sj,Sp). É a norma secundária que possibilita o emprego da coercitividade pelo Estado (FERRAGUT, 2001, p. 23). Utilizando-se do disjuntivo “v” na hipótese da norma secundária, assim é formulada a estrutura completa da norma jurídica: “D {[A → Rd (Sa,Sp)] . [(-Rd(Sa,Sp)) → Rs(Sa,Sp)]} . [(-Rd (Sa,Sp)) v (-Rs (Sa,Sp)) → Rp(Sa,Sj,Sp)]”.²³

3.2.2.1. Observações à Estrutura Apresentada

A formulação dos ilustres tributaristas é de extraordinário primor e de inestimável importância para o desenvolvimento da ciência. Dois esclarecimentos, contudo, mostram-se necessários. Primeiramente, conforme já afirmado, o que caracteriza a norma jurídica não é nem a *coatividade* nem a *coercitividade*. Coação é a força concreta, física, que atua sobre o sujeito passivo, compelindo-o a cumprir o mandamento normativo; a coerção é a força psicológica que o compele a cumprir o imperativo. Coatividade é a aptidão para coagir;

coercitividade é aptidão para exercer coerção. A coerção não é elemento essencial da norma porque não é a norma que intimida, mas os efeitos que podem advir de sua violação. Ainda que, por qualquer motivo, não haja coerção,²⁴ existirá, evidentemente, a norma. Esta autoriza o lesado a obter a coação: em alguns casos autoriza o próprio lesado a coagir, casos raros de autotutela; na maioria das vezes, no entanto, autoriza o lesado a obter do Judiciário a coação. A norma, por óbvio, jamais coage: autoriza a coação.²⁵ A coação é elemento da norma secundária, mas esta é um desdobramento não necessário, pois, conforme afirmado, pressupõe o descumprimento da norma primária. O elemento fundamental da norma jurídica não pode ser eventual e, por isso, não pode ser a coação: é o autorizamento à obtenção da coação, necessariamente presente na norma primária.

O segundo esclarecimento exige maior fôlego. De acordo com a estrutura apresentada pelos ilustres juristas, no conseqüente das normas jurídicas sempre há a descrição de uma *relação jurídica*, em que o sujeito ativo tem o *direito subjetivo* de exigir do sujeito passivo o cumprimento de determinada obrigação e este tem, em contrapartida ao direito daquele, o *dever jurídico* de cumprir essa prestação. Essa estrutura lógica, própria das relações jurídicas, está presente, afirma enfaticamente Paulo de Barros Carvalho, em todas as normas jurídicas.²⁶ A afirmação é parcialmente correta. Essa concepção é fruto do pandectismo e da marcante influência de Bernhard Windscheid, sobretudo na elaboração do *BGB*. O direito foi reduzido à estrutura de relação jurídica bilateral e de *cooperação*, eminentemente patrimonial, em que o sujeito ativo possui direito subjetivo e o sujeito passivo possui dever jurídico. Contemporaneamente, sobretudo pela contribuição da doutrina italiana, em especial de Pietro Perlingieri (2002), a par-

tir de uma análise constitucional do direito privado, a Teoria Geral do Direito foi sensivelmente modificada.

Desenvolveu-se o instituto da *situação jurídica*.²⁷ A norma jurídica descreve um evento e imputa a esse evento determinadas conseqüências – *efeitos* jurídicos. Ao descrever esses efeitos estabelece o *dever-ser* a partir de um conceito que permite avaliar um comportamento. Os efeitos são conceitos aptos à avaliação do comportamento humano; são, no dizer de Perlingieri, instrumentos de avaliação do agir. Esses conceitos são categorias que caracterizam o agir e estas são genericamente denominadas de *situação jurídica*. Direito subjetivo é apenas uma espécie de situação jurídica ativa. Existem muitas outras: direito potestativo, faculdade, interesse legítimo, status, poder jurídico, função. Dever jurídico é apenas uma espécie de situação jurídica passiva, há também outras: estado de sujeição, ônus, resistência.

É verdadeira a afirmação de que o direito é essencialmente bilateral (CARVALHO, Curso de Direito Tributário, 2002, p. 280). As normas jurídicas, como afirmado, são atributivas de efeitos jurídicos e, portanto, constitutivas de situações jurídicas. É a chamada *conseqüência unilateral da norma jurídica*, ou seja, a atribuição de efeito jurídico e, portanto, a instituição de situação jurídica. Pode-se afirmar, no entanto, que esse efeito é instrumental em relação a um segundo efeito, a atribuição de deveres, o chamado *efeito bilateral das normas jurídicas*: a instituição de relações jurídicas. A norma jurídica atribui efeitos unilaterais, instituindo os destinatários em situações jurídicas, para atribuir-lhes efeitos bilaterais, ligar os destinatários em relações jurídicas. Relação jurídica, diz Perlingieri, é relação entre situações jurídicas (2002, p. 115). Não há que se distinguir normas atributivas de efeitos de normas atributivas de deveres, toda norma jurídica

é atributiva de efeitos e de deveres, é instituidora de duas situações e de uma relação jurídica.

Nesses termos, correto afirmar-se que no conseqüente de uma norma jurídica há sempre a descrição de uma relação jurídica. No entanto, a estrutura da relação jurídica não apresenta os contornos traçados pela antiga doutrina. É possível a imputação de relações jurídicas de colaboração, em que o sujeito ativo, por exemplo, seja titular de direito subjetivo; como relações jurídicas de subordinação ou sujeição, em que o sujeito ativo, v. g., seja titular de direito potestativo. Na estruturação lógica da norma jurídica, na formalização do conseqüente da norma, seria melhor, ao invés da referência ao sujeito, a referência à situação. Assim, o “S” da fórmula proposta não deve simbolizar o sujeito da relação, mas a situação jurídica ativa ou passiva da relação. Numa linguagem que se pretende científica é inadmissível a redução de todas as categorias jurídicas às categorias do direito subjetivo-dever jurídico. O saneamento da imprecisão impõe-se.

Feitos esses esclarecimentos, imprescindível continuar a delimitação do objeto analisado. Como visto, a norma jurídica consiste na expressão irreduzível de manifestação do deontico: um juízo hipotético autorizante, cuja estrutura lógica foi exposta no final do item anterior. Esse mínimo é composto de três juízos disjuntivos e em cada um há um vínculo deontico. Cada um desses vínculos é dotado de um antecedente ligado a um conseqüente por um vínculo de dever-ser. Cientificamente, norma jurídica é esse conjunto indecomponível de três vínculos deonticos. As considerações seguintes, no entanto, restringir-se-ão apenas ao primeiro desses vínculos, chamado de norma primária dispositiva. Desse modo, apenas para fins didático, reduzir-se-á a norma a sua primeira parte. Em todas as referências seguintes à norma jurídica, todavia, está im-

plicitamente pressuposto o desdobramento em sua estrutura completa.

3.3. Classificação das Normas Jurídicas

A Ciência busca o conhecimento. Para este fim utiliza-se de dois métodos lógicos: a definição e a divisão. A definição estabelece os limites de um termo e por seu intermédio obtém-se o todo, a unidade, o gênero. O conhecimento desse todo, a partir daí, dá-se pela divisão, ou seja, por sua decomposição em partes. O cientista deixa de visualizar o todo e passa a visualizar a parte, obtendo, assim, maior exatidão na análise. Desdobrado o todo em partes, possível a definição de cada parte e nova divisão. Divisão é a “classificação dos termos segundo critérios estipulativos” (ALVES, 2002, p. 229) e a eleição do critério ou do fundamento da divisão é aleatória. Daí serem possíveis diversas classificações, cada uma fundada em um critério distinto.

Não existe classificação certa ou errada e sim útil ou inútil. Como o objetivo da ciência é conhecer o objeto, a classificação será mais útil quanto mais possibilitar o conhecimento dos objetos, ou seja, a identificação de suas propriedades, das semelhanças, diferenças e das relações mútuas. Após a definição de norma jurídica, inevitável para o processo cognitivo proposto, empreender sua classificação. Para tanto, necessitaria a escolha dos critérios ou fundamentos classificatórios, tendo-se sempre em vista, evidentemente, o objetivo visado.

3.3.1. Normas Jurídicas Gerais, Individuais, Concretas e Abstratas

Existem vários critérios classificatórios das normas jurídicas. Uns, por exemplo, pertinentes ao conteúdo das normas: normas de direito substantivo e normas de direito adjetivo; outros pertinentes ao modo como as normas são estabelecidas:

legislativas e consuetudinárias. A discriminação poderia prolongar-se indefinidamente. Imperioso, portanto, a eleição de um critério condizente com os objetivos propostos.

É comum a classificação das normas jurídicas sob o aspecto formal, de acordo com a singularidade ou universalidade de seus dois elementos indispensáveis: seu destinatário, os sujeitos a quem é dirigida, e seu objeto, a ação prescrita. De acordo com esse critério quatro espécies de normas são facilmente identificáveis: normas com destinatário singular; com destinatário universal; normas com ação singular e com ação universal. Convencionou-se chamar de *gerais* as normas cujo destinatário é universal, em oposição às *individuais*, cujo destinatário é singular; de *abstratas*, às normas cuja ação é universal; em oposição às *concretas*, cuja ação é singular. Daí a identificação de quatro espécies normativas, de acordo com a singularidade ou universalidade de seu sujeito ou objeto: gerais, individuais, abstratas e concretas.

Nesses termos, as normas criminais, dispostas no Código Penal, são típicas normas gerais e abstratas; as sentenças proferidas pelos juizes são típicas normas individuais e concretas. A norma que dá anistia aos crimes cometidos em certa data é uma norma geral e concreta; ao contrário da norma que concede certo benefício à determinada pessoa sempre que esta preencher determinadas condições, como *v. g.*, a um herói da pátria, quando estiver doente, que é uma norma individual e abstrata. Os exemplos deixam clara a errônea daqueles que defendem ser as normas jurídicas essencialmente gerais e abstratas.²⁸

3.3.2. Normas Jurídicas de Comportamento e de Estrutura

A classificação anterior toma as normas jurídicas sob o aspecto formal.

De extraordinária utilidade também é a classificação que as toma sob o aspecto substancial, pelo seu conteúdo, dividindo-as em normas de comportamento e em normas de estrutura. Toda norma jurídica visa a regulação de condutas intersubjetivas. No entanto, examinando o sistema de direito positivo, percebe-se a existência de normas voltadas imediatamente para regulação do comportamento humano e outras que, apesar de possuírem esse desiderato, voltam-se para a produção ou modificação das primeiras, ou seja, regulam a produção das normas que regularão o comportamento humano. Evidente que, ao regularem a produção de normas, estão também regulando o comportamento humano, o comportamento de quem as irá produzir, do legislador. A regulação desse comportamento, no entanto, é apenas um meio para a regulação do comportamento que efetivamente se quer regular. As primeiras, chamadas *normas de comportamento*, ordenam de forma final a conduta; diferente das segundas, chamadas *normas de estrutura*, cuja regulação final depende sempre da edição de outra norma.²⁹

Todas as normas, em última análise, são normas de comportamento, inclusive as de estrutura, tendo em vista que estas regulam o comportamento do legislador em sentido lato. A denominação é deficiente, mas, por ser largamente utilizada pela doutrina, não há razão prática para substituí-la. Presta-se ao fim designado: diferenciar realidades distintas. Uma norma disciplina diretamente as condutas sociais; outras disciplinam a conduta do legislador; estas existem para que aquelas possam existir; todas têm por fim disciplinar a vida social, aquelas imediatamente, estas mediadamente. Percebida a diferença, é irrelevante a denominação que se lhes atribua, sendo conveniente manter a denominação tradicionalmente utilizada.³⁰

3.3.2.1. As Normas de Estruturas — Normas de Competência — Veículo Introdutor de Normas — Princípios

As normas de estrutura são normas sobre normas, disciplinadoras da produção de normas jurídicas. Sendo normas jurídicas, consistem em imperativos autorizantes com a estrutura lógica acima apresentada. Descrevem um evento que, ocorrido no mundo fenomênico, estabelece uma relação jurídica entre o legislador (em sentido lato) e a comunidade, conferindo ao legislador a função³¹ de editar a norma nas condições descritas e a comunidade o dever de recebê-la e acatá-la. Várias são as normas de estrutura presentes no sistema jurídico positivo, merecendo destaque as normas de competência, os veículos introdutores de normas e os princípios.

As normas que outorgam competência são típicas normas de estrutura. Tárek Moyses Moussallem atribuiu seis significados à palavra competência (2001, p. 96 et seq.). Na verdade, cinco das seis realidades explicitadas pelo mestre são aspectos de uma única realidade e aqui assim serão tomados. O primeiro significado aludido é o de competência enquanto norma — *norma de competência*: existem no sistema imperativos autorizantes, com a estrutura lógica já apresentada, passíveis dessa denominação (2001, p. 98). Essas normas, diz Tárek, qualificam determinado sujeito como competente, adquirindo significado de *norma de competência-qualificação* (2001, p. 98). Ora, a norma de competência, antes aduzida, tem como efeito unilateral a imputação de um efeito jurídico, ou seja, a instituição de uma situação jurídica, atribui a um determinado sujeito uma *função*: a função de editar uma norma jurídica. Não há que se falar em norma jurídica de competência-qualificação, mas tão somente de efeito unilateral da norma jurídica de competência.

A norma jurídica de competência qualifica um sujeito como competente e, assim, diz Tárek, constitui uma *relação jurídica de competência legislativa* (2001, p. 98). Já se afirmou que o efeito bilateral das normas jurídicas é a instituição de relação jurídica entre as duas situações por ela instituídas. A relação jurídica, nesses termos, é o efeito bilateral da norma de competência. Algumas retificações à doutrina do mestre necessitam ser feitas. Afirma Tárek (2001, p. 98-99) que essa relação é modalizada pelo functor permitido (Pp). A afirmação é parcialmente verdadeira, posto que não possui a universalidade pretendida. Em diversas hipóteses o constituinte não atribui mera *faculdade* ao legislador, mas *dever jurídico* de legislar.³² Aliás, em quase todas as hipóteses que o constituinte atribui uma competência, mesmo nos casos em que não fixa prazo para o exercício, não faculta o destinatário a exercê-la: o legislador não se encontra facultado a legislar, pois tem o dever jurídico de buscar o bem público e concretizar os princípios constitucionais. Nesses termos, raríssimas são as hipóteses de faculdade: é comum a faculdade de escolha entre duas ou mais alternativas, mas obrigatória a edição da norma.³³ Ao contrário do que afirma o mestre, portanto, a regra é que a relação jurídica de competência legislativa seja modalizada pelo functor obrigatório e não pelo permitido. O autor corretamente reconhece o functor obrigatório nas *relações de competência jurisdicional e administrativa*,³⁴ erroneamente negando-o às legislativas (2001, p. 98-99).³⁵ Além disso, ressalta-se que nem o legislador tem o direito subjetivo de legislar, nem a comunidade tem o dever jurídico de se abster. A situação jurídica do legislador não é de direito subjetivo, mas de função ou faculdade, e a da comunidade não é de dever jurídico, mas de sujeição aos comandos postos pelo legislador.

O quarto significado atribuído ao signo competência é a composição da hi-

pótese da *norma de produção normativa* (2001, p. 100). Desse significado o autor extrai duas outras normas. A primeira é a *norma de competência-garantia*, que, tomando como exemplo a norma tributária, estabelece uma relação jurídica entre o sujeito passivo, contribuinte, e todos os demais produtores de normas jurídicas, atribuindo ao primeiro o direito subjetivo de não ser tributado por quem não tenha competência. Difícil visualizar a autonomia conceitual pretendida pelo autor: se a norma jurídica institui determinado sujeito como competente para editar uma outra norma estabelecadora de uma relação entre esse sujeito e a comunidade, os sujeitos não instituídos nessa situação não podem, evidentemente, editar essa norma jurídica e integrar a relação jurídica distinta. A garantia referida decorre da própria norma de competência.

A segunda é a *norma de procedimento*, ou seja, a disciplina do procedimento a ser seguido pelo legislador para editar a norma jurídica. Esse procedimento encontra-se na descrição do complemento verbal do verbo legislar. Assim, descrita a hipótese, surge a relação jurídica entre o legislador e a comunidade, em que aquele tem a função de editar a norma jurídica *segundo certo e preciso procedimento*. Não se trata de norma autônoma, mas de previsão da própria norma de competência. Ao contrário de Tárek, portanto, não se vislumbra a disciplina do procedimento na hipótese normativa, mas em sua consequência. Numa norma obrigacional a disciplina do cumprimento da obrigação não está no antecedente da norma que descreve o fato-tipo, mas no consequente, que descreve a relação jurídica instaurada. Da mesma forma se dá na norma de competência: na norma jurídica há a descrição de uma hipótese e de uma consequência; dados determinados eventos no mundo fenomênico, surge uma relação jurídica em que o determinado

sujeito (legislador) tem a função de editar uma norma, de acordo com um certo procedimento, e outro sujeito (a comunidade) tem o dever de acatá-la.

Num quinto significado, Tárek alude à *norma sobre produção jurídica* (2001, p. 101), em que no antecedente há a previsão do exercício de uma competência e do procedimento a ser seguido e no conseqüente, uma relação jurídica entre a comunidade e o legislador. Não existe, entretanto, diferença entre a norma de produção jurídica e a norma de competência. Na primeira o autor deu ênfase a situação jurídica ativa e na segunda, a situação jurídica passiva. Ambas as situações, no entanto, são instituídas pela mesma norma.

Em síntese, esta é a estrutura das normas de competência: na hipótese, descreve-se um evento (por exemplo: estando em funcionamento o Congresso Nacional e a Presidência da República, havendo necessidade de se editar determinada norma para atender o bem público ou atingir os valores previstos na Constituição e estando essa norma prevista entre as de competência desse órgão); ocorrido esse evento, deve ser a relação jurídica descrita no conseqüente normativo (o Congresso Nacional e o Presidente da República tem a função de editar a norma jurídica necessária para alcançar o valor constitucional, seguindo o procedimento descrito na Constituição, e o povo brasileiro está sujeito a essa norma, devendo acatá-la). Essa norma é, claramente, uma *norma de estrutura*.

O *veículo introdutor de normas* também é uma norma de estrutura. O sexto significado atribuído por Tárek tem sentido autônomo (2001, p. 102 e 138-143). O legislador ao introduzir a norma age no mundo fenomênico e seu agir consiste numa *enunciação*,³⁶ numa atividade que se esvai no tempo e no espaço. Essa atividade não consta dos textos normativos e é, segundo o brilhante mestre, a *fonte do direito*

(2001, p. 138). Trata-se da realização, no mundo fenomênico, da conduta imputada ao sujeito ativo no conseqüente da norma de competência, em face da concretização da hipótese descrita nessa norma. Da atividade resulta o produto: por força de sua efemeridade a enunciação é necessariamente vertida em linguagem escrita, ou seja, é enunciada.

Para fins didáticos divide-se esse produto enunciado em dois grupos de enunciados: a *enunciação-enunciada*, consistente no conjunto de grafemas que compõe às orações impressas no Diário Oficial indicativas da ocorrência da enunciação. E o *enunciado-enunciado*, consistente no conjunto de grafemas que compõe às orações impressas no diário oficial indicativas da norma posta no sistema pela enunciação. Dos grafemas registrados no papel (suporte físico), ou seja, da enunciação-enunciada, extrai-se uma linguagem que permite identificar a atividade da enunciação.

Em todos os textos normativos há vários enunciados extraídos, sobretudo de seu preâmbulo e de sua epígrafe, que permitem a construção de uma norma jurídica denominada *veículo introdutor de normas*. Trata-se de norma concreta e geral em que no antecedente há a descrição da atuação do agente competente em certo tempo e espaço, do procedimento prescrito pelo ordenamento seguido pelo agente, e da edição de uma norma, devidamente publicada (fato jurídico); e no conseqüente há a descrição de uma relação jurídica entre o agente editor da norma (legislador) e a comunidade, em que esta tem o dever jurídico de acatar a norma posta. O veículo introdutor de normas é uma norma concreta e geral resultante da aplicação da norma de competência, geral e abstrata. Trata-se, também, de norma de estrutura.

Assim, no sistema de direito positivo, há uma *norma de competência*, geral e abstrata, que, diante de certas circunstâncias

ocorridas no mundo fenomênico, prescreve o surgimento de uma relação jurídico entre o legislador, que tem a função de editar uma norma, e a comunidade, que está sujeita a aceitá-la. Ocorridas as circunstâncias previstas no mundo fenomênico, o legislador atua, cumprindo o determinado na norma de competência, e enuncia a edição de uma nova norma – *enunciação*. Esta enunciação é convertida em linguagem escrita, resultando no suporte físico do direito positivo. Desse conjunto de grafemas impressos no papel, ou, mais precisamente, no Diário Oficial, extraem-se dois conjuntos de enunciados: um que se reporta a própria atividade de enunciação – *enunciação-enunciada*; e outro que se reporta à norma introduzida no sistema³⁷ pela enunciação – *enunciado-enunciado*. Da enunciação-enunciada extrai-se uma norma geral e concreta, resultante da aplicação da norma de competência – o veículo introdutor de normas. Do enunciado-enunciado extrai-se uma norma, que pode ser geral e abstrata, geral e concreta, individual e abstrata ou individual e concreta, introduzida no sistema pelo veículo introdutor, fruto da enunciação, ou seja, do exercício da competência prevista e que pode ser de estrutura ou de comportamento.

Muitos outros exemplos poderiam ser dados de normas de estrutura,³⁸ mas para os objetivos deste estudo os dois apresentados são suficientes. Após a conceituação de normas de estrutura e apresentação dos dois exemplos o objeto central desta análise pode ser finalmente analisado: os *princípios* também se apresentam como espécies de normas de estrutura. Cada princípio existente no sistema constitui uma norma de estrutura: no antecedente há a descrição de um evento hipotético, a introdução de uma norma jurídica no sistema, e no conseqüente, a descrição de duas situações jurídicas e de uma relação jurídica. A situação do editor da norma, legislador,

que tem a função de considerar o princípio, confrontá-lo com os demais princípios do sistema, efetuar um exame de peso e constatar se o princípio descrito deve ser observado quando da edição da norma; e da comunidade que tem o direito³⁹ de exigir a observância do princípio, caso ele tenha maior peso dentre os demais, ou seja, tem direito à consideração do princípio quando da introdução de qualquer norma jurídica. Entre o legislador e a comunidade, por força da elaboração de uma norma jurídica, surge uma relação jurídica, em que aquele tem a função (dever) de considerar e, sendo o caso, observar o princípio e a comunidade tem o direito de exigir a consideração e, sendo o caso, a observância do princípio na elaboração da norma posta no sistema. O tema, entretanto, para maior compreensão, exige análise mais detalhada.

4. Os Princípios Jurídicos

Vasta é a doutrina sobre os princípios jurídicos⁴⁰ e vários são os significados desse signo. Na linguagem comum o signo princípio possui o significado de começo, início; nas ciências em geral, possui o significado de causa primeira. Na Ciência do Direito em sentido estrito ou Dogmática Jurídica, entretanto, o signo possui um significado próprio: trata-se de uma espécie de norma jurídica.

De alguns textos normativos extraem-se certos juízos que convencionalmente são denominados princípios. Esses juízos podem ser extraídos diretamente da textura impressa, ou seja, de uma oração formada por um conjunto de grafemas impressos – princípios denominados *expressos*. Podem também ser extraídos da leitura de várias orações formadas por conjuntos de grafemas impressos, não diretamente do significado de cada oração, mas da inferência decorrente do significado do conjunto dessas orações – esses são

chamados *implícitos*. Assim, da análise dos textos que formam o direito positivo, o jurista visualiza três conjuntos de enunciados: os enunciados cujo significado constitui um princípio (princípios expressos); os enunciados cujo significado não constitui um princípio (regras) e os enunciados formulados pelo intérprete, extraídos da análise do conjunto de enunciados do texto (princípios implícitos).⁴¹

Já se afirmou que o conjunto de textos, ou seja, o conjunto de todos os grafemas impressos em certos capítulos do Diário Oficial ou do veículo que lhe faça as vezes (desde a Constituição até um simples contrato administrativo) constitui apenas o suporte físico do sistema de direito positivo, não se confundindo com ele. Cada grafema desse conjunto é parte componente de uma ou mais normas jurídicas. O conjunto destas constitui efetivamente o sistema de direito positivo. Não existe no conjunto de textos normativos um enunciado que não se encaixe na estrutura de uma norma jurídica e, portanto, que não pertença ao sistema. Cabe ao intérprete, tarefa nada fácil, compor as normas a partir dos textos normativos e no exercício dessa atividade não pode se desvencilhar deste axioma: não há texto normativo que não seja componente de norma jurídica.⁴² Nesse sentido o ilustre Paulo de Barros Carvalho afirma:

“Ora, se isolarmos o universo normativo, naquilo que ele tem de fenômeno lingüístico, aparecerá diante de nós um objeto uniforme (somente normas jurídicas), todas compostas na mesma organização sintática, vale dizer, mediante um juízo hipotético em que o legislador (sentido amplo) imputa, ao acontecimento de um fato previsto no antecedente, uma relação deontica entre dois ou mais sujeitos, como conseqüente.

(...)

Sobressai à evidência a homogeneidade sintática suso referida, porquanto to-

das as unidades do sistema terão idêntica estrutura lógica, a despeito da multiplicidade extensiva de seus vetores semânticos” (CARVALHO, 1992, p. 77-78).

Considerando-se esse postulado, tem-se que os enunciados correspondentes aos denominados princípios jurídicos de duas, uma: ou são componentes de normas jurídicas formadas pelos demais enunciados; ou constituem normas jurídicas autônomas, diferentes das formadas pelos demais enunciados. Afasta-se, assim, a hipótese de que esses enunciados não tenham natureza normativa. A natureza normativa dos princípios é hoje pacífica na doutrina.⁴³ Num passado não muito distante concebiam-se os princípios, em direta violação ao postulado mencionado, como institutos distintos das normas jurídicas. Hoje, no entanto, após os avanços da Dogmática Jurídica, principalmente os registrados a seguir, não há como negar natureza normativa aos princípios jurídicos.

4.1. Os Princípios e as Regras Jurídicas

Como afirmado, o conjunto de textos normativos apresenta grande quantidade de enunciados dos quais se extraem as normas jurídicas. O conjunto das normas jurídicas extraídas dos enunciados dos textos normativos compõe o sistema jurídico de direito positivo. Há muito a doutrina concluiu que alguns enunciados são de extraordinária importância para a compreensão do sistema e das normas jurídicas que o compõem. Esses enunciados foram considerados basilares, estruturais, principais e foram chamados de princípios. O clássico conceito de Celso Antonio Bandeira de Mello confirma a assertiva:

“Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério

para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica da racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (2001, p. 545-546).

Célebre a metáfora utilizada pelo professor Celso Antônio: compara o sistema jurídico a um edifício. Nesse edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces, etc. No entanto, muito mais importantes que as portas e as janelas, facilmente substituíveis, são os alicerces e as vigas mestras. Se os alicerces forem substituídos, o edifício fatalmente cairá, de nada adianta, as portas, janelas, luminárias estarem intactas em seus devidos lugares.⁴⁴

O significado científico aproxima-se, nesse passo, do significado comum ou natural: princípio realmente é o marco inicial, é o início de todo o ordenamento jurídico. Daí o princípio ser determinante das outras normas jurídicas, subordinadas a ele, que particularizam o que nele está contido. As demais normas são dedutíveis dos princípios gerais que as contém e, por isso, afirma-se que o princípio é o ponto inicial de todo sistema jurídico. Dele, norma mais geral, as demais normas são deduzidas, normas menos gerais,⁴⁵ por intermédio de um procedimento de generalização sucessiva. Ilustrativa a afirmação de Domenico Farias: “os princípios são a alma e o fundamento de outras normas”.⁴⁶ Por ser o ponto de partida do sistema também é, por consequência, seu ponto fulcral, o elemento predominante, o que mantém a unidade, que se sobrepõe a todos os demais.

Nesses termos, os enunciados dos princípios foram diferenciados dos demais enunciados. Aqueles são mais importantes que estes para o entendimento do sistema como um todo. Daqueles indiretamente constroem-se várias normas jurídicas, destes diretamente constrói-se uma ou algumas normas. Diferenciados os enunciados

no plano sintático ou da expressão e no plano semântico ou dos significados, restava transpor a diferença para o plano normativo. Assim, por exemplo, ao deparar-se o intérprete com o enunciado do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (a República Federativa do Brasil tem por fundamento a dignidade da pessoa humana) e com os enunciados dos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002 (*supra*, 3.1), sabia que o primeiro correspondia a um princípio e os outros dois, respectivamente, ao antecedente e ao conseqüente de uma norma jurídica (regra). Restava à Dogmática apurar o papel normativo do princípio: se tratam de norma jurídica autônoma ou de componentes das demais normas.

Após a contribuição de Ronald Dworkin, Robert Alexy e J. J. Gomes Canotilho, a seguir examinadas, a Dogmática concluiu que esses enunciados basilares, denominados princípios jurídicos, além de serem imprescindíveis para a construção das normas extraídas dos demais enunciados, com elas não se confundem. Os princípios, portanto, não são meros componentes das demais normas jurídicas, mas normas autônomas. Categorias diferentes merecem nomes diferentes, máxima imprescindível para evitar ambigüidades, daí denominarem-se *regras jurídicas* as normas extraídas desses enunciados subalternos e *princípio jurídicos* as normas extraídas desses enunciados basilares. Regras e princípios jurídicos, pois, são tomados como duas espécies do gênero *normas jurídicas*. E sendo normas jurídicas, evidentemente, são imperativos autorizantes cuja estrutura lógica foi acima apresentada. O próprio Paulo de Barros Carvalho toma os princípios como normas autônomas:

“O corolário natural de tudo quanto se expôs é que o direito positivo, formado unicamente por normas jurídicas, não comportaria a presença de outras entidades, como, por exemplo, os princípios.

Estes não existem ao lado das normas, co-participando da integridade do ordenamento jurídico. Não estão ao lado das unidades normativas, justapondo-se ou contrapondo-se a elas. Acaso estivessem, seriam formações lingüísticas portadoras de uma estrutura sintática. E qual é esta configuração lógica? Ninguém, certamente, saberá responder a esta pergunta porque “princípios” são “normas jurídicas” carregadas de forte conotação axiológica. É o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica” (1992, p.78).

Diferenciar as regras jurídicas dos princípios apenas pelo grau de importância, no entanto, não é aceitável do ponto de vista científico. A importância maior é característica fundamental dos princípios, mas não é suficiente para diferenciá-los das regras. Por isso alguns critérios foram elaborados para precisar essa distinção. É o que se examinará a seguir.

4.1.1. A Doutrina de Ronald Dworkin - A Regra do Tudo-ou-Nada - A Diferença de Peso

A doutrina de Ronald Dworkin foi vital para compreensão dos princípios jurídicos. Denomina *política* o “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” e princípio “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (2002, p. 36). Ambas as espécies são abrangidas pela expressão *princípios*, tomada em sentido amplo em contraposição às regras.

Diz Dworkin que a diferença entre princípios e regras é de *natureza lógica*. Tanto as regras quanto os princípios são padrões que apontam para decisões particulares, distinguindo-se, entretanto, na natureza da orientação que oferecem. Esta é a primeira diferenciação proposta pelo pensador: às regras, ao contrário dos princípios, aplica-se a regra do tudo-ou-nada. Eis suas palavras: “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (2002, p. 36).

A regra, todavia, pode ter exceções e nesse caso seria incompleto enunciar a regra sem enunciar suas exceções. Em teoria, segundo o autor, todas as exceções de uma regra podem e devem ser arroladas. Assim, ocorrendo no mundo fenomênico o evento descrito na hipótese normativo deve ser, necessariamente, o imputado em sua conseqüência. Se alguém, por exemplo, auferiu renda na forma descrita pela lei federal do imposto de renda, o agente fiscal deve efetuar o lançamento, ou seja, constituir o fato tributário e editar a norma individual e concreta que determina ao contribuinte recolher dinheiro aos cofres públicos. Ocorrido o evento descrito, deve ser aplicada a norma. Sua não aplicação só se justifica em duas hipóteses: se houver previsão no sistema jurídico de alguma exceção e o evento ocorrido subsume-se à exceção prevista ou se a norma for inválida. Não havendo exceção prevista ou não sendo a norma inválida, deve haver aplicação, ou seja, constituição do fato jurídico e imputação das conseqüências descritas.

A regra do tudo-ou-nada não se aplica aos princípios, pois as conseqüências jurídicas imputadas por estes não se seguem automaticamente à ocorrência das condições previstas. Dworkin, para justifi-

car sua afirmação, vale-se do princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de sua torpeza. No caso de usucapião extraordinário em que houve, por exemplo, esbulho, há clara ocorrência no mundo fenomênico da hipótese descrita no princípio, mas não se segue a conseqüência imputada. O usucapiente adquire a propriedade, após o decurso do prazo previsto em lei, beneficiando-se de sua própria torpeza. Não se trata, nesse caso, de exceção ao princípio mencionado. Diz Dworkin:

“Isso porque não podemos esperar apreender esses contra-exemplos simplesmente utilizando um enunciado mais extenso do princípio. Eles não são, mesmo em teoria, suscetíveis de enumeração, porque para isso teríamos que incluir não apenas casos (como o usucapião) nos quais alguma instituição já estabeleceu que se pode obter lucro através de atos ilícitos, mas também aqueles inumeráveis casos imaginários aos quais, sabemos de antemão, que o princípio não se aplica” (2002, p. 41).

Os referidos contra-exemplos não podem ser enumerados porque dependem do caso concreto. A análise do caso pode indicar uma nova hipótese de não aplicação do princípio, diferentemente do que ocorre com as regras, em que todas as hipóteses de não aplicação estão previstas.⁴⁷ Os princípios, conclui Dworkin, não descrevem eventos que, se ocorridos no mundo fenomênico, impliquem na necessária aplicação do exigido pelo princípio. Apenas enunciam “razões que conduzem o argumento em uma certa direção” (2002, p. 41), necessitando de uma decisão particular. Diante do caso concreto pode haver outro princípio ou outra política que conduza o argumento em direção oposta. Nesse caso, afirma de forma lapidar:

“Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sis-

tema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como se fosse uma razão que inclina numa ou noutra direção” (2002, p. 41-42).

Desse modo, tudo depende do caso concreto. O princípio dá ao aplicador do direito uma orientação, mas, diante das circunstâncias, outros princípios indicativos de orientações opostas podem prevalecer. Daí a segunda diferença proposta por Dworkin entre regras e princípios: estes possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Enquanto todas as regras têm o mesmo peso ou a mesma importância, os princípios apresentam pesos ou importâncias diferenciados, só auferíveis diante do caso concreto. Diz o filósofo: “essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é” (2002, p. 42-43).

Por força disso a solução de um conflito entre regras é diferente da solução de um conflito entre princípios. Num conflito entre regras, como elas não têm diferença de peso, uma regra, só por si, jamais pode afastar a outra sob o fundamento de ter uma maior importância. Conseqüentemente, uma das regras conflitantes deverá ser considerada inválida e retirada do sistema ou simplesmente tomada como exceção e afastada para todos os casos referentes ao conflito. São regras do próprio sistema que determinam qual das regras, num conflito, prepondera.

Em geral essa disciplina é traçada por três regras: a norma mais recente sobrepõe-se à anterior; a norma de maior hie-

rarquia sobrepõe-se a de menor e a norma mais específica sobrepõe-se a mais geral. Nos dois primeiros casos uma das normas conflitantes é invalidada, ou seja, das duas regras em conflito subsiste apenas uma no sistema; no último, uma delas é considerada exceção, subsistindo ambas nos sistema com hipóteses diferenciadas.⁴⁸

Já os princípios, por ter diferentes pesos, em caso de conflito devem ser contrapostos e, diante das circunstâncias, um deles apresentará necessariamente maior peso que o outro. O de menor peso será afastado, sem invalidar o outro princípio e sem ser tomado como sua exceção. Em outro caso, efetuada novamente a contraposição entre os mesmos princípios, diante de circunstâncias distintas, a situação pode inverter-se: aquele, anteriormente considerado de menor peso, pode agora adquirir peso maior.

Os dois critérios de diferenciação apresentados por Dworkin, aplicação da *regra do tudo-ou-nada* somente às regras e a *diferente dimensão de peso* somente aos princípios, são de extraordinária relevância para compreensão da natureza jurídica dos princípios. Essa doutrina é muito similar à proposta por Robert Alexy, a seguir exposta. Ambas se complementam e juntas, mais do que a perfeita distinção entre as duas espécies normativas, permitem a compreensão da fenomenologia da incidência dos princípios e, por consequência, de seu conteúdo normativo.

4.1.2. A Doutrina de Robert Alexy — Mandados de Otimização e Determinações — O Conflito de Regras e e Colisão de Princípios. A Lei da Colisão

Adotando a tese hoje pacificada de que as normas podem dividir-se em regras e princípios e de que entre regras e princípios existe não somente uma diferença de

grau, mas qualitativa, Robert Alexy conceitua princípio como: “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes” e como “mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais senão também das jurídicas” (2002, p. 86, tradução nossa). O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As *regras*, por sua vez, são normas que somente podem ser cumpridas ou não (daí a regra do tudo-ou-nada de Dworkin): se uma regra é válida, então se realiza exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. As regras, assim, contêm *determinações* no âmbito do fático e do juridicamente possível. Em síntese, enquanto os princípios são *mandados de otimização*, as regras são *determinações*.

Alexy empreende a diferenciação entre regras e princípios analisando a colisão de princípios e o conflito de regras (da mesma forma, observa-se, que efetuado por Dworkin). Um conflito de regras, segundo o jurista alemão, somente pode ser solucionado ou introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção ou declarando uma delas inválida (2002, p. 88-89). Uma norma vale ou não vale juridicamente: os conflitos de regras são resolvidos pela dimensão de validade. O jurista também propõe a resolução do problema por meio de regras tais como *lex specialis derogat legi generali* e *lex posterior derogat legi priori*.

Já a colisão de princípios deve ser solucionada de maneira totalmente distinta: quando dois princípios entram em colisão, um deve ceder frente ao outro. Isso não significa que o princípio afastado foi declarado inválido nem que nele foi intro-

duzida uma cláusula de exceção. Significa que sob certas circunstâncias um dos princípios precede ao outro e sob outras circunstâncias a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Daí se afirmar que diante do caso concreto os princípios têm pesos diferentes, prevalecendo sempre o que se apresenta mais pesado. Ao contrário do conflito de regras, que se resolve pela dimensão da validade, o conflito de princípios resolve-se pela dimensão do peso (2002, p. 88-90).

É, portanto, surpreendente a semelhança entre a doutrina de Dworkin e a de Alexy. Este, no entanto, apresenta sensível inovação: a *lei da colisão* (2002, p. 90 et seq.). O conflito de princípios, diz Alexy, deve ser solucionado por meio de uma *ponderação* dos interesses opostos: trata-se de descobrir qual dos interesses, abstratamente da mesma classe, possuem maior peso no caso concreto. Assim, tomados em si mesmos, os dois princípios conflitantes conduzem a uma contradição. Mas, isso não significa que cada um deles limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro. Esta situação não é solucionada declarando-se que um de ambos os princípios não é válido e, portanto, eliminado-o do sistema, nem tampouco pela introdução de uma exceção em um dos princípios de forma tal que em todos os casos futuros este princípio tenha que ser considerado uma regra satisfeita ou não.

A solução da colisão consiste em, tendo em conta as circunstâncias do caso, estabelecer-se entre os princípios uma *relação de precedência condicionada* indicativa das condições sob as quais um princípio precede ao outro. Assim, supondo-se dois princípios que, tomados em si mesmos, conduzam a juízos concretos de dever-ser reciprocamente contraditórios, P1 e P2, a solução do conflito entre eles é solucionada mediante o estabelecimento

de uma relação de precedência (P) condicionada (C), também chamada de concreta ou relativa. O conceito de relação de precedência condicionada permite uma resposta simples ao conflito: o princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2 sob as condições dadas no caso concreto. Desse enunciado de preferência sobre uma relação de precedência condicionada extrai-se uma regra jurídica que prescreve a consequência jurídica do princípio que tem precedência quando se dão as condições de preferência. Daí a lei da colisão formulada por Alexy: “se um princípio P1, sob as circunstâncias C, precede ao princípio P2: (P1 P2)C, e se de P1 sob as circunstâncias C resulta a consequência R, então vale uma regra que contém C como hipótese e R como consequência jurídica: C → R.” (2002, p. 98 et seq., tradução nossa).

A lei da colisão reflete a natureza dos princípios, ou seja, o fato de serem *mandados de otimização* e, por consequência, referirem-se a ações ou situações não quantificáveis. Reflete também o fato de não existirem relações de precedência absoluta: enquanto as regras são sempre *razões definitivas*, os princípios são *razões prima facie* porque apresentam razões que podem ser afastadas por outras razões opostas (2002, p. 98 et seq.).

Robert Alexy foi, sem dúvida alguma, o jurista que mais contribuiu, até o presente, para a compreensão dos princípios. Em complementaridade com a doutrina de Ronald Dworkin, apresenta seguros elementos para distinção entre regras e princípios. Pela lei de colisão apresentada pelo autor é possível visualizar os princípios como imperativos autorizantes. Essa lei, no entanto, não revela a estrutura normativa que os princípios possuem e sim sua *fenomenologia da incidência*. Essas consi-

derações serão retomadas a seguir. Antes, porém, um tema revela-se imprescindível: o exame dos valores.

4.2. Princípios e Valores — A Caracterização dos Valores — A Doutrina de Paulo de Barros Carvalho — A Doutrina de Robert Alexy — A Lei da Ponderação

Segundo Miguel Reale (2002, p. 187 et seq.), os valores e os objetos ideais não se subordinam ao espaço e ao tempo. Valores, entretanto, diferem dos objetos ideais, na medida em que, ao contrário destes, só se concebem em face de algo existente, de uma coisa. Sendo “ser” e “valor” categorias fundamentais, não é possível uma definição de valor, seu ser é valer e por isso se diz que ser é o que é e valor é o que vale. Todas as coisas ou são tomadas enquanto são ou enquanto valem.

É impossível definir o valor, mas não é impossível caracterizá-lo. Reale discrimina nove características do valor: 1) *bipolaridade*, o valor é sempre bipolar, ao valor sempre se contrapõe o desvalor; 2) *implicação*, os valores sempre se implicam reciprocamente, nenhum valor se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais; 3) *necessidade de sentido ou referibilidade*, o valor sempre revela uma tomada de posição do homem, tudo que vale, vale para algo, ou no sentido de algo ou para alguém; 4) *preferibilidade*, o valor envolve sempre uma orientação; 5) *incomensurabilidade*, os valores não admitem qualquer mensuração, não se numera e não se quantifica o valioso; 6) *gradação hierárquica*, apesar de incomensuráveis os valores admitem uma gradação preferencial; 7) *objetividade relativa*, as coisas jamais exauram os valores, por mais que o homem atinja resultados ou realize obras, estas jamais chegarão a exaurir a possibilidade dos valores e, por estarem sempre em relação com o homem, sua objetividade é

relativa; 8) *historicidade*, os valores não se reduzem às vivências e preferências deste ou daquele indivíduo, eles referem-se ao homem que se realiza na história; 9) *ine-xauribilidade*, o valor jamais se reduz ao real, nem coincide inteiramente com ele.

A caracterização dos valores foi aqui exposta por força da diferenciação apresentada por Paulo de Barros Carvalho entre regras e princípios. Para o ilustre jurista, princípios são normas jurídicas dotadas de forte conotação valorativa (1992, p. 78). O tributarista toma a dimensão de peso dos princípios como dimensão de valor e de forma simples qualifica como princípio às normas jurídicas que possuem acentuada carga valorativa. Afirma:

“Toda vez que houver acordo, ou que um número expressivo de pessoas reconhecerem que a norma N conduz um vetor axiológico forte, cumprindo papel de relevo para a compreensão de segmentos importantes do sistema de proposições prescritivas, estaremos diante de princípios” (1992, p. 80).

Conclui o renomado jurista que saber se uma norma explícita ou implícita consubstancia um princípio é uma decisão subjetiva, de cunho ideológico. Sem desprestigiar seu entendimento, no entanto, a diferença entre regras e princípios não se limita à carga valorativa, pois, como já salientado, trata-se de diferença qualitativa e não apenas de grau. Assim, a caracterização de determinada norma como princípio longe está de ser mera opção metodológica do intérprete.

Robert Alexy reconhece que os princípios e os valores estão extremamente vinculados entre si, pois também se pode falar de uma colisão de valores ou de uma ponderação de valores e o cumprimento gradual dos princípios tem seu equivalente na realização gradual dos valores (2002, p. 138). Apesar dessa vinculação o insigne constitucionalista observa que os princí-

pios e os valores diferenciam-se num ponto: o que pelos valores é *prima facie* o *melhor*; pelos princípios é *prima facie* devido ou, em outras palavras, os princípios e os valores se diferenciam somente em virtude de seu caráter deontológico (âmbito do dever-ser) e axiológico (âmbito do bom) respectivamente. A concepção de princípios é considerada mais vantajosa do que a concepção dos valores porque expressa claramente o caráter de *dever-ser*.

Em face dessa tênue diferença, a questão posta por Paulo de Barros Carvalho mantém-se: a ponderação não permitiria um controle racional, dependendo exclusivamente da ideologia do intérprete. Alexy contrapõe ao modelo de decisão, em que vigora a arbitrariedade do intérprete, o *modelo da fundamentação*. Em ambos os modelos o resultado da ponderação é o enunciado de uma preferência condicionada, mas, enquanto no modelo de decisão o estabelecimento do enunciado de preferência é resultado de um processo psíquico racionalmente incontrolável, no modelo da fundamentação distingue-se o processo psíquico que conduz a determinação do enunciado de preferência e sua fundamentação. Daí concluir que uma ponderação será racional se o enunciado de preferência a que conduz puder ser fundamentado racionalmente. O problema da racionalidade da ponderação conduz a questão da possibilidade da fundamentação racional dos enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre valores ou princípios opostos (2002, p. 158-159).

É, portanto, a fundamentação da decisão que possibilita seu controle e evita que ela seja tomada de forma arbitrária, baseada tão somente na ideologia do intérprete. A fundamentação exigida pela ponderação levou Alexy à elaboração da *lei da ponderação*: “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importân-

cia da satisfação do outro” (2002, p. 159, tradução nossa) ou, em outras palavras, a medida permitida de não satisfação ou afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro.

A aplicação do princípio, portanto, inevitavelmente, depende de uma escolha do intérprete. Essa escolha, sujeita aos valores do intérprete e, portanto, às suas preferências, está sujeita a um controle racional em virtude da necessidade de ser motivada. A lei da ponderação, decorrente da aplicação do princípio da máxima efetividade, é relevante meio de redução do subjetivismo do intérprete, mas a eliminação total desse subjetivismo, por óbvio, é impossível.

4.2.1. Limites-Objetivos e Valores

Paulo de Barros Carvalho divide os princípios jurídicos em dois grupos: os princípios tomados como *valor*, postos em termos vagos e excessivamente genéricos, predominando densamente a indeterminação, em que o intérprete é levado a um mundo de subjetividade, em contraposição aos princípios tomados como *limites-objetivos*, enunciados de modo preciso, de fácil e intuitivo reconhecimento, em que a ocorrência no mundo fenomênico está visivelmente demarcada. Os limites objetivos são postos para atingir certos fins que, por sua vez, consistem em valores. Os limites-objetivos não são valores se considerados em si mesmos, mas voltam-se para realizar valores de forma indireta (1992, p. 81; 2002, Curso..., p. 142 *et seq.*).

Essa classificação não resiste à profunda análise. Um exemplo típico de limite-objetivo é o denominado princípio da anterioridade, cuja prescrição determina ser vedado cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Basta confrontar o conteúdo dessa norma com os

critérios já explicitados para concluir que se trata de uma simples regra jurídica. A ela se aplica a regra do tudo-ou-nada, ou seja, diante das circunstâncias previstas deve necessariamente ser aplicada (Dworkin). Trata-se de uma evidente *determinação* e não de um *mandado de otimização* (Alexy), sendo descabido apurar-se, diante do caso concreto, eventual relação de precedência a outro princípio. Essa regra tradicionalmente foi denominada de princípio, mas a denominação dada não lhe modifica a natureza jurídica.

A aplicação dos seguros critérios de Dworkin e Alexy a todos os princípios limites-objetivos revela que não se tratam de princípios, mas de regras tradicionalmente chamadas de princípios. Natureza de princípios possuem apenas os chamados princípios-valores que, como já afirmado, por possuírem caráter deontológico e não axiológico, não são valores.

4.3. A Teoria dos Princípios Estruturantes de J. J. Gomes Canotilho

Uma última teoria resta ser analisada para possibilitar a exata compreensão da estrutura normativa dos princípios. Para J. J. Gomes Canotilho a Constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização ou, em outras palavras, de diferente densidade semântica (2002, p. 1137 *et seq.*). Os chamados princípios estruturantes são constitutivos e indicativos das idéias diretivas básicas de toda ordem constitucional, são as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político. Esses princípios ganham concretização por intermédio de outros princípios, chamados *princípios gerais fundamentais*, que densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formulando com eles, ao mesmo tempo, um sistema interno ou

uma união perfeita. Esses princípios gerais fundamentais podem densificar-se ou concretizar-se por meio de outros princípios, chamados *princípios constitucionais especiais*. Os princípios estruturantes não são apenas, ressalva Canotilho, densificados por princípios constitucionais gerais ou especiais: a sua concretização é feita também por *regras constitucionais*. Essas densificam tanto os estruturantes, como os gerais, como os especiais. Os princípios estruturantes → os princípios gerais fundamentais → os princípios constitucionais especiais → as regras constitucionais constituem um sistema interno, um verdadeiro esquema piramidal, sem que haja hierarquia entre essas normas, pois, conforme afirma o autor:

“Este esquema não se desenvolve apenas numa direção, de cima para baixo, ou seja, dos princípios mais abertos para os princípios e normas mais densas, ou de baixo para cima, do concreto para o abstrato. A formação do sistema interno consegue-se mediante um processo bi-unívoco de *esclarecimento recíproco* (Larenz). Os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através de suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição). Todos estes princípios e regras poderão ainda obter maior grau de concretização e densidade através da concretização legislativa jurisprudencial” (2000, p. 1139).

De acordo com a teoria proposta por Canotilho uma norma é densificada por outra norma. As normas mais abertas, de extremada generalidade, necessitam de várias outras normas para lhe atribuírem maior precisão, significado, possibilidade de incidência no mundo fenomênico, enfim, concretização. Quando menos abertas forem as normas, menos necessitam de outras que as concretizem. Daí a afirmação

de que toda regra jurídica é a concretização de um princípio jurídico e todo princípio jurídico específico é a concretização de um princípio jurídico genérico. A estrutura piramidal se dá por força das diferentes densidades e aberturas, estando os princípios menos densos no ápice e as regras na base, porém não há hierarquia entre eles, pois a densificação não se dá apenas de cima para baixo, mas num *processo bi-unívoco de esclarecimento recíproco*. Essa teoria é a última peça restante para exata compreensão da estrutura normativa dos princípios.

4.4. A Estrutura Normativa dos Princípios

Princípios, portanto, são espécies de normas jurídicas. São imperativos autorizantes, cuja estrutura lógica consiste na descrição de uma hipótese no antecedente imputada à descrição de duas situações jurídicas e de uma relação jurídica entre elas no conseqüente. Chegada a ora de um exame mais detido dessa estrutura.

Apurou-se que a *fenomenologia da incidência*⁴⁹ dos princípios é sensivelmente distinta da das regras. Ocorrido o evento descrito na hipótese normativa de uma regra deve ser a conseqüência prescrita, de modo que se o aplicador do direito tomar conhecimento da ocorrência do evento, estará obrigado a constituir o fato e a relação jurídica a ele imputado, ou seja, deverá aplicar a norma. Ocorrido o evento descrito na hipótese normativa de um princípio e levada a ocorrência do evento ao conhecimento do aplicador do direito, a aplicação da conseqüência não deve, necessariamente, dar-se. Isso porque, como exaustivamente se expôs, a aplicação dos princípios obedece a duas leis: à lei da colisão e à lei da ponderação. Essas leis permitem que, diante das circunstâncias do caso concreto, decida-se pela aplicação ou não aplicação da conseqüência prevista no princípio, editando-se uma regra de precedência con-

ditionada desse princípio em relação aos demais princípios com ele contraditórios. A fenomenologia da incidência das regras obedece à *subsunção*, ao contrário da fenomenologia da incidência dos princípios que obedece à *ponderação*. Esta diferença é fundamental.

A estrutura lógica da regra formulada pela lei da colisão quando da aplicação do princípio nada tem a ver com a estrutura lógica do princípio, abstratamente previsto. Esta distinção, não efetuada pela doutrina, é essencial para compreensão do instituto. Abstratamente, independente do caso concreto, o princípio consiste em norma jurídica autônoma. Trata-se de uma *norma de estrutura*: no antecedente, descreve-se a introdução de uma norma jurídica no sistema, ou melhor, de uma regra, e, no conseqüente, a imputação de uma relação jurídica entre o legislador (em sentido lato) e a comunidade, em que aquele tem a função de observar determinado mandado de otimização e a comunidade o direito de exigir essa observância. A observância do referido mandado de otimização efetiva-se pela ponderação de interesses contrapostos, ou seja, da forma descrita por Alexy. A efetivação de uma determinada conseqüência dar-se-á somente num segundo passo, após a aplicação da norma de estrutura e das leis da colisão e da ponderação, da constatação da relação de precedência condicionada e do peso do princípio.

Nenhuma norma pode ser posta no sistema, seja pelo legislador em sentido estrito, seja pelo juiz (na prolação de uma sentença), seja pelo administrador (na edição de um ato administrativo), seja pelo particular (na elaboração de um contrato), sem a observância dos princípios. Estes só atuam quando da elaboração de uma norma jurídica. Assim, os princípios serão sempre invocados ou para feitura de uma lei, ou para prolação de uma sentença ou para elaboração de um contrato, etc. Trata-

se de *normas de estrutura* que, conforme brilhantemente afirma Dworkin, enunciam razões condutoras do argumento em uma certa direção, necessitando de uma decisão particular. Essa decisão particular é a edição de uma regra jurídica.

Tanto Dworkin como Alexy limitam a aplicação dos princípios às decisões judiciais. Evidente o equívoco. O legislador, ao editar uma lei, deve observar os princípios e efetuar a lei de colisão, da mesma forma que o juiz. Daí a precisa constatação de Canotilho de que toda regra jurídica é a concretização de um princípio. Toda norma jurídica, inclusive a lei, deve, portanto, ao ser editada, observar os princípios e ser submetida às leis de colisão e de ponderação, caso haja interesses contrapostos.

O princípio, em sua hipótese normativa, descreve justamente a edição de uma regra jurídica qualquer, seja ela qual for. Toda norma introduzida no sistema privilegia determinado princípio em detrimento de outro. A escolha do princípio beneficiado pela concretização e do princípio afastado deve dar-se de acordo com as leis da colisão e da ponderação. O legislador em sentido amplo, dessa forma, tem a função de considerar todos os princípios existentes e, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas, apurar qual deve prevalecer.

5. Conclusões

1. Direito é um termo análogo referente a cinco realidades distintas: ciência, norma, faculdade, justiça e fato social. Para seu estudo, no entanto, imprescindível efetuar-se um corte metodológico e indicar sob qual prisma será considerado. Tomouse o direito como norma, mais precisamente, como o conjunto de normas jurídicas vigentes atualmente no Estado Brasileiro. O direito positivo brasileiro, por sua vez, consiste numa linguagem prescritiva, contraposta à linguagem descritiva da Ciência

do Direito. A linguagem do direito positivo compõe-se de um conjunto de enunciados prescritivos dos quais são extraídas as normas jurídicas. A linguagem da Ciência do Direito é composta por um conjunto de enunciados descritivos. Cada um dos conjuntos compõe uma ordenação dotada de uma unidade, ou seja, um sistema. O sistema do direito positivo foi tomado como objeto da análise proposta.

2. Norma foi conceituada como padronização, por meio da abstração, da ocorrência de determinado fenômeno. Possui duas espécies: as normas naturais, obedientes ao princípio da causalidade, e as normas de comportamento, obedientes ao princípio da imputação. As normas de comportamento, ao contrário das naturais, não ligam por um vínculo causal determinadas conseqüências às hipóteses descritas, mas sim por um vínculo deontico (dever-ser). Essas normas impõem determinados comportamentos, independente da vontade dos destinatários, possuindo, assim, *imperatividade*. As normas jurídicas são espécies de normas de comportamento dotadas, portanto, de imperatividade e, ao contrário das demais, de *autorização*. Só as normas jurídicas autorizam os lesados pelo não cumprimento dos mandamentos nelas expressos a exigir que os violadores cumpram esses mandamentos. Daí a definição de norma jurídica: um imperativo autorizante.

3. Os textos normativos são os suportes físicos das normas jurídicas, não se confundem com elas. Nos textos visualizam-se um conjunto de grafemas impressos no papel, configuradores do plano da expressão ou dos significantes. Ao ler esses grafemas o leitor efetua uma primeira abstração: associa o grafema ao seu significado. Nesse passo o leitor passa do plano da literalidade textual ao plano dos conteúdos ou semântico. Num terceiro momento, após identificar o significado

do enunciado, efetua uma segunda abstração: a partir da análise de todo o sistema, identifica a norma jurídica, visualizando os eventos descritos e as conseqüências a ele imputadas. O conjunto de todas as normas jurídicas extraídas dos textos normativos compõe o *sistema normativo stricto sensu*. As normas, assim, são elaboradas pelo jurista a partir da leitura dos textos positivos. O legislador elabora o texto e não a norma, quem cria a norma é o jurista. Este elabora dois sistemas, um prescritivo, correspondente ao conjunto de normas jurídicas extraídas dos textos legais, e outro descritivo, correspondente ao conjunto de prescrições elaboradas sobre essas normas jurídicas.

4. Toda norma é suscetível de formalização, ou seja, de redução a termos lógicos. A definição proposta é insuficiente, pois não permite identificar com precisão cada imperativo isoladamente. Norma é a expressão irredutível de manifestação do deontico e essa expressão é revelada por sua estrutura lógica. A estrutura apresentada por Kelsen (NP→S), dada a não realização da conduta, deve ser a sanção, foi reformulada por Cósio. Este apresentou a norma como um juízo disjuntivo em que a norma primária (endonorma) é seguida de uma norma secundária (perinorma): (F → P e NP → S). A terceira estrutura examinada foi a de Paulo de Barros Carvalho e Eurico Marcos Diniz de Santi. Para os renomados juristas a norma é composta por um juízo disjuntivo composto por três subnormas: a norma primária dispositiva, a norma primária sancionadora e a norma secundária. As duas primeiras têm caráter material e a última tem caráter processual. Eis a estrutura lógica completa apresentada por eles: D {[A→Rd (Sa,Sp)] . [(-Rd(Sa,Sp))→Rs(Sa,Sp)] . [(-Rd (Sa,Sp)) v (-Rs (Sa,Sp))→Rp(Sa,Sj,Sp)]}.

5. Essa estrutura foi adotada, efetuando-se apenas dois esclarecimentos. Nem a coatividade nem a coercitividade são essenciais à norma jurídica, o que a ca-

racteriza enquanto tal é o autorizamento. A norma secundária prevista na estrutura adotada decorre do autorizamento de todas as normas jurídicas. Além disso, a generalização do direito subjetivo deve ser combatida. Adotou-se o conceito de *situação jurídica*, proposto por Pietro Perlingieri, tomando-a como categoria que caracteriza o agir. As normas jurídicas descrevem em suas conseqüências não apenas uma relação jurídica, mas duas situações jurídicas e uma relação entre elas. Assim, toda norma jurídica apresenta duas ordens de conseqüências: os chamados *efeitos unilaterais*, constitutivos de situações jurídicas, e o chamado *efeito bilateral*, constitutivo de uma relação jurídica entre as duas situações constituídas. Essa doutrina permite a diferenciação entre as várias espécies de situações jurídicas, tanto ativas (direito subjetivo, direito potestativo, faculdade, interesse legítimo, status, função), como passivas (dever, estado de sujeição, ônus, resistência), e, portanto, a diferenciação entre relações jurídicas de colaboração e relações jurídicas de subordinação. Fixada a estrutura lógica completa da norma jurídica, para facilitar a análise a seguir empreendida, reduziu-se a norma a sua primeira parte, pressupondo-se, no entanto, o desdobramento em sua estrutura completa.

6. Definida a norma jurídica e apresentada sua estrutura lógica, efetuou-se sua classificação. Dividiu-se o todo obtido pela definição para, em incessante processo cognitivo, empreender nova definição. Observou-se que a eleição de critérios classificatórios é arbitrária, não havendo critérios certos ou errados, mas úteis ou inúteis aos objetivos propostos. Elegeu-se dois critérios classificatórios, a partir da doutrina de Norberto Bobbio. O primeiro tomou as normas sob o aspecto formal, dividindo-as a partir da singularidade ou universalidade de seus elementos essenciais: o objeto e os destinatários. O critério apresentou quatro

espécies normativas: normas gerais, singulares, abstratas e concretas. O segundo critério eleito tomou as normas sob o aspecto substancial, ou seja, da forma como regulam as condutas intersubjetivas. Apresentaram-se duas espécies normativas: as normas de comportamento e as normas de estrutura. A denominação revelou-se deficiente posto que todas as normas regulam comportamentos. Essa deficiência, todavia, não impediu que se prestasse para identificação de espécies distintas: certas normas voltam-se diretamente para regulação das condutas intersubjetivas, outras se voltam indiretamente para regulação dessas condutas e diretamente para regulação da produção das primeiras. As primeiras são as normas de comportamento, as segundas, normas de estrutura. Estas regulam o comportamento do legislador, mas apenas como meio para regular o comportamento que efetivamente se quer regular.

7. Três normas de estrutura foram analisadas: as normas de competência, os veículos introdutórios de normas e os princípios. Em relação às primeiras, reduziu-se cinco dos seis significados apresentados por Tárek Moyses Moussallem a apenas um: as normas de competência e de competência-qualificação, a relação jurídica de competência, as normas de produção normativa, de competência-garantia, de procedimento e de produção jurídica consistem em apenas uma norma jurídica: a norma de competência que, ao descrever no antecedente um evento hipotético, a necessidade de se editar uma norma, imputa a esse evento duas situações e uma relação jurídica, descritas no conseqüente. O legislador tem a função de editar a norma e seguir determinado procedimento e a comunidade está sujeita à norma a ser editada. Passou-se à análise dos veículos introdutórios de normas, extraídos da enunciação-enunciada e consistentes em normas gerais e concretas que se reportam à enunciação. Finalmen-

te, chegou-se ao objeto central da análise apresentada: os princípios jurídicos. Estes foram tomados como normas de estrutura em que no antecedente descreve-se o evento da elaboração de uma norma jurídica qualquer e no conseqüente, a situação do legislador que tem a função de observar o princípio e a situação da comunidade que tem o direito a essa observância.

8. Dos textos normativos são extraídos três conjuntos de juízos: o primeiro é extraído de um conjunto de grafemas expressos no texto, são os *princípios expressos*; os demais grafemas expressos no texto compõem o segundo grupo, das *regras*; do significado desses dois conjuntos é extraído pelo intérprete o terceiro conjunto de juízos, são os chamados *princípios implícitos*. Há um postulado que não pode ser afastado pelo jurista: não há texto normativo que não seja componente de norma jurídica. Assim, todo o enunciado, seja de regra, seja de princípio, constitui ou compõe uma norma. A partir desse axioma indagou-se se os enunciados dos princípios compõem as normas jurídicas extraídas dos enunciados das regras ou constituem normas jurídicas autônomas.

9. Tradicionalmente a doutrina contrapunha os princípios às normas considerando-os alicerces, fundamentos do sistema, a partir dos quais as normas eram formadas. O significado científico aproximava-se do significado natural do signo princípio. Analisando a valiosa contribuição dada por Ronald Dworkin, Robert Alexy e J. J. Gomes Canotilho foi possível compreender a superação da concepção tradicional e enfrentar aquela indagação: os princípios consistem em normas jurídicas autônomas, em contraposição às denominadas regras jurídicas. A conclusão deu-se a partir da diferenciação entre princípios e regras.

10. Ronald Dworkin apresentou dois relevantes critérios de diferenciação. Os

princípios e as regras são padrões que indicam a decisão a ser tomada, mas a orientação oferecida pelas regras, ao contrário da oferecida pelos princípios, obedece à regra do tudo-ou-nada, ou seja, ocorrido no mundo fenomênico o evento descrito no antecedente da regra, esta deve ser aplicada, salvo se for considerada inválida ou nela for introduzida uma exceção. Se os eventos descritos no antecedente dos princípios ocorrem nem por isso são exigíveis, necessariamente, as conseqüências previstas. Pode ocorrer que o princípio não seja aplicado, sem ser declarado inválido e sem haver a introdução de cláusula de exceção. Os princípios apenas enunciam razões em uma certa direção, necessitam de uma decisão particular.

11. A segunda diferenciação proposta é a diferente dimensão de peso ou de importância que possuem os princípios, ao contrário das regras. Esse peso só é aferível diante do caso concreto. Por força disso, a solução de um conflito entre regras é diferente da solução de um conflito entre princípios. No primeiro caso, o conflito resolve-se por força de uma regra do sistema que invalida uma das regras conflitantes ou a toma como exceção. No segundo caso o conflito é resolvido por meio de uma contraposição dos princípios conflitantes e, diante do caso concreto, a constatação de qual dos princípios possui peso maior. O outro simplesmente é afastado, nada impedindo que, posteriormente, numa nova contraposição, em circunstâncias distintas, possa prevalecer.

12. Robert Alexy conceitua os princípios como mandados de *otimização* que ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. Já as regras são *determinações* no âmbito do fático e do juridicamente possível. O autor analisa a colisão de princípios e o conflito de regras, nos mesmos termos que Dworkin.

Inova, no entanto, ao elaborar a lei da colisão: dados dois princípios contraditórios, P1 e P2, a solução do conflito entre eles é solucionada mediante o estabelecimento de uma *relação de precedência* (P) *condicionada* (C). Assim, diante do caso concreto, aplicando-se a lei de colisão, extrai-se do princípio uma regra jurídica: se um princípio P1, sob as circunstâncias C, precede ao princípio P2 – (P1 P P2) C – e se de um princípio P1 sob as circunstâncias C resulta a conseqüência R, então vale a regra que contém C como hipótese e R como conseqüência (C → R). Enquanto as regras são *razões definitivas*, os princípios são *razões prima facie*, posto que podem sempre ser afastados por razões opostas.

13. Para Paulo de Barros Carvalho, entretanto, os princípios diferenciam-se das regras apenas por possuírem elevada carga valorativa. Apesar de reconhecer-se a íntima vinculação entre princípios e valores, no entanto, sem desprestigiar o entendimento do mestre, optou-se pela distinção proposta por Alexy. Princípios diferenciam-se dos valores por apresentam caráter deontológico (âmbito do dever-ser), ao contrário daqueles, que apresentam caráter axiológico (âmbito do bom). Paulo de Barros, no entanto, apresenta relevante questão: afirma que a categoria dos princípios está à mercê da ideologia do intérprete, não sendo passíveis de controle racional. A doutrina de Alexy apresenta resposta satisfatória: em oposição ao *modelo de decisão*, em que vigora a arbitrariedade do intérprete, deve vigorar o *modelo da fundamentação* em que a escolha do enunciado de preferência será racional se a motivação for racional, por intermédio desta controla-se aquela. Limitando o subjetivismo, sem eliminá-lo totalmente, Alexy apresenta a *lei da ponderação*: quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.

14. Paulo de Barros Carvalho classifica os princípios em princípios-valores e princípios limites-objetivos. Naqueles impera o subjetivismo, nestes o objetivismo. A classificação, contudo, não resiste a apurada análise. Aplicando-se aos princípios limites-objetivos os critérios apresentados por Dworkin e Alexy percebe-se claramente que não se tratam de princípios e sim de regras, tradicionalmente denominadas de princípios. O nome dado ao instituto não tem o condão de modificar-lhe a natureza jurídica. Assim, por exemplo, é evidente que a regra do tudo-ou-nada aplica-se ao chamado princípio da anterioridade que, apesar da denominação, tem natureza de regra, a ele aplica-se tudo que sobre a regra afirmou-se. Concluiu-se, assim, que somente os chamados princípios-valores são efetivamente princípios jurídicos.

15. A teoria dos princípios estruturantes de J. J. Gomes Canotilho foi a última peça para compreensão da estrutura normativa dos princípios. Segundo o autor, as normas apresentam diversas densidades semânticas: há princípios pouco densos, chamados *estruturantes*; princípios um pouco mais densos, chamados *princípios gerais fundamentais*; princípios mais densos chamados *princípios constitucionais especiais* e finalmente as normas de máxima densidade, as *regras jurídicas*. A acentuada abertura e pouca densidade exigem outras normas para obtenção de maior significado, precisão e, portanto, possibilidade de incidência no mundo fenomênico: as normas necessitam de *concretização*. Segundo o autor, toda regra concretiza um princípio jurídico e princípios mais densos concretizam os menos densos. Não há hierarquia, contudo, entre as normas, posto que estão num *processo bi-unívoco de esclarecimento recíproco*.

16. A partir das doutrinas expostas tornou-se possível diferenciar a fenomenologia da incidência das regras da feno-

menologia da incidência dos princípios. Enquanto aquela se dá pela *subsunção*, esta se dá pela *ponderação*. Ocorrido o evento descrito na hipótese e levada a ocorrência ao conhecimento do aplicador do direito, a aplicação da regra é imperiosa. Diverso ocorre com os princípios que se sujeitam às leis da colisão e da ponderação. Ressaltou-se, no entanto, que a estrutura lógica da regra formulada pela lei da colisão quando da aplicação do princípio nada tem a ver com a estrutura lógica deste, abstratamente considerado. Tomado abstratamente, independentemente do caso concreto, o princípio é uma *norma jurídica de estrutura*. No antecedente descreve-se a introdução de uma norma jurídica no sistema, a descrição é genérica e abrange todas as normas a serem introduzidas, e no conseqüente a imputação de uma relação jurídica entre o legislador e a comunidade em que aquele tem a função de observar o mandado de otimização e a comunidade o direito a essa observância. A observância desse mandado efetiva-se de acordo com a ponderação dos interesses contrapostos, ou seja, na forma descrita por Alexy. Essa norma de estrutura tem como destinatário o legislador em sentido amplo: o legislador em sentido estrito, o juiz, o administrador, e até o particular devem observá-la ao introduzir uma norma no sistema.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2. ed., 3. reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALVES, Alaôr Caffê. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução Fernanda Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

- _____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANARIS, Claus –Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Língua e Linguagem*. (?). 43f. Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica. Não publicado.
- _____. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Teoria da Norma Tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- _____. *O Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária*. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, v. 61, p. 74-90, 1992.
- COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, Maria Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. *Lógica, proposición y norma*. 6. reimpr. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2001.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- FONTES, André. *A Pretensão: como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1. ed., São Paulo: Bookseller, 1999, Tomo I.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- PEIRCE, Charles S. *Semiótica*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- PERLINGIERI, Pietro *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- QUEIROZ, Luís César Souza de. *Sujeição Passiva Tributária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- REALE, MIGUEL. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento Tributário*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- TELLES JR., Goffredo da Silva. *O Direito Quântico*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NOTAS

¹ Sobre os conceitos de linguagem natural, técnica e científica vide CARVALHO, Paulo de Barros. *Língua e Linguagem*. (?). 43f. Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica. Não publicado, p. 30 et seq.

² Afirma o autor: “Um conhecimento só é conhecimento quando relacionado a um sistema de referência. Todo conhecimento verdadeiro é relativo. Todo conhecimento verdadeiro depende do sistema de referência a que se acha associado”. (TELLES JR., 1985, p. 285).

³ Considerar o direito como um conjunto de normas jurídicas sem antes fazer essa ressalva é tomar o objeto por um de seus aspectos. Direito

não é nem uma dessas cinco realidades, mas todas elas. Os juristas que tomam o direito como norma (Kelsen), como faculdade (Cossio), como fato-social (Lévy-Bruhl) ou como ciência (Holmes) incidem nesse grave erro. A Ciência exige precisão: o direito é um termo análogo referente a cinco realidades distintas. A partir daí nada impede que se escolha uma das realidades como objeto de estudo.

⁴ Pelo princípio da identidade “uma mesma proposição não pode ser simultaneamente verdadeira e falsa”; pelo princípio da não contradição “duas proposições contraditórias não podem ser verdadeiras nem falsas ao mesmo tempo” e pelo princípio do terceiro excluído “ou uma coisa existe ou não existe, exclui-se a possibilidade de que possa existir e ao mesmo tempo não existir”. (ALVES, 2002, p. 150 et seq.)

⁵ Observa-se que a teoria geral dos sistemas nasceu no campo das ciências naturais, a partir dos estudos de Ludwig von Bertalanffy. O biólogo descreveu os organismos vivos como sistemas abertos, em que há uma troca constante entre o sistema e o meio. Foi, no entanto, Niklas Luhmann quem introduziu a concepção de sistema nas ciências sociais.

⁶ Eis alguns dos conceitos citados pelo autor: sistema é “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios” (Kant); “um conjunto global de coisas, processos ou partes, no qual o significado de cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado e supra-somativo” (Eisler); sistema é “uma unidade totalmente coordenada” (Stammler); “um conjunto de conceitos jurídicos ordenado segundo pontos de vista unitários” (Binder); “um conjunto unitário ordenado” (Stoll) e uma “ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário” (Coing). (CANARIS, 2002, p. 10-11)

⁷ Tércio Sampaio Ferraz Junior, no mesmo sentido, concebe sistema como repertório e estrutura marcados por um princípio que organiza e mantém o conjunto como um todo homogêneo (1995, p. 176).

⁸ A classificação é adotada por CARVALHO, 1999, p. 41; *Curso...*, 2002, p.10 et seq.

⁹ Proposição e enunciado são tomados como sinônimos pela maioria dos autores. Afirma Irving M. Copi: “Os termos ‘proposição’ e ‘enunciado’ não são sinônimos, mas, no contexto da

investigação lógica, são usados numa acepção quase idêntica”. (COPI, 1978, p. 22). No mesmo sentido, vide Alves, 2002, p. 96. **Aqui também** são tomados como sinônimos.

¹⁰ Sobre as normas naturais e de comportamento vide DINIZ, 1995, p. 22.

¹¹ O rol não é exaustivo.

¹² O exame do artigo correspondente no novo Código Civil é feito a seguir.

¹³ Sobre o conceito de signo, vide PEIRCE, 2000, principalmente p. 43 et seq.

¹⁴ Legislador pode ser tomado em sentido amplo como sendo o editor de textos normativos, sejam leis, decretos, regulamentos, atos administrativos em geral, sentenças e até contratos; ou em sentido estrito como sendo apenas o editor de leis. Lei, por sua vez, também apresenta acentuada vaguidade. Pode, no entanto, ser tomada como indicativa de todo ato normativo editado pelo Poder Legislativo. A palavra “legislador” foi empregada acima em sentido amplo.

¹⁵ A ação humana sempre se volta a um fim. Ao elaborar determinado texto normativo o legislador pretende editar determinada norma e, assim, regular os comportamentos intersubjetivos. No entanto, ao legislador só incumbe editar o texto e, como visto, a norma não se confunde com ele. Quem cria a norma é o jurista, a partir da leitura do texto normativo. Daí afirma o célebre Carlos Maximiliano: “A lei é a vontade transformada em palavras, uma força constante e vivaz, objetivada e independente do seu prolator; procura-se o sentido imanente no texto, e não o que o elaborador teve em mira”. (1997, p. 28). A hermenêutica, atualmente, não se atém à vontade do legislador e sim à vontade da lei, ainda que esta seja oposta àquela.

¹⁶ A afirmação, por mais estranha que pareça, também se aplica ao juiz, em sua atividade judicante. Ao interpretar as leis o juiz se equipara a um cientista do direito. Deve interpretar para exercer sua função. Deixa de ser cientista quando cessa sua atividade de interpretação e passa a ser legislador quando profere sentença, editando uma norma individual e concreta. Imagine-se, por exemplo, que o juiz quisera proferir uma norma individual e concreta que prescrevesse determinada conduta. Errou, no entanto, ao elaborar o texto da sentença. Da leitura da

sentença, suponha-se, extrai-se norma contrária à pretendida pelo juiz. A parte não recorreu da sentença, não se valeu dos recursos previstos e a sentença transitou em julgado. Que norma ingressou no sistema jurídico positivo: a norma extraída a partir da sentença ou a norma pretendida pelo juiz? Evidente que no sistema jurídico ingressará a norma extraída da leitura da sentença. Quem cria a norma jurídica individual e concreta não é o juiz, este só cria o texto normativo. É o jurista, ao ler a sentença, quem cria a norma jurídica.

¹⁷ Sobre uma síntese da doutrina de Kelsen, vide Montoro (1994, p. 313) e Carvalho (*Teoria da Norma Jurídica*, 2002, p. 39 et seq.).

¹⁸ Trata-se de uma *disjunção simples* ou *incluyente*, simbolizada pelo símbolo “v”, pois pode dar-se uma delas ou outra, ou ambas. Sobre a disjunção incluyente vide ECHAVE; URQUIJO; GUIBOURG, 2002, p. 53 et seq.

¹⁹ André Franco Montoro critica a doutrina de Cossío por desconsiderar os efeitos positivos resultantes do cumprimento da prestação: para o saudoso jurista devem existir ao menos duas perinormas, uma que estabeleça as conseqüências positivas resultantes do cumprimento da prestação e outra que estabeleça as conseqüências negativas decorrentes do seu descumprimento (1994, p. 313-315).

²⁰ A denominação “norma primária sancionadora” foi dada por SANTI, 2001, p. 43 et seq. O insigne catedrático Paulo de Barros Carvalho não concorda com essa denominação: norma sancionadora é tão somente a secundária (informação verbal). Cf. aula proferida no Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Faz, no entanto, referência a ela, sem criticá-la em seu *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da Incidência*, 1999, p. 38. Discorda-se aqui do ilustre catedrático: a expressão, ao contrário de criar ambigüidade, contribui e muito para diminuí-la.

²¹ A utilização da conjunção (.), conforme explicado a seguir, dá-se apenas no plano estático ou em abstrato, não no plano dinâmico. O plano estático visualiza a norma tão somente como norma posta, a espera de aplicação; o plano dinâmico visualiza a norma em todo seu processo de aplicação e concretização. No plano dinâmico, as normas primárias dispositiva e

sancionadora não existirão sempre: daí serem tomadas como dois *juízos disjuntivos*, ligadas pela *disjunção incluyente* (v).

²² Atente-se que é possível cumprir-se a conduta prescrita pela norma dispositiva e não cumprir a conduta prescrita pela norma sancionadora. Suponha-se, por exemplo, que a norma dispositiva determine ao sujeito passivo pagar determinada quantia X ao sujeito ativo a título de tributo em determinada data. O sujeito passivo descumpriu essa conduta, não pagando ao sujeito ativo a quantia na data determinada. Caso cumprisse a determinação não haveria incidência da norma sancionadora, como não cumpriu, deve incidir a norma sancionadora que, por exemplo, determine ao sujeito passivo pagar a quantia Y ao sujeito ativo a título de multa, por não ter pagado a quantia X na data determinada. O legislador ao expressar o valor de Y geralmente embute o valor de X, gerando confusão entre as distintas situações. No entanto, não há que se confundir: teoricamente o sujeito passivo pode pagar o tributo, exigido pela norma dispositiva e não pagar a multa, exigida pela norma sancionadora; pode pagar a multa exigida pela norma sancionadora e não pagar o tributo exigido pela dispositiva e, numa terceira hipótese, pode simplesmente não pagar nada, nem a multa, nem o tributo.

²³ Paulo de Barros Carvalho expõe essa estrutura em seu *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência* (1999, p. 31 et seq.). Eurico Marcos Diniz de Santi expôs a teoria apresentada em seu *Lançamento Tributário* (2001, p. 41-45). Outros autores adotaram a concepção exposta, dentre eles: Ferragut, 2001, p.27-29; Queiroz, 2002, p. 36-44. A ligação entre as três subnormas dá-se pela conjunção (.) apenas no nível estático do direito, ou seja, no plano abstrato: tomada em nível abstrato, a norma possui, necessariamente, as três estruturas. No plano dinâmico, entretanto, as três estruturas não estão necessariamente presentes: só incidirá a norma primária sancionadora se houver descumprimento do dever imposto na norma primária dispositiva e, posteriormente, só incidirá a norma secundária se houver descumprimento do dever imposto na norma primária sancionadora e/ou a continuação do descumprimento do dever imposto na dispositiva. Há, portanto, no nível

dinâmico, uma ligação pela disjunção simples ou includente (v). Daí a afirmação de que a estrutura completa da norma jurídica constitui-se de *três juízos disjuntivos*.

²⁴ No Brasil a reinante impunidade retira, mais e mais, a coerção das normas jurídicas; nem por isso lhes retira a existência.

²⁵ Nesse sentido TELLES JUNIOR, 1985, p. 373-385; DINIZ, 1995, p. 22-28.

²⁶ Curso de Direito Tributário, 2002, em especial no Capítulo X, p. 277 et seq.

²⁷ Sobre a *situação jurídica*, vide PERLINGIERI, 2002, p. 105 et seq.; FONTES, 2002, p. 69 et seq.

²⁸ A classificação apresentada segue a doutrina de BOBBIO, 2001, p. 177-183. A classificação foi brilhantemente exposta por Ferragut (1995, p. 23).

²⁹ Eis a explicação de Norberto Bobbio: “As normas de estrutura podem também ser consideradas como as normas para a produção jurídica: quer dizer, como as normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam o comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras”. (1999, p. 45).

³⁰ A crítica à denominação também é registrada por Carvalho (1999, p. 35-37).

³¹ Bem se vê que não se trata de uma relação jurídica de cooperação, do tipo obrigacional. O legislador não tem o direito subjetivo de legislar, mas a função de legislar. Sobre o conceito de função vide BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 32, I-17.

³² Exemplificativamente, menciona-se o art. 48 do ADCT que determinou ao Congresso a elaboração do Código do Consumidor em 120 dias contados da promulgação da Constituição de 1988. Afirmar que o legislador está facultado e não obrigado a legislar constitui evidente equívoco.

³³ A obrigatoriedade, em última análise, é o fundamento do mandado de injunção e da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

³⁴ Compreendidas entre as relações jurídicas de competência legislativa em sentido amplo.

³⁵ Tomada pelo autor em sentido estrito.

³⁶ Essa atividade, ao contrário do que afirma Tá-

rek (2001, p. 138), é vertida em linguagem, porém, não escrita. A linguagem verbal, exaurível no instante em que é pronunciada, necessita ser convertida em linguagem escrita para adquirir perenidade.

³⁷ Evidente que a enunciação introduz as duas normas no sistema: a norma visada e o veículo introdutor de normas. Ocorre que, obviamente, o veículo introdutor é mero instrumento (norma-meio) para introdução da norma que efetivamente se quer introduzir (norma-fim). Assim, ao se referir à norma introduzida no sistema está-se, evidentemente, referindo-se à norma-fim e não à norma-meio.

³⁸ Para Paulo de Barros Carvalho são normas de estrutura as normas de imunidade, espécies de normas de competência, as normas de isenção, as normas de procedimento; são normas de comportamento a regra matriz de incidência tributária, a norma individual e concreta introduzida pelo lançamento tributária, as normas que determinam as chamadas obrigações acessórias (1999, p. 36).

³⁹ Não se trata, evidentemente, de direito subjetivo, pois não se está diante de uma relação de colaboração, pressuposto inamovível para existência dessa situação. Trata-se de um direito que dispensa a colaboração do sujeito passivo, cujo cumprimento não necessita de um processo de execução, exigível em todos os casos em que o direito subjetivo não é atendido. Esse direito é um direito potestativo de observância do princípio.

⁴⁰ Um exaustivo panorama da doutrina brasileira sobre os princípios jurídicos foi efetuado por ESPÍNDOLA, 2002.

⁴¹ No suporte físico encontram-se os primeiro e segundo conjuntos de enunciados. O terceiro é construído pelo intérprete a partir desses dois conjuntos.

⁴² Daí se equivocarem certos juristas ao afirmar que as definições propostas pelo legislador não têm natureza normativa. Se isoladamente a definição constante do texto normativo não constitui norma jurídica, em conjunto com outros enunciados ela certamente constitui. Se por um lado a definição isoladamente considerada não constitui norma jurídica, por outro é elemento de uma norma formado pelo juízo dela decorrente e de outros juízos extraídos do texto normativo. E mais:

se os elementos necessários para a construção da norma não estão expressos no texto normativo, devem ser pressupostos pelo intérprete.

⁴³ Nesse sentido CANOTILHO, 2000, p. 1124.

⁴⁴ Cf. CARRAZA, 2002, p. 32-33.

⁴⁵ Cf. Vezio Crisafulli. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principi*. Milano, 1952, p. 15, *apud* BONAVIDES, 2000, p. 244 et seq.

⁴⁶ *Idealità e Indeterminatezza dei Principi Costituzionali*, Milão, 1981, p. 163, *apud* BONAVIDES, 2000, p. 246. É a *função normogenética dos princípios*. Cf. Canotilho (2000, p. 1125).

⁴⁷ Como explicado a seguir, as regras sempre concretizam princípios: se, num caso concreto, a regra afrontar princípio de maior peso ao que lhe fundamenta, considerado o princípio formal que dá primazia à aplicação da regra, esta, apesar da falta de previsão, não se aplicará.

⁴⁸ Uma afirmação de Dworkin é de extraordinária importância: o sistema jurídico pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes (2002, p. 59-61). Segundo o entendimento defendido aqui, nesse caso não haverá conflito entre regras, mas sim entre princípios, princípios estes concretizados pelas regras aparentemente em conflito. A solução do conflito entre princípios, afastando-se um deles, implica no afastamento das regras que o concretizam.

⁴⁹ A incidência é aptidão das normas para ser aplicadas. A incidência da norma se dá com sua aplicação. Nesse sentido, vide CARVALHO, 1999, p. 06. Observa-se que a concepção aqui tomada é distinta da adotada por Pontes de Miranda, em seu monumental *Tratado de Direito Privado*. (1999, Tomo I, p.52, item 03).

UMA TEORIA SOBRE A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

A THEORY ABOUT CONSTITUTION THEORY

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Em síntese, o que pretendo realçar neste breve estudo é que as teorias sobre a Constituição: 1) são uma classificação da história da política legalizada, consumada por muitas pessoas; 2) deriva de um processo histórico na disposição da política de mudanças cuja perenidade está em fluxo; 3) adapta a si mesmo as novas realidades – assim como a Constituição Européia formal, que se encontra repleta de efeitos sem adaptações, pelas lideranças coletivas – onde novas soluções são sempre formuladas; soluções passadas servem meramente como reflexões acadêmicas e para ajudar países menos avançados a achar seu caminho para a democracia; 4) os direitos fundamentais da humanidade estão sempre presentes em todos os textos modernos – em minha opinião são direitos inatos e inalienáveis – vinculados ao regime democrático; 5) a formação das Constituições modernas derivam do processo de axiologia histórica, das teorias constitucionais adaptadas, que servem para classificar e enunciar os eventos anteriores, que por sua vez, serviram para delinear a constituição; 6) suas referências são menos usadas para guiar o processo político do que para gerar as leis constitucionais de pessoas ou de um conjunto de nações, sendo mais apropriado permitir os não políticos – juristas e operadores da lei – para compreender o fenômeno social como política, vida individual e social liderada pelo homem no decorrer da história, ajudando-o a concretizar uma sociedade democrática.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Teoria da Constituição. Estado. Questões sociais e novos direitos. Sociedade democrática.

Abstract: In synthesis, what I perfunctorily intend to enhance in this brief study, is that the theories about Constitutional Law: 1) are one classification of the legalized political history accomplished by several peoples; 2) derive from historical processes although they have influence these processes very little, serving as mere “reserves” placed at the disposition of political changes which are perennially in flux; 3) adapt themselves to new realities - such as the formal European Constitution which is already fully in effect without such conformities, through collective directives -, whereby new solutions are always formulated; past solutions merely serving as academic reflections and to help less advanced countries to find their way to democracy; 4) the fundamental rights of the human being are perennially present in all modern texts - in my way of thinking, are the innate and unchangeable rights - which bind democratic regimes; 5) the chiseling of modern constitutions derives from a historical-axiological process, the constitutional theories being mere later adaptations, which serve to classify and to enunciate the events that have preceded them, and which delineate them; 6) their referential is less useful to guide the political processes which generate the Constitutional Law of a people or of a community of nations, being more suitable to allow non-politicians – jurists and Law operators - to perceive the social phenomenon as well as the political, individual and social life led by man throughout history, helping him to get along in a democratic society.

Key Words: Fundamental rights. Constitution theory. State. Social questions and new rights. Democratic society.

* Professor Emérito das Universidades Mackenzie e UNIFMU e da Escola de Comando e Estado Maior do Exército, Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, do Centro de Extensão Universitária e da Academia Paulista de Letras.

A evolução do direito constitucional, desde o aparecimento das duas Constituições modernas (Americana 1787 e Francesa 1791), sem esquecer o delineamento constitucional inglês, com a Magna Carta Baronorum (1215) e o *Bill of Rights* (1678 e 1688), tem demonstrado uma notável adaptação às próprias soluções políticas que as comunidades organizadas em Estado vão estabelecendo, com a percepção ou geração de novos direitos –antes pouco refletidos ou inexistentes- e a repactuação dos convívios dos organismos internacionais, ou novas formas e acordos ¹.

Há direitos que são inatos aos homens e mesmo nos 3 modelos constitucionais que formataram o constitucionalismo moderno, em que apenas os denominados direitos e garantias individuais deveriam ser realçados, já eram assim considerados, a meu ver, não por um processo historicista-axiológico, mas por serem inerentes aos seres humanos. Não é porque a evolução da cultura humana revelou que determinados direitos e princípios são bons e merecem ser garantidos e protegidos pelo Estado, que são eles naturais, mas porque verdadeiramente intrínsecos à natureza humana. Não cabe ao Estado outorgá-los em decorrência de sua percepção da realidade, mas, ao contrário, cabe-lhe apenas reconhecê-los, e não criá-los, por serem próprios do ser humano.

Nesta percepção de que há direitos que o Estado pode criar e outros que apenas pode reconhecer, reside a essência dos direitos fundamentais da pessoa humana, de certa forma realçados nos 3 primeiros modelos, em que o Estado (a Coroa, no início do modelo inglês) serviria apenas como entidade a serviço do cidadão ou do governado ².

O equilíbrio, no modelo inglês, entre o Estado (Coroa) e o povo (barões e servidores); a predominância do conceito de pátria, a que governo e povo deveriam servir, no modelo americano e a predomi-

nância do destinatário, ou seja, do cidadão, no modelo francês, formatam a origem do constitucionalismo moderno, preocupado em dizer quais são os direitos dos cidadãos e por que formas o Estado pode, através de seus governos, estar a serviço dos ideais da comunidade.

As questões sociais decorrentes da industrialização e concentração das populações nas cidades, com sensível exploração da parte mais fraca (o empregado), levaram às diversas teorias socialistas, culminando com o diploma máximo para solução de tais embates (a Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII), assim como com as Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919), onde houve a inclusão dos direitos sociais. Seguiram-se diversos outros textos, já, a partir da segunda metade do século passado, com inserção de novos direitos, como os ambientais, à informação, os coletivos e difusos, à qualidade de vida comunitária, falando-se, pois, em direitos de 3^a. e 4^a. gerações.

O certo, também, é que as estruturas políticas dos governos e as composições dos Estados foram se alterando, com as monarquias sendo substituídas pelas Repúblicas e as democracias prevalecendo sobre as ditaduras, nada obstante as recaídas próprias dos choques, das diferenças entre os povos, da corrupção de governos democráticos, das guerras regionais ou globais, por força de interesses econômicos ou sonhos de domínio, visto que a natureza humana não é confiável, no poder.

Não sem razão, Montesquieu, ao idealizar, lastreado em Locke, sua tripartição de poderes, sublinhava ser importante o poder controlar o poder, porque o homem não é confiável no poder³.

Se Lord Acton dizia que o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente, é de se lembrar, no “Conceito do Político”, a lição de Carl Smitt, que, na sua teoria das oposições, considera a Ciência

Política como aquela que opõe o amigo ao inimigo, retornando a teoria Maquiavélica de que é bom o príncipe que mantenha o poder, mesmo que mau governante, e mau o príncipe que perca o poder, mesmo que bom governante.

A Comunidade Internacional, principalmente após a 2ª. guerra mundial, está em franca mudança, com as colônias adquirindo independência, os países desenvolvidos dando saltos de qualidade no desenvolvimento econômico e cultural com consideráveis reflexos sociais, mas abrindo um fosso em relação aos emergentes, em face do diferencial de crescimento de progresso, em uns e outros. Os países desenvolvidos crescem em progressão geométrica, contra a progressão aritmética dos emergentes, alguns deles sem alcançar qualquer espécie de evolução.

E a partir do momento em que o terceiro mundo deixou de ser o fiel da balança -cortejado que era pelo primeiro e pelo segundo mundo, o que lhe dava um certo poder de barganha- o drama se agravou, pois parte do 2º mundo passou a ser o 3º, ingressando no rol dos emergentes, e, outra parte, se colocou em patamar inferior ao dos países desenvolvidos, embora em melhor grau, pois prevalecendo, nas negociações e acordos, sua condição de potências com domínio da tecnologia nuclear, mais do que a força de sua economia.

O certo é que as configurações sociais foram mudando, com o aparecimento de blocos, cujo fortalecimento agrega um componente novo à teoria constitucional, como ocorreu e está ocorrendo com a União Européia -que, como tenho realçado, não é uma Confederação, mas uma autêntica Federação de países. O conceito de soberania ampla cede ao de soberania limitada, pela cessão de elementos em prol de uma sobre-soberania comunitária, em que os organismos respectivos (Parlamento Europeu, Comissão, Conselho, Tribunal

Europeu, de Contas e Banco Central) estabelecem diretrizes a serem seguidas pelas comunidades, sem possibilidade de contestação interna, por força da prevalência das decisões do Tribunal Europeu sobre os tribunais locais, em assuntos comunitários.

É de se lembrar que a própria Constituição Européia, cujo texto atual -que será certamente reformado- foi rejeitada por dois países (Holanda e França), de rigor, não altera o contexto da União Européia, até por que a Constituição Européia é a consolidação das diretrizes que já conformam o direito comunitário, estando em plena vigência e eficácia ⁴.

Em outras palavras, o fato de ter sido rejeitado o texto atual, por Holanda e França não altera o outro fato, de que Holanda e França estão subordinadas às diretrizes que aprovaram e que tinham sido consolidadas no texto mencionado.

Estou convencido de que, se não tivessem os órgãos comunitários optando pelo referendo, mas pela mera aprovação dos textos, pelas Casas Legislativas nacionais, aquela rejeição não teria ocorrido, lembrando-se que, na França, a rejeição foi mais ao governo Chirac do que a própria Constituição, o que influenciou a rejeição holandesa.

O certo é que o constitucionalismo comunitário trouxe novos elementos, principalmente para os diversos blocos que vão se firmando, seja como zonas de livre comércio, como uniões aduaneiras ou mesmo como Mercados Comuns, estágios preparatórios de uma comunidade de nações.

A par de tais acordos, é de se lembrar toda a espécie de acordos com os mais variados objetivos e a aceitação, pelos principais textos constitucionais, da prevalência dos tratados internacionais sobre o direito local.

Tudo isto leva a uma nova concepção da teoria da constituição, neste mundo em permanente alteração.

As diversas teorias sobre a Constituição focam-na em face de sua dimensão, de seu conteúdo, de seus princípios, dos regimes jurídicos que hospeda, dos tipos de direitos que são prevalentes, das técnicas que introduz de interpretação da legislação decorrencial, da supremacia de suas normas, sempre, todavia, o elemento jurídico sendo o prevalente⁵.

Nada obstante ser a Constituição um documento apenas formalmente jurídico, mas intrinsecamente político, econômico e social, para nós, os constitucionalistas, o elemento jurídico é sempre o mais relevante, embora nitidamente veiculador, em face do conteúdo que albergue.

Por esta razão há uma tensão permanente entre as normas constitucionais, que o jurista luta por fazer prevalecer, e a prática constitucional, que o político termina por impor, levando, em todos os países do mundo, os Tribunais Superiores -mais políticos que jurídicos- a tenderem fazer prevalecer o aspecto político da estabilidade institucional sobre o aspecto jurídico formal de garantias e soluções, muitas vezes consideradas utópicas.

Assim, por exemplo, a Constituição Americana impõe que a entrada dos Estados Unidos em uma guerra seja precedida de autorização do Congresso americano⁶.

Desde 1941 -última vez que o Congresso americano pronunciou-se para autorizar o país a entrar em guerra- em todos os conflitos de que os americanos participaram, essa participação deu-se por determinação exclusiva do presidente americano, com o artifício, aceito pela Suprema Corte, de ausência de declaração de guerra -com o que a *guerra real não representa guerra formal*, para a *práxis* estadunidense desde 1941, com o aval da Justiça.

Esta permanente tensão entre a realidade política de um país e os princípios constitucionais, que opõe, permanentemente, o jurista ao aplicador do Direito, o

intérprete ao governo e o povo ao Estado, torna grande parte das teorias de reflexão acadêmica passíveis de aplicação apenas em tempos de absoluta normalidade, de paz e de progresso incontestáveis, o que vale dizer, em períodos que quase nunca ocorrem, na história da espécie humana.

Em verdade, viver em sociedade é viver em permanente alerta, que, no século em que estamos, cresceu de tal forma, que se pode dizer: viver já não é mais viável para amadores. O homem, para ser bem sucedido, no plano interior, individual e social deve encarar uma competição que ultrapassa, em grande parte, a sua resistência psíquica, razão pela qual os consultórios de psicólogos e psiquiatras estão cada vez mais repletos.

E, no campo político, isto é, na arte-ciência de governar segundo os princípios da Constituição, principalmente nos regimes democráticos -nas ditaduras, o ditador impõe e elimina seus adversários-, a questão que se põe é consideravelmente mais complexa. As teorias constitucionais de reflexão acadêmica são de pouca utilidade, na medida em que a evolução humana impõe, de forma crescente, soluções novas, que ultrapassam de muito as formulações universitárias e doutrinárias, que caminham sempre atrás dos acontecimentos políticos e históricos.

Em outras palavras, não são as doutrinas, os princípios e as normas constitucionais que formatam a história e o evoluir da espécie humana, mas, exclusivamente, os fatos por ela gerados, que terminam por dar perfil à doutrina e aos princípios do direito primeiro, que é o constitucional.

Exceção àquelas normas que o Direito apenas pode reconhecer -ou seja, os princípios fundamentais da dignidade humana, que são pertinentes ao direito natural - todas as demais conformações e normas de convivência, desenhadas no texto constitucional, são decorrenciais, formuladas

pelos doutrinadores após a percepção dos acontecimentos que permitem ao homem viver em sociedade, organizar-se sob um determinado regime e constituir um Estado, com poder, povo e território reconhecido pela comunidade internacional(7).

Na teoria do direito constitucional moderno, todas as reflexões realizadas – como já era no passado - são decorrenças dos acontecimentos históricos, que permitem aos doutrinadores formular mera classificação dos acontecimentos, à luz do Direito.

As teorias de direito constitucional não são senão um processo classificatório das soluções políticas que a história vai revelando e que são adotadas pelas comunidades, como forma de sobrevivência e convivência social.

Exemplo típico é aquele da Constituição Européia, que referendada ou não, tem relevante existência, como forma de consolidação das diretivas, nas democracias que integram o ambiente comunitário. Se não vier a ser aprovada por todos os países, vigera, por força das diretrizes que nela foram consolidadas, pois, mesmo os países que não a aprovarem, já estão, em grande parte, subordinados às suas regras.

É um fato novo a Constituição supranacional, que, no entanto, já existia sem este nome, em face das normas comunitárias aceitas pelos países signatários, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais reconhecidos e preservados pelo Tribunal Europeu ⁷.

Em síntese, o que pretendo, de forma perfunctória, dar relevo, neste breve estudo, é que as teorias do direito constitucional:

1. são uma classificação da história política juridicizada dos diversos povos;

2. decorrem de processos históricos e pouco os influenciam, servindo de mero “estoque de prateleira”, à disposição dos movimentos políticos, em permanente mudança;

3. adaptam-se às novas realidades –como a Constituição formal européia, já em pleno vigor sem tal conformação, através das diretivas comunitárias-, formulando-se sempre novas soluções; as passadas servem, no máximo, para reflexão acadêmica e evolução de países menos avançados nos caminhos da democracia;

4. são permanentes, em todos os textos modernos, os direitos fundamentais do ser humano –a meu ver, direitos inatos e imodificáveis- que conformam os regimes democráticos;

5. a escultura das modernas constituições é decorrente de um processo historicista-axiológico e as teorias constitucionais meras adaptações posteriores, classificatórias e enunciatórias dos acontecimentos que as antecedem e as perfilam;

6. vale o seu referencial, menos para orientar os processos políticos geradores do direito constitucional de um povo ou de uma comunidade de nações, e mais para permitir aos não-políticos –juristas e operadores do Direito- a percepção do fenômeno social e da vida política, individual e social do homem, ao longo da história, ajudando-o a conviver, na sociedade democrática(9).

NOTAS

¹ Celso Bastos sobre a evolução inglesa escreveu: “O século XVIII registrou conquistas muito importantes. Os dois primeiros Reis Stuarts sofreram violenta reação do Parlamento quando tentaram regressar para o absolutismo monárquico. Logo em 1628, foi arrancada do rei a petição de direitos, pela qual se confirmavam direitos e liberdades anteriormente adquiridos. Sucederam-se os conflitos entre o rei e o Parlamento que conduziram à dissolução deste último durante onze anos. Após esse período convocou-se novo Parlamento, sobreveio a Guerra Civil, decapitou-se o rei e implantou-se a República em 1649, que no fundo encerrava uma ditadura parlamentar contra a qual se insurgiu

uma revolução liderada por Cromwell, que estabeleceu um governo autoritário e pessoal. Com a sua morte a monarquia foi restaurada, O que é certo, contudo, é que nada obstante ter o Parlamento sofrido nesta época grandes dificuldades, fundamentalmente foram mantidas as prerrogativas obtidas no seu período áureo (ditadura parlamentar). O Reinado dos Stuarts terminava com a Revolução Gloriosa de 1688 que, sem derramamento de sangue, destronou o rei e colocou um outro, de uma nova dinastia, no seu lugar (Guilherme de Orange). Abriu-se, então, um período de grandes conquistas parlamentares. Os próprios fatos históricos estavam a demonstrar que a nova monarquia era implantada por decisão do Parlamento. Na ocasião, inclusive, extraiu-se nova concessão régia, denominada Bill of Rights, que encerrou a trasladação, para o Parlamento, de uma série de prerrogativas que até então eram exercidas pelo rei. Vê-se, assim, como foi-se processando, na Inglaterra, uma gradual deslocação dos privilégios monárquicos em favor do Parlamento” (Série Realidade brasileira, 2ª. ed., Parlamentarismo ou Presidencialismo?, Ives Gandra Martins e Celso Bastos, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 4/5).

² Javier Hervada ensina: “El derecho se inserta en el sistema racional de relaciones sociales, que son relaciones interpersonales —de persona a persona— en las cuales el hombre actúa en su condición de ser personal y responsable; son, pues, los que hemos llamado actos humanos aquellos a través de los cuales el hombre actúa jurídicamente, esto es, actúa como persona en el mundo de las relaciones jurídicas. Si recordamos la distinción de la ciencia jurídica entre actos y hechos, es claro que los actos de los que habla la ciencia jurídica pertenecen a la categoría de los que en moral reciben el nombre de actos humanos; en cambio, los llamados en moral actos del hombre deben ser considerados por el jurista como hechos, pues no tienen mayor relevancia jurídica que el resto de los eventos o acontecimientos físicos o naturales. En consecuencia, el tratado de los actos según la ciencia del derecho natural ha de fundarse en la teoría del acto humano. 2. La actuación personal del hombre en la vida jurídica —la actuación jurídica o actos de la persona en el mundo jurídico

co— reviste dos modalidades: a) El acto justo, o sea, el acto por el cual el hombre cumple lo justo conmutativo, legal o distributivo; dentro de esta actuación reviste especial importancia lo referente a la justicia legal, es decir, aquellos actos que son conformes con la ley (acto lícito). En sentido contrario se dan el acto injusto y el acto ilícito. Un ejemplo puede ser el delito. b) Un segundo tipo de actuación se da a través de aquellos actos que originan, modifican o extinguen relaciones jurídicas y, con ellas, derechos y obligaciones o deudas. Este tipo de actos se llaman actos jurídicos. **Por ejemplo, los contratos, el testamento, etc.**” (*Cuatro Lecciones de Derecho Natural*, Eunsa, Pamplona, 1998, p. 22/23)

³ Escrevi: “Montesquieu, ao escrever o seu *Do Espírito das Leis*, fê-lo a partir de duas realidades que o impressionaram vivamente, a saber: o sucesso político do modelo inglês e a absoluta descrença na natureza humana. Do modelo inglês tirou, pelas lições de Locke e por sua observação pessoal, a certeza de que o controle exercido pela monarquia e pelo povo sobre o Parlamento e o Gabinete ofertariam a estabilidade necessária à harmonia de poderes, posto que ninguém poderia exercê-los de forma absoluta, em função dos freios e contra-freios de uns sobre os outros. Montesquieu introduziu, de forma científica, a tripartição dos poderes, acrescentando à observação inglesa e aos estudos de Locke, o Poder Judiciário, como poder independente. É interessante notar que a lição inglesa não permitia fosse realçado o Poder Judiciário, visto que o exercício da administração da justiça na tradição costumeira insular --mais dádiva do Estado e do monarca que um direito da plebe-- levou Montesquieu a nele descortinar um complexo orgânico formado a partir da lição dos romanos, pela influência do pretorianismo semi-independente, assim como da dos bárbaros e povos autóctones pela experiência milenar do direito repetitivo. Não se esqueceu, por outro lado, da influência da Igreja até a Reforma. Assim, não obstante, à época de Montesquieu, o poder-dever de julgar e a certeza da administração de justiça ter evoluído, na Inglaterra, a razoável grau de independência, Locke não chegou a descortinar força própria de separação, como o fez Montesquieu. Montesquieu

intuiu a importância de tal independência, na medida em que a natureza humana é fraca e a fraqueza a serviço da força do poder provoca, decorrencialmente, a prática de uma justiça injusta. A necessidade, portanto, de o poder controlar o poder, fê-lo separar o exercício da feitura das leis (Poder Legislativo), de execução das normas (Poder Executivo) e de interpretação oficial do Direito e aplicação da Justiça (Poder Judiciário) Ao dizer: “Acontece sempre que todos os homens, quando têm poder, se inclinam a seu abuso, até encontrar limites” e ao concluir que necessário seria que o “poder constitua um freio para o poder” sintetizou sua praticidade a partir da descrença na natureza humana. A tipologia clássica externa dos governos bons ou maus, ou de governos monárquicos, aristocráticos ou democráticos ou, na preocupação da época, a sua divisão em repúblicas, monarquias e governos despóticos, se acrescentou, em Montesquieu, a tipologia interna da divisão dos poderes, quaisquer que sejam as formas exteriores que apresentem. Sua pessoal visão excluiu, entretanto, os governos despóticos, isto porque a tripartição apenas se torna possível em governos moderados. Foi Montesquieu criticado, no período, porque se entendia que o poder dividido não é o poder e nem pode ser acionado, convenientemente, nos momentos de crise nacional, em face dos próprios freios criados. O tempo veio demonstrar, todavia, que há mecanismos capazes de dar eficiência maior de funcionamento ao sistema misto que ao poder absoluto e concentrado” (Separação de Poderes no Brasil, volume IV, ed. PrND/IASP, 1985, p. 27/28).

⁴ O preâmbulo do texto europeu é o seguinte: “SUA MAJESTADE O REI DOS BELGAS, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA CHECA, SUA MAJESTADE A RAINHA DA DINAMARCA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DA ESTÔNIA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA HELÊNICA, SUA MAJESTADE O REI DE ESPANHA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA FRANCESA, A PRESIDENTE DA IRLANDA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA ITALIANA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DE CHIPRE, A PRESIDENTE DA REPÚBLICA DA LETÔNIA,

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DA LITUÂNIA, SUA ALTEZA REAL O GRÃO-DUQUE DO LUXEMBURGO, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DA HUNGRIA, O PRESIDENTE DE MALTA, SUA MAJESTADE A RAINHA DOS PAÍSES BAIXOS, O PRESIDENTE FEDERAL DA REPÚBLICA DA ÁUSTRIA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DA POLÔNIA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA PORTUGUESA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DA ESLOVÊNIA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA ESLOVACA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DA FINLÂNDIA, O GOVERNO DO REINO DA SUÉCIA, SUA MAJESTADE A RAINHA DO REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE:

- INSPIRANDO-SE no patrimônio cultural, religioso e humanista da Europa, de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o Estado de Direito,
 - CONVENCIDOS de que a Europa, agora reunida após dolorosas experiências, tenciona progredir na via da civilização, do progresso e da prosperidade a bem de todos os seus habitantes, incluindo os mais frágeis e os mais desprotegidos, quer continuar a ser um continente aberto à cultura, ao saber e ao progresso social, e deseja aprofundar o carácter democrático e transparente da sua vida pública e actuar em prol da paz, da justiça e da solidariedade no mundo,
 - PERSUADIDOS de que os povos da Europa, continuando embora orgulhosos da respectiva identidade e história nacional, estão decididos a ultrapassar as antigas discórdias e, unidos por laços cada vez mais estreitos, a forjar o seu destino comum,
 - CERTOS de que, “Unida na diversidade”, a Europa lhes oferece as melhores possibilidades de, respeitando os direitos de cada um e estando cientes das suas responsabilidades para com as gerações futuras e para com a Terra, prosseguir a grande aventura que faz dela um espaço privilegiado de esperança humana,
 - DETERMINADOS a prosseguir a obra realizada no âmbito dos Tratados que instituem as Comunidades Europeias e do Tratado da União Europeia, asseguram-

do a continuidade do acervo comunitário, - GRATOS aos membros da Convenção Europeia por terem elaborado o projecto da presente Constituição, em nome dos cidadãos e dos Estados da Europa, designaram ...”.

⁵ Paulo Otero inclusive relativiza a supremacia da Constituição ao dizer: “A hierarquia das normas integrantes deste modelo de sistema jurídico, encontrando a sua unidade numa abóbada cimentada pela Constituição, parte, porém, de dois pressupostos: o monopólio da lei como modo de revelação do Direito e o monopólio do Estado como criador e aplicador da lei. Sucede, todavia, que nem a lei é a única fonte de Direito, nem o Estado tem o monopólio da criação do Direito: a Constituição não tem, por isso mesmo, o exclusivo definidor das fontes de Direito, nem goza de uma supremacia absoluta dentro do sistema jurídico. A força normativa da Constituição encontra-se, por efeito de um erro nos respectivos pressupostos conceptuais, relativizada: num sistema jurídico que não se esgota no direito escrito ou proveniente de fontes formais, a Constituição nunca pode ser vista como a cúpula ou a abóbada de todo o sistema. 2. A relativização da força normativa da Constituição pode dizer-se que começou historicamente dentro da própria Constituição, produzindo-se, por esta via, um verdadeiro fenómeno de fragmentação hierárquico-normativa interna ao texto constitucional: a Constituição foi gerando no seu seio diferentes graus de força jurídica das suas normas, permitindo delas extrair um entendimento que, ao contrário das concepções dominantes, configura a existência de um estratificado escalão de níveis de incidência ordenadora da realidade. Nem todas as normas integrantes de uma Constituição formal têm igual força jurídica: a força normativa da Constituição dependerá, por conseguinte, dos diferentes níveis de força operativa das normas constitucionais, habilitando que deles se extraia uma ordenação hierárquica das regras, princípios e valores constitucionais, razão pela qual também aqui se poderá falar em relativização da força normativa do texto constitucional. Não existe, deste modo, uma igualdade hierárquica entre todos os preceitos constitucionais, verificando-se que o princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, postulando

a exclusão de relações de supra e infra ordenação dentro da lei constitucional, se afirma como postulado contrariado pela história e pela técnica das normas constitucionais” (O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil, Ed. Saraiva, 2004, p. 33/34).

⁶ Edward S. Corwin assim se refere sobre a origem do inciso XI da Seção VII do artigo 1º da Constituição americana: “11. Declarar guerra, conceder cartas de corso e de represálias e ditar regulamentos relativos às presas feitas em terra e no mar. O Poder de Guerra; Teorias sobre sua fonte. Este parágrafo, junto aos parágrafos 12, 13, 14, 15, 16 e 18, seguintes, compreende o “Poder de Guerra” dos Estados Unidos, mas, em conjunto, não exaurem tal poder. Formularam-se três opiniões diferentes da fonte e objetivo desse poder nos primeiros anos da Constituição, tendo as mesmas durante mais de um século e meio batalhado pela supremacia. No Federalista, sustentou Hamilton a teoria de que o poder de guerra é um agregado de poderes particulares — os mencionados acima. Em 1795, elaborou-se a teoria de que ainda anteriormente à adoção da Constituição o povo americano havia afirmado seu direito de combater na guerra como uma unidade e agir, no tocante a todas as suas relações estrangeiras, como uma unidade, sendo pois tal direito um atributo da soberania; e, por conseguinte, não dependente de concessões expressas da Constituição. Uma terceira opinião foi vagamente sugerida pelo Chief-Justice Marshall, quando, em *McCulloch v. Maryland*, citou o poder “de declarar e conduzir a guerra” como um dos “poderes enumerados” de que podia ser deduzido o poder do Governo Nacional de autorizar o funcionamento do Banco dos Estados Unidos. Durante a Guerra Civil, as duas últimas teorias foram endossadas pela Corte Suprema. Mas depois da primeira Guerra Mundial, a Corte, através do juiz Sutherland, como relator, de repente bandeou-se firmemente para a teoria do “atributo da soberania”. Disse, então: “O poder de declarar e conduzir a guerra, os de concluir a paz, realizar tratados e manter relações diplomáticas com outras soberanias teriam sido outorgados ao Governo Federal como poderes inerentes da nacionalidade, ainda que não houvessem sido mencionados na Constituição”; e embora a Corte, em 1945, tenha emprestado sua aprovação,

talvez um pouco ao acaso, à teoria dos “poderes enumerados”, não pode haver dúvida de que o atributo da “teoria da soberania” justifica melhor as atuais decisões da Segunda Guerra Mundial” (A Constituição Norte-Americana e seu significado atual, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, p. 85/6).

⁷ Na Declaração de 9 de maio de 1950 da Alemanha e França, lê-se: “A Europa não se fará de um golpe, nem por virtude de uma construção global. Far-se-á mediante realizações concretas, criando antes de mais uma solidariedade de fato. Mediante a colocação em comum de produções de base e a instituição de uma Alta Autoridade cujas decisões vincularão a França, a Alemanha e os países que a ela aderirem, esta proposta realizará as primeiras bases concretas de uma federação européia indispensável à preservação da paz”, que Maria Teresa de Cárcomo Lobo esclarece: “Com base na Declaração de

Schuman, em 18 de abril de 1951, foi assinado em Paris pela Alemanha, França, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo — Estados que vão constituir a então chamada Europa dos Seis — o Tratado que instituiu a primeira Comunidade Européia, a Comunidade Européia do Carvão e do Aço — CECA, que entrou em vigor em 25 de julho de 1952 e foi extinta em 23 de julho de 2002. Dando prosseguimento ao processo da integração européia, a CECA foi seguida da criação de outras duas Comunidades Européias, a Comunidade Econômica Européia — CEE, e a Comunidade Européia da Energia Atômica-CEEA, vulgarmente designada por Euratom. Em 25 de março de 1957, foram assinados em Roma os Tratados que instituíram aquelas duas Comunidades, entrando em vigor em janeiro de 1958” (grifos meus) (Manual de Direito Comunitário, A ordem jurídica da União Européia, 2ª. Ed., Juruá, 2004, p. 23).

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: ENTRE LIBERALISMO E COMUNITARISMO

CONSTITUTION AND DEMOCRACY: BETWEEN LIBERALISM AND COMUNITARISM

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O presente trabalho tem como foco central o debate estabelecido entre liberais e republicanos, apresentando como pano de fundo a expansão do pluralismo e suas conseqüências para a democracia. Diante desse quadro, é importante discutir o papel da Constituição e qual o modelo hermenêutico mais adequado para permitir a conformação das instituições democráticas com a pluralidade de valores e concepções de vida existentes na sociedade. A perspectiva da hermenêutica liberal enfatiza a necessidade de garantir a esfera privada através da defesa dos direitos individuais. Em perspectiva oposta, os comunitários atribuem especial relevância à construção de uma esfera pública, mediante a proteção dos valores partilhados pela comunidade. Uma concepção e outra pecam pelo excessivo reducionismo, não percebendo o potencial de uma eventual combinação construtiva entre os dois pontos de vista em torno de um modelo conciliatório. A proposta da democracia deliberativa parece fornecer elementos que viabilizam a realização da democracia em sociedades pluralistas reconhecendo simultaneamente o valor da esfera privada e o valor da esfera pública em torno da permanente abertura procedimental da Constituição.

Palavras-Chave: Pluralismo Político – Procedimentalismo - Democracia

Abstract: The present text has as central focus the debate established between liberal and republican, presenting as background the expansion of pluralism and its consequences for democracy. Ahead of this picture, it is important to investigate the role of the Constitution and which hermeneutic model seems to allow conformation of the democratic institutions in the context of plurality and different conceptions of social life. The point of view of liberal hermeneutics emphasizes the necessity to guarantee the private sphere defending above all, the individual rights. On the other hand, the communitarian approach emphasizes the relevance of a public sphere, bound to protecting those shared values on the group. One conception and another seem to be inappropriate for the extreme unilateralist views. Both are not able in perceiving the huge democratic potential of an eventual constructive combination around a conciliatory model. The proposal of the deliberative democracy seems to supply elements that simultaneously make possible the accomplishment for democracy in today's pluralist societies, recognizing both the value of the private sphere and the value of the public sphere around the permanent procedural opening of the Constitution.

Key Words: Political Pluralism - Procedimentalism - Democracy

Introdução

As sociedades contemporâneas, apresentando a característica da complexidade e do pluralismo, trouxeram à discussão a necessidade do estabelecimento de parâmetros político-institucionais que permitam a convivência entre pessoas num ambiente marcado pela diferença crescente¹.

Ainda que esta discussão tenha adquirido impulso naquelas sociedades do leste europeu e da América Latina, recém saídas de regimes autoritários, e ainda em processo de aprendizagem e consolidação democrática, o problema parece atingir indistintamente os países “centrais” e “periféricos”, em um processo de “periferização do centro”².

* Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Teoria do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Mestre em Teorias Críticas do Direito pela Universidad Internacional de Andalucía, Professor da Universidade Católica de Pernambuco e das Faculdades Integradas Barros Melo.

É dentro desse contexto que orgulhos nacionais são afirmados com cada vez mais força, impulsionando a intolerância e fundamentalismos diversos, trazendo permanentes desafios à prática democrática.

De certo modo, acreditou-se que o triunfo da ideologia liberal-democrática pudesse sepultar definitivamente os conflitos étnicos, religiosos e nacionalistas, afastando-os para um passado cada vez mais distante. (Mouffe, 1999: 11) No entanto, é preciso considerar os limites de qualquer racionalidade³ sobre as paixões e emoções como forças capazes de operar significativas transformações sociais. (Mouffe, 1999: 11-12).

Por outro lado, o desaparecimento da oposição entre totalitarismo e democracia, binário que servia para distinguir quem era “amigo” e quem era “inimigo” levou a uma certa perplexidade e incerteza. Daí a necessidade de redefinição de uma “nova fronteira política” como forma de superação da crise estabelecida⁴.

Desde o advento do constitucionalismo, evidenciou-se o relevante papel a ser desempenhado pelas Constituições na disciplina das relações de poder no âmbito do Estado. Nesse sentido, é tarefa da Constituição, a potencialização da Cidadania mediante a garantia dos direitos fundamentais notadamente naquelas sociedades marcadas pela diferença. Assim, a existência de uma Constituição pluralista exige uma jurisdição constitucional voltada para a garantia do “livre desenvolvimento das diversas forças sociais e políticas existentes na sociedade” (Sampaio, 2002: 72).

O presente ensaio tem como foco central o debate estabelecido entre liberais e republicanos a respeito dos desafios democráticos contemporâneos. Diante desse quadro, a questão que se põe é a de saber em que medida a interpretação da Constituição pode potencializar a conformação das instituições democráticas com a plu-

ralidade de valores e concepções de vida socialmente existentes.

As recentes concepções liberais entendem que o ideal de justiça antecede qualquer concepção do bem, e por isso, uma sociedade democrática precisa ser configurada a partir deste pressuposto. Daí a preocupação com soluções universalmente válidas.

Em campo oposto, os comunitaristas defendem a tese da contextualização histórica do indivíduo, sendo, portanto impossível falar em democracia sem levar em consideração os aspectos relativos aos diferentes valores e concepções do bem partilhados pelos diferentes grupos sociais.

A meio-caminho do liberalismo e do comunitarismo, apresenta-se a tese da democracia deliberativa, buscando combinar aspectos universalistas do liberalismo com aspectos relativistas do comunitarismo. Através deste modelo, a compreensão do papel da Constituição e também da hermenêutica constitucional adquire contornos significativamente importantes para a configuração de um modelo democrático.

A interpretação da Constituição deve assim favorecer e proteger permanentemente os procedimentos nela inscritos como forma de comunicação entre o jogo político que se desenvolve na arena social e a sua representação jurídico-institucional. Isto permite que nenhum grupo (com suas respectivas opções de vida boa) possam ocupar permanentemente as funções estratégicas do Estado. A abertura procedimental e o permanente debate político caracterizam o regime democrático em uma sociedade complexa e pluralista contemporânea.

1. Constituição e Hermenêutica: O Papel do Juiz Constitucional

A partir da verificação das peculiaridades inerentes às normas constitucio-

nais, procurou-se estabelecer contemporaneamente uma discussão no sentido de estabelecer um marco hermenêutico especificamente voltado à interpretação constitucional.⁵ Sob certo sentido esta temática procura, a partir da percepção da natureza específica das normas constitucionais, aproximar a função jurisdicional, notadamente no que se refere à jurisdição constitucional, da realizabilidade da democracia.

Nesse sentido, indaga-se sobre a existência de modelos hermenêuticos favoráveis à realização da democracia. Para tal fim, estariam os tribunais inarredavelmente vinculados ao caráter estritamente normativo estabelecido pela Constituição, ou apoiando-se nos contextos ético-substantivos, poderiam compensar o hiato entre a realidade constitucional e a soberania popular? Seriam as normas constitucionais comandos obrigatórios, ou valores capazes de expressar preferências partilhadas? (Cittadino, 2000: 218)

Esta discussão é importante por evidenciar os limites e possibilidades da atuação do magistrado no desenvolvimento de suas prerrogativas institucionais. Assim, questiona-se sobre o poder de criação dos juízes, especificamente no tocante a uma eventual supressão de prerrogativa inerente ao poder legislativo. Contra tal argumento, contudo, opõe-se à constatação de que as sociedades democráticas contemporâneas exigem do poder judiciário cada vez mais uma postura ativa.

O debate reflete a antiga disputa entre objetivistas e subjetivistas na hermenêutica clássica, cada uma das duas tendências a reivindicar a primazia do seu ponto de vista sobre a outra. É nítida aqui a tonalidade adquirida pela temática no que se refere aos arranjos institucionais entre a distribuição de prerrogativas entre o poder judiciário e o poder legislativo. Este tema é bastante discutido no âmbito da teoria hermenêutica ao tratar da interpretação

dos textos normativos no plano da busca de uma suposta vontade do legislador, postura subjetivista que confere proeminência ao papel do Poder Legislativo, ou vontade da lei, postura objetivista que confere relevo ao papel do Poder Judiciário.

Como quer que seja, parece difícil negar a existência de uma esfera discricionária do magistrado, que tem diante de si, uma certa variedade de marcos teóricos a possibilitar a modelagem de sua missão institucional.

2. O Enfoque da Hermenêutica Liberal

Sob o ponto de vista da hermenêutica liberal, importa adotar uma perspectiva de neutralidade orientando a prestação jurisdicional “por uma compreensão deontológica das normas e dos princípios jurídicos” (Cittadino, 2000: 183).

Nesse sentido, a preocupação de Rawls é traduzida sob a perspectiva da “Constituição-garantia”, como forma de assegurar aos indivíduos a possibilidade da realização dos projetos individuais de cada um⁶. O *judicial review* enquanto, prerrogativa atribuída aos tribunais para declarar a inconstitucionalidade de ato administrativo ou legislativo, aparece como o mecanismo mais adequado para alcançar tal fim. Assim, “... o tribunal deve evitar que a lei seja corroída pela legislação de maiorias transitórias ou, mais provavelmente, por interesses estreitos, organizados e bem-posicionados, muito hábeis na obtenção do que querem” (Rawls, 2000: 284)

Daí a importância de compreender a Constituição como um sistema de direitos a serem protegidos contra maiorias eventuais que ameacem o desacordo razoável, fixando um espaço de liberdade imune a interferências externas. (Cittadino, 2000: 183).

Assim, a Constituição representa um procedimento político compatível com a

concepção de justiça política, realizando os valores da “razão pública”. A essência da Constituição resta assim afastada das decisões majoritárias, sendo um procedimento que tem no povo o seu autor (Cittadino, 2000: 184). Para Rawls, o povo é quem confere o através do *judicial review* o poder que tem a Suprema Corte de declarar a inconstitucionalidade das leis (Cittadino, 2000: 184). Há que se lembrar ainda que a Suprema Corte decidindo de acordo com a “razão pública” delimita, afirma, e explicita o seu conteúdo. Assim, a Suprema Corte desempenha um duplo papel: de um lado, cumpre uma missão educativa *situando os valores políticos no centro do debate político*, de outro lado, dá vida à *razão pública* na esfera do debate público. Como se percebe a perspectiva liberal da democracia tem no *judicial review* um importante instrumento de realização.

Esta concepção é partilhada em certa medida por Ronald Dworkin, que estabelecendo uma vigorosa defesa dos direitos individuais, constrói uma concepção segundo a qual os direitos individuais são “trunfos” que não podem ser desconsiderados pelos tribunais⁷. Nesse sentido, Dworkin defende que os “levar os direitos a sério” consiste em reconhecer a força normativa de tais direitos, que se expressam ora como regra, ora como princípio.

Para Dworkin:

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (Dworkin, 2002 : 39).

Continua Dworkin explicando que: “Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam... aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia” (Dworkin, 2002: 42).

Resolvem-se as colisões de regras através da aplicação dos mecanismos de compatibilização horizontal e vertical de que dispõe o sistema jurídico, já que “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida” (Dworkin, 2002: 43). Assim, no plano horizontal, aplicam-se os critérios cronológico e o da especialidade, traduzidos respectivamente pelos brocardos latinos *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generali*. No plano vertical aplica-se o critério hierárquico, através do qual *lex superior derogat inferior*. No tocante ao conflito de princípios a solução será necessariamente diferente. Em havendo conflito de princípios, não é possível a aplicação dos critérios supra mencionados, pois os princípios não são de cronologia distinta e nem possuem grau de especialidade diferenciada. Expressando igualmente direitos fundamentais, também não estão em escalões normativos distintos, razão pela qual é necessário buscar outros critérios para o deslinde da questão.

Assim, no processo de interpretação da Constituição, a opção por um princípio em detrimento do outro, não provoca a sua exclusão do sistema, representando inegavelmente em uma opção diante da aplicabilidade das normas no caso concreto. Daí a expressão acertada de Bonavides para quem o conflito de regras se resolve no plano da

validade, enquanto a colisão de princípios se resolve na dimensão do valor, demandando a verificação do “peso” dos princípios em jogo (Bonavides, 1999: 251).

Para o positivismo clássico, isso significaria que a decisão nesses casos depende de uma faculdade discricionária, importando uma ponderação de valores diante do contexto a que se destina.

Dworkin, porém, encontrando nos princípios jurídicos um sentido de validade deontológico, rejeita a tese da discricionariedade dos juízes, tão cara ao positivismo clássico (Cittadino, 2000: 189-190).

Tais situações levam preferencialmente àquelas situações designadas por Dworkin de “casos difíceis” (*Hard cases*). Diante de um *hard case*, Dworkin defende a tese segundo a qual “... mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (Dworkin, 2002: 127).

Tal tarefa demandaria do juiz capacidades sobre-humanas, daí a metáfora do juiz-Hércules⁸. O juiz teria nesse caso, a difícil tarefa de reconhecer a diferença entre os “direitos preferenciais” (*ground rights*), e “direitos institucionais”. Para Dworkin os direitos preferenciais são aqueles que “fornecem uma justificação para as decisões políticas tomadas pela sociedade em abstrato”, enquanto os direitos institucionais são aqueles que “oferecem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica”. (Dworkin, 2002: 145). Dworkin exemplifica essa situação recorrendo a uma situação hipotética: “Suponhamos que minha teoria política afirme que todo homem tem direito à propriedade de outro desde que dela necessite mais. Eu posso ainda admitir que ele não tem um direito legislativo com o mesmo sentido;

em outras palavras, eu posso admitir que ele não tem nenhum direito institucional a que a presente legislatura promulgue uma lei que viole a Constituição, algo que uma tal lei presumivelmente faria. Também posso admitir que ele não tem nenhum direito institucional a uma decisão judicial que perdoe o roubo. Mesmo que eu faça essas concessões, posso manter minha alegação inicial, argumentando que as pessoas, em seu conjunto, têm uma justificação para emendar a Constituição com o fito de abolir a propriedade, ou talvez para se rebelar e derrubar por completo a atual forma de governo. Eu posso alegar que cada homem possui um direito preferencial residual que pode justificar ou exigir tais atos, mesmo que eu conceda que ele não tem direito a decisões institucionais específicas, quando se considera como essas instituições estão atualmente constituídas” (Dworkin, 2002: 145-146).

Assim como Rawls ao elaborar o conceito de “razão pública”, Dworkin entende que os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição são decorrentes de princípios morais que decorrem do ideal de justiça e de equidade, fixando limites ao executivo e ao legislativo. Daí a necessidade de que a interpretação da Constituição passe por uma “leitura moral” (Cittadino, 2000: 191-192).

3. O Enfoque da Hermenêutica Comunitária

Se os liberais defendem o instituto do *judicial review* como mecanismo indispensável à democracia, em posição diversa estão os comunitários para quem a possibilidade de controle da legislação pelos tribunais representa uma limitação ao processo deliberativo democrático.

Para os comunitários a defesa do *judicial review* é amplamente incompatível com os desígnios de uma política de

reconhecimento igualitário, sufocando as distintas identidades culturais (Cittadino, 2000: 194).

Em severa crítica ao *judicial review*, Charles Taylor entende que o modelo adotado pela perspectiva liberal acaba por criar padrões de homogeneidade que neutralizam a necessidade de diferenciação entre os diversos grupos sociais, reduzindo seus respectivos espaços de autonomia⁹.

Para demonstrar a sua tese, Taylor traz a situação dos franceses de Quebec e o seu relacionamento com o Canadá inglês. A província de Quebec, como se sabe, guarda a especificidade de conservar as suas tradições francesas desde a colonização em contraste com a maioria inglesa no Canadá. Além dos conflitos de índole social, decorrentes da convivência no mesmo país entre culturas plurais distintas, o Estado canadense tem sobre si a pressão de manter a integração social. Daí a relevância das instituições democráticas e o desenvolvimento de estratégias legitimadoras como fator de coesão.

Uma dessas estratégias repousa na chamada *notwithstanding clause* ou cláusula não obstante. Em 1982 o Canadá estabeleceu em nível constitucional a sua carta de direitos com a finalidade de garantir os direitos fundamentais aos canadenses. Para tanto estabeleceu os direitos liberais clássicos, tais como a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, e garantias processuais diversas, tal como o devido processo legal. Impôs tratamento igualitário a todos os canadenses vedando quaisquer distinções em virtude de sexo, raça ou religião (Cittadino, 2000: 195).

O problema posto: como compatibilizar os interesses de sobrevivência e autonomia das minorias, notadamente a minoria francesa com a universalidade pretendida pela Constituição canadense?¹⁰

A violação dos direitos fundamentais enseja *judicial review* em qualquer

das esferas governamentais como forma de assegurar o tratamento igualitário aos canadenses. No que se refere, porém ao estabelecimento de legislação pelas Províncias, a Constituição submete o *judicial review* aos limites da cláusula *notwithstanding*.

Assim, uma certa variedade de normas provinciais foram editadas como forma de garantir a sobrevivência da cultura francesa na província de Quebec¹¹. Como lembra Gisele Cittadino:

“foi com base nesta cláusula que algumas leis relativas à proteção cultural dos franco-canadenses foram promulgadas em Quebec: a que os proíbe de matricular seus filhos em escolas de língua inglesa; a que obriga uma administração em língua francesa das empresas com mais de 50 empregados e a que impede o uso de idiomas diferentes do francês em documentos comerciais” (Cittadino, 2000: 195).

A defesa das legislações provinciais amparadas na *notwithstanding clause* é o caminho adotado por Taylor. Assim, como forma de sobrevivência da comunidade franco-canadense em Quebec, os governantes da Província podem impor restrições aos seus cidadãos.

Isto é possível dado que Quebec representa uma “sociedade distinta” no contexto canadense¹². Daí que as declarações no sentido de desconsiderar tal peculiaridade não representam senão uma equivocada e inadequada pretensão homogeneizante.

Assim, Taylor entende que uma sociedade democrática não pode estabelecer em primeiro plano os direitos individuais e provisões não discriminatórias, deixando os objetivos comuns de uma sociedade na condição de coadjuvantes. Acusando a tradição liberal difundida principalmente por John Rawls e Ronald Dworkin¹³, Taylor reclama como fundamental para a construção de uma sociedade pluralista e democrática a necessidade de observar as

peculiaridades dos distintos projetos de vida compartilhados pelos diferentes grupos que compõem uma sociedade.

Nesse sentido, a interpretação da Constituição pelos comunitaristas revela uma necessária preocupação com a tutela dos valores partilhados por um grupo social específico, e o papel do tribunal constitucional ganha um perfil de atuação contramajoritária.

4. Para Além da Dicotomia Liberalismo versus Comunitarismo: A Alternativa do Procedimentalismo Democrático

Se por um lado os liberais enfatizam a primazia da justiça sobre o bem, por outro lado os comunitaristas enfatizam a primazia do bem sobre a justiça.

Com efeito, o comunitarismo desponta como uma teoria satisfatória para aquelas sociedades onde não exista um elevado grau de diferenciação social, caracterizada por uma certa homogeneidade política. Para essas sociedades, a concepção do bem comum antecede qualquer concepção de justiça. Daí a opção comunitarista de priorizar a igualdade sobre a liberdade.

As sociedades contemporâneas, porém, estão muito distantes do referencial de homogeneidade que caracterizava as sociedades antigas. As sociedades dos nossos dias são marcadas pelo pluralismo e pela diversidade. Dada a necessidade de garantir a realização dos diferentes projetos de vida fruto das diferentes concepções individuais, o liberalismo estabelece a prioridade da liberdade sobre a igualdade.

Como se percebe, a busca por uma alternativa capaz de proporcionar um equilíbrio entre os extremos pode ser bastante interessante para o desenvolvimento da democracia contemporânea. Tal alternativa teria que combinar as virtudes tanto do liberalismo como do comunitarismo, proporcionando de um lado, a observância da

contextualização sócio-histórica na qual se inscreve o indivíduo, e de outro lado, adotando princípios de universalização que permitam a convivência entre pessoas diferentes.

Em desenvolvimento à teoria da ação comunicativa, Habermas propõe a concepção de democracia procedimental. A virtude da concepção habermasiana reside no fato de, estabelecendo um diálogo com liberais e comunitários, procurar uma via alternativa para a questão democrática contemporânea. O caminho de Habermas consiste em elaborar um modelo procedimental que tem como característica a compatibilização entre o processo político deliberativo dos comunitários com o modelo hermenêutico deontológico, típico do liberalismo. Habermas procura assim criar um modelo democrático com “conotações normativas mais fortes que o modelo liberal, porém mais débil que o modelo republicano” (Habermas, 1998: 374).

Na perspectiva da democracia procedimental, a Constituição adquire a prerrogativa de funcionar como baliza dentro da qual os procedimentos no Estado democrático de direito devem acontecer. Tal concepção permite, por um lado, a manifestação das diversas forças sociais em sua plenitude, em atenção ao pluralismo que marca as sociedades contemporâneas, e por outro lado, permite que o próprio jogo político se encarregue de alçar ao poder aqueles grupos (ou concepções) que melhor consigam mobilizar a opinião pública.

Exige-se, assim um modelo que permita o “acesso igualitário” dos diferentes valores e modos de vida aos procedimentos institucionalizados no plano jurídico e político. Daí que a prevalência de um determinado modo de vida só pode ser justificada enquanto seja relativa. Para tanto, é fundamental a garantia da permanente abertura dos procedimentos que caracterizam o Estado Democrático de Direito, tais como

os procedimentos eleitoral, jurisdicional e administrativo (Neves, 2001: 342).

É claro que uma tal concepção não pode ser construído à margem de um referencial de tolerância. Impõe-se como fundamental a necessidade de “respeito recíproco às diferenças étnicas e éticas de grupos e indivíduos” (Neves, 2001: 242).

O Estado assim, pode ser entendido como um espaço procedimental em que os princípios democráticos são afirmados com vigor.

Com isso, como explica Neves:

“a legitimação que advém da esfera pública não resulta do consenso em torno do resultado dos procedimentos, seja esse consenso suposto, fático ou hipotético-racional. O relevante é que os procedimentos constitucionais, independentemente de seus resultados, permaneçam abertos para a diversidade de expectativas, valores e interesses, mesmo os que eventualmente sejam derrotados. Os procedimentos atuam seletivamente, mas não terão força legitimadora se ignorarem a continuidade do dissenso na esfera pública. Os canais de mutação devem permanecer abertos para o fluxo de informações que advêm contraditória e conflituosamente do mundo da vida e dos diversos sistemas sociais autônomos... Nesse sentido, o que se impõe (dever-ser) para a manutenção de uma esfera pública pluralista é o consenso em torno dos procedimentos constitucionais” (Neves, 2001: 352).

Uma aplicação desse entendimento está na concepção hermenêutica de Peter Häberle, para quem a aplicação da Constituição depende de um esforço para o qual concorrem uma pluralidade de agentes.

Häberle estabelece a distinção entre interpretação e intérpretes constitucionais “em sentido estrito” e “em sentido amplo”.

“A interpretação em sentido estrito é uma atividade consciente dirigida à compreensão e aplicação de uma norma. A

interpretação em sentido amplo compreende qualquer ‘atualização’ da Constituição (qualquer exercício de um direito constitucional, de uma função constitucional, etc.). Assim, a colocação em prática da Constituição representa interpretação constitucional em sentido amplo, processo do qual participam todos os cidadãos, grupos sociais e órgãos estatais, proporcionando materiais hermenêuticos aos intérpretes em sentido estrito” (Araújo 1994: 83).

Daí que a interpretação da Constituição é tarefa de uma “sociedade aberta de intérpretes”, sendo uma atividade na qual intervém a sociedade inteira e não apenas de um grupo fechado de juristas. Nas palavras de Häberle:

“no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (Häberle, 1997: 13).

Como elemento de articulação entre instituições e sociedade, Häberle aponta a “opinião pública”, entendida como

“...media (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada..., igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais” (Häberle, 1997 : 22-23).

Esta concepção de “opinião pública” depende do entendimento de que o povo é essencialmente pluralista e dinâmico, e não algo compacto, homogêneo e uniforme. Assim, o povo não manifesta uma vontade única, mas uma pluralidade de vontades que interagem entre si (Araújo, 1994, 86).

Daí que o entendimento de democracia a partir de Häberle não se fundamenta na tradicional idéia de que o povo entendido como conjunto unitário tem uma vontade soberana. De modo diverso, a concepção fragmentada do povo permite a Häberle demonstrar a permanente possibilidade da minoria vir a converter-se em maioria.

Sendo a democracia fundamentalmente um processo aberto às alternativas existentes, sua garantia representa proteger os mecanismos que permitem a configuração de alternativas, proporcionando-lhes chances para que possam ser postas em prática (Araújo, 1994: 86).

É oportuno considerar que a perspectiva de Häberle difere consideravelmente do enfoque luhmanniano da “legitimação pelo procedimento”. Para Luhmann, os procedimentos são mecanismos que geram presunção de legitimidade substituindo consensos materiais¹⁴ diante da necessidade de redução de complexidade em uma sociedade marcada pela hipercomplexidade, contingência e incerteza. O compromisso de Luhmann é assim com a redução de alternativas como forma de aumentar a previsibilidade e a segurança.

Häberle por outro lado tem em mente a idéia oposta, qual seja a do aumento de possibilidades mediante a “abertura” dos canais democráticos, viabilizando o surgimento de alternativas. Daí que o foco de Häberle recai sobre a legitimação *do* procedimento e não *através* do procedimento como em Luhmann. (Araújo, 1994:87)

Sintetizando, é possível admitir que:

“... o Estado democrático de direito legitima-se enquanto os seus procedimentos absorvem sistemicamente o dissenso e, ao mesmo tempo, possibilitam, intermediam e mesmo fomentam a sua emergência na esfera pública. Como modelo jurídico-político, ele legitima-se enquanto é capaz de intermediar consenso procedimental e dissenso contenedístico e, dessa

maneira, viabilizar e promover o respeito das diferenças na sociedade global super-complexa da contemporaneidade” (Neves, 2001:353).

Nesse sentido, o papel do tribunal constitucional é o de garantir a permanente abertura dos processos institucionais e sociais. Deste modo, para aquelas leis que tenham sido objeto de grande debate social, com participação dos diversos setores interessados, é de se presumir que a sua elaboração está submetida a um certo controle social. Daí que no exame da sua constitucionalidade, o Tribunal Constitucional, observando tal peculiaridade deve autoconter-se (Araújo, 1994: 88).

Outrossim, naquelas hipóteses em que o conteúdo da legislação em exame revelar um forte dissenso social, o Tribunal terá como tarefa garantir a força integradora da Constituição, procurando refletir o dissenso existente na sociedade. Finalmente, o Tribunal deverá levar em conta, tanto quanto possível, os interesses que não tenham sido representados, velando pelo caráter equitativo da participação (Araújo, 1994: 88).

5. Conclusão

Os desafios apresentados às sociedades contemporâneas têm levado à re-discussão sobre os parâmetros dentro dos quais a democracia pode ser potencializada. Desde o projeto moderno de conduzir à felicidade através de modelos de racionalidade centrados na individualidade do sujeito até as crises demonstradas pelos déficits da teoria impostos pela realidade, tornou-se evidente que o ideal de unidade e coesão teria que superar a tensão no sentido da fragmentação. Nesse sentido, várias propostas se apresentaram como solução para o problema.

O liberalismo, pretendendo enxergar o indivíduo de modo universal e imutável, buscou enfatizar o aspecto da autonomia

moral, criando uma esfera privada na qual o indivíduo fosse livre para buscar a realização dos seus projetos individuais de vida. Para isso, procurou enfatizar a prioridade da justiça sobre as concepções individuais do bem.

O comunitarismo por sua vez, procurando enfatizar a importância do debate público, contrapôs-se radicalmente à concepção individualista liberal, antes reconhecendo a importância da realização da justiça através do consenso em torno das concepções do bem.

Uma concepção e outra trabalham com as noções de pluralismo e tolerância de maneira diversa. Enquanto para o liberalismo o pluralismo se reflete na diversidade de concepções individuais do bem, para o comunitarismo o pluralismo se refere à uma pluralidade de concepções grupais do bem. Assim, para os liberais a idéia de tolerância deve se referir ao respeito para com as diversas concepções individuais do bem. Para os comunitaristas, a tolerância deve se referir ao respeito às diversas concepções grupais do bem.

A concepção do processualismo democrático enxerga as duas matrizes como reducionistas, já que tanto os princípios universalistas que proporcionam a autonomia individual como os princípios que reconhecem a inserção social do indivíduo em uma comunidade implicam-se reciprocamente. Assim, uma concepção verdadeiramente comprometida com a realização da democracia precisa necessariamente promover a interação mútua entre esfera privada e esfera pública em torno dos procedimentos que informam a ação comunicativa. Ainda que a perspectiva liberal envolva também aspectos inequivocamente procedimentais, como aquela estabelecida por Rawls, o modelo resultante não consegue articular de modo satisfatório a esfera pública com a esfera privada. O que se busca é a simultânea garantia de espaço

tanto para o universalismo como para os particularismos.

O modelo habermasiano busca conferir relevância a ambos os aspectos: de um lado o universalismo, tão caro aos liberais, é importante para a construção de um consenso mínimo em torno aos procedimentos institucionalizados pelo Estado Democrático de Direito; de outro lado o relativismo tem o seu indiscutível papel no que se refere à construção dos conteúdos normativos, dentro do processo argumentativo que se desenvolve no âmbito social.

A interpretação da Constituição dentro desses diversos contextos teóricos adquire matizes sensivelmente distintos. Se para a hermenêutica liberal a defesa do *judicial review* como garantia dos direitos fundamentais individuais é uma referência teórica importante, para os comunitaristas a defesa do *judicial review* de modo absoluto não se compadece com a necessidade de respeitar as peculiaridades e diferenças existentes nos diversos contextos sócio-históricos-culturais.

Assim, a interpretação da Constituição em um regime comprometido com a democracia deve se deixar influenciar pela perspectiva que a enxerga como um marco procedimental, estabelecendo balizas dentro das quais o debate democrático deve ocorrer. Daí a importância dos procedimentos legislativo, eleitoral e judiciário, como formas de acesso das diferentes concepções do bem às estruturas de mando.

É preciso assim que estes procedimentos estejam permanentemente abertos, sem jamais consolidar um conteúdo específico, antes permitindo que o próprio jogo político-democrático se encarregue de determinar os seus conteúdos de modo que grupos hoje minoritários possam em um momento posterior serem alçados à condição de majoritários.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Jose Antonio Estevez (1994). *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*. Barcelona: Trotta.
- CITTADINO, Gisele (2000). *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- DWORKIN, Ronald (2002). *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes
- HÄBERLE, Peter (1997). *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- HABERMAS, Jürgen (2002). *A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola
- HABERMAS, Jürgen (1998). *Facticidade e Validade*. Barcelona: Trotta
- LUHMANN, Niklas (1980). *Legitimação Pelo Procedimento*. Brasília: UnB.
- MACINTYRE, Alasdair (2001). *Depois da Virtude*. Bauru: Edusc
- MOUFFE, Chantal. (1999). *El Retorno de lo Político*. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós
- NEVES, Marcelo (2001). *Justiça e Diferença numa Sociedade Global Complexa*. in: *Democracia Hoje – Novos Desafios Para a Teoria Democrática Contemporânea*. SOUZA, Jessé (org.). Brasília: UnB.
- RAWLS, John (2000). *Liberalismo Político*. São Paulo: Ática
- RAWLS, John (1997). *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes.
- TAYLOR, Charles (1994). *The Politics of Recognition in: Multiculturalism*. Princeton: Princeton University Press.
- TEIXEIRA, João Paulo Allain (2002). *Racionalidade das Decisões Judiciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira.
- SAMPAIO, José Adércio Leito (2002). *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey
- SANDEL, Michael J. (1998). *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- VIEIRA, Oscar Vilhena (2002). *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. São Paulo: Malheiros
- WALZER, Michael (1983). *Spheres of Justice*. s/c: Basic Books.

NOTAS

¹ As diferenças se manifestam tanto entre os povos dos diversos Estados como dentro do povo de um mesmo Estado. Vale lembrar nesse sentido que a intolerância se manifesta com relação ao outro, aquele que é diferente. Nesse sentido, na realidade brasileira, são vítimas da intolerância grupos diversos tais como o índio, o negro, o nordestino.

² “O problema deixa de ser uma singularidade dos chamados ‘países periféricos’, em que o Estado democrático de direito, a rigor, nunca se realizou de maneira satisfatória, e estende-se aos ‘países centrais’, especialmente àqueles da América do Norte e da Europa ocidental desenvolvida, nos quais o modelo de Estado democrático de direito como Estado de bem-estar teve um êxito considerável. Nesse sentido, cabe falar mesmo de tendência a uma ‘periferização do centro’. Problemas sociais típicos que se relacionam com a ‘exclusão’ social tendem a se expandir em escala global, de tal maneira que mesmo a concepção do primado da diferenciação funcional na sociedade mundial se torna questionável”. (Neves, 2001: 354)

³ Para uma discussão sobre a racionalidade moderna e seus impactos no direito e nas decisões judiciais, ver Teixeira 2002.

⁴ “A desapareção da oposição entre totalitarismo e democracia, que havia servido como principal fronteira política para discriminar entre amigo e inimigo, pode conduzir a uma profunda desestabilização das sociedades ocidentais. Com efeito, afeta o sentido mesmo da democracia, pois a identidade desta dependia em grande parte da diferença se havia estabelecido a respeito do outro que a negava, portanto é urgente redefinir a identidade democrática e isso não pode ser feito senão através do estabelecimento de uma nova fronteira política” (Mouffe, 1999: 12).

⁵ Esta discussão foi introduzida no Brasil há alguns anos principalmente a partir da influência da doutrina alemã sobre a interpretação dos direitos fundamentais. Destaca-se nesse debate principalmente, na Alemanha, Robert Alexy, e no Brasil, Paulo Bonavides e Daniel Sarmento dentre outros.

⁶ Para Rawls, “...a ênfase inicial recai sobre a constituição, ao especificar um procedimento

político justo e viável sem quaisquer restrições constitucionais em relação a resultados legislativos. Mas essa ênfase inicial não é, evidentemente a última palavra. As liberdades fundamentais associadas à capacidade de ter uma concepção do bem também devem ser respeitadas, e isso requer restrições constitucionais adicionais contra a violação da igual liberdade de consciência e da liberdade de associação (assim como as liberdades restantes que lhes dão garantia)” (Rawls, 2000: 394).

⁷ “Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano” (Dworkin, 2002: XV).

⁸ “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como os juristas, aplica-se ao caso em juízo” (Dworkin, 2002: 165).

⁹ Para Taylor, “The fact is that there are forms of this liberalism of equal rights that in the minds of their own proponents can give only a very restricted acknowledgment of distinct cultural identities. The notion that any of the standard schedules of rights might apply differently in one cultural context than they do in another, that their application might have to take account of different collective goals, is considered quite unacceptable. The issue, then, is whether this

restrictive view of equal rights is the only possible interpretation. If it is, then it would seem that the accusation of homogenization is well founded” (Taylor, 1994: 52).

¹⁰ “The issue came to the fore because of the adoption in 1982 of the Canadian Charter of Rights, which aligned our political system in this regard with the American one in having a schedule of rights offering a basis for judicial review of legislation at all levels of government. The question had to arise how to relate this schedule to the claims for distinctness put forward by French Canadians, and particularly Quebecers, on the one hand, and aboriginal peoples on the other. Here what was at stake was the desire of these peoples for survival, and their consequent demand for certain forms of autonomy in their self-government, as well as the ability to adopt certain kinds of legislation deemed necessary for survival” (Taylor, 1994: 52).

¹¹ “For instance, Quebec has passed a number of laws in the field of language. One regulates who can send their children to English-language schools (not francophones or immigrants); another requires that businesses with more than fifty employees be run in French; a third outlaws commercial signage in any language other than French. In other words, restrictions have been placed on Quebecers by their government, in the name of their collective goal of survival, which in other Canadian communities might easily be disallowed by virtue of the Charter” (Taylor, 1994: 52-53).

¹² “The issue was finally raised by a proposed constitutional amendment, named after the site of the conference where it was first drafted, Meech Lake. The Meech amendment proposed to recognize Quebec as a “distinct society”, and wanted to make this recognition one of the bases for judicial interpretation of the rest of the constitution, including the Charter. This seemed to open the possibility for variation in its interpretation in different parts of the country” (Taylor, 1994: 53.)

¹³ “Those who take the view that individual rights must always come first, and along with nondiscrimination provisions, must take precedence over collective goals, are often speaking from a liberal perspective that has become more and more widespread in the Anglo-Ame-

rican world. Its source is, of course, the United States, and it has recently been elaborated and defended by some of the best philosophical and legal minds in that society, including John Rawls, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, and others” (Taylor, 1994: 56).

¹⁴ Para Niklas Luhmann as decisões valem e adquirem força coativa não exatamente pelo seu conteúdo, mas por passarem por um procedimento estabelecido consensualmente. Note-se que o consenso a que se refere Luhmann não é estabelecido sobre o conteúdo da decisão, mas sobre os critérios que devem orientar a tomada de decisão (procedimento). Esta idéia é esboçada e desenvolvida em *Legitimation durch Verfahren*, de 1969. Para Luhmann “..tem de se assegurar que decisões obrigatórias sejam consideradas como premissas do comportamento, sem que se possa especificar com

antecedência quais as decisões concretas que serão tomadas. A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de obtenção do consenso” (Luhmann, 1980:31). Para que isso ocorra é necessário ter em mente as diferenças que existem entre a aceitação de premissas de decisão e a aceitação da própria decisão (cf. Luhmann, 1980:32). Com isso a “legitimidade depende assim, não do reconhecimento ‘voluntário’, da convicção de responsabilidade pessoal, mas sim, pelo contrário, dum clima social que institucionaliza como evidência o reconhecimento das opções obrigatórias e que as encara, não como conseqüências duma decisão pessoal mas sim como resultados do crédito da decisão oficial” (Luhmann, 1980: 34).

A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO À LUZ DA TEORIA DA
NORMA - UM ENFOQUE COM DESTAQUE PARA AS
NORMAS DE DIREITO SOCIAIS
THE CONSTITUTIONAL THEORY ACCORDING TO THE NORMATIVE THEORY
- THE IMPORTANCE OF THE ANALYSIS TO THE SOCIAL RIGHTS

MARCUS ORIONE GONÇALVES CORREIA*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O artigo busca uma análise da teoria constitucional à luz da teoria da norma. Conclui pela força normativa da Constituição, inclusive das normas de Direito sociais.

Palavras-chave: Teoria da Constituição. Teoria da norma. Normas de Direito sociais. Força normativa.

Abstract: The article intends to clarify some aspects of constitutional theory according to the normative theory - and demonstrates the importance of the analysis to the social rights.

Key Words: Constitutional theory. Normative theory. Social rights.

1. Apresentação

O que se pretende, neste estudo, é exatamente a constatação, a partir da força normativa da Constituição, de como se situa a norma constitucional no contexto da teoria geral da norma.

As peculiaridades da norma constitucional certamente devem e serão consideradas - especialmente a carga política que envolve o texto da Constituição - na análise que se pretende fazer. No entanto, para que se entender a norma constitucional, há que se visualizar os elementos da norma em geral e seus efeitos. Somente assim a Constituição deixaria de ser mero pedaço de papel e passaria a ter força normativa.

Portanto, faz-se indispensável a verificação de todos os elementos da norma em geral e a constatação da sua presença quanto se analisa o texto constitucional.

Destacou-se, por fim, a norma constitucional de Direito social, por algumas razões específicas.

Primeiro, uma vez resolvida a inserção da norma constitucional de Direito social na teoria da norma, certamente diversas outras normas constantes da Constituição poderão ser mais facilmente analisadas.

Segundo, esta questão tem sido fruto intenso do debate que temos promovido nas aulas de graduação e, em especial, de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Assim, como estamos promovendo a análise do tema para alunos do Departamento de Direito do Trabalho, a maior parte da investigação que tem sido feita, em especial, para os Direito sociais. Diga-se, de passagem, que muitas das questões aqui debatidas têm sido suscitadas em duas disciplinas

* Doutor e Livre-docente em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Escola Paulista de Direito Social. Juiz Federal.

das quais tivemos o prazer de participar na pós-graduação: “Direito sociais, Constituição e Estado” e “Direito sociais e Direitos humanos”. Dos debates ali promovidos, com os sempre diligentes alunos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vem-se enriquecendo o leque de investigações de vários temas, dentre eles o que agora se promove a análise.

2. A Compreensão da Norma - Uma Breve Análise da Teoria das Normas

Para fins do presente estudo, há que se destacar os elementos que a doutrina em geral considera indispensáveis para a compreensão das normas: generalidade, abstração, inovação e comando.

Pela generalidade, a norma, quando editada, se dirige a todos indistintamente. Como consecutório, tem-se a abstração, segundo a qual não seria possível a edição de uma norma voltada para o caso concreto. Estes dois elementos estão tão intimamente ligados que alguns autores chegam, mesmo, a fundi-los. **A este respeito, confirmam-se as observações de GIORGIO DEL VECCHIO:** “Según su propia naturaleza, la norma jurídica es general, o sea, procede por abstracción, por fijación de tipos; es decir, se refiere a una clase entera o serie de casos, en número indefinido y no a personas determinadas, ni a relaciones individualmente consideradas”.¹

Da mesma forma, há que se destacar o caráter inovador da norma, no sentido de que decorre da única atividade do Estado (a legislativa) que é capaz de inovar, na medida em que os demais atos, que não os normativos, somente podem ser tidos como adstritos à norma. Assim, no Estado de Direito, os atos administrativos (que correspondem à atuação do Poder Executivo) e os atos jurisdicionais (que decorrem da atividade do Poder Judiciário) não são inovadores, já que dependem de norma an-

terior. É claro que há aqui que se ter cuidado com a extensão desta ilação em relação ao Judiciário, em especial no ato de interpretar a norma jurídica, como veremos no momento oportuno. No entanto, feita esta observação, há que se acompanhar SEABRA FAGUNDES no sentido de que, ao se diferenciar a atividade normativa do Estado das demais por este realizadas, a norma representa a manifestação primeira de vitalidade do Estado - sendo produzida de atividade que inaugura o sistema jurídico de proteção e vinculativa das demais atuações do Estado.²

Há, ainda, que se destacar que, enquanto provenientes de uma fonte de força legitimamente constituída - o Estado -, as normas são dotadas de comando. Na medida em que nos colocamos nas mãos do Estado, para que este promova a organização social, não seria possível que uma norma fosse destituída da idéia de regramento de condutas com força coercitiva - não aparecendo como mero conselho de que como se deseja que se dêem as relações humanas.

Todos estes elementos típicos da norma estão intimamente ligados à própria idéia de segurança jurídica, substrato do conteúdo normativo.

O fato de se reger de forma constante uma mesma conduta independentemente de quem seja o seu destinatário e de casos específicos (generalidade e abstração) conduz necessariamente à idéia de segurança jurídica. Neste sentido, aliás, o já citado DEL VECCHIO, menciona que “(...) la seguridad del orden jurídico tiene por condición la rigidez abstracta de la norma”.³

Na verdade, aqui há que se destacar que estamos falando de segurança jurídica a partir da perspectiva da igualdade no sentido dado por RALF DAHRENDORF⁴, para quem esta somente haveria na medida em que não existam pessoas com liberdade demais e outras com liberdades de menos: “A respeito da igualdade do ‘status’

social, podemos apresentar dois problemas extremos, nos quais as oportunidades da liberdade se encontram particularmente em perigo e nos quais, portanto, se podem calibrar melhor as complexas relações entre igualdade social e liberdade individual. São os problemas apresentados pelos limites inferior e superior da hierarquia do 'status' social: existe alguma categoria social, abaixo da qual ninguém deve cair, sem perder as oportunidades da liberdade? Há, ao contrário, posições sociais, cujo 'status' supere em tal medida o nível geral, que perigam por sua culpa as oportunidades de liberdade dos outros? Como se apresenta o problema da conciliabilidade de liberdade e igualdade nos dois extremos, na base e no topo da pirâmide social?''.

A segurança jurídica advinda da norma, a partir de seus elementos antes indicados, somente existe na medida em que se promove a igualdade no sentido material.

Portanto, o comando, igual para iguais e desigual para desiguais (no sentido da promoção da igualdade), é fator que claramente conduz à segurança jurídica.

Logo, também na própria concepção de qualquer norma devem estar presentes a razoabilidade e a proporcionalidade, sob pena de uma contradição de essência.

Desrespeitada a regra, o que deve ser considerado como algo possível, já que somos livres para tanto, as conseqüências deverão ser sentidas. Embora sejamos livres para escolher entre realizar ou não o comando normativo, a nossa liberdade não é suficiente para que estejamos livres também dos efeitos previstos pelo descumprimento. Caso contrário, a liberdade de um só subjugaria a liberdade de todos e o comando se esvaziaria, transformando a norma em mero aconselhamento.

Há que se destacar também que, por meio da norma, busca-se um ideal das relações em sociedade. Aqui estamos no

plano do dever ser. A sociedade se pretende de certa forma que, legitimamente, é a escolhida por meio da norma de conduta jurídica. Se, por acaso, indivíduos, isolada ou coletivamente, pretendem uma sociedade diversa da considerada juridicamente devem buscar a modificação pelas formas validadas pela sociedade em que vivem. Não o fazendo, mas buscando uma conduta diversa, em confronto com o estabelecido normativamente, devem sofrer a sanção decorrente desta opção. O dever ser representa o ideal de dada sociedade, por valores insertos na norma, e uma vez desrespeitada esta opção social, a sanção é um elemento indispensável.

Por último, o caráter inovador da norma poderia sugerir insegurança jurídica. Este requisito está a indicar que, das atividades do Estado moderno, apenas a normativa é capaz de inaugurar condutas não previstas anteriormente no ordenamento. Sob a perspectiva de uma possível inflação normativa, e dentro de uma concepção clássica de uma constante produção de normas, certamente o caráter inovador poderia ser tido como elemento de instabilidade da segurança jurídica. No entanto, se a análise se fizer a partir da perspectiva da necessidade de que a norma, observados os paradigmas do Estado de Direito, se atualize, este elemento também pode ser considerado como indispensável para que seja alcançada a segurança jurídica. É claro que numa sociedade em que as relações são constantemente cambiantes não há como se admitir a imutabilidade das normas e há que se conviver com uma certa produção normativa. Inobstante, para evitar a insegurança na sociedade decorrente desta proliferação, o discurso do poder normativo dos grupos (sindicatos, associações, empresas, etc.) e mesmo o elemento inovador devem ter parâmetros que são dados especialmente pela Constituição e

aquele último pode ser mitigado por uma desejável restrição da abstração e generalidade das normas.

Colocadas estas premissas, sentimentos habilitados a demonstrar aquela que é a tese central deste trabalho: presentes todos os elementos antes indicados, não há como se esconder o conteúdo normativo das disposições constitucionais. É claro que algumas especificidades, para se chegar a esta conclusão, devem ser analisadas - mormente quando se fala de normas constitucionais de Direito sociais. Passemos, pois, adiante.

3. Esboço de uma Teoria da Norma Constitucional

Ao enumerar os significados atribuídos por CARL SCHMITT à Constituição, GILBERTO BERCOVICI afirma que o autor admite um conceito que não reduz o texto constitucional a “simples norma jurídica”, estando muito mais próximo do “regime político-social de um determinado Estado”. Assim, SCHMITT teria rejeitado o significado, em sentido absoluto, da Constituição como sistema de normas, ainda que supremas. Para este significado, rejeitado pelo autor, “a Constituição se limitaria a algo normativo, a prescrever o dever-ser, convertendo o Estado em um ordenamento jurídico que tem sua norma fundamental na Constituição”⁵.

Parece-nos, no entanto, que a tentativa de se tirar a força normativa da constituição não é o melhor caminho.

Entendemos que as conclusões acima somente podem ser admitidas em um contexto em que se divorcie o conteúdo normativo do conteúdo político-social do Estado. Não se pretende aqui estabelecer uma indevida coincidência entre Estado e Direito, como o fez KELSEN na seguinte passagem em que defende a superação do dualismo Direito e Estado: “Então, a tenta-

tiva de legitimar o Estado como Estado ‘de Direito’ revela-se inteiramente infrutífera, porque - como já foi acentuado - todo Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo o Estado é uma ordem jurídica”⁶. No entanto, somente a partir de uma visão estática do fenômeno normativo as conclusões de SCHMITT poderiam ser admitidas.

Não sendo admissível a compreensão da norma como produto definitivamente concluído pela sua simples elaboração, na medida em que se submete a um constante processo de interpretação, resta claro que qualquer que seja a norma esta sempre se submete à adequação de um modelo político-estatal de certo Estado. Não há como esconder que, em diversas oportunidades, a norma é, ao mesmo tempo, condicionada e condicionante da realidade. Certamente, que não é qualquer norma que será condicionante e condicionada quando se trata de *unidade político-social* de um certo Estado, mas, mesmo possuindo este *status* (e talvez exatamente por possuí-lo), à disposição constitucional deve ser atribuído caráter normativo. Não se trata aqui de assumir a mesma posição de KELSEN:

“No estudo do ‘Debate de Weimar’, centrado na questão do combate ao positivismo jurídico e nas relações entre Estado, Constituição, política e realidade, muitas vezes passa despercebida a, talvez, grande inovação de Hans Kelsen: a substituição da Teoria Geral do Estado pela Teoria da Constituição. Kelsen destaca a importância da juridicidade da Constituição, indo além da idéia da Constituição estatal: a base da Constituição não é o Estado ou a ‘força normativa dos fatos’, mas a norma fundamental, que não é posta, mas pressuposta”⁷.

Na verdade, a partir de uma visão dinâmica da norma, atribuir-se ao dispositivo constitucional o caráter normativo significa a efetiva preservação do caráter de

unidade político-social comum a qualquer Constituição. Senão vejamos.

Somente para aferir a insuficiência das colocações anteriores que infirmam a força normativa da Constituição, destacamos uma das diversas teorias da norma existentes. A partir de uma visão tridimensionalista, por exemplo, a atuação de uma norma constitucional como componente indispensável ao modelo político-social do Estado resta nítida. Assim, “quem assume, porém, uma posição tridimensionalista, já está a meio caminho andado da compreensão do Direito em termos de ‘experiência concreta’, pois, até mesmo quando o estudioso se contenta com a articulação final dos pontos de vista do filósofo, do sociólogo e do jurista, já está revelando salutar repúdio a quaisquer imagens parciais ou setorizadas, com o reconhecimento da insuficiência das perspectivas resultantes da consideração isolada do que há de fático, de axiológico ou ideal, ou de normativo na vida do Direito”⁸.

Ora, se a norma resulta de fatores não meramente jurídicos, mas também de elementos valorativos e sociais, certamente que, a partir desta visão, a disposição constitucional seria facilmente atribuível o caráter normativo – ainda que dotado da especificidade da sua busca pela unidade político social. Assim, sem deixar de ser norma, a Constituição, em uma visão que afasta da teoria pura do Direito, será também estatuto político-social de Estado. Certamente que, ainda aqui, não estaríamos confundindo Direito com Estado, como fez, pelo menos em um primeiro instante, Hans Kelsen. Estamos sim admitindo uma nova visão da norma, que, por ser muito mais dinâmica, permite que esta se renove constantemente, ainda que pela interpretação, para que os seus valores sempre sejam adequados aos desejos sociais. Aliás, neste sentido nunca é demais lembrar, em reforço a tudo que já dissemos, que:

“Por outro lado, por fundar a sua ciência positiva a partir do momento da normatividade, nem por isso pode o jurista perder contacto com a experiência, tanto com a espontânea ou pré-categorial, como com a reflexa ou científico-positiva, pois é a experiência o campo comum no qual se encontram os destinatários das regras de Direito, os seus teóricos e os seus operadores. (...) Ora, como a experiência jurídica é variável em seus parâmetros, de país para país, ainda que situados na mesma área cultural; como as conjunturas históricas e os coeficientes pessoais de estimativa são diversos perante as mesmas situações de fato, compreende-se a multiplicidade de formas de tridimensionalismo jurídico – como veremos no capítulo seguinte – mas são tôdas expressões de um mesmo *desideratum*, que consiste em inserir a Jurisprudência no fluxo da história e da vida, sem perda dos valores de rigor técnico, de certeza e de segurança exigidos por uma Ciência que, tal como nos ensinam os mestres de todos os tempos, deve ser estável mas não estática, deve ser certa sem se cristalizar em fórmulas rígidas, ilusoriamente definitivas”⁹.

Portanto, sob esta perspectiva, não há como se esconder que a disposição constitucional também é norma, devendo, necessariamente, ser considerada também sob a perspectiva do dever-ser.

Aqui novamente nos socorremos de MIGUEL REALE¹⁰. Após colocar no plano do ser os objetos naturais e ideais, o autor situa, no campo do dever ser, os valores. Se o ser jamais poderá se transformar no dever-ser, o contrário se faz possível (o dever-ser se transformando no ser). A operação do jurista, portanto, será voltada para o mundo dos valores (do dever-ser). Não há que se olvidar aqui todos os elementos componentes dos valores: bipolaridade, implicação, referibilidade, preferibilidade, incomensurabilidade, gradação hierárqui-

ca, objetividade, historicidade e inexauribilidade.

No caso constitucional, os valores firmam a própria razão do sistema (já que, mesmo os que não confundem princípios com valores, sabem da importância dos últimos para a aferição dos primeiros). Na composição dos valores constitucionais, vemos presentes todos os elementos acima declinados. Portanto, a norma constitucional também tem como referência o dever-ser, não se subsumindo a mera expectativa de atuação política complementar. Ela é determinada e determinante quando se toma como referência a ação política. Retirar da disposição constitucional este caráter normativo, parece-nos extremamente perigoso, pois, se assim o fosse, a Constituição, a despeito de ser elemento de referência no ordenamento jurídico, teria natureza diversa (sendo algo estranho e alheio) do mesmo ordenamento que condiciona. Assim, as normas infraconstitucionais seriam normas, mas Constituição seria outra coisa - o que? - diversa de norma. Ora, tudo que se desenha no plano no infraconstitucional está condicionado a um dos elementos mais importantes da norma antes mencionados - já que o distingue de outras figuras - que é comando. A Constituição, não sendo norma, não teria força coercitiva. Algo, no mínimo, esdrúxulo: as normas infraconstitucionais (condicionadas) teriam força coercitiva e as normas constitucionais (condicionantes) não teriam força coercitiva.

A extração da força normativa da Constitucional nos conduz ainda a outras armadilhas.

Assim, por exemplo, normas infraconstitucionais podem ser afastadas do ordenamento jurídico, observadas as questões próprias concernentes ao controle de constitucionalidade, se confrontarem a Constituição. Se não houvesse força normativa da Constituição, entendemos que

isto não seria possível. Ora, tanto tem que é capaz de afastar a eficácia daquilo que lhe confronta. Somente, no plano normativo, seria possível conceber-se esta força do comando constitucional.

Tomemos, ainda, como exemplo as normas constitucionais de Direito fundamental. Hoje já se tem discutido, inclusive, a possibilidade de sua direta incidência sobre as relações entre particulares¹¹ - sendo que, em relação ao poder público, não há como se infirmar a sujeição imediata. Para muitos apenas com a imediata força normativa de princípios como o da igualdade, diretamente sobre os contratos de natureza privada, v.g., será possível a salvaguarda dos valores constitucionais. A mera admissão desta incidência imediata significa o reconhecimento da força normativa da Constituição. Assim, por exemplo, quando se admite que um contrato firmado no plano da saúde suplementar não pode distinguir entre pessoas mais ou menos idosas, certamente está se falando na força normativa direta do princípio da igualdade, constante do rol do art. 5o. da Constituição Federal.

Assim, a Constituição, enquanto norma, não viabiliza a conclusão de que esta apenas crie um Direito subjetivo no sentido negativo. É necessário que o sujeito tenha Direito subjetivo no sentido positivo, de fazer valer diretamente o preceito constitucional. Nos Direito sociais isto fica patente, sendo que alguns, no nosso sentir inadvertidamente, dizem que não geram Direitos subjetivos a prestações do Judiciário - dirigindo-se apenas ao legislador. No entanto, cremos que os seus destinatários são os cidadãos que tudo podem fazer para buscar a força normativa, inclusive com o ingresso no Judiciário.

Aliás, que norma seria esta que, em nome da unidade do sistema, subjuga todas as demais ao seu comando, mas não pode gerar imediatamente Direitos subjetivos - já

que, enquanto projeto político, depende de atuação complementar do próprio Estado?

O dever-ser constitucional, como qualquer outro dever-ser do mundo das normas, não pode se condicionar a elementos políticos ou econômicos, para o seu exercício, sob pena de se constituir em qualquer outra coisa que não norma. Aliás, a respeito do tema, há que se destacar as palavras de LUIGI FERRAJOLI:

“Si en virtud de la primera característica, el ‘ser’ o la ‘existencia’, del derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente, ‘puesto’ o ‘hecho’ por los hombres y es como los hombres lo quieren y, antes aún, lo piensan; en virtud de la segunda característica también el ‘deber ser’ del derecho positivo, o sea, sus condiciones de ‘validez’, resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de los valores ético-políticos - igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales - por los que se acuerda que aquéllas deben ser informadas. En suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo contingentes - su ‘deber ser’, y non sólo ‘ser’ - los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado constitucional de derecho, como derecho sobre el derecho, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica”¹².

Portanto, não somente o ser constitucional, mas também o dever-ser constitucional condiciona todo o ordenamento infraconstitucional.

Não estamos, aqui, nos esquecendo das condições materiais que devem respaldar a pretensão constitucional. É claro que o exercício da norma constitucional sem suporte fático também poderia levar à perda da força normativa da Constituição. No entanto, uma vez disposto o Direito, ainda

que aparentemente inatingível por ausência de suporte fático, retirar do seu titular - o povo - o Direito a uma prestação positiva, pela busca de qualquer arena possível (inclusive o Judiciário), significa a supressão do Direito em si. Se não for encarada como norma, a Constituição somente poderá ser tida como panfleto, o que redundaria no pior dos mundos, já que se estaria diante da institucionalização, especialmente em sede de Direito sociais, do populismo. No caso específico dos Direito sociais, a força normativa da Constituição redundaria, face a tantas emendas constitucionais supressivas destes, na consolidação de um sistema de resistência. Resistência esta que reside em especial no próprio fato de não ter havido total supressão de um sistema constitucional de proteção social. Resistência que significa a preservação, a despeito de tudo (e talvez por revelar a verdadeira força normativa destas disposições), de dispositivos como o art. 7º. da Constituição Federal ou da preservação do princípio da solidariedade como informador de um sistema de segurança social. Resistência esta que deve implicar a possibilidade de sua utilização em todos os foros imagináveis (inclusive no Judiciário).

Há, portanto, que se buscar a consolidação da força normativa da Constituição, observada sempre esta combinação comum em todas as normas e mais contundente na norma constitucional: norma/fato social/valores. No caso da Constituição, acima de tudo norma a serviço da unidade político/social, há que se ressaltar que:

“Os ensaios apenas descritivos e apologéticos do passado se mostram insuficientes. Hoje e para o futuro é necessário um processo analítico (como em toda direção da teoria constitucional pertencente à Teoria Estruturante do Direito), que simultaneamente se relacione normativamente e político-juridicamente a um posicionamento preciso. (...) Aqui, em contraparti-

da, bem como na Teoria Estruturante da Constituição, a normatividade, a positividade da Constituição, está sendo defendida de modo que os seus princípios, os seus conteúdos sociais reais e as condições lingüísticas da sua concretização sejam profundamente examinados e designados de forma mais clara. (...) De acordo com sua Carta Magna de 1988 é o que o Brasil deveria ser, mas não é ainda por causa de estruturas sociais e políticas ainda, em parte, arcaicas. Para que o país possa se tornar finalmente um Estado Constitucional no sentido pleno, a jurisprudência brasileira necessita também de uma adequada, racional e progressista Teoria Republicana do Estado Democrático de Direito¹³.

Assim, refutamos aqueles que entendem que, em uma Constituição dirigente como a brasileira, nem todos os dispositivos são dotados de normatividade. Há, como se verá a seguir, um elemento normativo mesmo em disposições supostamente programáticas (adotando uma expressão que já vem sendo considerada por muitos superada).

Aqui, entendemos válidas as seguintes lições:

“Por conta disso, o primeiro passo no processo de concretização normativa é, justamente, a definição do programa da norma, revelado através da interpretação do texto da norma. Após a definição do programa da norma é que a atividade de concretização pode se dedicar à definição do âmbito da norma. Este deve ser identificado 1) empiricamente, nele se situando os ‘fatos relevantes para a questão de Direito compatíveis com o programa da norma elaborado’, mas também 2) teoricamente, já que o âmbito da norma compreende também elementos dogmáticos, de técnica de solução, de política e de teoria constitucional. É este último elemento que ora importa ressaltar. Na metódica estruturante, ele possui, tal qual os fatos sociais com-

preendidos no âmbito normativo, a natureza essencial de tópicos a serem utilizados no processo de concretização conforme o seu potencial persuasivo. Não é, portanto, um elemento vinculante, mas sim um dos elementos que podem contribuir, conforme o caso, no processo de fundamentação da decisão¹⁴ (idem, p. 47).

No que diz respeito à inserção da disposição constitucional no plano das normas, há, ainda, que se buscar algumas alternativas que viabilizam a conclusão.

Primeiro, trata-se de promover a inclusão da Constituição na teoria dos sistemas (em especial a partir da leitura de LUHMAN). Por esta, sintenticamente, o Direito constitui um sistema diferente dos demais (como a Economia ou a Sociologia, por exemplo). Aqui existiriam duas possibilidades: a) a admissão do Direito como um sistema fechado, que não possui qualquer relação com os outros, bastando-se em si mesmo para ter significado (autopoiese), b) a admissão do Direito como um sistema aberto, que intercambia e tem intensa relação com os demais ramos do conhecimento humano (heteropoiese).

Parece-nos claro que, para o Direito em geral, a solução se encontra na sua admissão como um sistema aberto. No entanto, há que se tomar bastante cuidado para que, a despeito de se possibilitar a relação com os demais ramos do conhecimento, a metodologia e soluções apresentadas por estes não tomem conta do Direito, inviabilizando a sua missão de segurança jurídica - no sentido já apontado. Expliquemos: há certas soluções da Economia que são muito consideradas quando se buscam alternativas para o Direito do Trabalho. No entanto, quando se busca a solução apenas na Economia e se adota esta na norma jurídica, pode-se atentar contra postulados jurídicos, como os de proteção de Direitos humanos. Isto é muito comum ocorrer quando se discute a flexibilização

do Direito do Trabalho. Para uma suposta criação de postos de trabalho, retiram-se Direitos dos trabalhadores, que podem, em dadas circunstâncias, representar direitos fundamentais destes. O mesmo se dá com a Previdência Social, onde a Economia, ao nortear os rumos das normas jurídicas, inviabiliza, em diversas hipóteses, a efetiva proteção social do texto constitucional concernente à matéria. O que se percebe, portanto, é que, a despeito do sistema jurídico ser um sistema aberto, há um instante em que ele deve se fechar, para evitar que a solução econômica, ou de outra natureza, sacrifique o núcleo dos direitos (em especial os fundamentais).

Ora, se a teoria de LUHMAN é aplicável ao Direito em geral, certamente que, para consolidação de uma teoria da norma constitucional, não pode ser relegada a um segundo plano.

Não se pode, no entanto, deixar que os elementos da realidade tomem conta por completo do processo de concepção e mesmo de interpretação da norma constitucional, sob pena de o aspecto normativo ser desprezado. Em contrapartida, para que a Constituição tenha força normativa, não basta uma interpretação meramente literal. Na realidade, já dizia KONRAD HESSE, a força normativa da Constituição decorre da confluência dos dois fatores (realidade/norma) que a informam. Portanto, para que a Constituição não seja tomada por circunstâncias fáticas efêmeras que, embora aparentemente importância momentânea, não são importantes sob a perspectiva, em especial, da consolidação dos Direitos fundamentais do homem, há que se buscar sempre fechar o sistema normativo constitucional no momento certo. Caso contrário, como já se disse alhures, em casos de estado de necessidade, a Constituição sempre será tida como mais frágil, o que se lhe retira a força normativa. Aliás, aqui nunca é demais lembrar KONRAD HESSE, segundo o qual:

“Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas (...) A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em cada eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca”.¹⁵

Se para o Direito em geral - para persistir enquanto ciência normativa distinta de outras ciências - é importante saber o momento em que se deve “fechar” o sistema, para não se invalidado por lógicas de outros sistemas, igual importância esta constatação tem para o Direito Constitucional. Não há como se possibilitar que a norma constitucional perca a sua força diante de interpretações momentâneas determinadas, por exemplo, pela Economia ou mesmo que, a cada tremor do mercado financeiro, seja editada uma nova Emenda Constitucional. A desfiguração da Constituição acarreta a sua perda de força normativa - sendo que hoje, em termos de direito sociais, há um verdadeiro Direito Constitucional de resistência, ditado pelas disposições originais da Constituição de 1988, em que se busca o bem-estar social.

Finalizando esta parte do estudo, diríamos que, contendo as normas constitucionais todos os requisitos das normas

em geral, não há como se afastá-la desta categoria.

Assim, as características de generalidade e abstração são marcas essenciais de qualquer Constituição, mesmo porque é a partir dela que emerge todo o sistema de proteção das igualdades.

O seu conteúdo inovador é indiscutível, já que é elemento em que se funda toda ordem jurídica.

Por fim, e talvez o mais contestável de seus elementos, em especial no que diz respeito aos Direitos sociais, o comando impositivo de condutas nos parece evidente. Diga-se de passagem que a força impositiva da Constituição deflui mesmo da necessidade de que se a reconheça como promotora da unidade político-social do Estado. Caso contrário, não resultando de manifestação de força do Estado - força legitimamente concebida -, haveria enfraquecimento do compromisso firmado pela sociedade quando entrega ao poder constituinte originário a missão de confeccioná-la. No entanto, para não deixar quaisquer dúvidas quanto a este último elemento, façamos algumas digressões a respeito de sua presença quando discorrermos a respeito das normas constitucionais de direitos sociais.

4. As Normas Constitucionais e Infraconstitucionais de Direitos Sociais - Uma Análise a Partir da Teoria da Norma

4.1. Um Conceito De Direitos Sociais

A expressão direito social, para designar um ramo do Direito, foi, no nosso país muito utilizada por Cesarino Júnior. Para este renomado autor, os Direitos sociais - em especial o Direito do trabalho e previdenciário - estariam ligados à proteção do hipossuficiente. No entanto, a hipossuficiência, para Cesarino, se confundiria apenas com um estado de sujeição

econômica. A respeito confira-se o seguinte trecho:

“A expressão Direito Social, assim como Legislação Social, incidem na arguição de que todo Direito é naturalmente social, por isso que não pode haver Direito senão em sociedade: *Ubi societates, ibi jus*. A ela respondem os seus partidários, observando que a expressão ‘social’, na denominação da nossa disciplina, visa opô-la ao Direito individualista, oriundo da Revolução Francesa, significando a predominância do interesse coletivo sobre o individual. Pensamos que têm razão, embora ‘todo Direito’ hoje se socialize, ou melhor, se penetre de um sentido social, como tão bem têm demonstrado, entre outros, os professores LE FUR, JOSSERAND e RADBRUCH. É que apesar do sentido social, da ‘humanização do Direito’, ser comum a todos os seus ramos, esse sentido social se acentuou sobremodo, diríamos até, se concentrou neste ramo do conhecimento jurídico a que uns chamam Legislação e outros, melhormente, Direito Social (...).

Ademais, visando este ramo do Direito, como veremos logo mais, ao abordarmos seu conceito, restabelecer o equilíbrio ‘social’, muito lógico nos parece que se lhe dê exatamente êste qualificativo de ‘Social’, uma vez que todo equívoco desaparece, dado o sentido especial que a palavra tem atualmente.

Com razão diz FANTINI: ‘Tôda a legislação do Estado pode dizer-se social. Mas imprópriamente dizendo legislação social se entendeu dizer e se continua a entender aquela particular legislação que se refere aos trabalhadores e às classes mais necessitadas’.

ARCÁ define a Legislação Social: ‘o conjunto de normas emanadas do Estado, disciplinando as relações que intercedem entre as classes capitalistas e as classes trabalhadoras’, acrescentando: ‘Social se diz essa legislação, seja porque se refere

a relações entre classes ou entre indivíduos de classe diversa, seja porque não tem atitudes, caracteres, e fins jurídicos, mas sim de tutela e proteção, de disciplinamento de situações de fato e de relações sociais extrajudiciais, as quais superam e em parte contradizem a premissa da absoluta igualdade de Direito, que é imprescindível à compreensão das relações judiciais de Direito privado e a noção de súdito, que também é imprescindível à compreensão das relações que prendem o indivíduo de qualquer classe ao Estado”.¹⁶

Por outro lado, na interessante obra de GEORGE GURVITCH percebe-se, quando do delineamento da concepção de direito social, a presença constante da idéia de relação de subordinação (em oposição à coordenação, típica dos direitos individuais) e da defesa dos interesses por entidades associativas¹⁷.

No entanto, cremos que, em especial com o advento da Constituição Federal de 1988, a hipossuficiência econômica destacada não bastaria como elemento diferencial dos direitos sociais. Aliás, sequer a redução do conceito a ramos como o Direito do Trabalho e da Seguridade Social seria suficiente. Atualmente, a abrangência subjetiva e objetiva dos direitos sociais é extremamente maior. Assim, estes não se caracterizariam, no nosso entender, como uma categoria distinta dos direitos público e privado, mas permeariam ambos nos instantes em que ocorressem traços comuns distintivos e que necessitassem de ser tratados sob a perspectiva da proteção social maximizada. Expliquemos: pode haver direito social tanto em áreas tradicionalmente afetas ao direito privado (exemplo clássico seria o Direito do Trabalho, mas teríamos também a sua incidência sobre certas relações de consumo ou aquelas estabelecidas por pequenos contratantes do sistema financeiro de habitação) ou também ao Direito público (como exemplo

tradicional tem-se o Direito Previdenciário, mas também seria possível a sua constatação no Direito Sanitário ou no Direito Tributário).

Portanto, os princípios e postulados dos direitos sociais podem nortear tanto relações de direito privado, quanto de direito público, havendo apenas que se dimensionar, no âmbito destes, quando aquele se encontre presente.

A presença seria indicada, acreditamos, pela existência de uma situação de hipossuficiência (estado jurídico), que não seria necessariamente econômica. Não há necessidade, portanto, de uma relação de hipossuficiência (relação jurídica) que protraia no tempo, bastando uma situação ou estado de sujeição decorrente de uma inferioridade, ainda que momentânea, que reduz a condição humana. Trata-se de uma sujeição que diminui toda e qualquer condição referente ao estado de humanidade. É claro que em um país pobre como Brasil, no mais das vezes, esta sujeição acaba defluindo de uma sujeição econômica, embora isto não seja indispensável.

Tomemos como exemplo uma situação em que alguém, embora não sendo pobre, não tenha recursos suficientes para cobrir o tratamento de saúde que salvaria a sua vida. Esta pessoa se encontra em “status” de sujeição, ainda que momentânea, que inviabiliza a sua concretização como ser humano. Portanto, aqui, para que possa se concretizar enquanto ser humano, fará “jus” à proteção social ligada ao Direito sanitário (concessão de remédios, pagamento pelo poder público de tratamento - se este não existir na rede pública -, etc.).

Da mesma forma, em uma relação de consumo, a pessoa pode não ser pobre, mas a complexidade empresarial moderna sugere a proteção, com técnicas as mais diversas de proteção social (ex.: inversão do ônus da prova nos casos admitidos pelo ordenamento jurídico).

Outra peculiaridade que merece ser destacada é a amplitude das hipóteses de Direito sociais previstas constitucionalmente. O art. 60. da Constituição Federal é extremamente abrangente, dizendo ser Direito social tanto o Direito à moradia, quanto o Direito ao lazer, passando pelo Direito ao trabalho e de previdência social. Aqui na verdade, entendemos que apenas se encontram enumerados, para fins de programa, aqueles que são Direito inicialmente indispensáveis para a concretização da condição humana na sociedade. No entanto, certamente podem ser dimensionados, também, sob a perspectiva de que hipossuficiências de *status* a eles relacionadas devem imediatamente merecer do Legislador (e mesmo dos membros dos demais Poderes) atenção redobrada.

4.2. Especificidades das Normas de Direito Sociais

A norma de Direito social, a despeito de se inserir no contexto normativo a partir de todos os elementos comuns às normas em geral, apresentam algumas especificidades que merecem ser destacadas.

Assim, são normas que, devido à necessidade maior de adequação a condições sociais em geral mais cambiantes, se encontram dotadas de um maior grau de volatilidade. Quem é capaz de esconder o fato de que a modificação das condições estabelecidas em uma negociação coletiva do trabalho é uma constante que decorre da própria variação das situações em que se envolvem os seus sujeitos. A volatilidade das normas em geral, e mais especificamente daquelas de Direito sociais, decorre de um fenômeno claramente percebido no meio social. A durabilidade de certas relações entre os homens e a sua consistência parece não ter a mesma dimensão de outrora. Assim, se antes havia uma mais significativa ocorrência de relações dura-

douras, sugerindo normas que perdurassem no tempo, hoje talvez não seja mais assim. A sociedade em que “tudo que é sólido se desmancha no ar” demanda normas para as suas relações mais inconstantes e menos persistentes. Daí a necessidade de uma análise da norma a partir desta perspectiva.

Esta volatilidade reflete-se também na variação da posição dos sujeitos nas diversas relações em que se envolvem. Assim, se em dada situação alguém se encontra em superioridade em relação ao outro, esta mesma pessoa, em relação distinta, pode estar em posição de inferioridade. O patrão subjugava o trabalhador, mas é subjugado como consumidor em uma outra relação distinta. Esta variabilidade das sujeições e a mutabilidade da situação de mando também fazem com que a norma de Direito social seja essencialmente volátil.

Além deste elemento, há que se destacar a relativização da generalidade da norma de Direito social. Não são todos que se encontram em igual estado de sujeição (nem todos são empregados, nem todos são consumidores de um determinado produto e assim por diante). Logo, a norma de Direito social, embora em princípio seja genérica e abstrata, pode, em dados casos, sofrer mitigação, atendendo apenas a determinados grupos. Como forma de promover a igualdade, a atenuação da abstração e da generalidade decorre da necessidade, em situações específicas, de apenas se contemplar determinadas categorias de pessoas como forma de se buscar, designando-as, igualá-las com os demais membros da sociedade. Por exemplo, normas que estabelecem condições de trabalho apenas para determinada categoria profissional. Ela se volta apenas para aquele grupo, sendo dotada de menor generalidade. Ao se buscar o estabelecimento de condições específicas para aquele grupo, de forma específica, tenta-se promover, com

a mitigação do rigor da generalidade, uma maior igualdade. E igualdade nada mais é do que o verdadeiro substrato da segurança jurídica – algo almejado pela própria generalidade.

Da mesma forma, o grau de inovação das normas de Direito social é patente. No entanto, o pluralismo jurídico, recorrente quando se trata de normas de Direito sociais, possibilita uma indagação: o quanto se pode efetivamente inovar em matéria de Direito social?

Temos defendido que o verdadeiro pluralismo jurídico prescinde de que as fontes de Direito sejam emanadas de centros de poder cuja legitimação provenha necessariamente da autorização estatal. Desde que a legitimação seja possível no contexto dinâmico do ordenamento jurídico como um todo, não há como se invalidar a norma produzida por dado grupo. Logo, esta somente não pode advir de qualquer situação contrária ao Direito (ex: legitimação pela força bruta de comandos do tráfico de entorpecentes). Destarte, é, inclusive, mais fácil defender a teoria da prevalência, em qualquer ramo ligado ao Direito social, da norma mais favorável. Mas, no mesmo contexto, por exemplo, jamais seria possível convalidar a norma mais favorável do comando do tráfico (já que não há qualquer favorecimento que possa suprir a coação física e moral exercida para a permanência no poder desta liderança).

Estas hipóteses estão a revelar que, se a produção normativa remete e surge, ainda que apenas em parte como visto, da permissão estatal e da sua possibilidade de atuação enquanto Poder, teríamos a necessidade constante da renovação da norma. Essa renovação é obtida pela diversificação das fontes do Direito, por meio da idéia do já mencionado pluralismo jurídico muito advogada por vários autores (SANTI ROMANO por exemplo). Neste contexto, obviamente, que há que se entender

a possibilidade de outras formas de dicção do Direito de forma definitiva. A dificuldade estaria, em alguns momentos, em situá-las como fontes do Direito. Muitos dizem que atuações como a da jurisprudência, por exemplo, não seria capaz de fazer originar o Direito. Embora essa questão possa ser um pouco debatida, ela esconde um fundo de verdade. A realidade é que dentro de um sistema em que se busca a unidade política, a atuação jurisdicional tem limites certos dentro do próprio sistema, não sendo possível ao juiz a total reinvenção do Direito, uma reinvenção completamente inédita e inauguradora do sistema. O que é possível, isto sim, e isso nos preocupa, em relação aos Direitos sociais, é a idéia de que a atuação jurisdicional é reveladora dos desejos, de todas as finalidades, de todos os princípios e de todos os desígnios do sistema. Dentro deste contexto, poderíamos verificar que a atuação jurisdicional, embora não sendo totalmente originadora do Direito, é extremamente relevante, por meio da interpretação *in concreto*, como “reinvenção” diária do Direito. Essa “reinvenção” não implica, obviamente, um ineditismo, mas a adequação segundo os princípios constitucionais e, no plano dos Direitos humanos, até mesmo de postulados supranacionais do Direito. Aqui estamos, obviamente, diante de terreno extremamente fértil à investigação, pois nos remete à questão dos princípios constitucionais e da elaboração de um sistema normativo, em especial um sistema normativo voltado para os Direitos sociais.

Por outro lado, há um problema criado pela idéia da existência de normas que seriam meramente programáticas - apenas para usar terminologia já consagrada por vários autores, embora venha sendo muito contestada atualmente.

Em síntese, esta modalidade de norma seria aquela que enunciaria um programa, dirigindo-se ao legislador para a sua

implementação - já que trata de política pública, que deve ser disposta na legislação e, depois, implementada pelo executivo, observados critérios de oportunidade e conveniência. De imediato, já é possível perceber-se que estas normas geram, com certeza e sem qualquer contestação pelos autores, Direito subjetivos negativos - isto é, não seria possível quer ao Legislativo, quer ao executivo, ao executar programas previstos constitucionalmente, atuar de forma contrária aos postulados ali dispostos. A razão disto é relativamente simples: ao estabelecer, ainda que de forma genérica os seus propósitos, há uma vinculação dos diversos agentes políticos com os fins que a própria Constituição impôs e que vem retratado nos programas nela eleitos.

No entanto, tendo como destinatário o legislador, alguns entendem que estas não geram Direito subjetivos - o que refulamos, como se verá a seguir.

Deve-se entender, primeiro, que a idéia de norma programática vem muito difundida e associada à noção de Constituições dirigentes - consideradas aqui a partir de um conceito original do dirigismo socialista. Em sua proposta tendente a um modelo socializante, os programas sociais já viriam insculpidos constitucionalmente - que seria uma Constituição que abre espaço para um futuro regime socialista (onde planificação e planejamento social detalhado são constantes ideológicas).¹⁸ Uma segunda concepção seria a mera colocação em sede constitucional de normas programáticas e planificadoras, dirigidas ao Estado e a todos da sociedade, para a realização de uma nova ordem, ainda que não tendente à formação de um estado socialista.

Portanto, nestas Constituições - e muitos têm a Constituição brasileira de 1988 neste contexto¹⁹, embora partindo do último entendimento de Constituição dirigente -, é comum colocar que tal Direito social será regulamentado, observados os

termos da lei. Isto é do estabelecimento de programas sociais, que ficam postergados para a futura atuação do legislador infraconstitucional.

Aqui aparecem as normas constitucionais acompanhadas da expressão “nos termos da lei”. Qual o conteúdo normativo destas disposições? Isto é, podem ser tidas efetivamente como normas tais dispositivos constitucionais?

Por exemplo, o art. 201, ao prever as diversas coberturas da previdência social brasileira, diz que elas serão reguladas na forma da lei.

Como, por exemplo, evitar que uma lei venha e diminua o desejo constitucional de proteção à maternidade (inciso II) ou aos dependentes, por meio das pensões (inciso V)?

Assim, v.g., uma lei que admitisse o salário-maternidade para todas as mães, com exclusão daquelas que cujos filhos são concebidos fora do casamento, poderia ser tida como efetivadora do desejo constitucional de proteção à maternidade? Obviamente que não, já que a lei teria introduzido clara diminuição ao conceito de maternidade (afinal, há menos maternidade no caso da mãe que tem um filho fora do casamento?).

Da mesma forma, a Constituição prevê que o benefício previdenciário deverá preservar o seu valor real, na forma da lei (art. 201, par. 4o.). Ora, se a lei não viabiliza a preservação do valor real, poderá ser tida como implementadora do desejo constitucional? Se restar demonstrado que esta lei claramente inviabiliza a preservação do valor de compra do benefício, não há como ser respaldada.²⁰

Assim, esta lei representaria um reductor na eficácia do dispositivo da Constituição, conspirando contra a sua força normativa.²¹

Se isto se dá com uma norma que diminui os efeitos da Constituição, pior

ainda serão a situações em que a ausência de norma pudesse reduzir a sua eficácia a zero - quando o famoso “nos termos da lei” nunca foi implementado ou ficar a esperar a atuação do legislador infraconstitucional por anos e anos. Aqui, a eficácia zero conduz a total ausência da força normativa do comando constitucional - que passa a ser mero aconselhamento ou orientação, jamais implementados. Nestes casos, há que se observar o seguinte: todos os agentes do Direito, uma vez decorrido algum lapso sem que o programa constitucional tenha sido implementado, devem se orientar para extrair da disposição constitucional toda a sua força. Assim, advogados devem peticionar, a sociedade deve se mobilizar por intermédio de suas entidades associativas, o Ministério Público deve exigir e o Judiciário deve comandar segundo a intenção constitucional.

Poder-se-ia objetar dizendo que somente o controle de constitucionalidade por omissão seria utilizável no caso presente. No entanto, como os instrumentais tendentes a este controle também tiveram a sua força normativa bastante (senão quase totalmente) subtraída, não há como se inviabilizar que a disposição constitucional tenha a sua eficácia extraída da interpretação diária dada por todos que operam em todas as instâncias do Direito. Assim, o ideal seria a implementação da política desejada de forma ordenada pela legislação e pela Administração Pública. Não há que se esperar eternamente que um comando constitucional seja implementado, contando apenas com a vontade política. Aqui, dissentimos dos que entendem que o recurso ao Judiciário retira o elemento político que deve nortear a questão das políticas públicas. Primeiro, não entendemos que estamos - ainda que a questão seja apreciada em ação coletiva - diante de um política pública. Segundo, o Judiciário apenas fará a interpretação da Constituição segundo

os valores que a norteiam e que devem ser considerados para fins de assegurar a força normativa da Constituição. Isto tudo não invalida o plano de ação política, nem politiza de forma espúria a atuação do Judiciário.²²

Entendemos que, na verdade, a se considerar a existência de normas programáticas, elas devem ser revestidas, uma vez não cumprido os programas nelas inscritos, da possibilidade de investir o titular de um Direito subjetivo à sua prestação. O primeiro destinatário da norma programática, assim, seria o Legislador. O outro seria o próprio cidadão, a quem se deve viabilizar todas as formas possíveis de sua implementação - quer no plano político, quer no plano jurídico. Aliás, toda a norma que encerra um Direito de natureza social tem como principal destinatário o próprio cidadão.²³

A dificuldade de se encontrar a natureza normativa destas disposições reside no fato de que não há, no contexto das normas em geral, como se possibilitar que outras lhes preencham o conteúdo. Uma norma, *a priori*, não condiciona a sua existência à ocorrência de outra.

Daí a originalidade, na teoria das normas, daquelas conhecidas como programáticas: uma norma, de natureza constitucional, que depende de outra. Posterga-se, ainda, o verdadeiro efeito da norma a outras constantes que não apenas normativas (políticas ou econômicas, por exemplo, já que o programa estabelecido constitucionalmente passa por opções destas naturezas).

É claro que a força normativa deste tipo de enunciado, se não tiver qualquer sanção correlata, é praticamente inexistente. Daí as sugestões anteriores, para lhes garantir a eficácia e, mesmo, validade das normas em geral.

A força normativa da Constituição, portanto, passa essencialmente pela solu-

ção que se dará a esta questão da norma constitucional que depende de outra norma regulamentadora. No nosso sentir, há que se buscar o máximo de efetividade a estas normas, evitando que fiquem esvaziadas. Daí todas as nossas ilações anteriores.

É claro que sempre poderá se objetar com o fato de que a regulamentação de um Direito social depende da força política em jogo. Em um país pobre como o nosso, em que a força política dos que têm menos é quase inexistente, negar validade às normas de Direito sociais pode redundar no esvaziamento de um projeto social posto originariamente na Constituição de 1988. É claro que não se retira a possibilidade “luta nas diversas arenas políticas” pelas conquistas sociais. Mas não há como se esconder que a Constituição, em sua parte de Direito sociais, é uma conquista e que deve ser viabilizada também naquela que é uma de suas grandes arenas: o Judiciário.

Aqui entra outro elemento relevante, quando se busca a análise da norma constitucional, em especial a de Direito social: o papel da sua interpretação.

4.3. A Interpretação das Normas Constitucionais - Em Especial das Normas de Direito Sociais

Certamente que, quando se fala da norma, não há que se olvidar a análise da sua interpretação. No caso específico das normas constitucionais de Direito sociais, indispensável uma análise da interpretação evolutiva.

Como já prelecionava Miguel Reale:

“Se é certo que as estruturas lógicas da Dogmática Jurídica tradicional não correspondem mais às transformações operadas na sociedade atual, nem às exigências morais e técnicas do Estado do bem-estar social ou da Justiça social, - expressões com as quais se reclama um Estado de Direito concebido em função de uma comunidade

humana plural e, ao mesmo tempo, solidária - também é verdade que, ao lado da salutar crise de ordem metodológica, põe-se outro problema não menos essencial: o da nova determinação do significado da Ciência do Direito para o destino do homem, o que só será possível com o fermento ou humus restaurador da *Lebenswelt*, da vida comum e espontânea a que se refere Husserl, em sua obra póstuma fundamental”.²⁴

Portanto, a dificuldade de se ter o Direito corriqueiramente renovado pelo ato legislativo, em vista até mesmo do intenso debate político envolvido, sugere a possibilidade de que o Direito seja reinventado no dia-a-dia a partir da sua aplicação e interpretação. É óbvio que a interpretação *in concreto* sugere a necessidade de que provenha a dicção do Direito de uma fonte reconhecida pelo Estado ou pela sociedade. Dentro deste contexto, há que existir uma leitura oficial do Direito, para que ele, reinventado diariamente pela sociedade, possa ser por esta incorporado de forma legítima. Assim, temos a possibilidade de produção de normas por meio da atuação estatal, como dito, especialmente pelo Legislativo, especialmente mas não tão-somente pelo Legislativo, na medida em que outros Poderes do Estado vêm dizendo normas, como por exemplo o Executivo, por meio das Medidas Provisórias. Obviamente que, descentralizada a fonte de edição da norma, o Estado permite a grupos, com representatividade e reconhecimento social, que também normatizem, como, v.g., na convenção coletiva do trabalho, ou mesmo na quase não usada, mas prevista no Código de Defesa do Consumidor, convenção coletiva de consumo. Até mesmo em situações individuais, quando há relação contratual, há normatização – sendo claro que este tem uma limitação maior diante de um contexto legislativo, posto anteriormente. No entanto, a autonomia privada individual sugere a possibilidade, ainda que aco-

modada a um contexto maior, da produção normativa.

Há, pois, que se buscar, pela interpretação, a real extensão de um conceito posto constitucionalmente. Os conceitos constitucionais seriam aqueles que estão na Constituição e que, por meio do ato interpretativo, emergem no sistema. Não se trata aqui de um realizar uma simples interpretação exegética. A missão é muito maior, na medida em que o conceito (termo) constitucional emerge não apenas da literalidade da expressão, mas de sua relação com as demais normas da Constituição e da análise do ser e do dever-ser constitucionais. O termo constitucional é obtido não apenas no que formalmente se encontra na Constituição, mas na sua manifestação na sociedade, na sua compreensão pelos tribunais, naquele que a própria Constituição planeja para a sociedade na qual se insere. Aqui, os princípios são elementos indispensáveis para a própria construção do conceito. Portanto, a nossa leitura sugere uma conjugação dos princípios que informam o termo constitucional. Ora, se existe um termo como previdência em matéria constitucional, ou mesmo saúde, é da Constituição que emergirão os conceitos de previdência e de saúde - de uma Constituição que vivifica no seu diálogo diuturno com a sociedade na qual se insere. Os conceitos, por sua vez, somente serão revelados na medida em que constataremos quais os princípios fundantes da previdência ou de saúde em dado modelo de Estado. É óbvio que, dentro deste contexto, estamos buscando a unidade política por meio dos princípios e esta unidade política somente encontra conforto na própria Constituição Federal, que é o pacto maior, o pacto que deve ser preservado, o pacto sob qual convivemos. Sugerimos uma interpretação em que a descoberta do termo constitucional se faz por meio de um modelo de interpretação constitucional (com a localização de

todos os elementos internos e externos à Constituição suficientes para lhe dar vida, com as restrições já feitas quando tratamos da teoria dos sistemas).

A interpretação constitucional é, como todos sabemos, uma interpretação de princípios. Sem sermos excessivamente kelsenianos, buscamos na própria estrutura normativa a possibilidade de solução dos problemas, sem esquecermos o diálogo com a realidade dos fatos, na medida em que unidade política significa releitura de uma constituição como a nossa de 1988 à luz do mundo atual ou, como sugerem alguns, à luz de um olhar futuro. Mesmo porque a Constituição, assim como qualquer norma, deve ser vista numa perspectiva do dever-ser e nunca do ser. Portanto, trata de relações ideais que se pretende que venham a existir. Estamos, pois, diante de uma sociedade posta constitucionalmente, que se busca no plano ideal.

Sugeriríamos, como exemplo do que foi mencionado acima a idéia da dignidade humana. A dignidade humana de 1988, certamente não é mais a dignidade humana de 2005, como não será a de 2015. Portanto, o conceito de dignidade humana do texto constitucional, postulado basilar da formação de um sistema de interpretação, deve ser sempre reavaliado. Trata-se, obviamente, de uma dignidade revista à luz de uma Constituição real e não meramente de uma Constituição formal. Este mesmo exemplo é extremamente valioso, na medida em que nos fornece ricas possibilidades. Vejamos. A idéia de que uma dignidade humana em 1988 é diferente daquela de 2004, não significando que nunca se tenha perseguido o ideal de dignidade humana conforme previsão constitucional. No entanto em 1988, enfrentávamos um rito de transição. Nós tínhamos saído de um país de ditadura e que tinha suas limitações naturais. Obviamente que aquelas limitações impingiam restrições reais à plena concretização do

conceito constitucional de dignidade humana, limitações que, com o tempo, vão sendo superadas pelo jogo democrático, fazendo com que esse termo, em 2005, já seja visto de forma completamente diferente. Este exemplo sugere a dificuldade que informa a constante busca do termo constitucional – dificuldade que se revela quando se pretende encontrar conceitos como o de previdência social, pensão por morte, valor real dos benefícios, enfim de diversos conceitos constitucionais ligados à segurança social.

Aqui, há necessidade que façamos uma segunda investigação a respeito dos componentes do sistema normativo. Já temos de pronto, a resposta de que as normas são um gênero no qual se inserem regras e princípios, portanto, não se deve ter como definitiva a idéia de que normas são apenas regras ou que apenas as regras são fundantes de um determinado sistema normativo.

O sistema normativo é composto da atuação também dos princípios. Portanto, estes são informadores do sistema – e não meramente integradores deste. Uma regra que destoia de um princípio, obviamente que não pode prevalecer, e aí estamos em contradição com aqueles que dizem que apenas os princípios positivados devem prevalecer sobre as regras. Na verdade, existe uma falsa contradição entre regras e princípios. O que funda, o que informa o sistema são os princípios. As regras, obviamente, se acomodam a uma metodologia própria indicada pelos princípios. No nosso caso, a Constituição, ao estabelecer qual seria nossa unidade política, sugere os princípios pactuados pra a formação deste caráter unitário. Se destacarmos os artigos 1º e 3º, do texto constitucional, percebemos que o nosso estado desejado é o Estado Democrático de Direito, que, dentre outros, é pautado pelo princípio da dignidade humana, pela idéia de erradicação de pobreza e pela diminuição das desigualda-

des. Todas essas formulações concebem o Estado desejado, sendo relevante a idéia de Democracia. Na verdade, no Estado Democrático de Direito, sobreleva a idéia de Democracia, na medida em que passávamos de uma ditadura para uma sociedade livre. Não poderíamos dizer, obviamente, que, embora já tenhamos um certo avanço na Democracia no plano político, esta tenha sido seguido com a mesma velocidade de uma Democracia no plano econômico e social. No entanto, nem por isso a Constituição deixa de ser um patamar a partir do qual nós devemos buscar os ideais ali expostos. Ora, não é porque muitos empregadores não pagam o décimo - terceiro salário, que não se vai estudar e deixar de implementar o Direito do Trabalho. Não é porque crimes são cometidos que o Direito Penal deixa de ter a sua importância repressiva e como forma de condução da sociedade. Aqui a mesma coisa: não é porque não temos ainda uma sociedade justa e igualitária, que abandonaremos a Constituição Federal. Na verdade, a Constituição, assim como as outras normas, devem ser entendidas no plano do dever-ser. No plano do dever-ser, a relação que se pretende, sob o ponto de vista trabalhista, é aquela em que o empregador pague todos os Direitos devidos ao trabalhador, porque a idéia é de uma sociedade justa, uma sociedade em que as pessoas cumpram suas obrigações, inclusive trabalhistas. No entanto, não é isso que ocorre e nem por isso o Direito deixa de ser um instrumento útil e necessário. A utilidade do Direito está na conformação da sociedade que se deseja que um dia seja alcançada. Esses são patamares a partir dos quais postulamos a idéia de interpretação: a interpretação no contexto de um sistema normativo que sugere o dever-ser, partindo-se da compreensão dos termos constitucionais empregados e que são revelado em especial a partir dos princípios.

Como há necessidade de uma última manifestação do Estado, essa última manifestação é obtida na interpretação *in concreto*, especialmente, do Judiciário. No entanto, não do Judiciário como Poder isolado, porque esta interpretação do Judiciário sugere uma interpretação anterior de todos que operam o Direito, especialmente dos advogados e da sociedade, que levam ao Estado a sua insatisfação com as formas de cumprimento do Direito e percebem as injustiças decorrentes do afastamento do Direito - o que somente é possível a partir da evolução do conhecimento por esta do fenômeno jurídico. Portanto a atuação e dicção final do Direito pela interpretação ou a sua “reinvenção” diária por meio de uma atuação oficial, que seria do Judiciário, não sugere a idéia de que o Juiz é um ser supremo, com a possibilidade constante de vivificar por si só o Direito. Indica, isto sim, a necessidade que todos os agentes e poderes sociais sejam comovidos, para que aquele Poder estatal venha a dizer o Direito dentro de um sistema constitucional que se pretende uno.

Os princípios, como foi dito, estabelecem um diálogo. Os princípios não se submetem, portanto, à regra do tudo ou nada. Mesmo que um princípio contrarie outro princípio no caso concreto, ainda assim este outro princípio que não foi sobrevivente, naquela situação específica, não será revogado do sistema, ali permanecendo. Diferentemente, a regra sugere a idéia do tudo ou nada, ou seja, existente uma regra, a outra deixa de existir, seja por incompatibilidade, seja por revogação expressa. Dentro deste contexto, os princípios estão em constante diálogo, especialmente um diálogo feito a partir do caso concreto, da situação concreta. Isso é muito importante, porque a situação concreta passa a ser reveladora dos princípios dentro do sistema, do seu posicionamento dentro do sistema, e mesmo das opções político-constitucio-

nais que são realizadas. Neste contexto, tem-se que há uma dificuldade profunda em se estabelecer uma definitividade em torno de um conceito constitucional ou de uma idéia de unidade constitucional. Esta dificuldade é atenuada pelo exercício constante do cotejo dos princípios diante do caso concreto. Alguns, para facilitar o ato de interpretação *in concreto* (aplicação do Direito), elegem sobreprincípios. No nosso entender, dois deles se apresentam imediatamente do sistema constitucional: a dignidade humana e a liberdade. Usando ambos como paradigma, a aplicação do Direito se torna, no nosso entender, mais precisa.

No contexto anterior, temos que o diálogo dos princípios se estabelece cotidianamente, como dito, diante do caso concreto.

Aqui teríamos, portanto, a idéia de que há sobreprincípios: os da dignidade humana e da liberdade. O cotejo, portanto, na situação concreta, deve se fazer, ao nosso ver, sempre à luz da dignidade humana/liberdade. Este postulado, que é um postulado tido como referencial, deflui do próprio texto constitucional, conforme se depreende do art. 3º, em que fica clara a existência de um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade humana. Sugerimos o seguinte exemplo: se tivéssemos um cotejo entre o princípio de liberdade de contratar e o princípio da não discriminação racial, como resolvê-lo? A pessoa teria livre possibilidade de contratar pessoas de qualquer raça, em detrimento, por exemplo, de princípios como o da não-discriminação? Esse seria um cotejo perfeitamente ocorrente no dia-a-dia. Como se percebe, o princípio da não-discriminação estaria, já de início, bem mais próximo da dignidade humana/liberdade (em sentido material) do que o princípio de autonomia de contratar. É obvio que em hipóteses concretas

teríamos a possibilidade de que o princípio da autonomia de contratar pudesse até estar próximo do binômio dignidade/liberdade. No entanto, como existem princípios como o da não-discriminação, e que estão naturalmente mais próximos da dignidade humana, há uma dificuldade de se encontrar hipóteses em que a liberdade de contratar pudesse fazer com que fosse possível a discriminação. O que deve ficar claro é que os princípios não se submetem à idéia “do tudo ou nada”, inserindo-se na lógica de diálogo, o que faz com que as situações modifiquem, sejam cambiantes. No entanto, sempre devem ter como patamar a preservação do princípio da dignidade humana/liberdade.

É óbvio que isto também parte de um pressuposto não somente da Constituição formal, mas da Constituição gerada do seu exercício no bojo da sociedade, buscada na conformação dos princípios com a realidade no sentido da unidade político-constitucional. A Constituição não é apenas pedaço de papel, travando um diálogo com a realidade, passa a ser indispensável sempre a atualização dos princípios informadores para que o conceito constitucional se revele. O que não é possível é que a segurança econômica (ou qualquer outra segurança externa) venha a influir no conceito constitucional, fazendo com que, num determinado momento, o conceito constitucional tenha uma conformação e, num outro, uma nova, diametralmente oposta. Na verdade, o que há é uma possibilidade de adequação segundo os desejos sociais, mas não uma subjugação da realidade constitucional à realidade circunstancial dos fatos, sob pena de esta Constituição ser servil às circunstâncias. Há um elemento duradouro que é necessário à própria construção da segurança jurídica ou da segurança jurídico-constitucional. Este é o grande embate que temos hoje em dia, por exemplo, até na

construção dos conceitos constitucionais de previdência, de assistência e mesmo do que se entende por segurança social. Na verdade, a segurança social foi substituída, enquanto conceito jurídico, por segurança econômica (e segurança econômica é segurança circunstancial). Obviamente que a segurança social é muito maior do que uma contingencial segurança econômica. Não se quer dizer que não se constrem seguranças sociais com inseguranças econômicas. No entanto, a segurança social não pode ser subserviente à segurança econômica que sequer, no nosso entender, possui o mesmo *status* constitucional da primeira, que é conceito jurídico-constitucional.

Aqui se revela igualmente indispensável que nos ocupemos, para dar verdadeira consistência à teoria da norma constitucional (aqui com especial cuidado para aquelas envolvendo Direito fundamentais sociais), que se busque a identificação do núcleo dos Direito constitucionais.

A descoberta do núcleo do Direito fundamental social é indispensável para a consolidação da teoria da norma constitucional. É claro que de novo estaremos no difícil campo de estabelecer a relação entre a norma e a realidade social, no sentido da busca da unidade do sistema político estatal. Não há como se emprestar ao núcleo de Direito fundamental social apenas uma interpretação exegética, sendo que é, na realidade dos fatos e na unidade do sistema constitucional, que se conseguirá detectar, por exemplo, o núcleo do Direito fundamental trabalhista ou mesmo do que sejam os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. A tarefa é árdua, mas para a consolidação dos efeitos normativos da Constituição, não pode jamais ser desprezada.²⁵ A teoria dos sistemas já mencionada anteriormente novamente poderá ser determinante na busca da noção dos núcleos dos Direito fundamentais sociais. A questão é

tormentosa e demandaria, por si só, uma nova investigação. Por ora, fica apenas a constatação...

5. Conclusão

Entendemos que não há como se fazer uma análise da norma constitucional senão a partir da teoria da norma em geral. No entanto, para se alcançar este desiderato, há que se observar a norma numa perspectiva mais ampla - como, por exemplo, da teoria tridimensional do Direito. Da mesma forma, o elemento da norma constitucional que, aparentemente, mais a torna diferente das demais normas do sistema é sua propensão à busca da unidade do sistema político-social. Inobstante, ainda aqui, é possível fazer uma leitura normativa das disposições constitucionais, mormente quando utilizada a teoria dos sistemas.

Na realidade, sequer a norma de Direito social deve ser tida a partir de uma perspectiva de não inserção na teoria geral das normas. A idéia de que ali se encontram enunciados programas, que merecem atenção apenas no plano político, deve, no nosso entender, ser rechaçada. Há que se possibilitar a busca de sua implementação também pela atuação do Judiciário.

A despeito de certas peculiaridades, em torno da questão, decorrente da própria conotação da norma constitucional, não há que se esconder a mais profunda necessidade de que seja restabelecida a força normativa da Constituição. Especialmente em matéria de Direitos sociais, a resistência estabelecida pelos dispositivos concernentes à nossa atual ordem social demanda que nos entreguemos à missão de se evitar que a Constituição constitua mero panfleto populista, transformando-se em norma de efetiva proteção social. Caso contrário jamais o dever-ser constitucional, no sentido de uma sociedade mais justa e igualitá-

ria, se transformará em ser. Um dever-ser sem vocação para o ser, neste caso, faz da Constituição mero pedaço de papel.

REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. (2a. edição) Coimbra : Coimbra Editora, 2001.
- CESARINO JR., A. F. *Direito social brasileiro*. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha (coordenadores). *Direito previdenciário e constituição*. São Paulo: Ed. LTr, 2004.
- DAHRENDORF, Ralf. *Sociedade e liberdade*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofia del derecho*. 9a. ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch S.A, 1974, p. 339.
- FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías - la ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 4a. ed. Buenos Aires: Editorial Trota S.A, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. (8a. edição) São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.
- GURVITCH, George. *L'idée du droit social*. Paris: Librairie du recueil sirey, 1932.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.
- PIOVESAN, Flávia (coordenadora). *In Direitos humanos, globalização econômica e integração regional - desafios do Direito constitucional internacional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20a. edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.
- _____. *Teoria tridimensional do Direito: preliminares históricas e sistemáticas*. Saraiva: São Paulo, 1968.

SARLET, Ingo Wolfgang (coordenador). *Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. BERCOVICI, Gilberto. MORAES FILHO, José Filomeno de. LIMA, Martonio Mont'Alverne B. *Teoria da Constituição - estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

NOTAS

¹ *Filosofia del derecho*. 9a. ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch S.A, 1974, p. 339.

² *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1984, p. 1 a 13.

³ *Idem*, nota 1, p. 340.

⁴ *Sociedade e liberdade*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 255.

⁵ A constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. BERCOVICI, Gilberto. MORAES FILHO, José Filomeno de. LIMA, Martonio Mont'Alverne B. *Teoria da Constituição - estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 93.

⁶ *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001, p. 353.

⁷ *Idem*, nota 5, p. 91.

⁸ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito: preliminares históricas e sistemáticas*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 24.

⁹ *Idem*, p. 27 e 28.

¹⁰ *Filosofia do Direito*. 20a. edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 187 a 194.

¹¹ A respeito confira-se SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

¹² *Derechos y garantías - la ley del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi*. 4a. ed.. Buenos Aires: Editorial Trota S.A, 2004, p. 19.

¹³ MÜLLER, Friedrich. Apresentação da obra *Teoria da Constituição - estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*, nota 5.

¹⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. In *Teoria da Constituição - Estudos sobre o lugar da política no Direito constitucional*, ob. cit., nota 5, p. 47

¹⁵ *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, p. 25.

¹⁶ CESARINO JR., A. F. *Direito social brasileiro*. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 30 e 31.

¹⁷ A respeito confira-se a belíssima obra *L'idée du droit social*. Librairie du recueil sirey: Paris, 1932.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. (2a. edição) Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

¹⁹ “Que a nossa Constituição de 1988 é Constituição dirigente, isso é inquestionável. O conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia, a serem pelo Estado e pela sociedade realizados, a ela confere o plano global normativo, do Estado e da sociedade. O seu art. 170 prospera, evidencialmente, no sentido de implantar uma nova ordem econômica” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. (8a. edição) São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 153).

²⁰ Aliás, perceba-se que a Constituição prevê a preservação do valor real a partir dos critérios indicados em lei e não em atos administrativos. Atualmente, o art. 41 da Lei de Benefícios, no seu *caput*, menciona que o reajustamento se dará com base em percentual definido em regulamento. Aqui, somente seria admissível a interpretação de que a Lei estabeleceu os critérios e apenas o percentual ficou por conta do ato administrativo, devendo o ato administrativo efetivamente preservar e demonstrar que preservou os parâmetros legais - o que, em geral, não vem ocorrendo.

²¹ Para KONRAD HESSE a força normativa da constituição não decorre de uma mera equação momentânea de poder, possuindo, “ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” (*A força normativa da Constituição*. Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1991, p.11). Havendo uma recíproca incidência da Constituição na

vida real e dos fatos da realidade no mundo da Constituição, a força normativa da Constituição consolida o meio termo, fazendo com que se evite o abandono da normatividade constitucional em nome do domínio das situações fáticas e também que se evite que a mera normativismo da Constituição se faça despido de qualquer relação com a realidade. Assim, em síntese “a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle beshaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, de a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem” (Idem, p. 19).

²² Aliás, são comuns os exemplos, especialmente em matéria de Direito à saúde, de atuação do próprio Supremo Tribunal Federal conferindo, especialmente a partir da idéia de dignidade humana, Direitos a tratamentos de saúde ou a medicamentos.

²³ Colhe aqui fazer com coro com JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS no sentido de que a retirada desta qualidade em relação Direito sociais (isto é, geração de Direitos subjetivos), “aponta para uma fragilização eficaz destas

normas de novo tipo, próprias do constitucionalismo contemporâneo, dizendo-as dependentes de uma ação legislativa posterior que lhes complete o sentido e permita, assim, a usufruição dos conteúdos nela expressos. Como, de regra, a legislação infraconstitucional não era adotada, via-se o cidadão frustrado em suas expectativas, servido tal atitude não apenas para impedir o acesso aos conteúdos constitucionais, mas, também, para fragilizar, na prática, o valor atribuído ao pacto constituinte do Estado. Mesmo que tratemos diversamente os vários conteúdos constitucionais, cremos que esses novos Direitos incorporam, para além de uma eficácia paralisante de atitudes com elas incompatíveis, verdadeira pretensão a ser satisfeita pela autoridade pública inconstitucionalizando a sua atitude omissiva, além de permitir que o interessado demanda a satisfação do conteúdo proposto/prometido em sede constitucional, sob pena de contribuir-se para o desgaste de legitimação suportado pelo constitucionalismo contemporâneo e ofender de morte a base estruturante do Estado Democrático de Direito” (Direitos humanos ‘globais (universais)’ de todos, em todos os lugares. In *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional - desafios do Direito constitucional internacional*. PIOVESAN, Flávia (coordenadora). São Paulo : Ed. Max Limonad, 2002, p. 526).

²⁴ REALE, ob. cit., nota 08, p. 22 e 23.

²⁵ Aqui sugerimos a leitura do nosso artigo *Os Direitos sociais enquanto Direitos fundamentais*, publicado na obra coletiva *Direito previdenciário e constituição*. São Paulo: Ed. LTr, 2004.

O MUNICÍPIO COMO ENTE FEDERADO: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A QUESTÃO DA PARTICIPAÇÃO

THE MUNICIPALITY AS A FEDERAL ENTITY: A NEW PERSPECTIVE TO THE PARTICIPATION ISSUE

GUSTAVO TAVARES CAVALCANTI LIBERATO*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O presente trabalho procura colocar em questão uma objeção bastante recorrente por aqueles que não aceitam a Municipalidade como ente federado: “a questão da lei da participação na formação da vontade política do Estado Federal”. Com base nesta, diz-se que o Município não pode ser considerado ente federado por não preencher um dos requisitos para tanto: eles não participariam da formação da vontade política da Federação. Se, à primeira vista, a questão se apresenta substancial, uma vez que os Municípios não contariam com uma Casa Legislativa específica para lhes representar os interesses dentro do processo legislativo federal, por outro lado tal objeção pode ser bem respondida ao se analisar uma nova perspectiva da formação da vontade política da Federação e ao se colocar tal processo sob o prisma da formação da opinião pública, a qual apresentar-se-á quando da escolha dos membros do Poder Legislativo Federal (inclusive quando da eleição dos membros do Senado Federal), o que vem a desmistificar a questão da “lei da participação”, mostrando como as peculiaridades de Estados Federais distintos a afetam, produzindo formações Federais diferentes, mas nem por isso menos adequadas às realidades políticas, históricas e sociais de onde emergem. O papel da descentralização do Estado Federal pelas municipalidades, assim, tem ganho cada vez mais espaço no plano da práxis democrática, como forma de manter acesa a ligação entre Estado Federal e cidadania.

Palavras-Chave: Teoria do Estado Federal. Município. Ente Federado.

Abstract: The present work tries to point out a very persistent objection by those that does not accept the Municipality as a Federal entity: “the law of participation in the formation of the political will of the Federal State” By this, it is said that the Municipality cannot be considered as a Federal entity because it does not fulfill one of the requirements to be such one: they do not participate in the formation of the political will of the Federation. At the first sight, it seems to be a very good objection, once the Municipalities don’t have a particular legislative house to represent their interests into the federal legislative process; but, in the other hand, such objection can be well responded if analyzed by the public opinion point of view, which will present itself when the election of the members of the Federal Legislative Power happens (inclusive when the election of the members of the Senate took place). By viewing the issue in this point of view it will demystify the objection of the “law of participation” showing how the peculiarities of distinct Federal States affect it, producing different Federal formations, nevertheless proper to the political, historical and social realities from where they emerged. The role of the decentralization of the Federal State by the unicipalities, therefore, has gain more and more space in the democratic praxis, as a path to keep present the conection between the Federal State and the citizenship.

Key Words: Theory of the Federal State. Municipality. Federal Entity.

* Advogado. Professor de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Mestre em Direito Constitucional pela mesma Universidade.

1. Introdução

O tema escolhido para o presente trabalho é: *O Município como Ente Federado: Uma Nova Perspectiva para a Questão da Participação*. A questão que se coloca diz respeito a uma objeção bastante recorrente por parte dos publicistas apegados ao “modelo clássico” de federalismo, o qual remonta à Constituição Americana de 1787. Com efeito, a pretexto de defender uma concepção “pura” de federalismo, tem-se oposto que, apesar da consagração constitucional, os Municípios não estariam a preencher uma condição essencial para ocupar a categoria de ente federado: não *participariam* da formação da vontade federal. Aparentemente, trata-se de uma objeção substancial, de porte, uma vez que, diferentemente dos Estados-Membros, as Municipalidades não contariam com uma Casa Legislativa específica (tal como o Senado Federal) que lhes representasse os interesses dentro do processo legislativo de âmbito nacional.

Nada obstante isto, esta questão oferece uma série de possibilidades a serem exploradas, das quais foi escolhida uma: a mudança da perspectiva, no âmbito municipal, da questão da participação na formação da vontade federal. Não se trata de simples “afastamento”, prática esta cada vez mais recorrente entre os juristas que se viram confrontados com o assunto. A rigor, trata-se do reconhecimento da necessidade de uma substituição efetiva de visão, mudança esta que, longe de ignorar o problema, está a situá-lo em seu devido lugar, como um dos pontos centrais da colocação do Município como ente federado.

Por certo que o presente trabalho não pretende oferecer uma solução definitiva para tão momentosa questão. No momento, tratar-se-ia de empreendimento por demais arduo aos limites materiais e temporais existentes - com certeza, poder-se-ia dizer

que tal pretensão seria uma *temeridade científica*. Entretanto, não é impossível que se proceda a um adequado trato indicativo do problema a partir da bibliografia nacional e estrangeira disponível, procurando, pela análise desta e pela verificação do real peso dos chamados “requisitos dos entes federados”, a elaboração de uma possível solução (ainda que superficial), a ser desenvolvida em outras circunstâncias e em outro momento.

Destarte, é este o labor a que se vê vocacionado o presente opúsculo. A sua maior pretensão, nestas condições, é indicar - por superficial que seja a sua análise - a necessidade de uma mudança nos termos de discussão e de perspectiva da questão da participação municipal na formação da vontade federal.

2. O Estado Federal

Antes de se abordar a questão central deste trabalho, parece ser bastante útil o registro - ainda que perfunctório - da origem moderna da forma de Estado Federal, bem como o destaque de suas principais características contemporâneas.

2.1. Um Breve Registro da Gênese do Estado Federal Moderno

O Estado Federal moderno nasceu com a Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787. No ano de 1776, treze colônias britânicas da América declararam-se independentes, passando a constituir, cada uma delas, um novo Estado. Alguns anos depois estes novos Estados celebraram entre si um Tratado, o qual ficou conhecido como *Artigos de Confederação*.

Por meio deste Tratado, as ex-colônias inglesas buscavam aliar-se para, primordialmente, preservarem a independência recém-conquistada. É interessante observar que, já em 1643, quatro colônias

havia formado a *Confederação da Nova Inglaterra*, a qual tinha por objeto a reunião de esforços nas guerras com povos indígenas e na resistência à expansão holandesa na América. Em 1754 reuniu-se, pela primeira vez, um Congresso Intercolonial, no qual Benjamin Franklin apresentou um plano de união das colônias, plano este que não logrou aprovação. Este Congresso continuou a reunir-se, o que veio a ser de decisiva influência para a Declaração de Independência de 1776, assinada conjuntamente pelas treze colônias.

O passo seguinte deu-se após prolongados debates e resultou na assinatura, a 1º de março de 1781, dos já citados *Artigos de Confederação*, pelo que passou o Congresso a denominar-se: *Os Estados Unidos Reunidos em Congresso*. Estava formada a Confederação, a qual passou a chamar-se *Os Estados Unidos da América*, e se propôs a ser uma união permanente. É de ver-se, contudo, que a configuração da Confederação preservava a Soberania, a Liberdade e a Independência dos Estados Confederados, detendo os mesmos os poderes, jurisdição e direitos que não houvessem sido delegados de forma expressa para os Estados Unidos (governo central desprovido de poder impositivo de suas decisões). Destarte, bem observa DALMO DE ABREU DALLARI:

“Obviamente, sendo um tratado o instrumento jurídico da aliança, e preservando cada signatário a sua soberania, liberdade e independência, qualquer dos signatários que o desejasse poderia desligar-se da confederação, mediante simples denúncia do tratado” (1995:216).

Pouco tempo depois de fixados os laços da Confederação, o decorrer dos fatos começou a indicar a sua fragilidade e a pouca eficácia da união dela derivada. Mesmo nutrido sentimentos de solidariedade generalizada, tomavam corpo conflitos de interesses de monta, os quais prejudicavam as ações conjuntas e ameaçavam a própria

subsistência da Confederação. Com vistas a estes problemas é que se procurou proceder à revisão dos *Artigos de Confederação*, de sorte a profligar as falhas e lacunas manifestas na prática. Assim, os Estados, por meio de representantes, reuniram-se em uma Convenção na cidade de Filadélfia em maio de 1787, ausentando-se apenas o pequenino Estado de Rhode Island.

Desde logo evidenciou-se a disparidade dos posicionamentos dos membros da Convenção, os quais polarizavam-se em torno de duas vertentes básicas, descritas por DALMO DE ABREU DALLARI:

“De um lado estavam os que pretendiam que se fizesse apenas a revisão dos Artigos de Confederação, tornando mais precisas as obrigações dos Estados mas sem afetar sua soberania. De outro lado estavam os adeptos da transformação da Confederação em Federação, propondo que todos os Estados adotassem uma Constituição comum e se submetessem, para determinados assuntos, a um governo central, que teria suas atribuições definidas na própria Constituição e, para desempenhá-las, teria suas próprias fontes de recursos financeiros, sem depender de requisições ou de contribuições voluntárias dos Estados” (1986:13).

Como não poderia deixar de ser, uma tão relevante decisão provocou acalorados e intensos debates. Os adeptos da simples revisão das cláusulas do Tratado alegavam que não possuíam mandato específico para a tomada de tal decisão. De fato, não lhes eram desconhecidas algumas implicações cruciais que haveriam de decorrer desta decisão. Isto significaria a perda da Soberania e da Independência pela qual tanto lutaram. Logo, procuravam dissuadir os partidários da Federação pela alegação de que só haviam recebido poderes para revisão das cláusulas dos *Artigos de Confederação*, o que acarretaria a invalidade jurídica de qualquer ato que se lançasse além

destes limites. Para alguns, seria o mesmo que a total traição da confiança depositada pelos representados.

Como se pode ver, o principal temor residia no caráter *centralizador* que a Federação poderia ter, uma vez que representaria a submissão de todos à figura de um governo central, criando, na própria América, um substituto para a antiga dominação britânica. Os líderes da proposta federalista, buscando afastar esta objeção (e outras mais), lançaram-se com afinco na busca de uma forma adequada para que se pudesse realizar uma composição em torno da proposta federalista. Assim, passaram a explicar as bases do mecanismo de governo almejado e, em alguns pontos, a realizar adaptações necessárias para a eliminação de resistências mais encorpadas.

Com efeito, aponta CELSO RIBEIRO BASTOS:

“De um lado havia a necessidade de organizar-se um poder central forte e, de outro, havia a entranhada convicção de que os Estados não deviam abrir mão de sua soberania. A solução encontrada pelos constituintes de Filadélfia foi a de atribuir ao Estado federal tão-somente os poderes que fossem expressamente enunciados na Constituição. Destarte, apenas aquelas competências que passaram a ser definidas no Texto Constitucional como da alçada da União é que podiam ser desempenhadas pelo órgão central de poder. É preciso reconhecer o caráter extremamente pragmático do comportamento dos constituintes da Filadélfia. Cumpria, antes de mais nada, resolver o problema do conflito aparente de objetivos entre um governo central forte e autonomias locais, também robustas. (...) Quanto aos Estados-Membros, passaram eles a contar com todos os poderes que não fossem delegados à União ou que não estivessem expressamente proibidos de exercer, pela Constituição Federal. Essa técnica de repartição das competências é

ainda hoje a predominante na maioria das federações; consiste em atribuir poderes enunciados à União e os poderes remanescentes aos Estados-Membros. Sua grande virtude desde o início foi atender perfeitamente a exigências aparentemente contraditórias. A União, pela enunciação das competências que recebia, surgia suficientemente forte para impor-se em matérias específicas aos Estados-Membros. Estes, por sua vez, tinham também a certeza de continuar inteiramente soberanos, em tudo aquilo que não dissesse respeito às delegações expressamente feitas (1994:252).

A questão pertinente à ausência de mandato expresso, entretanto, mostrou-se inafastável, e foi solucionada da seguinte forma, bem sintetizada por DALMO DE ABREU DALLARI:

“Quanto ao aspecto processual, relativo ao problema da inexistência de mandato dos representantes, para decidir o ingresso na federação, foi proposto e aceito que a Constituição só entrasse em vigor depois de ratificada por nove, pelo menos, dos membros da confederação” (1995:217).

Destarte, resta posta uma ligeira trajetória histórica da gênese moderna de Estado Federal, a evidenciar a importância do processo histórico para a sua composição final. Isto não vem a cristalizar uma forma de federação como a única aceitável (ou mesmo “pura”) senão a indicar com clareza o relevo das experiências históricas (além de outros fatores) na formação de um dado “tipo” de federalismo. De fato, isto não está a impedir que povos que tenham passado por processos históricos distintos possam gozar dos benefícios da forma federativa de Estado, senão que o “tipo” resultante tende a apresentar algumas peculiaridades significativas, precisamente em razão deste processo histórico e de outros fatores (à guisa de exemplo poder-se-iam indicar as variantes culturais).

2.2. As Características do Estado Federal

Sem descuidar da possibilidade de variantes no “tipo” de Estado Federal em razão dos distintos processos históricos pelos quais tenham passado, a literatura em geral tem buscado assinalar um certo núcleo de características peculiares à esta forma de Estado. Neste passo parece ser oportuna a busca de uma sistemática elaboração de quais seriam as principais características do Estado Federal.

CELSO RIBEIRO BASTOS tentando destacar as principais características assinala:

“1ª) uma descentralização político-administrativa constitucionalmente prevista; 2ª) uma Constituição rígida que não permita a alteração da repartição de competências por intermédio da legislação ordinária. Se assim fosse possível, estaríamos num Estado unitário, politicamente descentralizado; 3ª) existência de um órgão que dite a vontade dos membros da Federação; no caso brasileiro temos o Senado, no qual reúnem-se os representantes dos Estados-Membros; 4ª) autonomia financeira, constitucionalmente prevista, para que os entes federados não fiquem na dependência do Poder Central; 5ª) a existência de um órgão constitucional encarregado do controle da constitucionalidade das leis, para que não haja invasão de competências” (1994:146).

Mais adiante, o mesmo autor expõe:

“É curioso notar como certas características fundamentais da federação não se alteram com o tempo e continuam até hoje a refletir fielmente as preocupações com que se houveram os constituintes da Filadélfia. Assim, a repartição de competências enunciadas, estabelecida em 1787 pelo recurso à técnica de competências enunciadas e competências remanescentes, permanece até hoje um elemento indispensável à federação, embora nem todas as

federações adotem as mesmas técnicas de partilha das competências, nem o façam segundo as mesmas dosagens. Como decorrência natural dessa primeira característica, tivemos desde o início, e ainda temos, a necessidade de assegurar que essa partilha de competência não seja subvertida no funcionamento normal das coisas. Em outras palavras, é preciso que o disposto na Constituição não se revele, na prática, letra morta. E para isso recorreu-se ao fortalecimento do Poder Judiciário, elemento também indispensável em toda federação. De nada adiantaria preocupar-se em repartir as competências entre União e Estados, se não houvesse um órgão em condições de superiormente dirimir os conflitos entre ambos. Daí porque, desde o início, ter o Poder Judiciário americano desfrutado de um grande prestígio na vida nacional. Prestígio este que mantém, de resto, até hoje. Como em muitos outros aspectos, a Federação americana acaba por ser uma criação da Suprema Corte daquele país, pela interpretação que faz do Texto Constitucional. É ainda inerente a toda federação um Texto Constitucional no qual se façam essas instituições presentes. Texto esse que não fique ao sabor de alteração por via de leis ordinárias, mas que só possa ser modificado por uma emenda à Constituição, produzida mediante a satisfação de requisitos bastante exigentes, envolvendo, inclusive, a participação dos próprios Estados. É esse elemento de estabilidade que acaba por assegurar a manutenção da partilha inicial de competências. Uma constituição escrita e uma constituição tecnicamente rígida, quer dizer, aquela que só por via de uma emenda constitucional pode ser alterada, constituem ainda hoje traços essenciais do federalismo. São as seguintes características principais de uma federação: - a união de certas entidades políticas autônomas (os Estados) para finalidades comuns; - a divisão dos poderes legislativos entre o go-

verno federal e os Estados componentes, divisão regida pelo princípio de que o primeiro é um ‘Governo de poderes enumerados’, enquanto os últimos são governos de ‘poderes residuais’; - a operação direta, na maior parte, de cada um desses centros de governo, dentro de sua esfera específica, sobre todas as pessoas e propriedades compreendidas nos seus limites territoriais; - a provisão de cada centro com o completo aparelhamento de execução da lei, quer por parte do Executivo, quer do Judiciário” (BASTOS, 1994:253-254).

A rigor pode-se observar uma certa confusão na enumeração do referido autor. Com efeito, ao lado de algumas repetições parecem aparecer, a cada momento, nuances novas não levadas em consideração previamente. Não que os aspectos apresentados não sejam relevantes. Longe disto. A sua exposição é que parece não se mostrar muito sistemática, o que vem a dificultar a compreensão das características realmente “essenciais” do Estado Federal.

Mantendo algumas das características enunciadas por CELSO RIBEIRO BASTOS, o professor DALMO DE ABREU DALLARI, mais sistematicamente assinala:

“São as seguintes as *características fundamentais do Estado Federal: A união faz nascer um novo Estado e, concomitantemente, aqueles que aderiram à federação perdem a condição de Estados.* No caso norte-americano, como no brasileiro e em vários outros, foi dado o nome de Estado a cada unidade federada, mas apenas como artifício político, porquanto na verdade não são Estados. *A base jurídica do Estado Federal é uma Constituição, não um tratado.* Baseando-se a união numa Constituição, todos os assuntos que possam interessar a qualquer dos componentes da federação devem ser conduzidos de acordo com as normas constitucionais. O tratado é mais limitado, porque só regula os assuntos nele previstos expressamente, além

de ser possível sua denúncia por qualquer dos contratantes, o que não acontece com a Constituição. *Na federação não existe direito de secessão.* Uma vez efetivada a adesão de um Estado este não pode mais se retirar por meios legais. Em algumas Constituições é expressa tal proibição, mas ainda que não o seja ela é implícita. *Só o Estado Federal tem soberania.* Os Estados que ingressarem na federação perdem sua soberania no momento mesmo do ingresso, preservando, contudo, uma autonomia política limitada. Pelo próprio conceito de soberania se verifica ser impossível a coexistência de mais de uma soberania no mesmo Estado, não tendo, portanto, qualquer consistência a pretensão de que as unidades federadas tenham soberania limitada ou parcial. *No Estado Federal as atribuições da União e as das unidades federadas são fixadas na Constituição, por meio de uma distribuição de competências.* Não existe hierarquia na organização federal, porque a cada esfera de poder corresponde uma competência determinada. No caso norte-americano os Estados, que estavam organizando a federação, outorgaram certas competências à União e reservaram para si, conforme ficou expresso na Constituição, todos os *poderes residuais*, isto é, aquilo que não foi outorgado à União. Esta regra tem variado nas Constituições dos Estados Federais, havendo alguns que tornam expressa a competência dos Estados e outorgam à União os poderes residuais, havendo casos, ainda, de atribuição de poderes expressos à União e às unidades federadas. Modernamente, tornou-se comum a atribuição de competências concorrentes, ou seja, outorga de competência à União e às unidades federadas para cuidarem do mesmo assunto, dando-se precedência, apenas nesse caso à União. A regra, portanto, no Estado Federal é a distribuição de competências, sem hierarquia. Assim sendo, quando se tratar de assuntos de compe-

tência de uma unidade federada, esta é que pode legislar sobre o assunto, não a União, e vice-versa. *A cada esfera de competência se atribui renda própria.* Este é um ponto de grande importância e que se só recentemente começou a ser cuidadosamente tratado. Como a experiência demonstrou, e é óbvio isso, dar-se competência é o mesmo que atribuir encargos. É indispensável, portanto, que se assegure a quem tem os encargos uma fonte de rendas suficientes, pois do contrário a autonomia política se torna apenas nominal, pois não pode agir, e agir com independência, quem não dispõe de recursos próprios. *O poder político é compartilhado pela União e pelas unidades federadas.* Existe um governo federal, do qual participam as unidades federadas e o povo, e existem governos estaduais dotados de autonomia política, podendo fixar sua própria orientação nos assuntos de seu interesse, desde que não contrariem a Constituição federal. Para assegurar a participação dos Estados no governo federal foi constituído o poder legislativo bicameral. O Senado é o órgão de representação dos Estados, sendo praxe, embora haja algumas exceções, assegurar-se a todas as unidades federadas igual número de representantes. Na outra Casa do poder legislativo é o povo quem se faz representar. *Os cidadãos do Estado que adere à federação adquirem a cidadania do Estado Federal e perdem a anterior.* Não há uma coexistência de cidadanias, como não há também, em relação aos direitos de cidadania, um tratamento diferenciado entre os que nasceram ou residam nas diferentes unidades da federação. A Constituição Federal estabelece os direitos básicos dos cidadãos, que as unidades federadas podem ampliar, não restringir” (1986:15-24, grifos do original).

Esta caracterização do Estado Federal, por sua vez, mesmo sendo mais sistemática, deixa de registrar um ponto

relevante, qual seja, *a necessidade de existência de um órgão constitucional encarregado do controle da constitucionalidade das leis, para que não haja invasão de competências.*

Como se pode ver, não é tarefa simples delinear as características tidas por “essenciais” de um Estado Federal. Nada obstante isto, as duas caracterizações ora apresentadas, mesmo em sua amplitude, denotam uma complementaridade naquilo em que não coincidem.

Assim, poder-se-ia reconhecer e indicar, em um rol exemplificativo, as seguintes características do Estado Federal: I - O nascimento de um Estado novo e a conseqüente perda, por parte das unidades federadas, da condição de Estado; II - O Estado Federal tem por base uma Constituição, e não um Tratado; III - Inexiste, no Estado Federal, o direito à secessão; IV - Apenas o Estado Federal possui Soberania, cumprindo não confundir Estado Federal com a União; V - Uma descentralização político-administrativa, prevista constitucionalmente, da qual decorre a correspondente autonomia política e administrativa; VI - Há uma divisão de competências de sede constitucional entre os entes federados, de sorte a determinar suas atribuições e impedir a sua mudança ao bel-prazer dos mesmos; VII - A cada esfera de competências se atribui renda própria, o que equivale dizer que se reconhece a necessidade de autonomia financeira dos entes federados; VIII - Há uma partilha de poder político entre os entes federados, tanto pela outorga de autonomia política dentro da esfera de competências correspondente como pela possibilidade das unidades federadas participarem da formação da vontade federal (via de regra em uma Casa Legislativa específica para a sua representação - o Senado); IX - Os cidadãos do Estado que adere à federação perdem a sua cidadania e adquirem a do Estado Federal; e, X - Deve

existir um órgão constitucional encarregado do controle de constitucionalidade das leis, de sorte a impedir a invasão de competências.

2.3. Duas Notas para o Ente Federado

Observou-se acima quais seriam as principais características do Estado Federal. Entretanto, antes de encerrar este passo, cumpre observar que há, no conjunto destas características, dois elementos de grande importância, não apenas para a caracterização do Estado Federal, mas também para a caracterização de *ente federado*.

Estes dois elementos são a *autonomia* e a *participação*, chamados, por alguns, de princípios capitais de todo o sistema federativo. PAULO BONAVIDES apresenta tais elementos sob a condição de verdadeiras leis do federalismo. Diz ele esclarecendo o seu significado:

“Há, segundo George Scelle, dois princípios capitais que são a chave de todo o sistema federativo: a lei da participação e a lei da autonomia. Mediante a lei de participação, tomam os Estados-membros parte no processo de elaboração da vontade política válida para toda organização federal, intervêm com voz ativa nas deliberações de conjunto, contribuem para formar as peças do aparelho institucional da Federação e são no dizer de Le Fur partes tanto na criação como no exercício da ‘substância mesma da soberania’, traços estes que bastam já para configurá-los inteiramente distintos das províncias ou coletividades simplesmente descentralizadas que compõe o Estado unitário. Através da lei da autonomia manifesta-se com toda clareza o caráter estatal das unidades federadas. Podem estas livremente estatuir uma ordem constitucional própria, estabelecer a competência dos três poderes que habitualmente integram o Estado (executivo, legislativo e judiciário) e exercer desembaraçadamente

todos aqueles poderes que decorrem da natureza mesma do sistema federativo, desde que tudo se faça na estrita observância dos princípios básicos da Constituição federal. A participação e a autonomia são processos que se inserem na ampla moldura da Federação, envolvidos pelas garantias e pela certeza do ordenamento constitucional superior - a Constituição federal, cimento de todo o sistema federativo. Tanto a participação como a autonomia existem em função das regras constitucionais supremas, que permitem ver na Federação, como viu Tocqueville no século XIX, duas sociedades distintas, ‘encaixadas uma na outra’, a saber, o Estado federal e os Estados federados harmonicamente superpostos e conexos (1995:181).

2.3.1. A “Lei da Participação”

Quanto à *participação*, é registro dos mais insígnis autores a sua importância na caracterização de um ente federado. Vê-se este traço com AMARO CAVALCANTI em seu “Regime Federativo e a República Brasileira”:

“Não há dúvida, também pensamos nós, que é na organização *toda especial do poder público*, que reside o caráter distintivo da Federação ou *Estado-federal, em confronto com o Estado simples ou unitário; e é igualmente de admitir, que o que dá especialidade* àquela organização, é, *precisamente, a participação dos Estados federados na formação da vontade soberana da União* (1983:75, grifos do original).

GEORG JELLINEK, em sua “Teoria Geral do Estado” observa que, ainda que o poder do Estado Federal decorra tão-somente da Constituição como resultante da unidade do “povo federal” (sem que se leve em conta o poder dos Estados-Membros) deve-se ver que os Estados-Membros, ainda assim, deverão participar do poder federal. São palavras suas:

“También en el segundo caso se reconoce a los Estados el derecho a participar en el poder federal; de suerte que los Estados miembros son órganos de este poder, lo que significa, en general, una exaltación de su influjo político y de la situación del poder. Todos los Estados republicanos federales tienen una de sus dos cámaras organizada como cámara de los Estados, en la que todos éstos son iguales por tener igual número de representantes” (2000:664).

A CARRÉ DE MALBERG essa marcança exigência da época também não passou despercebida, tal como registra em sua “Teoria Geral do Estado”:

“El signo distintivo del Estado federal, a este respecto, consiste en efecto en que los Estados particulares son llamados como tales a participar en su potestad y a concurrir a la formación de su voluntad. (...) Pero los Estados particulares participan en la potestad federal porque precisamente son llamados por la constitución federal a ser órganos del Estado federal. Esta participación es una condición esencial del Estado federal: el mismo nombre de este Estado implica en si federalismo. Además, es por su condición de Estados por lo que los Estados particulares reciben de la constitución federal el derecho a participar, como órganos, en la formación de la voluntad federal “(2001:113)!”.

CARL SCHMITT em sua “Teoria da Constituição” constata de forma sintética e precisa:

“La Federación, como unidad política, necesita ser representada. Representante de la Federación es, por razón natural, la Asamblea federal como Asamblea de representantes de las unidades políticas que forman la Federación” (1996:364).

Por fim, este mesmo entendimento é esposado por HANS Kelsen ao expor, em sua “Teoria Geral do Direito e do Estado”:

“Corresponde ao tipo ideal do Estado federal que os Estados componentes

sejam igualmente representados na casa dos Estados ou Senado, que cada Estado componente, independentemente do seu tamanho, isto é, sem se levar em conta a extensão do seu território ou o número de seus habitantes envie o mesmo número de representantes à Casa dos Estados ao Senado. (...) Essa composição da Casa dos Estados, ou Senado, garante que os Estados componentes, as comunidades locais, ‘como tais’, tomem parte no processo central de legislação, o que equivale a um elemento de descentralização. Mas esse elemento de descentralização, baseado na idéia de igualdade dos Estados componentes é quase completamente neutralizada pelo fato de que a Casa dos Estados aprova as suas resoluções de acordo com o princípio de maioria. Em virtude disso o seu órgão legislativo é destituído do seu caráter internacional” (1998:454).

Esta última observação de Kelsen já acena no sentido da necessidade de se ter uma certa cautela em se erigir a “lei de participação” em um critério inexorável para a consideração de um dado ente como ente federado, pois, se bem observada, a realidade institucional dos povos tende a mitigar o peso da crença na “real e efetiva” participação dos entes federados na formação da vontade do Estado Federal. Não é outra razão que faz com que JAVIER PEREZ ROYO em seu “Curso de Derecho Constitucional” assinala que:

“Tanto la composición de la Cámara como el procedimiento de designación de sus miembros varía muchísimo. En algunos casos los Estados miembros están en posición de absoluta igualdad, independientemente de su población y extensión territorial, como en los Estados Unidos, mientras que en otros se toman en consideración los criterios de población y territorio para determinar el número de representantes en la Segunda Cámara, aunque con correcciones que favorecen a los Estados

com menos población, como en Alemania” (1995:697).

Com vistas a isso, ele percebe que, relativamente à sistemática de nomeação de tais representantes, há diversos critérios adotados nos diversos Estados Federais:

“Por lo que a la designación de los miembros de la Cámara se refiere, se siguen vários criterios: 1. Elección por el cuerpo electoral. 2. Designación por el Parlamento o por el Gobierno de los direrentes Estados miembros. 3. Libertad en la fijación del procedimiento de designación a los Estado miembros” (ROYO, 1995:698).

Como assevera este autor, tendo o Estado Federal surgido com o fito de equiparar-se (e, mesmo, superar) ao Estado Unitário, isso fez com que a teoria do Estado Federal se tenha formado, particularmente, a partir da experiência americana.

Com efeito, diz o ilustre professor espanhol:

“Por eso, no existe ninguna teoría del Estado Federal antes de la existência de éste, a diferencia de lo que ocurrió respecto del Estado Unitario. No existía ni siquiera el nombre. El Estado Federal se impone en la práctica y una vez que se há impusto se inicia la racionalización teórica del mismo y se le da el nombre de Estado Federal. Y por eso también, el concepto de Estado Federal es un concepto mucho menos preciso que el concepto de Estado Unitario. Mientras que en el concepto de Estado Unitario se reflejan procesos históricos en lo que tienen de homogéneos política, social y económicamente en prácticamente todo el mundo, el concepto de Estado Federal lo que se reflejan son las circunstancias históricas particulares de cada uno de los Estados constituidos de esta manera” (ROYO, 1995:673).

O resultado disso é por ele constatado como sendo a incapacidade da doutrina de se por de acordo acerca de uma definição única do Estado Federal, recorrendo,

por vezes, à substituição desta pela descrição exemplificativa das características que se consideram indispensáveis a um Estado Federal (ROYO, 1995:673).

Da mesma forma, JORGE MIRANDA, em sua “Teoria do Estado e da Constituição”, após apresentar como um dos “princípios diretivos” do Estado Federal a “intervenção institucionalizada dos Estados Federados na formação da vontade política e legislativa federal, através de órgãos federais com adequada representação dos Estados (senados ou conselhos federais, os primeiros com titulares eleitos e os segundos com titulares delegados dos Governos locais)” (2002:309), salienta que:

“Naturalmente, são diferentes as concretizações destes princípios. Porém, mais do que isso, nem sempre eles se verificam e, por isso, torna-se necessário considerar Estados federais de mais de um tipo ou grau: pelo menos, Estados federais *perfeitos e imperfeitos*. Os primeiros são os que apresentam todas aquelas características (como os Estados Unidos ou a Suíça). Os segundos são os que apresentam a maior parte delas, mas não todas, nomeadamente a intervenção dos Estados nas modificações da Constituição federal (como o Brasil ou a Rússia)” (2002:310, grifos do original).

Como se pode ver, os requisitos para a consideração de um dado ente como ente federado não se apresentarão sempre da mesma forma, cabendo analisar o peso da formação histórico-político-social de cada Estado Federal para se definir até onde se verificarão mitigações, ausências ou alterações nas características básicas de um Estado Federal e, por via de consequência, de um ente federado.

Isso se deve ao fato de que, se até mesmo os Estados-Membros são considerados como criações constitucionais, obtendo da Constituição Federal o seu *status* e competências, é a mesma Constitui-

ção que poderá, como resultado do Poder Constituinte Originário, estabelecer citadas peculiaridades quanto ao Estado Federal por ela criado, em relação ao modelo norte-americano.

Esse posicionamento é muito bem lembrado por AMARO CAVALCANTI ao dizer:

“De certo; é, como órgãos, devidamente reconhecidos ou autorizados pelos dispositivos da constituição federal, que eles tomam parte na formação a vontade do Estado coletivo ou do Estado-federal, e não, em virtude de outro poder ou direito, que lhes sejam essencialmente inerentes, como pessoas jurídicas independentes. (...) Juridicamente, é sem dúvida necessário considerar os Estados-membros, como criações da Constituição federal, a fim de guardar à federação o caráter de Estado e a unidade da soberania. Quais, e quantos, sejam os direitos e faculdades que devam constituir o poder dos Estados particulares, e até onde devam os mesmos contribuir, como órgãos do poder federal, - não há uma regra fixa ou padrão obrigado; tudo depende da Constituição federal - cujas disposições concernentes, para guardar a devida prudência e critério, deverão ajustar-se, o melhor possível, aos dados históricos, e às relações existentes dos interesses e condições da vida política local para com a nacional e vice-versa”(1983:77).

Tal raciocínio (escorado particularmente nos artigos 1º, *caput* e 18 *caput* da C.F./88) é que tem tornado palatável à doutrina constitucional brasileira contemporânea aceitar - sem desenvolver maiores cogitações sobre a “lei da participação” em relação aos entes federados - a figura do Município como ente federado, bastando para tanto a expressa qualificação constitucional.

Da mesma forma MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO preleciona:

“A Constituição Federal prevê o Município como entidade federativa (art.

1º), lhe confere competência (art. 30) e lhe discrimina rendas (art.156). Encerra-se, com isso, a polêmica doutrinária sobre a natureza do Município, que alguns entendiam não ser entidade federativa por ter sido omitido no texto do art. 1º da EC n. 1/69. A competência que lhe é concedida pela Constituição, o é, aliás, nos mesmos termos que a da União. Esta e o Município têm os poderes enumerados; os Estados-Membros, os poderes remanescentes” (2005:70).

Outros autores, como LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, procuram apresentar a questão pelo menos referencialmente. Dizem eles:

“Como já vimos, a doutrina discute sobre a integração ou não do Município no Estado Federal. Alguns autores entendem que não é parte essencial da Federação. Afirmam, para tanto, que, quando do nascimento da Federação, o Município não integrava as duas ordens jurídicas necessárias à formação do Estado Federal. Asseveraram ainda que o Município não tem todos os característicos do Estado-membro, pois não possui representação na elaboração a vontade geral (Senado Federal), nem tampouco sobre intervenção da União Federal. Realmente o Município não tem tais característicos, mas inegavelmente integra a Federação brasileira. O art. 1º traz o Município como integrante da forma federativa de Estado, preconizando que a República Federativa do Brasil é ‘formada pela união indissolúvel dos Estados e *Municípios* e do Distrito Federal’. Dessa forma, o Município integra a ordem administrativa e política, tendo reconhecida a sua autonomia, como se verifica do art. 18 da Constituição Federal. Ademais, a autonomia municipal é tema prestigiado pelo constituinte federal, que a colocou entre os princípios sensíveis, de necessária obediência pelo constituinte decorrente (art. 34, VII, c) e cuja inobservância implica a decretação

de intervenção federal no respectivo Estado-membro. Assim sendo, afigura-se-nos indisputável a natureza federativa dos Municípios dentro dos parâmetros da Carta de 1988” (2005:283, grifos do original).

No entanto esse posicionamento tem feito com que autores dissonantes, como JOSÉ AFONSO DA SILVA (mesmo aceitando aparentemente a municipalidade como ente federado) tenham buscado apresentar outras normas constitucionais, que não tratariam os Municípios como entes federados, a fim de “provar” o erro daqueles que assim os qualificam. Com efeito, diz ele:

“Mas no Brasil o sistema constitucional eleva os Municípios à categoria de entidades autônomas, isto é, entidades dotadas de organização e governo próprios e competências exclusivas. Com isso, a Federação Brasileira adquire peculiaridade, configurando-se nela, realmente, três esferas governamentais: a da União (governo federal), a dos *Estados Federados* (governos estaduais) e a dos *Municípios* (governos municipais), além do *Distrito Federal*, a que a Constituição atual conferiu autonomia. E os Municípios transformaram-se mesmo em unidades federadas? A Constituição não o diz. Ao contrário, existem 11 ocorrências das expressões ‘unidade federada’ e ‘unidade da Federação’ (no singular ou no plural) referindo-se apenas aos Estados e Distrito Federal, nunca envolvendo os Municípios” (2005:300, grifos do original).

As referidas ocorrências citadas por JOSÉ AFONSO DA SILVA são pertinentes aos seguintes artigos: 34, II, IV e V; 45, § 1º; 60, III; 85, II; 132; 159, § 2º; 225, § 1º, III da Constituição Federal e os artigos 13, § 4º e 34, § 9º do ADCT (2005:300, nota 25). A análise deles revela que, em várias ocasiões, a interpretação sistemática exige que eles se reportem apenas às entidades a que se referem, o que não traz nenhum óbice à consideração dos Municípios como

entes Federados.

A opinião de JORGE MIRANDA bem revela o quanto pode ser tormentosa a questão:

“Situação particularíssima vem a ser a do Brasil, onde se articulam federalismo em nível de Estados e regionalismo político em nível de Municípios. (...) Os municípios são, pois, entidades políticas integrantes da estrutura do Estado, embora não propriamente entidades estatais de 2º grau” (2002:311).

Se o ilustre professor português quis, com isso, dizer que os Municípios são *entes federados de 3º grau*, nada a reparar. No entanto, se procurou disfarçar uma nota autárquica descaracterizadora do Município como ente federado, (o que não parece ser sua intenção, diga-se) andou muito mal, uma vez que desconsiderou a autonomia política deste, item que falta aos entes administrativos estatais.

2.3.2. A “Lei da Autonomia”

Já no que tange à *autonomia* cumpre assinalar que não se há de confundir-la com a Soberania, pois, como bem explicam CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS:

“Soberania é o atributo que se confere ao poder do Estado em virtude de ser ele juridicamente ilimitado. Um Estado não deve obediência jurídica a nenhum outro Estado. Isto o coloca, pois, numa posição de coordenação com os demais integrantes da cena internacional e de superioridade dentro do seu próprio território; daí ser possível dizer da soberania que se trata de um poder que não encontra nenhum outro acima dele na arena internacional e nenhum outro que lhe esteja, nem mesmo em igual nível, na ordem interna. A autonomia, por outro lado, é a margem de discricção de que uma pessoa goza para decidir sobre os seus negócios, sendo essa margem sempre

delimitada pelo próprio direito. Daí porque se falar que os Estados-Membros são autônomos, ou que os municípios são autônomos; ambos atuam dentro de um quadro ou moldura jurídica definida pela Constituição Federal. Autonomia, pois, não é uma amplitude incondicionada ou ilimitada de atuação na ordem jurídica, mas tão-somente, a disponibilidade sobre certas matérias, respeitados, sempre, os princípios fixados na Constituição. Autonomia, destarte, é uma área de competência circunscrita pelo direito, enquanto a soberania não encontra qualquer espécie de limitação jurídica. O Estado Federal é soberano do ponto de vista do direito internacional, ao passo que os diversos Estados-Membros são autônomos do ponto de vista do direito interno. Eles gozam, como visto, de uma ampla margem de autonomia dentro das competências que lhes são fixadas pela Constituição Federal (1988:219-220).

A Soberania pertenceria, assim, ao Estado Federal tomado como um todo, apenas “tomando de empréstimo” à União alguns órgãos para a manifestação da Soberania na ordem internacional. Dizem os mesmos autores:

“Com relação a quem seria soberano dentro do Estado Federal já muito se discutiu. Houve época em que se entendeu fossem os Estados-Membros os soberanos. Em outras ocasiões preferiu-se dizer que a soberania caberia simultaneamente aos Estados-Membros e à União. Hoje prevalece a doutrina segundo a qual soberano é o Estado total, é a República Federativa do Brasil, que expressa a sua soberania na ordem internacional através dos órgãos da União” (BASTOS; MARTINS: 1988:220).

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, a autonomia federativa denotar-se-ia pela presença de dois elementos básicos. Eis a sua observação:

“A *autonomia federativa* assenta-se em dois elementos básicos: (a) na existên-

cia de *órgãos governamentais próprios*, isto é, que não dependam dos órgãos federais quanto à forma de seleção e investidura; (b) *na posse de competências exclusivas*, um mínimo, ao menos, que não seja ridiculamente reduzido. Esses pressupostos da autonomia federativa estão configurados na Constituição (arts. 18 a 42)” (2003:100).

Pois bem, os dois elementos, quais sejam, a autonomia (política, administrativa e financeira) e a participação, é que se prestariam para caracterizar a unidade federada, o ente federado. Deste modo, vale a pena considerar o Município como legítimo ente federado desde que se verifique a coexistência destes elementos na sua configuração. É o que se pretende ver a seguir, inclusive com uma abordagem diferenciada da questão da participação.

3. O Município Brasileiro como Ente Federado

É chegado o momento de lançar vistas sobre a posição do Município brasileiro na organização nacional, especialmente sob a perspectiva dos dois elementos que parecem ser tidos como capazes de denotar um ente federado quais sejam, a autonomia e, notadamente, a questão tormentosa da participação destes na formação da vontade federal.

Antes de proceder a esta análise, contudo, mostra-se interessante fazer um breve e perfunctório registro da situação das municipalidades dentro da história institucional brasileira.

3.1. Breves Notas sobre a Autonomia Municipal na História Institucional Brasileira

Tratar-se-ia de grande atrevimento pretender abordar a fundo, neste pequeno estudo, a trajetória da autonomia municipal na história institucional brasileira.

Entretanto, a indicação da sua ampliação ou restrição pode ser útil à formação de uma visão mais ampla das dificuldades encontradas na afirmação de sua autonomia tríplice (política, administrativa e financeira), elemento este de suma importância para a caracterização de ente federado.

O primeiro momento a ser observado sucintamente é o do período colonial do Brasil. Com efeito, como assinala HELY LOPES MEIRELLES:

“No período colonial, a expansão municipalista foi restringida pela idéia centralizadora das Capitânicas, afogando as aspirações autonômicas dos povoados que se fundavam e se desenvolviam mais pelo amparo da Igreja que pelo apoio dos donatários. Mesmo assim, as Municipalidades de então tiveram inegável influência na organização política que se ensaiava no Brasil, arrogando-se, por iniciativa própria, relevantes atribuições de governo, de administração e de justiça. Realizavam obras públicas, estabeleciam posturas, fixavam taxas, nomeavam juizes-almotacéis, recebedores de tributos, depositários públicos, avaliadores de bens penhorados, alcaides-quadrilheiros, capitães-mores de ordenanças, sargentos-mores, capitães-mores de estradas, juizes da vintena e tesoureiros-menores. Julgavam injúrias verbais e, não raras vezes, num incontido extravasamento de poder, chegaram essas Câmaras a decretar a criação de arraiais, a convocar ‘juntas do povo’ para discutir e deliberar sobre interesses da Capitania, a exigir que governadores comparecessem aos seus povoados para tratar de negócios públicos de âmbito estritamente local, a suspender governadores de suas funções, e até mesmo depô-los, como fez a Câmara do Rio de Janeiro com Salvador Correia de Sá e Benevides, substituído por Agostinho Barbalho Bezerra” (1996:34-35).

O papel desempenhado por estas municipalidades, tal como se pode ver, era de

natureza ampla, comportando, inclusive, uma certa parcela do Poder Judiciário para o julgamento de certas causas.

Com a independência e a outorga da Constituição Imperial de 1824², foram instituídas Câmaras Municipais em todas as cidades e vilas existentes - bem como seriam nas que porventura fossem sendo criadas. Estas Câmaras teriam caráter eletivo e seriam presididas pelo vereador mais votado. Sua competência abrangia o governo econômico e municipal das cidades e vilas e, especialmente, o exercício de suas funções municipais, a formação das suas Posturas policiais, a aplicação das suas rendas, e outras atribuições a serem definidas e regulamentadas em lei ordinária. O advento desta lei se deu em 1º de outubro de 1828, cuidando do processo de eleição dos vereadores e juizes de paz, além de catalogar todas as atribuições das Câmaras Municipais. A surpresa se fez em relação à autonomia municipal. Esta lei veio trazer a mais estrita subordinação administrativa e política aos presidentes das Províncias. Destruíram-se, por meio desta lei ordinária, as franquias locais conquistadas na Carta Magna do Império.

Como assinala HELY LOPES MEIRELLES:

“O centralismo provincial não confiava nas administrações locais e poucos foram os atos de autonomia praticados pelas Municipalidades, que, distantes do poder central, e desajudadas pelo governo da Província, minguavam no seu isolamento, enquanto os presidentes provinciais cortejavam o Imperador, e o Imperador desprestigiava os governos regionais, na ânsia centralizadora que impopularizava o império. Na vigência da Lei regulamentar de 1828, que perdurou até a República, as Municipalidades não passaram de uma divisão territorial, sem influência na política e sem autonomia na gestão de seus interesses, ante a expressa declaração da-

quele diploma de que as Câmaras eram *corporações meramente administrativas* (art. 24). Desprestigiadas politicamente, jungidas à Província e despojadas do poder judicante, as Municipalidades do Império contrastaram gritantemente com a organização anterior, do Município colonial, que desfrutava de franquias mais largas e consentâneas com as suas finalidades. Esse sufocamento das Municipalidades tornou-se tão evidente que o Ato Adicional (Lei 16, de 12.8.1834), ao reformar a Constituição Imperial de 1824, enveredou pela descentralização, mas incorreu em igual erro ao subordinar as Municipalidades às Assembléias Legislativas provinciais em questões de exclusivo interesse local (art. 10). Mais tarde, em 12.5.1840, a Lei 105 procurou remediar o mal, dando interpretação mais ampla a dispositivos do Ato Adicional, de modo a restituir algumas franquias ao Município. Nem assim ficaram as Municipalidades aptas a uma boa administração, porque a Lei regulamentar de 1828, que uniformizara toda a organização dos Municípios, não lhes dava órgãos adequados às suas funções” (1996: 35-36, grifos do original).

A proclamação da República veio a instaurar o Federalismo, inclusive declarando os Estados-Membros “Soberanos” ao invés de autônomos, imprecisão esta que marcou época nas Constituições estaduais que a repetiram. A Constituição republicana de 1891 veio ofertar um modelo novo a ser desenvolvido no âmbito estadual: tratava-se do resguardo, pela Lei Maior da autonomia Municipal em tudo que fosse de seu “peculiar interesse”, o que deveria ser observado pelos Estados-Membros quando se organizassem. As Constituições estaduais buscaram moldar as Municipalidades com maior ou menor amplitude na administração, de sorte a efetivar o que garantia a Magna Carta. Por sua vez, as Leis Orgânicas reafirmaram este princípio e de-

terminaram as atribuições municipais cabíveis. Entretanto, na prática, isto não se deu. Como observa HELY LOPES MEIRELLES:

“Durante os 40 anos em que vigorou a Constituição de 1891, não houve autonomia municipal no Brasil. O hábito do centralismo, a opressão do *coronelismo* e a incultura do povo transformaram os Municípios em feudos de políticos truculentos, que mandavam e desmandavam nos ‘seus’ distritos de influência, como se o Município fosse propriedade particular e o eleitorado um rebanho dócil ao seu poder” (1996: 37, grifos do original).

A Constituição de 1934 trouxe uma orientação nova para a questão municipal. Acenava-lhe com um merecido renascimento. Valendo-se da funesta experiência do regime anterior, a qual deixou bem claro que não bastava a enunciação da autonomia municipal para que esta de fato se efetivasse, os constituintes observaram com acerto que as Municipalidades precisavam não só de um governo próprio, mas, antes e acima de tudo, de rendas próprias que lhe garantissem a realização de seus serviços públicos e viabilizassem o progresso material do Município. HELY LOPES MEIRELLES coloca:

“Fiel a essa orientação, a Constituinte de 1934 inscreveu como princípio constitucional a autonomia do Município *em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, especialmente a eletividade do prefeito e dos vereadores, a decretação de seus impostos e a organização de seus serviços* (art. 13). Depois de dar os lineamentos da autonomia, concretizando-a em providências, passou a Constituição de 1934 a *discriminar* as rendas pertencentes ao Município (art. 13, § 2º, I a V). Pela primeira vez uma Constituição descia a tais minúcias, para resguardar um princípio tão decantado na teoria quanto esquecido na prática dos governos anteriores” (1996: 38, grifos do original).

A brevíssima vigência desta Carta não permitiu, contudo, uma ponderação segura dos frutos desta inovação.

O período posterior à Carta Magna de 1937 trouxe um regime ditatorial, fortemente marcado pelo intervencionismo do poder central nas demais esferas federadas. O ditador nomeava o interventor de cada Estado, o qual assumia, de fato, o caráter de governador. Por sua vez, este interventor escolhia prepostos para ocuparem as prefeituras. A leitura de HELY LOPES MEIRELLES é bem acertada ao dizer que:

“Todas as atribuições municipais enfeixavam-se nas mãos do prefeito, mas acima dele pairava soberano o *Conselho Administrativo* estadual, órgão controlador de toda a atividade municipal, que entravava eficientemente as iniciativas locais. Àquele tempo os interesses municipais ficaram substituídos pelo interesse individual do prefeito em manter-se no cargo à custa de subserviência às interventorias. (...) Pode-se afirmar, sem vislumbre de erro, que, no regime de 1937, as Municipalidades foram menos autônomas que sob o centralismo imperial, porque, na Monarquia, os interesses locais eram debatidos nas Câmaras de Vereadores e levados ao conhecimento dos governadores (Lei de 1828) ou das Assembléias Legislativas das Províncias (Ato Adicional de 1834), que proviam a respeito, ao passo que, no sistema interventorial do Estado Novo, não havia qualquer respiradouro para as manifestações locais em prol do Município, visto que os prefeitos nomeados governavam discricionariamente, sem a colaboração de qualquer órgão local de representação popular” (1996: 38-39, grifos do original).

Já em 1946 o Município ressurgia, novamente, em suas feições de *self-government* de natureza local. A Constituinte redemocratizadora que precedeu a Constituição de 1946 veio cristalizar a força do municipalismo e consagrar no texto em

questão uma tríplice autonomia: política, administrativa e financeira. O que se buscava, a rigor era patrocinar uma descentralização política de porte e equitativa, de forma a desmontar a estrutura hierárquica hipertrofiada moldada pelo poder ditatorial antecedente, bem como conferir autonomia harmônica à União, Estados e Municípios, de forma a não se comprometer a estrutura Federal nem se destruir ou desequilibrar a autonomia de Estados e Municípios. Mais uma vez é HELY LOPES MEIRELLES quem assinala com percuciência que:

“Dentro desse esquema, ficou assegurada a autonomia política, administrativa e financeira: *pela eleição do prefeito e dos vereadores* (art. 28, I); *pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e especialmente à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas, bem como à organização dos serviços públicos locais* (art. 28, II). Além das rendas exclusivas do Município (art. 29), a Constituição de 1946 lhe deu participação em alguns tributos arrecadados pelo Estado e pela União (art. 15, §§ 2º e 4º, 20, 21 e 29)” (1996: 40, grifos do original).

A ditadura militar de 1964 trabalhou a Constituição de 1967 e, em seu recrudescimento, trouxe funestíssimas mudanças com a Emenda Constitucional nº 01/1969, a qual, para muitos, seria uma nova Carta Constitucional. Estava novamente vigente um regime de forte vocação centralizadora, trazendo para o seio do Executivo federal a maior monta de poderes, nada obstante houvesse sido mantido o regime federativo e reconhecida a autonomia estadual e municipal. As franquias conquistadas pelas Municipalidades foram sendo limitadas, tendo lugar assim uma degeneração da tríplice autonomia (política, administrativa e financeira). Exemplos destas limitações podem ser vistos na obrigatoriedade da nomeação de prefeitos das Capitais, das

estâncias hidrominerais e dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional (v. art. 15, § 1º, alíneas “a” e “b”); na sujeição da remuneração dos vereadores aos limites e critérios estabelecidos em lei complementar federal (art. 15, § 2º, com a redação dada pela Emenda nº 04/1975); na ampliação dos casos de intervenção do Estado no Município (art. 15, § 3º, alíneas “a” a “f”), etc.

3.2. A Autonomia Municipal na Carta Constitucional de 1988

O fim do regime militar e a redemocratização nacional trouxeram uma nova Constituição: a “Constituição Cidadã” de 1988. Marco no Constitucionalismo brasileiro, esta obra trouxe um alento ímpar para a sofrida autonomia municipal. O Brasil lança-se na vanguarda da tipologia federativa ao acolher o Município com entidade federada de terceiro grau (observe-se que inexistente hierarquia!). PAULO BONAVIDES assinala com entusiasmo:

“Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia” (1999: 314).

Observando o significado de uma tal configuração, CELSO RIBEIRO BASTOS assevera:

“Embora isso desatenda àqueles estudiosos que preferiam a adoção de um modelo mais clássico de federação, onde se desconhece a ordem municipal no próprio nível da Constituição, não se pode negar que nesse particular andou bem o

constituente ao incluir o município como parte integrante da Federação. O argumento principal é que, sendo a autonomia municipal um dos centros de polarização de competência constitucional a ser exercida de forma autônoma, não se vê por que não hão de, os municípios, figurar naquele próprio artigo que fornece o perfil jurídico-político da República Federativa do Brasil” (1994: 258).

E aduz mais adiante, buscando conceituar a Municipalidade dentro desta nova realidade:

“O princípio federativo brasileiro se traduz pela autonomia recíproca constitucionalmente assegurada da União, dos Estados Federados e dos Municípios. O Município é peça estrutural do regime federativo brasileiro, à semelhança da União e dos próprios Estados. A Constituição Federal estabelece uma verdadeira paridade de tratamento entre o Município e as demais pessoas jurídicas, assegurando-lhe autonomia de autogoverno, de administração própria e de legislação própria no âmbito de sua competência (arts. 29, I, e 30 e incisos). Autonomia que se confirma pelo disposto no art. 35, que proíbe a intervenção do Estado nos Municípios, salvo ocorrendo uma das hipóteses autorizadoras. O Município pode ser definido como pessoa jurídica de direito público interno, dotado de autonomia assegurada na capacidade de autogoverno e da administração própria” (BASTOS, 1994: 276-277).

De fato, a Constituição Federal de 1988 pretendeu integrar o Município na Federação como entidade de terceiro grau, pelo que deu conformação ímpar na história nacional à sua tríplice autonomia (política, administrativa e financeira). É o sentir de HELY LOPES MEIRELLES:

“A característica fundamental da atual Carta é a ampliação da autonomia municipal no tríplice aspecto político, administrativo e financeiro, conforme estabelecido

nos arts. 29 a 31, 156, 158, e 159, outorgando-lhe inclusive, o poder de elaborar a sua lei orgânica (Carta Própria), anteriormente adotada apenas pelo Estado do Rio Grande do Sul, desde a Lei de Júlio de Castilhos, de 12.1.1897. (...) A posição atual dos Municípios brasileiros é bem diversa da que ocuparam nos regimes anteriores. Libertos da intromissão discricionária dos governos federal e estadual e dotados de rendas próprias para prover os serviços locais, os Municípios elegem livremente seus vereadores, seus prefeitos e vice-prefeitos e realizam o *self-government*, de acordo com a orientação política e administrativa de seus órgãos de governo. Deliberam e executam tudo quanto respeite ao interesse local, sem consulta ou aprovação do governo federal ou estadual. Decidem da conveniência ou inconveniência de todas as medidas de seu interesse; entendem-se diretamente com todos os Poderes da República e do Estado, sem dependência hierárquica à Administração federal ou estadual; manifestam-se livremente sobre os problemas da Nação; constituem órgãos partidários locais e realizam convenções deliberativas; e suas Câmaras cassam mandatos de vereadores e prefeitos no uso regular de suas atribuições de controle político-administrativo do governo local. Em face dessas atribuições, já não se pode sustentar, como sustentavam alguns publicistas, ser o Município uma entidade *meramente administrativa*. Diante de atribuições tão eminentemente políticas e de um largo poder de autogoverno, a sua posição atual, no seio da Federação, é a de entidade *político-administrativa* de terceiro grau, como bem salientavam os comentaristas da Constituição (1996: 42 e 43, grifos do original).

Desta forma, os Municípios na atual composição do Estado Federal brasileiro gozam, efetivamente, da mais ampla autonomia tripartida (política, administrativa e financeira).

ALEXANDRE DE MORAES, alterando um pouco a terminologia, também reconhece a existência desta tríplice autonomia municipal na Magna Carta de 1988. Diz ele:

“A autonomia municipal, da mesma forma que a dos Estados-membros, configura-se pela tríplice capacidade de *auto-organização e normatização própria, autogoverno, e auto-administração*. Dessa forma, o município *auto-organiza-se* através de sua Lei Orgânica Municipal e, posteriormente, por meio da edição de leis municipais; *autogoverna-se* mediante a eleição direta de seu prefeito, vice-prefeito e vereadores, sem qualquer ingerência dos Governos Federal e Estadual; e, finalmente, *auto-administra-se, no exercício de suas competências administrativas, tributárias e legislativas, diretamente conferidas pela Constituição Federal*” (2005: 254, grifos do original).

No mesmo sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA assevera:

“A autonomia municipal, assim, assenta em quatro capacidades: (a) *capacidade de auto-organização*, mediante a elaboração de lei orgânica própria; (b) *capacidade de autogoverno*, pela eletividade do Prefeito e dos Vereadores às respectivas Câmaras Municipais; (c) *capacidade normativa própria*, ou capacidade de autolegislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e suplementar; (d) *capacidade de auto-administração* (administração própria, para manter e prestar os serviços de interesse local). Nessas quatro capacidades, encontram-se caracterizadas a *autonomia política* (capacidades de auto-organização e de autogoverno), a *autonomia normativa*, (capacidade de fazer leis próprias sobre matéria de sua competência), a *autonomia administrativa* (administração própria e organização dos serviços locais) e a *autonomia financeira* (capacidade de decretação

de seus tributos e aplicação de suas rendas, que é uma característica da auto-administração)” (2003:621, grifos do original).

Assim, sua autonomia política lhes confere a capacidade de se auto-organizar, elaborar a legislação local, bem como de eleger diretamente seu prefeito, vice-prefeito e vereadores, pois desde que a Constituição pretendeu garantir a existência de um *self-government*, de um governo local próprio, não se poderia deixar de observar a escolha, pelos próprios eleitores locais, dos seus representantes no Executivo e no Legislativo municipal.

Por sua vez, a autonomia administrativa das Municipalidades resta evidenciada e pela capacidade de possuir uma administração própria, com a conseqüente organização dos serviços públicos (e de utilidade pública) locais e a organização do território municipal. Como salienta HELY LOPES MEIRELLES:

“O conceito de administração própria não oferece dificuldade de entendimento e delimitação - é a gestão dos negócios locais pelos representantes do povo do Município, sem interferência dos poderes da União ou do Estado-membro. Mas a cláusula limitativa dessa administração exige exata interpretação, para que o Município não invada competência alheia, nem deixe de praticar atos que lhe são reservados. Tudo se resume, pois, na precisa compreensão do significado de ‘interesse local’. *Interesse local* não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos municípios. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não o seja reflexamente da União e do Estado-membro, como, também não interesse regional ou nacional que não ressoe

nos Municípios, como partes integrantes da Federação brasileira. O que define e caracteriza o ‘interesse local’, inscrito como dogma constitucional, é a *predominância* do interesse do Município sobre o do Estado ou da União” (1996: 101, grifos do original).

Por fim, a autonomia financeira das Municipalidades manifesta-se na capacidade constitucionalmente assegurada de instituir e arrecadar os tributos que se encontram em sua competência constitucional, além de aplicar suas rendas sem qualquer subordinação a Estados ou, mesmo, à União, prestando contas e publicando balancetes nos prazos previstos em lei (v. art. 30, inciso III da Magna Carta).

Neste passo, vale ressaltar algumas valiosas observações de HELY LOPES MEIRELLES:

“Continuamos a entender que o Município não pode criar impostos além dos que lhe estão constitucionalmente destinados, seja na totalidade, seja em percentual. Em matéria de impostos, pode-se dizer que a competência do Município é meramente regulamentar dos que se acham instituídos na Constituição da República ou que lhe forem atribuídos em lei federal ou estadual. Na expressão ‘instituir tributos’, usada pelo constituinte (CF, art. 30, III), não se compreende a criação do imposto, mas sim a fixação do *quantum* a ser arrecadado e a forma de sua arrecadação, para atender ao preceito que veda a exigência, a elevação e a cobrança de tributo sem lei que o estabeleça (art. 150, I) e a cobrança no mesmo exercício da lei que o instituiu ou aumentou (art. 150, III). Tendo o Município poder para instituir (regulamentar) e arrecadar seus impostos, tem-no também para conceder isenções tributárias, nos que forem de sua competência, porque tal atividade está contida no âmbito de seu interesse local. Quanto às imunidades constitucionais (art. 150, VI), embora recaiam sobre bens situados no território

do Município, ou serviços nele executados, devem ser obedecidas pela Administração local. Quanto às *taxas*, a capacidade impositiva do Município é ampla, porque amplo é o seu poder de criar serviços públicos, sobre os quais pode cobrar a contraprestação correspondente, e de policiar as atividades exercidas em seu território (CF, art. 145, II). O essencial é que atenda aos preceitos pertinentes da lei complementar, disciplinadora do Direito Tributário, em conformidade com o art. 146 da CF, e não tome, para a cobrança da taxa, a mesma base de cálculo que tenha servido para a incidência de imposto (CF, art. 145, § 2º)”(1996: 103-104, grifos do original).

Deste modo parece irrefutável que a primeira condição para que se possa reconhecer o Município como um ente federado resta plenamente preenchida. Com efeito, a autonomia do Município jamais teve tal amplitude, o que o torna um ente, desde já, diferenciado ainda que se não queira aceitá-lo como ente federado.

3.3. - A Questão da Participação na Formação da Vontade Federal: Uma Perspectiva Possível

Como já foi visto, para que se reconheça um ente como ente federado parecem ser indispensáveis dois elementos, quais sejam: autonomia e participação na formação da vontade federal.

Também foi visto que, no caso dos Municípios brasileiros na Constituição Federal de 1988, o primeiro elemento, a autonomia, encontra uma dimensão jamais conhecida na história institucional do país. Entretanto, para alguns autores, a Municipalidade não possui o segundo elemento, pelo que não poderia ser vista como ente federado sem grave equívoco técnico.

Observando um tanto mais detidamente a questão, pode-se ver que, se o Brasil veio a ser o primeiro país a pôr

efetivamente o Município como ente da Federação, a questão da necessidade de participação por parte deste na formação da vontade federal, como condição para a qualidade de ente federado não passou despercebida em outros países. Neste sentido, é de ver-se o registro de PAULO BONAVIDES:

“Não é somente no Brasil que se têm congregado vastas correntes de opinião para alargar a esfera do município na organização estrutural da forma de Estado. Também na República Federal da Alemanha esteve essa idéia tão viva e presente que dela se ocupou a Comissão da Câmara dos Deputados (*Bundestag*), incumbida de fazer uma *enquete* sobre a reforma da Constituição. A Comissão, contudo, ao contrário do que esperavam algumas forças políticas, emitiu parecer negativo a toda inovação que viesse alterar a posição constitucional do município no ordenamento federativo alemão. Pelo que consta do famoso Relatório intitulado *Beratungen und Empfehlungen zur Verfassungsreform (II), Bund und Laender (1973-1976)*, a Comissão rejeitou a proposta de introduzir-se no Conselho Federal (*Bundesrat*), equivalente ao nosso Senado, uma representação dos municípios, por entender que isto conduziria a uma completa ‘federalização’ (*Vollfoederalisierung*), não somente das esferas estatais, mas também das municipais, provocando assim alteração substancial da ordem federativa, bem como mudança de qualidade e estrutura do *Bundesrat*” (1999: 312, grifos do original).

A indicação da discussão travada alhures parece sugerir como solução para a questão da participação municipal na formação da vontade federal a criação de uma câmara representativa - ou mesmo a ampliação do Senado Federal para que receba representantes das Municipalidades. Nada mais impraticável.

Basta, para se chegar a esta conclusão, observar-se o seguinte: no presente

momento, o Senado Federal conta com 81 Senadores e a Câmara dos Deputados conta com 513 parlamentares (v. arts. 45 e 46 da Magna Carta, bem como o art. 1º da Lei Complementar nº 78/1993). Entretanto, existem mais de 5.000 (cinco mil) Municípios.

Partindo-se do pressuposto de que, para que haja uma efetiva participação das Municipalidades na formação da vontade federal seria necessária a escolha de, pelo menos, um representante para cada Comuna, resta evidente que isto tornaria por demais lento e oneroso o processo legislativo federal. Nem se pense em propor, por outro lado, a criação de uma representação indireta dos Municípios, uma vez que isto significaria um dano de grande monta para a consolidação da incipiente democracia brasileira e, ao mesmo tempo, redundaria na criação de uma certa supremacia dos municípios mais populosos e ricos, em detrimento dos municípios menores e mais pobres.

Isto parece deixar a questão sem solução. E, de fato, ela não pode ser resolvida nos moldes em que é proposta, sem levar em consideração que a esfera municipal da federação possui particularidades relevantes, que estão a exigir a colocação desta mesma questão em uma outra perspectiva.

A propósito, convém observar que a “lei de participação”, se já não se mostra inexorável pelo fato de existirem formações federalistas com bases políticas, históricas e sociais distintas, por outro lado também não produz os efeitos decantados quando se observa que a formação de um Senado não garantirá, necessariamente, a efetiva participação dos interesses dos Estados-Membros na formação da vontade política da Federação.

Isso é bem exposto quando CARRÉ DE MALBERG, em sua “Teoria Geral do Estado”, assinala:

“Conviene observar, en efecto, que los diputados a la Cámara de los Estados

no necesitan instrucciones del Estado que los ha nombrado. Esto se dice expresamente en la Constitución suiza (art. 91). En la Unión Americana del Norte, donde antiguamente los senadores votaban según las instrucciones de sus Estados, la costumbre contraria há sido establecida hoy. (...) En estas condiciones es algo difícil – por más que diga Le Fur (*op. cit.*, pp. 631 *ss*) – sostener que, por el hecho de su tratamiento em pie de igualdad en la segunda Cámara, ejercen los Estados particulares una verdadera participación en la potestad federal. Los diputados a esta Cámara representan realmente, en un sentido, a los diversos Estados, pero propriamente hablando esa representación es tan relativa como la del diputado em el régimen instituído por la Constitución francesa de 1791, donde dicho representante había de encontrar-se libre de toda subordinación con respecto a su colegio electoral” (2001: 118-119).

Exemplificando esta dificuldade, o mesmo autor destaca ao analisar a questão da representação dos Cantões e dos Estados na Suíça e nos Estados Unidos:

“Por el contrario, en Suiza y en los Estados Unidos, donde los miembros del Consejo de los Estados y los senadores votan libremente, y donde inclusive los votos de dos enviados de un mismo Estado pueden contradecirse y por lo tanto neutralizarse, no puede decirse que los Estados particulares, por mediación de la segunda Cámara, tengan una participación real y directa en la voluntad federal” (MALBERG, 2001: 119).

Hodiernamente, a doutrina parece tender para o afastamento do problema, como sendo um *pseudo-problema* ao invés de enfrentá-lo a partir da sua observação em consonância com as peculiaridades do Município enquanto ente federado. Afastando-se um pouco desta postura CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS apontam para fatores relevantes:

“E, de outra parte, não queremos crer que o só fato de os Estados-Membros terem direito a se representarem por senadores no seio da União fosse de molde tal a justificar a exclusão dos municípios do nosso modelo federativo. É matéria esta toda apegada a preconceitos responsáveis pela convicção até certo ponto generalizada de que os conceitos e as locuções jurídicas têm essências. Nesta linha de idéias, haveria uma essência federativa, da qual o município não faria parte. O certo é que existem apenas Estados que, em razão de certas afinidades e analogias, mas nunca de identidade, possuem alguns atributos a que se convencionou chamar Federação. O que existe, portanto, são Estados Federativos concretos, todos, de resto, diferentes entre si em múltiplos aspectos” (1988: 232).

De fato, trata-se de matéria afeita aos preconceitos de um pretenso “espírito clássico” que se esgueira dentro da comunidade jurídica nacional e, com isso, embaça as vistas daqueles que só cogitam de tipos ideais, desconsiderando a multifária realidade política, histórica e social como fatores condicionantes da estruturação do Estado. Entretanto, isto não quer dizer que a citada questão deva ser banida sumariamente, sem que se tente, ao menos, oferecer uma perspectiva para o trabalho de uma possível solução.

A perspectiva que se pretende oferecer neste momento é a de uma visão que não se deixe prender pela simples, formal e pouco produtiva equiparação entre os entes federados, tal como se todos fossem rigorosa e substancialmente iguais. Como já dito os Municípios apresentam, em cada país, peculiaridades significativas, e ao trazê-los para a estrutura federal o que se pode esperar é que estas peculiaridades se façam sentir na sua conformação neste novo sistema. Assim, a Filosofia e a Ciência Políticas tendo envidado esforços no sentido de estudar algo mais do que os mecanismos

formais de participação popular no Estado, parecem poder ofertar uma nova perspectiva da participação municipal na formação da vontade federal.

De fato, ao se analisar a “perspectiva ‘federativa’”, tal como a denomina REINHOLD ZIPPELIUS, em sua “Teoria Geral do Estado” observa-se que uma de suas tarefas mais importantes é efetivamente o que este autor chama de “criação de âmbitos de vida e de função de dimensão humana”. Constatando que o crescimento do Estado Federal em face dos demais entes federados é capaz de, progressivamente acarretar a dissolução das “tradicionais e acolhedoras comunidades de vida”, faz-se necessário criar e conservar âmbitos de vida dotados de uma certa autonomia que lhes permita regular e resolver seus próprios assuntos (peculiar interesse local, poder-se-ia dizer), pois, como assinala este autor:

Da mesma forma que a intimidade e a solidariedade se sentem mais fortemente em âmbitos de vida mais próximos do cidadão do que em unidades mais distantes dele, também o sistema político global é uma pátria sentida tanto mais intensamente pelos seus cidadãos, quando mais este sistema promover a vida própria das pequenas comunidades (1997: 505-506).

Prosseguindo em sua exposição, o mesmo autor salienta:

“Na mesma direção aponta também a reivindicação democrática de, através de uma descentralização política e democrática, assegurar ao indivíduo a maior participação possível na formação da vontade comunitária e na regulação das tarefas públicas. As oportunidades de uma participação democrática e responsabilidade cívica do indivíduo são tanto maiores quanto mais poder de decisão for depositado nos níveis organizativos mais baixos” (ZIPPELIUS, 1997:506).

Viabilizando um maior controle do poder político por parte da população

dessas comunidades menores, ainda há a possibilidade de se conseguir a formulação, por via mais transparente e de maior consenso (formado a partir da discussão de propostas e do debate de idéias), de decisões políticas e econômicas da comunidade política. Como diz ZIPPELIUS:

“Em unidades descentralizadas, há muito maior probabilidade de as relações entre custos e benefício, beneficiários e contribuintes de prestações públicas, se tornarem mais transparentes e previsíveis para os interessados, aos quais deverá caber, neste contexto, um máximo de participação responsável na decisão sobre a distribuição dos bens e encargos públicos” (1997: 506).

Demonstrando sensibilidade a esta perspectiva, sem, contudo, desenvolver o problema da “lei de participação”, pode-se ver com ANDRÉ RAMOS TAVARES, em seu “Curso de Direito Constitucional”, a compreensão da relevância do Município como peça basilar para a consolidação da democracia e vivência da mesma. Diz ele, com pertinência

“De início é preciso relembrar as memoráveis lições de TOCQUEVILLE, que já acentuava residir no próprio Município a força dos povos livres. Isto porque, segundo o seu pensamento, a centralização do poder apenas se presta ao enfraquecimento do povo e à perda de seu sentimento de cidadania. (...) Os Municípios representam uma excelente fórmula de descentralização administrativa do Estado. Quanto mais descentralizado o exercício do poder do Estado, maiores as chances de participação política do cidadão e, por conseqüência, mais elevado o nível democrático que se pode alcançar. (...) O reconhecimento da importância dos Municípios deve-se, sobretudo, à circunstância de que se trata de um agrupamento de sólidas bases, porque o relacionamento dos interessados se dá de maneira mais aberta e intensa. Aliás, não

por outro motivo é que o Município, entendido como agrupamento territorial restrito, precede ao próprio Estado. E modernamente, não se pode deixar de conceder ao Município boa parcela da responsabilidade pela democracia. É por isso que se tem, por outro lado, de lhe deferir os poderes que a ele devem competir” (2003:823, 824 e 826, grifo do original).

Para caracterizar o que foi dito, tome-se, então, um exemplo já consagrado e que bem demonstra a formação da opinião pública, que é oferecido por DARCY AZAMBUJA ao explicitar de forma lapidar:

“Um comerciante, ou bancário, ou funcionário público, pela manhã, antes de ir trabalhar, ao tomar o seu café, lê no jornal que se cogita de estabelecer a pena de morte para certos crimes graves. No momento, não liga maior importância ao assunto. No bonde encontra um amigo, que é advogado, e em palestra emite seu ponto de vista, contrário ou favorável, à pena de morte. No espírito do nosso homem começa a esboçar-se um germe de opinião. À tarde, o vespertino que costuma ler inicia uma *enquête* e reproduz o parecer de um jurista e um médico, em que vêm os argumentos pró e contra a medida. No dia seguinte, entre seus colegas de trabalho, debate-se a questão e ele toma parte na discussão, expondo, dos argumentos que antes ouvira e lera, os que mais o impressionaram. Passam-se alguns dias, e os jornais continuam a publicar entrevistas e artigos. Um cinema aproveita a oportunidade e torna a exhibir um filme em que o personagem principal é acusado de ter assassinado um amigo, tem todos os indícios contra si e é executado. Alguns anos depois, verifica-se sua inocência. O nosso homem assiste ao filme e sai profundamente impressionado. Acompanha agora com interesse os artigos e entrevistas dos jornais, ouve conferências difundidas pelas estações de rádio e televisão, discute com os amigos. Tem

opinião formada sobre a pena de morte. E, como ele, dezenas e dezenas de milhares de outros homens, no país inteiro, adotaram um ponto de vista sobre assunto que até então não os preocupara. É assim que se formou a opinião pública pró ou contra a pena de morte. Vê-se, pois, que diversos fatores que influem no espírito do indivíduo e da sociedade para formar opinião são os variados modos de comunicação do pensamento: a conversação, a imprensa, livros, discursos, conferências, o rádio, a televisão, o cinema etc” (2000: 286-287, grifo do original).

Ora, poder-se-ia tentar impugnar o presente exemplo em razão de contar com interferências externas à órbita da Municipalidade. Contudo, não se pode deixar de perceber que apenas as *informações* é que, via de regra, foram recebidas de fontes externas. Os processos de interação social, de discussão e reflexão deram-se inteiramente em sede municipal.

Neste sentido, faz-se interessante observar o quão pertinente à esta nova perspectiva participativa municipal é a visão de JÜRGEN HABERMAS acerca do novo arranjo da estrutura social contemporânea e da nova perspectiva de Soberania Popular que se dá neste meio:

“A opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode ‘dominar’ por si mesma o uso do poder administrativo; mas pode, de certa forma, direcioná-lo. (...) A soberania do povo, retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente. Para sermos mais precisos: esse poder resulta das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e esferas públicas mobilizadas culturalmente, as quais encontram, por seu turno, uma base nas associações de

uma sociedade civil que se distancia tanto do Estado como da economia” (1997: 23 e 24).

É de cogitar-se, então, o que de fato vem a ser a “vontade federal”, em cuja participação reside a condição de ente federado. Pois bem, por esta locução, como já se viu logo no início deste trabalho, denota-se a *vontade política válida para toda a organização federal*. Ora, como se viu, a formação da vontade política válida para toda a organização federal não há de seguir apenas os caminhos institucionalizados, senão que se abre à intervenção e participação de uma opinião pública atuante e que se mostre capaz de exercer pressão sobre os caminhos institucionalizados.

Parece ser evidente que o papel do Município nesta nova perspectiva passa a ser o de arena primeira dos processos de interação social, pelo que a vontade predominante neste, desde que partilhada por outros Municípios, pode fazer valer a sua força por um caminho não institucionalizado, mas igualmente eficaz.

Também é evidente que para que tenha lugar um funcionamento ótimo deste sistema faz-se necessária alguma educação política. Entretanto, isto não é um óbice inquebrantável, uma vez que o próprio Município, de acordo com a sua capacidade de auto-organização, pode muito bem fomentar práticas de democracia participativa que iniciem, ainda que em âmbito municipal, a reflexão e o amadurecimento político da população.

Neste sentido é imperiosa a indicação do interessantíssimo trabalho de ADOLFO IGNACIO CALDERÓN, “Democracia Local e Participação Popular”, no qual o autor procede à uma análise bem fundamentada da elaboração da Lei Orgânica do Município de São Paulo, indicando, inclusive, as diversas propostas que foram oferecidas no sentido de ampliar a participação dos cidadãos na direção da vida política muni-

cipal. À guisa de exemplo podem-se citar as propostas relativas à criação da “Tribuna Popular”, de diversos Conselhos na Administração Municipal, da necessidade de realização de Audiências Públicas em determinados temas, etc (2000: 71-109).

A partir da implementação de mecanismos como este é que se pode, efetivamente, dar passos relevantes para a obtenção de uma educação política mais sólida e mais capaz de conscientizar os cidadãos de seu real papel na estrutura democrática do Estado Federal.

Assim, é de ver-se que a participação municipal na formação da vontade federal há de ser posta não da mesma maneira que é posta para os demais entes federados, senão, em uma perspectiva nova, de democracia participativa, a qual faculta obter-se a tão almejada participação municipal na formação da vontade federal. Atendendo-se às peculiaridades municipais, muda-se o caminho para se chegar ao mesmo objetivo.

4. Conclusões

O objetivo deste trabalho, obviamente, não poderia ser o esgotamento de um tema tão amplo, tormentoso e cheio de nuances. Com efeito, o seu escopo é apenas o de chamar a atenção para um problema que vem sendo um tanto quanto negligenciado pelos entusiastas do municipalismo.

Assim, a busca pela verificação da qualidade de ente federado dos Municípios a partir dos dois elementos tidos por básicos para todos os entes federados, quais sejam, a autonomia e a participação na formação da vontade federal, indica que ainda residem alguns elementos capazes de, transcendendo a vitória normativa obtida na Constituição Federal de 1988, questionar e pôr em dúvida a qualidade pretendida pelo Município.

Como bem se pode ver da análise indicativa procedida, a autonomia municipal jamais foi tão ampla, o que vem contribuindo decisivamente para o fortalecimento destes entes na inserção da organização política nacional.

Inobstante, revelou-se que a participação municipal na formação da vontade federal não pode ser vista sob a mesma perspectiva utilizada para o caso dos Estados-Membros, mas está, outrossim, a demandar uma nova perspectiva, mais próxima da democracia participativa, a qual viabiliza obter-se a tão almejada participação municipal na formação da vontade federal. Sem descuidar das peculiaridades municipais, muda-se o caminho para se chegar ao mesmo objetivo: a efetiva participação municipal na formação da vontade federal.

Observou-se, por igual, que a objeção da “lei da participação” pode ser bem respondida ao se analisar uma nova perspectiva da formação da vontade política da Federação e ao se colocar tal processo sob o prisma da formação da opinião pública, a qual apresentar-se-á quando da escolha dos membros do Poder Legislativo Federal (inclusive quando da eleição dos membros do Senado Federal), o que vem a desmistificar a questão da “lei da participação”, mostrando como as peculiaridades de Estados Federais distintos a afetam, produzindo formações Federais diferentes, mas nem por isso menos adequadas às realidades políticas, históricas e sociais de onde emergem. Da mesma forma, desmascarou-se esta objeção ao se perceber que a mera existência de representantes dos estados-membros não garante a efetiva participação destes na formação da vontade política federal, pois, como se viu, não estão eles obrigados a nenhum mandato preestabelecido acerca de como se portarão, podendo, até mesmo, anularem-se uns aos outros.

Em razão disso e da crescente complexidade do Estado Federal enquanto instância

central de poder, o papel da descentralização do Estado Federal pelas municipalidades, assim, tem ganho cada vez mais espaço no plano da práxis democrática, como uma forma de preservar a conexão entre Estado Federal e participação política.

Para além disto, é de observar-se que, sendo o Federalismo, tal como a Democracia, um processo no qual não se pode prescindir de um constante aperfeiçoamento, o refino da teoria Municipalista, bem como o da teoria Federalista podem conduzir para um ponto de convergência, capaz de harmonizar adequadamente os anseios e as restrições que se vêem hoje ainda em tensão.

Por outro lado, a identificação de uma tal questão e da conseqüente perspectiva que se apresenta como capaz de equacionar este problema só vem mostrar o quanto se faz necessária a ampliação da participação política no âmbito municipal, uma vez que a partir desta é que se pode verdadeiramente construir uma Federação não *de* Municípios, mas sim, *com* Municípios.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; Nunes Júnior, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 40ª Edição. São Paulo: Globo, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____; Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CALDERÓN, Adolfo Ignacio. *Democracia Local e Participação Popular: A Lei Orgânica paulistana e os novos mecanismos de participação popular em questão*. São Paulo: Cortez Editora, 2000.
- CAVALCANTI, Amaro. *Regime Federativo e a República Brasileira*. Brasília: Editora Universidade de Brasília - UnB, 1983.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Volume II. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad.: Fernando de Los Rios. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª Edição. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MALBERG, R. Carré. *Teoría General del Estado*. 2ª Edición. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica / Facultad de Derecho – UNAM, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005.
- ROYO, Javier Perez. *Curso de Derecho Constitucional*. 2ª Edición. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª Edição. Trad.: Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

NOTAS

¹ É certo que, como se verá adiante, a crítica deste autor será por demais relevante para desmistificar o entendimento clássico sobre a participação ente federado na formação da vontade do Estado Federal.

² Neste momento, segundo registra PAULO BONAVIDES, a influência do poder municipal foi

bastante intensa e, mesmo, decisiva para a legitimação da Carta outorgada. Diz ele: “No Brasil é também o poder municipal anterior ao Estado e à Nação, tendo sido com os Senados das Câmaras aquele poder que conferiu base de legitimação ao constitucionalismo imperial, fundador de nossas instituições. Sem a verdade histórica e política do município, a outorga da Carta imperial durante o Primeiro Reinado teria ficado aquém de toda a legitimidade” (1999: 318).

INTEGRAÇÃO REGIONAL E DIREITO INTERNACIONAL: UM ESTUDO SOBRE AS TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM INTERNA DOS ESTADOS-MEMBROS DE UMA ASSOCIAÇÃO REGIONAL DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA

REGIONAL INTEGRATION AND INTERNATIONAL RIGHTS: A STUDY ABOUT THE TRANSFORMATION IN THE ORDER OF STATES MEMBERS AND A REGIONAL ASSOCIATION OF ECONOMIC INTEGRATION.

EUGÊNIA CRISTINA NILSEN RIBEIRO BARZA*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O presente estudo pretende centrar-se nas questões seguintes: a idéia da integração econômica regional, notadamente o modelo Mercosul e as alterações de ordem normativa nos países-membros, bem como as complexidades para plena efetividade das regras de integração. O estudo parte das transformações requeridas para a construção de uma nova ordem econômica internacional, considerando o papel desempenhado pelos Estados-nacionais no processo de integração regional, tendo a experiência européia como modelo, mas enfocando o Mercosul. A metodologia do trabalho seguiu a pesquisa bibliográfica e documental, centrada na Teoria Geral do Direito Internacional e no Direito da Integração. A conclusão é de que a integração econômica necessita de algumas adequações, sendo inevitável a influência de acordos internacionais na ordem interna.

Palavras-chave: Integração regional. Ordem internacional. Mudanças na ordem interna.

Abstract: This study intends to focus on the following questions the idea of the regional economical integration, specially the model of Mercosul and the changes on the normative order on the country-members, as well as the complexities to the complete affectivity of the rules of the integration. This study starts from the changes required for the construction of a new international economical order, considering the role played by the National-states in the process of regional integration, having the European experience as a model, but focusing the Mercosul. The methodology of the essay followed the bibliographical and documental research, based on International Law General Theory and on the Law of Integration. The conclusion requires some adaptation, being inevitable the influence of international agreements in the internal order.

Key Words: Regional integration. International order. Internal order changings.

Introdução

A decisão em participar de uma associação voltada à integração resulta em modificações na estrutura jurídica vigente do Estado-partícipe. O tratado instituidor do acordo indica quais as metas a seguir, apesar de deixar indeterminadas algumas questões, como definição do conceito de

soberania e alterações na ordem constitucional. Surge um conjunto normativo voltado para solução de controvérsias que depende de ditames da política externa. A idéia de criar um mercado comum, como espaço econômico comum, é interessante por atender aos propósitos da eficiência econômica, como pregado pela teoria da integração econômica. Considerando uma

* Mestrado e Doutorado pela UFPE, Professora-adjunta de Direito Internacional Privado: parte especial, Direito Comercial Internacional, Direito Econômico Internacional e Direito Comunitário 1 e 2.

inevitável realidade, sugerida como ideal para a América Latina, em especial, para o Mercosul, o modelo comunitário europeu de integração deve ser adaptado à realidade regional, forçando a revisão de sua legislação ou ordenamento jurídico efetivo. O êxito de uma experiência européia autoriza a adoção das regras à realidade latino-americana do Mercosul, ao mesmo tempo em que reforça algumas diferenças entre os dois modelos de integração, além do legado histórico. Entre os dois modelos, em comum há o entendimento de que este inicia na forma de cooperação estreita entre os membros evidenciando a criação de um sistema normativo aberto às influências de outros organismos e instituições internacionais. Esta característica reforça a noção de interdependência das nações, bem como ressalta a influência de mecanismos de controle interestatal na ordem jurídica de cada Estado-nacional.

Aliás, este é o ponto de destaque. A existência de um Estado-nacional, com competências normativas disciplinadas por regras jurídicas plenamente válidas e eficazes, consubstanciada em textos constitucionais, cujo poder é supremo e reforçado pelo que veio a ser denominado de soberania nacional. Ter a soberania como atributo supremo parece um obstáculo ao projeto de integração regional. Mais ainda quando a consolidação deste Estado-nacional é recente, no caso específico da América Latina. A tarefa de estudiosos é tentar compreender o alcance desta realidade já que a associação de finalidade integrativa origina um sistema regional cooperativo de países-membros, que necessitam redefinir as suas funções, como Estado-nacional, ao mesmo tempo em que busquem identificar quais áreas permanecem de sua exclusiva competência e quais podem ser passíveis de desconcentração ou delegação normativas.

Assim, a opção do Brasil em participar do Mercosul, se analisada do ponto de

vista da Teoria Geral do Direito, demonstra a consequência lógica da criação de um sistema dotado de regras próprias, num nível intermediário, paralelo às regras de contornos internacionais, bem como as de direito interno, direito nacional. Do ponto de vista do Direito Internacional Regional, a realidade latino-americana pode ser estudada em contraponto à opção constitucionalista na integração, que insiste em seguir regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico interno.

Em todo este projeto de construção de espaço regional há uma contradição dos rumos da chamada “globalização” ou “internacionalização da economia”, incapaz de lidar e resolver o problema da chamada crise do Estado-nacional, que aparentemente não é mais capaz de atender aos seus fins. Por mais que sejam feitas reflexões, não é clara a distinção do que cabe à associação de integração regional e o que cabe ao Estado-nacional, restando muitas “zonas fronteiriças”, cuja competência ainda precisaria ser definida pelos Legislativos Nacionais, recebendo algumas justificativas.

Com tantas peculiaridades, são postas várias explicações, que apontam para diferentes direções: uma de Direito Internacional, outra de Direito Constitucional. O recurso ao Direito Constitucional Internacional também é importante ferramenta de trabalho.

A explicação dada pela Teoria Geral do Direito Internacional tem na integração européia o fundamento. Parte do Estado-nacional, dotado do elemento estabelecida de política para enfatizar a viabilidade da integração regional até alcançar o clássico entendimento de um direito inter nações, conjunto de regras disciplinadoras das relações coordenadas entre nações, de alcance universal. Seguindo a linha de argumentação, temos um conjunto normativo, adiante elevado à categoria fundamental

de direito, que origina um conjunto de regras de eficácia regional, alterando a idéia de soberania, instituindo o conceito de supranacionalidade, bem como estabelece princípios para um sistema de solução de controvérsias, tendo o elemento econômico uma importância fundamental, sendo estas as reflexões aqui postas.

O estudo apresentado tem suporte em pesquisa bibliográfica, tomando como referenciais teóricos, o Direito Internacional e a Teoria da Integração Regional para compreender o alcance do projeto de integração na ordem interna, nacional. Trata-se de estudo que tem como fundamento uma nova teoria do direito constitucional, em sua abordagem Direito Constitucional Internacional e procura antecipar as reflexões pertinentes à realidade latino-americana.

A análise parte da idéia da construção de uma nova ordem internacional seque observando efeitos no direito nacional e em cada etapa do processo de integração econômica internacional para questionar o projeto de criação de um sistema regional para a América Latina.

1. O Projeto de Construção de uma Ordem Internacional

1. 1. Noções Preliminares

A compreensão de que é necessária uma ordenação normativa das relações entre Estados pode ser interpretada como distribuição igual de poder, intensificação das relações de cooperação, ou o chamado multilateralismo (LAFER, 1982:96). Este modo de pensar pode ser sintetizado no multilateralismo, que não quer dizer igualdade entre Estados ou consenso em atitudes ou ações efetivas, mas uma pluralidade de agentes interferindo diretamente em relações entre Estados e entre Estados e indivíduos.

Para tanto, a ordem internacional deixa de ser um tema interessante apenas às relações internacionais, merecendo um estudo apurado por conta da característica econômica que é impressa, o que força um estudo pelo Direito. Escolher a base econômica pressupõe uma ordenação, essencial e mais fácil se iniciada pelas vias produtivas, algo que tendesse a formar blocos localizados em determinadas regiões, que fundamenta as teorias da integração econômica regional.

A integração econômica regional é um tema de estudo de economistas e de cientistas políticos, que entendem a criação de blocos regionais como um recurso das nações para melhor estruturar uma nova ordem econômica internacional. Para estes estudiosos a idéia ou o chamado projeto de integração regional tem como pressupostos uma técnica de sobrevivência do Estado-nacional, bem como da exigência de critérios para o estabelecimento das relações inter estatal, no momento atual, em crise.

Sendo a integração uma estratégia política, em processos multilaterais, que aprofunda as relações econômicas, maior consistência terão os compromissos jurídicos resultantes destes arranjos (FREITAS JUNIOR, 1997:29), portanto, uma realidade de política econômica que repercute no âmbito do Direito.

Para o estudioso do Direito cabe analisar que terá inferências trará a integração para a ordem nacional, a ordem interna. O processo de integração regional de que tratamos tem origem na Europa, sinônimo de uma forma de ordenar as relações internacionais econômicas. Vem dos anos posteriores ao final da Segunda Guerra Mundial, quando acordos entre as nações, especialmente as européias, passaram a ser prioritários, porque imprimiam comprometimento de preservação da paz e formação de laços comerciais. Ainda assim a preo-

cupação de que os compromissos estabelecidos formalmente não restassem como meros atos declaratórios internacionais era presente. Com a ação de organizações dotadas, estas questões passaram a ser de seu interesse também, pois sintetizavam a função no estabelecimento de vínculos entre as nações.

1.2. As Questões Inerentes à Efetivação do Projeto de uma Nova Ordem Internacional

Estes anos posteriores ao final da Segunda Guerra Mundial foram de relevância para a ordenação das relações entre os Estados, pela ação de primeiras organizações de alcance internacional. Outra constatação de que era pauta na agenda dos negócios internacionais que seria preciso ter regras próprias para condução dos negócios inter estatais, evidenciando já influência das decisões acordadas no âmbito interno de cada Estado. Tendo a recordação de que os acordos a firmar deveriam ter um respaldo mais institucionalizado, às organizações foram atribuídas e acentuadas as características como a multilateralidade, a permanência e a institucionalização, cada qual refletindo tanto a interdependência entre nações, quanto uma nova perspectiva nos âmbitos do Direito Internacional e do Direito Constitucional, respectivamente.

A multilateralidade, também denominada de multilateralismo, parte do pluralismo das relações internacionais. Em termos mais claros pressupõe que objetivos comuns podem ser alcançados quando três ou mais Estados ajustam suas diplomacias econômicas, aqui tomadas formação nitidamente pública, em favor de um projeto considerado relevante para o Direito, importante para a economia, e, interessante para a política.

O preceito ajusta-se à preocupação com a regulamentação da economia e com o disciplinamento de condutas de Estados

em determinados âmbitos, como o do comércio internacional, o que força o Direito, em especial o Direito Internacional às necessidades de normatizar situações no espaço regional a ser estabelecido, ao mesmo tempo em que tem no processo de integração regional sua concretização. É o que teremos como exemplo na União Européia e no Mercosul.

Ao seu turno, a característica conhecida como permanência é uma inovação para as relações internacionais, embora não seja para o Direito. Propõe que seja confirmado o compromisso estabelecido em acordo internacional versando sobre o objetivo comum aos signatários. Como o próprio termo indica, a permanência contrapõe-se ao transitório, aos ajustes tópicos que os Estados fazem para delimitar a esfera de validade e de eficácia da associação e pressupõe esforço interno em fazer com que tais regras sejam incorporadas aos ordenamentos internos.

1.3. A Influência do Direito Convencional no Direito Interno

Considerando ser fato a influência do direito convencional no direito interno, cabe destacar seu pressuposto de validade. A resposta é encontrada em um fundamento teórico normativo encontrado em preceitos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e 1974, conjunto de regras firmadas exatamente para a formulação de regras convencionais.

A noção repousa em um direito internacional proposto ao direito dos tratados, o que reafirma do papel do clássico direito inter nações ao mesmo tempo em que estabelece regras para um processo de formação de tratados, para questões de observância, de aplicação e de interpretação, além das regras que são previstas para casos de nulidade, de extinção e de suspensão dos acordos.

Algumas questões aparecem de imediato, muitas das quais resultado do confronto entre regras acordadas entre Estados e as já previstas por ordenamentos jurídicos internos, que em proposta de integração regional, para fins de estabelecimento do modelo de mercado comum traz sérias conseqüências de ordem prática.

Isto porque as convenções internacionais (como de resto todos os acordos estabelecidos entre Estados) trazem esta característica de vinculação de suas normas porque faz com que o Estado fique comprometido em duas ocasiões. Em primeiro lugar fica comprometido com o processo de criação do texto convencional, assinatura e ratificação e depois fica comprometido a assegurar a recepção do texto em seus ordenamentos nacionais (CASELLA, 1988:90), o que nos faz retomar a análise das repercussões jurídicas dos acordos internacionais na ordem interna.

A discussão relembra os debates entre monismo e dualismo, discussão doutrinária sobre o que prevaleceria quando acordos internacionais forem estabelecidos, a ordem interna, constitucionalmente estabelecida, ou a chamada ordem internacional que tenta firmar.

Se este debate foi relegado há tempos, na atualidade não há que negar sua pertinência, considerando os efeitos de acordos internacionais na ordem interna estabelecida, quando consideradas as conseqüências dos acordos de contornos econômicos. Em especial quando há acordos que visam estabelecer espaços econômicos, em associações de integração regional.

A viabilidade da institucionalização depende da existência de uma instância, ou de uma estrutura superior, deliberativa e decisória voltada para a solução de conflitos e de controvérsias, como o que prevalece, regras de alcance interno ou regras de alcance internacional. Acrescente-se que a institucionalização pode ser materializada

em duas diferentes opções, a intergovernabilidade e a supranacionalidade, que variam em conformidade com o propósito de integração.

Não há como apontar a melhor solução, já que encontramos as duas em contextos de integração. No caso latino-americano a intergovernabilidade é considerada melhor opção por permitir que decisões sejam tomadas pelos representantes governamentais, reunidos em certa ocasião, para determinado fim, sempre objetivando a integração regional. Já na realidade europeia, ao contrário, a opção pela supranacionalidade parte do pressuposto de vínculos estreitos firmados em instituições para fins de integração.

Tanto em um quanto em outro caso, permanecem as três características pertinentes às organizações internacionais: a multilateralidade, a permanência e a institucionalização. Em comum, fins voltados ao comércio, comuns na agora União Europeia, servem de modelo para América Latina. Os textos dos tratados instituidores das Comunidades Europeias traziam esta previsão, dotando o projeto de construção de um espaço econômico comum em realidade. Do outro lado do Atlântico, da leitura do texto do Tratado de Assunção de 1991 que instituiu os fundamentos para o estabelecimento de um mercado comum no Cone Sul é possível encontrar algumas destas características, antecipando algumas relevantes questões jurídicas e políticas.

Ora, se o objetivo é a integração econômica regional, o ponto de partida é o fortalecimento de laços políticos, algo que reforça a tese da interdependência das nações, como também reforça a função primordial da obrigatoriedade dos acordos internacionais, que passam a ser considerados como fonte de direito, além de expressão maior do poder negociador e deliberativo do Estado. Assim, há claras repercussões dos acordos internacionais na ordem interna.

1.4. As Repercussões dos Acordos Internacionais na Ordem Interna

As repercussões ou conseqüências de acordos internacionais de integração nas ordens internas são diversas, embora sejam mais propagados os seus efeitos econômicos, como a especialização de economias de Estados integrados, o aumento da capacidade produtiva de empresas, a queda de barreiras e abertura de mercados, para citar alguns (LOBO, 2004:203).

A principal questão relaciona a limitação de soberania com técnicas de compatibilidade de regras de feição internacional, ou de alcance regional, às nacionais ou internas. Neste caso, soberania é definida como qualidade de poder supremo do Estado, não subordinado a outra vontade que não a sua, bem como titularidade do exercício do poder. E este entendimento serve para fundamentar a supremacia interna e externa, que justificam a finalidade do Estado e determinam formas de agir na ordem internacional (REIS, 2001:15).

Neste caso, a participação de um Estado em uma associação regional de integração implica na mudança de alguns critérios normativos. Em primeiro lugar, devem ser redefinidas competências nacionais (ou internas) a fim de que possa ser alcançado o propósito de livre trânsito dos fatores de produção. Em segundo lugar, devem ser estabelecidas medidas para efetivar a livre circulação dos fatores de produção, especialmente a de pessoas e de bens.

Ora, se a opção é o acordo de integração, que garanta a livre circulação de fatores de produção, algumas medidas devem ser firmadas. Mesmo que as negociações sejam conduzidas por representantes do Executivo, isto não exclui a participação do Legislativo e do Judiciário, o que faz com que o consagrado conceito de soberania, presente na doutrina desde Jean Bodin seja alterado, suscitando novas discussões

tanto entre os estudiosos do Direito, quanto da Ciência Política. Caberá ao Estado o poder de resguardar a ordem jurídica interna, aqui em constante mutação (SOLON, 1997:55).

Retomamos a discussão entre duas ordens que co-existem para regular mesma realidade, uma interna, outra internacional, acrescendo-se uma ordem regional. Para os defensores da inexistência de uma ordem acima da nacional parece contraditório admitir que a soberania nacional possa sofrer limitações em matéria de competência normativa. Todavia, o projeto de integração implica na criação de algumas instâncias regionais, provocando necessariamente uma reflexão sobre o poder do Estado, o que será considerado como alcance da soberania nacional, bem como será preciso definir a eficácia das suas regras voltadas ao comércio intra-zonal.

Mas, insistimos em lembrar que o modelo de integração latino-americana, ao fazer uso de preceitos do paradigma europeu, acarreta alguma dificuldade. A versão européia da integração consegue relacionar muito bem as esferas de ação de soberania nacional com os preceitos de uma supranacionalidade (OLIVEIRA, 2001:65-66) porque há a previsão e permissibilidade de compartilhamento de soberania com instituições comunitárias, consideradas supranacionais.

Em nosso caso, a criação de instituições ou instâncias supranacionais, responsáveis pela implementação do projeto de integração não poderá ser imediata. Isto reforça a idéia de que o modelo estatal deve rever sua opção constitucionalista, destacando o império do ordenamento jurídico interno. Mais ainda porque a integração latino-americana tem o propósito de alcançar o desenvolvimento econômico regional (SILVA, 1995:235), sendo que esta modalidade de integração implica na formação de uma comunidade regional

que não implica em perda, mas mudança do papel do Estado em suas condições de exercício de soberania.

É compreensível que o Estado redefina sua concepção de soberania, o que implica em reformas na estrutura constitucional, no plano interno, bem como rever qual será a posição dos tratados e acordos normativos na estrutura jurídica interna, forçando uma eficácia incontestada de suas regras.

Entende-se que os problemas são tomados em proporções internacionais, que a dependência entre os Estados é evidente, o que faz com que as soluções sejam tomadas em conjunto, respeitando um princípio comum entre os partícipes.

2. O Processo de Integração Econômica e a Ordem Interna

2.1. A Idéia da Integração Econômica Regional

As mudanças na ordem interna são perceptíveis em cada estágio do processo de integração, aqui tomado como uma sucessão de etapas ou níveis descritos numa teoria econômica que trazem repercussões na ordem interna e na internacional. Segue preceitos definidos no Acordo Geral de Tarifas e Comércio, que tem o propósito de disciplinar o comércio entre os Estados, ainda legado dos anos pós-guerra (LAFER, 1982:113), indicação mais que pertinente nos tempos de internacionalização da economia.

Integração é um termo de variada significação, podendo tanto implicar no acordo internacional para fins de estabelecimento de uma solução uniforme, quanto um processo dinâmico destinado a aproximar economias nacionais. Na realidade, o termo caracteriza um processo político firmado entre governos nacionais, cuja finalidade é a redução, total ou parcial de bar-

reiras, quer tarifárias, quer não tarifárias (BAUMAN e LERDA, 1987:12).

Embora similar à cooperação, a integração desta difere por causa dos vínculos de coordenação que pressupõem um certo desnivelamento entre os partícipes. Assim, os acordos de cooperação científica, tecnológica, em que uma das partes tem mais a oferecer que a outra, sendo fácil a incorporação e menores os questionamentos sobre eficácia interna do deliberado em âmbito entre nações.

A integração regional é um processo, perfeito em etapas, cada qual com metas a atingir e com uma parte normativa que é dividida em regras sobre primado da ordem interna e ordem internacional. Motivo para compreender como fazer com que as regras internas convivam com as regras acordadas em termos internacionais, algo que pode ser alcançado se escolhido melhor caminho para que seja construído um conjunto normativo próprio (o direito convencional para fins da integração regional).

Se o planejamento de eficiência econômica da região é a meta, devem ser ponderados meios para o disciplinamento normativo, ocasião em que são feitas indicações sobre os métodos de harmonização, de unificação e de uniformização do direito interno, nacional, às regras internacionais (CASELLA, 1988:90). A idéia é que matérias de competência nacional passem a receber tratamento diferenciado, sendo regras harmonizadas para uma melhor aplicabilidade, ou unificadas para tratamento idêntico ou ainda uniformizadas quando de políticas que ressaltam o comprometimento com um sistema econômico regional, também normativo.

2.2. As Etapas do Processo de Integração e suas Características

O projeto de integração regional inicia com o estabelecimento de uma zona

de tarifas preferenciais, que é um acordo entre nações para que mercadorias possam receber um tratamento preferencial. Trata-se de um planejamento intergovernamental que define como se dará e quais serão os meios de redução tarifária parcial entre os signatários, mas deixando que a diplomacia econômica permaneça imutável dentre os membros do acordo. Em termos mais simples, é um compromisso dos partícipes de o ingresso de seus produtos respeita as regras de concorrência firmadas em rodadas de negociações, não atingindo sequer as regras de direito comercial ou econômico estatais.

Tudo ocorre em um momento prévio, puramente negocial, em que a deliberação dos Estados-nacionais versa sobre produtos negociáveis das listas nacionais, com fins de redução de tarifas. Não há mudanças substanciais nas ordens jurídicas estabelecidas, pois a inclusão destas regras no âmbito interno pressupõe que serem vinculadas aos compromissos governamentais, pressupondo aplicabilidade imediata, apesar de poder ser observada uma discreta forma de regulamentação regional.

Não poderia ser diferente, visto que em todo o processo as mudanças devem ser graduais, uma assertiva mais que verdadeira, necessária às alterações na ordem interna. Na dúvida, sempre há os resguardos de ordem pública, e, cabendo, as instâncias negociais posteriores, para solução de acordos. Nada que contradiga a prática jurídica de nações de contornos democráticos e de economia de mercado.

A segunda etapa do processo de integração é conhecida como área de livre comércio. Pressupõe que os participantes estejam com as bases de um acordo estejam bem consolidadas, em evolução aos acordos firmados. Neste estágio serão tomadas medidas conjuntas significativas para eliminar as tarifas, antecipando a alíquota zero para importações intra-área,

o que implica em uma coordenação de diretrizes de política econômica, hábeis para viabilizar o livre trânsito de mercadorias em uma área de livre comércio. A América Latina, seguindo exemplo da Europa, destaca esta como a forma de alcançar o desenvolvimento regional, retomando noções econômicas mais estreitas.

Esta previsão de eliminação de obstáculos ao comércio de mercadorias entre os participantes não implica em posição única com relação aos seus tradicionais parceiros comerciais. O comércio não é livre, como a denominação poderia fazer acreditar, e medidas impensadas podem ocasionar transtornos na indústria nacional.

É a fase em que algumas medidas de política econômica devem ser cuidadosamente postas para não atentar aos preceitos de ordem interna, tão pouco internacional. Outra ocasião para que sejam revistas questões da teoria da integração com um direito regional, de modo que o acordo firmado, visando a eliminação de barreiras e entraves comerciais, se contiver práticas restritivas de comércio, estas serão sumariamente descartadas. O fundamento é da preservação de ordem interna.

Uma vez consolidado o comprometimento entre os membros, a união aduaneira é terceira etapa a seguir. Tem como pressuposto que os signatários busquem a harmonização legislativa em setores fiscal, cambial e monetário, favorecendo a livre circulação de mercadorias intra-área, com uma posição única com relação a outros não-membros do acordo. A harmonização será fácil de concretizar caso haja determinada estrutura, intergovernamental ou supranacional, hábil a conduzir reformas internas.

Estabelecer uma tarifa externa comum, na forma de tributação, uma uniforme política comercial que potencialize ganhos na região e preveja as peculiaridades de países com sérias dificuldades eco-

nômicas (os ditos em desenvolvimento incipiente) é um compromisso para décadas. Algo que lembra os teoremas de desenvolvimento econômico dos anos cinquenta (FURTADO, 1981: 16).

Pelas profundas transformações que acarreta requer que já exista um vínculo estreito entre as nações da região, uma união de Estados-nacionais em torno de preceitos aduaneiros. Já é possível identificar elementos de uma progressiva harmonização legislativa, o que pode significar que temos um Direito Internacional Regionalizado em construção, que poderá alçar o posto de Direito Comunitário se houver o entendimento de que já há uma consolidada comunidade regional.

Como há um forte vínculo entre os Estados, há um comprometimento em fixar regras, por exemplo, as ditadas pelo Banco Central, tratando de circulação do capital de modo mais comprometido entre as instituições comunitárias e as nacionais.

A consolidação de um mercado comum, quarta etapa, será alcançada quando os fatores de produção (mercadorias, pessoas/mão-de-obra, serviços, estabelecimento, capital, investimentos) têm trânsito livre. Durante as décadas de cinquenta e sessenta imaginou-se ser esta a causa e finalidade do processo de integração, sempre considerando o modelo europeu: as regras indicariam a eficiência da teoria, ainda que admitisse o ingresso de novos membros.

Este estágio leva a uma completa reforma legislativa a partir de uma coordenação de políticas voltadas à livre circulação de pessoas, do capital e do estabelecimento. Em suma, estão consagradas as quatro liberdades fundamentais da teoria econômica da integração, na livre circulação de fatores de produção que será disciplinada pelo chamado direito da comunidade regional.

É uma complexa etapa, apenas concretizada quando todas as etapas tiverem obtido êxito e permanecerem mesmos par-

ceiros comerciais, sendo exigida eficiente administração dos fatores de produção. Para tanto já há instituições comuns, ditas comunitárias, para as quais foi conferido o poder normativo e representativo.

Neste estágio direito interno e direito internacional se complementam porque há clara definição de suas esferas de competência. De um lado permanecem as instituições nacionais, as regras nacionais que disciplinam questões internas, fundamentadas no direito constitucional posto.

Dependendo da opção integrativa, significa dizer o maior comprometimento dos Estados-nacionais, é possível considerar a existência de instituições supranacionais. Estas, no caso europeu, confirmam a vocação internacional do projeto de integração, sempre com objetivos de eficiência da região considerada, fundamentado em regras do Direito Internacional Regional ou do Direito da Comunidade Regional.

No contexto latino-americano, esta poderá não ser a mais adequada solução, motivo para que seja preferida a intergovernabilidade, decisões entre Estados-nacionais demonstram que há uma clara distinção entre as matérias de competência nacionais, de contornos internos, bem como as de competência da comunidade regional, algumas situações apresentam um tratamento diferenciado.

Um bom exemplo vem do princípio do livre trânsito de pessoas, uma realidade da experiência européia, ainda sendo ponderada como possibilidade para a América Latina. É a fase em que os trabalhadores passam a ter uma reciprocidade de direitos trabalhistas e previdenciários, sem o peso discriminatório da nacionalidade (o que força uma revisão dos estatutos que regulamentam a situação dos estrangeiros), bem como as empresas nacionais ou estrangeiras (ou mesmo transnacionais) podem estabelecer-se em função de planejamentos regionais, de incentivo às regiões menos

desenvolvidas, mas não em uma concepção exclusivamente estatal, e sim fruto de um acordo regional.

Já neste estágio, consagra-se o direito que disciplina as transformações, o denominado de Direito Comunitário ou Internacional Regional que passa a disciplinar a economia, que compreende a realidade regional para discipliná-la. Não resta dúvida que já temos regras jurídicas dispostas para a comunidade, termo mais jurídico para a noção de sistema regional.

A fase última, a união monetária e econômica, compreende adesão de membros às exigências e o nivelamento de situações econômico e políticas. Na prática seria quase uma federação de Estados, pois o modelo recebe inspiração do federalismo, conta com banco central único e moeda única, revelando-se um bloco econômico e político. Em termos mais concretos, é um mercado comum que dispõe de meios de fazer com que haja liberdade de circulação de fatores de produção, paralelamente são criadas técnicas de harmonização política.

Tomando esta sucessão de estágios, a união econômica e política já seria um estágio além da união econômica, quando a idéia de federação de Estados tomaria forma. É o que ocorre na Europa pós Tratado de Maastricht de 1992, da União que conta com um Parlamento Comunitário, uma política interna, de contornos de cooperação judiciária e uma política exterior, para questões correlatas à defesa e segurança da Europa, como um todo. O sistema judiciário europeu toma para si questões de direito comunitário que podem ser suscitadas em cada tribunal nacional.

Evidente que neste estágio novas mudanças na estrutura constitucional são necessárias, o que torna o tema pertinente ao Direito Constitucional Internacional. As questões jurídicas da integração são explicadas do ponto de vista do Direito Constitucional Internacional exatamente porque

possibilita visualizar os contrastes entre o direito interno, nacional, de vocação constitucionalista, com o direito internacional, externo, de vocação entre nações. Considera dois parâmetros que não são excluídos, mas complementares e condizentes com esta noção de criar um espaço econômico único (BORGES, 2005:107).

2.3. As Regras de Alcance Regional

Considerando as progressivas transformações normativas decorrentes do processo do processo de integração econômica e o estabelecimento de um conjunto de regras de integração, interessa refletir sobre os âmbitos de validade e de eficácia normativa internacional, também posta em termos regionais.

O chamado Direito Comunitário passa a ter um contato mais estreito com os direitos nacionais por possibilitar a criação de um conjunto de regras que disciplinam as relações entre os Estados. Lembremos que o qualificativo “comunitário” diz respeito a esta realidade, de criar uma comunidade, subconjunto ou sistema que é parte da chamada sociedade internacional. É própria para quando a composição entre Estados estiver muito estreita em termos de cooperação.

O tema remete à controvérsia sobre a incorporação do acordado na ordem internacional às ordens nacionais, matéria que suscita muitas opiniões doutrinárias divergentes, mais ainda quando os acordos estabelecem direitos e obrigações, sem indicar como serão decididas as questões jurídicas fundamentais.

As relações comerciais firmadas em termos regionais devem ser analisadas tendo estes parâmetros, como fundamentos de validade das obrigações resultantes. O que implica afirmar não mais é possível desprezar o conteúdo normativo regionalmente acordado, tão pouco parece coerente

te afastar a aplicabilidade da norma interna, por alegações de preservação de ordem pública e de soberania nacional.

Permanece o preceito de que um Estado-nacional assume compromissos ao ingressar numa associação regional, diante de toda a comunidade internacional. Se há um hábil poder negociador do Estado na ordem internacional, deve coexistir um poder reformulador de sua ordem jurídica interna, o que implica em um esforço para compatibilizar as regras existentes na legislação ordinária, complementando a previsão posta na Constituição Federal, como é o caso do Brasil.

Novamente podemos fazer uma análise da questão, do ponto de vista de uma teoria do Direito Constitucional Internacional. Significa rever as regras do direito interno, direito constitucional que disciplinam efeitos dos acordos internacionais firmados, já que estes acordos internacionais passam a ter mesma função das constituições. O exemplo novamente é da prática européia de integração, dos tratados instituidores da integração.

3. Conclusão

As Opções do Ponto de Vista Latino-Americano

Considerando que o processo de integração é um meio hábil para disciplinar as relações entre Estados, as transformações na ordem internacional e nas ordens nacionais são inevitáveis. A criação de uma nova ordem internacional depende da reestruturação das relações entre as nações, no que combina a idéia de uma ordem internacional.

A análise demonstra que há associações e organizações internacionais garantidoras de instâncias voltadas ao crescimento econômico (ainda fruto de teorias vindas das campanhas desenvolvimentistas dos

anos 50 e 60) produzindo normas, nascidas políticas e tornadas jurídicas. Uma fática constatação de que o comércio internacional, quando ressalta a interdependência entre as nações, o intercâmbio de bens, de serviços, de capital e de pessoas, promove a produção legislativa.

O evidente esforço de cooperação entre nações para a disciplina e o disciplinamento normativo das relações e das condutas comerciais nem sempre é compreendido, já que criar estreitos os laços entre Estados forçam necessárias mudanças em suas ordens jurídicas nacionais.

No caso latino-americano há duas formas de analisar a integração regional, do ponto de vista convencional e do ponto de vista institucional. O primeiro surge das regras regionais, bem peculiares em momentos distintos na história latino-americana, enquanto o segundo tem a inspiração do modelo europeu e segue a tendência de desenvolvimento.

A idéia de associação entre nações latino-americanas favorece o surgimento de medidas regionais, no geral conseqüência dos Congressos Pan-americanos e das Conferências Interamericanas.

Na América Latina tais colóquios internacionais citados nos legaram as primeiras regras disciplinadoras do incipiente comércio intra-regional em meados do século XIX e começo do século XX, respectivamente. Neste intervalo de tempo temos a chamada fase da integração que, mesmo seguindo ditames do pan-americanismo, procuram incorporar em ordenamentos jurídicos as regras de um direito para nações latino-americanas.

Os primeiros acordos resultantes de tantos encontros intergovernamentais promoviam uma espécie de aliança continental em torno de questões comuns, mas também incentivou a formulação de códigos de direito internacional, como o Código de Bustamante, em 1928.

Adiante, a experiência pode ser considerada de sucesso por tratar de questões de Direito Internacional que seriam incorporadas aos direitos internos, no mais perfeito exemplo de acordo inter Estados. E, avançando mais a história, as Conferências Interamericanas sobre Direito Internacional Privado retomam a idéia, auxiliando na tarefa de disciplina e solução de problemas no exercício de acordos regionais firmados.

Se na ordem internacional um compromisso firmado entre as nações, posto em um tratado internacional, implica em obrigações recíprocas, na ordem interna algumas alterações podem ocorrer. Tomando como exemplo o art. 2º do Tratado de Assunção, firmado em 1991, entre o Brasil, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai, há uma afirmativa de que o Mercado Comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados Partes. A questão é que os ajustes internos podem contrariar este preceito, em ressalva de que assuntos internos merecem o tratamento dado pelo direito interno, que as soluções para problemas internos devem analisadas em conformidade com o mesmo princípio. Não seria diferente o entendimento, já que o Tratado de Assunção de 1991 é do tipo acordo-quadro, consubstanciando instrumentos definidores de objetivos da integração e de seus mecanismos. A estrutura institucional prevista pelo referido Tratado e complementada adiante por protocolos adicionais, como o Protocolo de Ouro Preto, sintetiza a natureza intergovernamental, o que facilitaria as negociações políticas, embora dificultasse a implementação de regras nos ordenamentos internos.

Todavia, mesmo sendo os tratados a fonte de direito internacional, de direito, de um modo geral, questão recorrente é de que disposições contidas no tratado podem implicar em conflitos, nem sempre resolvidos pela regra de que lei posterior revoga a anterior, no que não for contraditória.

Assim, a América Latina adia a opção pelo comunitarismo, por regras próprias da comunidade econômica, versando e disciplinando aspectos econômico-regionais da integração programada. Prefere, por outro lado, adequar-se aos acordos regionais por entender que a etapa atual de integração, de refletir sobre o papel do Estado-nacional, melhor combina com a formação de espaço regional.

Trata-se de cuidar do conceito de soberania nacional, retirando a conotação de segurança nacional (ACCIOLY, 2003:161) para aproximá-lo dos objetivos desenvolvimentistas da integração econômica regional. A realidade latino-americana não pode ser comparada à européia em cada lento avanço da integração até porque o modelo de integração demora a ser maturado. Basta recordar o processo de construção histórica de aceitação de soberania compartilhada.

A supranacionalidade pressupõe a existência de valores comuns, bem como uma instância própria que delibere em favor destes valores. Para a América Latina ainda não é possível trilhar por este caminho por conta da rigidez constitucional, o que é uma constatação, não uma crítica. Em nosso contexto, consagrar a supremacia de uma ordem jurídica é importante para sobrevivência de instituições políticas e jurídicas, erguidas mediante muita luta interna.

Não parece prudente, mesmo em termos de desenvolvimento, criação de um espaço econômico comum, compartilhar poderes e competências, assim, a saída para a integração é a intergovernabilidade. A tese de uma soberania compartilhada só deve ser admitida se cercada de várias garantias políticas, em nada afetando ao disposto constitucional. É a consagração do princípio da territorialidade, da jurisdição quase que absoluta que o Estado tem sobre atos e indivíduos nos seus limites territo-

riais (ressalvando algumas específicas hipóteses, constantes no Código de Processo Civil).

Na atualidade as relações entre as nações são caracterizadas pela interdependência, sendo possível acentuar a cooperação entre os Estados, o que pode ser um bom indício para a integração ser intensificada. As questões podem ser resolvidas no modelo intergovernamental sempre com negociações multilaterais, seguindo o que consta em dispositivos constitucionais de Estados-membros.

Mas esta solução serve para efetivar projetos de integração no momento atual, cabendo ao Estado a tarefa primordial de primeiro adequar suas regras internas ao ideal de integração, de modo a auxiliar e alcançar os objetivos declarados de desenvolvimento econômico e social. E, depois, imprimir em seus projetos intergovernamentais a obrigatória articulação política pretendida.

Esta é a contribuição de um estudo de Direito Internacional, a proposição de critérios coordenados e harmonizadores para situações específicas que implicam no livre trânsito de mercadorias, pessoas, empresas e capital. Não é a função de unificar regras para criar um direito regional, mas tentar harmonizar o tratamento normativo para situações comuns (VENTURA, 1997:113).

Também é fórmula interessante à nova teoria do Direito Constitucional que toma proveito das lições de um direito internacional regional para compreender a extensão de efeitos de uma integração regional na estrutura interna de seus países-membros.

A melhor comprovação deste interessante diálogo é o conjunto de diferentes mecanismos para o disciplinamento jurídico em termos de integração, no modelo Mercosul, critérios específicos para temas também específicos. Assim, o Protocolo de

Lãs Leñas, de 1992, versando sobre cooperação e assistência jurisdicional em matérias civil, comercial, trabalhista e administrativa; o Protocolo de Buenos Aires, de 1994, tratando da Jurisdição Internacional em matéria contratual, e, por fim, o Protocolo de Olivos, de 2002, para solução de controvérsias.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional*, 3ª edição, atualizada. Curitiba: Juruá, 1996.
- ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *Mercosul: manual de direito de integração*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Mercosul e comunidade econômica européia - aspectos políticos dos processos de integração em sua dimensão institucional comparada*. In Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, a 45, n. 77/78, jan/mar. Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Direito Internacional, 1992.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O Mercosul no contexto regional e internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 1993.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto de. *Mercosul: características e perspectivas*. In Revista de Informação Legislativa, a.37, n.146, abr/jun. Brasília: Senado Federal, 2000.
- ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e da nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BALASSA, Bela. *Teoria da integração econômica*. Tradução de Maria Felipa Gonçalves e Maria Elisa Ferreira. Lisboa: Livraria Clássica, 1961.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *O MERCOSUL, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1998.
- BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. São Paulo: Saraiva, 2005.

- CAMPOS, João da Mota. *Direito Comunitário* vol. 1. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. Brasília: Escopo, 1990.
- CASELLA, Paulo Borba (organizador). *Mercosul: integração e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CASELLA, Paulo Borba, e, ARAÚJO, Nádya de (coordenador), *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998.
- CASELLA, Paulo Borba. *Modalidades de harmonização e uniformização do Direito: o Brasil e as Convenções Internacionais de Direito Internacional Privado*, São Paulo: LTR, 1988.
- CASELLA, Paulo Borba. *Ordenamento comunitário, direito internacional público, regulamentação do GATT e direito internacional privado*. In Revista dos Tribunais/ Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, a 1, n3. Abr/jun. São Paulo: RT, 1993.
- DANTAS, Ivo (organizador). *O processo de integração regional: o político, o econômico e o jurídico nas relações internacionais*. Curitiba: Juruá. 1999.
- DEUTSCH, Karl. *Análise das relações internacionais*. Tradução de Maria Rosinda Ramos da Silva. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
- FARIA, José Eduardo de. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FARIA, Weter (organizador). *Estudos sobre integração*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- FERREIRA ALVES, Jorge de Jesus. *Lições de Direito Comunitário*, vol. 1 Coimbra:Coimbra Editora, 1989.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. *A circulação de modelos jurídicos europeus na América Latina: um entrave à integração econômica no Cone Sul?* In Revista dos Tribunais, v.86, n 736, fev. São Paulo: RT, 1997.
- FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues. *Globalização, Mercosul e a crise do Estado-nação: perspectivas para o Direito numa sociedade em mudança*. São Paulo: LTr, 1997
- FURTADO, Celso. *Pequena introdução ao desenvolvimento: enfoque interdisciplinar*. 2ª edição. São Paulo: Nacional, 1981.
- GARCIA Jr, Armando Álvares. *Conflito entre normas do Mercosul e direito interno: como resolver o problema?: o caso brasileiro*. São Paulo: LTr, 1997.
- IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de direito da integração e comunitário*. São Paulo: LTr, 2002.
- KAPLAN, Morton e KATZENBACH, Nicholas, *Fundamentos políticos do direito internacional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, *Direito Comunitário e jurisdição supranacional*. São Paulo: Oliveira Mendes, 2000.
- LITRENTOS, Oliveiros Lessa, *A ordem internacional contemporânea- um estudo da soberania em mudança*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Tratados Internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- MELLO, Celso de D. Albuquerque, *Direito Internacional Americano: estudo sobre a contribuição de um direito regional para a integração econômica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- MELLO, Celso de D. Albuquerque, *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- MORAIS PIRES, Maria José, *Relações entre o Direito Internacional e o direito interno em direito comparado*. In Documentação e Direito Comparado. N 53/54, Lisboa: Documentação e Direito Comparado, 1993.
- NOGUEIRA, Jorge Luis Fontoura, *Fontes e formas para uma disciplina jurídica comunitária*. In Revista de Informação Legislativa, v. 33, n 132, out/dez. Brasília: Senado Federal, 1996.
- NORRIS, Roberto, *Contratos coletivos supranacionais do trabalho e a internacionalização das relações laborais no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998.
- OLIVEIRA, Marcelo Fernandes de, *Mercosul: atores políticos e grupos de interesses brasileiros*. São Paulo: UNESP, 2003.
- OLIVEIRA, Odete Maria de, *União Européia: processos de integração e mutação*. São Paulo: Juruá, 2001.

REIS, Márcio Monteiro, *Mercosul, União Europeia e Constituição: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

REZEK, José Francisco, *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

RODAS, João Grandino, *Sociedade Comercial e Estado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SEINTFUSS, Ricardo, *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, Roberto Luiz, *Direito Econômico Internacional e Direito Comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995

SOARES, Guido Fernando Silva, *Órgãos dos estados nas relações internacionais: formas da diplomacia e as imunidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOLON, Ari Marcelo, *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e de decisão*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

SOUZA, Nilson Araújo de, *A nova ordem internacional*. São Paulo: Global, 1987.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: CONTORNOS EPISTEMOLÓGICOS*

CONSTITUTION THEORY: EPISTEMOLOGICAL FORM

JOSÉ LUIZ BORGES HORTA**

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O presente estudo sistematiza as idéias concernentes ao percurso epistemológico da Teoria da Constituição ao longo do século XX, disciplina que busca emancipação e autonomia dentro da construção acadêmico-científica do saber jurídico. Coteja-se sua gênese na perspectiva sociológica dos renomados e profícuos estudos de CARL SCHMITT, que logo encontram posição diametralmente oposta no purismo normativista de HANS KELSEN, um em leitura constitucional demarcada pela realidade fática, o outro construindo uma disciplina meramente normativa. Tal divisão é, então, superada por HERMAN HELLER, autor chave da Teoria da Constituição, e sintetizada de forma a demonstrar certa reciprocidade entre a existencialidade sociológica schmittiana e a normatividade jurídica kelseniana. Por fim, enriquecendo e projetando novos contornos aos embates acerca da disciplina, traz-se à baila a estruturação de uma Teoria *axiológica (ou filosófica)* da Constituição, mais afeta aos seus princípios e condizente com o Estado democrático de Direito.

Palavras-chave: Constitucionalismo do séc. XX — Epistemologia da Teoria da Constituição — embate Schmitt/Kelsen

Abstract: The present study systemizes the ideas concerning the epistemological journey of Constitution Theory along the 20th century, discipline which seeks its emancipation and autonomy in the construction of the academic-scientific juridical knowledge. Its genesis is collated in the sociological perspective of the renowned and profitable studies of CARL SCHMITT, which soon found opposition in HANS KELSEN'S normativism; the first through a constitutional reading demarcated by the factual reality, the other building a discipline merely normative. This division is, therefore, overcome by HERMAN HELLER, key author of Constitution Theory, and synthesized in a way to demonstrate a reciprocity between SCHMITT'S sociological existentiality and KELSEN'S legal normativity. At last, enriching and projecting new frames to the debate concerning this discipline, it is brought upon carpet the configuration of an *Axiological (Philosophical)* Constitution Theory, more acquainted with its principles and consonant with the *democratic Rule of Law*.

Key words: Constitutionalism from 20th century – Epistemology of Constitution Theory – Schmitt/Kelsen debate

“Quae justitiae opponatur virtutem nullam video in natura animalis ratione praediti”

MARCUS AURELIUS, *Meditações*, Livro Oito, XXXIX
[Na constituição do ser racional, não vejo nenhuma
virtude que se oponha à justiça]

* O presente ensaio, publicado em terna gratidão aos mestres JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO e ALOIZIO GONZAGA DE ANDRADE ARAÚJO, teóricos mineiros do Estado e da Constituição, foi previamente utilizado como fonte de referência para a construção de capítulo sobre o constitucionalismo social em nossa tese HORTA, José Luiz Borges. Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2002. Agradecemos ao gentil convite da Escola Superior de Direito Constitucional, honrados em concorrer para seus profícuos debates.

** Doutor em Filosofia do Direito e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG e colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Diretor da Revista Brasileira de Estudos Políticos.

1. Teoria da Constituição: Em Busca de Autonomia

A Teoria da Constituição, disciplina que tende a se emancipar no concerto do saber jurídico, está hoje em busca de seu *status* epistemológico de disciplina autônoma, como já escrevemos anteriormente¹, no contexto de significativo embate acerca dos contornos da disciplina².

De nossa parte, pensamos que o cânone que herdamos dos pensadores que construíram este novo campo de estudos permite a apreensão das perspectivas e contradições do constitucionalismo social. Em autores como CARL SCHMITT, a disciplina era nada mais que uma Sociologia constitucional; já na tradição kelseniana, não poderia ser mais que uma teoria da norma constitucional. Finalmente, HERMAN HELLER integraria as duas vertentes, propondo um conceito de constituição muito mais adequado à perfeita construção da disciplina, como veremos.

O presente ensaio deve ser compreendido como um contributo ao debate epistemológico em torno da Teoria da Constituição, e visa tão somente sistematizar idéias que, nestes anos, têm sido recorrentemente presentes em nossas indagações acerca do Estado, da constituição e do Direito, tomados como pontos de chegada da cultura e da civilização ocidental.

2. A Perspectiva da Teoria Sociológica da Constituição: Dos Dissensos ao Consenso

O grande esteio de uma leitura constitucional demarcada pela realidade fática, ansiosa pela ruptura com o formalismo jurídico, e antecipadora de uma boa parte das tensões presenciadas pelo século XX, é a rica advertência de FERDINAND LASSALLE, apresentada já em 1863 as lideranças intelectuais e sindicais e posteriormente

publicada³. Ali, o autor cunha a famosa hipótese da constituição como uma mera folha de papel, que tanto influenciaria os pensadores que, em especial na Alemanha, o seguiriam⁴.

Referimo-nos à obra de três grandes pensadores germânicos, CARL SCHMITT, RUDOLF SMEND e KARL LOEWENSTEIN, a qual, sem sombra de dúvidas, é tremendamente representativa de seu tempo, de suas angústias e dos grandes abalos do princípio do século⁵.

SCHMITT, a rigor com a obra *Verfassungslehre* (1928)⁶ o grande proponente da disciplina, é sem dúvida um autor datado, imerso no totalitarismo do primeiro pós-guerra, ao qual emprestou sua capacidade intelectual, participando destacadamente na construção de seu arcabouço teórico. Registra ARI MARCELO SOLON:

“Qualquer que tenha sido a posição política de Schmitt, (a única certeza é que era um antiliberal, adversário da democracia parlamentar e portador de uma visão imperial das relações internacionais), ele não só é um grande teórico do direito, mas também um formulador de conceitos construídos com estilo literário arrebatador e cativante”⁷.

Sua reflexão, densa e admirável, é permanentemente permeada pelos seus anseios autoritários de justificação do Estado-Força⁸. A identificação da soberania com a *decisão* no momento de absoluta exceção — “O soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”⁹ — traduz uma visão pragmática da política, lastreada numa soberania eminentemente fática, tomada “não [juridicamente ou estruturalmente] como monopólio da sanção ou dominação, mas como o monopólio da decisão”¹⁰.

CABRAL DE MONCADA, aliás, trabalha o conceito de político em SCHMITT a partir do par de categorias amigo-inimigo, onde o político não é ético, como a política não é moral¹¹. Tudo é, apenas, fato:

“A preocupação de Schmitt com objetividade do poder político coloca-o entre os juristas que, rejeitando o isolamento da ordem jurídica da realidade social, se concentram nas particularidades ‘reais’ do Estado”¹².

Por um lado, é patente que o autor escreve com os olhos postos na meta jurídica de esvaziar e enfraquecer a constituição-emblema do Estado *social* de Direito, a Constituição de Weimar de 1919, buscando não a inclusão das minorias, mas o seu absoluto aniquilamento dentro da capciosa urdidura da homogeneidade social; por outro, é inegável que o constitucionalismo social deve a SCHMITT, e ao seu “afã polêmico e pendor radicalizante”, a compreensão de diversas de suas características; recentemente, verifica-se uma renovação nos estudos schmittianos:

“A volta a Schmitt — se é isto o que vem ocorrendo — tem alguns aspectos metodológicos relevantes. Não cremos haver nela maiores conotações políticas, senão talvez em alguns casos. Ela vale, inclusive, como compensação diante do excesso de atenção dado, desde as décadas vinte e trinta (as mesmas em que surgem os primeiros escritos importantes de Schmitt), às teorias de que Kelsen e ao impenitente formalismo de sua ‘escola’ e seus aliados”¹³.

Excessos, no entanto, são nítidos; ERNST FORSTHOFF, discípulo de SCHMITT, considera:

“impossível conceber um ‘Estado social de Direito’; [...] para ele, a inclusão do ‘social’ na definição do Estado de Direito supõe uma distorção inadmissível do ponto de vista jurídico”¹⁴.

Já RUDOLF SMEND, que a ele resiste de pronto, publicando no mesmo ano de 1928 a sua *Verfassung und Verfassungsrecht*¹⁵, por sua vez, é um autor de maior comprometimento com o Estado social de Direito, buscando soluções democráticas e profundamente preocupado com o risco

da redução do indivíduo a objeto ou vítima do poder estatal. É perceptível que SMEND escreve da trincheira oposta à de SCHMITT, expressando significativa tentativa de resistência ao totalitarismo então em marcha.

Diferente é a contextualização de LOEWENSTEIN. Professor na América do Norte, ele recebe plúrimas influências em sua doutrina¹⁶. Em primeiríssimo lugar, é sem dúvida um autor da moderna politologia norte-americana; aliás, a primeira versão de sua obra é publicada no ano de 1956 em inglês, e nitidamente versando sobre a *Political Science*. Somente alguns anos depois (1959) é que LOEWENSTEIN resgataria a expressão consagrada por SCHMITT, ao verter a obra para o alemão, preferindo intitular-la *Verfassungslehre*¹⁷. Do ponto de vista ideológico, o mesmo LOEWENSTEIN que assiste ao alvorecer da Guerra Fria assiste à progressiva consolidação dos mecanismos de Direito Internacional; ocidental, opta inequivocamente pela tradição do Estado social de Direito, contrapondo ao autoritarismo o constitucionalismo. Democracia e constituição, em sua doutrina, são faces de uma mesma moeda. E a perfeita taxionomia dos sistemas políticos será ensejada através, sobretudo, da acurada análise do Poder e do número de seus detentores (daí, muitos visualizarem na essência de suas indagações a construção de uma Teoria do Poder).

Autores de compromissos políticos e ideológicos radicalmente distintos, SCHMITT, SMEND e LOEWENSTEIN possuem inúmeras diferenças em termos de Teoria do Estado: em variadas questões tomarão posturas discrepantes, tanto frente à teoria dos poderes e funções do estado, quanto à teoria da representação, aí incluídas as reflexões atinentes aos sistemas eleitorais e partidários.

Podem, contudo, ser reconhecidos como os fundadores da Teoria da

Constituição (ou, melhor diríamos, da Teoria *sociológica* da Constituição). E isto porque, apesar dos incontáveis dissensos, num ponto os três possuíam manifesto acordo: na concepção, inspirada em LASSALLE, da Constituição como um *fato sociológico*. Vejamos:

* em SCHMITT, temos a noção de *lebend Verfassung*¹⁸, decisão conjunta de um povo politicamente unido e culturalmente homogêneo;
 * em SMEND, temos um Estado em contínua renovação, como num plebiscito de cada dia (a influência de RENAN é ululante), efetivando uma dinâmica constitucional de integração norma-realidade;
 * finalmente, em LOEWENSTEIN temos a busca do sentido real da Constituição, a rigor sintetizada na teoria do *sentimento constitucional* (*Verfassungsgefühl*)¹⁹.

Para tais autores, a posição epistemológica dos estudos de Teoria da Constituição não seria, portanto, controversa. Até por suas fortes inclinações sociológicas (no caso de LOEWENSTEIN, mais que patentes), ambos concebiam a Teoria da Constituição do ponto de vista sociológico, senão mesmo como uma *Sociologia Constitucional*.

3. Kelsen: Uma Teoria Normativa da Constituição?

Trata-se HANS KELSEN, entretanto, de um jurista de grande riqueza de pensamento²⁰ e grande impacto nas letras jurídicas brasileiras. Para JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO,

“A Ciência do Direito e, particularmente, a Filosofia Jurídica tiveram em Hans Kelsen um dos mais importantes especuladores. A Teoria Pura do Direito é considerada a primeira grande sistematização do conhecimento jurídico”²¹.

Distinta, sob notáveis aspectos, será a concepção da Teoria da Constituição em HANS KELSEN. É fato, como lembra ORLANDO CARVALHO, que “o grande jurista de Vie-

na conseguiu abalar os alicerces da ciência tradicional, obrigando os cultores da Teoria Geral do Estado à retomada de posições”²²; entretanto, muitas vezes esta tomada de posições lhe foi, como não poderia deixar de ser, marcadamente desfavorável²³.

O sistema lógico entabulado pelo mestre de Viena contrapõe-se com grande nitidez às concepções dos sociologistas que antecedem e sucedem KELSEN. Com propriedade, anota PAULO BONAVIDES:

“Um dos traços marcantes do positivismo jurídico-estatal, de feição formalista, [...] conduzido às últimas consequências por Kelsen, [...] é abreviar as reflexões sobre a Constituição para reduzi-la a uma classificação legalista, fixada unicamente sobre o seu exame e emprego como lei técnica de organização do poder e exteriorização formal de direitos”²⁴.

Em KELSEN, se o Estado nada mais é que o sistema jurídico a ele pertinente (gerando o enorme equívoco de, assim como SCHMITT propõe um Estado sem Direito, propor um Direito sem Estado), e a constituição, sobretudo o “escalão de direito mais elevado”, ou a “norma que regula a produção”²⁵ de outras normas, construir uma Teoria da Constituição implica em construir uma disciplina meramente normativa, pura de fatos ou valores, aferrada ao ponto de vista da norma²⁶.

A limitada concepção de constituição de KELSEN, ainda que matizada na *Teoria Geral do Direito e do Estado* em relação à *Teoria Pura do Direito*, é uma evidente afronta à hoje universalizada e amplamente aceita *teoria material da constituição*²⁷, consagrada em HELLER, que estrutura forte resistência ao formalismo kelseniano.

A propósito, na lição de ERICH KAUFMANN, integrada ao pensamento de BONAVIDES, registra-se com grande acuidade que o:

“formalismo normológico de Kelsen consiste numa fuga à realidade, [...] fuga para ver-se livre da acabrunhante e esma-

gadora variedade infinita que se acha contida na realidade”²⁸.

A seguí-lo imoderadamente, acatando sua Teoria *normativa* da Constituição, jamais sequer cogitaríamos daquele que JOSÉ AFONSO DA SILVA afirma ser o “drama das Constituições voltadas para o povo: cumprir-se e realizar-se, na prática, como se propõe nas normas”²⁹.

A contribuição de KELSEN³⁰, entretanto e como se verá, pode nos ser extremamente útil na configuração do constitucionalismo social, em especial em virtude de seu confronto com SCHMITT:

“A polêmica Kelsen-Schmitt nos anos 30 em Colônia constitui um dos momentos decisivos da reação que o formalismo provoca na Alemanha, produzindo um divisor de águas na teoria do século XX”³¹.

4. Da Polêmica SCHMITT-KELSEN a HELLER, Autor Síntese da Teoria da Constituição

A dualidade forma-matéria transparece de modo evidente na polêmica travada, na Colônia dos anos 30, entre CARL SCHMITT e HANS KELSEN, autores de evidentes divergências no tocante ao Estado de Direito:

“No começo do século vinte, o Estado de Direito (como realidade, como forma política) foi combatido por Carl Schmitt, que nele apontava um equívoco burguês, correlato da ‘despolitização’ do Estado e da idealização da lei. Paralelamente a expressão Estado-de-Direito (Rechtstaat) foi recusada por Kelsen como redundante, posto que ter conexão com direito é próprio de todo Estado, o Estado e o Direito vistos por um prisma jurídico-formal”³².

No tocante à Constituição, reproduz-se a querela:

“Pela mesma época, alguns autores discutiram em termos novos o conceito de constituição, entre os quais Hans Kelsen,

que lhe deu contudo um sentido extremamente jurídico-formal. Contra este sentido colocaram-se várias publicistas como Carl Schmitt, partidário de um conceito político de constituição, Hermann Heller, com um conceito integrativo, e outros”³³.

No entorno de tais debates, o constitucionalismo social produz um novo campo de enfoques, batizado, como vimos, por SCHMITT: a Teoria da Constituição.

Sobre a polêmica, anota NELSON SALDANHA:

“Como antípoda do de Kelsen, sobretudo na teoria constitucional, ficou o pensamento de Schmitt centrado sobre a idéia do Direito como ordem concreta e vinculada à política. O kelsenismo ficou como ponto de referência do formalismo, e o ‘decisionismo’ de Schmitt (denominação que ele próprio veio a rever) como marco do antiformalismo. Para ambos os casos, graus e variantes”³⁴.

MÁRIO QUINTÃO resume os pontos centrais de divergência:

“A concepção schmittiana, alicerçada no decisionismo, parte da premissa de que uma constituição é decisão conjunta de um povo sobre o modo de sua existência política, apresentando-se válida quando emana de um poder constituinte (no sentido de força ou autoridade) e estabelece-se por sua vontade.

Por sua vez, o normativismo, insculpido no Estado liberal de direito, determina que tudo é previsível e calculável, i. é, em situações de equilíbrio bastam as normas. A decisão consiste, então, no elemento fundamental da ordem jurídica, pois cria, mantém e aplica a norma”³⁵.

Em recente estudo, ARI MARCELO SOLOMON analisa o legado dos dois contendores, numa perspectiva de síntese, aliás inspirada em TERCIO SAMPAIO:

“A tese de uma convergência metodológica entre o elemento decisório e o normativo nos quadros da Teoria Geral do

Direito [...] é antecipada no Brasil pelos trabalhos de Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁷³⁶.

O embate pode ser flagrantemente identificado, *e.g.*, na divergência no entorno do *guardião da Constituição*: para SCHMITT, o chefe de Estado; para KELSEN, o Tribunal Constitucional³⁷. A perspectiva de SOLON é, todavia, a busca de pontos de convergência entre os autores.

Nenhum autor traduziu melhor a profunda divisão entre o normativismo kelseniano e o decisionismo schmittiano que HERMAN HELLER³⁸, autor síntese da Teoria da Constituição.

Inserido nas grandes polêmicas de seu tempo, HELLER não desdourou do Estado Social, tendo sido, no comentário de GISELA BESTER, “um dos poucos constitucionalistas que aceitou e defendeu a Constituição de Weimar”³⁹. É nosso autor quem alerta os incautos:

“Quando se fala, e com razão, da crise atual da Teoria do Estado, não se deve ver nela um fenômeno de decadência, mas ao contrário”⁴⁰.

Segundo BARACHO, HERMANN HELLER propõe um conceito dialético-plenário de poder constituinte:

“HELLER procurou demonstrar a conexão indissolúvel entre o mundo real e o mundo cultural. A existencialidade, a normatividade e o poder constituinte não se acham, certamente, em oposição, mas condicionam se reciprocamente. Um poder constituinte que não esteja vinculado aos setores de decisiva influência para a estrutura de poder, por meio de princípios jurídicos comuns, não tem poder nem autoridade e, por conseguinte, também não tem existência.

Essa metodologia de HELLER marca as diferenças entre suas concepções e as de HANS KELSEN e CARL SCHMITT”⁴¹.

Ao definir a constituição, HELLER vai considerá-la como uma realidade social, presente em toda sociedade política, e que,

no Estado, possuirá três dimensões:

1. a constituição *não normada*, mas que, entretanto encontra-se normalizada (pelo próprio ambiente sócio-cultural, que condiciona a ação do homem de diversos pontos de vista, como o econômico, o histórico, o social);

2. a constituição *normada extrajudicialmente*, que inclui não somente as normas sociais de costume, moral, religião, como também os chamados princípios éticos, as únicas normas realmente conhecidas e vivas no espírito da comunidade;

3. a constituição *normada juridicamente*.

A constituição estatal, assim, é um soma de normalidade e normatividade (jurídica e extrajudicial), e não, como em SCHMITT, manifesta normalidade, ou pura normatividade jurídica, como em KELSEN.

A preocupação de integrar normalidade e normatividade manifesta-se por inúmeras dualidades que HELLER transcende: assim, a constituição possui a dimensão de efetividade que tanto estimulava SCHMITT, mas também a de validade que KELSEN deificava; é ser, mas também dever-ser; é dinâmica, mas também estática; trafega no plano da existencialidade, mas também no da idealidade. Se há força normativa no normal fático, também há força normalizadora no normativo⁴²:

“Toda criação de normas é, por isto e antes de tudo, uma tentativa de produzir, mediante uma normatividade criada conscientemente, uma normalidade da conduta com ela concorde”⁴³.

Em última análise, ao Estado sem Direito de SCHMITT, e ao Direito sem Estado de KELSEN, HELLER contrapõe um Estado com Direito — um Estado de Direito, na mais renovada tradição. Tanto KELSEN, com sua norma fundamental, desprovida de poder e válida logicamente, quanto SCHMITT, com seu poder sem norma, carente de validade, desconhecem a dialética da

realidade estatal. Normatividade e existencialidade, assim, não são noções opostas, mas reciprocamente condicionadas.

Em lição que nos chega intacta, pontifica:

“A ciência interpretativa do Direito Constitucional não só pode como também deve formular, partindo da situação jurídica total, ao lado do conceito de Constituição formal, um conceito de Constituição material em sentido estrito”⁷⁴⁴.

No mundo radicalizado política e juridicamente em que vivia⁴⁵, é preciso registrar que o próprio HELLER vai posicionar-se como um cientista da realidade; daí, não poder falar numa Teoria geral do Estado, universal e atemporal, mas sim numa Teoria do Estado específica para a vida estatal que nos rodeia⁴⁶. A nosso juízo, pensamos mesmo que HELLER considerava-se quase um sociólogo do Estado, tal como seus predecessores anti-formalistas; sua obra, entretanto, de imenso impacto, na verdade contribuiu para compreender as verdadeiras dimensões do que o germanismo chamaria de *Staatswissenschaften*: as ciências do Estado. “Ciências” que devem estudar fenômenos como o Estado e a Constituição não somente como normas, mas também como fatos e ainda, como talvez veremos no presente século, valores.

5. Uma Leitura para a Teoria da Constituição

Construir uma disciplina, dando-lhe contornos epistemológicos claros, não é tarefa simples.

No caso específico da Teoria da Constituição, há autores que a consideram apenas como parte da Teoria geral do Estado, como lembra BARACHO, referindo-se a HANS NAWIASKY⁴⁷.

Para uma boa sistematização da disciplina, podemos nos inspirar não somente em HERMANN HELLER, mas também no fe-

cundo tridimensionalismo jurídico de MIGUEL REALE⁴⁸.

Numa leitura tridimensionalista, é fácil perceber que estudar Direito significa, ora estudar fatos, ora estudar valores, e (apenas) ora estudar normas.

Cada disciplina jurídica, se por um lado conterà análises das três dimensões, poderá tender naturalmente a valer-se majoritariamente de uma das perspectivas (ou, caso se prefira, de um dos métodos). Assim, poderíamos dividir as disciplinas jurídicas em disciplinas sociológicas, disciplinas filosóficas, e disciplinas dogmáticas. Tal divisão, por exemplo, dentre os estritos limites da área da Filosofia do Direito, é facilmente verificada: Sociologia Jurídica, Filosofia do Direito propriamente dita, e Teoria geral do Direito.

No caso específico da Teoria da Constituição, sem dúvida a questão reveste-se de alguma dificuldade de análise. Isto, porque a disciplina vem sendo historicamente construída como uma disciplina sociológica.

LASSALLE, SCHMITT, SMEND e LOEWENSTEIN, como é notório, trabalham a Constituição como objeto *fático* de estudo, para o qual propõem, via de regra, um método de percepção que tranqüilamente pode ser considerado *sociológico*. Segundo podemos inferir das opções conceituais que ensejam em suas obras, ainda que a Teoria da Constituição possua intersecções das mais evidentes com a Teoria do Estado (à qual chegam a dedicar laudas e laudas de densas doutrinações), com a Ciência Política e com o Direito Constitucional Positivo, somente poderiam concebê-la a partir de um olhar que é marcadamente sociológico.

A gênese sociológica da Teoria da Constituição explica, ainda que não justifique, o influxo sociologista que contamina as indagações de alguns dos seus contemporâneos cultores. No passado, foram

Sociólogos do Direito Constitucional que apresentaram ao mundo jurídico a proposta da Teoria da Constituição como disciplina específica, autônoma frente à *Algemeine Staatslehre* de seus predecessores; nada mais natural que sua contribuição pudesse ser sintetizada na expressão Teoria *sociológica* da Constituição, onde teríamos o estudo dos sentidos formal e material da Constituição, da própria efetividade constitucional, além da meditação em torno da teoria do poder constituinte, tema central da disciplina⁴⁹.

Tal dimensão, contudo, não nos basta, como não passou despercebido ao rigor de BARACHO. Seria preciso, ainda, tratar de inúmeros temas sob um ponto de vista estritamente normativo, como pretenderia HANS KELSEN. Assim, a uma por nós chamada Teoria *dogmática*⁵⁰ da Constituição caberia o denso filão de temáticas mais estritamente jurídicas, tais como: a tipologia das constituições, o poder constituinte de reforma da constituição formal, a fertilíssima teoria das normas constitucionais, e os temas referentes ao Direito Processual Constitucional (aí, incluído o controle de constitucionalidade).

Finalmente, talvez possamos antever uma Teoria *axiológica* (ou *filosófica*) da Constituição, afeta à sua principiologia, à teoria do constitucionalismo e aos complexos meandros da Hermenêutica constitucional⁵¹, por certo inspirada na lição de BARACHO:

“Uma Teoria da Constituição para o nosso tempo deve assentar-se no sistema de valores fundamentais da Constituição, partindo do pressuposto de que não são imutáveis”⁵².

É imperativo que os teóricos da Constituição saibam dedicar-se ao perfil epistemológico da disciplina. A tantas indagações, oferecemos nossas reflexões, através deste ensaio, que esperamos possa ser recepcionado com a dimensão que pos-

sui: uma meditação sobre as verdadeiras e essenciais tarefas que a Teoria da Constituição, “disciplina de caráter propedêutico e introdutório aos estudos de Direito Constitucional (positivo ou comparado)”⁵³, tem a desempenhar no concerto das disciplinas jurídicas, especialmente no marco pós-positivista do Estado democrático de Direito⁵⁴.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: UFMG, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Aspectos da Teoria de Kelsen*. *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, a. XXVII, n. 21 (nova fase), p. 09-50, maio 1979.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da. (coord.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*; estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 267-305.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 47, p. 07-47, jul. 1978.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do constitucionalismo*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 23, n. 91, p. 5-62, jul. -set. 1986.
- BARROSO, Luís Roberto. *Princípios Constitucionais Brasileiros (ou de como o papel aceita tudo)*. Themis, Curitiba, n. 07 (nova fase), p. 17-39, out. 1991.
- BESTER, Gisela Maria. *A concepção de Constituição de Hermann Heller - integração normativa e sociológica - e sua possível contribuição à Teoria da Interpretação Constitucional*. *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 36, p. 231-50, 1999.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CABRAL DE MONCADA, L. *Do conceito e essência do político*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, UFMG, n. 30, p. 7-37, jan. 1971.
- CARVALHO, Orlando Magalhães. *Caracterização da Teoria Geral do Estado*. Belo Horizonte: Kriterion, 1951.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria Discursiva da Constituição*. *O Sino do Samuel*, a. III, n. 23, p. 04, maio de 1997.
- CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier, e PISIER-KOUCHNER, Éveline. *História das Idéias Políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.
- FABRIZ, Daurly César. *Por uma nova teoria constitucional*. *Depoimentos*, Vitória, Faculdades de Vitória, v. 4, n. 6, p. 9-34, jan.-jun. 2003.
- HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Trad. Luis Tobío. 4. (reimp. argentina). Buenos Aires/México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- HORTA, José Luiz Borges. *Epistemologia e Vigor da Teoria do Estado*. *O Sino do Samuel*, a. III, n. 24, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, p. 10, junho de 1997.
- HORTA, José Luiz Borges. *Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2002. (Tese, Doutorado em Filosofia do Direito).
- HORTA, José Luiz Borges. *Reflexões em torno da Democracia Filosófica em Hans Kelsen*. *Revista do Curso de Direito da Univale*, Governador Valadares, Univale, a. III, n. 6, p. 31-41, jul.-dez 2000.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitution*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder constituinte e a norma fundamental de Hans Kelsen*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 27, n. 105, p. 109-28, jan.-mar. 1990.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Heremênutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Teoria do Estado; o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitution*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. *Hegel, Weber, Schmitt. A propósito de algumas publicações recentes*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 84, p. 27-33, jan. 1997.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. *O chamado "Estado Social"*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 62, p. 55-81, jan. 1986.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. *Teoria do Direito e Crítica Histórica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.
- SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*. München und Leipzig: Duncker und Humboldt, 1928.
- SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da Soberania como Problema da Norma Jurídica e da Decisão*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

NOTAS

¹ Cf. o nosso Epistemologia e Vigor da Teoria do Estado. *O Sino do Samuel*, a. III, n. 24, Belo

Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, p. 10, junho de 1997. Na Casa de Afonso Pena (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais), a Teoria da Constituição foi incluída já em 1990 como disciplina obrigatória no Bacharelado, e em 1997, como optativa, nos cursos de Mestrado e Doutorado. Em ambas, foi definidora a influência do brilho intelectual do constitucionalista e filósofo do Direito e do Estado JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO. O mais seguro roteiro para ingresso nos meandros da Teoria da Constituição é o artigo de mesmo nome, originalmente publicado em *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 47, jul. 1978, p. 07-47, e posteriormente republicado na não menos significativa coletânea BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979. (O artigo, de grande densidade, é a base doutrinária do programa adotado para a disciplina nos Cursos de Pós-Graduação). Recentemente, o BARACHO trouxe a lume nova versão, significativamente atualizada, de suas reflexões: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da. (coord.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*; estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 267-305.

² Para uma percepção da polêmica do tema, sugerimos o provocante CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria Discursiva da Constituição*. *O Sino do Samuel*, a. III, n. 23, p. 04, maio de 1997, posteriormente reestruturado como capítulo em CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

³ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

⁴ E mesmo no Brasil. Aliás, o instigante BARROSO, Luís Roberto. Princípios Constitucionais Brasileiros (ou de como o papel aceita tudo). *Themis*, Curitiba, n. 07 (nova fase), p. 17-39, out. 1991.

⁵ DAURY CÉSAR FABRIZ, em recente texto, estuda os três autores como os configuradores da Teoria da Constituição como disciplina científica;

cf. FABRIZ, Daury César. Por uma nova teorização constitucional. *Depoimentos*, Vitória, Faculdades de Vitória, v. 4, n. 6, p. 9-34, jan.-jun. 2003.

⁶ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitution*. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1927.

⁷ SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da Soberania como Problema da Norma Jurídica e da Decisão*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 15.

⁸ A feliz expressão é de CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier, PISIER-KOUCHNER, Éveline. *História das Idéias Políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1990, p. 236-69.

⁹ SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*; vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 11, *apud* SOLON, *Teoria da Soberania...*, *cit.*, p. 79.

¹⁰ SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*; vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 19, *apud* SOLON, *Teoria da Soberania...*, *cit.*, p. 90.

¹¹ CABRAL DE MONCADA, L. Do conceito e essência do político. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, UFMG, n. 30, jan. 1971, p. 14-7.

¹² SOLON, *Teoria da Soberania...*, *cit.*, p. 87.

¹³ SALDANHA, Nelson Nogueira. *Hegel, Weber, Schmitt. A propósito de algumas publicações recentes*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 84, jan. 1997, p. 31.

¹⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 225. [PEREZ LUÑO cita FORSTHOFF, Ernst. *Rechtsstaat im Wandel*; verfassungsrechtliche abhandlungen 1954-1973. 2. ed. München: C. H. Beck, 1976, p. 65 *et. seq.*].

¹⁵ SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrrecht*. München und Leipzig: Duncker und Humboldt, 1928.

¹⁶ Inclusive de HERMANN HELLER, que o antecede cronologicamente.

¹⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitution*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

¹⁸ Incorporada e muito aperfeiçoada pelos norte-americanos na doutrina da *living Constitution*.

¹⁹ Cf. LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución*, *cit.*, p. 200. V. HORTA, Raul Machado.

Direito Constitucional. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 99-100.

²⁰ Cf. AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: UFMG, 1984, p. 07.

²¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Aspectos da Teoria de Kelsen*. *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, a. XXVII, n. 21 (nova fase), p. 09.

²² CARVALHO, Orlando Magalhães. *Caracterização da Teoria Geral do Estado*. Belo Horizonte: Kriterion, 1951, p. 85.

²³ ELZA MARIA MIRANDA AFONSO reproduz testemunho de LUÍS RECASÉNS SICHES, segundo o qual, em visita ao México, em abril de 1960, KELSEN teria se assustado com a presença de um auditório lotado para ouvi-lo. Foi advertido, entretanto, de que apenas um terço dos presentes concordava integralmente com sua ótica, enquanto um terço era radicalmente contra, e um terço, composto de discípulos críticos, concordava em parte, divergindo em parte. Teria o jurista, então, afirmado integrar este último grupo. [AFONSO, *O Positivismo...*, cit., p. 269-70; ELZA MIRANDA AFONSO cita RECASÉNS SICHES, Luís. Balance de la Teoría Pura del Derecho. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Mexico, UNAM, a. VII, n. 19, enero-abril 1974, p. 116]. O fato elucida uma leitura muito comum nos nossos dias: KELSEN teria evoluído significativamente, dos textos austríacos das décadas de 1920 e 1930 aos textos norte-americanos das décadas de 1940 e seguintes. Haveria, portanto, perceptíveis diferenças entre a *Allgemeine Staatslehre* de 1925, obra de grande impacto entre os filósofos germânicos do Estado, e a *General Theory of Law and State*, publicada em Berkeley em 1945, e já ela “bafejada” pela convivência de KELSEN com o sistema jurídico do *Common Law*; do mesmo modo, os teóricos do Direito identificam sensíveis controvérsias entre a *Reine Rechtslehre* de 1934, no Brasil lida e relida como sua obra máxima (ainda que na versão de 1960), e a *Allgemeine Theorie der Normen*, publicada postumamente em 1979. [No caso, por exemplo, da norma fundamental, sugerimos as pertinentes indagações de MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder constituinte e a*

norma fundamental de Hans Kelsen. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 27, n. 105, jan./mar. 1990, p. 121 et. seq., e ainda a enriquecedora polêmica entre ELZA MIRANDA AFONSO e ALEXANDRE TRAVESSONI, de que nos dá conta o próprio contendor: TRAVESSONI-GOMES, *O fundamento...*, cit., p. 152-3]. Das obras traduzidas para o português, e de fácil acesso, v. as três últimas: KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984; e KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 148.

²⁵ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 310.

²⁶ A tese kelseniana, aí sintetizada, leva não sem justiça a alcunha de *Normativismo Jurídico*.

²⁷ Aliás, BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 147 et. seq.

²⁸ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 150.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 733.

³⁰ Em outra perspectiva, tivemos a oportunidade de atentar para aspectos menos dogmáticos do kelsenianismo: HORTA, José Luiz Borges. *Reflexões em torno da Democracia Filosófica em Hans Kelsen*. *Revista do Curso de Direito da Univale*, Governador Valadares, Univale, a. III, n. 6, p. 31-41, jul.-dez 2000.

³¹ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 148.

³² SALDANHA, Nelson Nogueira. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 94-5.

³³ SALDANHA, Nelson Nogueira. *O chamado “Estado Social”*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 62, jan. 1986, p. 68-9.

³⁴ SALDANHA, Nelson Nogueira. *Teoria do Direito e Crítica Histórica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 126.

³⁵ QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Teoria*

do Estado; o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 266.

³⁶ SOLON, *Teoria da Soberania...*, cit., p.187.

O cuidadoso estudo de SOLON elucida aspectos relevantes da polêmica, tendo como fio condutor a temática da soberania; em especial, aspectos biobibliográficos sobre a contenda podem ser pesquisados às p. 101-53.

³⁷ SOLON, *Teoria da Soberania...*, cit., p. 106-8.

³⁸ HELLER não só os compreendeu em seu verdadeiro sentido como, com sua obra *Staatslehre* (1934), por sinal inacabada e publicada postumamente, contribuiu para a decisiva superação de ambos. Conquanto exista tradução em língua portuguesa, utilizamos a versão em castelhano: HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Trad. Luis Tobío. México: Fondo de Cultura Económica, 1992. Para o estudo da matéria, sugere-se o capítulo pertinente a *La constitución del estado*, p. 267-98.

³⁹ BESTER, Gisela Maria. *A concepção de Constituição de Hermann Heller - integração normativa e sociológica - e sua possível contribuição à Teoria da Interpretação Constitucional*. *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 36, 1999, p. 238.

⁴⁰ HELLER, *Teoría del Estado*, cit., p. 46.

⁴¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do constitucionalismo*. *Revista de Infor-*

mação Legislativa, Brasília, Senado Federal, a. 23, n. 91, jul.-set. 1986, p. 24.

⁴² HELLER, *Teoría del Estado*, cit., p. 270.

⁴³ HELLER, *Teoría del Estado*, cit., p. 277.

⁴⁴ HELLER, *Teoría del Estado*, cit., p. 295.

⁴⁵ Até sua morte no exílio em 1933.

⁴⁶ HELLER, *Teoría del Estado*, cit., p. 19.

⁴⁷ BARACHO, *Teoria da Constituição*, op. cit., 1978, p. 27.

⁴⁸ Entre tantos trabalhos de imensa significação, destacamos a síntese sistemática REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

⁴⁹ Cf. BARACHO, *Teoria da Constituição*, op. cit., 1978, p. 16.

⁵⁰ Caso se prefira, uma Teoria jurídica da Constituição, ou uma Teoria normativa da Constituição.

⁵¹ Neste sentido, encontraríamos uma Teoria filosófica da Constituição em PEREIRA, Rodolfo Viana. *Heremênutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

⁵² BARACHO, *Teoria da Constituição*, op. cit., 1978, p. 47.

⁵³ HORTA, José Luiz Borges. *Epistemologia...*, loc. cit.

⁵⁴ Sugerimos aos jovens acadêmicos de Direito que se façam inserir nos instigantes meandros da Teoria da Constituição pelas páginas memoráveis dos melhores manuais brasileiros da disciplina: os de PAULO BONAVIDES (*Curso de Direito Constitucional*, cit.) e RAUL MACHADO HORTA (*Direito Constitucional*, cit.).

TEORIA DO DIREITO E “FABRICAÇÃO DE DECISÕES”:
A CONTRIBUIÇÃO DE BENJAMIN N. CARDOZO
THEORY OF LAW AND “DECISION MAKING”:
THE CONTRIBUTION OF BENJAMIN N. CARDOZO

DENIS DE CASTRO HALIS*¹

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Benjamin Cardozo (1870-1938) foi um dos expoentes da “jurisprudência sociológica” e foi o sucessor de Oliver Wendell Holmes Jr. na Suprema Corte Norte Americana. Este estudo tem como objeto a análise do contexto e das idéias centrais de Cardozo relativas ao processo decisório dos juizes. Tais idéias, reunidas em livros ou consignadas em seus votos, provocaram verdadeiro questionamento crítico acerca das representações e práticas jurídicas que eram então hegemônicas. Cardozo foi um dos primeiros juristas norte-americanos a colocar em xeque os paradigmas de objetividade e pureza no processo de aplicação do direito pelos juizes. Baseou-se, para tanto, em suas próprias experiências, no chamado “pragmatismo filosófico” e nas doutrinas de Holmes. Preliminarmente, traça-se um panorama da “jurisprudência sociológica” e do “realismo jurídico norte-americano”, visando entender melhor a atmosfera que influenciou o seu pensamento e a sua atuação. Esses movimentos problematizaram a prática decisória dos juizes, negando, parcialmente, as doutrinas oficiais do *common law*. Busca-se, pois, entender as doutrinas de sua época, pensando sua contribuição para a teoria do direito e o direito constitucional, em especial, acerca dos fins e funções a que o direito serve, adaptando suas normas às tarefas a serem realizadas.

Palavras-chave: Benjamin Cardozo. *Common law*. Jurisprudência sociológica. Realismo jurídico. Processo decisório dos juizes.

Abstract: Benjamin Cardozo (1870-1938) was one of the most distinguished members of the “sociological jurisprudence” and has succeed Oliver Wendell Holmes Jr. in the U.S. Supreme Court. This paper intends to present the context and central ideas of Cardozo related to the decision making process. Cardozo was one of the pioneers in questioning the paradigms of purity and objectivity in that process. Initially, it is presented a large view of sociological jurisprudence and the North-American legal realism movements. They both have criticized the judge’s acting, partially refusing the official doctrines of common law.

Key Words: Benjamin Cardozo. Common law. Sociological jurisprudences. Legal realism. Decision-making process.

1. Introdução

O objeto primordial desta análise, dentro dos limites impostos, é estudar as idéias defendidas por Benjamin N. Cardo-

zo (1870-1938), expoente da chamada “jurisprudência sociológica” e juiz da Suprema Corte Norte-Americana. No entanto, crê-se oportuna uma rápida apresentação de duas vertentes da teoria do direito norte

* Professor Visitante da Universidade de Jiaying, Meizhou, China. Pesquisador do grupo Direito, Tecnologia e Sociedade (DIRTS) vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) - UFF. Prof. Licenciado da Faculdade de Direito Evandro Lins e Silva, da Unigranrio e da UGF – Rio de Janeiro; ex-professor de Sociologia Jurídica da Faculdade Nacional de Direito (FND) - UFRJ. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais –PPGSD-UFF e pós-graduado em Filosofia Contemporânea - UERJ. Bacharel e licenciado em Ciências Sociais pela UERJ e bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela FND/UFRJ. E-mail: dhalis@hotmail.com

americana: a jurisprudência sociológica e o realismo jurídico norte-americano², para poder melhor entender a atmosfera que influenciou o pensamento e a atuação de Cardozo. Esses movimentos - surgidos nos EUA no início do séc. XX - forneceram idéias que possibilitaram uma problematização da prática decisória dos juízes e uma parcial negação da “doutrina oficial” do *common law*. A referida prática seria supostamente orientada, segundo as doutrinas clássicas, pelas regras da lógica pura e da razão consciente.

Entre os objetivos que podem ser destacados está o de mostrar certas peculiaridades e divergências entre os adeptos desses movimentos, ressaltando a diversidade interna desses “revoltosos” contra as teorias analíticas e descritivas do direito estatal. A inserção de todos esses autores sob um só rótulo poderia resultar numa ocultação da sua pluralidade. Um dos intuitos deste trabalho é demonstrar que esses autores tinham críticas muito fortes entre si, não configurando uma escola ou corrente de idéias tão homogêneas como, geralmente, se quer mostrar nos trabalhos acadêmicos nacionais³. No entanto, cabe o registro de que não se propõe expor, de forma exaustiva, as idéias de cada um dos membros desses movimentos, mas sim, privilegiar algumas noções centrais de Cardozo. Buscar-se-á entender as doutrinas de sua época e pensar sua contribuição para a filosofia do direito, em especial, acerca dos fins e funções a que o direito serve, adaptando suas normas às tarefas a serem realizadas.

A base principal deste estudo é o livro *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito* de Cardozo, traduzido e prefaciado por Lêda Boechat Rodrigues, historiadora do Supremo Tribunal Federal e especialista brasileira na história da Suprema Corte Norte-Americana. Trata-se de livro esgotado já há muitos anos e, portanto, de difícil

acesso: a edição aqui usada data de 1956. Tendo sido uma das pioneiras no estudo do realismo e da jurisprudência sociológica, Rodrigues frequentou, nos EUA, um curso de *Jurisprudence*⁴, ministrado por Karl Llewellyn, um dos expoentes do realismo.

A edição brasileira dessa obra conjugou dois livros originalmente separados. O primeiro, *A Natureza do Processo*⁵, foi fruto de uma série de palestras proferidas na Faculdade de Direito da Universidade de Yale nos EUA. Três anos mais tarde, em 1924, ele publicou *A Evolução do Direito*⁶. Outro livro importante, ao qual não se obteve acesso direto, foi *Os paradoxos da Ciência Jurídica*⁷, publicado originalmente em 1928.

2. Pequena Biografia de Benjamin Nathan Cardozo

Vindo a se tornar conhecido como o “advogado dos advogados” (uma vez que preparava argumentos e sumários para outros advogados usarem nos tribunais), Benjamin Nathan Cardozo nasceu em Nova Iorque, em 24 de maio de 1870, e morreu no dia 9 de julho de 1938.

Foi nomeado juiz (*justice*) da Suprema Corte dos Estados Unidos em 15 de fevereiro de 1932 pelo então Presidente Herbert Hoover, ocupando a cadeira que fora antes de Oliver Wendell Holmes Jr. (*justice* de 1902 a 1932). O Senado Norte-Americano confirmou sua nomeação em 24 de fevereiro de 1932. Cardozo serviu àquela Corte até a sua morte, vindo a ser substituído por Felix Frankfurter, já no governo do presidente Franklin D. Roosevelt.

Em decisões que se tornaram históricas, Cardozo contribuiu com a conformação do *common law* às condições sociais da sua época.

Sua carreira na Suprema Corte ocorreu em paralelo com as inovações na sociedade advindas da política do *New Deal*.

Nos seus pareceres, Cardozo buscou fornecer um suporte jurídico a essa política de proteção social. Preocupado com os efeitos reais das suas decisões, com a sua influência para com as condições atuais e futuras da vida política e social norte-americana, buscou fundamentá-las visando à validação das ações governamentais que tinham por objeto a regulação da economia de mercado. Enfrentou novos conflitos -derivados de novas condições políticas, sociais e econômicas - de maneira exemplar, sendo reconhecido por possuir um grande senso de oportunidade e justiça.

Após um longo período de prosperidade e ascensão econômica, ocorreu nos Estados Unidos, em 1929, o início da “Grande Depressão”. A Corte Suprema possuía nessa época um bloco hegemônico que era “conservador”: no sentido de não contribuir para uma reformulação da jurisprudência até então existente, mesmo face às mudanças da sociedade. Cardozo, juntamente com Louis Dembitz Brandeis e Harlan Fiske Stone, contrapôs-se a essa maioria conservadora, integrando o grupo dissidente que, até cerca de 1937, foi sistematicamente vencido. Essas derrotas davam-se, em especial, nas matérias sobre as funções e competências dos órgãos de governo. Porém, como sublinha Lêda Boechat Rodrigues, as “suas opiniões constituem hoje (...) o fundo do direito constitucional americano” (1956, p. XXV). Rodrigues declara ainda que Holmes, Brandeis e Cardozo perfizeram, conjuntamente com Marshall, Story e Taney, “meia dúzia de fontes vivas de inspiração do direito constitucional norte-americano” (Rodrigues, 1992, p. 102).

Nas obras - *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito* (1956) - percebe-se a vasta influência em Cardozo de autores como Ihering, Savigny, Roscoe Pound, Gabriel Tarde, Durkheim, Eugen Ehrlich, François Geny, O. W. Holmes Jr., Herbert Spencer, John Dewey, William James...

3. A Jurisprudência Sociológica e o Realismo Jurídico Norte-Americano

3.1. Oliver Wendell Holmes Jr.

O que se propõe neste tópico é tentar uma primeira caracterização desses movimentos e seus defensores, além de fornecer alguns aspectos de distinção aceitáveis entre eles.

Primeiramente, há que se registrar a importância das idéias de Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) tanto para a jurisprudência sociológica como para o realismo jurídico norte-americano. Na verdade, não se pode falar de Cardozo sem mencionar Holmes. Daí justificar-se uma rápida apresentação sua.

Holmes é identificado por muitos como o fundador da *sociological jurisprudence*⁸. No entanto, pelo fato dele ter também influenciado, significativamente, as idéias realistas, crê-se aqui que ele deve estar acima das qualificações tanto de uma, quanto da outra corrente.

Tendo sido *justice* da Suprema Corte Norte-Americana por três décadas - de 1902 a 1932 - suas idéias, reunidas em livros ou consignadas nos seus votos, provocaram questionamentos críticos e reflexão entre os juristas acerca das representações e práticas que eram, então, consideradas hegemônicas.

Seu grande mérito foi o de ter sido um dos primeiros juristas norte-americanos a colocar em xeque os paradigmas de objetividade e pureza no processo de aplicação do direito pelos juízes. Foi Holmes quem primeiro expôs o que veio a ser chamado de *teoria da racionalização*, segundo a qual a sentença ou o acórdão não expressava as razões “reais” da decisão, mas apenas aquelas socialmente aceitáveis. Daí ser possível sustentar, coerentemente, acerca da irrelevância ou do *relativo* desvalor das razões declaradas pelos juízes

nas suas decisões. *Isso não significa rejeitar a obrigação de fundamentar as sentenças* - o que é de vital importância - mas, apenas, argumentar que, na maior parte dos casos, deve-se desconfiar dos motivos ali declarados⁹. Em síntese, pode-se dizer que ele sublinha, para o bem ou para o mal, o papel ativo preponderante exercido pela subjetividade do julgador, mesmo que de forma inconsciente.

Além da argumentação de que o juiz é um agente ativo e, de certa forma, dever sê-lo, afirma que o direito é um “fenômeno social” e não uma mera produção teórico-intelectual, ou, como se pode acrescentar, expressão máxima da racionalidade de uma época. Para se entender tal argumento, ilustra-se, dizendo que os valores de uma sociedade injusta tenderão a se refletir em um direito injusto (Geertz, 2002, p. 328).

Fortemente influenciado pelo ambiente filosófico dos EUA, em que as idéias do pragmatismo filosófico¹⁰ tinham grande força, Holmes foi amigo de William James (1842-1910), um dos principais pragmatistas. Daí a afirmação que veio a se tornar sua marca registrada:

“A vida do direito não foi a lógica; foi a experiência. As necessidades sentidas em cada época, as teorias morais e políticas predominantes, intuições de ordem pública declaradas ou inconscientes, até os preconceitos que os juizes compartilham com os seus semelhantes, tiveram participação bem maior que o silogismo na determinação das normas que deveriam dirigir os homens. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação no curso de muitos séculos e não pode ser tratado como se apenas contivesse axiomas e corolários de um livro de matemática. Para saber o que é o direito, temos de saber o que foi e o que tende a ser. (...) Em qualquer tempo, a substância do direito, enquanto esteja ele em vigência, corresponde, de modo bem aproximado, ao que

se tem então por conveniente; sua forma, entretanto, e seu mecanismo, e o grau em que é capaz de produzir resultados desejados, dependem muito do seu passado” (Holmes, [1963], p. 29).

Holmes argumentava que a preocupação do direito deveria estar nas realidades empíricas da vida social. Tinha em vista, portanto, solapar as “certezas” do chamado positivismo lógico e da escola analítica – da qual John Austin foi um dos expoentes.

Apesar de não ser um “realista” no sentido estrito, foi exatamente essa forma de pensar que levou Holmes a “contaminar” as concepções dos que vieram a chamar-se “*realistas norte-americanos*”, impulsionando a formulação de suas idéias.

Até Holmes, segundo Rodrigues, o pensamento jurídico norte-americano ainda estava absorvido no pressuposto, dito ingênuo, de que o direito escrito nas tábuas sagradas, era um sistema completo e perfeito e de que os juizes apenas descobriam a lei (Rodrigues, 1992, p. 103). Tanto quis destacar o papel ativo do juiz, que chegou a argumentar que possuir um direito formal, legalmente garantido, pode nada significar. Isso, uma vez que a lei nada mais significa do que uma “profecia” de sentença: “As profecias daquilo que os tribunais de fato farão, e nada mais pretensioso, são o que eu entendo por direito [tradução livre]” (Holmes, 1897, p. 460-1).

Holmes combateu a defesa dogmática do chamado *laissez faire* econômico foi combatida em várias manifestações, quando de seus julgamentos. A interpretação da palavra “liberdade” - consignada na Constituição Norte-Americana - que mais inquietou, e contra a qual se levantou, foi aquela que conformava a negação de qualquer intervenção governamental no funcionamento do mercado econômico. Ou seja, era contra a interpretação que identificava a liberdade constitucional, reduzindo-a,

como a liberdade contra qualquer intervenção estatal na vida econômica, que se ele se insurgia em numerosos votos que foram inicialmente vencidos. Cardozo, que adotou, em sua época, posição semelhante à de Holmes, declarou que:

“Holmes percebeu vividamente o que quis dizer Tocqueville há um século: uma espécie de liberdade pode cancelar e destruir outra; ainda mais forte que o amor da liberdade é a paixão por algo diferente, diferente no nome, mas no fundo idêntica, que é a paixão pela igualdade. Restrições, vexatórias se vistas isoladamente, podem “ser vistas como necessárias a longo prazo para estabelecer a igualdade de posição” na qual a verdadeira liberdade começa. Muitos apelos à liberdade são disfarces de privilégios ou desigualdades que buscam entrincheirar-se atrás do lema de um princípio [tradução livre]” (Cardozo, 1947, p. 82).¹¹

Dessa forma, em nome de uma su-posta “liberdade”, ou a defesa da “livre negociação”, ou ainda, a defesa acrítica da máxima autonomia individual poderia redundar na ampliação da capacidade dos economicamente fortes de impor seus interesses aos, de fato, sem condições reais de barganha. Em outras palavras, como sugere Rodrigues, isto poderia promover a liberdade da “opressão econômica”.¹²

Por fim, nos restritos limites deste trabalho, deve-se mencionar que o trabalho de Holmes com o direito sempre teve destaque: tanto por sua forma literária e por seu embasamento filosófico, como por seu conhecimento técnico. Resta, então, o registro da visão de Rodrigues, referente à atuação dos juízes (Holmes entre eles) por ela estudados:

“Pela originalidade do pensamento; pela força admirável de expressão; pela maneira como soube casar as exigências da uniformidade nacional e da diversidade local e as necessidades do Governo aos

direitos e às liberdades individuais; pelo desprendimento com que, até os 40 anos, apesar de sofrer a incompreensão do meio e de seu próprio pai, se mantém fiel a si mesmo e ao estudo solitário e desinteressado do direito, complementado pela intensa leitura de filosofia e de literatura, foi Holmes o maior de todos” (Rodrigues, 1992, p. 102).

3.2. Jurisprudência Sociológica

Apesar da opinião de alguns autores¹³, opta-se aqui por não enquadrar Holmes exclusivamente nessa categoria, compreendendo-o mais, como um precursor e fonte inspiradora de ambas.

Como membros específicos dessa forma de pensar e trabalhar o direito pode-se citar, em especial, dois juristas¹⁴: Benjamin Cardozo e Roscoe Pound (1870-1964). Este foi decano da *Law School* de Harvard. Apesar da opção de se priorizar às idéias de Cardozo, suscita-se, também, alguns argumentos de Pound.

Na época da atuação de Cardozo, uma significativa parcela das decisões dos juízes reforçava o entendimento, que no Brasil tende a ser chamado de “liberal”, de que “tanto melhor é um governo quanto menos ele intervém na sociedade”. Ou seja, o discurso predominante tinha como pano de fundo uma tradição teórico-política que concebia o Estado quase que em oposição à sociedade. Restava então à “sociedade”, segundo esse discurso, impor determinadas regras cerceadoras e orientadoras das formas de exercício do poder daquele (Estado). Esta restrição ao poder de mando dos ocupantes do Poder Político garantiria, entre outros bens, a liberdade dos indivíduos.

Seguindo os passos de Holmes, Cardozo problematizou essa doutrina que acabava por impedir as ações do Poder Executivo e do Poder Legislativo que visavam

regular os grandes negócios e o chamado “mundo do trabalho”¹⁵. As interpretações jurídicas então predominantes validavam a restrição dos poderes governamentais em face de tais negócios e a quase impossibilidade de regulamentação das relações de trabalho. Cardozo prestava assim, sua homenagem a Holmes, alinhando-se ao seu pensamento de que a pura “liberdade de mercado”, poderia, muitas vezes, corresponder à liberdade da opressão do mais fraco pelo mais forte, dadas as desiguais capacidades de viabilizar seus interesses.

Nesse contexto, ganha força a percepção da necessidade de uma nova compreensão dos (a) preceitos e definições legais, (b) das responsabilidades sociais dos atores jurídicos e (c) das práticas jurídicas recorrentes, face às “necessidades e fins sociais dos membros da sociedade”. Pretende-se sinalizar, mais à frente, como toda a obra de Cardozo revela essas características.

De forma muito similar, atuou Roscoe Pound. Este expôs sistematicamente os *métodos e os propósitos* da jurisprudência sociológica, em um artigo publicado em 1912¹⁶.

Pound tornou-se conhecido por classificar o direito como uma “engenharia social”. Em outras palavras, o direito pode ser um instrumento para se conseguir determinados *resultados* mediante a ordenação das relações humanas e, para tal, necessita ser aperfeiçoado. Esses “resultados” estão relacionados ao fato de o direito ser considerado uma ferramenta para a melhoria da condição social e econômica das pessoas. Para ele, o direito deve satisfazer adequadamente as necessidades sociais (Moraes Filho, 1997, p. 166). Perseguindo esse propósito, Pound ressalta os interesses *sociais* (não mais privilegiando somente os interesses individuais, como no século XIX). Considera-os como pretensões ou desejos atrelados à *vida social* “civiliza-

da” e devem ser afirmados em nome dessa vida (ibid.). Pode-se, em síntese, dizer que ele entende o direito como um motor de transformação social, possuidor de uma relevante função social, percebendo-se aí, uma das razões pela qual a jurisprudência sociológica é considerada como uma “*escola funcionalista*” do direito¹⁷.

Como já se mencionou, há divergências na classificação desses teóricos. Para Grzegorzczuk, Michaut e Troper (1992, p. 48)¹⁸, a jurisprudência sociológica foi inaugurada por Holmes, a partir de sua definição de direito como “previsão das decisões futuras dos tribunais”. Ainda segundo esses autores (ibid.), todos os grandes juristas dessa tendência - Cardozo entre eles - descreviam os comportamentos ou as práticas extra-legais que interferem na elaboração das regras jurídicas pelos juízes. Sublinham, também, o papel do direito como um instrumento da regulação das relações sociais (a referida “engenharia social” de Pound).

Pode-se dizer, pois, que essa “escola jurisprudencial” preocupava-se menos com a descrição das normas estatais oficiais e dos precedentes (ao contrário das perspectivas normativistas e formalistas) e mais com fornecer aos julgadores novas formas - ampliadas - de se trabalhar com essas mesmas normas e precedentes judiciais.

Em síntese, opunha a descrição à prescrição, construindo os moldes de uma teoria prescritiva. Teoria essa, ainda imprecisa, que designaria ao direito a realização de estratégias a serviço de fins sociais que lhe eram exteriores (ibid.), utilizando-se para tanto da chamada “construção do direito pelo juiz”¹⁹.

3.3 Movimento Realista Norte-Americano

Sob essa denominação, agrupa-se uma pluralidade heterogênea de autores

com idéias, muitas vezes, conflitantes. Deve-se advertir, portanto, que a conveniência de registrá-los sob um mesmo termo não deve levar a crer tratar-se de um grupo com idéias homogêneas, não despojadas de antagonismo. Exatamente pelo fato de o realismo norte-americano estar longe de configurar uma escola científica coerente, que se justifica a preferência de não denominá-lo por escola ou corrente, mas sim de “movimento”. Tal movimento se desenvolveu a partir dos anos 20, contando entre seus representantes mais conhecidos com Karl N. Llewellyn (1893-1962) e Jerome Frank (1889-1957). Segundo Llewellyn, não existe uma escola realista, o que existe são homens que, individualmente, refletem sobre o direito e seu lugar na vida social. A maneira pela qual eles “atacam” os problemas jurídicos é impregnada de um viés militante (Llewellyn²⁰ apud Grzegorzczuk; Troper, 1992, p. 53, nota 26).

Tal como a jurisprudência sociológica, o realismo é fundamentalmente “anti-formalista” (no sentido de não priorizar o estudo da estrutura formal do direito). Seus adeptos tinham por principal objetivo desmistificar o processo formal de aplicação do direito positivo pelos juízes, tentando pensar “realisticamente” os problemas legais. Por “realisticamente” deve-se entender uma preocupação em pôr a prova os dogmas legais que “camuflavam” uma defasagem entre as formas prescritas de atuação, as justificativas declaradas, e os comportamentos que eram de fato adotados pelos juízes. Rejeitavam, por isso, qualquer especulação filosófica sobre o significado do direito, o que redundaria, segundo eles, em definições por demais “metafísicas”²¹. O atributo “realista” implicava ainda, uma refutação da “teoria oficial” do *common law* de então, no que diz respeito, especialmente, ao dogma da não construção do direito pelo juiz. Este, segundo o entendimento doutrinário pre-

dominante, deveria se limitar a aplicar as regras pré-existentes. Os autores realistas fazem “naufragar” essa doutrina, demonstrando ser ela impossível na prática, sendo necessário, portanto, abandonar as ficções doutrinárias e reconhecer o papel decisivo do juiz no funcionamento do sistema jurídico.

No plano filosófico, os realistas foram influenciados pelas idéias do pragmatismo²² de William James, John Dewey e Charles Sanders Peirce. Percebe-se essa associação no objeto que foi privilegiado pelos estudos realistas - o funcionamento dos órgãos judiciários e as regras *efetivas* de sua organização, além dos motivos reais que orientam os comportamentos pessoais tendo em vista decisões judiciais - como também relativamente à definição das coisas segundo o que elas fazem, segundo os resultados ou efeitos que produzem. Ou seja, não há definições *a priori*, de caráter “especulativo” e nem a partir de deduções supostamente lógico-formais. Exemplificando essa influência há uma marcante frase de Jerome Frank: “(...) o direito é uma sentença anterior específica ou uma suposição da qual possa ser uma sentença futura” (Moraes Filho, 1997, p. 171). Segundo José de Oliveira Ascensão, “o realismo jurídico norte-americano vai ao ponto de reduzir toda a regra a uma mera previsão da maneira como o juiz decidirá aquele caso. A regra é pois um fato, precedendo outro fato futuro” (Ascensão, 2001, p. 30).

Advém daí, uma tendência ceticista fortemente presente em vários realistas. Ceticista porque questionam, por exemplo, a dependência do processo decisório dos juízes - cujo resultado é a sentença - das normas oficiais e da “lógica jurídica”. Declaravam que essas regras formais serviam realmente para propiciar um verniz de legitimidade ou um alibi justificativo ao juiz, que, de fato, decide com base em motivos amplamente subjetivos e pessoais,

ou ainda por meio de verdadeiras intuições (*hunches*). Assim, o recurso declarado às regras oficiais, quando da justificativa da sentença, consistiria apenas numa forma de “racionalização”²³ das decisões tomadas intuitivamente. Em outras palavras, as sentenças dos juízes são frutos de suas preferências pessoais e das perspectivas escolhidas subjetivamente. E o que determina as preferências pessoais dos juízes? Dizem os realistas que aí entraria, por exemplo, a esfera do inconsciente. Assim, cabe perguntar: - *Seriam os juízes aqueles que tomam as decisões, optando conscientemente entre uma série de alternativas dadas, ou seriam eles tomados por elas?*

Alguns realistas, como Llewellyn, chegavam a manifestar um ceticismo com relação à “razão humana” como organizadora da sociedade e definidora de uma noção de justiça. Quanto a isso, pode-se dizer que o intuito dos realistas era *a radical revisão da apresentação do método (e, por conseguinte, do próprio método) de decisão judicial*, tal como fora apresentado na tradição clássica.

Exploradas essas idéias, chega-se à oposição, já típica na doutrina norte-americana, entre o (I) *direito formal*, aquele que oficialmente deve prevalecer, expresso nos textos legais e nas compilações jurisprudenciais (o *law in books*), e o (II) direito vivo ou “em ação”, que se constrói na prática (o *law in action*). Uma abordagem que se preocupe unicamente com o primeiro (*law in books*) acaba por perder de vista a “realidade” (como as coisas são efetivamente feitas – o *law in action*), ou boa parte dela. Assim, é preciso entender esse último, e não renegar sua existência de maneira fictícia. Surge, daí, o discurso de que a atenção deve estar dirigida aos *atos* e às suas descrições e não mais tanto às doutrinas.

Privilegiando os fatos e os mecanismos reais (nem sempre confessos ou transparentes) que influenciavam o processo de

formação das decisões, os estudos realistas acabaram por privilegiar descrições fiéis das práticas concretas dos tribunais, ao invés de empreender descrições acerca do direito positivo. A partir desses resultados, eles reforçaram e embasaram suas posições de que é o juiz quem cria o direito. Assim, somente aquelas normas instituídas pelos tribunais, quando da tomada de decisões, merecem o atributo de “jurídicas”. Para Jerome Frank, “ninguém conhece o direito relativo a nenhum assunto ou situação, transação ou acontecimento dados até que tenha havido uma decisão específica a respeito” (Frank²⁴ apud Moraes Filho, 1971, p. 179). Daí a acusação desferida por Pound de que os realistas são adeptos de “um culto da decisão concreta”.

Benjamin Cardozo é considerado um realista moderado, por partilhar de várias dessas idéias. Ele chega a enumerar as várias escolhas (que poderiam ser arbitrárias) envolvidas no processo judicial, além de sustentar a criação do direito pelos magistrados. No entanto, deve-se registrar que as posições mais extremadas dos realistas fizeram Cardozo parecer um utópico. A apresentação de suas idéias aparece a seguir.

4. A Natureza do Processo e a Evolução do Direito em Cardozo

Cardozo foi um dos estudiosos do direito influenciados por um ambiente intelectual pleno de novidades filosóficas, o que propiciou o surgimento de determinadas concepções inovadoras no campo do direito. Essas novas concepções pretendiam, em maior ou menor grau, questionar visões teóricas que conformavam as práticas de então, ditas dogmáticas, formalistas e positivistas. Suas idéias propuseram novas formas de se compreender o direito e, conseqüentemente, de se operar juridicamente. Isso ficou manifesto em toda sua carreira.

Nas doutrinas desses estudiosos “rebeldes” (Cardozo, em especial), ficou latente a incorporação de certas doutrinas filosóficas e teorias das ciências sociais. Eles se insurgiram contra ordinárias afirmações de que o direito deveria ser visto de forma insulada, uma vez que configurava um “sistema autônomo”.

Apesar de ser um dos expoentes principais da “jurisprudência sociológica”, boa parte da obra de Cardozo poderia ser classificada de “realista”²⁵. De fato, isso não significa qualquer contradição, uma vez que se tenha em mente que os dois “movimentos” nutriam-se mutuamente, apesar de algumas divergências contundentes. Essa “confusão” se justifica na medida em que Cardozo privilegia - da mesma forma que os realistas - o estudo da figura do juiz e seus métodos de julgamento (a “natureza” do processo e a operação das instituições judiciárias). Tal afirmação não autoriza, contudo, a suposição de que suas idéias tenham se limitado a apenas isso, ou que ele restringisse seu esforço teórico a uma mera descrição de práticas observáveis. A isso transcendeu amplamente. Segundo Moses J. Aronson, “(...) [Cardozo] teve consciência de que a sua teoria era primeiramente um programa e uma promessa do que poderia tornar-se a ciência do direito, se fecundada pela filosofia e pelas ciências sociais” (Aronson²⁶ apud Rodrigues, 1956, p. XXXI). O mesmo autor acentua ainda que “*ao descobrir as passagens subterrâneas que conduzem das ciências sociais à ciência jurídica, Cardozo ajudou a revigorar a teoria do direito, abrindo-lhe visões de novas perspectivas e horizontes mais largos [sem grifo no original]*” (Aronson²⁷ apud Rodrigues, 1956, p. XXXII).

Encarar o direito sob esse prisma significa considerá-lo como um fenômeno social, interagindo, de forma complexa, com variados aspectos e instituições sociais: idéias religiosas, relação de forças

entre grupos sociais, expressão parcial dos valores da sociedade, opiniões maiormente divulgadas... É por isso que a análise do chamado “mundo jurídico” não pode alienar-se às considerações das outras ciências, tornando-se um instrumento capaz de averiguar a importância e os papéis do direito numa sociedade.

A maneira pela qual o direito é formulado, executado e aplicado - e por que não representado ou percebido? - tem conseqüências sociais, econômicas e políticas. Os chamados operadores do direito também pertencem, em posições diversas, a essa sociedade e possuem, portanto, diferentes visões acerca da realidade. Cardozo defende que esses operadores devem trabalhar com o direito - interpretando-o e fazendo certas leituras da realidade -, de forma a *potencializar uma função a ser cumprida*, que, em linhas gerais, pode ser considerada como sendo a de atingir o que ele chama de “*fins sociais autênticos*”. Entende-se, daí, o argumento de que a responsabilidade desses operadores não se restringe a um exercício teórico-abstrato, segundo regras formais baseadas, em tese, numa “lógica jurídica pura”. No seu primeiro livro (1903), *A jurisdição do Tribunal de Apelação do Estado de Nova York*, Cardozo escreve que²⁸

“O tribunal não existe para o litigante individual, mas para o corpo indefinido de litigantes, cujas causas estão potencialmente envolvidas na causa específica em exame. Os danos sofridos pelos autores são apenas os símbolos algébricos dos quais o tribunal deve extrair a fórmula de justiça” (Cardozo apud Rodrigues²⁹, 1956, p. III).

Assim, pode-se argumentar que o aparato de administração judicial que, em tese, distribui “justiça”, “solucionando” conflitos, não se confunde, automaticamente, com a própria noção de “justiça”. Em outras palavras: não se deve identificar automaticamente o mero *funciona-*

mento formal da “máquina judiciária” - e seus produtos - com qualquer concepção de justiça que não se restrinja a um viés estritamente formal. Logo, não se admite aqui, for força deste argumento, que uma perspectiva única, de foco formal (ou oficial) da realidade, se identifique, para efeitos de discussão do “justo”, ao próprio “justo” - entendido como uma *noção substantiva*. Tal noção envolve a percepção de múltiplas dimensões do direito e da “sociedade”, o que exige abordagens não estritamente formalistas.

A partir dos livros de Cardozo - *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*³⁰ - depreende-se os seguintes pontos, que podem ser qualificados como principais.

1. Somente uma ampla cultura, sustentada por um saber multidisciplinar profundo, propiciará uma visualização dos problemas complexos e das suas soluções jurídicas. Cardozo transita pelo campo da psicologia, filosofia, história, sociologia, legal, etc.;

2. A discussão sobre as formas e os componentes reais das decisões dos juízes, sob o ponto de vista *pragmatista* de que não se pode compreender o que uma coisa realmente é senão depois de estudar o seu funcionamento ou aquilo que ela realiza.

3. A sugestão de uma determinada *forma de atuação judicial* (que não representa, na verdade, nenhuma “fórmula” rígida), edificada sobre “considerações de conveniência, de utilidade e dos mais profundos sentimentos de justiça”. O peso dessas considerações pode afastar o “fetiche” por máximas implacáveis ou evitar uma atuação que busca parecer estritamente dogmática e que, nesse esforço, se “irracionalize”;

4. A oposição de Cardozo à noção de uma inflexível e perpétua separação de poderes, em que os binômios juízes/intérpretes (lógico-formal) e legisladores/criado-

res configurariam um dogma. Essa noção - separação de poderes - deve ser encarada com *elasticidade*;

5. Novas leituras de regras antigas (inspiradas por outras realidades) conformariam adaptações da jurisprudência às novas condições e sentidos do “justo”, e isso *não* significa usurpação de funções pelo juiz. Não se trata, mesmo, de nenhuma inovação radical, pois configura apenas o mesmo poder de criação e construção que tornou possível o *common law*. Este ponto é tratado de forma recorrente por Cardozo e já revela sua disposição de atentar primeiro para os fatos (ou, pode-se acrescentar, para uma leitura deles) e só depois para as regras abstratas;

6. A tentativa de desenvolvimento de uma filosofia que se ocupe das chamadas “causas finais do direito”, denotando uma noção funcional e finalista ao direito. Esse ramo da filosofia do direito deve formular os princípios determinantes da escolha judicial;

7. O processo judicial é visto essencialmente como um compromisso entre extremos antitéticos (estabilidade/evolução; regra formal/algum ideal de justiça induzindo à quebra dessa regra; causas remotas/causas próximas; indivíduo/coletividade; liberdade/governo. É na solução dessas antíteses, reais ou aparentes, que se encontram os problemas do direito;

8. A função judicial qualificada como *dinâmica* ou *criadora*, ao contrário de meramente “mecânica”, traduzindo o papel inevitavelmente ativo que é exercitado pelo juiz. A distinção entre certos campos em que a função judicial é estática ou imitativa (precedente) daqueles primeiros (criadora ou dinâmica). “A Constituição não é um código de prática civil”;³¹

9. A tentativa de romper com doutrinas clássicas que afirmavam dever ser o juiz simples revelador do direito pré-existente.

10. Considerar as *exigências da vida social*, e não deduções lógicas, como a fonte primordial do direito;

11. A apresentação de vários métodos possíveis de orientar o juiz na busca pela decisão. Além do esforço de mostrar que a escolha do(s) método(s) é determinante do resultado, uma vez que métodos variantes levam a resultados variantes. Cardozo destaca, entre eles, o “sociológico”. Sustenta, ainda, que *a interação entre vários métodos sempre ocorre*, mesmo que de forma inconsciente, não reconhecida.

Uma vez vistos esses pontos e admitidas as noções: (I) de que o juiz não é nem um mero declarador mecânico-passivo (o que conformaria uma criticável *mechanical jurisprudence*), nem o revelador de um direito pré-existente (juiz “oráculo”), e (II) de que a isso não se pode fugir, resta discutir os elementos condutores *reais* e os que se pode *desejar* da ação dos juízes.

Proceder dessa forma, implica em inserir o direito num processo de aprendizado que o mantenha vivo mesmo sem as certezas que o geraram. Isso, segundo Geertz, já ocorre com quase todas as outras instituições permanentes - a religião, a arte, a ciência, o Estado, a família (2002, p. 328). É preciso, portanto, respeitar, *mas não venerar* “*religiosa ou dogmaticamente*” as pretensões, por exemplo, de Montesquieu e Marshall³².

Cardozo deixa bem claro ser o próprio juiz um criador de direito, vendo no exercício da função judicial uma oportunidade para moldá-lo, de forma criativa, tendo em vista as necessidades de uma ordem social em mudança. Essa “adequação” deve ser orientada por uma paciente pesquisa, envolvendo a profunda compreensão dos preceitos e princípios legais, que seriam interpretados à luz da sua história passada e do quadro ético, social, político e econômico atual. Desta forma, pode o magistrado ser capaz de dirigir os preceitos legais no senti-

do de uma maior utilidade social. Em suma, como o juiz já é um criador do direito, e a isso não se pode fugir, é preciso escolher o sentido da criação. E é exatamente por meio dessa inescapável “criação”, que a lei vai mostrar-se permeável às transformações dos fatos e das idéias.

Já Hermes Lima registrou - e isso fica claro à luz da experiência jurídica vivida no Brasil - que “(...) muita coisa existente nos códigos só pode vir a servir com um trabalho de adaptação e construção” (Lima, 1977, p. 162-3). É ele também quem sublinha que “a noção de que a lei, obra do legislador, era algo de definitivo, cede lugar à idéia de que a lei, como assinala CARDOZO, nunca está concluída porque tem de acompanhar a vida da sociedade” (ibid., p. 163). É desta forma que determinadas interpretações, especialmente referentes ao campo do direito social, foram feitas visando uma maior proteção dos excluídos³³ do processo de acumulação de capital. Talvez já prevendo as possíveis críticas, Cardozo argumenta que:

“Algumas vezes nos dizem dever a mudança ser obra da lei e ser a função do processo judicial simplesmente de conservação. Historicamente isso não é verdade e se o fosse seria uma desgraça (...) O direito tem fórmulas e métodos de julgamento apropriados à conservação e fórmulas e métodos apropriados à mudança” (Cardozo³⁴ apud Rodrigues, 1956, p. XI).

Em seguida, parecendo dialogar com jusfilósofos positivistas³⁵, diz:

“A idéia de poder o jurista abandonar toda consideração do que deveria ser a lei surge da ficção de constituir o direito um sistema completo e fechado e de serem os juristas e juízes meros autômatos que registram a sua vontade ou fonógrafos que pronunciam suas disposições. Os sentimentos de justiça não podem ser banidos da teoria do direito nem de sua administração” (Cardozo³⁶ apud Rodrigues, 1956, p. XI).³⁷

Corroborando um apelo de Cardozo³⁸ de que *ouvidos sacerdotais precisam ser abertos a outras vozes*, Rodrigues declara que “os juízes marcham às vezes para soluções impiedosas, convencidos da impossibilidade da escolha de outro desfecho [sem grifo no original]” (Rodrigues, 1956, p. VII).

Com relação à construção judicial do direito, concorda Cardozo com Pound:

“(…) a criação não significa a construção de alguma coisa tirada do nada. A atividade criadora toma materiais e dá-lhes forma, de modo que possam ser usados para fins a que não se adaptavam os materiais informes” (Pound apud Cardozo, 1956, p. 140).

Isso pode ser clarificado quando das discussões, por exemplo, em torno do significado das liberdades individuais³⁹. “As declarações de direito asseguram ao indivíduo a preservação da sua liberdade. Não definem a liberdade que prometem. Cada geração dá a essa liberdade um novo conteúdo, de acordo com as suas necessidades” (Cardozo⁴⁰ apud Rodrigues, 1956, p. XII).

Logo, as leis adquirem nova função: não mais a de reprimir as forças através das quais se pode desenvolver o direito criado pelos juízes, mas, pelo contrário, para estimulá-los e libertá-los (Cardozo apud Rodrigues, 1956, p. XVII). Existindo dúvidas sobre a viabilidade dessas idéias para o ordenamento e a cultura jurídica brasileira, pode-se mencionar uma virtual resposta de Cardozo: “pode-se acorrentar o direito com toda sorte de cadeias e grilhões. O juiz sábio arranja sempre um meio de libertar a vítima. Isso é verdadeiro ainda nos sistemas baseados em *códigos*” (Cardozo⁴¹ apud Rodrigues, 1956, p. XII-III). E, reforçando o argumento, registra-se:

“(…) mesmo em outros sistemas em que o poder da iniciativa judicial está mais estreitamente limitado pela lei, igual de-

envolvimento paira no ar. Por toda parte vai se dando maior importância à idéia da analogia entre a função do juiz e a do legislador” (Cardozo, 1956, p. 67).

Não obstante, Cardozo sustenta que a criação do direito só pode ser exercida de forma limitada. O juiz deve atuar criativamente suprimindo as fontes formais e, mesmo nesse âmbito, não pode, por exemplo, “restringir os princípios gerais da organização judiciária, explícita ou implicitamente consagradas, nem formular uma regulamentação pormenorizada para o exercício de certos direitos, estabelecendo dilatações de prazo, de formalidades, de regras de publicidade” (Cardozo, 1956, p. 65). Indo além, sustenta que qualquer seja a liberdade concedida aos juízes, ela tende a ser estreita, pois “liberdade completa, irrestrita e não dirigida, nunca existe” (ibid., p. 141).

A mudança que se percebe, então, face às concepções tradicionais, refere-se à natureza do fim a que se busca, voltando essa possibilidade a favor da humanidade da melhor maneira possível. Aqui, fica clara a influência das idéias utilitaristas na concepção de Cardozo: daí advém a obrigatoriedade de se ponderar, tecendo considerações de *vantagem social*. Caso contrário, corre-se o risco de deixar as razões inarticuladas e, muitas vezes inconscientes. Isso leva a uma alteração da abordagem:

Houve períodos em que a uniformidade, até mesmo a rigidez, e a eliminação do elemento pessoal foram consideradas as necessidades capitais. Por uma espécie de paradoxo, o fim era melhor servido quando posto de lado e quando se pensava apenas nos meios. Gradualmente, a necessidade de um sistema mais flexível foi se afirmando. (Cardozo, 1956, p. 66)

Com respeito a prováveis insinuações de concentração de poderes, distingue entre o legislativo e o judiciário:

“(…) o legislador não está cerceado por quaisquer limitações ao apreciar uma

situação geral, que regula de maneira totalmente abstrata, o juiz, que decide à vista de casos particulares e com referência a problemas absolutamente concretos, deve, aderindo ao espírito da nossa organização moderna e a fim de escapar aos perigos da ação arbitrária, libertar-se, tanto quanto possível, de qualquer influência pessoal ou proveniente da situação particular que lhe é apresentada, e basear sua decisão judicial sobre elementos de natureza objetiva” (Cardozo, 1956, p. 68).

Os “elementos de natureza objetiva” a que ele se refere, serão obtidos pela utilização do método sociológico (que é apresentado a seguir). Por mais paradoxal que possa parecer, ao sublinhar a importância desse método, ele externava suas preocupações com a incerteza do *common law*, devido a uma avalanche de precedentes. Menciona, então, o *Instituto de Direito Americano*, criado em 1923, “para combater o monstro da incerteza e destruí-lo (...) por meio de uma nova compilação científica e acurada do direito vigente (...)” (Cardozo, 1956, p. 110). É no meio termo entre a certeza asfixiante e a incerteza que inviabiliza o mínimo de expectativas, uma vez que ambas são destruidoras, que deverá ser encontrada a solução. “A valorização excessiva da certeza pode conduzir-nos à adoração de uma rigidez intolerável” (ibid., p. 117). Por outro lado, as virtudes da simetria e da ordem podem ter, por vezes, um preço demasiado alto. Esse meio termo, ou “compromisso entre extremos antitéticos”, parece evidente no trecho a seguir, em que, apesar de reconhecer que um dos interesses sociais fundamentais é o da uniformidade do direito, Cardozo sublinha:

“A uniformidade deixa de ser um bem quando se torna uniformidade de opressão. O interesse social servido pela simetria ou certeza deve, portanto, ser equilibrado com o interesse social servido pela equidade e

pelo sentimento de justiça, ou ainda, por outros elementos relativos ao bem-estar social. Tais elementos poderão impor ao juiz o dever de traçar a linha partindo de outro ângulo, de se arriscar por novos caminhos, de marcar novo ponto de partida, do qual começarão sua jornada outros que virão depois dele” (Cardozo, 1956, p. 64).

Retornando ao método sociológico, deve-se registrar ser ele “(...) o árbitro entre outros métodos. (...) [determina] em última análise, a escolha de cada um, pesando os seus pedidos concorrentes, colocando limites às suas pretensões, balançando-os, moderando-os e harmonizando-os” (Cardozo, 1956, p.55).

Os outros métodos estão relacionados à divisão em quatro categorias das forças e dos métodos a serem obedecidos e aplicados: (I) força da lógica ou analogia (método da filosofia); (II) força da história (histórico ou da evolução); (III) força do costume (tradição); (IV) força da justiça, da moral e do bem-estar social: os mores do dia, com o seu resultado ou expressão no método da sociologia. Quanto à lógica, ela é entendida como um instrumento impossível de ser abandonado por qualquer método. “A diferença entre a função da lógica em um caso e em outro é, na realidade, diferença de relevo. Ela é tratada, de um lado, com instrumento suficiente de evolução, e, de outro, como instrumento cooperador” (Cardozo, 1956, p. 143).

Existe, nesse ponto, um resgate das idéias pragmatistas, segundo as quais, as regras justificarão sua existência *como meios adaptados a fins escolhidos*. Para essa adaptação e justificação, é preciso que se faça uma previsão dos prováveis efeitos dos diferentes métodos. “Os métodos, quando classificados e separados, adquirem sua verdadeira importância e perspectiva como meios destinados a um fim, e não como fins em si mesmos” (Cardozo, 1956, p. 145).

Em síntese, o que Cardozo sustenta é que não há sabedoria possível nas escolhas, antes de se saber aonde elas, provavelmente, irão conduzir. “A concepção teleológica da *função do direito* deve estar sempre no espírito do juiz. Isso significa (...) que a filosofia jurídica do *common law* é, no fundo, a filosofia *pragmatista*. Sua verdade é relativa, e não absoluta [sem grifos no original]” (Cardozo, 1956, p. 58).

5. Considerações Finais

O exame desses movimentos jurídicos norte-americanos, bem como de seus campos de contato e de afastamento, permite perceber uma inspiração comum e alguns atributos e propósitos bem distintos.

A “jurisprudência sociológica” expressa um conjunto de idéias marcadamente *propositivas* - verdadeiro guia para a atuação dos juízes: fornecendo critérios, métodos a serem utilizados, etc. Em outras palavras, seus adeptos se preocupam em identificar as “ficções jurídicas”, presentes nos relatos dos operadores jurídicos, negando-as, para poder sugerir formas específicas de se perceber o direito aplicável nas decisões judiciais.

Por outro lado, o “realismo jurídico norte-americano” consiste, sobretudo, num conjunto de “estudos-denúncias”, de perfil mais radical, que também buscam desmistificar e fazer “naufragar” uma forma de entendimento sobre o direito e seu funcionamento, tido como “irreal”. “Irreal”, pois divorciado da “realidade das coisas” e de seu funcionamento efetivo. Com isso, ganha força o esforço e a importância de investigações sobre o funcionamento concreto dos tribunais. As idéias manifestas desse movimento não aparentam, portanto, pretender ser um guia para a ação dos juízes, ou ainda, fornecer a eles um roteiro teórico-prático “sem riscos”. Devido ao caráter cético de seus adeptos, não haveria

segurança alguma de que qualquer recomendação racional ou a adoção de critérios conscientes sobrepor-se-iam às escolhas já previamente definidas (de forma inconsciente ou irracional) pelos julgadores.

De qualquer forma, esses movimentos legaram aos estudiosos de hoje determinadas inquietações, que se faz preciso enfrentar. Abriram verdadeiro leque de alternativas teórico-práticas. Vários critérios se mostraram possíveis, sendo que a escolha deles deverá se dar por imperativos da realidade ou por princípios. Ao propor a construção do direito, eles sustentavam não estar agredindo a separação de poderes⁴².

Os críticos desses movimentos receberam respostas “ácidas” envolvendo, invariavelmente, acusações de possuírem “mentes estreitas, estáticas e rígidas”.

Resta ainda dizer que vários dos autores mencionados mencionam, em suas obras - o que foi impossível de se apresentar devido aos limites deste trabalho-, de *princípios*. Princípios esses que devem nortear o processo decisório do juiz. Essas menções sugerem que esses estudiosos são precursores de certas preocupações centrais de autores contemporâneos, como Ronald Dworkin, que têm grande centralidade no debate atual, tanto no campo da ciência política quanto no do direito.

Por fim, cabe registrar certa “frustração” ao se constatar que tais doutrinas, alternativas ao positivismo árido, estão sobremaneira afastadas da pauta de discussões e de estudos das faculdades de direito.⁴³ Doutrinas que acabam sendo menos importantes por aquilo que defendem do que pelo debate e pelas idéias que suscitam.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1956.

_____. *Mr. Justice Holmes*. In: HALL, Margaret E. *Selected writings of Benjamin Cardozo: the choice of Tycho Brahe*. New York: Fallon Publications, [1947], p. 77-86.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo, direito e política*. Revista Novos Estudos CEBRAP, n. 62, março de 2002, p. 107-121.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2002 [1997].

GRZEGORCZYK, Christophe; MICHAUT, Françoise; TROPER, Michel. *Le positivisme juridique*. Paris: LGDJ, 1992.

HALIS, Denis de Castro. *Manuais que informam ou manuais que desinformam? O caso da jurisprudência sociológica e do realismo norte-americano nos livros de direito do Brasil*. Comunicação e artigo apresentados no XI Congresso Brasileiro de Sociologia, GT 12 - Ocupações e profissões. 1 a 5 set. 2003, Unicamp, Campinas.

HOLMES [JR], Oliver Wendell. *O direito comum: as origens do direito anglo-americano*. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, [1963].

_____. *The path of the law*. In: Harvard Law Review, vol. 10, n. 8, p. 457-478, 1897.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *Do espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores)

MORAES FILHO, Evaristo de. *Estudos de direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 1971.

_____. *O problema de uma sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POUND, Roscoe. *The scope and purpose of the sociological jurisprudence*. In: Harvard Law Review, vol. 25, 1912, p. 513-6.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

_____. *Notícia bio-bibliográfica de Benjamin N. Cardozo*. In: CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo e a evolução do direito*. São Paulo: Editora Nacional de Direito, 1956.

OLIVEIRA VIANNA, F. *Problemas de Direito Corporativo*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1938.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Vol. 2: cap. VII. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

NOTAS

¹ O autor muito deve e agradece à Lêda Boechat Rodrigues, a Michel Troper, a Eric Millard e a Daniela Rodrigues Alves pelo constante suporte acadêmico e por suas amizades sinceras.

² Outro movimento distinto e posterior veio a se chamar “Realismo Jurídico Escandinavo”. Para uma apresentação geral de tais movimentos, cf.: ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 102 e seq.

³ Conferir, por ex., Evaristo de Moraes Filho. *O problema de uma sociologia do direito*. 1997. Neste manual, essas doutrinas aparecem sob o nome de “escolas funcionalistas do direito”. Outro exemplo mais recente, em que algumas confusões podem ser percebidas, encontra-se em: EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo, direito e política*. In: Revista Novos Estudos CEBRAP, n. 62, março de 2002, p. 107-121.

⁴ Termo que pode ser associado à “teoria ou ciência do direito”.

⁵ No original em inglês *The nature of the judicial process* (1921).

⁶ No original em inglês: *The growth of law* (1924)

⁷ Original em inglês: *The paradoxes of legal science* (1928).

⁸ *Jurisprudência Sociológica*.

⁹ Esse argumento é mais bem desenvolvido quando da apresentação das idéias de Cardozo.

¹⁰ O pragmatismo filosófico é mais abordado nas próximas seções. Entre os pragmatistas que possuem maior importância entre as doutrinas dos juristas aqui estudados, estão William James, John Dewey (com sua lógica da previsão) e Charles Sanders Peirce.

¹¹ Rodrigues percebeu, também a importância dessa passagem, citando-a parcialmente (1956, p. XVIII).

¹² Max Weber já havia registrado esse problema: “O resultado da liberdade de contrato é, portanto, a criação da possibilidade de usar a propriedade de bens, mediante a hábil aplicação dela no mercado, como meio para adquirir, sem encontrar barreiras jurídicas, poder sobre outras pessoas” (Weber, 1999, p. 65).

¹³ Cf. Grzegorzcyk; Troper, 1992, p. 48.

¹⁴ Vários juízes da Suprema Corte (EUA) podem ser inseridos nessa tendência, como Louis Dembitz Brandeis e Felix Frankfurter. Considerando os propósitos limitados deste trabalho, a apresentação das idéias de Cardozo é suficiente para se entender as preocupações que perturbavam esses juristas.

¹⁵ Em especial no que diz respeito às relações padrões-empregados e à regulação das condições de trabalho e das formas de admissão e de dispensa dos trabalhadores.

¹⁶ POUND, Roscoe. *The scope and purpose of the sociological jurisprudence*. In: Harvard Law Review, vol. 25, 1912, p. 513-6: “1- Estudar os efetivos efeitos sociais das instituições e doutrinas legais e, conseqüentemente, atentar mais para o funcionamento do direito do que para o seu conteúdo abstrato; 2- Promover estudos sociológicos em conexão com estudos legais na preparação da legislação e, conseqüentemente, perceber o direito como uma instituição social que pode ser melhorada por meio de um esforço inteligente, descobrindo os melhores meios de aprofundar e conduzir tais esforços; 3- Estudar os meios de tornar as regras efetivas enfatizando propósitos sociais ao invés de se apoiar na mera sanção; 4- O estudo sociológico da história jurídica, ou seja, quais os efeitos sociais produzidos pelas doutrinas do direito no passado e como elas os produziram; 5- Defender o que tem sido chamado de aplicação equânime do direito e exortar que os preceitos legais devem ser percebidos mais como guias para resultados que sejam socialmente justos e menos como moldes inflexíveis; 6- Finalmente, o fim, na direção do qual todos os pontos anteriores são apenas meios, qual seja o de se esforçar efetivamente para alcançar os propósitos do direito [tradução livre]”.

¹⁷ Cf. Moraes Filho, 1997, p. 166 et seq.

¹⁸ Cf. a introdução de *Le positivisme juridique* (1992, p. 48).

¹⁹ Isso é abordado mais à frente, na análise de Cardozo.

²⁰ *Some realism about realism*. Harvard Law Review, 44/1931, p. 1233.

²¹ Essa noção – “metafísica” – é, por eles, empregada para qualificar toda proposição da qual não se pode ter demonstração certa, ou sobre as qualidades não-empíricas das coisas.

²² Sobre o pragmatismo, cf., por ex.: EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo, direito e política*. In Revista Novos Estudos CEBRAP, nº62, março de 2002, p. 107-121. Cf. também DURKHEIM, Émile. *Sociologia, pragmatismo e filosofia*. Porto/Portugal, ed. Rés, s/d.

²³ Entendida no mesmo sentido de Holmes: motivos irracionais reais *versus* racionais fictícios.

²⁴ *Are judges human?* In: University of Pennsylvania Law Review, vol. 80, 1931, p. 41.

²⁵ Por exemplo, quando ele diz: “Um princípio ou regra de conduta estabelecido de modo a justificar, com certeza razoável, a predição de seu reconhecimento pelos tribunais, caso a sua obrigatoriedade seja posta em dúvida, é, pois, para o propósito do nosso estudo, um princípio ou regra de direito” (Cardozo, 1956, p.136).

²⁶ Aronson, Moses J. *Cardozo's doctrine of sociological jurisprudence*. Journal of Social Philosophy, New York, outubro de 1938, vol. 4, nº1, p. 43.

²⁷ *Ibid.*, p. 203.

²⁸ *The jurisdiction of the Court of Appeals of the State of New York*. Albany, N.Y., Banks & Co., 1909.

²⁹ Aqui, Lêda Boechat Rodrigues refere-se à citação presente na obra de Henry Cohen, *The powers of the New York Court of Appeals* (1934).

³⁰ A edição brasileira reuniu os dois num só volume, conforme já mencionado.

³¹ Benjamim Cardozo em voto vencido no caso *Panamá Refining Co. v. Ryan*, 293, U.S. 388, 447, 440 (1935) citado por Lêda Boechat Rodrigues, 1956, p. XXV.

³² Ambos enfatizavam uma atuação estritamente “objetiva” por parte do juiz. Montesquieu chega a sustentar que os julgamentos nunca devem ser mais do que um texto exato da lei, caso contrário, viver-se-ia numa sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela

são assumidos (*Do espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 150). Escreve, além disso, que “(...) os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (ibid., p. 152).

³³ Instigante a preferência de Zygmunt Bauman pelo termo *consumidores falhos* para classificar os excluídos do que ele chama de “a era do consumo”. Conferir, em especial, *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

³⁴ *The paradoxes of legal science*. 2. ed. New York, Columbia University Press. 1930 [1928], p. 7-8.

³⁵ Hans Kelsen (1881-1973) foi um dos maiores expoentes do “positivismo jurídico”. Sua obra mais conhecida é *Teoria Pura do Direito*. Nela defende que somente a lógica do dever-ser convém à ciência jurídica. Essa lógica desenvolve-se dentro do próprio sistema jurídico positivo, sendo que os elementos do meio social não pertencem à esfera jurídica propriamente dita. Para se chegar à sentença deve-se partir dos conceitos e, por meio de deduções lógicas, chegar às proposições jurídicas que propiciarão as decisões judiciais.

³⁶ *The paradoxes of legal science*. 2.ed. New York: Columbia University Press, 1930 [1928], p. 27.

³⁷ Neste sentido, Cardozo parece um precursor das idéias de autores que são hoje reputados como Chaïm Perelman. Em seu *Ética e direito*, ele sustenta que se dá preferência, por vezes, a um valor não explicitamente protegido por lei

ao invés de um valor legalmente sancionado: “Portanto, todo o direito não está nos textos legais. O juiz efetivamente leva em conta valores e regras, mesmo que estas não tenham sido votadas e promulgadas formalmente” (Perelman, 1996, p. 454-5).

³⁸ *A evolução do direito*, 1956, p. 144.

³⁹ Da mesma forma, muito se discutiu acerca do *due process of law*, traduzido como o “devido processo legal”. Uma das discussões, curiosamente, disse respeito à exigência ou não do auxílio de advogado para os que não pudessem arcar com os seus honorários. Sobre a liberdade, tornou-se clássica a distinção de Benjamim Constant entre “liberdade dos antigos” (chamada de liberdade positiva) e “liberdade dos modernos” (chamada de liberdade negativa).

⁴⁰ *The Paradoxes of Legal Science*, op. cit., pág. 97.

⁴¹ Ibid, pág. 28.

⁴² Essa linha de argumentação foi usada, por ex., no livro *Problemas de direito corporativo*, de Oliveira Vianna (1938). Neste, O. Vianna busca sustentar seu projeto de organização da Justiça do Trabalho face às críticas do civilista Waldemar Ferreira, utilizando-se dos argumentos propiciados pelos dois movimentos vistos neste trabalho. Vianna diz ser o poder normativo dos juizes, por ele defendido, de natureza distinta do poder dos legisladores. Estes últimos criam normas gerais abstratas (leis), ao contrário das normas criadas pelos juizes, que não são leis, sendo antes regulamentos de natureza particular. Cf., em especial, os caps. II e III.

⁴³ Cf. Halis (2003).

POLÍTICA E DIREITO: DA DUPLA NATUREZA
DA NOÇÃO DE SOBERANIA •
POLITIC AND RIGHTS: FROM THE DOUBLE NATURE
OF THE SOVEREIGNTY IDEA

RAQUEL KRITSCH*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O objetivo deste artigo é discutir a formação do conceito de soberania. Como o Estado moderno, esse conceito tem uma gênese demorada: é parte de um processo de transformação jurídica e política, da qual surge um novo mapeamento do poder e das lealdades na Europa. A conformação desse novo sistema de poder tem como contrapartida a constituição de uma nova ordem jurídica. Essa ordem redefine os vínculos de comando e obediência, constitui unidades políticas como áreas de jurisdição exclusiva e estabelece, entre essas unidades, relações de igualdade num sentido preciso: forte ou fraca, pequena ou grande, nenhuma se reconhece como subordinada a outra. A idéia nascente de soberania aparece inicialmente nas disputas de jurisdição entre o *imperium* e o *sacerdotium* e, numa fase posterior, sobretudo a partir do século XIV, nos conflitos entre estes dois poderes e as nascentes monarquias nacionais européias. Neste percurso, o discurso político alcança um novo grau de sistematização e de clareza, no trato dos conflitos de poder, especialmente com autores como Tomás de Aquino, Jean Quidort, Marsílio de Pádua e Guilherme de Ockham. O texto resume, assim, como estas idéias e instituições políticas foram sendo lentamente forjadas ao longo do movimento histórico. Considera-se, para tanto, a história dos fatos e das idéias políticas que as constituíram e suas implicações para a teoria política e para a jurisprudência.

Palavras-chave: Estado. Soberania. Igreja e Estado. Teoria Política (Medieval). História do Pensamento e das Idéias Políticas.

Abstract: The aim of this article is to argue the making of the concept of sovereignty. As the modern State, this concept has also a long genesis: it is part of a legal and political process of transformation, of which it appears a new drawing of the power and loyalties in the Europe. The building of this new system of power has as counterpart the constitution of a new juridical order. This order redefines the bonds of command and obedience, constitutes political units as areas of exclusive jurisdiction and establishes, between these units, relations of equality in a specific sense: weak or strong, small or not, none are recognized as subordinated to another one. The rising idea of sovereignty initially appears in the disputes of jurisdiction between *imperium* and *sacerdotium* and, in a later period, specially from the XIVth century on, in conflicts between these two powers and the emerging national monarchies in Europe. In this movement, the political arguments reach a new degree of organization and clarity concerning the treatment of the conflicts of power, especially with authors as St. Thomas of Aquin, John of Paris, Marsiglio of Padova and William of Ockham. The text summarizes, thus, how these political ideas and institutions had been being slowly forged along the historical movement of the period. It is considered, therefore, the history of the facts and the political ideas that had made them and its implications for the political theory and for jurisprudence.

Key Words: State. Sovereignty. Church and State. Political Theory (Medieval). History of Political thoughts and ideas.

• Este texto é uma versão modificada do artigo “Política e jurisprudência: o conceito de soberania em dois movimentos”, publicado na Revista Philosophica, nº 22, Nov/2003, da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa.

* Professora Adjunta do Depto. de Ciências Sociais da Universidade Estadual de Londrina, Paraná, Brasil, e autora livro: Soberania: a construção de um conceito. São Paulo: Humanitas-Imprensa Oficial, 2002.

1. Da Definição dos Termos

O vocábulo *stato* pode até ter sido introduzido na literatura política por Maquiavel, como sugerem Hermann Heller¹, Friedrich Meinecke e outros. E talvez não haja antes dele quem tenha escrito de modo tão franco sobre a lógica do poder. Mas a história da noção de razão de Estado e dos termos a ela associados, diferentemente do que sustenta Meinecke², começa bem antes: remonta no mínimo às disputas ocorridas nos séculos finais do medievo, fortemente marcados pelo confronto entre *imperium e sacerdotium* e sua aspiração de universalidade. A defesa de uma comunidade universal cristã na obra de Salisbury, por exemplo, não constituía somente a expressão de uma doutrina. Era também a resposta eclesiástica a uma nova realidade: um poder secular que afirmava sua jurisdição sobre um território, em oposição tanto aos poderes locais quanto às pretensões de ingerência da Igreja.

Essa nova realidade não se configurou ao mesmo tempo nem por um processo único em toda a Europa³. No caso inglês, internamente a Coroa se afirmou contra os barões e, no exterior, contra a Igreja. No continente, as forças em confronto eram basicamente quatro: as monarquias nascentes, o Império, o Papado e os poderes locais. O conflito era simultaneamente jurídico e político. Político, porque envolvia não só uma redistribuição de poder, mas também a entrada de novos atores na cena política. Jurídico, porque os confrontos principais quase nunca, ou nunca, eram explicitados diretamente como problemas de poder, mas como questões de jurisdição e de legitimidade.

Os novos atores eram, entre outros: 1) a *troupe* do Estado (rei, ministros, burocratas, juizes, coletores de impostos etc.); 2) os elementos urbanos emergentes (artesãos e suas corporações de ofício, comercian-

tes, prestadores de serviços etc.); 3) uma intelectualidade que, embora dividida partidariamente e, portanto, dependente quase sempre ou da Igreja ou da espada, passava a constituir um fator de poder, identificado cada vez mais com a burocracia estatal; 4) os grupos envolvidos nos movimentos heréticos ou de oposição às doutrinas religiosas dominantes.

A luta se desenvolvia não só no plano da ação direta, mas também no das idéias. Participavam da disputa juristas, teólogos, filósofos e, muitas vezes, pessoas com todas essas qualificações. A eles competia determinar os fundamentos do direito de cada parte e, portanto, a legitimidade das pretensões em conflito. Nessa discussão se construía os alicerces legais e ideológicos de um novo sistema de poder e, ao mesmo tempo, determinava-se a sua extensão.

Os conflitos só apareciam, é óbvio, quando um novo poder tinha peso suficiente para questionar a ordem num certo momento. Esse era o fato político em sua versão mais crua. Mas o novo poder tentava afirmar-se não apenas pela força. Pretendia, sobretudo ser reconhecido como portador de um direito ou, mais precisamente, como legítimo detentor de uma jurisdição. Esse era o fato jurídico em sua descrição mais simples. Mas não havia historicamente, nesse caso, um fato apenas político ou apenas jurídico: o político se manifestava freqüentemente na forma de uma reivindicação legal. Quando Maquiavel escreveu, já não precisou cuidar de questões legais. Ele já se referia à lei como um dado político e social. O trabalho de construção já tinha sido realizado: no século XVI, o Estado, como entidade juridicamente definida, era um fato plenamente desenvolvido, não uma novidade.

De modo semelhante à noção de Estado moderno — e por vezes confundindo-se com ela —, também o conceito de soberania teve uma gênese demorada: resultou

de um processo de transformação jurídica e política, do qual emergiu um novo mapeamento do poder e das lealdades na Europa. Nesse processo, não só se afirmava uma nova formação de poder, como também se desenvolvia um discurso jurídico e político adequado aos novos conflitos e à nova realidade⁴. A formação do conceito, portanto, não é paralela à história política, mas é parte dela.

A mudança não se dá ao mesmo tempo nem com a mesma velocidade em toda a Europa. A consolidação da autoridade real, a centralização administrativa e a burocratização das funções públicas acontecem mais cedo na Inglaterra do que na maior parte do continente. A influência do Império, assim como a da Igreja, se exerce de forma desigual nas várias regiões. Na França, por exemplo, a figura do imperador praticamente não tem relevância no início do século XIV, embora a literatura política da época se refira ao Império, com frequência, como paradigma do poder secular.

Por trás de toda essa diversidade, alguns elementos comuns permitem falar num processo geral de transformação. Joseph Strayer aponta, como fatores constantes, o surgimento de núcleos de poder coesos, duradouros e geograficamente estáveis; o desenvolvimento de instituições políticas impessoais e relativamente permanentes; e o consenso sobre a necessidade da concentração das lealdades dos súditos na figura de uma autoridade suprema⁵. A conformação desse novo sistema de poder tem como contrapartida a constituição de uma nova ordem jurídica.

Essa ordem redefine os vínculos de comando e obediência, constitui unidades políticas como áreas de jurisdição exclusiva e estabelece, entre essas unidades, relações de igualdade num sentido preciso: forte ou fraca, pequena ou grande, nenhuma se reconhece como subordinada a

outra. A generalização dessa idéia funda a ordem internacional. Se o sistema de relações entre Estados é o reino da força, como pensaria Hobbes, ou se é também um universo legal em sentido próprio, como sustentariam os teóricos do *bellum iustum*, não cabe aqui discutir.

O importante é que o sistema se constrói com base em determinadas pretensões jurídicas dos detentores do poder territorial. De um lado, essas pretensões excluem toda interferência nos assuntos do reino. Constitui-se uma oposição legal entre o interno e o externo, em sentido radicalmente novo. De outro, passa-se a agir em nome de uma nova categoria de interesses. Quidort já menciona, em seu livro *Sobre o poder régio e papal*, no início do século XIV, a possibilidade de o príncipe agir na defesa de interesses do reino:

“Se fizer [o que é indicado anteriormente] em proveito próprio ou de seu país [*terrae*], faz o que lhe é permitido, embora por consequência surjam danos a terceiros, pois a cada um é permitido fazer uso de seu direito.” Adiante: “E, mesmo que o príncipe tome tal medida com a intenção de prejudicar, mesmo assim lhe é lícito, se previr com argumentos prováveis ou evidentes que o papa se tornou seu inimigo ou que convocou os prelados para com eles planejar algo contra o príncipe ou o reino. É lícito ao príncipe repelir o abuso do gládio espiritual como o puder, mesmo se usando para tanto o gládio material, principalmente quando o abuso do gládio espiritual se converte em um mal para a república, cujo cuidado incumbe ao rei. Em caso contrário, não haveria razão para este levar o gládio⁶⁷.”

Pode parecer curioso Quidort utilizar, nesse momento, argumentos originários do direito privado. Ele se refere ao uso das águas, numa propriedade, com prejuízo para os vizinhos. Pode um homem elevar as águas ou desviá-las por outros canais, im-

pedindo a irrigação de terras alheias? “Diz a lei que lhe é permitida tal ação”, responde, “pois está usando de seu direito, embora outros venham a ser prejudicados” (idem).

Há dois pontos de especial significação nesse raciocínio. O primeiro é a analogia, estabelecida por Jean Quidort, entre propriedades particulares e potências. As relações entre potências são equiparadas, juridicamente, às relações entre unidades individuais de direito, num sentido muito próximo àquele encontrado nas teorias contratualistas. O segundo ponto é o reconhecimento do *interesse próprio como fonte absoluta de direito*. Assim como o agricultor tem o direito de usar as águas de sua fonte segundo lhe pareça melhor, mesmo com prejuízo dos vizinhos, pode o príncipe tomar as medidas que julgar necessárias, “mesmo com a intenção de prejudicar”, em defesa própria ou de seu reino. Note-se a diferença entre as duas questões: uma é o direito absoluto de agir, outra é a obrigação do príncipe de defender a república (“cujo cuidado incumbe ao rei”). A segunda noção é parte da tradição medieval: o governante é *minister*, ou seja, servidor da lei. A primeira é parte de uma idéia em formação: a dos Estados (*regna, res publicae* etc.) como sujeitos de interesses que se antepõem, por direito, a quaisquer outros. Esta seria, na forma acabada, a mais radical concepção moderna da soberania de cada potência em face das demais.

Esse novo desenho das relações de poder é ao mesmo tempo uma construção e uma descoberta. Construção, porque corresponde a planos e a ambições. Descoberta, porque nenhuma *virtù* permitiria projetar o formato do novo mundo. Com esta perspectiva, não precisamos eliminar a intencionalidade da ação política, nem ler a história atribuindo aos agentes, de forma retrospectiva, uma consciência que não poderiam ter. Estudar a formação do conceito de soberania implica, portanto, examinar a

construção de um novo sistema de poder, o sistema estatal moderno. Se essa construção é também uma descoberta, o quadro conceitual correspondente se compõe, da mesma forma, ao longo de um caminho desconhecido para quem o percorre.

Esta concepção do estudo genético explica tanto os cuidados quanto certas aparentes licenças que poderão surgir no texto. O cuidado principal é não buscar, no processo formador, nem o Estado como o conhecemos a partir do século XVI, nem uma teoria da soberania tal como a sistematizada por Bodin ou por Hobbes. É inútil, neste caso, trabalhar com imagens prontas e tipos cristalizados e separados da história. Portanto, não se vai tomar, por exemplo, a definição weberiana de Estado e percorrer a história em busca do que se possa enquadrar no molde.

Também não se entrará numa pesquisa filológica. O objetivo não é examinar textos antigos em busca de palavras como *stato* e *souverain* e discutir seu sentido preciso — embora esse exercício seja de grande importância para a história das idéias políticas. Tratar da gênese do Estado e da noção de soberania, isto é, da formação de uma ordem política e daquilo que viria a ser sua representação ideológica e jurídica, envolve em primeiro lugar tarefas de outra natureza. O objeto Estado ou ‘Estado em formação’ pode ser designado por muitos nomes (*regnum*, por exemplo). Da mesma forma, os atributos do poder soberano são indicáveis por muitas palavras diferentes do termo *soberania*.

O mais importante é identificar claramente as pretensões e os valores em jogo nas disputas de poder. Uma descrição dos conflitos de maior consequência nos séculos XIII e XIV, na Europa, envolveria no mínimo os seguintes elementos: 1) as pretensões de domínio temporal do papa, do imperador e dos reis; 2) a superposição ou a separação das normas eclesiásticas e seculares; 3) a

hierarquização das normas temporais (por exemplo: relação entre direito costumeiro local e normas gerais ditadas por outras esferas de poder); 4) a divisão das funções judiciárias.

Todas essas questões podem ser entendidas como disputas de jurisdição. Trata-se de saber quem julga e quem pune delitos civis ou violações de normas religiosas, o que já implica a distinção entre duas ordens normativas e duas classes de autoridade. Trata-se de estabelecer a extensão de poderes, como, por exemplo, o de tributar. O frade é subordinado apenas ao Papa ou é também súdito do rei e, portanto, pessoa tributável? Ou de esclarecer em nome de quê, ou de quem, se julga esta ou aquela causa judicial e a que instância cabe a sentença definitiva. Estes problemas conduziram, nos séculos XIII e XIV, a uma posição mais clara do tema da jurisdição territorial.

Os poderes de legislar, de mudar a lei, de resolver como última instância e de controlar o uso da violência constituem o que os autores modernos nomearam soberania. Se todos aqueles conflitos de jurisdição ocorressem de forma desarticulada, seria abusivo vinculá-los à formação da idéia de poder soberano. Mas também não se poderia tratá-los como aspectos da constituição do Estado. Ou, dito de outra forma: as grandes unidades políticas européias, bem desenvolvidas no século XVI, teriam de ser vistas como resultantes de uma série de atos desconexos. Uma coisa é reconhecer processos que ultrapassam a intenção dos atores. Outra é negligenciar, ou desvalorizar, a articulação dos comportamentos intencionais.

Parece mais razoável a combinação de duas perspectivas: nem fazer da história o produto de um plano, nem reduzi-la a retalhos inteiramente desligados das intenções dos atores. Os reis, os papas e os imperadores com certeza não tinham desenhada na mente, com todos os traços, a imagem

do mundo que estavam construindo. Mas tinham, certamente, uma visão organizada de suas ambições e dos objetos em disputa. Quando Felipe, o Belo, rei de França, se opôs ao papa Bonifácio VIII por uma questão tributária, o que se discutia era, claramente, o seu direito de cobrar impostos num dado território, com base numa lei de seu reino, com uso de sua força e com exclusão de qualquer outra autoridade.

Aceitos estes pontos, falar em Estado (como objeto em formação) e em soberania (ponto de convergência dos grandes conflitos de jurisdição) deixa de ser um anacronismo⁷. Poderá soar como licença, ocasionalmente, porém autorizada por toda a argumentação apresentada até aqui.

2. Poder e Direito

As questões vinculadas à soberania, portanto, são simultaneamente políticas e jurídicas⁸. São políticas porque envolvem a construção de um sistema de poder. A imagem do *rex in regno suo imperator est* evoca, ao mesmo tempo, a concentração do comando territorial (relações internas) e a pretensão de independência em face de potências externas. São jurídicas porque todas as pretensões são apresentadas como legais. O que se refaz, nesse período, não é apenas uma constelação de forças, mas uma ordem normativa.

Uma das faces mais importantes da produção cultural, entre os séculos XII e XIV, é a reflexão jurídica. Dispondo da disciplina fornecida pelo redescoberto Direito Romano, os juristas não se limitam a recuperar conceitos. Repensam o direito costumeiro, as instituições tradicionais, ordenam e codificam as normas comuns e constroem respostas para problemas novos (no campo internacional, a criatividade de Sassoferato é conhecida por trabalhos como, por exemplo, a determinação de águas territoriais).

A noção de soberania é forjada, portanto, não por autores distanciados do mundo e recolhidos ao trabalho acadêmico. É uma idéia construída polemicamente, num processo em que se misturam o interesse no conflito imediato e a reflexão abstrata. Convém dirigir a atenção, portanto, não só para os textos mais teóricos, mas também para eventos significativos. A idéia, pois, é selecionar alguns escritos, tomados como exemplares da melhor produção dos séculos XIII e XIV, e examinar alguns acontecimentos que caracterizam bem a reestruturação do poder. Isso facilitará o trabalho de captar a idéia nascente de soberania em suas diferentes funções: 1) como *direito reivindicado* e, portanto, objeto de controvérsia jurídica; 2) como *atributo do poder*, qualidade política que se manifesta, simultaneamente, como autoridade suprema interna e como autonomia externa.

Até o século XIII, os poderes reivindicam menos o direito de legislar do que a atribuição de fazer cumprir a lei nesta ou naquela esfera de governo. O rei, assim como o imperador, disputa com o papa a condição de comissário de Deus. Durante a maior parte da Idade Média, a fonte da lei não é objeto de discussão. Deus é o legislador, o papa é seu representante e ao poder temporal só resta conduzir os assuntos humanos de acordo com as normas divinas. De certo modo, a lei é um dado. Mais precisamente: as grandes linhas da legislação aparecem como dadas, mas o papa resolve as questões emergentes de acordo com critérios pragmáticos e dentro do horizonte dos interesses imediatos. Enquanto esse ponto de vista prevalece, não há conflito sobre as fontes das normas e, portanto, as disputas de jurisdição devem ser limitadas. Esquemáticamente, a construção da idéia de soberania ocorre em dois momentos.

No primeiro, o grande tema é a distribuição das jurisdições num sentido restrito. Trata-se de saber sobretudo quem faz

cumprir as leis. Isso envolve tanto a questão do domínio territorial quanto a divisão da autoridade entre as esferas temporal e espiritual. A autoridade disputada é principalmente de tipo judiciária. No segundo, emerge o problema do poder legislativo, tal como entendido modernamente (a partir dos “clássicos”). Jurisdição, a partir daí, passa a incluir também o direito de criar, de mudar e de revogar normas. A imagem de um legislador *legibus solutus* vem do direito romano e aparece em glosadores como o italiano Azzone e o inglês Alan, no final do século XII.

Depois da redescoberta do *Digestum*, de Justiniano, os juristas ocuparam-se em examinar a fonte da autoridade legislativa na sociedade e a relação entre o monarca e a velha lei. O problema era conciliar a autoridade legislativa do monarca, que agora substituía o imperador do Estado romano, com o poder do costume legal. Azzone afirmava que o costume mantém, faz, ab-roga e interpreta a lei. Muitos legistas sempre notaram que a produção de uma nova lei era função natural da sociedade. Havia também pontos de vista diferentes, como o dos civilistas, que definiam a lei como vontade do príncipe, promulgada por razões justas e necessárias e temperada pelo costume⁹.

A idéia da lei como expressão de uma vontade soberana, fonte única de validade da norma civil, só se cristaliza, no entanto, com alguma lentidão. A noção do *princeps legibus solutus* deve ser entendida de forma variável entre as primeiras grandes discussões, no século XI, e sua tradução radical na obra hobbesiana. De modo muito esquemático, seria possível descrever esse desenvolvimento como um percurso entre dois extremos. Num deles, a lei (natural, divina, costumeira, estatuída ou positiva) se sobrepõe totalmente ao príncipe (*lex facit regem*). No outro, a vontade soberana é fonte criadora, transformadora e revogadora da lei (*auctoritas, non veritas, facit legem*).

Como todo esquematismo, este deve ser considerado com reserva, porque o voluntarismo já aparece no século XIV e a noção de uma ordem anterior e superior à vontade ainda é visível na literatura política moderna. Mas aquela ressalva (a idéia da evolução) é indispensável. Não anula — ao contrário, acentua — a idéia de um processo formador. Legítima, portanto, a pretensão de se falar em Estado e em soberania, na Idade Média, desde que se saiba que não se trata nem do fato nem do conceito nas formas plenamente amadurecidas.

3. A Vontade do Príncipe como Fonte e a Lei

Alguns eventos, por suas conseqüências ou pela riqueza dos elementos envolvidos, podem ser selecionados como pontos de referência para a compreensão do processo constituinte da noção de soberania. Outros poderiam ser escolhidos, mas em qualquer caso haveria algum arbítrio. O importante, de toda forma, é o que se pode extrair de cada exemplo.

Lugar comum na história dos grandes conflitos redefinidores de influência é a questão das Investiduras, no século XI. Esta questão envolve os interesses do Papado e dos poderes temporais — inicialmente, do Império — e é apontada como a primeira grande controvérsia, desde a época de Santo Agostinho, que motivou uma literatura inovadora sobre o poder. O problema das Investiduras, no entanto, é apenas um episódio de uma luta muito mais complexa e mais longa que culminará com a definição dos campos próprios de domínio da Igreja e dos poderes seculares. Na sucessão dos conflitos, o Império acabará perecendo.

O confronto entre o imperador Henrique IV e o papa Gregório VII, iniciado em 1073, girou, inicialmente, em torno da questão de quem teria poder para nomear

os bispos. Gregório VII retirou esse poder dos governantes seculares em 1075. Henrique IV tentou conseguir a deposição do papa. Este o excomungou e liberou seus vassallos do juramento de fidelidade. Em 1080, Henrique IV pretendeu nomear um antipapa e Gregório respondeu apoiando as pretensões de Rodolfo da Suábia ao trono do Império. A controvérsia prosseguiu e só foi resolvida em 1122, com a Concordata de Worms. Segundo o acordo, estabelecido pelo imperador Henrique V e pelo papa Calixto II, os bispos e abades seriam escolhidos pelo clero, mas o imperador teria o poder de decidir eleições contestadas. Questão semelhante havia sido resolvida em 1107 entre o rei da Inglaterra e o papa. O conflito essencial, no entanto, não só não foi eliminado como ainda se ampliou e se aprofundou nos dois séculos seguintes, envolvendo, além do Papado e do Império, as principais monarquias européias.

A questão das Investiduras foi, segundo Ullmann e Sabine¹⁰, ocasião para o desenvolvimento de diversos ramos da atividade intelectual. Pela primeira vez depois de Roma, se tentava um exame crítico (ou científico, de acordo com Ullmann) dos conceitos em que se apoiava o sistema hierocrático: a fonte da autoridade, sua essência, seu alcance e suas limitações; as noções de lei e de direito; a autoridade para ditar leis; o caráter obrigatório do juramento de fidelidade e o direito do papa de decretar a não-obrigatoriedade; a natureza sacramental do reino. O surgimento das universidades esteve estreitamente associado às conseqüências do conflito. Isso pode ser ilustrado pelo caso de Bolonha, que começou como universidade voltada principalmente para o estudo da lei romana.

Nas várias universidades, o desenvolvimento da jurisprudência e da reflexão jurídico-política responde, com freqüência, a interesses opostos e, no entanto, com resultados convergentes. Alguns aspectos

desse desenvolvimento podem surpreender. A formulação mais radical da idéia de poder absoluto pertence, provavelmente, aos canonistas. Acabou incorporada, no entanto, pelos mais severos defensores do poder secular, imperial ou do reino. A noção de que a vontade do soberano, e não a justiça, é o elemento essencial da lei, foi posta por um canonista do século XIII, Laurentius Hispano, contra uma das mais firmes tradições da política medieval. Separando a vontade do príncipe do conteúdo da lei, Hispano torna a lei plenamente caracterizável sem referência à moralidade ou a qualquer conceito transcendente de justiça. Este é um exemplo de como se delineia, muito antes de Hobbes, a noção da *auctoritas* como fonte da lei.

Embora a idéia do domínio da norma (e da justiça) tenha permanecido como ideologia dominante no século XIII, a questão das relações entre o príncipe e a lei vinha sendo revista desde o século XII. No final deste, os canonistas haviam forjado o termo *ius positivum*, para indicar a lei promulgada pelo legislador humano, como indica Pennington¹¹. Desde meados daquele século, quando o *Decretum* de Graciano havia determinado às escolas o estudo da lei canônica, havia-se intensificado o esforço de refinamento conceitual. Pennington chama atenção para a dificuldade de interpretar a relação entre príncipe e lei a partir da tradição romana. Justiniano tanto sustenta a idéia de um poder imperial absoluto (*Digestum*), quanto defende a noção de um imperador que legisla mas deve subordinar-se à lei (*Digna Vox*, Cod. I.14.4), como os governantes constitucionais.

Ao indicar a vontade do príncipe como fonte da lei, separando lei e justiça (e, portanto, vontade legisladora e razão), Laurentius abre uma perspectiva nova para se pensar a concepção do poder. No entanto, mesmo o exercício “não razoável” do poder tem de ser legal. Outros canonistas

o acompanham, distinguindo a autoridade do príncipe da “moralidade” da lei, mas, ao mesmo tempo, enfatizam a obrigação do príncipe de se sujeitar à norma por ele estatuída. Dante reflete esta concepção, ao fazer do monarca (o imperador, na sua proposta política) um legislador e um servo da lei¹². Embora os canonistas tenham mantido esta idéia de governo legal (apesar do poder de mudar ou revogar a lei), eles contribuíram de modo significativo, não importa o alcance de sua intenção, para aliviar a noção de soberania dos entraves da moralidade, da razão e dos antigos costumes.

Pennington lembra que os canonistas utilizaram essas idéias para estabelecer os limites constitucionais da autoridade papal¹³. O alcance dessa autoridade era definido pela noção de *plenitudo potestatis*, em pouco tempo adotada também para descrever o poder legítimo da monarquia secular. O próprio Papado, em alguns momentos, contribuiu para fortalecer juridicamente as pretensões dos reis. Em 1202, na bula *Per venerabilem*, o papa Inocêncio III havia declarado que o rei de França não reconhecia superior em questões temporais. Com isso, deixou um problema para os canonistas, que se empenharam em esclarecer o assunto. Segundo alguns, os reis não estariam sujeitos *de facto* ao imperador, mas sim *de iure*, enquanto outros afirmavam a completa independência real em relação ao Império.

Tal como Hispano, Henrique de Segusio ou Hostiense, canonista do final do século XIII, desenvolveu a noção de *plenitudo potestatis*, contribuindo também para a melhor definição do conceito de soberania. Também segundo ele, a vontade do príncipe era a fonte da lei, não se limitava pelo rigor da razão e da moralidade e, sob certas circunstâncias, o monarca poderia violar os preceitos de justiça. Dados todos esses pontos, conclui Pennington, estavam

presentes os elementos necessários para se pensar o que mais tarde se chamou razão de Estado.

Entre 1150 e 1300, legistas e glosadores fixam as principais teorias a respeito da autoridade do príncipe. Alguns deles mantêm a ênfase na supremacia da lei, eventualmente confundida com a supremacia da comunidade. Outros acentuam, já, a idéia do príncipe legislador. De modo geral, porém, não se renega a idéia do governo fundado no bem público. Desses dois modelos seria possível derivar, com alguns acertos, tanto as doutrinas da monarquia absoluta quanto a do governo constitucional. Num caso, seria preciso acentuar o papel da vontade legisladora e reduzir drasticamente, senão eliminar, a importância de qualquer norma não posta pelo soberano. Em Bodin, há redução e não eliminação. Em Hobbes, a concepção do soberano *legibus solutus* é radical. No outro caso, os modernos acabam combinando a idéia da supremacia da lei com a noção de que só pode haver um soberano, o povo. Locke é paradigma desse tipo de filósofo.

4. Summa Política

Com São Tomás, a teoria da lei e a do papel do príncipe se articulam numa teoria da comunidade política. Com ele, jurisprudência e doutrina do governo se fundem e formam um sistema teórico moldado em princípios aristotélicos. Esses princípios fornecem critérios homogêneos para interpretação tanto dos fatos físicos quanto dos fatos humanos, mas acabam servindo também à reflexão teológica. Como observam historiadores, não se trata apenas de uma recuperação em sentido estrito, mas de uma apropriação instrumental de noções aristotélicas. A redescoberta de Aristóteles proporciona meios para uma reconstrução da doutrina cristã e, além disso, fornece categorias para dar conta, mais eficiente-

mente, de fatos sociais e políticos novos. Na interpretação de uma nova realidade social, estranha a Aristóteles, sua herança também se renova. O reino do final do século XIII não é a *polis* e São Tomás e seus seguidores sabem disso.

O século XIII é marcado por enorme fermentação social, que prossegue no XIV. Multiplicam-se as organizações, comunidades, uniões, grêmios e movimentos rebeldes formados à margem de qualquer doutrina ou norma sustentada pela Igreja. Torna-se cada vez mais difícil manter a teoria de um mundo social ordenado de cima para baixo. As práticas e usos concretos, provas da eficácia da vontade popular, sugerem, segundo Ullmann¹⁴, a importância da idéia de consentimento como fator de organização da vida coletiva.

A recuperação de Aristóteles, com São Tomás de Aquino, repõe com clareza a idéia de que os fatos políticos são naturais. A razão humana consolida sua jurisdição nas controvérsias políticas. Ao mesmo tempo, o homem natural conquista, ao lado do cristão, direitos de presença na arte, na literatura, nas ciências e na filosofia. Aquino retoma, a partir de Aristóteles, a concepção do homem como um animal político e social por natureza. Isso quer dizer: um animal que só na vida coletiva pode realizar plenamente suas potencialidades de ser moral e racional. É parte de sua natureza, portanto, tender à vida política, assim como é da natureza dos corpos graves mover-se na direção do centro da terra. A condição da perfeição humana é dada pela sociedade política, a mais perfeita das associações, aquela que engloba todas as demais.

Aquino reconhece, ao lado da ordem humana, uma ordem sobrenatural, e isso lhe permite diferenciar o homem natural do cristão e este do cidadão. Ele procura harmonizar as duas ordens e para isso recorre à idéia de um Deus criador do natural

e do sobrenatural, um Deus cuja razão rege o universo. A idéia de razão diretora está na base da teoria tomista da lei.

Segundo ele, é possível falar de lei em quatro sentidos. Resumidamente, acima de todas está a lei eterna, que é a própria razão divina e, como tal imutável. A ela segue-se a lei divina, contida nas Escrituras e conhecida, portanto, pela revelação¹⁵. Em terceiro lugar há o conceito de lei natural. É a própria ordem divina e eterna, mas considerada, agora, de outro ponto de vista: o homem pode participar da lei eterna por meio da razão, proporcionalmente à capacidade da sua natureza. A prescrição de Deus pode ser conhecida, portanto, não só como norma revelada, mas por uma inclinação própria da criatura racional. Em quarto, pode-se falar em lei humana, derivada da natural, adequada a disposições particulares e ajustada às diferentes condições de tempo e de lugar. Se a lei natural proíbe este ou aquele ato, como o homicídio, por exemplo, à lei humana cabe determinar as circunstâncias segundo as quais a ação será avaliada e punida. Outra diferença fundamental consiste em que a norma fixada pelo homem só pode regular o comportamento observável. Refere-se, portanto, a uma ordem “externa”, já que as pessoas não têm como conhecer os estados de espírito das demais. A lei humana, pois, obriga exteriormente e não no foro de consciência (*Suma*, questão 91, p. 1741).

A harmonia entre o sobrenatural e o natural não implica — e este é um ponto importante — uma subordinação do poder temporal ao religioso. O Estado contém na sua natureza os princípios de sua operação. Isso vale para todos os Estados, tanto os da cristandade quanto os do mundo pagão. Por isso Aquino pode falar de uma virtude do cidadão como de algo específico. O político, em seu pensamento, está plenamente constituído como um dado independen-

te, pronto para ser tratado como objeto de ciência. Para Aquino, esta ciência é antes de tudo prática e deve ser entendida como a soma dos conhecimentos necessários ao governo das atividades humanas. Este governo cabe aos príncipes. Aos sacerdotes cabe orar pelo povo e aos soldados, lutar por ele. É da essência da lei humana ser instituída pelo governante civil e por nenhum outro poder (cf. questão 95 da 1ª parte da parte II, art. IV, p. 1773).

O *Tratado da Lei* encerra os elementos básicos de uma doutrina da soberania e uma teoria da representação. Esta é uma teoria restritiva do poder do governante em face dos súditos. Se o povo “em que se realiza o costume” for “livre e capaz de legislar”, escreve Tomás de Aquino, “vale mais o consenso de toda a multidão, para o fim de se observar alguma disposição manifestada pelo costume, do que a autoridade do chefe, que não tem o poder de legislar senão enquanto representa a personalidade do povo” (idem, questão 97, p. 1787).

Tomás de Aquino, utilizando entre outras fontes os escritos dos canonistas e o direito romano, sistematiza uma teoria da lei na qual há uma íntima conexão entre lei natural e lei positiva. Medida e regra, a lei pertence à ordem da racionalidade. Supõe uma razão que guie os atos para seus fins. A vontade que legisla deve ser racionalmente orientada. Com isto, Aquino pode definir a lei como uma ordem da razão que visa ao bem comum, estabelecida e promulgada por aquele a quem compete dirigir a comunidade (idem). “Aquele a quem compete dirigir a comunidade” é descrito como *legibus solutus*. Como se pode ser *legibus solutus* e, ao mesmo tempo, ser obrigado a agir para um determinado fim, o bem da comunidade? É possível formular de várias maneiras a questão de como se pode não ser sujeito à lei. São Tomás distingue dois casos básicos: ou não se está submetido à força diretiva da norma (caso

do estrangeiro ou de quem é governado por uma regra superior, por exemplo), ou não se está submetido à sua força coativa.

O príncipe não está sujeito à força coativa da lei, pois a ele compete julgar e exercer a coação. Quanto ao poder diretivo da norma, porém, o príncipe lhe deve ser sujeito por vontade própria. A estas duas hipóteses, porém, São Tomás acrescenta um terceiro ponto: “Está ainda o príncipe acima da lei por poder mudá-la, se for conveniente, e dela dispensar segundo o lugar e o tempo” (questão 96, p. 1781). Este último é o mais importante componente da noção moderna de *legibus solutus*, quando se trata da soberania.

Há outra forma, porém, de questionar a relação entre o príncipe *legibus solutus* e a lei, quando esta se define como um ditame da razão para o bem comum. É semelhante à interrogação, muito comum, sobre a relação entre lei e justiça, quando a lei é concebida simplesmente como um enunciado condicional vinculado a uma sanção. E se o julgamento do príncipe for contrário à justiça? Também segundo São Tomás, “devemos porém considerar que, se a observância da letra da lei não implicar um perigo súbito [...] não é lícito a quem quer que seja interpretar o que seja útil ou inútil à cidade”. A interpretação, acrescenta, “só pertence aos chefes, que, por causa de tais casos, têm a autoridade para dispensar da lei” (idem). Com isto ele parece fechar um cerco protetor em torno da autoridade do príncipe, tornando-a imune a considerações relativas à justiça.

A dúvida sobre a condição do *legibus solutus*, nesse caso, só tem sentido se se der à concepção finalista do Estado uma interpretação demasiado estreita, ou antes, rasa, confundindo raciocínio teleológico e raciocínio normativo. Quando se incorre nessa confusão, também não há como entender as formas imperfeitas de governo, tirania, oligarquia e regime popular,

como pertencentes ao gênero governo. No entanto, Aristóteles trabalha com a classificação bipartida, mencionando tanto os bons quanto os maus regimes e tratandolos, todos, como objetos legítimos de investigação. Não é por se desviar da finalidade natural do governo, o bem comum, que o exercício do poder em vista do bem particular deixa de pertencer ao gênero. São Tomás também menciona os regimes imperfeitos, mas só descreve como incompatível com a lei, em sentido absoluto, um deles, a tirania (questão 95, p. 1773).

Contradição de Aristóteles, repetida por São Tomás? Certamente não. Ao definir o Estado como condição indispensável à plena realização do homem (e isto vale também para as suas instituições), Aristóteles se refere à essência do homem e à essência da pólis, e não ao que caracteriza o homem e a pólis em qualquer circunstância. Embora o fim natural se confunda, em Aristóteles, com o bem, o discurso descritivo e o normativo não se misturam. A teleologia explica o movimento e a transformação como causados por finalidades naturais, constitutivas da essência dos seres. Assim, a árvore é a perfeição da semente porque, ao tornar-se árvore, a semente completou o seu ciclo de desenvolvimento. Mas nem toda planta se desenvolve por completo, nem todo coração bombeia o sangue com a eficiência necessária, nem todo animal se torna adulto e nem todo grave realiza a condição de cair no rumo do centro do mundo. Isso não nos impede de classificá-los como planta, coração, animal e grave.

O próprio da lei, explica Aquino, é ser uma ordem racional e uma medida do justo, e o próprio do governante é realizar o bem comum, como instrumento da comunidade política. Mas a sua imperfeição não os priva de sua natureza de lei e de governante. Além disso, legislar, segundo Aquino, é uma atividade tanto de adaptação quanto de descoberta. A lei

“pode retamente mudar-se, por causa da mudança das condições dos homens, aos quais convêm coisas diversas segundo as suas diversas condições”. Mesmo na hipótese de condições constantes, porém, pode convir a alteração da lei, porque “à razão humana é natural ascender gradualmente do imperfeito para o perfeito” (questão 97, p. 1783-84).

Não só o imperfeito, como parte de uma ordem mutável e potencialmente superior, recebe de Aquino a atenção de um teórico que não despreza nenhum fragmento do real. Também o muito imperfeito, o pervertido, tem um papel positivo.

“A lei tirânica, não estando de acordo com a razão, não é, absolutamente falando, lei. Antes, é uma perversão dela. E, contudo, na medida em que participa da essência da lei, tende a tornar bons os cidadãos. Ora, da essência da lei não participa senão na medida em que é um ditame de quem governa os seus súditos e tende a que eles sejam obedientes à lei. O que é torná-los bons, não absolutamente, mas em relação ao regime” (questão 92, p. 1747).

Só num regime político, o melhor deles, a bondade do cidadão coincide com a bondade moral absoluta. Nos demais, ser bom cidadão é ser fiel às normas da *polis*. É disto que falam Aristóteles e Aquino: “Por onde existe bem ainda nos que são, em si mesmos, maus; assim, chama-se bom ladrão o que age bem em vista dos seus fins” (idem, p. 1746). Em outras palavras, São Tomás, como seu mestre grego, está falando de uma virtude política, cujo conteúdo é variável de um para outro regime, de uma para outra *polis*. Ambos reconhecem, ao lado de uma ordem moral absoluta, uma ordem também válida, porém variável, estabelecida pela autoridade legisladora humana.

Quanto a isto, Maquiavel nada avançou, ao estabelecer uma moral da responsabilidade política, isto é, vinculada às

condições da construção e da administração do Estado. Sua ética, que, segundo Meinecke¹⁶, só poderia ter sido criada por um ateu, estava contida não só na *Politica* de Aristóteles, um pagão, mas também na mais famosa obra medieval de teologia cristã.

Com São Tomás de Aquino, fica bem estabelecido, portanto, um conjunto essencial de idéias que iriam moldar, na filosofia política e na jurisprudência, a noção de soberania. Muito do que ele produziu é habilmente incorporado pelos polemistas do final do século XIII e do início do XIV. Quidort é um bom exemplo de como o aristotelismo, não só o dos árabes, mas sobretudo o recuperado por São Tomás, pode servir de arma nas grandes disputas da época. Esse aristotelismo se mescla, na herança tomista, com a noção de que o povo é a fonte imediata da autoridade temporal.

A maioria dos conflitos de legitimidade vividos no período, no entanto, podem ser pensados sem necessidade de recurso a uma teoria ascendente pura, que faça do povo a fonte absoluta do poder. É mais funcional, ideologicamente, contestar as pretensões de plenitude de poder do Papado sem negar a noção de Deus como fonte original do poder. No fundo, a grande questão é identificar o primeiro *comissário de Deus*.

A questão de quem representa Deus, como primeiro portador do poder na terra, está posta antes mesmo de se discutir o problema da autoridade legislativa. Enquanto se toma a lei como dada, o sentido da autoridade necessariamente tem de ser vinculado à idéia de comissão. Isto é, a autoridade será um atributo daquele que puder fazer cumprir a lei, não em nome próprio, mas em nome do Legislador, que é Deus. Quando se passa a discutir o sentido e o alcance da lei humana, o significado da noção de autoridade se amplia. Passa a

indicar não só a atribuição de impor uma ordem, mas também a de construí-la.

Para enfrentar as grandes controvérsias do século XIV, os escritores políticos disporão, portanto, de um arsenal de idéias amplamente renovado. De um lado está o pensamento jurídico, enriquecido no século XIII pelos estudos do direito romano e pelas tentativas de articular esse direito e as formas tradicionais de legislação, isto é, com o direito costumeiro. A idéia de uma jurisdição nacional, com o rei como instância superior de legislação e de justiça, acima dos barões e das cortes locais, aparece na década de 1270 nos escritos de Philippe de Beaumanoir. Em seu *Coutumes de Beauvaisis* já se emprega a palavra *souverain*, para designar os dois níveis de autoridade¹⁷. De outro lado, existe todo o aparato filosófico e científico renovado com a recuperação de Aristóteles.

5.A Hora dos Reis

A consolidação da autoridade real é tanto um processo de força quanto de legitimação. De um lado, o rei mobiliza recursos militares e um discurso jurídico adequado às suas pretensões. De outro, há uma recomposição do quadro das lealdades, um dos fatores fundamentais apontados por Strayer. Esses elementos, a força, a autoridade legitimada internamente e o novo sentido de lealdade se manifestam plenamente no conflito entre o rei franco Felipe IV, o Belo, e o papa Bonifácio VIII. A reunião desses fatores torna este caso especialmente significativo, quando se pretende examinar a constituição das unidades de poder características do mundo moderno.

A controvérsia entre Felipe, o Belo, e Bonifácio VIII é deflagrada com a taxaço do clero francês pelo rei, contestada por Bonifácio na bula *Clericis laicos*, em 1296. O papa é derrotado nessa disputa. Felipe aca-

ba usando a força contra ele, mas esse não é o aspecto politicamente mais importante. Mais significativo é o apoio obtido pelo rei não só entre os súditos civis, mas também entre o clero. Os padres acabam assumindo o comportamento de padres franceses e aceitam a tributação como justa. A defesa da posição papal, no entanto, enriquece a literatura política. A sustentação da supremacia papal, por Egídio Romano, é o último grande esforço de atribuir ao papa o controle das duas espadas, a temporal e a espiritual.

O livro *Sobre o poder eclesiástico*, de Romano, escrito entre 1301 e 1302, é dedicado a mostrar que, assim como ao espírito cabe comandar o corpo, compete à Igreja o direito de zelar, em última instância, não só pela salvação espiritual como também pela vida social dos homens. O texto de Romano acabaria sendo usado pelo papa na confecção da bula *Unam Sanctam*, de 1302.

Se o papa não utiliza diretamente o gládio material, deixando seu emprego a cargo dos príncipes, não é por não ter direito a seu uso, mas para não ter de se ocupar de um excesso de funções. O papa, segundo Egídio, tem a espada temporal “à sua disposição”. “E, como é muito mais excelente e importante o domínio sobre quem exerce o gládio do que o poder sobre o próprio gládio, fica claro, da parte do próprio poder, que é mais perfeito e mais excelente ter o gládio material à disposição do que para uso¹⁸”.

Egídio defende uma posição já dificilmente sustentável na época, mas consegue fazer avançar a construção conceitual. Ullmann chama atenção para uma mudança semântica do termo *dominium*. Com esse termo, observa o historiador, “ele quer dizer não tanto propriedade, mas governança ou senhorio (lordship)¹⁹”. Em qualquer caso, posse material ou relação de comando, Egídio apontaria como indispensável a

condição de legalidade. E esta só poderia vir, segundo ele, com a graça divina.

“Os que são batizados pela Igreja, tornam-se justos possuidores de suas posses e os que não são batizados nem sujeitos a Deus são possuidores injustos; segue-se que devemos reconhecer como vindas da Igreja todas as nossas posses e todas as nossas coisas espirituais, nós que, batizados pela Igreja e espiritualmente renascidos, e pelos outros sacramentos ficamos livres dos pecados, nos tornamos justos e possuidores devidos de nossos bens” (p. 134).

A idéia da graça o remete não só aos sacramentos, mas também à figura da Igreja como mediadora entre Deus e os homens, como dispensadora das bênçãos divinas e, portanto, dominadora universal: “Segue-se, pois, que a Igreja, a quem cabe administrar o batismo, e em cuja forma ele é administrado, também tenha do rio, isto é, do batismo, o poder de dominar até os confins da terra. E, porque ela, exatamente por isso, é católica e senhora universal, segue-se também que o universo e todos que habitam nele sejam seus” (p. 134-5).

A supremacia fundada nessa mediação inclui o poder de investir os governantes temporais²⁰. A consequência de tudo isso é que “a autoridade régia deve estar sujeita à autoridade sacerdotal, e especialmente à do sumo pontífice” (p. 48). O papa é instituidor da autoridade temporal e juiz de tudo e só tem de ser julgado por Deus (p. 49). Mas o papa, como detentor do poder supremo, jamais é um indivíduo: esse poder é um atributo do cargo. A força vinculante das decisões papais provém não dos atributos individuais do pontífice, mas da autoridade recebida de Deus²¹.

A fórmula evangélica da sagração de São Pedro (“tudo que ligares na terra será ligado no céu, tudo que desligares na terra será desligado no céu”) é invocada, mais uma vez, para afirmar a jurisdição tanto religiosa quanto secular da Santa Sé. Reto-

mando opiniões de Carlyle e Scholz, Luís A. de Boni observa, na introdução ao livro de Romano, que, “sob vestes antigas”, o autor está compondo “uma nova teoria do poder” e o “primeiro tratado completo sobre o absolutismo” renascentista (p. 13 e 25).

A resposta imediata ao tratado de Egídio Romano é escrita por Jean Quidort ou Jean de Paris. Retomando a noção do rei como “um imperador dentro de seu reino”, Quidort escreve ao mesmo tempo contra os defensores do papa e contra os do Império. Ele recorre à idéia aristotélico-tomista do homem como animal político por natureza e faz da lei natural, instituída por Deus, o fundamento da sociedade política e, particularmente, do reino. Este é um aspecto especialmente importante do raciocínio de Quidort: ele passa quase sem mediação da idéia de comunidade política para a de reino, como um governo “derivado do direito natural e do direito das gentes²²”. A transição se faz por argumentos do tipo: “na ordem natural, todo governo tende a reduzir-se à unidade, como, por exemplo, no corpo misto, onde há um elemento dominante; no corpo humano heterogêneo, um é o membro principal; no conjunto do homem, a alma conserva a unidade de todos os elementos” (p. 45-6).

Em poucos parágrafos ele consegue não só afirmar a naturalidade da pólis, mas, além disso, atribuir uma condição naturalmente superior ao reino, como forma de governo (em Aristóteles, essa superioridade só poderia ser afirmada muito condicionalmente). E tudo isso envolve uma idéia de lei natural que é também divina. Resumindo: a sociedade política tem seu fundamento em Deus tanto quanto a Igreja, mas por um vínculo próprio e independente de toda mediação eclesiástica.

Essa lei, que tanto fundamenta a comunidade política quanto legitima o reino, manifesta-se por intermédio da vontade do povo. O poder real, segundo Quidort, “não

depende do papa nem em si mesmo nem quanto à execução, mas provém de Deus e do povo que elegeu e continua elegendo o rei, indicando uma pessoa ou uma família para o cargo” (p. 73). Mas ele vai adiante e afirma que também o poder dos prelados provém “não de Deus, por intermédio do papa, e sim imediatamente de Deus e do povo que os escolhe e os aprova” (idem).

O Estado, ou comunidade política, tem fins próprios, ditados pela lei natural, e não se pode subordinar senão ao poder civil. Cabem aos religiosos somente as funções sacramentais e de ensino da religião (cf. p. 48). Eles não podem intervir na vida civil nem impor obrigações materiais aos indivíduos, como o pagamento de dízi-mos. Em caso de necessidade, para atender aos interesses da fé, pode o papa sentir-se autorizado a exigir contribuições dos fiéis, mas tal determinação não passaria de “uma declaração de direito”, sem poder de coerção maior que o da censura eclesiástica.

Quidort procura mostrar que o papa não tem jurisdição sobre os bens dos leigos nem a propriedade dos bens eclesiásticos. Esta discussão tem um importante sentido estratégico, na tentativa de mostrar a incompatibilidade entre a missão eclesial e o poder político. Ele constrói sua argumentação a partir de uma teoria da propriedade e de uma concepção do governo a ela associada. Os bens materiais dos leigos, afirma Quidort, “não pertencem à comunidade, como os bens eclesiásticos, mas são adquiridos pela arte, o trabalho e a habilidade própria de cada pessoa, e as pessoas individualmente, e enquanto indivíduos, possuem o direito, o poder e o verdadeiro domínio sobre eles, e, por ser senhor, cada um pode por si ordenar, dispor, distribuir, reter e alienar qualquer bem *ad libitum*, sem com isto lesar a alguém” (p. 60). É uma doutrina que sustenta, de modo radical, a prioridade desses direitos em relação a todos os poderes²³.

Só restam ao príncipe, portanto, duas funções em relação a tudo que se refere à propriedade: manter a paz, controlando e impedindo os conflitos originados de interesses materiais; e arrecadar o necessário à “utilidade da pátria”. “Por isto foi instituído pelo povo um príncipe, que como juiz preside nestes casos, discernindo entre o justo e o injusto, punindo a apropriação indébita e determinando a quantidade certa de bens que deve receber dos cidadãos para prover à necessidade e utilidade comum” (p. 61). Ao fundar a propriedade no trabalho, Quidort a vincula, implicitamente, ao direito natural. Por isso, a justiça civil decorre da propriedade, como função dela derivada, e não o contrário.

Se a função da justiça é atribuída ao príncipe, não resta papel para a Igreja na solução de conflitos derivados da propriedade. Seria redundante. Este argumento poderia bastar, se a polêmica não envolvesse, também, alegações de natureza religiosa. Por isso, Quidort se vê forçado a mostrar que: a) Jesus não pretendeu jurisdição sobre os bens materiais; b) se tivesse tido essa jurisdição, não a teria transmitido a São Pedro (cf. cap. 8).

Se o papa não tem direito aos bens dos leigos nem jurisdição sobre eles, que poder terá sobre os bens da Igreja? Só o de administrá-los, responde Quidort, porque a propriedade da Igreja, ao contrário da dos leigos, é comunitária. É comunitária porque os bens doados para o exercício da função eclesiástica são necessariamente destinados à Igreja, como um todo, e não a indivíduos (cf. p. 59).

Limitado à condição de administrador dos bens de Igreja — bens recebidos como doação —, sem direito, portanto, de usá-los de acordo com sua vontade, o papa não tem nenhum fundamento para pretender domínio ou jurisdição sobre as propriedades dos leigos. Quanto a estes, podem ordenar suficientemente sua vida temporal no âmbito

das comunidades políticas. Para Quidort, faz sentido falar em comunidades e não numa *civitas* cristã universal. Nada justifica, segundo ele, a idéia de que os leigos necessitem subordinar-se, nas coisas temporais, a um poder geral como o da Igreja ou do Império. Quidort utiliza dois argumentos principais para sustentar esse ponto:

“1. Nos homens há uma grande diversidade quanto aos corpos, mas não quanto às almas, visto que todas estão constituídas no mesmo grau de ser, devido à unidade da espécie humana. Do mesmo modo, devido às condições geográficas e raciais, o poder secular possui maior diversidade que o espiritual, que não varia tanto nestes assuntos. Daí, pois, não ser necessária a mesma diversidade em um e em outro.

2. Não é tão fácil a um só dominar todo o mundo nas coisas temporais, assim como um só é suficiente para dominar nas espirituais. O poder espiritual pode facilmente transmitir a todos, próximos e distantes, as suas penas, por serem elas verbais. Já o poder temporal não pode fazer que com facilidade o peso de seu gládio, por ser manual, possa ser sentido nos que estão distantes. De fato, é mais fácil à palavra que à mão atuar à distância” (p. 49-50).

A “diversidade dos corpos”, que justifica a multiplicidade dos poderes seculares, não deve ser entendida literalmente. Quidort, no fundo, está cindindo o homem não apenas em alma e corpo, mas em fiel e cidadão. A própria alma se divide, afinal, como se tivesse uma face voltada para o sobrenatural e outra para o mundo terreno. De que outro modo se poderia falar em virtudes múltiplas? É isso que faz Quidort, ao igualar, em termos de valor, os diferentes costumes: “Devido à diversidade de climas, de línguas e de condições dos homens, pode haver diversos modos de viver e diversas comunidades políticas, e o que é virtuoso em um povo não o é em outro, como o Filósofo diz das pessoas singula-

res, ao anotar que algo pode ser demasiado para um e pouco para outro” (p. 50).

6. O Poder Humanizado

Os elementos necessários a uma teoria individualista já estão presentes em Quidort, com suas idéias a respeito da propriedade e das conseqüências políticas dela derivadas. A noção de indivíduos como átomos iguais, livres e portadores, naturalmente, de reivindicações igualmente legítimas não é essencial à construção do conceito de soberania. Em Bodin, por exemplo, a unidade relevante é a família (no sentido antigo) e não o indivíduo. Para ele, a relação de comando típica da vida política já está embutida na estrutura familiar. Mas o individualismo, até por seus fundamentos cristãos, foi a concepção dominante no pensamento político moderno, pelo menos desde o século XIV até o XVIII. Isso teve conseqüências no desenvolvimento da teoria dos direitos — antecipada em Quidort — e na concepção das relações entre Estado e indivíduo.

Com Marsílio de Pádua e Guilherme de Ockham, o indivíduo assume de forma indiscutível uma posição central na reflexão sociopolítica. Esses autores entram em cena durante o conflito entre o papa João XXII e o imperador Luís da Baviera. João XXII tentou intervir, de Avignon, na eleição imperial. Cinco príncipes eleitores haviam votado em Luís da Baviera e três em Frederico da Áustria. Luís foi coroado em Mogúncia e Frederico em Bonn, cada um deles por um arcebispo.

Depois de dois anos de luta, apelaram ao papa, mas este decidiu não se pronunciar, atendendo aos interesses do rei de Nápoles. Estava em jogo o controle do Norte da Itália, que interessava tanto a Luís quanto ao papa e a seus aliados. Luís venceu Frederico em batalha e pouco depois seus aliados passaram a controlar o Norte

italiano. João XXII, sem alternativa, excomungou o imperador. Marsílio e Ockham entram na polêmica em defesa do poder temporal, do lado de Luís da Baviera.

O *Defensor da paz*, de Marsílio de Pádua, foi publicado em 1324 e três anos depois condenado pela Inquisição²⁴. O livro é um exame das condições necessárias à paz, um tema de longa duração na história do pensamento político. Uma das condições da paz, procura mostrar Marsílio de Pádua, é a limitação das pretensões do papa. A tese, no entanto, não é simplesmente afirmada. Marsílio circunscreve cuidadosamente o campo da reflexão política. Os laços entre a natureza e Deus são matéria de fé, não podem ser demonstrados e a ciência da política deve limitar-se a cuidar dos objetos acessíveis à razão e à experiência.

Ora, o Estado pode ser entendido em termos puramente leigos, como uma entidade com fim próprio, vinculado às necessidades naturais do homem. É um produto da ação humana e resulta da conjugação das vontades dos cidadãos, que podem opinar diretamente ou por meio de representantes²⁵. Estas se manifestam na instituição da lei e do poder. “O legislador, isto é, a causa eficiente, primeira e específica da lei”, escreve Marsílio, “é o povo ou o conjunto dos cidadãos, ou sua parte preponderante, por sua escolha ou sua vontade expressa no seio da assembléia geral dos cidadãos, prescrevendo ou determinando que algo relativo aos atos humanos seja feito ou omitido sob pena de sanção ou de punição temporal” (p. 111).

Não importa que esse poder seja legado “aos sábios e aos especialistas” e que nem todos participem, todo o tempo, do comando dos assuntos políticos: o essencial é a vinculação do direito de legislar e de governar aos componentes do corpo social. Perante este corpo o governante é responsável. A lei civil está inteiramente humanizada e a vida coletiva se ordena de

forma autônoma. Assim, somente ao príncipe, seja ele um indivíduo ou um corpo coletivo, cabe comandar aos súditos, em conjunto ou separadamente, segundo as leis estabelecidas. E ele nada deve fazer, fora dessas leis, “sobretudo se se tratar de algo importante, sem o acordo da multidão súdita ou do legislador” (p. 561).

O franciscano Guilherme de Ockham defende, em política, pontos de vista em geral parecidos com os de Marsílio, mas seu ataque ao Papado, e especialmente ao papa João XXII, é muito mais violento. No *Brevilóquio sobre o principado tirânico*, ele recorre, para argumentar, a todas as fontes possíveis do direito e da lei, buscando apoio no direito natural, no direito canônico, nos ensinamentos dos grandes teólogos, no direito romano e no divino, revelado nas Escrituras. Não que tudo isso tivesse igual valor para Ockham. Ele simplesmente se empenha em cercar por todos os lados a argumentação dos defensores do poder papal, para refutá-la ou para mostrar que as fontes a que eles recorrem podem ser interpretadas de forma diversa e até oposta.

Sua doutrina afirma a independência dos poderes temporais em relação à Igreja, faz do povo a fonte da autoridade e distingue os verdadeiros domínio e jurisdição do domínio e da jurisdição justos:

“Assim, pois, embora quaisquer fiéis e pecadores sejam indignos do domínio das coisas temporais, podem contudo ter verdadeiro domínio delas. O que se diz do domínio temporal vale também para a jurisdição temporal: embora os fiéis e todos os ímpios sejam indignos de jurisdição, contudo podem ter verdadeira jurisdição tanto os infiéis como os fiéis pecadores²⁶”.

Sua posição, quanto a esse ponto, é semelhante à de Quidort e oposta à de Egídio Romano, que não reconhece nenhum direito de domínio ou de jurisdição aos infiéis, isto é, aos não batizados. Ockham

não somente nega a plenitude do poder papal como ainda a declara incompatível com a liberdade evangélica. A negação se refere tanto ao poder temporal quanto ao espiritual (cf. p. 54). Falar em plenitude do poder do papa se converte, em sua argumentação, numa heresia. O papa, sim, pode ser julgado pelos fiéis e pelos que entendem das coisas divinas, mas ele mesmo não tem jurisdição sobre os súditos de nenhum rei e de nenhum imperador: pelo rigor do direito, “não é permitido apelar do juiz civil ao papa” (p. 61).

Ao argumentar contra a interpretação literal do “tudo que ligares na terra”, Ockham exclui da jurisdição papal os “direitos legítimos dos imperadores, dos reis e dos outros fiéis e infiéis, direitos estes que de modo algum se opõem aos bons costumes, à honra de Deus e à observância da lei evangélica” (p. 74). Os possuidores de tais direitos, prossegue, “tiveram-nos antes da instituição explícita da lei evangélica, e puderam fazer deles uso lícito, de tal forma que, sem causa nem culpa, o papa não pode imediatamente perturbar ou diminuir regular e ordinariamente tais direitos, por qualquer poder que lhe foi conferido por Cristo” (idem). Este, segundo ele, deixou claro aos apóstolos, ao falar no direito de César, que não pretendia perturbar ou diminuir os poderes temporais dos governantes seculares.

Argumentando com base na história (a anterioridade dos poderes temporais em relação à Igreja), no direito revelado e no direito natural, Ockham constrói uma teoria do poder duplamente oposta às doutrinas da supremacia papal. De um lado, ele dispõe de argumentos “naturais” para fundar suas opiniões a respeito do indivíduo, da propriedade e da comunidade política. De outro, consegue recolher dos textos sagrados material suficiente para legitimar, também do ponto de vista da religião, os poderes seculares e os direitos ditos naturais.

O recurso à história não é só retórico e fornece elementos para um ponto fundamental de sua teoria: a do povo como fonte do poder. Ockham, defensor de Luís da Baviera contra João XXII, no fundo não se importa em demonstrar a superioridade do Império. O importante é o simples fato da transferência, seja quem for que venha a receber a autoridade de governar.

“O poder de instituir leis e direitos humanos esteve no princípio e de modo principal no povo, e o povo depois o transferiu ao imperador. Assim, os povos, os romanos, por exemplo, e outros, transferiram para outros o poder de instituir leis; às vezes, para os reis, às vezes, para outros de dignidade e poder menor e inferior. Isto pode ser demonstrado não só pela história e pelas crônicas, mas também pela Sagrada Escritura. Contudo, por amor à brevidade, não o farei” (p. 121).

Não interessam as fontes, neste momento, porque ele as dá como certas e indicáveis em caso de necessidade. Interessa o núcleo da idéia. Esse núcleo é a percepção da variedade dos povos e de suas formas de ordenação política²⁷. Por trás dessa variedade há algo comum, e só esse fator comum pode indicar o fundamento do poder: o povo. “Disto, porém, conclui-se evidentemente que os direitos humanos não foram somente os direitos dos imperadores e dos reis, mas também dos povos e de outros, que receberam dos povos o poder de criar e constituir direitos, e além disso, são direitos humanos os costumes louváveis e úteis introduzidos pelos povos” (idem).

“Costumes louváveis e úteis”: Ockham não se refere a nenhum povo em particular e a nenhum costume ou sistema. O ponto nodal do argumento é a idéia de cada povo como capaz de se ordenar e de produzir as próprias normas e, portanto, de ser fonte constituidora dos direitos e das leis (“os direitos humanos não foram somente os direitos dos imperadores e dos

reis”). Reis, imperadores, condes ou chefes guerreiros podem comandar, mas a ordem social pode ser pensada sem eles ou com qualquer deles (“que receberam dos povos o poder de criar e constituir direitos”). A idéia de povo é auto-suficiente, mas não a de chefe. A forma de governo e o governante são produtos do povo (como os “costumes louváveis e úteis”) e não o contrário.

Não sobra um grande papel para a idéia de Deus, nessa construção, mas Ockham não deixa de invocá-la, divinizando a fonte primeira da propriedade. Nisto ele de certo modo antecipa Locke, introduzindo a figura divina e eclipsando-a quase em seguida. A propriedade não é apenas um direito igual a qualquer outro, mas uma condição necessária ao bem viver. Deus deu ao homem, segundo Ockham, “o poder de dispor das coisas terrenas, que a reta razão apontar como necessárias, convenientes, decentes e úteis não só para viver, mas para bem viver” (p. 112). Ele recupera o argumento aristotélico, e anti-platônico, segundo o qual as coisas comuns são menos amadas e menos cuidadas que as próprias (p. 112-13). Por isso, uma sociedade que admita os bens próprios será mais bem ordenada que uma outra fundada na posse comum.

Desta idéia de bem viver deriva a noção do governo como instituição útil. É um argumento de racionalidade pragmática. O governo é funcional e o “direito” de instituí-lo é consequência do direito de propriedade (também este pensado funcionalmente). Se o homem tem direito à propriedade, tem direito, também, de instituir chefes com jurisdição temporal (cf. p. 113). É outra forma de fundamentar o governo temporal nos governados, isto é, no interesse dos indivíduos.

Se o governo é uma instituição a serviço da boa vida, a obrigação de obediência resultante de sua instituição não

pode ser absoluta, segundo o raciocínio de Ockham. Por isso, ele não concebe plenitude de poder nem do papa nem do governante secular. “Os reis e os príncipes não têm a plenitude de poder. Em caso contrário, o principado real seria um principado despótico, os súditos do rei seriam seus servos, não havendo entre eles distinção entre livres e servos, pois todos seriam servos” (p. 54).

De modo geral, os argumentos de Ockham são aplicáveis tanto ao Império quanto ao Estado territorial ou a qualquer outra forma de poder temporal. Importam de forma especial, porém, aos interesses do Estado. O Estado nacional é, no tempo de Ockham, a realidade emergente. Os interesses a ele vinculados são os mais capazes de se beneficiar da defesa ockhamiana do poder temporal. Seus argumentos de inspiração aristotélica tendem a favorecer a idéia de Estado, e não de Império, como comunidade perfeita.

Num exame retrospectivo, pode-se dizer que a figura de Ockham marca na história um extraordinário cruzamento. Há quem o aponte como o primeiro dos filósofos modernos. De toda forma, ele utiliza, para filosofar, um instrumental que nos remete, como leitores, mais à modernidade do que ao passado. Como polemista político, ele se envolve, no entanto, na defesa de um Império que já quase nada significava, reduzido, mais do que nunca, a uma potência entre outras e menos importante do que muitas. Embora fosse uma questão presente, a disputa entre o papa e o imperador, naquele momento, era de certo modo um anacronismo.

Nessa polêmica meio fora de tempo, no entanto, ele consegue trabalhar com argumentos rigorosamente renovadores. Sua construção do político a partir dos indivíduos e da experiência dos povos (formadores autônomos de leis) independe, a rigor, de qualquer referência à idéia aristotélica

de comunidade perfeita. Esta entra no seu raciocínio como complemento, não como elemento formador. Com Ockham, a idéia da norma transcendente ao poder político não desaparece, mas ganha novo peso.

O mais importante, no seu raciocínio, não é mais defender a submissão do governante a uma lei (costumeira, natural ou divina), nem apontar o povo como transmissor do poder de origem divina ao príncipe. É acentuar a capacidade do povo de produzir uma ordem normativa, independentemente de haver ou não um governo ou da forma de governo. O governo, na visão de Ockham, acaba sendo apenas um dos instrumentos que o povo pode forjar para as suas necessidades, embora seja um dos mais importantes e o mais adequado à defesa da justiça e da propriedade.

Assim se realiza a inversão final da perspectiva, na disputa entre os defensores do poder secular e os advogados do poder religioso. Numa perspectiva, a Igreja é o foco de legitimidade do qual depende todo poder no universo. Na perspectiva oposta, mais visível na obra de Ockham, o poder tem de ser pensado (não importam seus apelos a argumentos teológicos) a partir da realidade dos povos. É fácil deslizar deste ponto para uma defesa também dos Estados contra o Império. O trabalho de Ockham pode ter sido uma retribuição ao imperador. E ele realizou sua missão fielmente. Mas acabou deixando muito mais do que uma apologia do poder imperial.

7. A Partilha da Herança e o Inventário

Entre os civilistas e canonistas do século XIII e Guilherme de Ockham, completam-se os elementos doutrinários indispensáveis à consagração de um novo conceito de lealdade, aquele necessário à noção de soberania e à consolidação jurídica do Estado. No meio do caminho, a figura de São Tomás é uma ponte indispensável. Com ele,

pensamento político e jurídico se integram de um modo novo, no trabalho de naturalização do político. Aristóteles é um fator fundamental nessa operação, mas a teoria tomista incorpora também o pensamento jurídico renovado e o resultado é muito mais que uma redescoberta do aristotelismo.

Essa construção, porém, não atende somente aos interesses dos novos poderes constituídos sobre os territórios. A renovação conceitual é mais ampla. Ao mesmo tempo em que se desenha uma nova figura do governante civil, a partir de noções como *rex in regno suo imperator est e princeps superiorem non recognoscens*, interesse do reino etc., alguns autores dão novo sentido à idéia da base popular do poder.

A doutrina do poder ascendente se desliga progressivamente da idéia da origem divina. Cada vez menos o povo é um comissário e cada vez mais uma fonte original. Bellarmino e Suarez, neotomistas, ainda reivindicam, depois da Reforma, a noção de um poder atribuído por Deus ao povo e por este aos reis. Isto é suficiente para incomodar os defensores da idéia do direito divino dos reis, como Filmer. Locke já não precisa invocar uma origem divina do poder popular. Basta-lhe a noção de um direito natural que se materializa, por exemplo, na organização da propriedade e dos negócios da sociedade pré-estatal (até a moeda, em Locke, independe do Estado). Se a doutrina lockiana tivesse de ser inscrita numa linhagem proveniente da Idade Média, o ponto de referência seria Ockham, muito mais do que São Tomás.

Completada a laicização das teorias políticas e jurídicas, restam duas vertentes dominantes no pensamento moderno. Uma restringe as noções de lei e de direito às normas postas pelo poder soberano, seja ele identificado com um núcleo dominante (uma pessoa, um grupo ou o povo) ou simplesmente com o Estado. A lei, nesta perspectiva, é basicamente o produto de

uma decisão. Real ou metaforicamente, é a manifestação de uma vontade. Sua validade independe de qualquer referencial não positivo, porque mesmo a norma fundamental (constituição ou qualquer conjunto de princípios gerais) só vale por ser parte de um sistema positivo ou incorporado a um sistema positivo.

Na idade clássica, o representante mais visível desta forma de pensar a lei é Thomas Hobbes. O grande sistematizador, no campo jurídico, é provavelmente o inglês John Austin, referência obrigatória para os principais pensadores do século XX, entre eles Kelsen e Schmitt. Na sexta lição do livro *The province of jurisprudence determined*, publicado em 1832, Austin escreve: “Toda lei positiva, ou toda lei simples e estritamente assim chamada, é posta por uma pessoa soberana, ou por um corpo soberano de pessoas, para um membro ou membros de uma sociedade política independente na qual aquela pessoa, ou corpo, é soberana ou suprema²⁸”. Na continuação do mesmo parágrafo ele acrescenta: “Ou (tomando emprestada a linguagem de Hobbes), o legislador é aquele não por cuja autoridade a lei foi feita pela primeira vez, mas por cuja autoridade continua a ser lei”. Neste sentido, a lei nunca antecede a decisão do soberano (o verdadeiro legislador). Se a norma anteriormente formulada permanece é porque ele a revalida, de forma expressa ou tácita.

Essa tradição, conhecida como positivismo jurídico, expressa com muita clareza a idéia do voluntarismo, isto é, de que a lei, considerada em sentido próprio, não é dada, não está inscrita em nenhuma ordem independente de uma vontade. Uma versão particular dessa teoria é o decisionismo de Carl Schmitt, que descreve o soberano como a figura que emerge, em momentos especiais, para definir ou redefinir um ordenamento.

A outra vertente enfatiza sobretudo a noção de uma ordem não positiva, que

inclui leis e direitos não fixados pelo poder político. Essas leis e direitos são tomados como critérios para avaliação das leis positivas. Desde a Revolução Francesa, a expressão *direitos naturais* vem sendo substituída por *direitos do homem*, que se pretende apresentar como universais.

Esta vertente, herdeira do jusnaturalismo, é muitas vezes confundida com a tradição liberal e anti-autoritária, assim como o positivismo é associado, com frequência, à idéia de autoritarismo. As duas associações são falaciosas. A tradição chamada positivista não afirma que a lei positiva seja boa ou que se deva obedecer à lei. Diz simplesmente que só um tipo de norma, com certas características — como a de ser posta por um poder comum, capaz de aplicá-la —, deve ser chamada *lei*. É uma questão de classificação teórica, de construção conceitual, não de preferência política.

A tradição que privilegia a idéia de ordenamento, subordinando-lhe a noção de poder político, caso de Locke, é herdeira do pensamento jurídico dominante na maior parte da Idade Média. Mas a noção da soberania criadora da norma (tipificada na obra de Hobbes e na de Schmitt) também se constrói, como foi visto, já na reflexão medieval, especialmente a partir do final do século XIII e do início do XIV. As duas tradições, no entanto, não correm sempre separadas. Quando a ordem é identificada com o próprio Estado e é definida como ordenamento soberano, como em Kelsen, a síntese das duas idéias se realiza.

REFERÊNCIAS

- ALIGHIERI, Dante. *Da monarquia*, SP, Ediouro, s/ data.
- AQUINO, S. Tomás de. *Commentary on the ethics* e *Commentary on the politics*. In: LERNER, R. & MAHDI, M.M. *Medieval political philosophy: a sourcebook*. Toronto: Free Press of Glencoe/Cullier-McMillan, 1963.

- _____. *De regimne principum*. Paris: Puf, 1947.
- _____. *Summa teológica*. POA,:Livraria Sulina / Ed.-UFRS-Grafosul, 1980 (edição bilingüe: latim-português).
- BEAUMANOIR, Ph. de. *Coutumes de Beauvaisis*. 3 Vols. Paris: J. Picard, 1970.
- BLACK, Anthony. *Political thought in Europe (1250-1450)*. Cambridge: University Press, 1992.
- BLOCH, March. *A sociedade feudal*. Lisboa: Edições 70, 1987.
- BOËR, Nicolas. *Relação entre a Igreja e o Estado no fim do século XIII e no início do séc. XIV nos escritos de filósofos de Estado e de canonistas*. Tese de doutoramento na Hungria em 1938, apresentada na FFLCH-USP em 1972.
- BRACON, Henry de. *De legibus et consuetudinibus angliae*. George E. WOODBINE (Ed.). Vols. 1 e 2. New Haven: Yale University Press, 1925.
- BURNS, J. H. (Ed.). *The Cambridge history of medieval political thought c.350-c.1450*. N. York: Cambridge University Press, 1988.
- CALASSO, Francesco. *Medioevo del diritto*. Vols. 1 e 2. Milano: Dott. A. Giuffrè Ed., 1954.
- _____. *Gli ordenamenti giuridici del rinascimento medievale*. Milano: Giuffrè Ed., 1965.
- CARLYLE, A.J. & CARLYLE, R.W. *A history of political theory in the west*. Vols. 1 a 6. London: William Blackwood and Sons, 1903-36.
- D'ENTREVES, A. Passerin. *La dottrina del diritto naturale*. Milano: Edizione di Comunità, 1980.
- _____. *La dottrina dello stato*. Torino: G. Giappichelli Ed., 1962.
- DAVID, Marcel. *La souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique du IXe au XVIe siècle*. Paris: Dalloz, 1954.
- DUBY, George. *As três ordens ou o imaginário do feudalismo*. Lisboa: Ed. Estampa, 1982.
- FINKE, Heinrich. *Aus den Tagen Bonifaz VIII. Funde und Forschungen*. Münster: Druck und Verlag der Aschendorffschen Buchhandlung, 1902. Roma: Ediz. Anastatica, Bardi Editore, 1964.
- FRIEDRICH, Carl J. *La filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura, 1964.
- GIERKE, Otto. *Development of political theory*. New York, Norton, 1939.
- _____. *Political theories of the middle ages*. Cambridge: at the University Press, 1938.
- GILSON, Étienne. *El espíritu de la filosofía medieval*. Buenos Aires: EMECÉ Editores, 1952.
- GRABMANN, Martin. *Studien über den Einfluss der Aristotelischen Philosophie auf die mittelalterlichen Theorien über das Verhältnis von Kirche und Staat*. In: *Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*. Philosophisch-historische Abtl., Heft 2. München: Verlag der Bayerischen. , 1934.
- HINSLEY, F.H. *El concepto de soberanía*. Barcelona: Ed. Labor, 1972.
- HOLMES, George. *A Europa na Idade Média: 1320-1450*. Lisboa: Ed. Presença, 1984.
- HUIZINGA, J. *O declínio da Idade Média*. Lousã: Ed. Ulisseia, s/ data.
- KANTOROWICZ, E. *The king's two bodies*. Princeton: University Press, 1981.
- KEEN, Maurice. *The Penguin history of medieval Europe*. Harmondsworth: Penguin Books, 1991.
- KELSEN, Hans. *La teoria dello stato in Dante*. Bologna: Massimiliano Boni Edit., 1974.
- KRETZMANN, Norman & KENNY, A. & PINBORG, Jan (Eds.). *The Cambridge history of later medieval philosophy (1100-1600)*. Cambridge: University Press, 1982.
- LAGARDE, Georges de. *La naissance de l'esprit laïque au declin du moyen age*. Vols. 1 a 5. Paris-Louvain: Ed. Béatrice-Nauwelaerts, 1956-63.
- LE GOFF, Jacques. *A civilização do Ocidente medieval*. 2 Vols. Lisboa: Ed. Estampa, 1984.
- OCKHAM, Guilherme de. *Breviloquium de potestate papae*. L. BAUDRY (Ed.). Paris: J. Vrin, 1937 (edição latina).
- _____. *Brevilóquio sobre o principado tirânico*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988.
- PÁDUA, Marsilio de. *Le défenseur de la paix*. J. QUILLET (Ed.). Paris: J. Vrin, 1968.
- _____. *Defensor menor*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1991.
- _____. *Defensor pacis*. R. SCHOLZ (Ed.). Hannover: Hahnsche Buchhandlung, 1932 (edição latina).
- PASSOS, J. Afonso M.B. *Bonifácio VIII e Felipe o Belo. de França*. Tese de doutoramento. USP: FFLCH-HIS, 1972.
- QUIDORT, Jean. *Sobre o poder régio e papal*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1989.

_____. *De regia potestate et papali*. edição bilíngüe: latim-alemão. Fritz BLEIENSTEIN (Ed.). Stuttgart: Ernst Klett Verlag, 1969.

QUILLET, Jeannine. *La philosophie politique de Marsile de Padoue*. Paris: J. Vrin, 1970.

ROMANO, Egídio. *Sobre o poder eclesiástico*. Petrópolis: Vozes, 1989.

_____. *De ecclesiastica potestate*. R. SCHOLZ (Ed.). Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger Hof-Buchdruckerei und Verlagsbuchhandlung, 1929 (edição latina).

SABINE, George H. *Historia de la teoria politica*. Vols. 1 e 2. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica, 1963.

SCHMITT, Carl. *Théologie politique*. Paris: Gallimard, 1988.

SKINNER, Quentin. *Los fundamentos del pensamiento político moderno*. Vol. 1 e 2. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

SOUZA, J.A.C.R. *A contribuição filosófico-política de G. de Ockham ao conceito de poder civil*. Tese de doutoramento. FFLCH-USP, Depto. História, 1980.

STRAUSS, L. & CROUSEY, J. (Eds.). *A history of political philosophy*. Chicago: University Press, 1963.

STRAYER, Joseph. *As origens medievais do estado moderno*. Lisboa: Ed. Gradiva, s/ data.

TIERNEY, B. & LINEHAN, Peter (Eds.). *Authority and power. Studies on medieval law and government*. Cambridge: University Press, 1980.

TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do Estado moderno*. SP: Edit. Brasiliense, 1988.

ULLMANN, W. *Historia del pensamiento político en la Edad Media*. Barcelona: Ariel, 1983.

_____. *The individual and society in the middle ages*. London: Methuen & Co., 1967.

_____. The development of the medieval idea of sovereignty". In: *English Historical Review*. Vol. LXIX, nº CCL, 1949.

Vários autores. *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*. Milano: Università degli studi di Perugia, 1962.

WEINREB, Lloyd L. *Natural law and justice*. Massachusetts: Harvard University Press, 1987.

WILKS, Michael. *The problem of sovereignty in the later middle ages*. Cambridge: University Press, 1963.

NOTAS

¹ HELLER, H. *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

² "It was therefore a historical necessity that the man, with whom the history of the idea of *raison d'état* in the modern Western world begins and from whom Machiavellism takes its name, had to be a heathen". In: MEINECKE, F. 1984. *Machiavellism – the doctrine of, Raison d'État' and its place in Modern History*. London: Westview, p. 29. [título original: *Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte*].

³ Cf. p. ex. a obra clássica de N. ELIAS. *O processo civilizador*, RJ, Zahar, vol. 2, 1993, esp. pp. 87-131.

⁴ João Carlos Brum Torres aponta com clareza o vínculo entre as *duas ordens* de fatos, a reordenação do poder e a construção doutrinária: "A idéia de soberania é resultante doutrinária, mas também instrumento, de um longo processo de concentração e centralização do poder, em cuja dinâmica se integram, como linhas de força decisivas, sua fixação e centralização geográficas, o afastamento do príncipe das redes de vassalagem medieval e, sobretudo, a consolidação do poder real tanto frente às grandes figuras da alta nobreza, quanto, no plano externo, frente às pretensões temporais do papado (...). Portanto, que o rei seja efetivamente *imperator in regno suo*, não reconhecendo nenhum poder terreno superior em todas as questões políticas, esta a propriedade fundamental da soberania e também o primeiro pré-requisito da concepção moderna do poder estatal" (p. 47). In: TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do Estado moderno*, São Paulo, Editora Brasiliense, 1988. Note-se que Brum Torres não define as duas categorias como uma conseqüência lógica da outra, mas procura mostrar a *relação* entre elas num determinado momento histórico.

⁵ STRAYER, Joseph. *As origens medievais do Estado moderno*. Lisboa: Ed. Gradiva, s/ data, p.21 e seg.

⁶ In: QUIDORT, Jean. *Sobre o poder régio e papal*. Petrópolis: Vozes, 1989, p. 123-4.

⁷ "Mas o que importa não é a falta de um claro conceito de Estado no pensamento medieval", escreve D'Entrèves, "e sim o surgimento gradual de uma noção que dele se avizinha sempre

mais, a noção de que, entre as múltiplas formas de associações humanas há uma dotada de um poder particular: um poder que administra, legifera, julga e tributa, não em virtude da simples posse da força material ou das qualidades pessoais de um chefe, mas em nome de um complexo de normas que, justamente porque pertinentes ao *status rei publicae*, são normas de direito público, não de direito privado” (p. 139). In: PASSERIN D’ENTREVES, Alessandro. *La dottrina dello Stato*. Torino: G. Giappichelli Ed., 1962.

⁸ Nem poderiam deixar de ser, diria Kelsen, se o Estado é o próprio ordenamento jurídico. Esta, aliás, é uma concepção medieval, como ele indica em seu doutorado sobre a teoria do Estado em Dante. Cf. KELSEN, Hans. *La teoria dello stato in Dante*. Bologna: Massimiliano Boni Edit., 1974.

⁹ Black recorda como os textos do direito romano foram utilizados para atender a múltiplos interesses. A lei romana era “mais específica sobre a extensão dos poderes à disposição de um *princeps* ou *imperator*”, mas deles se apropriaram os canonistas para expressar a autoridade papal. “Então, os legistas seculares, trabalhando em meios nacionais ou locais, mas empregando a linguagem da lei imperial romana, começaram a aplicá-la, firmemente, a todas as monarquias seculares existentes na Europa, começando pela França e pelo reino da Sicília. Isto acompanhou uma ampla adoção da linguagem imperial por reis e duques, que implicava que os poderes atribuídos ao imperador romano pertenciam propriamente a todo governante *vis à vis* seus próprios súditos (*rex est imperator in regno suo*)” (p. 139). In: BLACK, Anthony. *Political Thought in Europe 1250-1450*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

¹⁰ SABINE, George. *Historia de la teoria política*. Vols. 1 e 2. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1963. ULLMANN, Walter. *Historia del pensamiento político en la Edad Media*. Barcelona: Ariel, 1983.

¹¹ PENNINGTON, K. *Law, legislative authority, and theories of government, 1150-1300* (Chap. 15-I, p. 424-453). In: BURNS, J.H. (Ed.). *The Cambridge history of Medieval political thought c.350-c.1450*, Cambridge: University Press, 1991.

¹² ALIGHIERI, Dante. *Monarchia*. Milano: Biblioteca Universale Rizzoli, 1988, Livro I, XII, p. 195.

¹³ Cf. PENNINGTON, *op. cit.*, p. 424 e seg.

¹⁴ ULLMANN, *op. cit.*, cap. 8.

¹⁵ AQUINO, São Tomás. *Suma teológica*. POA-Caxias do Sul: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes/Livraria Sulina Edit. - Universidade de Caxias do Sul, 1980, Vol. IV, 1ª parte da 2ª parte, questão 90 e seguintes, p. 1731 e seg.

¹⁶ MEINECKE, Friedrich. *Machiavelism*. London: Routledge & Kegan Paul, 1957.

¹⁷ Cf. BEAUMANOIR, Philippe de. *Coutumes de Beauvaisis*. Vol. 2. Paris: J. Picard, 1970, p. 1283.

¹⁸ In: ROMANO, Egídio. *Do poder eclesiástico*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1989, p. 66.

¹⁹ ULLMANN, *op. cit.*, p. 205.

²⁰ Ao sustentar este ponto de vista, Egídio recupera o agostinianismo: “Um reino que não foi instituído através do sacerdócio ou não foi reino, mas latrocínio, ou foi unido ao sacerdócio, pois, mesmo antes que Saul fosse instituído por Samuel, como por sacerdote de Deus, e fosse posto como rei, Melquisedeque foi rei de Salém. Mas este Melquisedeque, além de ser rei, era também sacerdote” (*op. cit.*, p. 48).

²¹ “Mas, como o ser e a denominação da coisa vêm principalmente da forma e não da matéria”, afirma Egídio, “o povo é sempre o mesmo, o rio é sempre o mesmo, embora nem sempre os homens e a água sejam os mesmos. Assim também, o sumo pontífice é sempre o mesmo, embora nem sempre seja o mesmo homem que está constituído neste ofício” (idem, p. 87).

²² In: QUIDORT, Jean. *Sobre o poder régio e papal*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1989, p. 44.

²³ “Tais bens”, escreve Quidort, “não possuem, pois, ordem e conexão entre si, nem para com um chefe comum, a quem caiba dispô-los e distribuí-los, pois cada um é ordenador de suas próprias coisas assim como bem o entende, e nem o príncipe nem o papa tem direito de posse ou de administração sobre tais bens” (p. 60).

²⁴ PADOUE, Marsile de. *Le défenseur de la paix*. J. Quillet (Ed.). Paris: J. Vrin, 1968.

²⁵ D’Entrèves chama atenção para o que ele descreve como “germes de dois institutos que deverão assumir grande importância no Estado moderno”,

o da representação e o da divisão dos poderes. “Remontam à Idade Média as origens das instituições que hoje chamamos representativas ou parlamentares: não se enganava Rousseau, seu feroz adversário, ao ver nelas uma sobrevivência dos tempos *feudais*” (*op. cit.*, p. 133). Quanto à divisão dos poderes, não existe como doutrina formulada, mas está “de certo modo implícita na concepção [...] do poder político como limitado à tutela e à aplicação do direito”, devendo reconhecer-se, acima do governante, uma fonte legislativa à qual todos deveriam sujeitar-se (*idem*, p. 134).

²⁶ In: OCKHAM, Guilherme de. *Brevilóquio sobre o principado tirânico*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1988, p. 118.

²⁷ Do ponto de vista jurídico, a idéia da anterioridade dos “povos” em relação a qualquer

potência universal é posta com clareza na obra de Baldo de Ubaldis, segundo observa Calasso: “Diante das múltiplas dúvidas da doutrina sobre os poderes dos ordenamentos particulares existentes na órbita do Império, e que Bartolo havia superado com a gradação das *iurisdictiones*, Baldo revirou o problema: não era partindo do ordenamento universal que se podia chegar a construir juridicamente a vida dos ordenamentos particulares, pois estes nasceram antes daquele: *populi sunt de iure gentium*, não os criou nenhum outro poder” (p. 275). In: CALASSO, Francesco. *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*. Milano: Giuffrè, 1974.

²⁸ In: AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. London: Weidenfeld & Nicolson, 1954., p. 193.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A MATRIZ HERMENÊUTICA COMO POSSIBILITADORA DA CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS*

CONSTITUTIONAL PRINCIPLE: MAIN HERMENEUTIC AS ENABLED
OF THE MATERIALIZATION OF THE PRINCIPLE

JACI RENE COSTA GARCIA•

MÁRCIO ALAN RODRIGUES DE AZEVEDO♦

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Este trabalho tem como finalidade identificar os aspectos distintivos entre regras e princípios constitucionais de modo a visualizar as colisões entre princípios na tentativa de compreender como casos semelhantes recebem soluções judiciais distintas, adentrando-se no trato das diferenças entre as espécies de normas jurídicas, ressaltando-se a necessária separação entre texto e norma, aquele identificado com o enunciado abstrato que serve de ponto de partida para o intérprete, essa o gênero que abrange as regras e os princípios e vem a ser o texto normativo acrescido do sentido constituído na via interpretativa e aplicável aos casos concretos; por fim, trata-se dos postulados normativos compreendidos como deveres de estruturação da aplicação dos princípios e das regras, servindo como uma ferramenta de controle intersubjetivo dos fundamentos expostos nas decisões judiciais.

Palavras-chave: Interpretação. Incidência. Aplicação. Colisão. Direitos.

Abstract: This work has as purpose to identify the distinctive aspects between rules and constitutional principle in way to visualize the collisions among principle in the attempt of understanding as similar cases they receive different judicial solutions, going into in the treatment of the differentiation among the species of juridical norms, being stood out the necessary separation between text and norm, that identified with the abstract statement that it serves as starting point for the interpreter, that the gender that embraces the rules and the principle and it comes to be the text normative added of the sense constituted in the interpretative and applicable road to the concrete cases; finally, it is the normative postulates understood as duties of structuring of the application of the principle and of the rules, serving as a tool of control intersubjective of the foundations exposed in the judicial decisions.

Key Words: Interpretation. Incidence. Application. Collision. Rights.

1. Introdução

Parece correto afirmar que a Teoria da Constituição procura desenvolver aspectos conceituais que permitem que o estudante ou estudioso do Direito Constitucional

tenha uma compreensão do que vem a ser esse instrumento normativo e de qual é o papel da Constituição enquanto documento jurídico. Aquela Teoria procura também explicitar as particularidades da estrutura das Cartas, tentando demonstrar que a

* O presente artigo foi produzido a partir da Monografia apresentada em 23 de fevereiro de 2005 pelo Especializando Márcio Alan Rodrigues de Azevedo, como requisito para obtenção de Certificado de Conclusão no Curso de Especialização em Direito Constitucional Aplicado do Centro Universitário Franciscano - UNIFRA.

• Advogado. Professor Universitário. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Constitucional Aplicado da UNIFRA.

♦ Bacharel em Direito. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA.

interpretação das normas constitucionais apresenta nuances que a torna diferente da interpretação das leis inferiores.

A Teoria Constitucional atualmente entende que a Constituição superou a função estrita de documento normativo organizador do Estado, distribuidor de competências, para assumir a condição de instrumento jurídico limitador dos Poderes estatais e da supremacia da maioria. Isso pode ser percebido pela ampliação do rol de direitos nas Constituições, instituídos a partir do consenso político e destinados a terem efetividade material na vida da comunidade quando, então, o conceito assumido por elas tende a ser o de instrumento normativo de direitos da sociedade.

A efetividade das normas constitucionais, também conhecida como concretização da Constituição, torna-se uma preocupação de toda a sociedade e depende da atuação de todos os Poderes do Estado, segundo os princípios da independência e harmonia. Em especial aos juízes cumpre essa tarefa, pela capacidade inerente às decisões judiciais de aproximarem realidade social e previsões abstratas emanadas das Corporações Legislativas, bem como para evitar medidas abusivas adotadas pelos administradores públicos ou provenientes das relações privadas.

Constata-se que as transformações sociais, culturais, políticas e econômicas ocorridas desde o final do século XIX serviram como indicativos da debilidade do modelo constitucional liberal, culminando com a instituição do Estado Social a partir das Constituições do México e de Weimar, em 1917 e 1919, respectivamente.

O constitucionalismo social provocou a redução no conceito jurídico das Constituições em virtude da elaboração das normas programáticas que limitou a força jurídica das normas constitucionais a meras orientações aos legisladores, posi-

cionando os princípios como fontes subsidiárias de direitos, adotados somente para suprir lacunas do ordenamento jurídico.

A segunda metade do século XX apresentou momento de marcante influência na positivação dos princípios no plano constitucional. A revolta contra o formalismo e uma crescente valorização da pessoa humana fizeram repercutir nos métodos de interpretação das normas constitucionais. Tais normas constitucionais não mais se confundem com os textos normativos (interpretação literal), os métodos da nova hermenêutica (BONAVIDES, 2003, p.498) destacam os aspectos teleológico e axiológico na revelação de sentido dos dispositivos normativos.

O texto normativo, ou dispositivo, passa a ser considerado como ponto de partida da interpretação, dele o intérprete vai extrair o sentido revelador da norma, impondo-se como momentos distintos a incidência de um dispositivo e a aplicação de uma norma.

O objetivo do presente trabalho consiste em, a partir da teoria constitucional, distinguir as espécies normativas e reconhecer a força normativa da Constituição quando da aplicação dos princípios jurídicos.

Quanto ao método, essencial que se aponte a prevalência do método dedutivo, uma vez que o trabalho busca justificar a aplicação racional dos postulados, princípios e regras, procurando contribuir para a tese do controle racional e da justificação das decisões, acenando para um acolhimento intersubjetivo das interpretações no direito. No fundo e na forma da exposição há um modelo kantiano presente e expresso desde o primeiro momento: há necessidade de uma justificação racional das respostas no direito a partir do reconhecimento da força normativa do texto constitucional.

2. A Norma Jurídica: Princípios e Regras

De algum tempo teóricos do Direito, especialmente constitucionalistas, travam um intenso debate acerca das distinções entre princípios e regras jurídicas. A variedade de critérios a partir dos quais são propostas aquelas dessemelhanças estão bem sintetizadas na obra de Ávila (2004, p. 30-31), que recolhe da melhor doutrina quatro critérios importantes, embora não suficientes: o hipotético-condicional, o do modo final de aplicação, o do conflito normativo e o critério axiológico.

De imediato deve ficar estabelecido como premissa necessária à diferenciação entre dispositivos, regras, princípios e normas jurídicas, posto que dispositivo é o conteúdo formal, expresso, ditado pelo legislador. Isso é indispensável para o entendimento de que a vagueza na forma do dispositivo não se presta para caracterizar prontamente um princípio.

As prescrições normativas são generalizações abstratas produzidas pelos legisladores a partir de certos fatos da vida real, mas que por desconsiderarem outros aspectos materiais conservam a marca da imprecisão frente à complexidade e o dinamismo das relações fáticas.

A falta de correspondência entre texto e norma está bem demonstrada na lição de Capelletti (1999, p.21), ele sustenta que na vasta literatura ocidental volvida à temática da interpretação pacificou-se o entendimento de que, "... com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade e, pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação...".

Corrobora essa assertiva, mais uma vez Ávila (2004, p.26), numa inspiração de fundo heideggeriana no ponto, ao expor que "o intérprete reconstrói sentidos" e, ainda, "justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à con-

clusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio". (grifo do autor)

Explicando agora os critérios distintivos anteriormente citados, o critério hipotético-condicional considera que as regras jurídicas descrevem uma hipótese e uma consequência que deverá ser aplicada nas decisões.

Na esteira desse critério, diz-se que as regras permitem uma leitura ao modo de *se* ocorrer o fato descrito abstratamente *então* deve ser aplicada a consequência prevista, do tipo procedural (antecedente e consequente). A regra antecipa a decisão, que assim é alcançada através de um processo mecânico ou quase mecânico, a relação entre regra e fato depende apenas da comparação, são os chamados casos fáceis ou rotineiros, conforme Steinmetz (2001, p. 87).

Reside nesse critério a preocupação em adequar uma situação fática a uma regra, basta um exemplo, que demonstre a relação *se ... então*, para revelar a simplicidade do critério. Ação de despejo por inadimplemento nos alugueres, pode o intérprete entender que o Art. 9º, II da Lei 8245/91 apresenta conteúdo hipotético e reconhecer: *se* o inquilino deixar de pagar o aluguel fixado no contrato, *então* o imóvel deverá ser desocupado por força da ação de despejo, desde que não ocorram as ressalvas legais como a purga da mora no prazo previsto.

Para o critério hipotético-condicional um princípio não descreve uma hipótese e não contém expressamente uma consequência a ser implementada em caso de vir a ser violado. Dito de outra forma, um princípio não revela diretamente um conteúdo comportamental, mas serve de fundamento para que um mandamento (entenda-se uma regra) seja encontrado.

Segundo tal critério, um princípio serve para orientar o aplicador do Direito a encontrar uma regra que seja aplicável ao

caso ou para suprir uma lacuna do ordenamento jurídico. Diante da excessiva produção legislativa, característica do *welfare state* (CAPELLETTI, 1999, p.39), a doutrina foi impondo aos princípios, em certa medida, uma função unificadora do Direito ou uma eficácia interpretativa (ÁVILA, 2004, p. 79) para ampliar ou restringir o sentido das regras.

Exemplificando, pode ser feita referência ao princípio da moralidade administrativa onde é impossível pensar-se um único preceito hipotético que possa encerrar tal norma jurídica. A aplicação do princípio vai depender de circunstâncias encontráveis somente na relação fática da Administração Pública com os particulares, na ocorrência de um contrato administrativo, por exemplo.

Assim, também o princípio da função social da propriedade não define uma hipótese para o aproveitamento de um bem particular, apenas orienta o proprietário a exercer seu direito de acordo com um fim e sinaliza limites ao direito de propriedade.

Nota-se que o plano de análise do critério hipotético-condicional revela a espécie normativa a partir da letra da norma, do enunciado contido na forma do dispositivo, contudo a existência de uma hipótese depende mais da formulação lingüística que de uma característica atribuível a um dispositivo cuja redação apresentou-se mais detalhada. Um dispositivo formalmente indeterminado, que ao primeiro olhar não indique uma hipótese fática pode ser reformulado de modo a indicá-la. O texto como objeto da interpretação não pode ser ele mesmo a solução do problema, cabe-lhe o papel de ponto inicial no caminhar interpretativo.

Nesse sentido, válido dizer que o dispositivo inscrito no art. 150, I da Constituição Federal de 1988, denominado de princípio da legalidade tributária (MACHADO, 2000, p.34), pode ser lido hi-

poteticamente como regra, na forma: *se* o Estado intenta aumentar um tributo *então* deve ser criada uma lei observando os aspectos procedimental e substancial para majorá-lo.

O segundo critério apresentado – do modo final de aplicação – teve em Dworkin um de seus formuladores mais destacado. Ao lançar um ataque geral ao positivismo, parte aquele jusfilósofo da tese de que ao se debaterem questões jurídicas envolvendo conceitos não unânimes os juristas “recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões” (DWORKIN, 2002, p.36). A todos esses padrões aquele autor denominou genericamente de princípios e afirmou que a diferença entre princípios e regras “é de natureza lógica” (DWORKIN, 2002, p.39).

Na tese de Dworkin uma regra válida, isto é, uma regra promulgada segundo processo legislativo adequado e materialmente conforme a Constituição, que teve sua hipótese de incidência reproduzida em um fato concreto deve ser aplicada integralmente pelo julgador, a isso qualificou de modo de aplicação “tudo ou nada” (DWORKIN, 2002, p.39). Segundo esse critério, uma regra válida somente deixa de ser aplicada quando há exceção ditada pelo legislativo.

Na distinção sugerida pelo critério do modo final de aplicação um princípio não será aplicável ao modo tudo ou nada, pois ele não está descrevendo fatos abstratos o que dificulta uma leitura fixadora de comportamentos; então, no caso de o julgador decidir pela aplicação de um princípio foi porque esse “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, ...” (DWORKIN, 2002, p.41).

Um princípio tende a propiciar razões para o julgador decidir favoravelmente a uma ou outra parte, razões de ordem

finalista (ÁVILA, 2004, p.40) para a argumentação e para a decisão, mas não antecipa qual comportamento será imposto para concretizar o fim almejado.

Quem aceita diferenciar as espécies normativas segundo o critério do modo de aplicação no mais das vezes confunde os fenômenos da incidência e da aplicação, por considerá-los um único passo no andar decisório, desprezando exemplos bastante comuns na jurisprudência onde a regra incide mas deixa de ser aplicada por motivos diversos que não estão previstos em exceções. Exemplo disso encontra-se em acórdão do STF no HC 73662 / MG, onde deixou de ser aplicado dispositivo do Código Penal definindo como estupro presumido conjunção carnal com menor de 14 anos¹.

Também foi baseado em razões que se decidiu ser imprescindível transfusão de sangue em pessoa quando essa medida prestar-se para salvar a vida do sujeito, ainda que contra as convicções religiosas do paciente ou de seus familiares, entenderam os desembargadores que o direito à vida precede o direito à liberdade, no caso, a religiosa². O Tribunal não mencionou uma regra determinante da decisão, teve de encontrar razões a partir da comparação entre dois direitos concretamente ameaçados.

Criticando o critério do modo de aplicação, é possível afirmar que sem a consideração de circunstâncias individuais em um determinado caso, a aplicação desmesurada e automática de uma regra válida que incidiu perfeitamente pode afrontar os objetivos mais altos do ordenamento.

Para ilustrar as contradições que o critério do modo final de aplicação pode provocar, cita-se o caso de a mãe adotiva poder ou não gozar da licença à gestante prevista no art. 70, XVIII CF88. O Supremo Tribunal Federal entendeu que a distinção entre mãe biológica e mãe adotiva era tarefa do direito comum e não da Constituição³, com essa omissão pode haver quem entenda que

o Supremo deixou de dar aplicabilidade imediata a um dispositivo definidor de um direito fundamental que pela sua redação pode ser reconhecido como uma regra e aplicável de modo absoluto.

Sobre a matéria, a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que os requisitos para concessão da licença maternidade devem ser lidos restritamente, limitando o benefício ao caso de o adotado ser recém-nascido⁴. Tal decisão pode repercutir em sentido contrário ao das campanhas por adoção de crianças; porém, se o intérprete destacar a dimensão finalística do dispositivo constitucional é bem provável que estenda a licença à gestante para a mãe adotiva garantindo o estreitamento dos laços familiares com o filho adotado.

O terceiro critério vem a ser o do conflito normativo, no qual também assume particular relevância a lição de Dworkin. Em linhas gerais, considera-se que regras opostas estão em conflito e a solução pode ser encontrada dentro do próprio sistema jurídico⁵, a resposta para resolver o problema do conflito entre regras consiste em saber qual das regras está dentro do ordenamento jurídico? A regra aplicável será aquela validamente contida no sistema, então as regras entram em conflito no plano abstrato e a solução se dá no plano da validade entre regras.

Entre princípios não há conflito, há um imbricamento, uma colisão que deve ser resolvida na dimensão do peso ou importância, ponderando cada princípio em relação ao caso em concreto. Não há como estabelecer uma mensuração exata e permanente no peso atribuído a um princípio e o julgamento sempre será objeto de controvérsias, mesmo porque os princípios conservam-se válidos ainda que num caso concreto tenham sido dimensionados a menor, podendo em outro caso aquele princípio outrora preterido prevalecer em função do contexto fático.

Para o critério do conflito normativo o conflito entre regras estaria no plano abstrato e a colisão entre princípios no plano concreto, mas a questão não é tão simples. No plano abstrato quando duas regras entram em conflito a solução pode ser encontrada com a declaração de invalidade de uma delas, importando sua exclusão do ordenamento jurídico de modo peremptório.

A prática jurídica demonstra que a questão é um pouco mais complexa, os princípios da liberdade de expressão e da privacidade podem chocar-se mesmo em nível abstrato: uma regra que obrigue médicos a informarem o estado de saúde ao paciente pode abstratamente colidir com a regra que lhes imponham o dever de adotar todos os meios para salvar o paciente caso este venha a ter agravada a doença ao receber tal notícia.

Conexa ao problema das colisões entre princípios e dos conflitos entre regras surge a questão em torno da possibilidade de choque entre princípio e regra, concebível no momento em que ambos são normas jurídicas.

Segundo Dworkin não há choque entre um princípio e uma regra, “as regras representam uma espécie de compromisso [...] entre princípios concorrentes” (DWORKIN, 2002, p.121), ele afirma que as regras versando sobre usucapião são como um reflexo do princípio que veda o locupletamento por ato ilícito, a exigência de lapso temporal para garantir o direito de propriedade representa o caráter compromissório entre aquele princípio e o princípio do direito a propriedade. Assim, a revogação ou manutenção de uma regra depende da ponderação de princípios e não da comparação dos pesos entre princípio e regra.

Para os teóricos que vislumbram choque entre uma regra e um princípio há duas correntes opostas de opiniões. Grande parte da doutrina, levados pela euforia do modelo jurídico principal, entende que

na colisão entre regra e princípio, vence o segundo.

A violação a um princípio importaria desrespeito a vários comandos normativos que teriam nele o fundamento e representaria o desprezo aos mais elevados valores do ordenamento jurídico, de modo que para os defensores dessa tese cumpre revogar a regra que viola o princípio ou entender que a aplicação dela fica suspensa para o caso.

Outra corrente doutrinária propõe que a colisão seja resolvida a favor das regras, em virtude do conteúdo preliminar de sentido revelar-se na mais ampla descrição comportamental lançada no dispositivo, não parece correto atribuir aos princípios constitucionais superioridade frente às regras constitucionais, particularmente as emanadas do constituinte originário, afinal como diz Rothenburg (1999, p.63): “Quando a incompatibilidade surgir entre princípios e regras, estando ambos estampados na Constituição, estas é que deverão prevalecer.”

Finalmente o critério axiológico faz dos princípios a materialização dos valores mais importantes em uma sociedade, elevando a espécie ao grau máximo na hierárquica normativa, a ponto de Bonavides lançar: “Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o *regimen*, a ordem jurídica” (BONAVIDES, 2003, P.289).

Contudo, valores para alguns juristas, basicamente os de tendência liberal, são apontados como os conteúdos fantasmagóricos (DWORKIN, 2002, p. XIV) da ordem constitucional, pois autorizam os juízes a criarem direitos novos e acenam para um contexto de insegurança jurídica. Na verdade, não são apenas os princípios que possuem conteúdo valorativo, as regras ainda que não possam incorporar valores servem para cristalizá-los a ponto de o critério axiológico não servir plenamente a distinção.

Repita-se, todos os critérios apresentados acima não distinguem entre texto e norma, mas a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de significados previamente dados, nem a distinção entre princípios e regras transparece da simples leitura dos dispositivos constitucionais.

A cláusula normativa é o ponto de partida, onde o intérprete vai encontrar o significado mínimo de termos ditados pelo uso ordinário da linguagem, mas vai servir também como limite para a atividade do intérprete que não pode desvirtuar o processo hermenêutico a ponto de conferir a um termo sentido oposto ao notoriamente conhecido na linguagem comum ou técnica.

Na vigente Carta Constitucional brasileira, muitos dispositivos cuja redação foi mais amplamente formulada podem ser interpretados num caso como princípio e noutro caso como regra. Mais que isso, propõe Ávila uma “dissociação em alternativas inclusivas” (AVILA, 2004, p. 60) onde defende que os dispositivos podem permitir mais de uma formulação de sentido, a interpretação pode conduzir a geração de uma regra, um princípio ou mesmo um postulado.

Aquele autor ilustra essa assertiva comentando sobre o Art. 5º *caput* da Constituição Federal de 1988, referente à igualdade. Dele é possível extrair uma regra de comportamento impeditiva de discriminações, ou inferir um princípio cuja aplicação tenha a destinação de assegurar o valor igualdade, por último pode ser atribuída uma dimensão metódica ao dispositivo a exigir do intérprete uma comparação entre alguns elementos contidos nas normas ou nos fatos analisados.

Eis aqui o ponto chave para a resposta aos embates entre princípios, entre regras ou ainda entre princípios e regras, os postulados normativos são desenvolvidos pela doutrina, inúmeras vezes com a denominação de princípios, como elemen-

tos estruturantes de aplicação das normas jurídicas, são apontados como critérios materiais de justiça a serviço do controle racional e intersubjetivo das decisões judiciais e serão objeto de análise no próximo tópico.

3. Postulados Normativos Aplicativos

Os conflitos entre as regras e os princípios jurídicos que vêm sendo examinados até o momento não encontram, *a priori*, outra solução senão as ditadas pelos critérios do modo final de aplicação e do conflito normativo. Para as regras a aplicação tudo ou nada e para os princípios a aplicação gradual, critérios mais vinculados a forma dos dispositivos que a dimensão relevante para o aplicador do direito: se a dimensão comportamental ou a dimensão finalística da norma.

Mas os dispositivos normativos podem assumir ainda uma dimensão metódica (AVILA, 2004, p.60), revelada sempre pela atuação interpretativa, essa terceira dimensão assumível por um dispositivo pode ter serventia para resolver os conflitos entre princípios segundo métodos controláveis intersubjetivamente e não dependentes da atribuição de peso a um deles.

Nesse tópico serão analisados os postulados normativos aplicativos, eles são recursos argumentativos que estruturam a aplicação das normas jurídicas pelo exame da interação entre vários elementos presentes na relação entre dispositivo, norma (enquanto gênero) e realidade, a ponto de encontrar respostas aos conflitos normativos escudadas em fundamentação suficientemente forte para afastar subjetivismos do julgador.

Os postulados podem ser classificados em dois grandes grupos (AVILA, 2004, p. 94), segundo a determinabilidade dos elementos considerados, os postulados inespecíficos e os postulados específicos;

este trabalho limita-se a estudar os postulados do segundo grupo.

O enquadramento da proporcionalidade tanto como regra quanto como princípio tem sido objeto de muitas opiniões divergentes na doutrina jurídica. Há quem pretenda a classificação da proporcionalidade como princípio com características peculiares, outros argumentam no sentido de identificá-la como uma forma específica de regra e há quem proponha uma terceira espécie de norma.

Nesse trabalho optou-se por seguir a corrente teórica que afirma ser o modo de atuação da proporcionalidade diferente da atuação das regras ou dos princípios, sendo mais adequado classificá-la em um grupo a parte onde também vão estar a razoabilidade e a igualdade.

Assim, tentou-se mostrar que a aplicação de uma norma jurídica não se identifica com o momento em que ela incide e a definição de um dispositivo como regra ou princípio não acontece de imediato posto que depende da atribuição de sentido ao enunciado normativo.

Tanto as regras quanto os princípios estão dirigidos a comportamentos humanos de modo direto ou indireto, respectivamente, mas nem sempre são identificados no início da atividade interpretativa e no caso dos princípios somente ao fim do processo interpretativo a definição de qual o comportamento vai concretizar o direito será manifestada.

Já os postulados normativos estruturam os deveres de aplicação das espécies normativas, não impõe obrigações e não estabelecem direitos, entretanto será dos postulados que o intérprete extrairá argumentos que justificam deixar de aplicar uma regra válida que incidiu perfeitamente, neles buscará a justificação afirmar que um princípio pesou mais que o outro em determinado caso, mas principalmente nos postulados o jurista colherá fundamentos

para aproximar as normas jurídicas do mundo real.

Dos três postulados normativos específicos que se pretende analisar o primeiro será o postulado da igualdade. A Constituição brasileira de 1988 revela a importância da idéia de igualdade, pois já no preâmbulo a eleva ao *status* de um dos valores supremos da ordem jurídica nacional.

Enquanto postulado normativo, a serviço do dever de estruturar a aplicação das regras ou dos princípios, importa considerar que o exame da igualdade depende do relacionamento entre sujeitos, da existência de um critério a tratar diferentemente esses sujeitos e da existência de uma finalidade justificadora da diferenciação.

Considerando os elementos vinculados aos sujeitos de direito, por exemplo, o sexo, a idade, a capacidade mental, a capacidade econômica, é que podem ser admitidas previsões em editais de concursos públicos limitando a idade para ingresso em certas carreiras profissionais.

Outro exemplo de bastante repercussão e debates envolvendo a idéia de igualdade deu-se na tramitação e julgamento perante o STF da ADIN3324, questionando a inconstitucionalidade de artigo da Lei Federal 9536/97 com a alegação da ocorrência de tratamento diferenciado quando das transferências dos militares garantindo-lhes o ingresso, ou de seus dependentes, em universidades públicas, independentemente da instituição de origem.

O critério de diferenciação que serviu para apoiar a decisão unânime do plenário não foi o fato do servidor ser militar ou civil, pois todos os servidores públicos têm direito a transferência obrigatória, o que determinou o tratamento igualitário foi o critério da congeneridade da instituição de ensino superior, de universidade pública para pública e de universidade privada para privada, ainda assim trata-se de um critério a distinguir sujeitos.

Na seqüência de análise dos postulados aparece agora o postulado da razoabilidade, muitas vezes confundido com o postulado da proporcionalidade e com o princípio do devido processo legal.

A separação entre os dois postulados pode ser alcançada com atenta investigação de quais elementos serão pesados em cada um dos postulados. A razoabilidade será aplicada em caso de conflito entre uma situação geral e outra especial, enquanto a proporcionalidade vai avaliar a relação entre meio e fim. Não é fácil reconhecer as diferenças entre os dois postulados e a jurisprudência do STF utiliza os dois conceitos como uma mesma coisa⁶.

A razoabilidade vai servir como diretriz na relação entre uma norma geral e o caso concreto, impondo ao jurista a consideração daquilo que normalmente acontece frente o caso individual. Isso ficou bem demonstrado nas decisões do STF impondo aos legislativos municipais a observância do Art. 29 e incisos da Constituição Federal versando sobre limites mínimos e máximos na composição das Câmaras de Vereadores⁷, o normal de acontecer seria a quantidade de vereadores guardar proporção com a população do município.

Ainda, a razoabilidade importa na aproximação da norma com a realidade, pretende harmonizar um enunciado normativo com as condições materiais indispensáveis a concretizar um direito formalmente estipulado. Para ilustrar bem essa função do postulado da razoabilidade pode ser lembrada a proposta de reajuste dos salários e aposentadorias dos servidores públicos apresentada ao Congresso Nacional pelo Presidente da República⁸, onde o índice sugerido foi de 0,1%.

O projeto de lei do Executivo Federal cumpre formalmente o dispositivo inscrito no Art. 37, X da CF88, porém não encontra correspondência com a realidade onde a desvalorização dos salários provoca a perda

do poder aquisitivo diante dos aumentos de preços e da elevada carga tributária.

A respeito da dimensão metódica que o intérprete pode colher do dispositivo citado é possível afirmar que tal dimensão pode estar contida na parte textual onde consta: *assegurada revisão geral anual*. Desde que seja entendido que o sentido da expressão *revisão* serve para indicar atualização, equiparação à realidade, há uma conformação com a função que esta sendo atribuída ao postulado da razoabilidade; entender a expressão no sentido de impor apenas um olhar contemplativo faz com que o dispositivo constitucional retorne ao estado de princípio moral sem virtude jurídica para concretizar o direito dos servidores públicos.

Finalmente passa-se a comentar sobre o postulado da proporcionalidade. Trata-se de tema bastante complexo tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Há divergências quanto a origem e controvérsias sobre o modo de funcionamento desse postulado que na teoria aparenta uma simplicidade sem equivalência quando de sua aplicação na prática.

A origem do postulado pode ser encontrada no direito norte-americano a partir da cláusula do devido processo legal ou no direito alemão na teoria do Estado de Direito (MENDES, 2001, p.2).

O aproveitamento do postulado da proporcionalidade está concentrado em aferir a compatibilidade de medidas legislativas com os fins constitucionalmente previstos. A Constituição brasileira recepção as duas idéias, o preceito do devido processo legal inscrito no Art. 5^o, LIV e o Estado Democrático de Direito previsto no *caput* do Art. 1^o, evitando dúvidas a respeito da recepção ou não do postulado da proporcionalidade no ordenamento jurídico nacional.

Quanto ao modo de funcionamento o postulado da proporcionalidade precisa

para ser operacionalizado de uma relação de causalidade entre o meio, quer dizer, a medida concreta adotada para a realização de um direito e o fim, a finalidade, enquanto realização de um estado desejado de coisas (AVILA, 2004, p.112). O exame que deve ser procedido consiste na resposta a questões pertinentes a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito na vinculação entre meio e fim.

A avaliação da adequação perquire se o meio abstratamente projetado para assegurar um direito consegue promover o fim pretendido; quanto ao aspecto da necessidade o postulado vai levar o interprete a questionar a existência de meios alternativos ao que foi concretamente adotado e, por terceiro, relativo a proporcionalidade em sentido estrito as perguntas formuladas visam descortinar se as vantagens na adoção da medida superam as desvantagens.

Ainda que sejam aspectos diferentes inseridos dentro do mesmo postulado a adequação não apresenta a mesma relevância que a necessidade no juízo de ponderação (MENDES, 2001, p.4), quando o intérprete percebe que uma medida possibilita atingir determinado fim deve ainda assim continuar o exame e verificar a existência de outro meio menos restritivo aos demais direitos afetados; resumindo, pode ser dito: o que é adequado pode ser necessário, porém tendo-se uma medida por necessária não pode ela ser inadequada.

Colacionando julgados escudados no postulado da proporcionalidade o STJ apreciou em mandado de segurança⁹ a demissão de servidor público da policia federal em razão de processo disciplinar instaurado pela acusação de envolvimento do servidor em fraudes na obtenção do porte de arma. Entendeu o relator pela suspensão da demissão dada a desproporção da medida, já que o servidor havia atuado em apenas quatro num universo de mais de trezentos processos de avaliação para obter

porte de arma. Aprofundando um pouco a análise da decisão para aproxima-la do que vem sendo exposto, o relator considerou que o meio (demissão) ainda que adequado para realizar o fim (punir servidor que comete fraude) não é necessário, outra pena pode alcançar a finalidade de maneira menos gravosa ao indivíduo.

A nível de STF também cabe destacar julgamento onde a proporcionalidade serviu para amparar declaração de inconstitucionalidade da Lei 1949, de 22 de janeiro de 1999, do Estado do Mato Grosso do Sul que instituiu benefício de assistência social no valor de um salário mínimo pagável ao filho(a) gerado(a) de estupro. Em decisão não unânime prevaleceu a posição reconhecendo a inadequação do meio (benefício de assistência social) para atingir o fim (atender a quem necessita), o fato da gravidez decorrer de estupro não permite enquadrar o filho nascido como necessitado de tal benefício¹⁰.

Outro exemplo de aplicação do postulado da proporcionalidade encontra-se em julgado do Tribunal de Justiça gaúcho¹¹, um agravo de instrumento interposto em processo de separação tentando assegurar a admissibilidade de gravação sonora como meio probatório fundante do pedido. No primeiro grau de jurisdição foi ordenado o desentranhamento da prova por ilícita já que fora produzida sem o conhecimento da outra parte, mas tal decisão foi reformada pelos Desembargadores da sétima Câmara Cível, e da ementa se extrai o seguinte trecho:

O direito à intimidade, como qualquer outro, não se pode sobrepor de maneira absoluta a outros dignos da tutela judiciária, podendo submeter-se ao direito à prova, também constitucionalmente assegurado, *aplicando-se o princípio da proporcionalidade*, aqui se ponderando favoravelmente os interesses ligados à reta administração da justiça e sacrificando-se a privacidade. (grifo nosso).

O Pretório sul-rio-grandense parece ter entendido que o meio empregado como prova para revelar a verdade da relação fática levada a juízo preenche o requisito da adequação, conduz ao fim desejado, mais que isso, não restringiu de maneira desproporcional o direito à intimidade a ponto de dever ser buscado outro meio de prova, sendo, portanto, um meio necessário a promover o fim, permitindo a conclusão de que admitir a gravação como prova traz mais vantagens do que desvantagens à solução do caso.

Ao empregar os postulados da igualdade, da proporcionalidade ou da razoabilidade a fundamentação apresentada deve ser suficiente para demonstrar que a decisão não foi uma escolha segundo as concepções pessoais dos juízes, mas uma tentativa de captar o sentido do texto normativo para construir regras ou princípios que, aplicadas aos casos concretos segundo a estruturação propiciada pelos postulados, garanta um tratamento sério aos direitos que a sociedade consensualmente inscreve em sua Lei Suprema.

4. Conclusão

A norma jurídica é o nome genérico dado às regras, aos princípios e também aos postulados normativos aplicativos. De acordo com a dimensão que o intérprete considera apresentar maior relevância é que poderá ser apontada a espécie de norma jurídica aplicada ao caso fático.

Sendo relevante a dimensão comportamental de um enunciado normativo, então se trata de regra jurídica; quando a dimensão destacada é a finalística, aplicado foi um princípio; mas, se o relevo mais acentuado de um dispositivo for o metódico, a espécie é o postulado.

Não é somente a dimensão relevante que vai permitir reconhecer uma regra ou um princípio, pois vários outros critérios

permitem distinguir essas duas espécies: o critério hipotético-condicional, o critério do modo final de aplicação, o critério do conflito normativo e o critério axiológico.

A solução dos conflitos normativos muitas vezes não se resolve apenas com a aplicação de uma regra à moda tudo ou nada, ou porque se considera que um princípio enquanto valor positivado permita considerar revogada uma regra.

Para empreender a superação de tais problemas os postulados normativos estruturam o dever de aplicação das regras e dos princípios, fornecem elementos para o intérprete desenvolver uma argumentação, controlável intersubjetivamente, capaz de justificar a aplicação ou não dessas espécies normativas. Os postulados específicos examinam elementos determinados.

O postulado da igualdade pondera relação entre o critério diferenciador e finalidade da diferença estabelecida entre sujeitos; o postulado da razoabilidade investiga a normalidade de uma medida adotada, sua vinculação com a realidade; por fim o postulado da proporcionalidade avalia a relação causal entre meio e fim, pelo exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito entre os dois elementos. Com isso, pensa-se que ainda é possível a dedução de respostas de um sistema complexo como o direito, justificáveis pelo sujeito (manifestação de uma subjetividade) e comunicável aos demais, dando-se na interação a possibilidade de aferição e o controle racional e intersubjetivo da interpretação

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 34ª ed. São Paulo: Globo, 1995.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da*

- peessoa humana na Constituição de 1988. In *Revista de Direito Administrativo* vol. 221. jul.-set 2000, Rio de Janeiro: Renovar.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. *Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: SAFE, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 3ª ed. Madri: Alianza editorial, 1982.
- GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1997.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 18ª ed. São Paulo; Malheiros, 2000.
- MENDES, Gilmar. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. *Revista Dialogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 5, agosto de 2001. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 30 de novembro de 2004.
- MORAIS, José Luís Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: O Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- MORAIS, José Luís Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 22ª ed. São Paulo: LTr, 1996.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: SAFE, 1999.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 69
- SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

NOTAS

¹ Acórdão disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia/

² Disponível em www.tj.rs.gov.br. Apelação cível 595000373, relator Sérgio Gischkow Pereira.

³ RE 222560 AgR, relator Min. Carlos Velloso, 2ª Turma. Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia/

⁴ RMS 12504/MS, relator Min. Jorge Scartezzini, 5ª Turma. Disponível em www.stj.gov.br/jurisprudencia/

⁵ “Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero”. DWORKIN. *Op. cit.* p. 43.

⁶ Ver voto Min. Ilmar Galvão na ADI 2019-6. Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia/

⁷ RE 2666994/SP, relator Min. MAURICIO CORREA. Disponível em www.stf.gov.br.

⁸ Disponível em www.jbonline.terra.com.br/jb/papel/brasil/2005/02/28/jorbra20050228008.html.

⁹ MS 7983, relator Min. Hélio Quaglia Barbosa. Terceira Seção do STJ. Disponível em www.stj.gov.br.

¹⁰ ADI 2019-6, relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno. Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia/.

¹¹ Agravo de Instrumento n.º 70005967740, 7ª Câmara Cível. Presidente e Relator José Carlos Teixeira Giorgis. *Revista de Jurisprudência do TJRS*, edição N.º 226/227 - Jan./Fev. / 2004. Disponível em www.tj.rs.gov.br. Acesso em 17 de março de 2005.

DIREITO JUDICIAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

JURIDICAL RIGHTS AND CONSTITUTION THEORY

EMERSON GARCIA*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O redimensionamento do papel desempenhado pelas distintas funções estatais, em especial do Poder Judiciário, fenômeno correlato às próprias mutações do Estado de Direito, terminou por aproximar os momentos de criação e de aplicação da norma. A importante atividade desenvolvida pelos órgãos jurisdicionais no processo de integração das normas, o controle de constitucionalidade, a posição do Judiciário perante as omissões legislativas e a força normativa dos precedentes exigem esforços no sentido de sistematizar o denominado Direito Judicial, delineando as potencialidades e os respectivos limites.

Palavras-chave: Concreção. Conflito. Direito Judicial. Inconstitucionalidade. Jurisprudência. Lacuna. Legislador negativo. Legitimidade. Norma geral. Norma individual. Omissões legislativas. Poder Judiciário. Ponderação. Precedentes. Princípios. Separação dos poderes. Silogismo. Subsunção. Súmula vinculante. Tribunal Constitucional.

Abstract: The new dimensioning of the distincts function, given special attention to the judiciary power, phenomenon related with the changes of the State of Law, end in approximate the creation moments and the rules application. The very important activity developed by judicial body in the integration process of the rules, the constitutionality control, judicial position in the presence of the legislative omission and the normative force which claim efforts in the systematization of the judicial right, describing the potentialities and the respective limits.

Key Words: Concretion. Conflict. Judicial right. Unconstitutionality. Jurisprudence. Lacuna. Negative lawmaker. Legality. General rules. Individual rules. Legislatives omissions. Judiciary Power. Ponderation. Precepts. Principles. Power's separation. Syllogism. Case-law effect. Constitutional Court.

1. Aspectos Introdutórios

Acompanhando a linha evolutiva do Estado de Direito, também a noção de *função jurisdicional* tem passado por inúmeras vicissitudes. Sob uma perspectiva orgânica, o seu aparecimento certamente está associado à edição, na Grã-Bretanha, do *Act of Settlement*, de 1701, que garantiu a independência e a correlata autonomia existencial dos órgãos jurisdicionais, colocando-os acima da vontade livre da Coroa.¹

Não é por outra razão que Locke, poucos anos antes, ao desenvolver o alicer-

ce teórico da *Glorious Revolution* de 1689, concebeu o poder de julgar sob uma ótica eminentemente funcional, concentrando no órgão representativo do Estado (v.g.: o rei) o exercício das funções administrativa e judicial: reconhecia-se a divisão funcional do poder, não a orgânica.² Já Montesquieu, escrevendo em momento posterior ao *Act of Settlement* e utilizando as instituições inglesas como referencial, aperfeiçoou a construção de Locke e traçou as linhas estruturais da clássica tripartição do poder, consagrando-a também sob o prisma orgânico.³

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça. Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais e Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

Montesquieu, no entanto, atribuiu ao Judiciário um papel invisível e neutro - que bem se refletia na célebre frase de que o “juiz não é senão a boca que pronuncia as palavras da lei”, “não podendo moderar-lhe a força nem o vigor”. Ante a neutralidade atribuída ao juiz, era inconcebível o exercício de atividade outra que não a de mera subsunção, o que afastava a realização de qualquer operação valorativa que terminasse por adequar a norma aos influxos sociais. O juiz deveria seguir a “letra da lei” e os entendimentos do juiz deveriam ser fixos, de modo que nunca fossem mais do que um texto preciso da lei, concepção que se mostrava necessária por ser o Poder Judiciário “um poder terrível entre os homens”. Somente o Legislativo, especificamente o Corpo dos Nobres, poderia valer-se da equidade ao apreciar as matérias jurisdicionais que lhe eram atribuídas (v.g.: julgar os aristocratas e as demais figuras preeminentes), o que decorreria de sua participação na produção normativa, tendo autoridade para “moderar a lei em favor da lei, pronunciando-se menos rigorosamente que ela”. Esse dualismo de jurisdição caracterizava o sistema constitucional inglês à época, sendo justificável por ser “necessário que os juizes sejam da condição social do acusado ou seus pares”.

A exemplo de Locke, também Montesquieu concebera a teoria da separação dos poderes como uma forma de preservação da liberdade contra o arbítrio. Ambos, no entanto, além de prestigiarem a dicotomia entre o Legislativo e o Executivo, dispensavam uma importância secundária ao Judiciário: Locke sequer concebeu um poder autônomo, integrando a função de julgar num universo mais amplo, o de executar a lei; Montesquieu, apesar de prestigiar a existência de um poder autônomo encarregado da função jurisdicional, apressava-se em realçar a necessidade de o Judiciário se manter adstrito à “letra da lei”.

Essa breve notícia histórica permite visualizar, com relativa clareza, as profundas mutações de natureza inter e intra-orgânica que se operaram nas estruturas políticas de poder, em especial na função jurisdicional.

A aferição da compatibilidade da produção normativa com o texto constitucional, nos sistemas que atribuem esse papel ao Judiciário, indica uma indiscutível influência no delineamento do padrão de conduta a ser seguido pela coletividade, o que levou Kelsen a visualizar sua atuação como verdadeiro “legislador negativo”.⁴ De igual relevância é a posição dos tribunais em face da omissão legislativa na integração de eficácia das normas constitucionais.

A própria produção normativa, numa fase pós-positivista, sofreu um profundo realinhamento com o reconhecimento do caráter normativo dos princípios jurídicos, redundando no enfraquecimento da *senhoria normativa* do Poder Legislativo e na correlata pulverização dessa função entre os demais, cabendo ao Judiciário a atividade valorativa final conducente à densificação dessa espécie normativa.

Cabendo aos órgãos jurisdicionais velar pela preeminência da norma de direito, sua intervenção final, observada a sistemática legal, será definitiva (*final enforcing power*). Essa constatação, embora não suscite maiores dúvidas quando direcionada ao caso concreto *sub judice*, exige sejam identificados os efeitos que as decisões dos tribunais superiores irradiarão sobre os inferiores, condicionando e direcionando a sua atuação. Admitido o efeito vinculante dos precedentes, característica inerente aos sistemas de *common law*, será inevitável o reconhecimento de que os tribunais dispõem de um certo poder normativo, digamos indireto, pois, apesar de os referidos precedentes não serem direcionados à vida de relação, terminarão por regulá-la quan-

do apreciada em juízo. Todos os sistemas constitucionais contemplam a existência de normas oriundas do Legislativo, do costume e da jurisprudência, repousando o diferencial no elemento predominante e no modo como se articula com os demais.⁵

O Direito Judicial reflete a atividade de definição do Direito (*juris dictio*) pelos tribunais, podendo assumir perspectivas concretas (v.g.: na solução de litígios específicos) ou abstratas (v.g.: no controle de constitucionalidade das leis realizado pelos Tribunais Constitucionais). No primeiro caso, assumindo uma postura retrospectiva, voltada ao passado; no segundo, com uma postura prospectiva, direcionada ao futuro, à regulação de relações jurídicas vindouras. Além disso, quando em coitejo com a produção normativa de cunho legislado, pode mostrar-se corretor da lei, concorrente da lei, substitutivo da lei e supressivo da lei.

Não é demais lembrar que esse profundo redimensionamento metodológico da atividade do Judiciário, da sua inter-relação com os demais poderes e da sua projeção na coletividade não assumiu um colorido uniforme em todos os Estados, sendo plenamente factível a coexistência de esferas de inegável expansão com outras de tradicional retração.⁶

Parece evidente não ser este o *locus* adequado a uma abordagem exauriente dos múltiplos aspectos mencionados, mas a sua mera indicação mostra-se suficiente ao propósito almejado: realçar a importância do Direito Judicial (*Richterrecht*) como normativa geral, que transcende o caso concreto.⁷

2. Individualidade Existencial do Direito Judicial

O designativo utilizado, como é perceptível, é de todo infeliz, pois o adjetivo qualificador do substantivo direciona-se

à origem do Direito, não à matéria por ele versada (v.g.: Direito Constitucional, Direito Administrativo etc.), o que aconselharia falar-se, por identidade de razões, em *Direito Legislativo*, terminando por inviabilizar toda e qualquer tentativa de sistematização. No entanto, tem o mérito de realçar a preeminência dos órgãos jurisdicionais na argumentação desenvolvida, indicando, de imediato, os objetivos pretendidos.

A principal singularidade do Direito Judicial em relação à norma geral de origem legislativa é a sua maior maleabilidade, somente persistindo a sua “densidade normativa” enquanto aplicada pelos órgãos jurisdicionais, acrescentando ser plenamente legítimo o avançar ou o retroceder em seu entendimento.⁸ O seu *iter* operativo direciona-se, com maior intensidade, à especificação da norma individual, à delimitação do regramento incidente no caso concreto, o que, como veremos, não obsta à sua generalização, vindo a regular condutas concebidas em abstrato.

O Judiciário, em sua atividade de realização do Direito, a partir da valoração da situação fática e do regramento posto pelo Legislativo, será responsável pela confecção da regra que regerá o caso concreto. Nesse particular, é visível o aperfeiçoamento da doutrina positivista clássica, na qual o comando normativo era exaurido pelo legislador, após sopesar a realidade fenomênica, cabendo ao intérprete, unicamente, a realização de uma operação de subsunção, sendo ínfima a liberdade de conformação, ainda que direcionada ao caso concreto.⁹ Atualmente, raras são as vozes que se insurgem contra a imprescindibilidade da atividade do intérprete no papel de agente densificador do conteúdo normativo editado pelo legislador, máxime com a intensificação do uso de princípios jurídicos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que somente serão passíveis de individualização com a identificação dos valores que lhes são subjacentes.

Nessa linha, a norma geral não mais ocupa uma posição externa, meramente condicionadora e delimitadora da atividade jurisdicional, terminando por assumir o *status* de objeto da própria função judicante. Partindo dos seus contornos abstratos, cabe aos órgãos jurisdicionais moldar o seu conteúdo à realidade ou mesmo expurgá-las da ordem jurídica, nesse último caso com o controle de constitucionalidade.

Na sentença de Recasens Siches, “la norma individualizada es la única norma jurídica perfecta, porque es la única capaz de ser impuesta inexorablemente, ejecutada coercitivamente, si esto fiera necesario. Solo la norma jurídica individualizada es la que tiene plenitud de sentido, porque articula la directriz de la norma general con la realidad de la vida, que es siempre concreta y particular”.¹⁰ A atividade de produção normativa desempenhada pelos tribunais assume uma feição essencialmente escalonada. Atuam a partir do direito posto pelo legislador, interpretando-o e integrando-o sempre que necessário.

Não identificado, na norma geral, um alicerce idôneo à formação da norma individual, caberá ao juiz socorrer-se de outras fontes de Direito (v.g.: os costumes) para suprir a incompletude do ordenamento. Essa possibilidade, que consubstancia um “princípio essencial e necessário de qualquer ordenamento jurídico”, assegurando a segurança social, é indicativa da “plenitude hermética da ordem jurídico-positiva formalmente válida”.¹¹

A atividade de integração do ordenamento jurídico manifesta-se tanto nas hipóteses em que seja detectada uma *lacuna legis* como nas situações em que a própria norma remeta ao intérprete a atividade de densificação do seu conteúdo, o que assume particular relevância com a profusão de conceitos jurídicos indeterminados (v.g.: ordem pública) e com o reconhecimento do caráter normativo dos princípios jurídicos

no constitucionalismo contemporâneo.

O reconhecimento da individualidade existencial do Direito Judicial tem encontrado resistências que repousam numa interpretação restritiva do princípio da divisão das funções estatais e na imperativa vinculação dos tribunais à Constituição e à lei, alicerce último do próprio princípio democrático, sendo freqüentemente contestada a sua legitimidade.

3. Direito Judicial e Legitimidade do Poder Judiciário

A contínua ampliação do papel desempenhado pelos órgãos jurisdicionais no delineamento das normas de conduta mantém vivo o debate em torno de sua legitimidade democrática. A tese da ilegitimidade, sequer suscitada pela doutrina clássica, que lhes condicionava o obrar à letra da lei e preconizava uma verdadeira automação na sua aplicação, não é inovadora, mantendo contornos em muito semelhantes àqueles suscitados no processo de sedimentação da jurisprudência como fonte de Direito.

Afinal, se os órgãos jurisdicionais não detêm a representatividade democrática, como podem contribuir para a definição do alcance da norma geral ou mesmo integrá-la no caso de lacuna? Por identidade de razões, como podem obstar a aplicação de uma norma geral, possibilidade inerente ao controle de constitucionalidade, ou integrar os próprios contornos da norma com a densificação dos princípios jurídicos e dos demais conceitos jurídicos indeterminados?

Embora seja a função legislativa a sua natural expressão, em sistemas democráticos dotados de mecanismos de *checks and balances*, o poder político também se projeta na função jurisdicional, o que se faz sentir na fiscalização abstrata de constitucionalidade e na persecução de crimes de responsabilidade, isto sem olvidar os

influxos ideológicos que naturalmente não se desprendem dos juizes no exercício de sua atividade judicante.¹² Em Estados autoritários, o poder político termina por subjugar a própria função jurisdicional, o que em muito compromete a sua importância como fonte de Direito.¹³

Em um primeiro plano, deve-se ressaltar que a *ratio* do controle exercido pelo Poder Judiciário é a de velar para que o exercício do poder mantenha uma relação de adequação com a ordem jurídica, substrato legitimador de sua existência. Tal, no entanto, provocará uma inevitável tensão entre dois valores indispensáveis ao correto funcionamento do sistema constitucional: o primeiro indica que o poder de decisão numa democracia deve pertencer aos eleitos - cuja responsabilidade pode ser perquirida - e, o segundo, a existência de um meio que permita a supremacia da Constituição mesmo quando maiorias ocasionais, refletidas no Executivo ou no Legislativo, se opõem a ela.¹⁴

O absolutismo ou mesmo o paulatino distanciamento das opções políticas fundamentais fixadas pelo Constituinte pode igualmente derivar das maiorias ocasionais, as quais, à míngua de mecanismos eficazes de controle, podem solapar as minorias e comprometer o próprio pluralismo democrático. Por tal razão, não se deve intitular uma decisão judicial de antidemocrática pelo simples fato de ser identificada uma dissonância quanto à postura assumida por aqueles que exercem a representatividade popular. Não se afirma, é certo, que a democracia seja algo estático, indiferente às contínuas mutações sociais. No entanto, ainda que a vontade popular esteja sujeita a contínuas alterações, o que resulta de sua permanente adequação aos influxos sociais, refletindo-se nos agentes que exercem a representatividade popular, ela deve manter-se adstrita aos contornos

traçados na Constituição, elemento fundante de toda a organização política e que condiciona o próprio exercício do poder.

Não merece acolhida, inclusive, a tese de uma possível supremacia do Judiciário em relação aos demais poderes. As suas vocações de mantenedor da *paz institucional* e de garantidor da preeminência do sistema jurídico assumem especial importância no Estado Social moderno, no qual aumenta a importância do Estado em relação ao indivíduo, com a correlata dependência deste para com aquele, exigindo do Judiciário o controle dessa relação.¹⁵

Robert Alexy,¹⁶ embora discorrendo sobre a competência do Tribunal Constitucional, profere lição que em muito contribui para a elucidação da tensão dialética acima enunciada. Segundo ele, “a chave para a resolução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão”.¹⁷ Estando ambas submetidas ao princípio fundamental de que todo o poder emana do povo, é necessário compreender “não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo”. Essa representação, no entanto, se manifesta de modo distinto: “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”, o que permite concluir que este, ao representar o povo, o faz de forma “mais idealística” que aquele. Ao final, realça que o cotidiano parlamentar oculta o perigo de que faltas graves sejam praticadas a partir da excessiva imposição das maiorias, da preeminência das emoções e das manobras do tráfico de influências, o que permite concluir que “um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos”.

Conferindo-se à Constituição a condição de elemento polarizador das relações entre os poderes, torna-se evidente que os mecanismos de equilíbrio por ela estabe-

lecidos não podem ser intitulados de anti-democráticos. Além disso, a ausência de responsabilidade política dos membros do Poder Judiciário não tem o condão de criar um *apartheid* em relação à vontade popular. Na linha de Bachof, o juiz não é menos órgão do povo que os demais, pois, mais importante que a condição de mandatário do povo é a função desempenhada “em nome do povo”,¹⁸ aqui residindo a força legitimante da Constituição. Essa fórmula, aliás, mereceu consagração expressa no art. 202, nº 1, da Constituição portuguesa: “os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”.¹⁹

4. A Dicotomia Norma Geral – Norma Individual

Como desdobramento lógico da clássica teoria de Montesquieu, sedimentou-se a concepção de que a atividade dos órgãos jurisdicionais deveria assumir contornos essencialmente silogísticos: a premissa maior estaria consubstanciada na norma geral e abstrata, a premissa menor na situação fática e a conclusão na decisão judicial. Em outras palavras, ter-se-ia uma operação mecânica, um exercício de mera subsunção dos fatos à norma, com os efeitos nesta previstos.

O evoluir da metodologia jurídica, no entanto, não permitiu permanesse tal concepção incólume aos vícios intrínsecos que a acompanhavam desde o nascedouro. Embora não se contestasse que cada órgão estatal estava primordialmente incumbido do exercício de determinado feixe de atividades, dogma do qual não se afastavam o Legislativo e o Judiciário, reconheceu-se, de forma lenta e gradual, que os momentos de criação e de aplicação do Direito não ocupavam compartimentos estanques, dissociados entre si, cada qual sob a senhoria absoluta de certos órgãos. Pelo contrário,

normas gerais e normas individuais aproximam-se e integram-se, formando uma verdadeira unidade de sentido. A norma geral e abstrata não esgota o conteúdo das relações jurídicas que deve regular, devendo ser integrada pelas especificidades do caso concreto, do que resultará o delineamento da norma individual, com a correlata produção dos efeitos previstos, em potência, na norma geral.

As impropriedades do raciocínio silogístico podem ser identificadas a partir das técnicas utilizadas para a individualização dos dois alicerces fundamentais da conclusão a ser alcançada: a premissa maior e a premissa menor.²⁰

A mecanicidade da atividade é de logo afastada com a mera tarefa de fixação da premissa maior: identificar a norma vigente e aplicável, desvendando o seu conteúdo, solucionando conflitos aparentes de normas no tempo e no espaço ou mesmo colmatando lacunas, é operação de índole essencialmente valorativa e que em muito desborda a simplicidade operativa preconizada pela teoria clássica, passando ao largo de uma mera lógica formal. A premissa de que a norma geral tem natureza unívoca não encontra ressonância na realidade, sendo intuitivo, como dissemos, que uma atividade puramente cognoscitiva ceda lugar a uma atividade de cunho valorativo. Dessa constatação resulta outra: na delimitação e ulterior aplicação da norma é divisada uma certa margem de liberdade, maior ou menor conforme o caso, na individualização da norma geral, o que pode ensejar o surgimento do que alguns denominam de discricionariedade judicial.²¹

Também a premissa menor não consubstancia algo preexistente na natureza e perceptível aos sentidos: a situação fática deve ser reconstruída perante o órgão jurisdicional, daí derivando toda a gama de discussões inerentes aos seus poderes instrutórios e à eleição do paradigma ideal de

convencimento, a verdade real ou a verdade formal, isto sem olvidar os aspectos associados à sua própria percepção. Nessa operação de delimitamento da base fática e da conseqüente filtragem dos aspectos relevantes, o juiz não se limita à apreensão do fato juridicamente descontextualizado, projeta a realidade pelas lentes da norma, o que já é indicativo de que não realiza uma operação seqüencial – norma geral no antecedente, fato no conseqüente –, como a técnica do silogismo poderia sugerir. Fato e norma interpenetram-se, de modo que do juízo de fato²² desprende-se um inevitável juízo de valor, ainda que antecedente ao juízo de valor definitivo a ser realizado com o delimitamento da norma individual à luz da norma geral.

A interpenetração dos juízos valorativos na premissa maior e na premissa menor permite concluir que as decisões judiciais consubstanciam estruturas complexas, mas essencialmente unitárias. Cada um dos aspectos que influenciaram a sua formação intelectual, resultado de múltiplos juízos valorativos, articula-se com os demais de modo a formar um “ato mental indivisível”,²³ ainda que, na forma, apresente uma aparência de silogismo. Os juízos valorativos, no entanto, devem manter-se adstritos ao ordenamento jurídico, refletindo os valores sociais, “no la audacia del juez y su pretensión protecionista”.²⁴

5. O Direito Judicial e a Preservação da Constituição

Nos Estados que adotem o modelo de controle concentrado de constitucionalidade, é factível a existência de uma *força determinante da jurisprudência constitucional*,²⁵ cabendo ao Tribunal Constitucional²⁶ cotejar a produção normativa com os contornos da ordem constitucional, assegurando a preeminência desta. Não raras vezes, mesmo o controle difuso, característico do

sistema norte-americano, permite que o Tribunal tenha uma decisiva influência na própria evolução da sociedade.²⁷

Os tribunais, no entanto, atuam *secundum constitutionis*, não podendo criar paradigmas de controle não contemplados nesta ou substituir-se ao legislador em suas opções políticas.

Em alguns sistemas, à sentença que tão-somente reconheça que a lei impugnada não contraria a Constituição não é atribuída força de lei. Argumenta-se que entendimento contrário criaria a suposição de que a lei não poderia ser atacada no futuro, salvo pelo próprio legislador, impedindo que o Tribunal viesse a reexaminar a sua constitucionalidade, o que terminaria por atribuir-lhe valor similar ao da própria Constituição.²⁸

No que concerne à discricionabilidade legislativa para a edição de uma nova norma geral, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de fiscalização abstrata apresentam variações, havendo sistemas que contraditoriamente aceitam a reedição de norma idêntica pelo legislador²⁹ e outros que, prestigiando o efeito *erga omnes* da decisão, extensivo aos particulares e às autoridades públicas, vedam que o legislador reproduza a norma sem prévia alteração da norma constitucional com ela incompatível, conferindo-lhe verdadeira “força de lei”.³⁰ Nesse último caso, realça-se o papel do Direito Judicial, que assume feições não só supressivas como obstativas.

6. As Omissões Legislativas e o Direito Judicial

Nas omissões legislativas, quer totais, com a não integração de eficácia de normas constitucionais,³¹ quer parciais, com a violação ao princípio da igualdade na sua integração, são múltiplas as questões que envolvem os limites e as potencialidades do Direito Judicial.

Tratando-se de norma constitucional dependente de intervenção legislativa para a obtenção de ampla eficácia, a não edição da legislação exigida, no lapso fixado ou em prazo razoável, caracterizará uma omissão inconstitucional, o que, no entanto, não permite que o Judiciário, sem expressa autorização constitucional, no exercício de uma representatividade democrática que efetivamente não possui, substitua-se ao Legislador e supra a omissão, editando uma norma ornada com os atributos da generalidade e da abstração.³² Em situações tais, como a maior expressão de ingerência dos tribunais na atividade legislativa, tem-se reconhecido, por expressa previsão constitucional³³ ou a partir de uma interpretação construtiva,³⁴ a possibilidade de declararem a ilicitude da conduta, cientificando o órgão responsável pela omissão, não sendo prestigiado o Direito Judicial substitutivo. Essa mera comunicação ao legislador, não é preciso realçar, pouco ou nenhum resultado prático tem produzido, o que justifica a reduzida utilização dessa técnica em muitos Estados.³⁵

Resultado mais satisfatório, sob o prisma da máxima efetividade das normas constitucionais, pode ser alcançado não com a prolação de decisão substitutiva da própria lei, mas com uma reengenharia interpretativa das normas já existentes, nelas reconhecendo o potencial de integração da Constituição ou mesmo a sua aplicação direta. A atividade dos tribunais afasta-se da abstração inerente à lei e volta-se ao caso concreto, não chegando propriamente a constituir um regramento de cunho geral, o que é indicativo de um Direito Judicial concorrente com a normativa preexistente, quer constitucional, quer legal.

O Tribunal Constitucional espanhol, em *leading case*, valorando a omissão legislativa na regulamentação do art. 30, nº 2, da Constituição, que remetia à lei a dis-

ciplina, com as devidas garantias, da objeção de consciência, concluiu que a norma constitucional, embora dependente de conformação legislativa, tinha um *conteúdo mínimo* que não podia ser ignorado.³⁶ Posta a premissa, entendeu que esse conteúdo mínimo somente seria observado com a “suspensão provisória da incorporação ao serviço militar” daqueles que invocassem a objeção de consciência.³⁷

Em outro momento, face à inexistência de regulamentação legal relativa à exploração de televisão por cabo de âmbito local, o Tribunal vislumbrou nessa omissão uma proibição total ao acesso aos meios de comunicação, o que contrariava a norma constitucional que assegurava a liberdade de expressão e de comunicação, bem como a criação dos meios de difusão da informação (art. 20, nº 1, alíneas *a* e *d*).³⁸ Por tal razão, entendeu que, enquanto não editada a norma delineando os requisitos a serem preenchidos para o deferimento da autorização administrativa, era livre a exploração dessa atividade.

Tal haverá de ser a solução nas situações de “necessidade extrema e excepcional” - *necessitas non habet legem* -,³⁹ em que a preservação da dimensão axiológico-teleológica da Constituição formal exija um provimento jurisdicional que preserve os valores essenciais ainda não resguardados por uma legislação que a integre e potencialize sua eficácia.

Somente nas omissões consideradas absolutas,⁴⁰ que geram, no plano infraconstitucional, lacunas não colmatáveis (*unausfüllbare Lücke*), será defeso ao Judiciário avançar na atividade de integração da Constituição, necessariamente dependente da concretização legislativa. Nessa linha, o Tribunal Constitucional espanhol, ao apreciar questão envolvendo a ausência de regulamentação legal do regime de concessão administrativa para a exploração

de televisão local, não pôde encampar a tese de ser livre a exploração, permitindo a produção de um mínimo de eficácia pela norma constitucional que assegura a liberdade de expressão e de comunicação (art. 20, n° 1, alíneas *a* e *d*).⁴¹ *In casu*, a decisão foi justificada por razões técnicas, pois a difusão dos sinais exigia uma prévia ordenação das frequências de emissão, o que pressupunha a necessária intermediação legislativa na confecção da normativa geral e impedia fosse considerada livre a exploração da atividade.

Ainda com os olhos voltados ao caso concreto, não deve ser descartada a possibilidade de a Constituição permitir ao órgão jurisdicional que, suprimindo a omissão legislativa, integre a norma constitucional com o fim de prestigiar valores essenciais ao Estado, como é o caso da preservação dos direitos fundamentais.⁴² Aqui, o Direito Judicial atuará como substitutivo da lei, incursionando em esfera que lhe é inerente, o que redundará no redimensionamento da clássica divisão entre as funções estatais, tendo como desiderato final a preservação da própria razão de ser da organização estatal: o bem comum.⁴³ Como referencial de equilíbrio do sistema, é de todo conveniente que a decisão restrinja-se ao caso, resguardando-se o poder normativo geral inerente ao Legislativo.

Nas omissões legislativas parciais, em que o legislador atua com violação ao princípio da igualdade, excluindo do alcance da norma geral situações jurídicas em tudo similares àquelas por ela contempladas, releva analisar a postura a ser assumida pelo órgão jurisdicional e, por via reflexa, o papel do Direito Judicial.

Em linha de princípio, poderiam ser quatro as soluções alvitadas pelo órgão jurisdicional ao reconhecer a inconstitucionalidade da discriminação: a) não aplicar a norma, mas proferir uma decisão que regule, sem violação ao princípio da igualdade,

as situações por ela alcançadas; b) aplicar a norma ampliando o seu alcance às situações indevidamente excluídas; c) aplicar a norma, tal qual editada, sob o fundamento de que o vício parcial não obsta a produção de efeitos em relação às situações por ela alcançadas; e d) não aplicar a norma.

Na situação *a* ter-se-ia o Direito Judicial substitutivo da lei; na situação *b* o corretivo; na situação *c* o concorrente; e na situação *d* o supressivo. Embora haja grande resistência em relação às duas primeiras possibilidades, isto em razão da acentuada incursão em atividade que originariamente recai sobre o Legislativo, não é oposto qualquer óbice à terceira, que reflete o exercício da função jurisdicional nos seus contornos mais simples, sendo a última amplamente aceita nos sistemas que contemplam o controle de constitucionalidade, o que é o caso do Direito brasileiro.

No Direito Judicial concorrente, há interpretação e aplicação da norma posta pelo legislador; no supressivo, há interpretação e não aplicação da norma, prestigiando-se a preeminência da Constituição, norma superior e que deve consubstanciar o seu fundamento de validade. Em ambos os casos, o Judiciário parte de uma norma geral: no primeiro alcançando a individualização da norma individual; no segundo reconhecendo a impossibilidade de formulá-la. Por identidade de razões, cremos que a incidência do Direito Judicial corretivo não deve ser descartada.

Editada a norma geral, oxigenada pela opção política do órgão de representação democrática, não vislumbramos qualquer rompimento metodológico no obrar do órgão jurisdicional que proceda à sua interpretação, necessariamente direcionada pelas normas constitucionais, dentre as quais o princípio da igualdade, e delinee a norma individual de modo a alcançar aquele que, embora excluído, devesse ser necessariamente por ela alcançado. Em situ-

ações como essa, não visualizamos a mais remota usurpação da função legislativa, isto porque a norma geral, ao ser transposta da abstração de suas linhas estruturais para a realidade, o será em harmonia com os influxos constitucionais. Aliás, soa absurdo imaginar que a Constituição, ao conferir liberdade ao legislador para delinear o conteúdo da norma e negar-lhe toda e qualquer liberdade para excluir alguns dos destinatários em potencial, não pudesse ser diretamente aplicada pelo Judiciário, que, longe de substituir-se ao legislador, aplicaria a norma sob uma perspectiva corretiva, compatibilizando-a com o seu fundamento de validade.

Também merece menção o entendimento prestigiado pela *Corte Costituzionale italiana*, que não visualiza qualquer incompatibilidade lógica na utilização do seu poder anulatório em relação à omissão legislativa.⁴⁴ Em outras palavras, a omissão, no contexto teleológico-sistemático da norma geral, adquire a essência e os efeitos de uma norma negatória, a qual, na medida em que dissonante do princípio da igualdade, justifica a sua supressão, de modo a tornar efetivo e integral o potencial regulatório da norma.⁴⁵ A exclusão, o limite e a proibição, quer expressos, quer implícitos, são ontologicamente invariáveis, o que legitima a identidade de tratamento.

Tratando-se de violação ao princípio da igualdade resultante não de omissão legislativa, mas de preceito expresso, excluindo determinadas situações do alcance da norma, é de todo cabível a sua supressão, com a conseqüente correção do alcance da norma geral e a sua extensão às situações objeto da exclusão inconstitucional. Decisão dessa natureza, de conteúdo essencialmente positivo, foi proferida pelo Tribunal Constitucional português no Acórdão nº 203/1986, em sede de fiscalização concreta: a questão versava sobre norma que, em matéria de atualização de pensões decorren-

tes de acidentes do trabalho, terminou por dispensar tratamento menos favorável aos antigos beneficiários da pensão em decorrência da edição de normas mais favoráveis aos novos beneficiários, discriminação considerada arbitrária pelo Tribunal, do que resultou o reconhecimento da inconstitucionalidade das normas anteriores e na extensão do regime mais favorável a todos os beneficiários.⁴⁶ A mesma questão voltou a ser apreciada em sede de fiscalização abstrata, tendo o Tribunal, no Acórdão nº 12/1988, declarado a inconstitucionalidade, com efeitos *erga omnes*, das normas que integravam o regime menos favorável, na medida em que restringissem a aplicação do regime mais favorável.⁴⁷

Questão tormentosa, no entanto, e que invariavelmente redundará numa postura de auto-contenção dos tribunais, reside nos efeitos financeiros decorrentes do Direito Judicial corretor da lei. Enquanto a ampliação das garantias individuais, em especial com o realinhamento da esfera jurídica imune à atuação estatal, redundará num *non facere*, a extensão de direitos prestacionais (v.g.: a indevida concessão de aumento remuneratório somente a determinada categoria do funcionalismo público) inicialmente não previstos na norma culminará com um *dare*, com inevitável impacto nas finanças públicas.⁴⁸

Apesar do inegável cunho educativo que ostenta o Direito Judicial supressivo, evitando que omissões parciais sejam praticadas e perpetuadas sob o abrigo da inviabilidade financeira de a norma ser estendida a todos aqueles que se encontrem em situação jurídica similar, não se pode ignorar os seus efeitos deletérios. Suprimida a regulamentação parcial, não restará regulamentação alguma. A coexistência de padrões de legitimidade e de ilegitimidade, ambos parciais, cederá lugar à ilegitimidade total, prejudicando parcela maior da coletividade que aquela alcançada pela

norma quando em vigor.

7. O Direito Judicial e a Densificação das Normas Constitucionais de Estrutura Aberta

A paulatina maturação da *concepção positivista clássica*, que vedava ao intérprete qualquer consideração de ordem axiológica e limitava a sua atividade a uma operação de mera subsunção do fato à norma, sofreu toda sorte de influxos, na medida em que a própria incompletude do ordenamento jurídico, de tendência crescente ante a impossibilidade de imediata adequação da norma aos influxos sociais, tornava inevitável que o operador do Direito viesse a sopesar os valores comuns a determinado grupamento para fins de integração da própria norma. Para essa concepção, as normas se confundiam com as regras de conduta que veiculavam, sendo os princípios utilizados, primordialmente, como instrumentos de interpretação e integração daquelas.

Hodiernamente, tem-se uma fase pós-positivista, em que os princípios deixam de ser meros complementos das regras, passando a ser vistos como formas de expressão da própria norma, que é subdividida em regras e princípios.⁴⁹ Os princípios, a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo (*dever ser*). Sendo cogente a observância dos princípios, o ato que deles destoe será inválido, conseqüência esta que representa a sanção para a inobservância de um padrão normativo cuja reverência é obrigatória.

Em razão de seu maior grau de generalidade, os princípios veiculam diretivas comportamentais que devem ser aplicadas em conjunto com as regras sempre que for identificada uma hipótese que o exija, o que, a um só tempo, acarreta um dever

positivo para o agente – o qual deve ter seu atuar direcionado à consecução dos valores que integram o princípio – e um dever negativo, consistente na interdição da prática de qualquer ato que se afaste de tais valores. Constatada a inexistência de regra específica, maior importância assumirão os princípios, os quais servirão de norte à resolução do caso apreciado. Em sua dimensão integrativa, os princípios conferem maior unidade ao sistema normativo, possibilitando o estabelecimento de uma conexão entre as múltiplas regras que o compõem e permitindo que os valores que veiculam incidam de forma adequada e coerente sobre diferentes situações, afastando o risco de contradições no sistema.

A necessidade de densificação dos princípios constitucionais à luz dos valores sociais, com a imperiosa preservação da unidade do sistema, bem demonstra a importância assumida pelo Direito Judicial, o qual, embora atuando concorrentemente, vale dizer, em busca da consecução de fins comuns, integra os próprios contornos da norma geral.

Quanto à identificação da linha limítrofe que separa as regras dos princípios, as concepções doutrinárias podem ser subdivididas, basicamente, em duas posições: de acordo com a primeira, denominada de *concepção fraca dos princípios*, a distinção para com as regras é quantitativa, ou de grau; enquanto a segunda, intitulada de *concepção forte dos princípios*, sustenta que a diferença é qualitativa.

A *concepção débil de princípios* está vinculada a uma visão positivista do Direito, não visualizando uma distinção substancial em relação às regras, mas, unicamente, uma maior generalidade e abstração, o que conduz os princípios à condição de normas fundamentais do sistema e lhes confere um grande valor hermenêutico, sem aptidão, contudo, para fornecer uma unidade de solução no caso concreto.

A concepção forte de princípios identifica distinções sob os aspectos lógico e qualitativo, o que individualiza os princípios como normas jurídicas que se diferenciam das regras em razão de sua composição estrutural. A imperatividade da ordem jurídica não se esgotaria na previsão explícita das regras jurídicas, estendendo-se aos valores consubstanciados nos princípios.⁵⁰ Ante o prestígio auferido por essa concepção, para a qual converge a grande maioria dos estudos contemporâneos, teceremos breves considerações a respeito de dois de seus maiores expoentes.

Para Dworkin,⁵¹ um dos maiores cultores da metodologia jurídica contemporânea, os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando conseqüências jurídicas que se implementam automaticamente com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede que sejam previstas, *a priori*, todas as suas formas de aplicação. A efetividade dos princípios não é resultado de uma operação meramente formal e alheia a considerações de ordem moral. Os princípios terminam por indicar determinada direção, mas não impõem uma solução em particular.

A distinção lógica entre regras e princípios é evidenciada por Dworkin ao dizer que “ambos estabelecem *standards* que apontam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas em circunstâncias determinadas, mas distinguem-se quanto ao caráter de direção que estabelecem. *Regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada*. Se ocorrem os fatos estipulados pela regra, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que em nada contribui para a decisão”. Dessa distinção deflui que os princípios possuem uma dimensão de peso, o que influirá na solução dos conflitos, permitindo a identificação daque-

le que irá preponderar. Quanto às regras, por não apresentarem uma dimensão de peso, a colisão entre elas será resolvida pelo prisma da validade, operação que será direcionada pelos critérios fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico: critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) e critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*).

Segundo Robert Alexy,⁵² enquanto as regras impõem determinado padrão de conduta, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, ordenando que algo seja realizado na melhor medida possível, podendo ser cumpridos em diferentes graus,⁵³ sendo que a medida de seu cumprimento dependerá tanto das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios opostos, que incidem na espécie e que igualmente buscam a prevalência de suas potencialidades, e pelas regras que, de algum modo, excepcionam o princípio que se pretende aplicar. Além de encerrarem *comandos de otimização* que variarão consoante as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes por ocasião de sua aplicação, os princípios apresentam peculiaridades em relação às regras.

Para o jurista alemão, os princípios convivem harmonicamente, o que permite a sua coexistência e que, em caso de conflito, um deles seja preponderantemente aplicado ao caso concreto, a partir da identificação de seu peso e da ponderação de outros princípios, conforme as circunstâncias em que esteja envolto.⁵⁴ O conflito entre regras, por sua vez, será solucionado com a introdução de critérios de especialidade entre elas ou com o reconhecimento da invalidade de uma ou de algumas das regras confrontadas, permitindo que seja identificada aquela que regulará a situação concreta. Aqui, diferentemente do que

ocorre com os princípios, não se tem um exercício de ponderação, mas uma forma de exclusão, sendo cogente a aplicação da regra ao caso sempre que verificado o seu substrato fático típico. *Enquanto os conflitos entre regras são dirimidos na dimensão da validade, os conflitos entre princípios o são na dimensão do peso.*⁵⁵ Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, o que significa que a diferença entre regras e princípios, espécies do gênero norma jurídica, é qualitativa e não de grau.

Após essa sintética abordagem das doutrinas de Dworkin e de Alexy, constata-se que a distinção existente entre regras e princípios é melhor identificada a partir da visualização da espécie de solução exigida para os casos de colisão, o que nos leva a encampar a *concepção forte dos princípios*.

É de se notar, ainda, que a regra é um tipo de norma que, presentes os pressupostos autorizadores de sua aplicação, regerá determinada situação fática ou jurídica, de forma incontestável e definitiva. Princípio, por sua vez, é um tipo de norma cujos pressupostos autorizadores de sua aplicação não assumem contornos precisos, o que lhe confere maior imprecisão e menor determinabilidade, fazendo com que atue como meio de otimização de certo comportamento, impregnando-o com os valores extraídos das possibilidades fáticas e jurídicas do caso.

De forma sintética, pode-se dizer que a aplicação das regras pode se esgotar em uma operação de subsunção, enquanto que os princípios exigem uma atividade de concreção, densificando os valores incidentes no caso, e um exercício de ponderação, permitindo sejam sopesados os valores que informam tal situação fática, culminando com a identificação da solução justa para o caso concreto. Concreção e ponderação são manifestações inequívocas da impor-

tância assumida pelo Direito Judicial na atualidade.

8. A Força Normativa dos Precedentes e a Generalização das Individualidades

Característica marcante dos sistemas de *common law*, identificados como um corpo central de normas não decorrentes propriamente do Direito escrito, mas, sim, dos padrões continuamente derivados das decisões judiciais,⁵⁶ a força normativa dos precedentes indica que os tribunais inferiores devem ficar adstritos à interpretação jurídica traçada pelos tribunais superiores, o que costuma ser identificado pelo princípio do *stare decisis* ou, em sua formulação completa, do *stare decisis et non quieta movere*.

Trata-se de um sistema baseado no *case law*, em que a elaboração da norma individual que regerá o caso concreto contribuirá para a integração e o evolver da norma geral. Em regra, embora não seja divisada propriamente uma precedência lógica da norma individual em relação à norma geral, é inegável que, apesar de condicionar e direcionar a construção daquela, o processo de formação da norma geral é desenvolvido a partir da norma individual, não sendo incomum o seu caráter inovador.

Os precedentes podem assumir contornos declarativos ou criativos.⁵⁷ Nos precedentes declarativos, os tribunais limitam-se a interpretar e a aplicar as normas já existentes, definindo o seu conteúdo e mantendo uma relação de continuidade no evolver da norma geral, o que consubstancia manifestação do Direito Judicial concorrente. Nos precedentes criativos, ao revés, como o próprio designativo indica, os tribunais inovam na ordem jurídica. Esse caráter inovador, é importante frisar, não é arrefecido mesmo nas hipóteses em que se busca reconduzir a decisão a uma norma já existente ou a um

vetor interpretativo há muito sedimentado, parecendo um injustificável eufemismo afirmar que o direito sempre existiu, embora nunca tenha sido exercido ou atribuído a quem quer que seja.

A frequência de emissão dos precedentes declarativos e dos criativos é diretamente proporcional ao grau de desenvolvimento do respectivo sistema jurídico. Em sistemas evoluídos, é nítida a preeminência dos precedentes declarativos, sendo possível que a evolução social e a reengenharia de sua escala de valores possam ser mais facilmente enquadráveis, com pequenas adequações interpretativas, nos paradigmas já existentes, evitando uma “evolução por saltos”, da essência dos precedentes criativos.

De positivo, destaca-se a importância dos precedentes na uniformização da atividade interpretativa do Direito, na preservação da segurança jurídica nas relações sociais, evitando-se a multiplicação de opiniões dissonantes entre os distintos órgãos jurisdicionais, e na conseqüente manutenção do princípio da igualdade.

De negativo, costuma-se argumentar que tal sistema compromete o evoluir social, já que as decisões vinculativas são tomadas pelos escalões superiores e alcançam os inferiores, enquanto, de forma paradoxal, são justamente os últimos que possuem maior contato com a coletividade. Essa linha argumentativa, no entanto, é diluída na medida em que os pronunciamentos dos tribunais superiores costumam ser antecedidos por uma longa maturação da questão nas esferas inferiores, isto sem olvidar a possibilidade de serem revistos sempre que a evolução social o justifique.

Sem prejuízo da crescente importância do *statute law* (*rectius*: direito escrito) nos sistemas de *common law*, em especial no Direito norte-americano, que conta, inclusive, com uma Constituição escrita, ainda é singular a importância dos

precedentes. Nos sistemas de raiz romano-germânica, há muito a jurisprudência é considerada uma fonte formal de Direito, adquirindo um certo valor normativo anteriormente negado pela Revolução francesa.

Apesar de a jurisprudência ser considerada uma fonte formal de Direito nos sistemas romano-germânicos, não se costuma divisar o seu caráter vinculativo. A jurisprudência atua como vetor auxiliar na interpretação das normas e mecanismo de integração das lacunas existentes, o que não retira uma certa ascendência moral das decisões proferidas pelos tribunais superiores, em especial por indicarem a posição a ser adotada em sendo o caso por eles examinado em sede recursal. Apesar de os juízes estarem submetidos à lei, a jurisprudência é a lei aplicada pelos juízes, vale dizer, é a lei concreta, transposta da plasticidade de suas linhas estruturais para a realidade. Por privilegiarem o papel criativo da legislação, os sistemas de raiz romano-germânica não costumam tratar a jurisprudência como fonte de regras de direito, mas como fonte de Direito.⁵⁸

Não poucas vezes a jurisprudência tem assumido, inclusive, uma posição corretiva da norma geral de origem legislativa. Nesse particular, merece menção a responsabilidade civil dos patrões, amos e comitentes, independentemente de culpa, por atos de seus prepostos, empregados ou serviçais, possibilidade não contemplada no art. 159 do Código Civil de 1916, que exigia a culpa (“aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”), mas encampada pela jurisprudência e sedimentada no Enunciado nº 341 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal (“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”). É o que se

convencionou chamar de *culpa in eligendo*, que importa no deslocamento da análise do elemento subjetivo para o momento da escolha do preposto, empregado ou servidor, antecedente lógico do ato praticado, mas que com ele não se confunde.

O Direito brasileiro, de raiz romano-germânica, teve introduzido em seu sistema jurídico a denominada *súmula vinculante*, a ser editada exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal e de alcance restrito à matéria constitucional. Com efeito, na dicção do art. 103-A, com a redação dada pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 45/2004, o Tribunal “poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.⁵⁹ Como se percebe, além de adstrita a determinada matéria, a aprovação da súmula exige uma maioria qualificada (oito dos onze Ministros) e pressupõe a sedimentação de determinado entendimento no âmbito do Tribunal, o que é indicativo de sua excepcionalidade e da preocupação de não alijar os demais órgãos jurisdicionais do processo construtivo do Direito. Acresça-se que a “súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A, § 1º, da Constituição).

Essa súmula vinculante, no entanto, longe de ocupar um papel de destaque na própria criação da regra de direito, o que é da essência dos sistemas de *common law*,

quando utilizada, desempenhará um papel essencialmente declarativo, fixando a interpretação de normas preexistentes. Isto, no entanto, não diminui a importância do Direito Judicial concorrente, que contribuirá para a exatidão de conteúdo da norma geral posta pelo legislador, constituinte ou constituído.

Epílogo

Ainda que sejam tortuosos os percursos metodológicos conducentes à fundamentação do Direito Judicial, é inegável a influência projetada, no meio social, pelas decisões dos órgãos jurisdicionais, em especial dos tribunais superiores. Não é exagero afirmar que materializam o direito vivo, renovando sua essência a cada vaga de mutação social. O estudo do Direito Judicial estimula a identificação de suas virtualidades e permite a idealização de adequados mecanismos de controle, pois, na conhecida sentença de *Lord Acton*, “todo o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente”.

Um breve tracejar das potencialidades dessa temática, ainda que acompanhado de imperfeições e incontáveis omissões, foi o nosso objetivo.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Henry J. *The Judicial Process*, New York-Oxford: Oxford University Press, 1986.
- ALDERMAN, Ellen e KENNEDY, Caroline. *In Our Defense*, Nova Iorque: Avon Books, 1998.
- ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*, in RDA nº 217/75.
- _____. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, trad. de Luiz Afonso Heck, in RDA no 217/66, 1999.
- _____. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Suherkamp, 1994.
- ARISTÓTELES. *A Política*, tradução de Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid: Editorial Civitas, 1985.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco *et alli*. *Derecho Constitucional*, vol. I, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*, Torino: G. Giappichelli, 1979.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- BRADLEY, A. W. e EWING, K. D.. *Constitutional and Administrative Law*, Harlow: Pearson Education, 2003.
- CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*, Tome I, 15ª ed., Paris: Montchrestien, 2001.
- CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*, 5ª ed., Verona: CEDAM, 1998.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, trad. de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, 17ª ed., Massachusetts: Harvard University Press, 1999.
- ELIA, Leopoldo. *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985.
- FAVOREAU, Louis *et alii*, *Droit Constitutionnel*, 6ª ed., Paris: Dalloz, 2003.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Madrid, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid: Civitas Ediciones, 2001.
- GIANINI, Massimo Severo Gianini. *Diritto Amministrativo*, vol. 2º, 3ª ed., Milão: D. A. Giuffrè Editore, 1993.
- GOMES CANOTILHO, J.J.. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- GONZÁLUZ PÉREZ, Jesús. *Administración pública y moral*, Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 4ª ed., São Paulo: RCS Editora, 2005.
- HAMON, Francis *et alli*. *Droit Constitutionnel*, 27ª ed., Paris: LGDJ, 2001.
- HOWARD, A. Dick. *La protection des droits sociaux en droit constitutionnel américain*, in *Revue Française de Science Politique* v. 40, nº 2, p. 188, 1990
- IPSEN, J.. *Richterrecht und Verfassung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1975.
- IRONS, Peter. *A People's History of the Supreme Court*, Nova Iorque: Pinguin Books, 2000.
- ITURRALE SESMA, Victoria. *El Precedente em el Common Law*, Madrid: Editorial Civitas, 1995.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LOCKE, John. *The Second Treatise of Government: Essay concerning the true original, extent and end of civil government*, 3ª ed., Norwich: Basil Blackwell Oxford, 1976.
- MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário Jurídico*, 3ª ed., Lisboa: Dinalivro, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MONTESQUIEU, Barão de. *De L'Ésprit des Lois*, com notas de Voltaire, de Crevier, de Mably, de la Harpe e outros, Paris: Librairie Garnier Frères, 1927.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública, O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- OTTO, Ignácio de. *Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes*, Barcelona: Editorial Ariel, 2001.
- ROYER, Jean-Pierre. *Débat: Le juge sous la V^e République*, in *Revue du Droit Public* nº 5/6, p. 1853, 1998.
- VEDEL, George. *Droit Administratif*, 5ª ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1973.
- RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*, 14ª ed., México: Editorial Porrúa, 2003.
- SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legis-*

lativas, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2003.

STAF, Ilse. *Verfassungsrecht*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1976.

NOTAS

¹ Com a edição do *Act of Settlement*, os juízes deixaram de ser demissíveis *ad libitum* do Rei, sendo-lhes assegurado o exercício das funções enquanto bem servissem (*quamdiu se bene gesserint*), fórmula repetida pelo art. III, seção I, da Constituição norte-americana, segundo a qual a nomeação dos juízes deve produzir efeitos *during good behaviour*. Cf. A. W. Bradley e K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, Harlow: Pearson Education, 2003, p. 52.

² *The Second Treatise of Government: Essay concerning the true original, extent and end of civil government*, 3ª ed., Norwich: Basil Blackwell Oxford, 1976, §§ 143-148. Obra originalmente publicada em 1690.

³ Cf. *De L'Ésprit des Lois*, com notas de Voltaire, de Crevier, de Mably, de la Harpe e outros, Paris: Librairie Garnier Frères, 1927, Livro XI, Capítulo VI.

⁴ Cf. *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 152. Combatendo o argumento de violação ao princípio da divisão dos poderes, afirmava Kelsen que “anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo”. Ignacio de Otto (*Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes*, Barcelona: Editorial Ariel, 2001, p. 285) acrescenta que também nas sentenças em que o Tribunal afasta determinada interpretação que considera inconstitucional (*sentencias interpretativas de rechazo*) é nítida a sua atuação como legislador, “en este caso positivo, en cuanto contribuye a concretar por exclusión el contenido del precepto legal examinado”.

⁵ Cf. Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 114.

⁶ No Direito francês, ainda hoje, a posição do Judiciário em relação às demais estruturas de poder é nitidamente retraída, fruto da desconfiança decorrente da postura assumida pelos *Parlements*, constantemente opostos às tentativas de reforma realizadas pelo poder real no *Ancien Régime*, sendo esta uma das principais causas do imobilismo que provocou a Revolução. Cf. George Vedel, *Droit Administratif*, 5ª ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p. 73. Observa Jean-Pierre Royer [*Débat: Le juge sous la V^e République*, in *Revue du Droit Public* nº 5/6, p. 1853 (1865), 1998] que, quando os revolucionários franceses de 1791 empregaram o termo *pouvoir*, o fizeram no sentido latino de *potestas*, indicando uma prerrogativa politicamente inferior àquela da *auctoritas* na Roma antiga. O objetivo não foi realçar o Judiciário ou torná-lo um poder próprio, mas, sim, fixar os seus limites, senão mesmo torná-lo *puissance nulle*. A Constituição francesa de 1958 fala em *autorité judiciaire*, não fazendo referência expressa a um *pouvoir*. Com isto, à divisão dos poderes tem sido tradicionalmente atribuída uma feição bipolar, sendo conferida maior importância às relações institucionais estabelecidas entre Legislativo e Executivo, do que resultou uma posição secundária e nitidamente residual para o Judiciário. A grande instabilidade do sistema constitucional francês no período de 1789-1871, que se refletiu na edição de onze Constituições, é explicada pelo conflito entre princípios de legitimidade (a democrática e a monárquica) e de classes sociais (a burguesia urbana, que buscava sedimentar o poder, e a aristocracia rural, que pretendia manter o *status quo*). No período subsequente, as tensões entre esses fatores políticos e sociais se amenizam e o sistema apresenta maior estabilidade. Os tribunais, no entanto, continuam a ser vistos com reserva, sendo-lhes subtraído, inclusive, o poder de fiscalização da constitucionalidade das leis (A Lei de 16-24 de agosto de 1790, em seu art. 13, interditava aos juízes o conhecimento de litígios ligados à ação administrativa, sendo a fórmula repetida na Constituição de 1791, cujo art. 3º vedava a suspensão de leis editadas pelo Poder Legislativo ou o controle da função administrativa, e na Lei de 16 *fructidor* do ano III da Revolução). As leis, por serem expressão da

vontade geral, não poderiam ter a sua validade apreciada por órgãos estranhos à função legislativa. Somente com a Constituição de 1958 foi criado um órgão, eminentemente político, com competência para a fiscalização preventiva da constitucionalidade das leis: o Conselho Constitucional. Sua atuação antecede a promulgação da lei, não é automática e uma grande proporção da legislação escapa desse controle, quer por ser anterior à virada da jurisprudência em 1971, quer pelo órgão não ter sido provocado (em média, varia de 15 a 30% o quantitativo de leis submetidas a controle). Quanto às leis já promulgadas, o exame de sua constitucionalidade tem sido realizado quando da aferição da constitucionalidade de leis posteriores que as modifiquem (*Decisión* nº 99-410 DC, de 15/03/1999). Cf. Francis Hamon *et alli*, *Droit Constitutionnel*, 27ª ed., Paris: LGDJ, 2001, pp. 743/744. Diversamente do que se verifica em relação aos atos legislativos, o controle da adstrição da atividade administrativa aos parâmetros da lei teve grande desenvolvimento no Direito francês, tendo se mostrado essencial à salvaguarda dos direitos do indivíduo. A peculiaridade reside no fato desse controle não ser realizado pelos tribunais judiciais, mas por tribunais administrativos, cuja instância final é o Conselho de Estado.

⁷ Cf. J. Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1975, p. 231.

⁸ Lembra Ignacio de Otto (*op. cit.*, p. 291) que, apesar das recentes atenuações, na Inglaterra opera o efeito vertical dos precedentes, indicativo de que os tribunais estão vinculados às decisões anteriores que proferiram. Nos Estados Unidos, ao revés, sempre se reconheceu aos tribunais a possibilidade de mudar de critério, não estando vinculados aos próprios precedentes. Na Espanha, o Tribunal Constitucional, com esteio no princípio da igualdade (art. 14 da Constituição), tem decidido que uma decisão judicial dissonante de outra anterior deve ser necessariamente acompanhada das razões que justificaram a alteração de critério, o que não chega a constituir propriamente uma vinculação aos precedentes, sendo tão-somente exigida a motivação da decisão, não a idoneidade dos motivos declinados – daí se dizer que a observância do princípio da igualdade é “predominantemente

formal” (Sentença nº 58/1986).

⁹ Como observa Bachof (*Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 24), mesmo sob a égide do positivismo clássico, sempre se reconheceu ao juiz um papel importante na criação do direito, nunca tendo correspondido à conhecida concepção de Montesquieu, que o restringia à atividade de mera subsunção.

¹⁰ Luis Recasens Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, 14ª ed., México: Editorial Porrúa, 2003, p. 208.

¹¹ Luis Recasens Siches, *op. cit.*, p. 205.

¹² Cf. Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 368; e Francis Hamon *et alii*, *Droit Constitutionnel*, 27ª ed., Paris: LGDJ, 2001, p. 743. Como assinala Paulo Bonavides (Curso de Direito Constitucional, 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 378), “a norma constitucional é de natureza política”, o que torna tarefa assaz difícil fazer com que sua aplicação de desprenda da essência que lhe é característica.

¹³ Consoante o art. 121 da Constituição cubana de 1976, após as reformas aprovadas em 1992, “los Tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurados con independencia funcional de cualquier otro y sólo subordinados jerárquicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado”. O *Consejo de Estado* é órgão permanente da *Asamblea* e detém os supremos poderes do Estado (arts. 89 a 92 da Constituição), sendo o seu Presidente o Chefe de Governo (art. 93).

¹⁴ Cf. A. Dick Howard, *La protection des droits sociaux en droit constitutionnel américain*, in *Revue Française de Science Politique* v. 40, nº 2, 1990, p. 188.

¹⁵ Cf. Otto Bachof, *op. cit.*, p. 58. Segundo o autor, o próprio controle, ao reconhecer a atuação em harmonia com o Direito, fortalecerá a autoridade dos demais poderes (p. 59).

¹⁶ *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, trad. de Luiz Afonso Heck, in RDA nº 217/66, 1999.

¹⁷ Como observa Ignacio Otto (*op. cit.*, p. 289), “la diferencia entre política y derecho no es la que media entre decisión y deducción metódica, sino la que hay entre los diferentes modos de argumentación y fundamentación de los actos de una y otra clase”.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 59.

¹⁹ No mesmo sentido: art. 101 da Constituição italiana.

²⁰ Luis Recasens Siches, *op. cit.*, pp. 199/204.

²¹ Como bem observa Eros Roberto Grau (*Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 52/53), “o juiz não produz normas livremente”. Em outras palavras, enquanto a discricionariedade indica um juízo de oportunidade, caracterizado pela liberdade de escolha entre dois ou mais comportamentos possíveis a partir da “ponderação comparativa dos vários interesses secundários (públicos, coletivos ou privados), em vista a um interesse primário” (Cf. Massimo Severo Gianini, *Diritto Amministrativo*, vol. 2º, 3ª ed., Milão: D. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 49), a atividade jurisdicional, ainda que realize uma interpretação concretizadora e proceda a juízos de ponderação, não apresenta propriamente uma liberdade de escolha. A teleologia da norma consagra uma única solução justa, não uma multiplicidade de soluções justas. Multiplicidade de opções não significa liberdade de escolha, que não parece ser compatível com a noção de justiça inerente à função jurisdicional.

²² Sobre a distinção entre *giudizio di fatto* e *giudizio di valore*, Norberto Bobbio (*Il Positivismo Giuridico*, Torino: G. Giappichelli, 1979, pp. 155/156) oferece o seguinte exemplo: “diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: ‘o céu é rubro’, formulo um juízo de fato; se digo ‘este céu rubro é belo’, formulo um juízo de valor”. No plano da atividade judicial, ao juízo de fato “o céu é rubro” deve-se somar o juízo de valor “o céu rubro é belo” sempre que somente o último for juridicamente relevante, ensejando a incidência da norma geral.

²³ Luis Recasens Siches, *op. cit.*, p. 203.

²⁴ Cf. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 224.

²⁵ Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 271/272.

²⁶ Inúmeros Estados concebem os Tribunais Constitucionais como estruturas organizacionais estranhas ao Judiciário, estando disso-

ciados dos tribunais comuns e apresentando relevantes singularidades na sua própria composição, inclusive quanto ao lapso de permanência dos juízes nos respectivos cargos. À guisa de ilustração, a *Corte Costituzionale* italiana, órgão responsável pela realização do controle concentrado (*controllo accentrato*), é composta de quinze juízes, sendo um terço nomeado pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e um terço pela Magistratura Superior (art. 135, 1, da Constituição de 1947), que ocuparão os cargos durante nove anos, vedada a recondução (art. 135, 3 e 4, da Constituição). Na Espanha, o Tribunal Constitucional é composto de doze juízes nomeados pelo Rei, com a participação, embora não paritária, de todas as estruturas de poder: quatro juízes são indicados pelo Congresso de Deputados, quatro pelo Senado, dois pelo Governo e dois pelo Conselho Geral do Poder Judicial, que ocuparão os cargos por um período de nove anos, renovando-se a terça parte do Tribunal a cada período de três anos (art. 159 da Constituição de 1978), o que evita rupturas bruscas de posições já sedimentadas. O Presidente do Tribunal será nomeado pelo Rei, dentre seus membros, a partir de proposta do Tribunal em sua composição plena, após votação secreta, para um período de três anos, admitida uma reeleição (art. 160 da Constituição e art. 9º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – Lei nº 2/1979). A fixação de um número par de juízes termina por ocasionar problemas nas votações, não sendo incomum que o empate seja resolvido com o voto de qualidade do Presidente, que passa a dispor de dois votos (v.g.: Sentenças nº 111/1983 e Sentença nº 53/1985). No Direito norte-americano, que somente contempla o controle difuso de constitucionalidade, a Suprema Corte é o órgão de cúpula do Judiciário e os seus juízes são vitalícios, na verdadeira acepção da palavra, ou seja, poderão atuar enquanto vivos estiverem (art. III, Seção 1, da Constituição de 1787). No Direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, última instância no controle difuso e órgão responsável pelo controle concentrado das normas em face da Constituição da República, é integrado por onze Ministros que necessariamente se aposentarão ao atingirem a idade prevista na Constituição.

²⁷ Nesse particular, é singular a importância da Suprema Corte norte-americana, bastando lembrar a sua influência na deflagração da guerra de secessão, ao prestigiar a postura escravagista dos Estados do sul (*Case Dred Scott vs. Sandford*, 1957); ao criar sérios embaraços na implementação da política econômica do *New Deal* (*Cases Home Building & Loan Assn vs. Blaisdell*, 1934; *Nebbia vs. New York*, 1934; *Schechter Poultry Corp. vs. United States*, 1935; e *United States vs. Butler*, 1936); ao estimular o fim da segregação racial (*Case Brown vs. Board of Education*, 1954) e ao assumir uma postura favorável ao aborto em determinadas circunstâncias (*Case Roe vs. Wade*, 1973). Cf. Peter Irons, *A People's History of the Supreme Court*, Nova Iorque: Penguin Books, 2000.

²⁸ É o que sustenta, no Direito espanhol, Ignacio de Otto, *op. cit.*, p. 287.

²⁹ É o caso brasileiro: art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999. Na jurisprudência do STF: “Reclamação: cabimento para garantir a autoridade das decisões do STF no controle direto de constitucionalidade de normas: hipóteses de cabimento hoje admitidas pela jurisprudência (precedentes), que, entretanto, não abrangem o caso da edição de lei de conteúdo idêntico ou similar ao da anteriormente declarada inconstitucional, à falta de vinculação do legislador à motivação do julgamento sobre a validade do diploma legal precedente, que há de ser objeto de nova ação direta” (Pleno, ADIMC nº 1.850/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 02/09/1998, DJU de 27/04/2001, p. 57). Consoante o art. 461, do Código de Processo Civil, voltado às lides concretas, “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Em sede de controle abstrato de constitucionalidade, tem prevalecido o entendimento de que o dispositivo do acórdão somente alcança a norma impugnada, não as razões que conduziram à declaração de inconstitucionalidade, não importando em violação à coisa julgada a edição de norma com idêntico conteúdo, desde que possua contornos formais distintos.

³⁰ No Direito alemão, a *Grundgesetz*, ao tratar do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal), dispõe que “*uma lei federal regulará a sua organização e processo, de-*

terminando os casos em que as suas decisões terão força de lei” (art. 94), tendo a respectiva Lei Orgânica conferido efeito vinculante às decisões do Tribunal. É também o exemplo português: Jorge Miranda, *Teoria...*, p. 214. No Direito espanhol, a Constituição reza que as decisões “que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley, y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos” (art. 164), ao que se soma a Lei Orgânica do Tribunal, segundo a qual “las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial Del Estado”. No Direito francês, que somente contempla o controle preventivo-abstrato, realizado por órgão de feição não-jurisdiccional, as decisões do *Conseil Constitutionnel*, declarando a inconstitucionalidade de disposições de lei ou impondo determinadas reservas de interpretação, fazem coisa julgada, alcançando todos os poderes públicos. Embora façam coisa julgada, não alcançam dispositivos de outra lei com termos distintos, salvo se, apesar de a redação ser diversa, tenha, na substância, um objeto análogo às disposições declaradas inconstitucionais (*Decisión* 89-258 DC, 08/07/1989, *Dix Renault*). Como entende o Conselho, a autoridade da coisa julgada se vincula ao controle da norma, não ao controle da disposição (*Decisión Modernization Sociale*, 12/01/2002). Cf. Louis Favoreau *et alii*, *Droit Constitutionnel*, 6ª ed., Paris: Dalloz, 2003, p. 310).

³¹ Cf. J. Ipsen, *op. cit.*, pp. 80 e ss e J. J. Gomes Canotilho, *Constituição ...*, pp. 272 e ss, que estudam as três primeiras categorias enunciadas: 1) *gesetzeskorrigierendes Richterrecht*; 2) *gesetzskonkurrierendes Richterrecht*; e 3) *gesetzesvertretendes Richterrecht*.

³² Merece realce que embora seja reconhecido o dever de o legislador desempenhar o seu *munus*, tal não redundando no correlato surgimento de um direito subjetivo à legislação, consoante o seu delineamento clássico (relação jurídica polarizada pelo dever de prestar e pelo direito de exigir e passível de ser apreciada pelos órgãos jurisdicionais). Existe o dever, mas ao direito não pode

ser dada operacionalidade prática, isto porque não pode o Judiciário compelir o Legislativo a idealizar, propor, discutir, votar e aprovar um padrão normativo, atividades de índole voluntarista e que ultrapassariam todos os limites razoáveis para a execução específica da obrigação de fazer. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 1026/1027.

³³ A primeira Constituição a consagrar expressamente a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão foi a iugoslava de 1974 (art. 377), daí alcançando a portuguesa de 1976 (art. 283, com a redação dada pelas Revisões de 1982 e 1989), a brasileira (art. 103, § 2º) e angolana de 1992 (arts. 134, alínea *c* e 156). Também a prevêem a Lei da Jurisdição Constitucional da Costa Rica e a Lei do Tribunal Constitucional da Hungria (Cf. Jorge Pereira da Silva, *Dever de legislar e protecção jurisdiccional contra omissões legislativas*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2003, p. 99).

³⁴ No Direito alemão, o art. 93, 4, a, da *Grundgesetz*, contempla a (*die*) *Verfassungsbeschwerde* (reclamação constitucional), de competência do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal), cabível na hipótese de violação, pelo Poder Público, aos direitos fundamentais, ao direito de resistência, ao tratamento igualitário nos distintos entes da Federação, ao direito de sufrágio, ao juiz legal (natural), às garantias do processo penal e ao direito de todo indivíduo de somente ter a sua liberdade violada com a observância do devido processo legal. Embora a *Grundgesetz* não faça menção à natureza do ato, se omissivo ou comissivo, a Lei do Tribunal Constitucional Federal dispôs que, “na motivação da reclamação, é necessário indicar o direito cuja violação se alega, assim como a acção ou a omissão do órgão ou da autoridade pela qual o requerente se considera lesado” (§ 92), tendo acrescido que se a “reclamação constitucional for admitida, a decisão deve indicar a disposição da Lei Fundamental violada e a acção ou omissão que produziu essa violação”. Ao final, exercido o controle concreto de constitucionalidade e detectada a omissão legislativa, o Tribunal pode meramente reconhecer a sua inconstitucionalidade ou fazer um apelo ao legislador para que a supra (Cf. Ilse Staff,

Verfassungsrecht, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1976, pp. 89/90; e Jorge Pereira da Silva, *op. cit.*, pp. 109/120).

³⁵ Em Portugal, nos vinte e cinco anos que se seguiram à Constituição de 1976, somente em quatro casos (três deles anteriores a 1982) os órgãos de fiscalização deram por verificada a inconstitucionalidade por omissão, sendo que, de 1995 a 2001, nenhuma decisão foi proferida. Cf. Jorge Pereira da Silva, *op. cit.*, p. 156. No Brasil, da promulgação da Constituição de 1988 a setembro de 2005, foram ajuizadas noventa e quatro ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

³⁶ Acórdão nº 15/1982, *apud* José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Madrid, 1998, pp. 428 e ss.

³⁷ Observa Jesús González Pérez (*Administración pública y moral*, Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, pp. 37/38) que determinada concepção moral, por constituir um direito inalienável do homem, legitima a negativa de atuar contra as suas crenças e convicções, não tendo seu âmbito de incidência restrito à negativa de prestação do serviço militar. Na linha do seu pensamento, invoca o Acórdão nº 53/1985, do Tribunal Constitucional espanhol, conhecido como acórdão sobre a legalização do aborto, segundo o qual “cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no la regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.”

³⁸ Acórdão nº 31/1994, *apud* José Julio Fernández Rodríguez, *op. cit.*, pp. 428 e ss.

³⁹ Cf. Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública, O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, pp. 25/26.

⁴⁰ Como omissão absoluta, pode ser mencionada, à guisa de ilustração, a não edição de lei que discipline a proteção do trabalhador em face da automação (art. 7º, XXVII, da Constituição brasileira).

⁴¹ Acórdão nº 88/1995, *apud* José Julio Fernán-

dez Rodriguez, *op. cit.*, pp. 428 e ss.

⁴² A Constituição brasileira (art. 5º, LXXI) contempla o denominado mandado de injunção, passível de ser concedido “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos Direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: à falta de norma geral, cabe ao Judiciário a imediata edição da norma individual. Cf. Willis Santiago Guerra Filho, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 4ª ed., São Paulo: RCS Editora, 2005, pp. 137/156. No Direito comparado, não é encontrada uma figura que congregue o poder de o órgão jurisdicional, suprindo a omissão legislativa, editar um padrão normativo primário e determinar a sua imediata execução: são encontradas figuras afins, normalmente restritas à expedição de provimentos mandamentais, de natureza negativo-proibitiva, destinadas a assegurar a integridade das normas constitucionais. No Direito francês, merecem menção a atuação do: a) *Médiateur de la République*, espécie de *Ombudsman*, que pode expedir uma *injonction* (ordem), fixando prazo para que a autoridade responsável cumpra uma decisão coberta pela coisa julgada, redundando, o descumprimento, em publicação de relatório no *Journal Officiel*, o que tornará pública a negativa; e b) juiz administrativo, que anteriormente ao trânsito em julgado, não pode expedir *injonctions* à Administração visando ao cumprimento de obrigações de fazer e de não-fazer, devendo limitar-se às *injonctions d’instruction*, voltadas à produção de provas no respectivo procedimento (Cf. René Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, 15ª ed., Paris: Montchrestien, 2001, pp. 466, 815/816 e 820/821). No Direito espanhol, tem-se o *recurso de amparo* (havendo grande celeuma quanto à sua natureza jurídica: recurso ou ação de competência originária), que pode ser ajuizado por “toda persona natural o jurídica que invoque un interes legítimo, así como el Defensor Del Pueblo y el Ministerio Fiscal” (art. 162, 2, da Constituição) e pressupõe o esgotamento das vias ordinárias (arts. 43 e 44 da LOTC), tendo por fim assegurar a preeminência dos direitos fundamentais e das liberdades públicas violados por atos de autoridades públicas

(Balaguer Callejón *et alli*, *Derecho Constitucional*, vol. I, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 2003, pp. 243/249). No Direito alemão, tem-se a (*die*) *Verfassungsbeschwerde* (reclamação constitucional), já mencionada, cuja utilização não tem avançado no sentido de ensejar a edição da norma individual. No Direito português, somente é contemplada a fiscalização de inconstitucionalidade por omissão, de natureza abstrata e concentrada, não havendo instrumento voltado à tutela dos direitos individuais que se assemelhe ao mandado de segurança e ao mandado de injunção do Direito pátrio (Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 272/294). No Direito inglês, enquanto as *prerogative orders* autorizam as Cortes a exercerem uma jurisdição de supervisão sobre os tribunais inferiores e demais autoridades públicas, a *injunction* é um remédio equitativo (*equitable remedy*) disponível em todos os ramos do Direito, público e privado, para proteger os direitos da pessoa contra infrações não amparadas pela lei, acrescentando-se que o *Human Rights Act* de 1998 (art. 12), dispõe sobre o procedimento a ser seguido na concessão, pelos tribunais, das *interim injunctions*, voltadas à garantia da liberdade de expressão (Cf. A. W. Bradley e K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, Harlow: Pearson Education, 2003, pp. 731e 421). No Direito norte-americano, o *writ of injunction*, originário da jurisdição por equidade e que tem substituído o *writ of mandamus* - voltado à efetivação de normas constitucionais específicas (sentido positivo), estando em desuso - consubstancia uma ordem endereçada às autoridades públicas ou aos particulares e que visa a obstar violações a direitos individuais (sentido negativo), encontrando o seu fundamento nas Emendas Constitucionais nº 5 e 14, que também contemplam a cláusula do *due process of law* (Cf. Ellen Alderman e Caroline Kennedy, *In Our Defense*, Nova Iorque: Avon Books, 1998, pp. 183/188; e Maria Chaves de Mello, *Dicionário Jurídico*, 3ª ed., Lisboa: Dinalivro, 2002, p. 341). Voltando ao Direito brasileiro, vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal, embora reconhecendo a eficácia plena da norma que contempla o mandando de injunção, logo, não estando dependente da edi-

ção de legislação integradora (MI nº 107, rel. Min. Moreira Alves, j. em 23/11/1989, RTJ nº 133/11), isto sem olvidar a aceitação do mandado de injunção coletivo (MI nº 144, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 03/08/1982, DJU de 28/05/1993), tem dispensado uma interpretação excessivamente tímida ao instituto. O Tribunal exige que a omissão inconstitucional persista por um razoável lapso temporal (MI nº 361, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 08/04/1994, DJU de 17/06/1994) e não admite a concessão de medida liminar (MI nº 553, rel. Min. Celso de Mello, j. em 13/05/1997, DJU de 16/06/1995), restringido, em regra, o alcance do provimento jurisdicional à mera declaração da omissão inconstitucional, abstendo-se de supri-la com a edição da norma individual (MI nº 585/TO, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 15/05/2002, DJU de 02/08/2002 – direito de greve dos servidores públicos, art. 37, VII, da CR/1988; MI nº 584/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. em 29/11/2001, DJU de 22/02/200, MI nº 587, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 03/10/2001, DJU de 31/10/2001 e MI nº 588, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 03/10/2001, DJU de 14/12/2001 – taxa máxima de juros, art. 192, § 3º, da CR/1988; MI nº 95, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 07/10/1992, DJU de 18/06/1993 – direito ao aviso prévio proporcional, art. 7º, XXI, da CR/1988; e MI nº 219, rel. Min. Octávio Gallotti, j. em 22/08/1990, DJU de 22/08/1990 – número de representantes de cada unidade federativa na Câmara dos Deputados, art. 45, § 1º, da CR/1988). Essa interpretação, que estimula o surgimento de uma verdadeira simbiose entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, aniquilando qualquer possibilidade de eficácia social do primeiro, ao que se soma a já recorrente ineficácia da segunda, sofreu pequeno aperfeiçoamento, tendo o Tribunal avançado ao reconhecer a possibilidade de fixação de prazo para que o Legislativo supra a omissão, ao término do qual, a depender da hipótese, poderá o interessado gozar do direito (MI nº 232, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 27/03/1992) ou postular a indenização pelos danos sofridos (MI nº 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 20/03/1991, DJU de 14/11/1991 – anistia e direito a reparação econômica, art. 8º, § 3º do ADCT da CR/1988). Em momento posterior,

por persistir a ausência de regulamentação do direito referido no art. 8º, § 3º do ADCT da CR/1988, “o Tribunal decidiu assegurar, de plano, o direito à indenização, sem constituir em mora o Congresso Nacional, para, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, a fixar o valor da indenização” (MI nº 543, rel. Min. Nelson Jobim, j. em 26/10/2000, DJU de 24/05/2002).

⁴³ Nas palavras de Aristóteles (A Política, tradução de Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 53), “não é apenas para viver juntos, mas sim para bem viver juntos que se fez o Estado...”.

⁴⁴ Cf. Leopoldo Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, pp. 302 e ss.

⁴⁵ Cf. Vezio Crisafulli, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, 5ª ed., Verona: CEDAM, 1998, pp. 367/375.

⁴⁶ Cf. Jorge Pereira da Silva, *op. cit.*, p. 213.

⁴⁷ Cf. Jorge Pereira da Silva, *op. cit.*, p. 213.

⁴⁸ Cf. Leopoldo Elia, *op. cit.*, p. 320.

⁴⁹ Como observa Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 250), “os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições.”

⁵⁰ Neste sentido, Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 17ª ed., Massachusetts: Harvard University Press, 1999; e Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Suhrkamp, 1994.

⁵¹ *Taking Rights Seriously*, p. 24.

⁵² *Theorie der Grundrechte*, pp. 75 e ss.

⁵³ A afirmação de que os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus resulta do fato de não veicularem mandados definitivos. Assim, o comando que deles inicialmente deflui pode ser afastado por razões opostas, sendo que a solução deste conflito não é identificada *a priori*, variando gradativamente conforme os valores em jogo no caso concreto.

⁵⁴ Nas palavras de Alexy, in *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático (RDA 217/75)*, “princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre ponderação”.

⁵⁵ *Theorie der Grundrechte*, p. 78.

⁵⁶ Nas palavras de Henry J. Abraham (*The Judicial Process*, New York-Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 8), o *common law* é “judge-made, bench-made law, rather than a fixed body of defi-

nite rules such as the modern civil law codes.”

⁵⁷ Cf. Victoria Iturrale Sesma, *El Precedente em el Common Law*, Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 33.

⁵⁸ Cf. René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, trad. de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 1986 p. 120.

⁵⁹ No Direito espanhol, o art. 5.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciário dispõe que os juízes e tribunais, por estarem vinculados à Constituição, “interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN EUROPEA Y SUS DESENCANTOS. CLAVES PARA UNA LECTURA POST-ESTATALISTA*

EUROPE CONSTITUTIONALISM AND THEIR DISENCHANTMENT. ELEMENTS TO A READING

GERARDO PISARELLO**

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumen: El presente ensayo intenta ofrecer una lectura crítica tanto del proceso de constitucionalización de Europa como del Tratado constitucional europeo. Esta perspectiva se basa en un análisis constitucionalista que se justifica en la siguiente tesis: en la medida en que por primera vez en su historia, la Unión Europea presenta su norma fundamental como una ‘Constitución’, la doctrina constitucional debería, más que nunca, someter dicha norma a un escrutinio constitucional, dejando de lado el predominante paradigma ius-internacionalista. Tres son los temas que se estudian desde estas premisas: el proceso constituyente, el sistema político consagrado por el Tratado constitucional y la Constitución económica, incluido el papel que ésta asigna a la Carta Europea de Derechos Fundamentales. La conclusión alcanzada es que, si bien han contribuido a generar una esfera pública europea crítica, ninguno de estos elementos reúne los requisitos de un constitucionalismo democrático post-estatal.

Palabras clave: Constitución europea. Derechos sociales. Constitución económica.

Abstract: This essay intends to offer the reader a critical view on both the European constitutionalization process and the European Constitutional Treaty. This approach is based on a constitutionalist scrutiny adopted on the following grounds: since the European Union, for the first time in its history, presents its fundamental norm as a ‘Constitution’, constitutional doctrine should accordingly scrutinize this norm from a critical and transformed constitutionalist paradigm, letting aside the classical ius-internationalist perspective. Under these premises, three topics are studied: the constituent process; the political system adopted by the Constitutional Treaty; and the Economic Constitution, including the role it assigns to the European Charter of Fundamental Rights. The conclusion finally reached asserts that, although they have contributed to generate a critical European public sphere, none of the analysed elements meet the requirements of a democratic and post-statist constitutionalism.

Key words: Europe Constitution. Social Rights. Economic Constitution.

1. Introducción: El Proceso de Construcción Europea desde una Perspectiva Constitucionalista

El 29 de octubre de 2004, los Jefes de Estado y de Gobierno de los 25 países miembros de la Unión Europea (UE) firmaron un «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa». Es la primera vez que la UE recurre a la expresión formal de “Constitución” para calificar su normativa fundamental¹. La carga simbólica de la propuesta es innegable. Se tra-

ta de un salto cualitativo en el proceso de integración, cuyas implicaciones teóricas y prácticas, más allá de la suerte concreta que pueda correr el texto en cuestión², no pueden desconocerse.

El objetivo de este trabajo es aprovechar el debate sobre el Tratado constitucional para justificar la necesidad de estudiar el proceso de integración europea desde una óptica constitucionalista. Es decir, desde una perspectiva que privilegie su pretensión de convertirse en un orden constitucional supra-estatal, en lugar de li-

* Texto traducido por Juliana Salvetti

** Doctor en Derecho. Profesor Lector de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho, Universitat de Barcelona.

mitarse, *sic et simpliter*, a abordarlo como un acuerdo inter-estatal más o menos *sui generis*.

Ciertamente, adoptar una perspectiva constitucionalista no supone trasladar de manera esquemática al nivel europeo todas y cada una de las categorías forjadas para analizar las Constituciones de base estatal (BRONZINI, 2005: 17 y ss.; 2003^a: 90 y ss.; 2003b: pp. 111 y ss.; POIARES MADURO, 2003: 75; WEILER Y WIND, 2003: 2 y ss.). Sin embargo, exige analizar las credenciales «constitucionales» de la Unión Europea y de sus Estados miembros, sobre todo en un momento que se pretende «constituyente», desde una perspectiva crítica. Esto es, desde una aproximación que no pretenda reducir la «realidad» a lo que existe, sino que la conciba como un campo de posibilidades en el que desarrollar vías alternativas (SANTOS, 2000: 23; JOERGES, 2005:53). Ese punto de vista requiere, entre otras cuestiones, determinar si la construcción europea –incluido el Tratado constitucional– reúne los requisitos básicos que, desde un punto de vista ideal-normativo, podrían exigirse a un proceso y a un texto que aspiran a reconocerse en el contenido valorativo inherente a la expresión «Constitución» (MARTÍNEZ SIERRA, 2004: 43 y ss).

Para analizar el proceso de integración desde una cierta perspectiva “externa” conviene diferenciar entre “Constitución” y “constitucionalismo”³. En un sentido «positivo», en efecto, el término «Constitución» puede designar cualquier conjunto más o menos formalizado de normas “fundamentales” que permitan identificar o caracterizar un ordenamiento jurídico. La noción de «constitucionalismo», en cambio, supone un particular sistema axiológico que en la modernidad ha estado ligado a la necesidad de establecer límites y vínculos al poder, como un instrumento para garantizar la autonomía de las personas. Esta

fórmula, ciertamente, está históricamente condicionada y ha experimentado mutaciones “paradigmáticas” en el tiempo. El artículo 16 de la Declaración francesa de 1789, al vincular la idea de Constitución a la separación de poderes y a la garantía de derechos, comporta el punto de referencia por excelencia de ese criterio ideal-normativo utilizado para evaluar las tradiciones constitucionales desarrolladas en Europa o en América durante los siglos XVIII y XIX. Ya en el siglo XX, sin embargo, y sobre todo tras la segunda posguerra, el concepto de constitucionalismo se ha visto enriquecido a partir de las mejores tradiciones constitucionales estatales y del derecho internacional de los derechos humanos. Como resultado de ello, el canon de lo constitucionalmente perseguible se ha perfeccionado, al menos en un sentido formal, tanto en su aspecto garantista, ligado a la limitación del poder, como en su vertiente democrática, ligada a la legitimación del poder.

Desde un punto de vista garantista, en efecto, la lógica del constitucionalismo moderno exige la introducción de límites y controles al poder. Pero no ya sólo a los poderes públicos, sino también a los poderes privados, comenzando por los de mercado. Y requiere, también, la correlativa asignación de derechos fundamentales, no sólo civiles y políticos, sino también sociales, culturales y ambientales, a todas las personas, comenzando por los sujetos más vulnerables⁴. Desde un punto de vista democrático, por su parte, el constitucionalismo exige la existencia de procedimientos que permitan a los destinatarios de las reglas que rigen una comunidad participar en su elaboración, ejecución y modificación. Pero no ya sólo mediante representantes sino también, y sobre todo, de manera directa, siempre que ello sea posible⁵.

Pues bien, lo que aquí se pretende defender, precisamente, es que el “Tratado

constitucional” europeo, tanto por su forma de elaboración como por su contenido, ofrece una versión decepcionante de estos elementos normativos, que ni está a la altura del mejor «patrimonio constitucional europeo»⁶ ni permite responder a los grandes desafíos internos y externos que hoy se plantean a la Unión Europea. En el mejor de los supuestos, se estaría ante una “Constitución” escasamente “constitucionalista”. Es decir, ante una propuesta que, incluso si pudiera considerarse “Constitución” en el sentido de reunión formal y relativamente simplificada de las normas “fundamentales” que regulan el ordenamiento europeo, difícilmente podría reputarse una expresión propia del mejor constitucionalismo garantista y democrático⁷.

Naturalmente, criticar la “ilusión constitucional”⁸ que mistifica la apelación a una “Constitución europea”, cualquiera sea su proceso de elaboración y su contenido, no supone, como se verá, compartir las tesis que sólo admiten su existencia en el marco de un espacio que reúna todos los atributos ligados a la idea de «Estado»⁹, ni tampoco aquéllas que condicionan el debate constitucional o la puesta en marcha de un proceso constituyente a la existencia de un “pueblo” europeo homogéneo y acabado¹⁰.

Por el contrario, pensar el constitucionalismo como teoría y práctica de la limitación del poder y de la ampliación de la autonomía exige superar las dinámicas de exclusión y violencia generadas, tanto por la noción moderna de Estado, como por las ilusiones de un demos étnicamente homogéneo y/o culturalmente uniforme (DE GIORGI, 2003: 257). Desde esa perspectiva, si el proceso de elaboración y ratificación del Tratado constitucional ha tenido alguna virtud, ésta sido, quizás contra sus propias intenciones, la de haber impulsado una inédita esfera pública europea crítica, plural y conflictiva. El único espacio, posiblemente, desde el que podría darse al

abierto proceso de constitucionalización de Europa un sentido genuinamente garantista y democrático.

2. El Contexto Histórico: La Crisis del Método Funcionalista y la Irrupción de Nuevas Necesidades Constituyentes

Aunque el Tratado constitucional firmado en Roma introduzca por primera vez una referencia formal a una “Constitución europea”, la idea es en realidad bastante antigua¹¹. Tras la segunda guerra mundial, de hecho, el federalismo europeo se convirtió pronto en un elemento movilizador contra el “totalitarismo”. Ya en 1953, una Asamblea convocada por el Consejo de Ministros de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y presidida por Paul Henri Spaak, redactó un proyecto de Constitución con el que se pretendía establecer una “Comunidad política europea”. Sin embargo, la iniciativa naufragó junto a la de una Comunidad Europea de Defensa, que no llegó a ser ratificada por los Estados fundadores.

Tras ese fracaso, el proyecto de constitucionalización de Europa abandonó el registro de lo “político” para asumir un marco de referencia más específicamente “jurídico” y “técnico” (ALLIES, 2005: 62 y ss). O si se prefiere, hizo suya la ideología del “minimalismo político” y del “maximalismo jurídico” (CANTARO, 2003: 27 y ss.; MAGNETTE, 2005: 69 y ss.). El método funcionalista de los “pequeños pasos” y las “solidaridades de hecho”, en efecto, consintió la progresiva transferencia de competencias por parte de los Estados nacionales a una autoridad inter-gubernamental y supranacional en sectores no demasiado politizados (agricultura, acero, energía, transportes). De esa manera, se incorporaron al ordenamiento comunitario tímidas y fragmentarias pretensiones de constitucionalización, tanto formales

como materiales. Estos elementos pasaron muy pronto a integrar el derecho comunitario originario y derivado y, sobre todo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Desde un punto de vista formal, el Tribunal de Justicia fue asumiendo de manera paulatina, con el apoyo militante de una comunidad transnacional de juristas y la condescendencia más o menos pacífica de los tribunales estatales, las tareas de un auténtico Tribunal Constitucional, al tiempo que revestía al ordenamiento comunitario con los atributos de un ordenamiento también constitucional (POIARES MADURO, 1998; WEILER, 1999; SIMON, 1997)¹².

Desde un punto de vista material, por su parte, la “constitucionalización” del sistema constitucional europeo se vinculó, tanto al gradual afianzamiento institucional y competencial de la Unión, como a la tímida introducción de ciertos mecanismos de salvaguarda para los derechos fundamentales¹³.

En uno y otro caso, sin embargo, se trató de una constitucionalización fragmentaria e insuficiente desde una perspectiva garantista y democrática. Por un lado, el desequilibrio institucional a favor de los órganos menos representativos (la Comisión, el Consejo, el propio Tribunal de Justicia), la posición marginal otorgada al Parlamento europeo y el progresivo debilitamiento de los parlamentos estatales en detrimento, principalmente, de sus gobiernos y de los tribunales, instaló un fuerte “déficit político” y una sensible desafección de las poblaciones del continente respecto del proceso de integración¹⁴. Por otra parte, mientras las competencias ligadas a la construcción del mercado único y a la promoción de la libre circulación de capital y de servicios se comunitarizaron con rapidez, las competencias de tipo social y fiscal permanecieron confinadas al ámbito

más lábil de la cooperación intergubernamental. De ese modo, los márgenes para la intervención económica de los Estados también se fueron restringiendo, sentando las bases de lo que sería del «déficit social» posterior (MAESTRO BUELGA, 2000:125; JOERGES, 2005: 39).

En un contexto así, el reconocimiento de algunos derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia tampoco podía servir para ocultar la subordinación de su jurisprudencia a los imperativos comunitarios de la libre competencia y la libre circulación de capitales y servicios, así como a una interpretación restrictiva de las “excepciones” que los Estados podían imponer en nombre de objetivos «sociales»¹⁵. Muy pronto, en efecto, la disposición del Tribunal de Justicia a la hora de revisar la “constitucionalidad” de las legislaciones estatales desde la perspectiva del artículo 30 (luego 28 TCE) se vio complementada por nuevos desarrollos en la política y el derecho de la competencia. De ese modo, la atención se centró en los fallos de las políticas públicas antes que en los fallos de los mercados, pasándose del control de las políticas anti-competitivas de los poderes privados a la restricción de las políticas de ayudas estatales (JOERGES, 2005: 26)¹⁶.

El fin del mundo bipolar instalado durante la Guerra Fría supuso una aceleración de las “necesidades constituyentes” generadas por el propio proceso de integración a lo largo de la década de los 80. Por una parte, la cuestión de la ampliación al Este, arriesgada desde un punto de vista práctico pero ineluctable desde el punto de vista lógico, vino a complicar aún más las tareas pendientes de profundización política y social. De modo similar, la intensificación del proceso de globalización y de concentración de capitales, la agudización de la crisis ecológica y el crecimiento de los movimientos migratorios, así como el papel hegemónico asumido por los Esta-

dos Unidos, pasaron a condicionar de manera decisiva la política europea interna y externa.

Este nuevo contexto, en suma, creó las condiciones para un salto cualitativo en el proceso de integración que el Acta Única de 1986, con su impulso al mercado único y con la introducción, en ese ámbito, del criterio de adopción de decisiones por mayoría cualificada, no había podido prever.

Dicho salto “constituyente” se materializó en 1992 con la aprobación del Tratado de Maastricht, que convirtió a las Comunidades Europeas en Unión Europea. A pesar de las expectativas –ligadas a antecedentes como el Proyecto Spinelli–, puestas en un relanzamiento constitucional formal, el Tratado de Maastricht apostó por una nueva variante de funcionalismo tecnocrático y mercantilista que intentó presentar la unificación monetaria como un requisito fundamental para la posterior consecución de la Europa política y social.

Sin embargo, la complejidad de los procedimientos de toma de decisiones consagrados, la falta de una separación clara de poderes, el impulso de instrumentos jurídicos cuyo alcance resultó incomprensible para los propios «expertos», sólo acrecentaron la percepción social de que la Unión constituía una estructura opaca y distante. Desde el punto de vista económico, por su parte, y en consonancia con el nuevo “sentido común” instalado tras el derrumbe del bloque soviético, se abandonó la relativa apertura del ordenamiento jurídico en la materia para sentar las bases de una auténtica “Constitución dirigente”, pero en sentido claramente neoliberal¹⁷. Así, la aportación “social” del Tratado de Maastricht se limitó a la propuesta de un Protocolo de carácter programático que el veto del Reino Unido dejó gravemente herido. La timidez del Protocolo social, en todo caso, contrastaba con los detallados criterios de

convergencia económica asumidos como “decisión constitucional” de fondo: contención de la inflación y de los tipos de interés, déficit público no superior al 3% del PIB y endeudamiento público no mayor al 60%. Estos objetivos, sumados al fortalecimiento de los órganos políticamente menos controlados, como el Banco Central Europeo, no sólo permitieron afianzar los procesos de privatización en marcha en los Estados miembros sino que contribuyeron a la pérdida de normatividad del mandato social contenido en sus Constituciones, limitándoles, de manera sensible, la posibilidad de impulsar políticas económicas y sociales alternativas (MAESTRO BUELGA, 2000: 127 y ss.).

Tras la puesta en marcha del euro, el déficit político y social de la Unión se hizo aún más visible (MORELLI, 2003: 70). Aprovechando el cambio de gobierno en el Reino Unido, el Tratado de Amsterdam introdujo, en 1997, un Título VII dedicado al empleo, incorporó el Acuerdo de Política Social aprobado en Maastricht e introdujo en su pórtico –el artículo 136 del TCE– una referencia tanto a la Carta Social Europea de 1961 como a la inocua Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores de 1989. Sin embargo, su impacto en un ordenamiento jurídico que había asumido de manera estructural los principios de la ortodoxia neoliberal fue escaso (MAESTRO BUELGA, 2000: 147). La referencia a las Cartas sociales no supuso, ni entonces ni en los Tratados posteriores, su inclusión en el ámbito de actuación del Tribunal de Justicia¹⁸.

La aprobación del Tratado de Niza, en 1999, tampoco trajo soluciones adecuadas a los problemas existentes. Para compensar el creciente déficit de legitimidad, al menos en un plano simbólico, los ejecutivos estatales decidieron afrontar con alguna sistematicidad la cuestión pendiente de los derechos. Sin embargo, el com-

promiso fue débil. Una autodenominada “Convención” de expertos, nombrada por los ejecutivos estatales y presidida por el jurista y ex-presidente alemán Roman Herzog, recibió el encargo de “hacer visibles” en una Carta los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento y en la jurisprudencia comunitarios.

Condicionada por esa necesidad de “mostrar los derechos” sin “destruir” el complejo reparto competencial existente entre la Unión y los Estados (RUBIO, 2002; CRUZ VILLALÓN, 2004: 115 y ss.), la Convención redactó un texto manifiestamente auto-contenido desde el punto de su alcance, aplicabilidad y justiciabilidad. A pesar de la asunción formal de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos, los sociales quedaron en una situación devaluada en relación, no sólo con ciertas libertades civiles, sino también con las libertades de mercado y los derechos patrimoniales¹⁹. Finalmente, la Carta se “proclamó” de manera “solemne” en diciembre de 2000, pero su estatuto jurídico se dejó en un intencionado estado de indefinición.

En este contexto, las urgencias constituyentes no tardaron en llamar nuevamente a la puerta. De ser un objetivo postergable, la ampliación al Este pasó a convertirse en una realidad inminente. Los cuestionamientos sociales a la deriva tecnocrática y monetarista del proceso de integración, por su parte, no cesaron de crecer²⁰. Exigencias elementales de legitimidad y eficacia, pues, justificaban la introducción de concesiones y una actualización más audaz del método Monnet de los “pequeños pasos” y las “pequeñas reformas”. El abierto tono “federalista” del discurso de mayo de 2000 pronunciado por el Ministro de Relaciones Exteriores alemán, Joschka Fischer, en la Universidad Humboldt, pareció abrir un espacio para un genuino debate constituyente. Los ejecutivos estatales recogieron la iniciativa con extremada prudencia.

En la Declaración sobre el futuro de la Unión, se convocó a una discusión “más profunda y amplia” que permitiera afrontar, entre otras cuestiones: la necesidad de “mejorar y garantizar” la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y de sus instituciones, para “acercarla a los ciudadanos”²¹.

Todavía entonces, los gobiernos estatales podrían haber mantenido la maleable “Constitución” no escrita hasta entonces vigente, promoviendo su modificación por las vías convencionales. Sin embargo, tras el batacazo que para las clases dirigentes supuso el rechazo irlandés al Tratado de Niza, la hipótesis de un nuevo Tratado basado en una lógica simplemente “eficientista” –adecuar institucionalmente la Unión a una Europa de 25 países– se reveló como un movimiento muy arriesgado. En parte, la expresión “Constitución”, al igual que otras, como “gobernanza” comenzó a convertirse en una “marca de venta” atractiva si de lo que se trataba era de sumar voluntades al proceso de ampliación (WEILER y WIND, 2003: 2) En esa coyuntura, precisamente, los gobiernos optaron por convocar en Laeken una nueva “Convención” pensada a partir de la que había elaborado la Carta de Niza. Aunque su objetivo literal era estudiar los temas planteados en la Declaración sobre el futuro de la Unión y redactar “un documento final que podrá contener opciones diversas”, fue el punto de referencia que permitió el posterior impulso del Tratado constitucional.

3. ¿Constitución o Tratado?: Un Proceso Constituyente Restrictivo Bajo la Larga Sombra del Ancien Régime

Ciertamente, los ambiciosos objetivos fijados en la Declaración de Laeken de 2001 y la evocación directa o indirecta de conceptos como “Convención” o “Constitución”, pretendían concitar la legitimidad

simbólica que ni la fría burocracia de Bruselas ni las desangeladas Cumbres europeas habían conseguido granjearse. En el plano real, sin embargo, nunca estuvo claro que los ejecutivos estatales estuvieran dispuestos a abandonar la máxima según la cual *les traités sont affaires des Princes, pas des peuples*, ni a moderar, por tanto, su férreo control sobre cualquier proceso “constituyente” que pudiera generarse en clave post-estatal.

Teniendo en cuenta ese trasfondo, no llama la atención que las continuidades entre el Tratado constitucional y sus antecedentes sean mayores que las cesuras que muchas veces se han querido señalar. En cualquier caso, si bien un “Tratado constitucional” comporta un híbrido de complicada conceptualización, hay dos errores que deberían evitarse para captar su sentido jurídico y político más profundo²². Por un lado, conceder que se está ante una Constitución auténticamente “constitucionalista”, esto es, ante una Constitución capaz de inscribirse en la mejor tradición del constitucionalismo garantista, igualitario y democrático; en sentido opuesto, considerar que se está ante un simple Tratado más, desconociendo las implicaciones simbólicas y materiales de la terminología empleada. Con la prevención de que toda definición es convencional, en todo caso, hay dos sentidos en los que el Tratado firmado en Roma no puede reputarse una Constitución: ni como un texto *formalmente* ligado a un proceso constituyente democrático, ni como un pacto que *materialmente* permita replantear, sobre bases sencillas, la vida política y económica europea.

Desde un punto de vista formal, la neutralización y ocultación de cualquier poder constituyente surgido *ex populi* ha sido un signo constante de la construcción europea²³. Atenazado entre la tentación “soberanista” que sólo lo concibe vinculado a una idea homogénea, acabada e

incluso estatalmente definida de “pueblo”, y la ensoñación “tecnocrática” que se complace en su suplantación semi-clandestina por órganos «constituidos» opacos, carentes de controles, pero supuestamente más “eficientes y previsibles”, el concepto de «poder constituyente democrático» no ocupado nunca un lugar real en la construcción europea (ALLIÈS, 2004: 45 y ss.; CANTARO, 2003: 51 y ss.).

A resultas de ello, no se ha priorizado la necesidad de crear espacios y procedimientos que estimularan su potencia creativa y dieran expresión a su naturaleza conflictiva y plural²⁴. El resultado, en el caso del Tratado constitucional, ha sido un proceso constituyente de escasa legitimidad tanto en su fase ascendente como durante las fases propiamente dichas de desarrollo y ratificación²⁵.

a) Por lo que se refiere a su *legitimidad ascendente*, el Tratado constitucional no nació, contra lo que proclama su artículo I-1, de “la voluntad de los ciudadanos” ni de los pueblos y habitantes de Europa. No hubo una Asamblea constituyente con un mandato surgido de la discusión y el sufragio popular. A pesar de su carácter innovador en la historia de la integración, “el método de la Convención” no puede considerarse un instrumento de democratización sustancial del proceso constituyente en Europa.

En el caso de la Convención convocada en Laeken, los límites de representatividad²⁶ y el estigma de la supervisión de los ejecutivos estatales estuvieron siempre presentes, tanto en el momento de su composición²⁷, como en su configuración como poder de reforma de cara a futuros procesos de revisión del Tratado constitucional²⁸.

b) Si se atiende a la *legitimidad de ejercicio*, el método inter-gubernamental parece gozar también de mejor salud que nunca. A diferencia de lo que sería propio

de una Asamblea constituyente democrática, la “Filadelfia europea” se vio condicionada de entrada por el papel privilegiado que los ejecutivos se aseguraron a través del *Praesidium*, un reducido grupo de 12 notables dirigidos por el ex-presidente francés V. Giscard d’Estaing. En connivencia, precisamente, con los gobiernos que los habían nombrado, el *Praesidium* y su Secretariado se aseguraron el control de la apertura y cierre de los trabajos “constituyentes” durante los 18 meses de funcionamiento de la Convención. Para que este control fuera efectivo, Giscard impuso el curioso procedimiento de no votar y se reservó la interpretación de los consensos. Ese poder discrecional se reflejó en decisiones como la de posponer el debate sobre la política exterior de la Unión hasta la finalización de la guerra de Irak, o el rechazo de la mayoría de las enmiendas presentadas por los grupos socialista, verde o de la izquierda europea en el marco de un debate claramente restringido (DUHAMEL: 2003). Tampoco es de extrañar, en la misma dirección, que de los 11 Grupos de Trabajo constituidos por el *Praesidium* para la discusión de temas específicos²⁹, los referidos a “Gobernanza económica” y a “la Europa social”, fueran finalmente los menos fecundos (ALLIÈS: 2004: 64 y ss.)³⁰.

La incidencia de las publicitadas audiencias de la Convención con la “sociedad civil”, por su parte, no han dejado otra huella que la de la capacidad de presión, dentro de ésta, de los poderes privados con más recursos y mejor organizados, como las organizaciones empresariales europeas. Por su parte, la apertura de un “página web” como instrumento central de “transparencia” y “acercamiento” a los ciudadanos fue todo un signo de la voluntad de reducir el poder constituyente democrático a una escenificación virtual y siempre inofensiva.

En ese contexto, los elementos nucleares del Tratado constitucional se explican antes por las preferencias de los gobiernos –auténticos “señores”, diga lo que se diga, tanto de sus Estados como de la Unión– que por el impulso de la Convención. Prueba evidente de ello son la decisiva Parte III³¹, incorporada de manera furtiva a la primera propuesta de Tratado presentada por la Convención en Salónica, en junio de 2003, y las significativas modificaciones, muchas de ellas “a la baja” desde un punto de vista social y federal, introducidas tras las negociaciones de las Conferencias Intergubernamentales posteriores.

c) Finalmente, en lo que respecta a la *legitimidad descendente*, tampoco se asumió la petición exigida por varios grupos políticos europeos de una ratificación mediante un referéndum popular simultáneo en todos los Estados miembros. Por el contrario, y a pesar de las exhortaciones de la propia Convención europea, los Estados miembros, apelando al principio de autonomía institucional, pusieron en marcha diferentes procesos de ratificación, no siempre a la altura del tenor simbólico del texto discutido³². De hecho, de los 12 Estados que hasta el momento han ratificado el Tratado constitucional, 10 han preferido la restrictiva vía de la aprobación parlamentaria a cualquier consulta ciudadana. Por su parte, en España y Luxemburgo, donde sí se convocaron consultas populares, la ausencia de un debate público plural y de calidad y las denuncias por utilización parcial de los fondos públicos para hacer campaña a favor del Tratado dejaron al desnudo las anodinas convicciones “republicanistas” de sus impulsores. Y conociendo los antecedentes de la Unión y de los Estados miembros en la materia, no sería de descartar que, a pesar de los contundentes rechazos al Tratado producidos en los referéndum de Francia y Holanda, se intentara forzar a la población de estos

países a «meditar mejor» su posición sobre el Tratado en una nueva consulta³³.

Ahora bien, las críticas al carácter excluyente y “tutelado” del proceso de elaboración del Tratado constitucional podrían considerarse exageradas o secundarias si su relación con los contenidos adoptados no fuera tan estrecha. Con frecuencia, en efecto, se sostiene que la legitimación procesal de una decisión (el cómo) no garantiza necesariamente su corrección en términos sustanciales (el qué). Lo cierto, sin embargo, desde un punto de vista histórico, es que las “presencias” y “ausencias” en el contenido de una Constitución suelen estar estrechamente vinculados a los sujetos e intereses incluidos o excluidos del proceso de su configuración³⁴.

En ese sentido, no sorprende que desde un punto de vista material, el Tratado aprobado en Roma no “constituyera” nada sustancialmente nuevo, limitándose a enmendar aspectos periféricos de lo ya “constituido”, o que ni siquiera pudiera llevar adelante su objetivo “pedagógico” de volver racional –como diría Hegel– lo que ya era real³⁵.

En efecto, sin necesidad de asumir una lectura jacobina de los procesos de cambio constitucional, bien puede afirmarse que una Constitución política que no quiere ser un texto simplemente “otorgado” no puede limitarse a “revelar” lo ya existente³⁶. Debe plantearse contra alguien y algo antiguo y a favor de alguien o de alguna cosa nueva. Dicho de otro modo: la conquista de una Constitución, cuando forma parte de un impulso democrático más amplio, supone siempre la denuncia de un orden excluyente e imperfecto y la instauración de vías para un orden mejor y más inclusivo. Por una mezcla de límites empíricos y falta de anticipación institucional, el “techo ideológico” del Tratado constitucional siempre se planteó, en sus aspectos políticos y sociales fundamenta-

les, como el del *Ancien Régime*. Y eso fue lo que quedó tras la Cumbre inter-gubernamental de Roma: el antiguo régimen de siempre, con su estrecha comprensión del constitucionalismo y de sus exigencias, retocado y dotado, eso sí, de nuevos ropajes simbólicos.

Que el Tratado de Roma II no pueda considerarse una Constitución en un sentido axiológicamente exigente, no quiere decir, en todo caso, que quepa “desdramatizar” su alcance o reducirlo al de un simple Tratado más. Es verdad que desde un punto de vista jurídico-formal los mecanismos escogidos para la elaboración, aprobación y eventual reforma del texto reflejan la persistencia del método intergubernamental y las señas de un Tratado concluido entre estados. Limitarse a esta constatación, sin embargo, supondría subestimar la intención política que se desprende de la terminología escogida, así como su innegable dimensión simbólica y material³⁷. El Tratado constitucional, en efecto, no es un Tratado más, como el de Maastricht, Amsterdam, o Niza. Como se desprende del contenido literal de muchos de sus artículos, es un texto con pretensiones “constitucionales” que pretende, con ese carácter, y no con el de un simple Tratado, primar de manera perdurable³⁸ sobre el derecho constitucional e infra-constitucional de los Estados miembros³⁹.

Desde ese punto de vista, la supeditación de toda reforma sustancial ulterior, bien al “acuerdo común” de una Conferencia de representantes de los gobiernos y a la ratificación unánime de los Estados miembros (artículo IV-443), bien al previo pronunciamiento, también unánime, del Consejo europeo (artículos IV-444 y IV-445), no puede considerarse la simple expresión de una regla clásica del derecho internacional. Se trata, y de ahí su importancia, de un mecanismo de super-rigidez que, en el contexto de una Unión de 25

países (y no ya de 6, de 9, de 12 o de 15) comporta el virtual “blindaje” de una específica concepción institucional y económica de un modelo con aspiraciones “constitucionales”.

4. El Desequilibrio en el Sistema Institucional: Una Parlamentarización Débil y la Consolidación de un Federalismo Inter-Gubernamental y Tecnocrático

Al enunciar los temas que deberían formar parte de un debate genuinamente “constitucional”, la Declaración de Laeken levantó moderadas expectativas acerca de la posibilidad de modificar el sistema institucional de la Unión en un sentido que lo hiciera más “transparente” y “cercano” a la ciudadanía. Sin embargo, las acotadas modificaciones introducidas para conseguir ese objetivo –en materia de competencias parlamentarias, de subsidiariedad, de participación ciudadana– no permiten resolver la ausencia en la Unión Europea de un *Rule of Law* a la altura de los tiempos.

Así, aunque el artículo I-2 del Tratado asegura que la “democracia” es uno de los valores de la Unión, después de medio siglo de integración, sigue consagrándose un entramado institucional en el que los órganos que de verdad deciden son los menos responsables desde un punto de vista democrático, mientras que el órgano más representativo –el Parlamento europeo– conserva una posición del todo subalterna.

Con el objetivo de simplificar sus actos jurídicos, por ejemplo, el Tratado constitucional introduce por primera vez la categoría de “leyes” y “leyes marco” europeas (artículo I-33), que substituirían, respectivamente, a los actuales “reglamentos” y “directivas” comunitarios. Sin embargo, se trata de un cambio más bien nominal, ya que continúa faltando un auténtico poder legislativo representativo de la voluntad ciudadana.

La iniciativa legislativa, en efecto, sigue encomendándose a la Comisión europea (artículo I-26.2), una suerte de ejecutivo comunitario propuesto por los gobiernos y especialmente sensible a la presión de los grandes lobbies privados⁴⁰ y a la influencia de los especialistas y expertos comunitarios⁴¹. Así, aunque el Consejo tiene suficiente peso como para iniciar los programas que la Comisión debe convertir en propuestas concretas, es ella quien posee la llave del poder legislativo. Al mismo tiempo, dispone de competencias ejecutivas importantes en materia presupuestaria, que la convierten en guardián de la ortodoxia monetarista establecida en el Pacto de Estabilidad. Gran parte de su poder, en realidad, reside en la tendencia de los gobiernos a acordarle una responsabilidad máxima en políticas cuyo impulso en el ámbito estatal comportaría una carga considerable de «impopularidad». Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito de las políticas de libre competencia, en las que la Comisión establece controles, multas y sanciones dirigidas a penalizar los abusos de posición dominante producidos por las ayudas estatales a empresas públicas (MAGNETTE, 2003: 107).

Sumado a ello, la Comisión ejerce sus funciones en un contexto caracterizado por la ausencia de controles suficientes. Los comisarios son en última instancia elegidos por los propios gobiernos y no pueden ser censurados de forma individual por el Parlamento, que sólo dispone de la posibilidad de censurar colectivamente a toda la Comisión. El Tratado constitucional no hace demasiado para remover este marco estructural de opacidad ni para impedir que la Comisión⁴², encargada en principio de proteger el “interés comunitario”, se convierta en correa de transmisión de concretos intereses privados de mercado⁴³.

En cualquier caso, si la Comisión dispone de un considerable margen de inicia-

tiva política, los gobiernos estatales siguen siendo el poder constituido más importante del sistema político de la Unión. Antes ya del Tratado constitucional, el Consejo de Ministros reunía, de hecho, características propias de un legislador incontrolable y de un gobierno incontrolado, de una Cámara Alta y de un auténtico ejecutivo a la vez. El Tratado constitucional complica aún más el dispositivo: su artículo 21 distingue el Consejo europeo (los jefes de Estado y de Gobierno) del Consejo de Ministros (denominado, sencillamente, el Consejo), dejando en evidencia la primacía del primero y la menor autonomía de este último.

Así, aunque el artículo I-21 estipula que el Consejo Europeo “no ejercerá función legislativa alguna”, sus potestades exceden largamente las de dar a la Unión de “los impulsos necesarios para su desarrollo” y para la definición “de sus orientaciones y prioridades políticas generales” (artículo I-21) (MARTÍNEZ SIERRA, 2004: 49 y ss.). La influencia del Consejo Europeo en la iniciativa legislativa de la Comisión –por mediación de las conclusiones de la Presidencia– y en las decisiones finales de los Consejos sectoriales de Ministros –dada la dependencia de sus miembros de sus respectivos gobiernos– es determinante⁴⁴. El Tratado constitucional refuerza su posición incluyéndolo por primera vez de manera formal junto al resto de las instituciones clásicas de la Unión y estableciendo la figura de un Presidente del Consejo Europeo (artículo I-22). Nombrado por dos años y medio, el Presidente del Consejo tendría que convivir con la figura también nueva del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión (artículo I-28), por lo que su incidencia en la política interna y externa europea sería todo menos pacífica.

Un repaso superficial del texto del Tratado constitucional permite advertir la amplitud y relevancia de las decisiones institucionales cuya adopción se encomienda

a los Jefes de Gobierno y de Estado agrupados en el Consejo Europeo⁴⁵. Es evidente que en todos estos casos, la incidencia del Parlamento europeo sería mínima, lo que contribuiría a desdibujar aún más su papel como órgano legislativo y de control.

Como ya ha venido sucediendo en los Tratados anteriores y desde el Acta Única, el Tratado constitucional amplía el número de ámbitos –de 37 a 80– en los que el Parlamento podría co-decidir legislativamente con el Consejo. Esta extensión, y su conversión en procedimiento legislativo ordinario, representa ciertamente un paso adelante respecto del Tratado de Niza. Pero es del todo insuficiente en relación al papel que un texto que se pretende “constitucional” y “democrático” debería otorgarle al único órgano directamente elegido por los ciudadanos europeos tras más de cincuenta años de integración.

El Parlamento, es verdad, podría enmendar e incluso vetar iniciativas legislativas de la Comisión (artículo III-396). Pero sólo después de un largo y complejo proceso, en el que el requisito de la unanimidad en la co-decisión del Consejo puede convertirse en un obstáculo imposible de remontar⁴⁶, y sin conservar la última palabra en materias claves como la presupuestaria. Por otra parte, la conversión de la co-decisión en procedimiento legislativo ordinario no impide que en muchos casos se reconozcan al Parlamento funciones meramente consultivas⁴⁷, que se establezcan auténticas reservas en las que la capacidad de intervención normativa se encomienda en exclusiva a la Comisión o al Consejo⁴⁸, e incluso que se introduzca el llamado fantasma de “Ioannina” si se considera que están en juego intereses “cruciales” de los Estados⁴⁹.

Por otro lado, las funciones estrictamente de control del Parlamento se encuentran lejos de lo que sería exigible a un texto que pretende sentar unas bases cons-

titucionales formales para la Unión. La responsabilidad del Consejo es prácticamente inexistente, y aunque el Parlamento mantiene su poder de censura sobre la totalidad de la Comisión (artículo III-340), no se prevé, como ya se ha dicho, la censura de comisarios individuales (después del reputado “caso Buttiglione”, simplemente se ha llegado un acuerdo para que el Parlamento pueda “sugerirla” al Presidente de la Comisión). Tampoco se recoge la propuesta –discutida en los debates de la Convención– de que fuese el Parlamento quien propusiera y escogiera al presidente de la Comisión. Según el artículo I-27, es el Consejo Europeo quien propone el candidato, teniendo en cuenta, simplemente, “los resultados de las elecciones europeas” y, después de «mantener las consultas adecuadas». Al Parlamento, por su parte, le queda la potestad de aceptarlo o rechazarlo.

En suma, son los ejecutivos de los Estados, a través del Consejo Europeo y de los Consejos de Ministros, junto a la Comisión, quienes después de un complicado proceso de negociaciones que incluye a las respectivas administraciones y grupos de presión privados, determinan buena parte del contenido de la normativa comunitaria. No son de recibo, en este sentido, ni las construcciones “euro-escépticas” que pretenden establecer una separación categóricas entre la burocracia de Bruselas y los Estados, que permita cargar todas las culpas en la primera y absolver a los segundos, ni las construcciones “pluralistas” y *multilevel* que imaginan un circuito de «tolerancia» constitucional e institucional en el que los diferentes órganos se moderan mutuamente sin que nadie adquiera un peso decisivo⁵⁰.

Lejos, en efecto, de haber generado las prácticas constitucionales “horizontales” y “en red” que algunas concepciones pretenden atribuirle, el modelo institucio-

nal europeo refuerza el “señorío” de los Estados y, sobre todo, de sus ejecutivos, en diferentes escalas, generando de ese modo un “doble déficit democrático”. Por un lado, en el ámbito interno, donde los gobiernos vacían progresivamente de competencias a los parlamentos respectivos, al tiempo que se liberan de su tutela. Por otra parte, en el ámbito europeo, donde estos mismos ejecutivos concentran muchas de las facultades decisorias que deberían reconocerse a un Parlamento europeo digno de tal nombre.

La reparación de ese desequilibrio en el sistema político, que sacrifica cualquier legitimidad de origen a una legitimidad por resultados de signo tecnocrático⁵¹, exigiría la introducción de controles y contra-poderes muchos más contundentes que las tímidas previsiones con las que el Tratado constitucional pretende justificar sus progresos democráticos. Ni el sistema de “alerta temprana” con el que se pretende rehabilitar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, así como el papel de control de los Parlamentos estatales⁵²; ni la resignada continuidad en la configuración del Comité de las Regiones⁵³; ni la restrictiva petición ciudadana con la que se quiere reflejar una apuesta por la “democracia participativa”⁵⁴, permiten pensar en un alejamiento sustancial del proceso de “federalización” simplemente inter-gubernamental y elitista en el que la Unión se encuentra embarcada desde hace ya tiempo.

Por el contrario, la preferencia por los espacios opacos dominados por la tecnocracia y los “expertos”, comporta un reforzamiento sistémico de órganos decisivos en la construcción europea, como el Tribunal de Justicia y el Banco Central⁵⁵. El caso del Tribunal, como ya se ha señalado antes, es revelador. Integrado por magistrados propuestos por los estados miembros y convertido en árbitro de las

“diferencias” que cada tanto se producen entre la Comisión y el Consejo, ha desempeñado, con la más o menos disimulada aquiescencia de los tribunales estatales ordinarios y constitucionales estatales⁵⁶, un papel central en la consolidación del ordenamiento europeo como un ordenamiento “económico-constitucional”. O, mejor, como un ordenamiento dotado de una “Constitución económica” que, apelando a criterios “técnicos” situados fuera del ámbito de lo “político”, ha condicionado y vaciado de normatividad el en buena medida ya incumplido núcleo social de las Constituciones estatales⁵⁷.

En efecto, contra la ilusión que pretende establecer una separación tajante entre lo “político” y lo “económico”, la arquitectura institucional consagrada en la Unión y reforzada por el Tratado constitucional no puede desligarse del *indirizzo* económico que existe detrás del Derecho de la integración. La Comisión, el Consejo, el Tribunal de Justicia y el Banco Central son, bajo el atento escrutinio de los ejecutivos estatales, los órganos más permeables a las presiones de los grandes poderes de mercado y los que se encuentran en mejor disposición para aplicar los objetivos económicos que privilegia el Tratado constitucional.

5. Una Constitución Económica *Dirigente* y Una Carta de Derechos Pensada para *No Molestar*

Sería falso presentar la Constitución económica que formaliza el Tratado como una degeneración tardía e inesperada en la construcción europea. El Tratado de Roma de 1957, de hecho, ya presentaba en esta cuestión una serie de rasgos que lo distinguían de las Constituciones de sus Estados miembros, como la francesa de 1946/1958 o la italiana, de 1947. Básicamente, fijaba en términos jurídicos los principios y re-

glas de funcionamiento de una economía de mercado, regida por la libre circulación de mercancías, servicios, trabajadores y capitales, y por la normas de la libre competencia. Así, aunque al mismo tiempo el Tratado dejaba en mano de los Estados la posibilidad de definir su propio sistema de protección social –el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad existente en los Estados miembros (artículo 295 ex 222 del Tratado de Roma; retomado por el artículo III-425 del Tratado constitucional)– la presión de las reglas europeas fue “cerrando” y “dirigiendo” progresivamente (OFFE, 2003) el marco de opciones económicas (y la postre, ecológicas) que las Constituciones estatales “abrían”⁵⁸.

Esta tensión entre la «apertura» de las Constituciones estatales y el “cierre” de la Constitución europea, compensado por la externalización de los ajustes a los socios más vulnerables que se iban incorporando al ordenamiento comunitario y por el reconocimiento “reflejo” de algunos principios y programas sociales (y ambientales) sólo si se consideraban funcionales al crecimiento de la productividad y a la consolidación del mercado interior, acabó por consolidarse con el Acta Única y, sobre todo, con la Unión Monetaria acordada por el Tratado de Maastricht.(DEAKIN, 1996: 66 y ss.). En realidad, el Tratado constitucional se ha limitado a “blindar” las líneas maestras del *acquis* económico de la Unión, relegando las previsiones sociales y ambientales al evanescente plano de las “cláusulas de compromiso dilatorio” o subordinándolas a la «decisión» política y jurídica de fondo contenida, sobre todo, en la Parte III.

Así, la referencia en la Parta I a una “economía *social* de mercado” (artículo I-3-3), cuyos ecos “ordoliberales” no han pasado por alto en la doctrina⁵⁹, desaparece por completo en la Parte III, donde

en cambio abundan las menciones a “una economía de mercado abierta en la que la competencia es libre”⁶⁰. Lo mismo ocurre con las invocaciones al “desarrollo sostenible”, al “pleno empleo”, al “progreso social”, a la “lucha contra la exclusión” o a la prosecución de “un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente” (artículo I-3-3). No sólo naufragan en los dogmas liberales detallados en la Parte III sino que ya aparecen de entrada contradichos por el compromiso con la “alta competitividad” y con una “competencia libre y no falseada” recogidos en la propia Parte I (artículos I-3-3 y I-3-2). Si se somete el Tratado constitucional a una criba de conjunto, el veredicto es inapelable: la palabra “mercado” se cita 78 veces y la palabra “competencia”, 27. En cambio, expresiones como “progreso social” o “economía social de mercado” aparecen mencionadas 3 y 1 vez, respectivamente (FABIUS, 2004:29). Estas asimetrías, que tal vez podrían disimularse en términos hermenéuticos en una eventual aplicación del texto, resultan inocultables en un momento constituyente⁶¹.

La distribución de competencias entre los Estados y la Unión consolida, con algunos matices, el modelo clásico: el desarrollo de las políticas sociales se deja básicamente en manos de los Estados, pero dentro de un marco –el que fijan, sobre todo, el Pacto de Estabilidad y las “libertades fundamentales”– que restringe de forma sensible su posibilidad de ponerlas en marcha. Por otra parte, lo que se encomienda a la Unión es, sobre todo, la realización de aquellas políticas necesarias para profundizar la liberalización del mercado.

Es verdad que la intervención de la Unión en materia de políticas sociales viene parcialmente alentada por el la introducción del dúctil y controvertido “método abierto de coordinación”⁶². Así, por ejemplo, el artículo I-15 dispone que la Unión

podrá tomar iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales y laborales de los Estados miembros. De modo similar, se ha insistido en la importancia de las cláusulas sociales y ambientales horizontales del artículo III-117 y III-119, que obligan a la Unión a tener en cuenta en sus actuaciones las exigencias derivadas de la promoción “de un alto nivel de empleo”, de la garantía “de una protección social adecuada” de la lucha “contra la exclusión social” o de “la protección del medio ambiente”. O de los artículos III-210 y III-213, que permiten a la Unión apoyar, complementar y coordinar la acción de los Estados en ámbitos como “las condiciones de trabajo”, “la seguridad social y la protección social de los trabajadores”, “la información y consulta de los trabajadores” o “la integración de las personas excluidas”.

Lo que ocurre, sin embargo, es que estas cláusulas sociales y ambientales horizontales, que de manera aislada podrían considerarse un progreso importante, quedan neutralizadas por las múltiples cláusulas, también transversales, que las subordinan al respeto a las libertades de mercado. Así, los artículos III-177 y III-178 recuerdan que para alcanzar los objetivos previstos en el artículo I-3 del Tratado constitucional “la acción de la Unión y de los Estados miembros” se llevará a término «de conformidad con el principio de una economía abierta y de libre competencia”, y en el marco de una política monetaria “cuyo objetivo principal sea mantener la estabilidad de precios”. Igualmente, en tiempos de flexibilización laboral rampante, esto es, de abaratamiento del despido, no es difícil adivinar el significado que tiene que la Unión quiera “potencial” una mano de obra “formada y adaptable, así como unos mercados laborales capaces de reaccionar rápidamente a la evolución de la economía” (artículo III-203). El propio artículo III-209, de hecho, aclara que cuan-

do la Unión “colabore” con los Estados en políticas sociales, no deberá perder de vista la “necesidad de mantener la competitividad de la economía”. Eso explica que queden excluidas de esta tarea de “apoyo y complemento” las clásicas cuestiones tabú de la política social europea, como son “las retribuciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga o el derecho al lock-out” (artículo III-120.3) (BRONZINI, 2005: 29).

El resultado es claro: mientras en materia de política social se incentivan los mecanismos de coordinación y se ensalzan las virtudes del *soft law*, en el ámbito de las políticas económicas y monetarias rige un *hard law* especificado con celo (BRONZINI: 2005: 31). En materia competencial, por ejemplo, no se prevén prácticamente nuevas cesiones a la Unión (se crean nuevas bases jurídicas en energía, protección civil y turismo, aunque ya se desarrollaban políticas comunitarias en estos ámbitos). Sin embargo, las competencias exclusivas que se le reconocen tienen que ver con las materias que constituyen la piedra angular de las libertades de mercado: “unión aduanera”, “normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior”, “política monetaria de los estados miembros cuya moneda es el euro” y «política comercial común» (artículo I-13). En materia de política monetaria, por su parte, queda claro que el objetivo principal es el mantenimiento de la “estabilidad de precios” (artículos I-30.2; III-177 y III-185) y que su custodia corresponderá al Banco Central, sin que ningún gobierno estatal pueda intentar “influir” en él (artículo III-188).

Las reglas del mercado y la competencia y las reglas sociales corren así a diferentes velocidades. Las primeras pueden ampararse en títulos competenciales generosos y ser impulsadas por mayoría cualificada; las segundas sólo pueden imponerse

como *soft law* mediante procesos en general más largos, regidos por las “líneas rojas de la unanimidad y, por lo tanto, por el derecho de veto de los países más reticentes (BRONZINI: 2005: 31). El artículo I-12.5 resume sin ambages el espíritu que anima al Tratado constitucional en esta cuestión: impedir que la actuación de “coordinación” realizada por la Unión pueda comportar una “armonización al alza” de las regulaciones estatales en materia social o ambiental.

En sentido similar, se ha dicho que con el Tratado constitucional, los servicios públicos gozarán por primera vez de base jurídica. Para justificar esta afirmación se citan artículos como el II-96, que establece que la Unión “reconoce y respeta” el acceso a los “servicios económicos de interés general”, o el III-122, que dispone que la Unión y los Estados miembros “dentro de sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de la Constitución”, velarán porque estos servicios “funcionen de acuerdo con principios y condiciones económicas y financieras en particular, que les permitan cumplir su cometido”. Sin embargo, los “servicios económicos de interés general”, (SIEG) poco tienen que ver, a la luz de las directivas adoptadas en los años noventa en áreas como telecomunicaciones, correos, energía o transporte, con la robusta concepción de “servicios públicos” elaborada, por ejemplo, en la tradición francesa. Se trata de un “servicio mínimo” cuya garantía se encuentra supeditada al primado de un principio de “libre competencia” que sólo admite unas pocas y muy estrictas derogaciones y que excluye, por lo tanto, la posibilidad de medidas de apoyo público para dinamizar un determinado sector económico o social (FABIUS, 2004: 30).

La severa restricción de las ayudas estatales que “falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones” (artículo

III-167), constituye un obstáculo significativo para conjurar las deslocalizaciones. Ese peligro de una “competencia a la baja” en materia de estándares laborales, sanitarios y ambientales se agrava aún más cuando se dan todos los pasos para evitar una armonización fiscal de tipo progresiva. Así, el artículo III-156 dispone que las restricciones a los movimientos de capitales o a los pagos entre Estados miembros o entre Estados miembros y terceros países está prohibida. El artículo III-157.2, por su parte, confirma que “el Parlamento europeo y el Consejo tratarán de alcanzar el objetivo de la libre circulación de capitales (...) en la mayor medida posible”, y el III-157.3 agrega que sólo una ley o ley marco europea del Consejo podrá, por unanimidad, y previa consulta al Parlamento, establecer “un retroceso en el Derecho de la Unión respecto de la liberalización de los movimientos de capitales”. Un Estado miembro, por lo tanto, que intente actuar de manera más o menos audaz contra las deslocalizaciones, correría el riesgo de contravenir los preceptos del Tratado constitucional.

Finalmente, está la propia cuestión presupuestaria. A pesar de su supuesta retórica “social”, el Tratado constitucional tampoco proporciona elementos para una política presupuestaria y tributaria progresiva. Por el contrario, y en contradicción con algunas reglas elementales de técnica constitucional, se recogen unas obsesiones “normativas” por el equilibrio presupuestario y la ausencia de déficit (artículos I-53.2 y III-184) que la “normalidad” política y económica de la Unión no han hecho más que desmentir de manera sistemática⁶³.

El principio de unanimidad, por su parte, rige el sistema de recursos propios –que debe ser decidido por el Consejo y aprobado por cada Estado miembro (artículo I-54) –, la aprobación del cuadro financiero plurianual (artículo I-55) y la eventual armonización de las legislaciones

en materia fiscal (artículo III-170 y artículo III-171). Para el presupuesto de 2005, se ha confirmado una partida que apenas supera el 1% del PIB del total de países de la Unión, una cantidad inferior al 1,27% exigido por la propia Comisión y sensiblemente menor al 20% del presupuesto federal de los Estados Unidos. Si se tiene en cuenta que, en una Unión ampliada a 25 países, lo que se dedicará a fondos estructurales y de cohesión ronda la tercera parte de ese 1%, no es difícil pronosticar una «guerra entre pobres» y una “competencia a la baja” determinada, esta vez, por un texto que pretende legitimarse como constitucional.

Es en este contexto en el que debe juzgarse el potencial papel de la Carta de derechos fundamentales de la Unión incluida en la Parte II. Presentada como el instrumento de redención de una Unión “incompleta” afectada por el pecado original de la ausencia de un catálogo formal de derechos, es difícil pensar que la Carta vaya a contribuir, de manera significativa, a revertir el déficit político, y sobre todo social y ambiental, que aqueja a la Unión.

Es mucho lo que se ha dicho ya acerca de las inconsistencias en materia de derechos sociales y ambientales de una Carta que, después de todo, tenía por objeto “hacer visibles” derechos ya reconocidos por el derecho originario y derivado y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Vid., entre otros, ARRIGO, 2005; BRONZINI, 2005; CRUZ VILLALÓN, 2004; MARTÍNEZ SIERRA, 2004; GRIMM, 2003; CANTARO, 2003; FAVOREU, 2003; DE SCHUTTER, 2003; LUCIANI, 2000).

De entrada, y a pesar de la supuesta apuesta de la Carta por la “interdependencia” e “indivisibilidad” entre las diferentes categorías de derechos, el cuidado exhibido en la consagración de los derechos de «libertad» –entre los que se incluye la libertad de empresa (artículo II-76) y el derecho de propiedad (artículo II-77)– es

visiblemente mayor que el aplicado al reconocimiento de los derechos denominados de “igualdad” (Título II) y de “solidaridad” (Título III).

Así, aunque el Preámbulo de la Carta menciona tanto al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como a la Cartas sociales europea y comunitaria, éstas últimas desaparecen tanto del artículo I-9, dedicado a los derechos fundamentales, como del artículo II-112, dedicado al alcance e interpretación de la Carta. Mientras derechos como el derecho al trabajo, a una vivienda digna o a un ambiente sano y de calidad aparecen reducidos, respectivamente, al derecho “a trabajar” (artículo II-75)⁶⁴, a una “ayuda de vivienda” (artículo II-94.3) o a un simple mandato de “protección del medio ambiente” (artículo II-97), otros, como la libertad de empresa o el derecho de propiedad, aparecen consagrados de una manera generosa y despojados incluso de la “función social” que le imponen ciertas constituciones estatales (LA TORRE, 2004; COMBA, 2003; DE SCHUTTER, 2003; CANTARO, 2003).

Del mismo modo, la supeditación del reconocimiento de muchos derechos sociales a lo establecido “en el Derecho de la Unión, en las legislaciones y prácticas nacionales”; la equívoca remisión, como criterio interpretativo, a las “explicaciones” de los mismos realizadas por la Convención redactora (artículo II-112.7); o la referencia, introducida a instancias del Reino Unido, a “principios” que “sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional” previo desarrollo legislativo (artículo II-112.5)⁶⁵ no pueden interpretarse sino como intentos de mantener, en lo fundamental, su estatuto de minoría jurídica y de derechos de segunda categoría en relación con ciertos derechos civiles, político y patrimoniales (GRIMM, 2003: 11).

Es verdad que el artículo II-113 establece que ninguna disposición de la Carta

puede interpretarse como limitativa o lesiva de derechos reconocidos en los diferentes instrumentos estatales e internacionales de protección de derechos humanos, comenzando por el Convenio Europeo. En buena lógica, sin embargo, parece claro que una sola Constitución estatal no podrá convertir su nivel más alto de protección de un determinado derecho en el nivel de protección que deba utilizarse en todos los Estados a la hora de enjuiciar y aplicar el Derecho comunitario. Así, este nivel más alto no podría regir ni siquiera en el Estado en cuestión, ya que ello impediría, a la larga, la aplicación uniforme del Derecho comunitario⁶⁶. Por otra parte, el principio de *stand still*, que ciertamente podría aplicarse a los derechos sociales, no tendría por qué no regir también respecto de los derechos patrimoniales reconocidos en la Carta. En consecuencia, cualquier cambio significativo en la jurisprudencia que, como se ha visto, contempla a los derechos sociales como “excepciones” a las libertades de mercado sólo admisible bajo requisitos muy estrictos, resultaría bastante improbable.

En otras palabras: tal vez pueda aceptarse que el artículo II-113 incorpora, en cierto modo, un mandato de “no regresividad” en el corazón de la Carta. Pero eso no quiere decir que ésta vaya a facilitar, al menos en el corto plazo, una presión eficaz de los operadores políticos y jurídico para mejorar el nivel de protección ya existente⁶⁷. Así, la cláusula horizontal del artículo II-111 se encarga en recordar que la Carta «no crea ninguna competencia ni misión nuevas para la Unión», mientras que el artículo II-112 dispone que “los derechos reconocidos (...) que se mencionan en otras Partes de la Constitución, se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas”. Es decir, que es la Carta la que ha de interpretarse de acuerdo a los principios y políticas estipulados en el res-

to del Tratado constitucional, y no al revés. Se consigue, de ese modo, que la Carta “no moleste”, que sea un elegante “convidado de piedra” (CRUZ VILLALÓN, 2004) de maneras contenidas y respetuosas de un sistema de reparto competencial que exige, como cláusula de cierre, el respeto por “el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia” (artículo III-177)⁶⁸.

6. Conclusiones: La Compleja Articulación Constitucional de la *Europa potencia*

Si la separación entre “política” y “economía” es un mito recurrente en el pensamiento constitucional liberal, no es menos frecuente el de la desconexión entre Constitución económica y Constitución penal y militar. En efecto, si la erosión del principio democrático en el constitucionalismo europeo ha sido funcional a la erosión del principio social, el debilitamiento de ambos a supuesto, no ya la desaparición sin más de todos los atributos de la “soberanía” y de la “estatalidad”, sino por el contrario, el fortalecimiento, desigual y combinado, de la única dimensión de la misma que permanece intacta: la burocratización y la concentración del uso de la violencia (DE GIORGI, 2003: 246).

En efecto, y contra lo que parecen sugerir las versiones más idealizadas del constitucionalismo *multilevel*, la agudización de la crisis de la forma social y democrática del Estado en Europa no se ha traducido sin más en un pluralismo jurídico, liberal y cultural, articulado de manera virtuosa en diferentes escalas. Por el contrario, ha supuesto el regreso de un “liberalismo autoritario” que une la exigencia de una Constitución económica dirigente a la exhibición exponencial de potencia penal y militar, tanto en el ámbito interno⁶⁹ como hacia el exterior⁷⁰.

La constitucionalización de una Unión Europea policial y militarizada, que asume de manera progresiva parte del poder de coacción de los Estados miembros, es de hecho un proceso contradictorio que se remonta, sobre todo, al impulso de la moneda única, con el Tratado de Maastricht. El clima de “histeria securitaria” instalado tras el 11 de septiembre de 2001 y el paso de una política exterior de hegemonía a una de dominio por parte de los Estados, han acelerado ese proceso, que ha dejado huellas inconfundibles en el Tratado constitucional (FERNÁNDEZ DURÁN, 2004: 43 y ss.).

Así, la inclusión de una “cláusula de solidaridad” que permite a la Unión movilizar medios militares puestos a disposición por los Estados miembros para “prevenir la amenaza terrorista” en cualquiera de ellos (artículo I-43-a); el encargo al Consejo Europeo de evaluar “de forma periódica las amenazas a las que se enfrenta la Unión” (artículo III-329); la regulación detallada de las funciones de Europol y Eurojust, en contraste con las tímidas previsiones previstas para su control⁷¹; la recepción discriminatoria y excluyente de los derechos de los extranjeros y de la política migratoria de la Unión⁷²; o la configuración, en general, de un “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” (artículo I-42) que es cada vez más un espacio policial y de control interno, son algunos de los signos de «excepcionalidad» que el Tratado recoge con un lenguaje entre ambiguo y desenfadado.

De manera similar, la falta de un compromiso consistente con el derecho internacional de los derechos humanos, con la Carta de la ONU y con una Unión pacífica⁷³ así como la oscilante relación de sumisión, emulación y tímida disidencia coyuntural con el proyecto imperial de los Estados Unidos⁷⁴, ponen en entredicho la viabilidad de un proyecto europeo “diferenciado” (ZAGREBELSKY, 2003, 11 y

ss.). O si se prefiere, cuestionan la viabilidad de una Unión Europea capaz de mantener algún tipo de unidad no “imperial” o “super-estatal” (SLOTEDIJK, 2003) y de exorcizar, así, los fantasmas del militarismo, del racismo y del “chauvinismo del bienestar” (BALIBAR, 2003; FERNÁNDEZ DURÁN, 2004: 43 y ss.).

Llegados a este punto, la subordinación de cualquier propuesta de Constitución formal europea a los imperativos de un transformado constitucionalismo social y democrático post-estatal se convierte en una exigencia ineludible para una teoría y una práctica críticas respecto del proceso de “construcción europea”. Ciertamente, la impugnación de algunas de las concretas trayectorias de ese proceso –de sus derivas tecnocráticas, monetaristas, securitarias, discriminatorias y anti-sociales– no tiene por qué inducir ni a un repliegue nostálgico al Estado-nación –a la ilusión de una homogeneidad nacional inexistente, de un mundo seguro de fronteras fijas– ni el abandono a alguna variante más o menos elitista de “euro-escepticismo”. De lo que se trataría, en realidad, es de profesar un europeísmo capaz de revolverse de manera resuelta contra ciertas imágenes de “Europa”; de mantenerse al mismo tiempo “dentro” del proyecto europeo y «ajeno» a algunas de sus concreciones (DE GIORGI, 2003: 246).

Exigir la constitucionalización de Europa, en este sentido, no tiene por qué suponer la exigencia (o el lamento por la pérdida) de formas “estatales”, es decir, de poderes burocratizados, militarizados, mercantilizados y centralizados, obsesionados en último término por la reconducción a la “unidad” y la custodia de la “soberanía”⁷⁵. Ni los Estados-nación han perdido todos estos atributos, puesto que mientras la forma “social” y “democrática” se ha deteriorado (de manera desigual según los Estados), la forma “penal” se ha

fortalecido como nunca; ni es posible decir que la Unión Europea carezca de ellos en todas sus dimensiones. De hecho, la Unión Europea realmente existente bien puede calificarse como un “Super-Estado débil” (BALIBAR, 2004). O si se prefiere, puede considerarse una suerte de “Super-Estado” desde un punto de vista monetario, burocrático y, cada vez más, militar, y una organización precariamente institucionalizada, en cambio, desde una perspectiva fiscal, social o ecológica (FERNÁNDEZ DURÁN, 2005: 130 y ss.).

De lo que se trataría, en este contexto, es de imaginar, a partir de la crítica, precisamente, del “pensamiento de Estado”, un sistema europeo coordinado y abierto de instituciones que admita la introducción de permanentes límites y controles para toda forma de poder, público y privado, y la articulación, en diferentes escalas, de espacios adecuados de control y participación social⁷⁶. Un proyecto de este tipo no supondría negar la necesidad de mediaciones jurídicas e institucionales, pero sí renunciar a su “fijación”⁷⁷ bajo formas estatales.

Del mismo modo, defender la necesidad de dar expresión al “poder constituyente europeo” no supone invocar un horizonte de uniformidad étnica, cultural o incluso lingüística. Significa, por el contrario, asumir el carácter irreversiblemente diverso, multicultural y plurinacional de los pueblos, habitantes y movimientos sociales europeos y, a partir de allí, exigir “procesos constituyentes” capaces de dar expresión a su potencia creativa⁷⁷.

A pesar de sus discutibles credenciales garantistas y democráticas, la irrupción en escena del Tratado constitucional ha tenido la paradójica virtud de alentar una esfera pública europea crítica y movilizadora, capaz de apropiarse, al menos en parte, de un proceso constituyente secuestrado por las administraciones estatales y comunita-

rias, los expertos y los principales grupos de presión. No es fácil saber en qué acabará ese impulso. Pero de su consolidación y crecimiento en diferentes escalas y esferas dependen en gran parte las posibilidades de conjurar las derivas anti-democráticas, anti-sociales y autoritarias de la actual Unión Europea y de sus Estados miembros.

REFERÊNCIAS

AA. VV., *La ilusión constitucional. Una crítica del Proyecto de la Convención y razones para una Europa alternativa*, X. Pedrol y G. Pisarello (eds.), El Viejo Topo, Barcelona, 2003.

AGNOLETTI, V. *I limiti della nuova Costituzione europea*, en AA.VV., *Il nuovo Trattato di Roma. Europa e processo costituente*, Ediesse, Roma, 2005.

ALLIÈS, P. *Une Constitution contre la démocratie?. Portrait d'une Europe dépolitisée*, Climats, Paris, 2004.

ARRIGO, G. *Costituzione per l'Europa e diritti fondamentali*, en AA.VV., *Il nuovo Trattato di Roma. Europa e processo costituente*, Ediesse, Roma, 2005.

BALIBAR, E. *¿Nosotros, ciudadanos de Europa?*, Tecnos, Madrid, 2003.

- *Europa, constitution, frontière*, Éditions du Passant, París, 2004.

BENGOETXEA, J. *La Europa Peter Pan. El constitucionalismo europeo en la encrucijada*, IVAP, Oñati, 2005.

BERCOVICI, G. *Constituição e Estado de Exceção permanente. Atualidade de Weimar*, Azougue, Río de Janeiro, 2004.

BRONZINI, G. *Il 'modello sociale' europeo*, en *La Costituzione europea. Luci e ombre*, E. Pacciotti (ed.), Meltemi, Roma, 2003a.

- *L'Europa politica dopo la Convenzione: tra continuità e rottura*, en *Europa, Costituzione e Movimenti Sociali*, G. Bronzini, H. Friese, A. Negri, P. Wagner (ed.), Manifestolibri, Roma, 2003b.

- *Il nuovo 'costituzionalismo' europeo: il rinnovamento necessario della teoria costituzionale*, en AA. VV., *Il nuovo Trattato di Roma. Europa e processo costituente*, Ediesse, Roma, 2005.

CANTARO, A. *Europa sovrana. La costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, Dedalo, Bari, 2003.

COMBA, M. *I diritti civili. Verso una nuova funzione della proprietà privata*, en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, G. Zagrebelsky (ed.), Laterza, Bari, 2003.

CORPORATE EUROPEAN OBSERVATORY. *Europa S.A.*, Icaria, Barcelona, 2003.

CRUZ VILLALÓN, P. *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004.

DEAKIN, S. *Labour law as a market regulation, the economic foundations of European social policy*, en *European Community labour law: principles and perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

DE GIORGI, A. *L'Europa fra Stato Penale e nuova cittadinanza*, en G. Bronzini, H. Friese, A. Negri, P. Wagner (ed.), Manifestolibri, Roma, 2003.

DE SCHUTTER, O. *La garanzia dei diritti e principi sociali nella 'Carta dei diritti fondamentali'*, en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, G. Zagrebelsky (ed.), Laterza, Bari, 2003.

DUHAMEL, O. *Pour l'Europe. Le texte intégral de la Constitution expliqué et commenté*, Seuil, Paris, 2003.

ELSTER, J. *Deliberation and Constitution Making*, en *Deliberative Democracy*, J. Elster (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

ESTÉVEZ, J. A. *El problema de la unidad europea y de los Estados nacionales*, en *Mientras Tanto*, nº 57, Barcelona, 1994.

- *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994.

FABIUS, L. *Une certain idée de L'Europe*, Plon, Paris, 2004.

FAVOREU, L. *I garanti dei diritti fondamentali europei*, en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, G. Zagrebelsky (ed.), Laterza, Bari, 2003.

FERNÁNDEZ DURÁN, R. *La compleja construcción de la Europa Super-potencia. Una aportación al debate sobre el futuro del Proyecto Europeo y las resistencias que suscita*.

FERRAJOLI, L. *El derecho como sistema de garantías*, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

FERRERES COMELLA, V. *La Constitució espanyola davant la clàusula de primacia del*

- Dret de la Unió Europea. Comentari a la Declaració 1/2004 del Tribunal Constitucional*, en *El Clip* nº 30, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2005.
- FIORAVANTI, M. *Il Trattato costituzionale europeo: una nuova tappa del processo costituzionale in Europa*, en *Dalla Convenzione alla Costituzione*, G. Vacca (ed.), Dedalo, Bari, 2005.
- FOUCAULT, M. *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-78)*, Le Seuil, Paris, 2004.
- *Naissance de la biopolitique. Cours au collège de France (1978-79)*, Le Seuil, Paris, 2004.
- GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 1999.
- *Constituição Dirigida e Vinculação do Legislador: Contributo para Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001
- GRIMM, D. *Una costituzione per l'Europa?*, en G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro y J. Luther (eds.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Turín, 1996.
- *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, G. Zagrebelsky (ed.), Laterza, Bari, 2003.
- HABERMAS, J., *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, en G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro y J. Luther (eds.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Turín, 1996.
- *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 1998.
- *¿Por qué Europa necesita una Constitución?*, en *New Left Review*, nº 11, 2001.
- HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, UNAM, México, 2001.
- HAYEK, F. *The Constitution of Liberty*, Routledge, Londres, 1990.
- JOERGES, Ch. *¿Qué tiene de social-demócrata la Constitución económica?*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 73, 2005.
- LA TORRE, M. *La Constitución en tiempos de Imperio*, en *Pasajes*, nº 15, Valencia, 2004.
- LOUIS, J-V. *Les projets de constitutions dans l'histoire de la construction européenne*, en *La constitution de l'Europe*, P. Magonette (ed.), Institut d'Etudes Europeennes, Bruselas, 2000.
- LUCAS, J. DE. *Perplejidades ante la 'Constitución europea'*, en *Jueces para la democracia*, nº 50, Madrid, 2004.
- LUCIANI, M. *Diritti sociali e integrazione europea*, en *Annuario 1999. La Costituzione europea*, Associazione Italiana dei costituzionalisti italiani, Cedam, Padua, 2000.
- MAC CORMICK, N. *Beyond the Sovereign State*, en *Modern Law Review*, n 56 – I, 1993.
- MAESTRO BUELGA, G. *Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea*, en *Revista Española de Derecho comunitario*, nº 7, 2000.
- MAGNETTE, P. *Questions sur la Constitution européenne*, en *La Constitution de l'Europe*, P. Magonette (ed.), Institute d'Etudes Europeennes, Bruselas, 2000.
- *Le régime politique de l'Union Européenne*, Presses de Sciences Po, Paris, 2003.
- MANZELLA, A. *Agnizione e innovazione: nascita di una Costituzione*, en *La Costituzione europea. Luce e ombra*, Elena Paciotti (ed.), Meltemi, Roma, 2003.
- MARTÍNEZ SIERRA, J.M. *La Constitución europea ¿Qué papel cumple en este momento? Una lectura crítica*, en *Documentación social. Revista de Estudios Sociales y Sociología Aplicada*, nº 134, Madrid.
- MEZZARDA, S., y RIGO, E. *L'Europa dei migranti*, en G. Bronzini, H. Friese, A. Negri, P. Wagner (ed.), Manifestolibri, Roma, 2003.
- MORELLI, U., Morelli. *La Costituzione europea: il modello federalista*, en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, G. Zagrebelsky (ed.), Laterza, Bari, 2003.
- MUÑOZ MACHADO, S. *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, Alianza, 1993
- NEDELSKY, J. *Private Property and the Limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and its Legacy*, University of Chicago Press, Chicago, 1990.
- NEGRI, A. *L'Europa e l'Impero. Riflessioni su un processo costituzionale*, Manifestolibri, Roma, 2003.
- *El Poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1994.
- NEVES, M. *La constitucionalização simbólica*, Ed. Academica, S. Paulo, 1994.

NINO, C.S. *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

OFFE, C. *The European model of 'social' capitalism. Can it survive European integration?*, en *Journal of Political Philosophy*, nº 11, 2003.

PERNICE I. *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, en *Common Market Law Review*, vol. 36, 1999.

- y FRANZ MEYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, G. Zagrebelsky (ed.), Laterza, Bari, 2003.

PIZZORUSSO, A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bolonia, 2002.

- *Una Costituzione 'ottriata'*, en *La Costituzione europea. Luci e ombre*, E. Pacciotti (ed.), Meltemi, Roma, 2003a.

POIARES MADURO, M. *We, The Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

- *Europe and the constitution: what if it is as good as it gets?*, en *European Constitutionalism Beyond the State*, J.H.H. Weiler y M. Wind (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

RUBIO LLORENTE, F. *Mostrar los derechos sin destruir la Unión*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 64, 2002.

SCHARP, F.W. *Governare l'Europa* Il Mulino, Bolonia, 2002.

SIERVO, U. *I diritti costituzionali europei e i diritti costituzionali italiani*. (A proposito della 'Carta dei diritti fondamentali'), en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, G. Zagrebelsky (ed.), Laterza, Bari, 2003.

SLOTERDIJK, P. *Si Europa despierta*, Pre-textos, Valencia, 2004.

SOUSA SANTOS, B. *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*, Cortez Editora, Porto Alegre, 2000.

TRIDIMAS, T. *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

WEILER, J. H.H. *Does Europe Need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, en *European Law Journal*, nº 1, 1995.

- *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

- *Federalismo e costituzionalismo: il 'Sonderweg' europeo*, en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, G. Zagrebelsky (ed.), Laterza, Bari, 2003a.

- *In defence of the statu-quo: Europe's constitutional Sonderweg*, en J.H.H. WEILER Y M. WIND, *European constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003b.

- y WIND, M. *Introduction: European constitutionalism beyond the state* en J.H.H. WEILER Y M. WIND, *European constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

ZACHER, U. *Los derechos fundamentales de los trabajadores en la Carta Europea de Derechos Fundamentales*, en *Temas laborales*, nº 65, 2002.

ZILLER, J. *La nuova Costituzione europea*, Il Mulino, Bolonia, 2004.

NOTAS

¹ Al respecto, Vid., entre otros, FIORAVANTI, 2005: 103 y ss.; GRIMM, 2003: 16 y ss.; BRONZINI, 2003b: 111 y ss.; 2005: 18 y ss.; CRUZ VILLALÓN, pp. 17; PIZZORUSSO, 2003: 41 y ss.

² Hasta el momento, el Tratado constitucional ha sido ratificado por 12 países: Austria, Chipre, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Eslovaquia, Eslovenia, Luxemburgo, España y Alemania (que aún tiene pendiente la firma de su presidente). Sin embargo, el rechazo expresado en los referéndum de Francia y Holanda ha puesto en crisis el conjunto de un proceso ratificatorio. En rigor, éste debería cancelarse, ya que para la ratificación se exige el concurso unánime de los 25 Estados miembros. Sin embargo, la Declaración nº 30 aneja al Tratado introduce alguna confusión al estipular, de manera un tanto eufemística, que «si transcurrido un plazo de dos años desde la firma del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, las cuatro quintas partes de los Estados miembros lo han ratificado y uno o varios Estados miembros han encontrado dificultades para proceder a dicha ratificación, el Consejo Europeo examinará la cuestión» (Cursivas G.P.).

³ Una perspectiva metodológicamente similar, aunque otorgando a ambos términos, como se verá, un sentido parcialmente diverso, en WEILER y WIND, 2003: 3 y ss.

⁴ Esta versión avanzada del componente garantista del actual paradigma constitucional ha sido sólidamente defendida por FERRAJOLI, 1999: 15 y ss.

⁵ Desde estas premisas, la participación en la elección y control de los poderes constituidos, así como la existencia de vías que permitan la constante expresión del poder (o poderes) constituyente(s), representan un criterio irrenunciable a la hora de medir el carácter más o menos avanzado de un sistema constitucional. Sobre la lógica democrático-deliberativa del constitucionalismo y la primacía del principio de democracia directa ha insistido NINO, 1997 y, con matices, HABERMAS, 1998. En una perspectiva discursiva más retórica, pero con menos concesiones a la tendencia de los ordenamientos jurídicos existentes a «absorber» la potencia democrática del poder constituyente en la “maquinaria representativa” de los poderes constituidos, véase NEGRI, 1994.

⁶ Vid. PIZZORUSSO, 2002. En un sentido similar, P. Häberle utiliza la expresión “derecho constitucional común europeo” (HÄBERLE, 2001). Lo que aquí se sugiere, en todo caso, es un canon comparativo más amplio, no necesariamente eurocéntrico, que sea capaz de enjuiciar el proceso de integración, también, a partir de las mejores aportaciones, formales y materiales, provenientes del constitucionalismo internacional, incluido el del “Sur” o el del “Este”.

⁷ J.H.H. Weiler ha popularizado, a propósito de la construcción europea, la expresión “constitucionalismo sin Constitución”. En su opinión, en efecto, la europea sería ya una práctica constitucionalista virtuosa, caracterizada por una cierta delimitación de poderes y una vocación de convivencia “tolerante” y “plural” con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Desde esas premisas, mantener un cierto *statu quo* sería preferible a impulsar una Constitución formal que, en opinión de Weiler, comportaría necesariamente un Estado europeo, una mayor centralización y una amenaza, en definitiva, para la diversidad cultural de la Unión (WEILER, 1999; 2003a y 2003b). En este texto, el

sentido que se da a la expresión Constitución es más formal, y no se concibe necesariamente ligada a la idea de Estado. La expresión constitucionalismo, en cambio, se utiliza de manera más exigente en términos ideal-normativos. Así, no sólo supondría la conveniencia de una cierta descentralización vertical del poder, sino también la necesidad de incorporar, en cada una de esas dimensiones, garantías sociales y democráticas suficientes.

⁸ “Pesa mucho —explicaba C. Castoriadis— la ilusión constitucional, la idea de que basta tener una Constitución para que las cosas estén en orden”, Cit. en AA.VV., 2003.

⁹ Autores como N. Mac Cormick, J.H.H. Weiler o I. Pernice han expresado reservas similares frente a este “monismo soberanista”, tanto en su vertiente estatal como comunitaria. Como alternativa, han propuesto un enfoque metodológico “pluralista” que evite las tentaciones tanto de quienes sólo ven la posibilidad de profundizar los procesos de democratización y tutela de los derechos en el ámbito de los Estados nacionales como de quienes aspiran a la consagración de un Super-Estado europeo encargado de hacerlo. Sin perjuicio de la innegable brillantez de estas construcciones, se trata sin embargo de análisis lastrados por una concepción en exceso complaciente de la Unión Europea y de los Estados nacionales “realmente existentes”. Esa complacencia no siempre les permite percibir de manera adecuada la pertinaz presencia de elementos irreductibles de “estatalidad” (burocratismo, militarismo, mercantilización, chauvinismo) que deben ser superados tanto en uno como en otro nivel. Vid., entre otros, MAC CORMICK, 2003; WEILER, 1999; 2003a; 2003b; PERNICE, 1999; PERNICE y MEYER, 2003. Desde similares presupuestos metodológicos, pero con un sentido más incisivo, BRONZINI, 2005.

¹⁰ Es conocido el debate entre quienes demandan la existencia de un “pueblo europeo” como prerequisite para la existencia de una Constitución y quienes, por el contrario, consideran que una Constitución puede “inducir” el surgimiento de una esfera pública europea. Vid., por todos, GRIMM, 1996 y HABERMAS, 1996. Grimm ofrece una versión matizada de su posición original en GRIMM, 2003. Una actualización de las reflexiones de Habermas, por su parte, puede verse en HABERMAS, 2001.

¹¹ Tan antigua como los copiosos estudios y comentarios sobre la cuestión. A propósito de esta abundancia de literatura sobre el tema, J. H. H. Weiler se ha permitido ironizar en su introducción a la edición italiana de *The Constitution of Europe*: (L)as palabras ‘Constitución’ y ‘europea’ se han convertido en un peligro para la salud mental. Cada vez que las leo voy de inmediato a buscar una aspirina. Los libros que tratan sobre la Constitución europea quizás deberían reproducir en la tapa la advertencia ‘perjudica la salud’ con que se acompaña los paquetes de tabaco». Cit. por BRONZINI, 2003b. Sobre los diferentes proyectos de Constitución en la historia de la construcción europea, LOUIS, 2000: 41 y ss.

¹² Desde un punto de vista formal, ya en 1963 el Tribunal de Justicia sostuvo, en su sentencia “Van Gend & Loos”, que los Tratados constitutivos que habían dado lugar a las Comunidades Europeas habían generado un nuevo ordenamiento jurídico, distinto del de los Estados miembros así como del derecho internacional. Es decir, un ordenamiento *sui generis* que, en cualquier caso, vinculaba a todos los poderes de la Comunidad y a los Estados miembros. En la Sentencia “Costa c. Entel”, de 1964, estableció por su parte que dicho ordenamiento tenía primacía sobre el derecho de producción estatal. En la Sentencia “Simmenthal”, de 1978, incorporó la obligación de los jueces estatales ordinarios, como jueces comunitarios, de inaplicar las leyes estatales que resultaran anti-comunitarias, sin que pudieran suspender el procedimiento y elevar una cuestión al Tribunal Constitucional estatal. En la misma línea, a partir de su Sentencia «Parti écologiste», de 1986 (luego confirmada en decisiones como “Weber”, de 1993, o “Comisión c. Bei”, de 2003), el Tribunal de Justicia definió a los Tratados constitutivos como la “Carta constitucional” de una “Comunidad de derecho”, y señaló que ni los órganos comunitarios ni los Estados miembros podían sustraerse al control de conformidad con la misma.

¹³ En efecto, a resultas de la “presión” de algunos Tribunales constitucionales estatales –el italiano y, sobre todo, el alemán– el Tribunal de Justicia se vio obligado a asumir la protección de algunos derechos fundamentales. Primero, como “principios generales”, y luego, como

un reflejo de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como de los convenios internacionales de los que hubieran sido parte, comenzando por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Uno de los detonantes de este giro fue el dictado, en 1974, de la sentencia conocida como “Solange I” por parte del Tribunal constitucional federal alemán. Allí se sostenía que mientras no existiera a nivel europeo una tutela suficiente de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional se reservaría el control de la aplicación del derecho comunitario tomando como base los derechos reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn.

¹⁴ Consciente de estos límites, el propio Parlamento europeo, que había ya impulsado un Proyecto de Constitución en 1984 (el Proyecto “Spinelli”), propició una nueva iniciativa constitucional en 1993-1994 (el Proyecto “Herman”). Sin embargo, ni el resto de órganos comunitarios, ni los parlamentos estatales se hicieron eco de la propuesta (LOUIS, 2000: 41).

¹⁵ La Carta social europea de 1961, nacida en el ámbito del Consejo de Europa y revisada en 1996, nunca llegó a considerarse un punto de referencia relevante en el ordenamiento comunitario.

¹⁶ Sobre todo entre 1974 y 1993, el Tribunal de Justicia desarrolló una arraigada jurisprudencia que dejaba claro que la tutela de derechos sociales constituía una excepción a la libre circulación de mercancías, de servicios y de competencia. En consecuencia, la limitación de estos principios sólo podía admitirse en condiciones restrictivas si se probaba su proporcionalidad y su carácter no discriminatorio. Para ello, por ejemplo, era necesario probar que los intereses en juego podían verse expuestos a “riesgos graves” o una “amenaza significativa” y que las medidas adoptadas para protegerlos eran las menos restrictivas para las libertades de mercado. Vid., TRIDIMAS, 1999: 124 y ss; DE SCHUTTER, 2003: 211 y ss; ALLIÈS, 2004: 55 y ss.; 122 y ss..

¹⁷ La expresión “Constitución dirigente” es utilizada por J.J. Gomes Canotilho para describir la densidad normativa de las Constituciones sociales de posguerra –sobre todo de la Constitución portuguesa de 1976- y su capacidad para vincular la capacidad de actuación del legisla-

dor ordinario (GOMES CANOTILHO, 2001). En la agudización de la crisis del Estado social, el constitucionalismo de la Unión Europea es una suerte de constitucionalismo dirigente inverso, de orientación neoliberal. Es decir, un sistema constitucional que interviene de manera activa para erosionar la forma social del Estado y rehabilitar el valor tendencialmente absoluto de las libertades de mercado.

¹⁸ Las Cartas, en efecto, no se mencionan en el artículo 6.2 del TUE al que el 46, relativo a las competencias del Tribunal, reenvía.

¹⁹ De entrada, y pese a las sugerencias presentadas en la primavera de 2000, no se incluyeron todos los derechos consagrados en la versión revisada de la Carta Social europea de 1996. La justificación fue que la Carta no había sido ratificada por los 15 Estados miembros. La incorporación de algunos derechos, como el derecho a un salario mínimo, fue rechazada por “maximalista” (ZACHER, 2002: 15-16).

²⁰ La progresiva erosión del carisma comunitario reconoce una larga lista de antecedentes: el “no” danés en el referéndum sobre el Tratado de Maastricht, en 1992; el ajustado “sí” francés –poco más del 50% de los votos emitidos– al mismo Tratado; el “no” noruego en el referéndum sobre el ingreso a la Unión de 1995; el “no” danés en el referéndum sobre el Tratado de Amsterdam; el “no” irlandés en el primer referéndum sobre el Tratado de Niza; el “no” sueco en el primer referéndum sobre la adopción del euro; la elevada tasa de abstención en las elecciones al Parlamento Europeo (un 50,2%, que alcanzó el 76,6% en el Reino Unido y el 70% en los Países Bajos); el surgimiento, a mediados de los años 90, de los primeros movimientos sociales de protesta de ámbito europeo y de las primeras “euomarchas”. Como es evidente, los decisivos rechazos al Tratado constitucional en Francia y Holanda no pueden explicarse sin esos precedentes.

²¹ Junto a estos temas, se planteaba también los de la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros, respetando el principio de subsidiariedad; la fijación del estatuto jurídico de la Carta de Niza; la simplificación de los Tratados y el papel de los parlamentos nacionales en la arquitectura europea.

²² A. Manzella, por ejemplo critica a los que sólo ven en el Tratado a Argos, el perro de Ulises, que “revela” la Constitución escondida, y no

a Zeus, que saca de su propia cabeza a Atenea en armas, es decir, que hace nacer una “nueva” Constitución (MANZELLA 2003:29).

²³ “Europa, tan rica en teorías y prácticas del poder constituyente –constata Paul Allières– se ha convertido en el lugar de su olvido (...) La modernidad institucional europea se empeña en tornar impensable el poder constituyente, en negar que pueda ‘expresarse como subjetividad’, salvo en un ámbito ‘social’ interpretado por la economía o la sociología. Es como si este poder, en la Unión, se limitara a la defensa de derechos subjetivos, sin que sus titulares, los ciudadanos europeos, puedan influir en las decisiones adoptadas en este nivel” (ALLIÈS, 2004: 53 y 54).

²⁴ Intentando distanciarse de las connotaciones esencialistas del concepto de “pueblo”, así como de su construcción e identificación “desde arriba”, en clave estatal, Vid. la caracterización, de explícita filiación spinoziana, que realiza A. Negri de la “potencia constituyente de la multitud” (NEGRI, 1994: 369 y ss.).

²⁵ Con alguna ligera variante, estos tres criterios de legitimación de los procesos constituyentes están tomados de la clasificación propuesta por ELSTER, 1998.

²⁶ Por ejemplo, aunque el Tratado dice asumir la igualdad entre hombres y mujeres como un valor (artículo I-2) y un objetivo (artículo I-3) de la Unión, la presencia de estas últimas en la Convención no fue superior al 20%. Y si se tiene en cuenta –como apunta P. Allières– que pretendía representar a 450 millones de ciudadanos, es posible que la Convención haya alcanzado un récord en materia de ratio censitaria en la historia constitucional (ALLIÈS, 2004: 64 y ss.)

²⁷ No es casual que entre los 105 miembros titulares de la Convención diseñada por el Consejo europeo de Laeken hubiera dos antiguos jefes de Estado, una media docena de antiguos Primer Ministros, unos cincuenta ministros, 56 representantes de los parlamentos de los Estados miembros y de los países candidatos, 28 representantes de los gobiernos, 16 representantes del Parlamento europeo y 2 de la Comisión. Tampoco es extraño que 72 parlamentarios elegidos o designados en segundo grado formaran parte de la Convención sin tener mandato alguno para ello.

²⁸ El poder de intervención reconocido por el Tratado a la “Convención” de cara a reformas futuras es claramente limitado. Según el procedimiento de reforma ordinaria previsto en el artículo IV-403, el Consejo europeo podrá decidir por mayoría simple, previa aprobación del Parlamento, no convocar una Convención cuando la importancia de las modificaciones no lo justifique. Por su parte, en caso de ser convocada, la Convención emitirá una serie de recomendaciones a una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados para que aprueben de común acuerdo las modificaciones al Tratado.

²⁹ Los 11 Grupos de Trabajo eran: G.I: subsidiariedad; G.II: Carta Europea de derechos fundamentales; G.III: Personalidad jurídica; G.IV: Parlamentos nacionales; G.V: Competencias complementarias; G.VI: *Governanza* económica; G.VII: Acción exterior; G.VIII: Defensa; G.IX: Simplificación; G.X: Libertad, Seguridad y Justicia; G.XI: Europa social.

³⁰ Para una descripción más detallada, aunque más bien elogiosa del funcionamiento interno de la Convención y de sus grupos de trabajo, ZILLER, 2004: 126 y ss.

³¹ Integrada por más de 300 de los 448 artículos del conjunto del texto, la Parte III regula de manera exhaustiva todas las políticas de la Unión –mercado interior, política económica y monetaria, agricultura, transportes, energía, inmigración– e incorpora con detalle reglamentario muchas de sus obsesiones monetaristas y mercantilistas. El resultado es un texto que, contrariando las normas más elementales de técnica constitucional, pretende fijar no sólo las reglas del juego sino también las condiciones de su desarrollo.

³² Sólo la Constitución de Irlanda obliga a activar el referendo popular para constitucionalizar las modificaciones en el derecho europeo originario. En el resto de países –como ocurre con el artículo 93 de la Constitución española– suele recurrirse a mecanismos previstos para la interiorización de los Tratados internacionales. Lo cual consiente, no pocas veces, auténticas mutaciones subrepticias del sistema constitucional interno. MUÑOZ MACHADO, 1993; ESTEVEZ, 1994: 38 y ss.

³³ Desafortunadamente, no sería la primera vez que se vulnera el procedimiento de reforma de los Tratados. Así lo demuestran los casos de la

reunificación alemana; del fracaso del referéndum sobre el Tratado de Maastricht en Dinamarca; o sobre el Tratado de Niza, en Irlanda. Vid., al respecto, el incisivo análisis de MARTÍNEZ SIERRA, 2001: 245-260.

³⁴ Piénsese, si no, en el avanzado contenido de las Constituciones italiana, de 1947, o portuguesa, de 1976, nacidas de la resistencia contra el fascismo y de la “revolución de los claveles”, en comparación con la Ley Fundamental de Bonn, aprobada bajo la vigilancia de las tropas aliadas, o con la Constitución española, surgida de una transacción con el régimen franquista.

³⁵ La versión final del Tratado constitucional consta de 448 artículos. A ello hay que sumarle 2 Anexos, 36 Protocolos y 48 Declaraciones que también forman parte del Tratado (artículo IV-442) y que resultan imprescindibles para interpretar algunos de sus preceptos. Cuestiones fundamentales para la vida política e institucional de la Unión no se encuentran reguladas, mientras que otras que deberían haberse remitido a leyes o reglamentos posteriores, se encuentran consagradas con detalle. El resultado es una maraña de disposiciones muchas veces inaccesibles, no sólo para los ciudadanos, sino para los propios juristas, que partiendo a veces de una misma posición política sobre el Tratado, han extraído de él interpretaciones totalmente opuestas.

³⁶ En una reflexión que evoca lo ocurrido con el Tratado constitucional, J.J. Gomes Canotilho atribuye a las “Cartas Magnas” medievales esa función de “revelación” o “confirmación” de “privilegios y libertades” ya existentes que contribuyan a asegurar un gobierno “moderado”. El contrapunto de esa función sería, precisamente, la desconfianza frente a toda idea de un poder constituyente creador, con fuerza y competencia para diseñar y planificar, por sí mismo, el modelo de organización política (GOMES CANOTILHO: 1999: 65)

³⁷ La cuestión de la “constitucionalización simbólica”, sugerente para analizar las formas de legitimación de la construcción europea, ha sido abordada de manera inteligente por NEVES, 1994.

³⁸ “(P)or un período de tiempo ilimitado”, según su artículo IV-446 o «durante los próximos 50 años», según Giscard, principal “padre fundador” del texto.

³⁹ El artículo I-6 del establece de manera explícita que “(L)a Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”. En ese sentido, representa de hecho una innovación mayor tanto en el sistema de fuentes de la Unión y de los Estados miembros como respecto de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Luxemburgo a partir del caso *Costa v. Enel* (Vid. infra). En su Declaración 1/2004, del 13 de diciembre, el Tribunal Constitucional español ha querido minimizar esos efectos, modificando de manera peligrosa las ya dudosas tesis mantenidas en su Declaración 1/1992, a propósito de la constitucionalidad del Tratado de Maastricht. El argumento de fondo del Tribunal es que el artículo I-6 comporta la “primacía” del derecho europeo sólo en el ámbito de las competencias que les fueran atribuidas. Pero la Constitución española (CE) conservaría la “supremacía” de fondo. Entre otras razones, porque sería siempre a su través (en el caso español, mediante la vía del artículo 93 de la CE) que dicha atribución tendría lugar (Vid. FJ nº 3 y 4). Sin embargo, como muestran los votos particulares emitidos en la Declaración, sobre todo el del Magistrado R. García Calvo, el argumento es endeble. Supone aceptar, entre otras cuestiones que, sin necesidad de activar el mecanismo de la reforma, el artículo 93 podría “disponer” del texto de la CE, autorizando casi cualquier transferencia de competencias. Incluidas aquellas que, como estipula el artículo I-6 del Tratado constitucional, garantizan la primacía, no ya de un simple Tratado, sino de una “Constitución” que pretende imponerse no sólo sobre el derecho infra-constitucional estatal sino sobre la Constitución misma.

⁴⁰ Se calcula que entre 12.000 y 20.000 lobbistas profesionales actúan diariamente en diferentes Comités y organismos ligados a la Comisión o al Parlamento mismo. De este total, un 60% trabaja para empresas, unos 30% para los gobiernos estatales y el resto para ONG’s y otras instituciones. Algunos de los grandes grupos de poder europeos, como la Confederación de Industriales y Empresarios Europeos (UNICE), han tenido una influencia determinante en la redacción de algunos artículos del Tratado constitucional, comenzando por los que garantizan la

“libre competencia”, así como una economía de mercado “no falseada” y “altamente competitiva” (CORPORATE EUROPEAN OBSERVATORY, 2003).

⁴¹ El sistema, recordaba un liberal conservador lúcido como F. Hayek, crea especialistas de las organizaciones, los famosos “expertos” institucionales que encuentran su razón de ser en el conocimiento exclusivo y exhaustivo del sector del sistema del que dependen, y se convierten en los partidarios más entusiastas de la hipertrofia burocrática en la que viven. El funcionamiento de la Comisión y su “entorno” es un ejemplo acabado de ello (HAYEK, 1900: cap. XIX).

⁴² La moción de censura colectiva dirigida en su momento contra la Comisión Santer es una prueba de ello. Tampoco es extraño que el Tribunal de Cuentas de la Unión haya denunciado de manera persistente en los últimos años la opacidad en la utilización de fondos por parte de la Comisión y sus Comités de Trabajo.

⁴³ A poco tiempo de investida la actual Comisión presidida por José Durao Barroso, la recién nombrada Comisaria de Competencia, Neelie Kroes, tuvo que apartarse de cinco asuntos por colisión de intereses.

⁴⁴ Aunque la Comisión, en efecto, no está exenta de poder, y muchas veces hace valer su permanencia, su carácter técnico, frente a gobiernos cuyo “interés europeo” es, en el mejor de los casos, periódico, los Estados, sobre todo los más fuertes, poseen una gran capacidad de intervención sobre “sus” comisarios y funcionarios en Bruselas. De ahí que aunque en ocasiones las relaciones entre Consejo y Comisión puedan ser conflictivas, la mayoría de las veces lo que existe es un vínculo de complicidad.

⁴⁵ Así, por ejemplo, la fijación de la composición del Parlamento europeo (artículo I-20.2); la definición de las líneas estratégicas de la acción exterior de la Unión, que vinculan al Consejo de Asuntos Exteriores (artículo I-24.3; artículo I-40); la adopción, por mayoría cualificada, de la lista de formaciones del Consejo no incluidas en el Tratado constitucional (artículo I-24.4); la determinación de las condiciones de rotación de la presidencia del Consejo (artículo I-24.7); la modificación del número de miembros de la Comisión (artículo I-26.6); el establecimiento del sistema de elección de miembros de la Comisión (artículo I-26.6); el nombramiento, en últi-

ma instancia, de la Comisión (artículo I-27.2); el nombramiento y la finalización del mandato, por mayoría cualificada y con la aprobación del Presidente de la Comisión, al Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión (artículo I-28.1); la estipulación, por unanimidad y mediante decisión europea, de la posibilidad de que el propio Consejo pase a decidir por mayoría cualificada en distintos supuestos contemplados en la Parte III (artículo I-40); el paso, por unanimidad, a una política de defensa común (artículo I-41.2); la determinación de la suspensión de determinados derechos derivados de la pertenencia a la Unión, en caso de violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores enunciados en el artículo I-2; la precisión de las recomendaciones que realiza el Consejo ordinario sobre las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión (artículo III-179.2); la confirmación o no de la posibilidad de que un Estado miembro pueda seguir acogido a excepciones respecto de obligaciones derivadas de la unión económica y monetaria (artículo III-198); la realización de exámenes sobre la situación del empleo en la Unión (artículo III-206); la ampliación, mediante decisión europea, de las competencias de la Fiscalía Europea (artículo III-274); la determinación de los intereses y objetivos estratégicos de la Unión (artículo III-293); la definición de las orientaciones generales de la política exterior y de seguridad común, también respecto de los asuntos que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa (artículo III-293); o el nombramiento del Presidente, Vice-Presidente y demás miembros del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo (artículo III-382) (MARTÍNEZ SIERRA, 2004: 50).

⁴⁶ A pesar de que el Tratado constitucional incrementa los ámbitos en los que el Consejo debe pronunciarse por “mayoría cualificada”, se han incorporado 70 nuevas supuestas en los que rige la unanimidad. Ese requisito, como demuestra la experiencia de los Comités de Conciliación y los trílogos, otorga a un único Estado con capacidad de veto el mismo poder formal que todo un Parlamento, al menos de cara al mantenimiento del statu-quo legislativo (MARTÍNEZ SIERRA, 2004: 51).

⁴⁷ Así, por ejemplo, la adopción de medidas de armonización de legislaciones sobre ciertos im-

puestos indirectos (artículo III-171); la adopción de medidas que permitan restringir la libre circulación de capitales con destino a terceros países o procedentes de éstos (artículo III-157.3) o la introducción de modificaciones al Protocolo sobre déficit excesivo de los Estados (artículo III-184.13).

⁴⁸ Así, por ejemplo, en lo que se refiere al establecimiento y funcionamiento del mercado interior (artículo III-130), la fijación de los derechos del arancel aduanero común (artículo III-151.5) o la salvaguarda de la Unión Europea y Monetaria (artículo III-159). Igualmente, el Consejo Europeo desempeña un papel legislativo fundamental dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia, dado que a él le corresponde definir las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa (artículo III-258).

⁴⁹ Por ejemplo, cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de ley o de ley marco europea perjudica aspectos fundamentales de su sistema de seguridad social -como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera- o afecta al equilibrio financiero de dicho sistema, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento de co-decisión (artículo III-136.2). Lo mismo puede ocurrir si se encuentran en juego aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal (artículo III-270 y III-271). Dicha suspensión, si así lo estima el Consejo Europeo, puede suponer un veto definitivo que exija a la Comisión re-iniciar el procedimiento sin que nada pueda hacer el Parlamento.

⁵⁰ Esta perspectiva, que en nombre de un nuevo “pluralismo jurídico” postula la necesidad de renunciar tanto a la obsesión kelseniana por una norma jerárquicamente suprema, como a la obsesión schmittiana por un soberano que decida en último término (MAC CORMICK, 1993; WEILER, 1999; 2003: 31 y ss.), es atractiva desde un punto de vista prescriptivo, a condición de que en los diferentes niveles se establezcan mecanismos de participación y control social para los poderes públicos y privados. Desde un punto de vista descriptivo, sin embargo, encierra, como se ha apuntado ya, una reconstrucción más bien ideologizada de la Unión y de los Estados tal como en realidad son.

⁵¹ F. W. Scharpf, por ejemplo, asigna a la “gobernanza” de la Unión una simple legitimación de “resultados” basada, precisamente, en la distinción entre procesos de legitimación por *input*, sólo realizables en el ámbito estatal, y procesos de legitimación por *output*, realizables, sobre todo, en el ámbito supra-estatal. SCHARP, 2002.

⁵² Al regular las competencias de la Unión, el artículo I-11 establece que en virtud del principio de subsidiariedad, está intervendrá, en aquellos ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, sólo si, y en la medida en que, los objetivos de su acción no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local. Por su parte, el principio de proporcionalidad exige que la intervención de la Unión nunca exceda de lo necesario “para alcanzar los objetivos de la Constitución”. Según el Protocolo sobre la aplicación del artículo I-11, antes de proponer un “acto legislativo europeo”, la Comisión procederá, salvo casos de “urgencia excepcional”, a consultas sobre el impacto regional y local de sus actuaciones (art. 2 Prot.). Los proyectos de actos legislativos europeos, por su parte, así como los proyectos modificados deberán transmitirse, motivados, a los parlamentos estatales (arts. 4 y 5 Prot.). En un plazo de 6 meses los Parlamentos estatales podrían, previa consulta facultativa a los Parlamentos regionales, dirigir a las autoridades europeas una “alerta temprana”, esto es, un dictamen motivado por el que se considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad (art. 6). Cada Parlamento se pronunciará a través de 2 votos. Si hay al menos un tercio votos contrarios al Proyecto, éste deberá volverse a estudiar. Si se tratara de un proyecto de acto legislativo europeo referido al espacio de libertad, seguridad y justicia (artículo III-264 del Tratado constitucional) el umbral exigido sería de un cuarto.

⁵³ El Tratado constitucional, en efecto, mantiene sin modificaciones de fondo el Comité de las Regiones, una institución consultiva ya prevista en el Tratado de Maastricht y de configuración claramente limitada. En el Comité se mezclan entidades regionales y locales (artículo I-32.2) y sus funciones se ciñen a la posibilidad de que el Parlamento europeo, el Consejo o la Comisión lo consulten en un número restringido de ca-

sos (artículo III-388). Como innovación mayor, se contempla su legitimidad activa para interponer recursos ante el Tribunal de Justicia por violación del principio de subsidiariedad (art. 8 del Protocolo sobre el artículo I-11)

⁵⁴ El Tratado constitucional incorpora un capítulo VI a la Parte I referido a la «vida democrática en la Unión». En su artículo I-47.4, se prevé que “un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión” procedentes de “un número significativo de Estados miembros”, pueda “invitar a la Comisión” a presentar una propuesta sobre cuestiones ligadas a “la aplicación de la Constitución”. A pesar del entusiasmo que se ha querido generar en torno al precepto, su redacción deja mucho que desear. De entrada, la fórmula es más restrictiva que la contemplada en la Carta de derechos de la Parte II, en la medida en que se reconoce a los “ciudadanos” y no, como hace el artículo II-104, “a toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro de la Unión”. En segundo término, la Comisión sólo es “invitada” a presentar la propuesta. No se consigna ninguna obligación de impulsarla, una vez recogidas las firmas. Tampoco se dice nada sobre la obligación de motivar un eventual rechazo o sobre el derecho de sus promotores a retirarla en caso de que consideren que se ha desvirtuado.

⁵⁵ El Banco Central Europeo goza en el Tratado constitucional de una independencia que haría sonrojar a los miembros de la Reserva Federal de los Estados Unidos (artículo I-30.3). Entre otras cosas, por los amplios poderes que se le asignan para determinar las políticas monetarias y económicas de los estados, no de acuerdo a criterios de convergencia social, como la calidad de la ocupación o la reducción de la pobreza, sino según los grandes dogmas de la ortodoxia neoliberal: “estabilidad de precios”, “finanzas públicas saneadas”, “balanza de pagos estable”, “economía de mercado abierta” y “libre competencia” (artículos I-30.2, III-177, III-185).

⁵⁶ Para una lectura idílicamente habermasiana de este vínculo entre instancias jurisdiccionales que, no sin razón, se califica como “contrapuntual”, “dialógico” y “cooperativo”, POIARES MADURO, 1998; 2003: 98. En sentido similar, WEILER, 2003: 25. Como se sabe, en su Sentencia sobre el Tratado de Maastricht de 12

de octubre de 1993 a la que se atribuyo cierto regusto schmittiano (WEILER, 1995), el Tribunal Constitucional alemán ensayó un «amago» de defensa de la democracia estatal frente a lo que se intuía como una erosión ilegítima de la propia supremacía constitucional. Sin embargo, concluyó afirmando la constitucionalidad de la integración económica en la medida en que ésta se consideraba más bien como una cuestión técnica situada fuera del ámbito de lo «político». El triste mensaje, en definitiva, era la desconexión entre la Constitución económica, la social y la política y la aceptación de políticas fiscales y monetarias no susceptibles de controles jurídicos. Vid. JOERGES, 2005: 34 y ss.; y LUCIANI, 2000. Posteriormente, el mismo Tribunal alemán reabrió la «tensión» en su conocida Sentencia sobre regulación de la importación de Bananas de la UE. Entre otros argumentos de relieve (principalmente, el efecto directo de las normas del GATT en el orden legal alemán) un grupo de empresas que importaba bananas de países de América Latina planteó que la normativa europea representaba una discriminación contra dichos exportadores en beneficio de ciertos productores de la UE (principalmente de Islas Canarias y Madeira) y de países con ligámenes jurídicos especiales con la UE.

⁵⁷ En un sentido similar, Jennifer Nedelsky ha contribuido a explicar cómo un fenómeno similar ha tenido lugar en el proceso de federalización de los Estados Unidos. Según esta autora, «con la propiedad como uno de los temas más importantes del control judicial, la Corte Suprema pudo recurrir a las tradiciones del *common law* para apoyar sus afirmaciones de que los asuntos en discusión eran fundamentalmente jurídicos y no políticos» (NEDELSKY, 1990: 195).

⁵⁸ Naturalmente, la noción de «apertura» constitucional tiene en la crisis del Estado social connotaciones contradictorias. Puede ser un elemento de democratización y desburocratización, pero también de privatización y desnormativización en sentido social. Sobre la «apertura» de la Constitución, Vid. HÄBERLE, 2001; ESTÉVEZ ARAUJO, 1994).

⁵⁹ Sobre los antecedentes teóricos de la Constitución económica del «ordo-liberalismo» germánico y su impacto sobre la construcción europea Vid. el sugerente ensayo de JOERGES, 2005: 9

y ss; y las consideraciones, recientemente editadas, de M. FOUCAULT, 2004.

⁶⁰ Para Joerges, la expresión «economía social de mercado» es una promesa vacía, pues el compromiso histórico que el concepto una vez contenía ya no está vigente (JOERGES, 2005: 49).

⁶¹ Durante las campañas de ratificación del texto, sus partidarios han intentado presentar la «mejor interpretación» posible de sus «mejores» normas. Este ejercicio hermenéutico, legítimo e inevitable frente a un texto aprobado cuya reforma no es sencilla, no cabe en un momento constituyente, en el que se plantea la aceptación o el rechazo de conjunto del texto en cuestión y en el que los «énfasis» y las opciones constitucionales de fondo no pueden ocultarse.

⁶² Es prematuro estipular si el «método abierto de coordinación» puede actuar como una herramienta de «experimentalismo democrático», útil para la articulación de un federalismo social multilevel o si, por el contrario, representa un instrumento «débil» de intervención social, funcional a las exigencias operativas de un capitalismo transnacional que también opera en diversas escalas. Un debate ponderado acerca de sus posibles virtudes y problemas en JOERGES, 2005: 36 y ss.; Desde una perspectiva ligeramente más optimista, BRONZINI, 2005: 30 y ss.

⁶³ Actualmente, Alemania, Francia, Holanda y otros seis Estados miembros (al margen de los recientemente adheridos) exceden el límite del 3% de déficit anual previsto por el Pacto de Estabilidad. El 27 de enero de 2004, la Comisión solicitó al Tribunal de Justicia que anulara una decisión por la que el Consejo rechazaba unas recomendaciones dirigidas a Alemania y Francia para que redujeran el déficit y acordaba «dejar en suspenso» el procedimiento previsto. El Tribunal de Justicia (Sentencia TJCE (C-27/04)) no se pronunció sobre la firmeza del Pacto de Estabilidad. Observó que no estaba legalmente previsto «mantener en suspenso» los procedimientos y procedió a anular las conclusiones del Consejo. Al mismo tiempo, sin embargo, reconoció que el Consejo disponía de «un margen de apreciación» y que «basándose en una apreciación diferente de los datos económicos pertinentes, de las medidas que se deben adoptar y del calendario que ha de respetar el

Estado miembro afectado, puede modificar el acto recomendado por la Comisión si se reúne la mayoría necesaria para la adopción de dicho acto” (JOERGES, 2005: 35 y 36).

⁶⁴ Curiosamente, el derecho a trabajar está ubicado en el Título sobre Libertades, junto al resto de libertades de mercado, lo que prueba la fuerza de atracción que éstas han ejercido sobre aquel.

⁶⁵ Es verdad que la Carta no establece qué preceptos consagran “derechos” y cuáles “principios”. Sin embargo, la similitud del artículo II-112.5 con el artículo 53.3 de la Constitución española, pensado precisamente para limitar el alcance de los derechos sociales, permiten introducir al meno alguna sospecha al respeto.

⁶⁶ El artículo II-112.4, es verdad, obliga a interpretar los derechos que resulten de las “tradiciones constitucionales de los Estados miembros”, en armonía con ellas. Sin embargo, como recuerda V. Ferreres, se refiere sólo a las tradiciones “comunes”. Así, aunque el Tribunal de Justicia se esfuerce en interpretar los derechos fundamentales sin lesionar las concepciones más generosas de algunos estados (o, en un caso extremo, de uno de ellos), eso no quiere decir que el nivel de protección más alto vaya a convertirse automáticamente en estándar comunitario (FERRERES COMELLA, 2005: 15)

⁶⁷ Algunos autores, como Bronzini, alientan la posibilidad de que un uso *in buona parte* de la Carta genere, de manera progresiva, un círculo jurisprudencial “difuso” más social, y en definitiva, “virtuoso”, entre tribunales estatales y europeos (BRONZINI, 2005: 26 y ss.). Más pesimista respecto de estos efectos es DE SIERVO, 2003.

⁶⁸ El artículo II-111, en efecto, establece que las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a los Estados miembros únicamente “cuando apliquen el Derecho de la Unión”. Por lo tanto, no está claro que pueda utilizarse como parámetro para objetar actos o normas estatales que puedan vulnerarlas, ni cuál sería la vía procesal que los ciudadanos podrían utilizar para impulsar sus quejas, ni si el Tribunal de Justicia es un órgano preparado para asumir las sin que eso genere “sobrecargas” desmedidas. Una discusión al respecto en FAVOREU, 2003: 248 y ss.

⁶⁹ La tensión insoluble entre los objetivos de la

integración y los de la ampliación, y *a fortiori*, entre los del desarrollo del Estado social, es uno de los temas predilectos en los análisis sobre la actualidad de la Unión. Sin embargo, suele dejar de lado un tema central: la contradicción inherente al creciente control de fronteras y a las excluyentes definiciones de ciudadanía e identidad europeas en el marco de la Unión (BALIBAR, 2003: p. 294; AGNOLETTI, 2005, MEZZARDA y RIGO; 2003; DE GIORGI, 2003).

⁷⁰ Sobre la relación entre Constitución económica europea y liberalismo autoritario, y sobre el significativo maridaje entre F. Hayek y C. Schmitt, JOERGES, 2005: 20 y ss. A propósito de la crisis del constitucionalismo social y su vínculo con el Estado de excepción, BERCOVICI, 2004

⁷¹ Según el artículo III-276, será función de Europol “apoyar y reforzar la actuación de las autoridades policiales y de los demás servicios con funciones coercitivas de los Estados miembros, así como su colaboración mutua en la prevención de la delincuencia grave (...) del terrorismo y de las formas de delincuencia que lesionen un interés común que sea objeto de una política de la Unión, así como en la lucha en contra de ellos”. Esta función, según puede leerse en el apartado siguiente, podrá incluir: “la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información, en particular la transmitida por las autoridades de los Estados miembros o de terceros países o terceras instancias”, así como “la coordinación, organización y realización de investigaciones y actividades operativas, llevadas a cabo conjuntamente con las autoridades competentes de los Estados miembros o en el marco de equipos conjuntos de investigación, en su caso en colaboración con Eurojust”. Si la descripción del marco de atribuciones reconocidas a Eurojust y Europol es minuciosa, nada concreto hay, en cambio, en materia de control y responsabilidad. Los artículos III-273 y III-276 apenas remiten a leyes europeas posteriores la posibilidad de establecer eventuales controles parlamentarios en este ámbito.

⁷² Las personas inmigradas son los grandes “olvidados” tanto del proceso de integración como del actual Tratado constitucional, y sin embargo, constituyen el soporte del modelo

social precarizado hoy vigente en los países de la Unión (MEZZARDA y RIGO, 2003: 217). El artículo I-10 del Tratado constitucional, que liga la ciudadanía de la Unión a la disposición de “la nacionalidad de un Estado miembro”, es el punto de partida de un modelo que los incluye de manera subordinada y restringida, sólo en la medida en que puedan servir como mano de obra barata (DE GIORGI, 2003: 251; BALIBAR, 2003: 306 y ss.; AGNOLETTI, 2005: 78 y ss.). En realidad, el Tratado, sobre todo en su parte III, otorga cobertura “constitucional” al proceso de progresiva administrativización del derecho penal de los extranjeros, que consiste en sustraerlo de las clásicas garantías constitucionales en beneficio de una gestión de “orden público” delegada a autoridades y fuerzas de seguridad (MEZZARDA y RIGO, 2003: 224). El artículo III-265, por ejemplo, dispone que la política migratoria de la Unión tendrá por objetivo central “garantizar los controles de las personas y la vigilancia especial en el cruce de las fronteras exteriores” e “instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores”. Los recursos destinados a este objetivo, de hecho, son considerables: ficheros Eurodac, coordinación para la vigilancia de fronteras, sanciones para los transportistas, etc.) mientras que los recursos a la integración política, social y laboral de las personas recién llegadas son escasos. Es más: si se piensa que en los días de la firma del Tratado constitucional uno de los principales temas de debate en materia migratoria era la construcción de nuevos Centros de Internamiento (*Transit Processing Centers*) en países de África o Europa del Este, el compromiso de la Unión con “la solidaridad y el respeto entre los pueblos”, con la “erradicación de la pobreza” y con “la protección de los derechos humanos” (artículo I-3) aparece reducido a una hipócrita cláusula de estilo.

⁷³ El Tratado constitucional consagra la defensa de la paz en el Preámbulo y como objetivo de la Unión (artículo I-3), al igual que el deber de ejercer sus funciones humanitarias en el marco del respeto por la Carta de Naciones Unidas (artículos I-41 y III-309). Sin embargo, no renuncia de manera explícita a la guerra en las relaciones internacionales, como hace la Constitución italiana en su artículo 11, o como establecía la Constitución republicana española

de 1931 en su artículo 6. Por el contrario, introduce un artículo, el I-41.3, inédito en el constitucionalismo moderno, que compromete a los Estados a “mejorar progresivamente sus capacidades militares” y prevé, para ello la creación de una “Agencia de Defensa” (artículos I-41 y III-311) (el Proyecto presentado en su momento por la Convención denominaba a esta Agencia, con mayor precisión y menos eufemismos, “Agencia Europea de Armamento, Investigación y Capacidades Militares” (artículo III-212)).
⁷⁴ Entre otras cuestiones, el artículo I-41 del Tratado constitucional dispone que la OTAN, “seguirá siendo, para los Estados miembros que forman parte de la misma, el fundamento de su defensa colectiva y el organismo de ejecución de ésta”. El jefe militar de la OTAN ha sido siempre un oficial de los Estados Unidos, y su superior jerárquico, el presidente de los Estados Unidos.

⁷⁵ Este es el riesgo, me parece, que entrañan algunas posiciones críticas de izquierdas con el proceso de construcción europea. A. Cantaro, por ejemplo, cuestiona el “posmodernismo” de las posiciones pluralistas y *multilevel* y ensaya una sugerente lectura “moderna”, en clave maquiavélico-gramsciana, de las tareas pendientes de una “Europa soberana”. Aunque ese horizonte “soberano” no se presenta como incompatible con la cuestión del pluralismo político y cultural, llama la atención que en su texto no haya prácticamente ninguna referencia al fenómeno de la inmigración ni a la composición plurinacional, y no simplemente pluriestatal, de la Unión (CANTARO, 2003). Sobre el carácter plurinacional de la Unión y sus desafíos, son de interés algunas consideraciones de BENOGETXEA, 2005. Sobre la idea de un constitucionalismo post-estatal, antes que post-nacional, Vid. también MAC CORMICK, 2003.

⁷⁶ Desde esas premisas, por ejemplo, un constitucionalismo europeo social y democrático, post-estatal, pluri e inter-nacionalista, debería, entre otras cuestiones, “tomarse en serio” los complejos desafíos que el federalismo municipalista, cooperativo y plural plantea en los tiempos actuales (BRONZINI, 2005: 32; MORELLI, 2003).

⁷⁷ Vid., entre otros, BALIBAR, 2003; MEZZARDA y RIGO, 2003; DE LUCAS, 2004; DE GIORGI, 2003.

CONSTITUIÇÃO E DIVERSIDADE CULTURAL: EM BUSCA DE UMA TEORIA INTERCULTURAL

CONSTITUTION AND CULTURAL DIVERSITY: IN SEARCH OF A NEW INTER- CULTURAL THEORY

BRUNO GALINDO*

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumo: O presente ensaio versa sobre as diferentes culturas jurídico-constitucionais existentes e em construção, abordando a interseção entre elas a partir da compreensão da constituição como objeto cultural e da teoria da constituição compreendida também como uma teoria cultural. Para tanto, discute o interculturalismo constitucional, considerando os sistemas jurídicos do *common law* e romanistas, assim como a produção teórica dos doutrinadores de ambos os sistemas.

Palavras-chave: Constituição. Teoria da Cultura constitucional. Multiculturalismo. Interculturalismo. Diversidade constitucional.

Abstract: This essay turns about constitutional-judicial different cultures existents and in evolution, building a intersection between them, from the understood of Constitution as a cultural object and Constitution Theory understood too, as a cultural Theory. From there, discuss the constitutional interculturalism, considering the judicial systems of “*common law*” and Romanist, so as a theoretical production of the instructors for both system.

Key Words: Constitution. Constitutional Culture theory. Multiculturalism. Interculturalism. Constitutional Diversity.

“A questão que eu desejo focar neste livro é a seguinte: pode uma constituição moderna reconhecer e acomodar a diversidade cultural?”
(Tully: 1995, p. 1).¹

1. Cultura, Multiculturalismo e Interculturalismo: Notas Definitórias

Este modesto ensaio tem por base as idéias que temos defendido em diversas oportunidades em torno de uma percepção mais acurada da teoria da constituição no século XXI. Se nos amarramos de modo inflexível a dogmas estabelecidos, terminamos por incorrer em um enorme déficit, muitas vezes superior ao que habitualmente já ocorre, entre as teorias construídas e o que efetivamente ocorre em termos de fenômeno constitucional. Por outro lado,

as teorias críticas têm exercido com êxito o diagnóstico das insuficiências das teorias clássicas, sem, no entanto, avançarem muito em termos de edificação de novos horizontes teóricos, o que demonstra a necessidade de não abandonarmos por completo a tradição competente no que ela for elucidativa. A teoria intercultural da constituição que defendemos pretende contribuir para diminuir o déficit teórico, expandindo os horizontes da teoria da constituição através do que denominamos “interculturalismo constitucional”.

* Professor Adjunto da Universidade Federal da Paraíba/UFPB (Graduação, Especialização e Mestrado). Professor Visitante das Universidades Federais do Rio Grande do Norte/UFRN e de Pernambuco/UFPE e da Associação Caruaruense de Ensino Superior/ASCES. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE/Universidade de Coimbra/Portugal. Advogado.

Na medida em que se pretenda alcançar uma teoria “intercultural”, torna-se necessário, antes de tudo, o estabelecimento de premissas definitórias esclarecedoras de uma opção dessa natureza.

Preliminarmente, algumas questões acerca do vocábulo “cultura”. Obviamente encontra-se distante de nossas pretensões discutir profundamente as vicissitudes existentes entre as diversas definições propostas notadamente pelos antropólogos. Contudo, se buscamos uma teoria intercultural da constituição, a definição semântica do referido vocábulo é fundamental para a adequada compreensão da leitura.

A palavra “cultura” nem sempre foi entendida da mesma maneira. A sua raiz latina é o vocábulo *colere*, que pode significar desde cultivar e habitar até veneração e proteção. Com o significado de cultivar, está a idéia de cultura como um conceito derivado da natureza. Para Eagleton, um dos significados originais da palavra “cultura” é o de “produção”, ou seja, de um controle do desenvolvimento natural, implicando uma dialética entre o artificial e o natural. Há aqui uma forte ligação com a idéia de cultivo da terra, ou seja, a cultura entendida como cultura agrícola (Eagleton: 2001, p. 11-13; Pedro: 1995, p. 23-24). Daí a utilização de expressões como “agricultura”, “monocultura” e outras com o significado referido.

Entretanto, o uso metafórico termina por se estabelecer com mais força do que o sentido léxico original apontado por Eagleton. A idéia de cultivar o espírito permite que, na era moderna, a idéia de cultura adquira um valor religioso e transcendente, através do vocábulo latino *cultus*, origem da palavra “culto”, de freqüente referência aos rituais das religiões.

Esses significados de cultura, afora outros (cerca de duzentos e cinqüenta, segundo Moles, ou cento e cinqüenta, segundo os antropólogos Kroeber e Kluckhohn),

não são os sentidos habitualmente referidos nas denominadas ciências culturais. O conceito de cultura como um conjunto de atributos e produtos das sociedades humanas, transmissíveis por mecanismos diferentes da herança biológica é oriundo da modernidade iluminista, não existindo até o século XVIII (Pedro: 1995, p. 28; Häberle: 2000, p. 25).

A partir da Ilustração, ganha projeção o conceito de cultura como conjunto de costumes, crenças e instituições sociais existentes em uma dada sociedade humana. Na perspectiva iluminista, a cultura compreende toda produção dos seres humanos vivendo em sociedade, aí se encontrando os conhecimentos, as crenças religiosas e populares, as artes, a moral, os costumes e usos sociais, as tradições e também o direito.

Considerando esta última idéia, Kroeber e Kluckhohn efetuam um importante sumário dos elementos culturais de maior relevância. Para eles, a cultura precisa ser contemplada primeiramente a nível histórico, considerando a tradição e os legados sociais. Em segundo lugar, deve ser considerada a nível normativo, como regras e usos sociais, incluindo cada um dos seus respectivos valores e ideais de conduta. Em um terceiro plano, a nível psicológico, como adaptação de superação de problemas, como processos de aprendizagem ou como conjunto de costumes seculares. E por último, a nível estrutural, entendido este como conjunto de modelos de organização da própria cultura, ou ainda, a nível genético, entendido este no sentido de cultura como produto, como idéias ou como símbolos (Häberle: 2000, p. 25). Todos os quatro níveis são importantes para uma teoria intercultural da constituição.

Como se percebe, os elementos levantados pelos supracitados antropólogos não incluem diretamente a natureza como objeto cultural, priorizando a investigação

da cultura como produção das sociedades humanas, embora esta produção, em última análise, consista na ação dos homens sobre a natureza. Todavia, são as relações intersubjetivas, e não as relações homem-natureza, que fazem com que ocorra a produção cultural de tradições, valores, ideais, costumes e normas de conduta social, dentre as quais o direito se afigura como a mais relevante para que sejam possíveis as aludidas relações intersubjetivas em uma sociedade “civilizada”.²

A diferenciação ocorrida com a contraposição cultura/natureza a partir da Ilustração faz surgir a divisão dualista da ciência com a distinção entre as ciências culturais e as ciências naturais. As primeiras investigam a produção humana na vida em sociedade, ao passo que as segundas se voltam para a investigação dos fenômenos da natureza. Não queremos dizer com isso que as ciências da cultura estejam completamente dissociadas da natureza; em verdade, continuam a estas associadas, mas com uma diferenciação teleológica fundamental: as ciências da cultura investigam as transformações da natureza como expressão e resultado da atividade humana dirigida a uma finalidade, enquanto nos fenômenos naturais propriamente ditos, estudados pelas ciências naturais, não ocorre esse *telos*, independentemente, portanto, da vontade humana (cf. Heller: 1998, p. 59ss.). Daí a afirmação de Miguel Reale de que natureza e cultura seriam intrinsecamente diversas, sobretudo pelo fato de que o mundo da natureza não comporta inovações próprias, ao passo que a possibilidade de se estabelecer algo novo é característico do mundo cultural (Reale: 2000, p. 295).³

O conceito de cultura defendido por Heller (“inserção de fins humanos na natureza”) implica na compreensão da cultura em dois sentidos: como cultura “subjetiva” e como cultura “objetiva”. A primeira delas consiste na porção do mundo físico conce-

bida como formação humana direcionada a um fim. Para Heller o homem, ao cultivar a terra, construir casas, criar obras de arte ou formar-se a si mesmo e aos demais (de modo consciente ou inconsciente), é portador de cultura, possui e cria cultura. A segunda é aquela em que aparecem reunidas, como patrimônio cultural ou espírito objetivo, todas as formações humanas emanadas da conexão de suas vivências, sendo indiferente que se tenham projetado fora da *psique*, inserindo-se ou não na natureza (Heller: 1998, p. 63-64).

Este último sentido, o de cultura “objetiva”, parece-nos mais adequado de trabalhar na perspectiva do significado contemporâneo mais importante. Como afirmamos anteriormente, somente as relações entre seres humanos podem produzir tradições, crenças, costumes e normas, ou seja, cultura no sentido objetivo helleriano. A natureza participa apenas indiretamente neste contexto, sendo privilegiadas para análise as relações interhumanas. Como o sentido subjetivo ainda se refere à idéia de cultura ligada à relação homem-natureza, neste trabalho utilizaremos o sentido objetivo de cultura, aliado aos níveis de contemplação da cultura, propostos por Kroeber e Kluckhohn.

Definida a idéia de cultura que permeia este ensaio, tratemos de outras definições igualmente importantes. Está em evidência o debate acadêmico sobre o denominado multiculturalismo, notadamente nas questões sobre direitos humanos e direitos fundamentais. Torna-se necessário incluímos aqui uma definição que possa diferenciá-lo em relação ao que chamamos de interculturalismo.

Principiando pela etimologia, quando fazemos referência a multiculturalismo e interculturalismo, temos a agregação de dois prefixos e um sufixo ao vocábulo cultural, que, por sua vez, é adjetivo derivado do substantivo “cultura”. O sufixo “ismo”,

comum às duas palavras, provém do grego *ismós*, sendo designativo de crença, escola, sistema, conformação ou origem. O prefixo “multi” tem origem no latim *multu*, e exprime a idéia de muito, de muitas vezes. Por último, o prefixo “inter”, também de origem latina, denota posição intermédia.

Considerando a conexão sintática e a dimensão semântica dos termos envolvidos e tendo em vista o aspecto léxico, poderíamos afirmar que multiculturalismo seria um sistema de compreensão da existência de uma multiplicidade de culturas, ao passo que o interculturalismo denotaria a idéia de um sistema entrelaçador de culturas, estabelecendo necessários influxos entre elas.

O termo mais utilizado para designar o debate em torno da diversidade cultural é multiculturalismo. Sob a bandeira do multiculturalismo, erigem-se muitos movimentos emancipatórios de defesa dos direitos humanos, de defesa da preservação da diversidade cultural contra a supressão das identidades culturais pela globalização e por outros fenômenos (movimentos de preservação de tradições, movimentos de preservação das culturas indígenas), de inclusividade social não incorporativa (acesso à cidadania libertária sem destruição da cultura diversa – caso da população muçulmana na União Européia) etc. (Eagleton: 2001, *passim*; Habermas: 2002, p. 107-136; Julios-Campuzano: 2002, p. 18-21; Santos: 2002, p. 51-55; Boneu: 2002, p. 198-199).

A partir da utilização corrente da referida palavra, há uma tendência a compreender o seu significado de duas formas: por um lado, como um fato, uma expressão que registra a existência de uma multiplicidade de culturas; por outro, como um valor, implicando uma política de reconhecimento das diversas culturas. Este reconhecimento resultaria, para alguns autores, em uma exigência de que todas as culturas

não somente mereçam respeito (como na perspectiva pluralista), mas um mesmo respeito, pela razão de que para o multiculturalismo todas as culturas teriam igual valor. Tal isonomia axiológica é criticada veementemente por Sartori, para quem se é atribuído igual valor a todas as culturas, isso equivale a um relativismo absoluto que destrói a noção mesma de valor (“se tudo vale, nada vale”) (Miguel: 2001, p. 7; Wrong: 1997, *passim*).

A referida isonomia axiológica faz com que o multiculturalismo possa incorrer no perigo de propiciar a sua própria destruição. Ao igualar, por exemplo, uma cultura fundamentalista a uma cultura pluralista e democrática, pode-se permitir a supressão desta última pela primeira, no que parece correta a crítica de Sartori ao multiculturalismo (ao menos se entendido dessa maneira). O multiculturalismo poderia ser, portanto, autofágico.⁴

Entretanto, a crítica exarada ao multiculturalismo não pode, como advertem Höffe, Davutoglu e Bidart Campos, resultar em um universalismo cultural, no sentido de que uma concepção cultural, por ser considerada axiologicamente superior, deva ser unilateralmente imposta a populações com tradições culturais distintas, na medida que um projeto emancipatório de diálogo permanente entre culturas diferentes precisa estar assentado na idéia cosmopolita que denominamos aqui de interculturalismo (cf. Höffe: 2000, p.172; Davutoglu: 2004, p. 103; Campos: 2004, p. 331-333).

Interculturalismo significa, mais do que a idéia de posição intermédia, a impossibilidade da exclusão cultural, protegendo o diálogo entre culturas, somente possível em uma perspectiva aberta e includente. A nossa preferência por utilizar a expressão interculturalismo em vez de multiculturalismo está fundamentada precisamente na defesa desse diálogo intercultural. Este, a

seu turno, fomenta o reconhecimento das limitações de cada uma das culturas e a aproximação entre elas para pensarem o seu próprio desenvolvimento a partir de contribuições recíprocas. O vocábulo multiculturalismo pode ensejar a compreensão de que, embora exista uma multiplicidade de culturas, o diálogo entre as mesmas nem sempre é possível e desejável, podendo resultar em um hermetismo cultural excludente. Já a expressão interculturalismo propicia a inclusão do debate entre as culturas como algo indispensável. Não estabelece nenhuma isonomia axiológica, mas considera o diálogo intercultural uma premissa fundamental.⁵

A partir dessas considerações, podemos justificar nossa opção terminológica que, embora não seja dominante, possui importantes adeptos. O diálogo intercultural, por exemplo, é salientado por autores como Boaventura de Sousa Santos (embora este utilize com maior frequência o vocábulo multiculturalismo) e Otfried Höffe (este fazendo uso do vocábulo “intercultural”) (Santos: 2003, *passim*; Höffe: 2000, *passim*). Tratando do problema das migrações e políticas de identidade cultural, Zagnagni propõe uma teoria que denomina de “modelo de integração intercultural” (Zagnagni: 2002, p. 24ss.). Tully faz uso explícito da palavra inglesa *interculturalism* para designar a interação dialógica entre as diversas culturas, analisando os desafios do constitucionalismo diante deste interculturalismo (Tully: 1995, *passim*).

Percebe-se que a perspectiva dialógica é insistentemente repetida quando se fala em interculturalismo, não acontecendo o mesmo com o multiculturalismo. E é o diálogo intercultural e aberto um dos fundamentos de uma teoria intercultural da constituição, o que inevitavelmente pressupõe, teórica e filosoficamente, o racionalismo crítico das sociedades abertas de Karl Popper e a hermenêutica diatópica de

Raimundo Pannikar e Boaventura de Sousa Santos (Popper: 1987a, *passim*; Popper: 1987b, *passim*; Popper: 2001, *passim*; Santos: 2003, *passim*).

2. A Inserção do Interculturalismo na Constituição: Entre Diversidade e Homogeneidade

A cultura objetiva de que fala Heller é comumente tratada pelos textos constitucionais contemporâneos. Tais previsões constitucionais denotam uma permanente preocupação constituinte com a temática cultural, pretendendo sedimentar uma espécie de “multiculturalismo interno”, com o reconhecimento da existência da diversidade de nações em um mesmo território estatal, mas, por outro lado, tentar manter uma espécie de “unidade na diversidade”, com a manutenção de uma unidade em torno do Estado, apesar da diversidade nacional efetivamente existente. Obviamente existem outras razões para que essas normas constitucionais estejam presentes no ordenamento jurídico, porém, concentrar-nos-emos apenas na discussão diversidade-homogeneidade, que é a que se afigura relevante para este ensaio.

Os Estados ocidentais têm tratado da cultura em diversos dispositivos constitucionais, a ponto de autores como Häberle falarem na existência de um direito constitucional da cultura (Häberle: 2000, p. 28). Direta ou indiretamente, as constituições tratam da cultura e dispõem acerca da diversidade e homogeneidade culturais. Em virtude da perspectiva do interculturalismo entre as realidades européia e americana, são perceptíveis alguns exemplos constitucionais da nossa afirmativa em ambos os continentes.

Em se tratando de países vinculados à União Européia, comecemos pelo exemplo alemão. Logo no preâmbulo de sua Lei Fundamental, os alemães incorporam

a idéia da simbiose entre homogeneidade e diversidade, ao estabelecerem que a unidade e a liberdade da Alemanha estão consumadas pelos alemães dos Estados de Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein e Thüringen. Um aspecto de homogeneidade encontra-se presente na idéia de unidade alemã, ao passo que a diversidade é configurada pela adoção das identidades culturais estaduais (a partir do federalismo como forma de Estado) como referência às diferenças efetivamente existentes entre os alemães e o respeito às mesmas (consagrado na vedação a modificações da Lei Fundamental que afetem a estrutura federativa da República alemã – art. 79 (3)), sem que isso implique uma subversão da unidade do povo alemão.

Na Espanha, a simbiose entre homogeneidade e diversidade ocorre em afirmativas constitucionais como as dos arts. 2o. e 3o. da Carta de 1978. Nos referidos artigos, estabelece-se como fundamento da Constituição a unidade indissolúvel da nação espanhola, tida como pátria indivisível de todos os espanhóis (art. 2o.) e impõe-se o castelhano como língua oficial do Estado e obrigatória para todos os cidadãos da Espanha (art. 3o., 1). Aqui se nota uma busca de homogeneidade espanhola, que é relativizada pelo reconhecimento do direito à autonomia das nacionalidades e regiões da Espanha (art. 2o.), assim como a oficialidade das demais línguas nas respectivas Comunidades Autônomas (art. 3o., 2), ainda reconhecendo que a riqueza das diferentes modalidades lingüísticas da Espanha é um patrimônio cultural objeto de especial respeito e proteção (art. 3o., 3). Reconhece-se assim constitucionalmente uma diversidade intercultural (cf. Pedro: 1995, *passim*; Häberle: 1996a, p. 52-58).

A Constituição italiana de 1947 assemelha-se bastante com a espanhola no que diz respeito à simbiose diversidade-homogeneidade. No seu art. 5o., proclama a unidade e indivisibilidade da república (homogeneidade), mas no mesmo dispositivo, reconhece e promove as autonomias locais, estimula nos serviços estatais a descentralização administrativa e procura harmonizar os princípios e métodos da legislação da república com as exigências da autonomia e da descentralização. A proteção às minorias lingüísticas dispensada pelo art. 6o. também configura um reconhecimento da diversidade cultural italiana (Häberle: 1996a, p. 56).

No direito constitucional francês a perspectiva de homogeneidade é bem mais fortalecida pelo fato de que não há os regionalismos existentes na Alemanha, na Espanha e na Itália. A França é um Estado unitário e a referência constitucional a um “povo francês” supõe uma unidade cultural e política diversa da existente nos exemplos anteriores. Apesar disso, a diversidade não está excluída, pois deve ser registrada a existência das coletividades territoriais previstas nos arts. 72 e seguintes, com a previsão de autonomia administrativa e autorização para a adoção de regime legislativo e organização administrativa próprios à situação específica de cada uma delas, no caso dos departamentos ultramarinos. Entretanto, somente com a abertura à União Européia, a França estabelece constitucionalmente uma interculturalidade pouco perceptível internamente.

O caso do Reino Unido é paradigmático e especialíssimo. Pela peculiaridade do seu sistema constitucional, sobretudo com a ausência de uma constituição codificada e considerada hierarquicamente superior às demais normas oriundas do Parlamento, os britânicos convivem com uma curiosa interculturalidade entre as quatro nacionalidades existentes, com uma

predominância dos ingleses em relação aos galeses, escoceses e norte-irlandeses. Historicamente a Inglaterra anexou o País de Gales no séc. XIII, formalizando uma união com o *Act of Union* de 1536. Em relação à Escócia, mediante sucessão dinástica, as coroas inglesa e escocesa estiveram unidas a partir de 1603, com a formalização da união somente em 1707 com a aprovação de um *Act of Union*. Com a Irlanda há uma união formal a partir do *Ireland Act* de 1800 que, todavia, foi sempre questionado pelos irlandeses, a ponto de parte da Irlanda ter se separado do Reino Unido e constituído uma república, ao passo que a outra parte (Irlanda do Norte) permanece unida à Grã-Bretanha. A homogeneidade é consideravelmente mitigada pelo forte nacionalismo subsistente, o que faz com que a preponderância da Inglaterra como fator de unidade britânica seja atenuada por iniciativas autonômicas do Parlamento de Westminster, com destaque para os Atos de 1998 (*Scotland Act, Government of Wales Act*) que permitiram a criação de assembléias parlamentares na Escócia e no País de Gales, além do restabelecimento (ainda que conturbado e com eventuais retrocessos) do Parlamento da Irlanda do Norte. As referidas nacionalidades ainda mantêm representação minoritária no Parlamento de Westminster, o que faz do peculiar constitucionalismo britânico um espaço de notável diversidade intercultural, embora profundamente problemática (cf. Hill: 2002, p. 56; 246-250; Hill: 2001, p. 686-688; Winetrobe: 2004, *passim*; McCrudden: 2004, *passim*; Bradley: 2004, p. 49-53; Barendt: 1998, *passim*).⁶

No caso americano, convém destacar o interculturalismo presente nas constituições da Argentina e do Brasil, Estados de maior importância no Mercosul. Em ambos, o federalismo é a característica intercultural mais importante, apesar de não ser a única.

Na Argentina a descentralização existente anterior à Constituição de 1853 permite o surgimento de um federalismo com características muito próximas às dos Estados federais de tendência descentralizante, como os EUA e a maioria dos europeus.⁷ Ao formarem uma Confederação Argentina, as Províncias Unidas do Prata conservam seus poderes soberanos, somente abdicados depois das reformas instituidoras da “Constituição da Nação Argentina”. Ainda assim predomina a idéia do federalismo centrífugo, em que as províncias mantêm todos os poderes não expressamente delegados ao poder central, apesar do aumento dos poderes do governo federal a partir do peronismo, o que, na visão de alguns, descaracterizaria o federalismo argentino como centrífugo. Porém, tendo em vista a presença histórica de uma forte cultura independentista local, a Constituição argentina promove as províncias ao estabelecer textualmente as suas competências materiais e legislativas (com a previsão de competência até para a celebração de “tratados” entre províncias), presentes nos arts. 5o., 7o., 8o., 12, 13 e 121 a 129 (Segado: 2003, p. 1180-1181; Dalla Vía: 2004, p. 651ss.; Silva: 2000, p. 142-143; Baracho: 1986, p. 209-212). Com o federalismo, dá-se a preservação da diversidade.

Em relação ao Brasil, as identidades culturais regionais não se mostram tão relevantes em termos institucionais. A tendência centralista é culturalmente predominante, na medida em que, não só o colonizador português, mas o próprio Estado brasileiro independente a partir de 1822, não aceita, nem cogita a idéia federalista. Somente com o advento da República em 1889 e por influência de Rui Barbosa, inspirado no modelo norte-americano, é adotada a forma federativa no Brasil, ainda assim um federalismo artificial, sem ter por fundamento a autonomia dos Esta-

dos-membros, mas a decisão descentralizadora ocasional do próprio poder central. Em maior ou menor grau, as constituições brasileiras não têm permitido a descentralização e a autonomia necessárias para o desenvolvimento de uma diversidade federalista, como ocorre em outros países. Mesmo dispositivos como o atual art. 25, par. 1o., tornam-se anacrônicos diante da hipertrofia de competências enumeradas atribuídas à União, com algumas outras competências expressamente atribuídas aos Municípios, sobrando pouco ou quase nada aos Estados-membros.

Apesar da permanência de uma cultura institucional da homogeneidade centralizadora, alguns avanços em termos de diversidade são perceptíveis na atual Carta brasileira. Além de uma maior autonomia estadual em relação à que existia na Constituição de 1967, a diversidade em termos de pluralidade jurídica é reconhecida também no que diz respeito ao tratamento dispensado aos índios que têm na Constituição de 1988 a Carta que mais lhes outorga direitos, com um grau relativamente elevado de autonomia, permitindo um certo grau de diversidade intercultural institucionalizada com garantias relativas à sua organização social, costumes, línguas, crenças, além do direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, com o acréscimo das áreas necessárias à sua preservação (arts. 231 e 232).

Como se percebe por mais que se almeje uma certa homogeneidade cultural, a diversidade termina por ter que ser reconhecida constitucionalmente. Esse reconhecimento só é possível a partir de uma perspectiva intercultural que permita o diálogo entre as culturas institucionais e a solução dos problemas oriundos da diversidade multicultural. A questão da diversidade tornar-se-á mais complexa com os processos de integração interestatal, mas por ora tal complexidade não será abordada.

3. A Constituição como Produção Cultural

Antes de tudo é necessário notar que não somente a homogeneidade e a diversidade culturais estão presentes na constituição de um Estado, mas que esta última é, em verdade, um produto da cultura existente, ou seja, como o direito em geral, a constituição é uma produção cultural. O direito constitucional, portanto, possui um fundamento cultural.

Para entender a constituição como produção da cultura político-jurídica de um determinado povo, é necessário compreender o próprio fundamento cultural do direito (Vilanova: 2003, p. 33ss.). É interessante trazer à tona a concepção desenvolvida pelo Professor espanhol Ruiz Miguel. Com uma proposta decisionista diferente da schmittiana, o referido mestre define o direito como uma decisão política com pretensões éticas, articulada em forma normativa. Tal concepção tem por base a fenomenologia política de Julien Freund, para quem o direito é uma dialética entre a política e a ética. Ruiz Miguel alarga esta conceituação, defendendo que o direito não é qualquer dialética entre a política e a ética, mas somente aquela formulada em termos normativos, ou seja, a dialética entre a política, a ética e a lógica (Miguel: 2001, p. 7-9).

Por ser de inspiração hobbesiana a referida concepção decisionista pressupõe para a política a relação mandamento-obediência. Contudo, a coação física, por si só, é insuficiente para preservar o poder político. A eficácia duradoura do mesmo só ocorre se o dito mandamento se apóia em um substrato cultural que se convença da justiça da causa, dependendo uma política duradoura sempre de um assentamento cultural. Em sendo o direito a articulação normativa dessas relações, a base cultural do direito parece inequívoca.

A constituição é parte do direito, é espécie do gênero norma jurídica. Se o direito possui fundamento cultural, assim também ocorre com a constituição, que se coloca como a norma suprema no interior de um ordenamento jurídico estatal. Justamente por ser direito, a constituição também é cultura. Em sendo produto da cultura, afigura-se adequada a concepção interculturalista de Häberle, para quem a constituição não se limita a ser somente um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas a expressão de um determinado grau de desenvolvimento cultural, um meio de auto-representação de um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos (Häberle: 2000, p. 34).⁸

Esta premissa häberleana permite a compreensão de muitos dos textos constitucionais e seus desdobramentos com fundamento no *statu quo* cultural de cada Estado constitucional. Existe, é claro, um patrimônio comum em termos de cultura constitucional (direitos fundamentais, separação de poderes, supremacia da constituição etc.),⁹ mas neste momento interessa-nos demonstrar como as constituições específicas de cada Estado podem ser produção cultural do povo deste mesmo Estado. Nos mesmos exemplos do ponto anterior, pode-se perceber o acerto da tese de Häberle. Vejamos, principiando pelos países da União Européia.

Na terra natal do citado autor, a diversidade reconhecida pela *Grundgesetz* (Lei Fundamental) tem por fundamento a tardia formação da Alemanha enquanto Estado nacional. A unificação alemã só se dá em 1871, sendo até então um amontoado de pequenos Estados que terminam por subsistir, em sua maioria, como Estados-membros da federação alemã. Estes mantêm uma forte identidade cultural, possuindo dialetos e tradições próprias, identidade relativizada com o pangermanismo do IIIo.

Reich, mas retomada na Constituição de 1949, figurando, aliás, como cláusulas imodificáveis (até mesmo pelo direito comunitário, de acordo com o Tribunal Constitucional Federal) por meio de reforma da Constituição (Rogeyro: 1996, *passim*). Entretanto, a nova divisão da Alemanha em Estados-membros prescinde, em boa medida, de uma equivalência aos Estados alemães históricos, tendo sido na maior parte das vezes, criação casuística das potências ocupantes daquele tempo, criando nova tradição histórico-cultural, contrabalançando homogeneidade e diversidade (Hesse: 1999, p. 182).

Na Espanha a predominância cultural da região de Castilla y León faz com que o idioma oficial seja o castellano, mas a concreta existência da diversidade regional faz com que a Constituição seja obrigada a reconhecer as demais culturas e mesmo a pluralidade lingüística. Na Itália dá-se fenômeno semelhante, apesar de não podermos falar de uma predominância cultural de uma determinada região nos mesmos moldes do caso espanhol.

Em relação ao exemplo francês, a cultura político-jurídica produz uma maior homogeneidade, com raízes na consolidação de uma unidade nacional francesa, ocorrida bem antes de casos como a Alemanha e a Itália. Isso gera uma identidade cultural que permite o surgimento de normas constitucionais mais unificadoras, desconsiderando em boa parte o aspecto da diversidade, já que a relativa homogeneidade social e cultural propicia uma constituição mais uniformizadora em termos interculturais.

No Reino Unido, mais do que em qualquer outro país, a constituição é produção cultural. Classificada como constituição histórica, a Carta britânica remonta aos tempos medievais, com a outorga da *Magna Charta Libertatum*, em 1215, e é composta de inúmeras outras declarações

de direitos e atos do Parlamento que configuram na cultura político-jurídica britânica a Constituição do Reino Unido. A predominância da Inglaterra é suavizada com a aceitação da diversidade de sistemas jurídicos (Inglaterra e País de Gales seguem o sistema do *common law*, ao passo que Escócia e Irlanda do Norte não o fazem) e também de autonomia legislativa para as nacionalidades diversas da inglesa (David: 1998, p. 281; Hill: 2002, p. 246-250).

Nos exemplos dados do caso americano, as constituições da Argentina e do Brasil são conformadas da maneira que estão em boa medida pela cultura político-jurídica nacional de cada um deles. A conformação das instituições federais argentinas de modo mais descentralizada que no Brasil corresponde à tradição cultural de maior autonomia para as unidades federativas da Argentina, o que não ocorre no Brasil, país onde a cultura centralista é muito mais forte e que o federalismo instituído nada mais é do que uma tentativa oficial de atenuar este espólio cultural.¹⁰ No caso do tratamento dado aos indígenas pela Constituição brasileira, corresponde este a uma luta histórica dessas populações, quase extintas, pelo reconhecimento do direito à autopreservação cultural, consolidando na cultura político-jurídica brasileira o entendimento de que os índios possuem de fato tal direito.

É necessário percebermos que a relação entre constituição e cultura é essencialmente dialética. Tanto a constituição é produção cultural, como a cultura também pode ser produzida a partir da constituição. Com o advento dos fenômenos constitucionais é que se torna possível a existência de culturas constitucionais, assim como também as constituições são produzidas a partir de fluxos político-culturais iluministas e liberais, com uma abertura posterior ao ideário social. E isso tem conseqüências importantes para a teoria da constituição, como veremos.

4. A(s) Teoria(s) da Constituição como Teoria(s) Cultural(is)

Com a inter-relação entre constituição e cultura através de seus influxos recíprocos, as teorias da constituição, que surgem com a finalidade de investigar e estabelecer uma compreensão adequada do fenômeno constitucional, são também autênticas teorias culturais.¹¹ Teóricos conhecidos já investigam a constituição a partir do referencial cultural, como Peter Häberle, com a sua *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (teoria da constituição como ciência da cultura), e Pablo Lucas Verdú, com a *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. Aliás, este último autor faz interessantes estudos acerca dos pressupostos culturais da teoria da constituição em investigações sobre as doutrinas de Kelsen e Schmitt (cf. Verdú: 1989a; 1989b; 1990; 1998; Häberle: 2000).

Em princípio, é importante reconhecermos a existência de várias teorias da constituição, embora geralmente a alusão às mesmas seja feita no singular. Ainda que a maioria delas (sobretudo as teorias clássicas) tenha pretensões de universalização, não há em nenhuma das mesmas, dimensões suficientes para que se possa falar em uma única teoria da constituição. Há, em verdade, teorias da constituição.

Se a constituição é um produto da cultura, as teorias da constituição também o são. Além disso, é possível perceber, assim como nas relações entre constituição e cultura, que as teorias da constituição também produzem uma cultura constitucional. No momento, importa ressaltar o papel dessas teorias enquanto teorias culturais. Para isso, torna-se necessária a percepção dos influxos interculturais entre as teorias da constituição como produção cultural e as culturas constitucionais que, a seu turno, são produtos do constitucionalismo enquanto fenômeno e das teorias da cons-

tuição, tanto no seu aspecto epistemológico, como também no próprio aspecto ideológico.

Até o século XIX não há teoria da constituição. O que existe são teorias que fazem referência à constituição.

Assim podemos falar nos antecedentes da teoria da constituição em Atenas, na empreitada aristotélica de compilar mais de cem constituições das diversas *polis* gregas e de estabelecer princípios e diretrizes de uma estruturação política mais adequada à realização da idéia de “justa medida”. Aristóteles não somente é, como afirma Verdú, precursor do direito constitucional comparado, mas antecipador da teoria da constituição como teoria cultural (Verdú: 1998, p. 23). A inter-relação entre a realidade da *polis* e as propostas para um melhor e mais justo funcionamento da mesma é uma constante na obra do estagirita, na medida em que, por um lado, busca dados histórico-culturais como a aversão dos gregos a todo tipo de poder concentrado e arbitrário e a devoção à justiça isonômica, e por outro, tenta conformar a *polis* a partir destes pressupostos de ordem cultural com proposições filosófico-políticas que incluem a temporalidade dos mandatos e a separação de poderes (Aristóteles: 1998, p. 177ss.; Loewenstein: 1964, p. 155-156; Saldanha: 2000, p. 15).

As idéias de Aristóteles passam com o decorrer dos séculos a fazer parte do patrimônio cultural-institucional do ocidente. Não é diferente quando tratamos de teoria da constituição enquanto teoria cultural. Os fragmentos de teoria da constituição do período da Ilustração têm em Aristóteles sua referência mais remota.

O período iluminista da História ocidental é particularmente rico em idéias acerca do significado, função e finalidade da constituição, embora Locke, Rousseau, Montesquieu, Hamilton e Sieyès não tenham feito nenhuma teoria da constituição

em termos sistemáticos. A teoria da constituição encontra-se nesses autores diluída por questões políticas tidas como mais relevantes.¹²

Entretanto, as referidas questões políticas são discutidas em um ambiente cultural propício ao surgimento de entendimentos sobre a constituição como instrumento de governo que limite o poder político em favor dos direitos fundamentais dos cidadãos. O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é oriundo dos debates políticos anteriores ao período revolucionário francês, notadamente da influência de Montesquieu que, assim como Aristóteles, partindo de dados histórico-culturais concretos, conclui pela necessidade de desconfiança do poder, propondo uma permanente vigilância através dos freios e contrapesos existentes no sistema de separação de poderes. Influenciado pela cultura do racionalismo ocidental a partir de Descartes, procura estabelecer propostas igualmente racionais de controle do poder político que, por sua vez, influenciam a posterior formação de uma cultura política liberal que termina por exprimir-se nas constituições então insurgentes. Também as idéias democráticas de Rousseau influenciam estas últimas, embora a teoria rousseuniana não contenha a mesma base e dimensão sociológica da teoria de Montesquieu (Montesquieu: 1996, p. 166-167; *passim*; Rousseau: 1995, *passim*).

O conhecido abade francês Emmanuel Sieyès constrói sua famosa obra sobre o “Terceiro Estado” tendo em vista o processo revolucionário a partir de 1789, do qual o referido pensador é participante e observador ao mesmo tempo. Diferentemente dos dois autores pré-revolucionários aludidos no parágrafo anterior, Sieyès é contemporâneo da Revolução Francesa e das constituições que surgem durante a última década do século XVIII. Já podendo analisar constituições como objetos de es-

tudos específicos, o abade francês articula mais efetivamente esboços teóricos especificamente constitucionais, particularmente criando uma teoria do poder constituinte e trabalhando as idéias de representação política e de organização de um controle de constitucionalidade das leis (Sieyès: 1997, *passim*; Fayt: 1995, p. 47ss.; Baracho: 1979, p. 17).

No trabalho de Sieyès, também se percebe os influxos interculturais. Na medida da afirmação social dos valores propalados pela célebre revolução, o pensador francês constrói uma teoria fundamentada nos mesmos, ou seja, influenciada pelos valores da cultura iluminista presentes no constitucionalismo de então. Por outro lado, suas idéias influenciam o desdobramento posterior da teoria do poder constituinte e, em menor gradação, das demais teorias aludidas.

Entretanto, em termos concretos, somente no final do século XIX é que temos os primeiros esboços de sistematização da teoria da constituição, assim mesmo ainda diluídos em teorias do Estado e do direito, ou ainda, em teorias nacionais da constituição. Vejamos.

Em relação a teorias nacionais da constituição, merece referência o constitucionalismo anglo-americano. No caso britânico, o exemplo mais conhecido é a obra paradigmática do direito constitucional do Reino Unido, de autoria de Albert Dicey e intitulada “Introdução ao Estudo do Direito da Constituição” (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*), cuja primeira edição data de 1885. Nestes escritos, o famoso constitucionalista inglês traça as linhas mestras de uma teoria da constituição britânica, notadamente com a consolidação teórica de uma cultura constitucional muito peculiar, na qual se inclui desde o tratamento dado aos direitos e garantias individuais expressos nas diversas declarações de direitos até as regras institucionais

que remontam à histórica resistência ao absolutismo, consubstanciada na doutrina da supremacia/soberania do Parlamento, além da presença de diferenciações teóricas importantes para a compreensão do constitucionalismo do Reino Unido, como a distinção entre direito da constituição (*law of the constitution*) e convenções constitucionais (*constitutional conventions*) (Dicey: 1982, p. cxl; *passim*; García-Pelayo: 1999, p. 309-310; Galindo: 2003b, p. 308-310).¹³ Registre-se que a Constituição britânica por si só já é profundamente cultural, sendo muito mais consolidação de tradições culturais multisseculares do que obra de legisladores supostamente racionais, o que faz com que a teoria da constituição, no Reino Unido, também seja igualmente peculiar e demasiado específica para se tornar universalizável.

Em relação aos EUA, também se constrói uma teoria nacional da constituição. A originalidade norte-americana se dá em muitos aspectos: antes de tudo, nas idéias expostas no “Federalista”, base da Carta de 1787, e na jurisprudência da Suprema Corte, principalmente no famoso caso *Marbury v. Madison* (1803), no qual o *Chief Justice* Marshall formula o princípio do controle judicial da constitucionalidade das leis (conhecido como *judicial review*), opondo à idéia britânica de supremacia do Parlamento a idéia de supremacia da constituição, cujo defensor terminaria por ser a Suprema Corte (Hamilton, Madison & Jay: 2003, *passim*; Tocqueville: 1998, p. 170ss.; Saldanha: 2000, p. 65-66; Streck: 2002, p. 261-272; Vieira: 2002, p. 63-66; Cooley: 2002, p. 34-35). Apesar de ainda vinculado ao sistema jurídico do *common law*, o direito constitucional norte-americano se desenvolve de modo diverso e é construída uma cultura constitucional própria, que tem em Thomas Cooley o seu primeiro sistematizador a partir de obra publicada pela primeira vez em 1880 e intitulada

“Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América” (*The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*). Ainda que, como afirma Saldanha, defina a constituição em termos excessivamente genéricos, o célebre autor sedimenta em termos sistemáticos os principais temas para uma teoria norte-americana da constituição a partir dos influxos recíprocos entre a ainda jovem cultura política dos EUA, a prática constitucional e a teoria da constituição (Cooley: 2002, *passim*; Saldanha: 2000, p. 67). Mais racionalista do que o modelo britânico, mas também muito particularizada, tal teoria é também essencialmente uma teoria nacional despida de pretensões universalizantes.

As primeiras tentativas sistematizadas mais generalizantes provêm de teóricos do Estado, cabendo um destaque no século XIX a Georg Jellinek. No último ano do referido século, Jellinek publica a primeira edição de sua célebre “Teoria Geral do Estado” (*Allgemeine Staatslehre*), obra em que dedica capítulo a esboçar de forma substantiva uma teoria da constituição do Estado, a partir de uma análise do histórico do constitucionalismo e dos conceitos, conteúdos e classificações das constituições.

A obra de Jellinek, como se pode perceber do título, é fundamentalmente voltada à análise do Estado, delimitação epistemológica relativamente comum no ambiente teórico-constitucional germânico de então. Tal delimitação é particularmente compreensível, tendo em vista ser a Alemanha do final do século XIX um Estado recentemente unificado e a própria noção de constitucionalismo está bastante associada às formas de Estado das monarquias constitucionais do referido século, como destaca Kirsch (2002, p. 198). Pela insurgência das categorias constitucionais na Alemanha unificada, os autores, sobre-

tudo os de influência hegeliana, preferem discutir as questões referentes ao Estado, incluindo nelas as da constituição. Contudo, ao traçar análises constitucionais histórico-comparativas, Jellinek constrói uma teoria da constituição que transcende as fronteiras alemãs. A cultura filosófica alemã, com o considerável legado de Kant e Hegel, permite a autores como Jellinek uma maior condição de pensar teorias mais abstratas, distanciando-se de modelos concretos e específicos e procurando estabelecer premissas universalizáveis, o que se torna possível justamente pela maior abstração propiciada por essa cultura.¹⁴ Elaborar teorias “gerais” do Estado é mais apropriado pelo fato de ser uma categoria mais familiar à cultura política germânica do que a constituição, além de ser um pressuposto para a afirmação do Estado alemão enquanto Estado nacional, tendo em vista o fato da Alemanha ser o que Habermas chama de “nação tardia”, fazendo alusão à unificação alemã. Mais do que qualquer outra coisa, a Alemanha precisa afirmar-se enquanto Estado nacional e o debate teórico recebe a influência desse fato e surge entre o fim do século XIX e as primeiras décadas do século XX várias teorias do Estado (Jellinek: 2000, p. 457-485; *passim*; Habermas: 2002, p. 81).

Seguindo o caminho de Jellinek, Kelsen e Heller também propõem teorias do Estado e discutem nelas a constituição.

O autor da “Teoria Pura do Direito” publica, antes mesmo de sua obra mais conhecida, uma “Teoria Geral do Estado” (1925). Nesta busca analisar o Estado enquanto ente jurídico, mas não descarta da constituição. A *Stufenbautheorie*, pensada a partir da idéia da pirâmide jurídica, começa a ser formulada em termos mais sólidos, em uma perspectiva positivista lógico-formal, consagrada posteriormente na sua doutrina “pura” (Kelsen: 2002, p. 414-425; Kelsen: 1984, p. 309-313).

Pelo seu rigor metodológico e pela explícita proposta de depurar do direito todos os elementos que lhes sejam estranhos, o Mestre de Viena constrói uma teoria aparentemente dissociada de fatores histórico-sociológicos momentâneos, chegando a uma doutrina quase matematizante do direito, ou o que Leibholz afirma, uma “geometria do fenômeno jurídico”. A perspectiva lógico-formal do direito e da constituição de Kelsen faz com que sua teoria seja suficientemente abstrata para que se coloque como “pura”, estando ausentes dela todos os elementos metajurídicos, e dentre estes poderia ser incluído o elemento cultural.

Todavia, as teorias kelsenianas do Estado, do direito e da constituição também são teorias culturais. Todo o pensamento positivista de Kelsen está permeado pela cultura racionalista do ocidente. Não se pode olvidar que Kelsen é um neokantiano e que sua linha doutrinária positivista é um desdobramento da tradição racionalista cartesiana, com a crença iluminista na razão e a secularização de elementos culturais judaico-cristãos (Verdú: 1990, p. 18ss.).

Por si sós, as características apontadas demonstram que a teoria kelseniana é evidentemente uma teoria cultural. Contudo, dá-se com ela um fenômeno curioso. Como afirma Verdú, passando pelo “quietismo” político do período imperial e pela efervescência político-social weimariana, a teoria pura e toda a sua parafernália não se coadunam com a cultura do referido período (Verdú: 1989b, p. 44). Ao contrário das demais, temos em Kelsen uma teoria cultural, mas ao mesmo tempo uma teoria distante dos eventos politicamente importantes do ambiente político-jurídico do seu tempo.

Heller também utiliza a mesma metodologia de Jellinek e Kelsen no que diz respeito à acuidade para com a teoria do

Estado, incluindo nesta a discussão acerca da constituição. Porém, ao contrário do que ocorre na teoria de Kelsen, os pressupostos sócio-políticos se afiguram como fundamentais na teoria helleriana, sendo explícita nesta a referência cultural. Heller, ao propor a síntese dialética do ser e do dever ser, da normalidade e da normatividade, é profundamente influenciado pelos acontecimentos culturais das décadas de 20 e 30 do século passado, o que o leva, como vimos, a criticar veementemente tanto a visão kelseniana, como a perspectiva schmittiana (Heller: 1998, p. 23).

Schmitt e Smend, em posições teóricas distintas, são os autores que escrevem as primeiras grandes obras especificamente voltadas à análise da constituição no ambiente germânico.

Diametralmente oposta à idéia de Kelsen, a proposta teórica schmittiana é profundamente cultural e contemporânea da época em que é redigida e publicada. Schmitt inova substancialmente ao propor uma teoria da constituição de maneira autônoma em relação à teoria do Estado, rompendo com a tradição presente em autores como Jellinek, Kelsen e Heller. A *Verfassungslehre* schmittiana consegue estabelecer uma notável sistematização epistemológica da constituição. Mas, mais do que isso, Schmitt desenvolve uma concepção de constituição que fica conhecida como decisionista. Esta, notadamente marcada pelo aspecto político-existencial em detrimento do normativo, é produto de uma espécie de contracultura constitucional, na medida em que Schmitt se coloca como profundo crítico da cultura política demoliberal. A contracultura constitucional que Schmitt intenta construir é produzida a partir de uma cultura política insurgente das crises da República de Weimar, crises do modelo político demoliberal, crescentemente rejeitado na época em que paulatinamente regimes autocráticos

ascendem (Schmitt: 1996, *passim*; Verdú: 1989a, *passim*).

Além dos pressupostos culturais da época weimariana, pode-se perceber no decisionismo de Schmitt alguns elementos político-culturais mais remotos. Sua perspectiva autoritária decorre de um pessimismo antropológico de matiz maquiavélico-hobbesiana (Verdú: 1989a, p. 54-55). A cultura política contratualista-autocrática do absolutismo, que tem em Hobbes um de seus principais corifeus, influencia a visão decisionista na medida em que antes de ser norma, a constituição é decisão política, e a política é calcada na dicotomia metodológica e politológica amigo/inimigo, cabendo àquele que detém o poder de decisão decidir, nos momentos extremos, quem é quem (Schmitt: 2002, p. 58ss.; Verdú: 1989a, p. 56).¹⁵

Smend é outro autor que deixa de tratar da constituição como parte da teoria do Estado e passa a fazê-lo de maneira autônoma. Mas as semelhanças com Schmitt aí se limitam. Não há em Smend, como vimos, uma sistematização epistemológica ou uma teoria que se caracterize como crítica à cultura política demoliberal. Ao contrário, transparece na obra smendiana uma preocupação com a corrosão desta cultura na República de Weimar e a idéia de enxergar a constituição como fator de integração vem precisamente como tentativa de salvar a democracia e o Estado de direito.¹⁶ A articulação norma-realidade, tal como na obra de Heller, permite o afastamento do positivismo lógico-formal e do decisionismo, estabelecendo uma postura teórica intermédia entre os extremismos kelseniano e schmittiano.

Em Smend não somente a cultura política demoliberal influencia a sua teoria integracionista da constituição, como esta é uma tentativa de salvação daquela em um ambiente crescentemente autoritário e ameaçador das instituições democráticas. O

caráter integrativo da constituição permite que esta seja fator de renovação democrática contínua da organização fundamental da sociedade, o que, por sua vez, permitiria uma igualmente contínua abertura constitucional ao desenvolvimento cultural. Em virtude disso, a obra de Smend termina por ser precursora da idéia de constituição aberta de autores como Häberle que explicitamente fazem referência a Smend (cf. Häberle: 1996b, p. 10; Häberle: 1996a, p. 123; Verdú: 1993a, p. 48).

O dirigismo constitucional de Canotilho, por sua vez, é produto de uma cultura constitucional já profundamente influenciada pela idéia de Estado social. A teoria da constituição dirigente é essencialmente uma teoria da constituição do Estado social. A desconfiança em relação ao liberalismo clássico e a ascensão de idéias socializantes ao plano constitucional em boa parte da Europa fazem com que gradativamente se construa uma cultura política e constitucional social. As constituições passam a ter novos papéis e é necessário dotar o Estado de mecanismos e procedimentos para que possa cumprir os objetivos sociais propostos pela constituição.

Aliados a esses fatores de alcance mais generalizante, outros de ordem política interna em Portugal também influenciam a obra do Professor de Coimbra. O Movimento do 25 de Abril, conhecido como “Revolução dos Cravos”, que rompe com o regime autocrático salazarista e chega a expressar no preâmbulo da Constituição de 1976 em “abrir caminho para uma sociedade socialista”. Também a presença de inúmeros dispositivos constitucionais de caráter socializante, programático e dirigente faz com que se torne necessário pensar a temática. Além disso, há a gradativa edificação de uma cultura constitucional social em que se percebe as normas programáticas como efetivas normas jurídicas e não como simples programas ou

exortações morais realizáveis ao alvedrio do legislador (e por que não dizer, dos demais poderes também) (Canotilho: 1994, *passim*; Canotilho: 1998, p. 34).

Todas essas influências culturais distintas e próximas resultam na elaboração da teoria da constituição dirigente de Canotilho, cuja influência na sedimentação da cultura constitucional social em terras luso-brasileiras é inegável (cf. Coutinho: 2002, *passim*).

Como se vê, todas as teorias da constituição que tomamos aqui como referenciais são teorias culturais, não só no sentido de que partem de pressupostos culturais sedimentados institucional e socialmente, mas também elas mesmas são fundamentos para a edificação de novas perspectivas para a constituição, em uma relação dialética de influxos recíprocos entre as teorias e as práticas constitucionais. Mas isso requer um outro ensaio reflexivo. Por ora, ficamos por aqui.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES (1998). *A Política*, trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2a. ed.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira (1986). *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense.
- _____. (1979). *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária.
- BARENDT, Eric (1998). *An Introduction to Constitutional Law*. Oxford: University Press.
- BASTA, Lidija R. (2000). *El Papel de la Constitución en las Transiciones de Europa Central y Oriental – De la ‘politique constitutionnelle politisée’ a la ‘politique constitutionnelle politisante’*, in: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, no. 32. Valencia: Universidad, p. 47-62.
- BASTERRA, Marcela I. (2003). *Los Derechos Fundamentales y el Estado. Multiculturalismo, Minorías y Grupos Étnicos*, in: *Defensa de la Constitución: Garantismo y Controles - Libro en Reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*. Buenos Aires: Ediar, p. 345-362.
- BO-NAVIDES, Paulo (1998). *Reflexões: Política e Direito*. São Paulo: Malheiros, 3a. ed.
- BONEU, Mercedes Samaniego (2002). *Multiculturalismo Hoy: Una Visión desde España*, in: *Identidade Europeia e Multiculturalismo*. Coimbra: Quarteto, p. 195-210.
- BRADLEY, Anthony (2004). *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, in: *The Changing Constitution*. Oxford: University Press, 5a. ed., p. 26-61.
- CAMPOS, German J. Bidart (2004). *La Constitución Que Dura 1853-2003, 1994-2004*. Buenos Aires: Ediar.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2002). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 6a. ed.
- _____. (1994). *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- _____. (1998). *El Derecho Constitucional como un Compromiso Permanentemente Renovado* (Entrevista a Eloy García), in: *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, no. 10. Murcia: Asamblea Regional/Universidad, p. 7-61.
- CASTRO, José Luis Cascajo (2003). *Apuntes sobre Transición Política y Cultura Constitucional: El Caso Español*, in: *Defensa de la Constitución: Garantismo y Controles – Libro en Reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*. Buenos Aires: Ediar, p. 967-978.
- COOLEY, Thomas M. (2002). *Principios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*, trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell.
- CORNHILL, Lord Bingham of (2002). *Dicey Revisited*, in: *Public Law*. London: Sweet & Maxwell, p. 39-51.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (organizador) (2002). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar.
- DALLA VÍA, Alberto Ricardo (2004). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- DAVID, René (1998). *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 3a. ed.
- DAVUTOGLU, Ahmet (2004). *Cultura Global versus Pluralismo Cultural: Hegemonia Civil-*

- zacional ou *Diálogo e Interação entre Civilizações*, trad. Roberto Cataldo Costa, in: *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 101-138.
- DICEY, Albert V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund.
- EAGLETON, Terry (2001). *La Idea de Cultura – Una Mirada Política sobre los Conflictos Culturales*, trad. Ramón José del Castillo. Barcelona: Paidós.
- FAYT, Carlos S. (1995). *Nuevas Fronteras del Derecho Constitucional – La Dimensión Político-Institucional de la Corte Suprema de la Nación*. Buenos Aires: La Ley.
- GALINDO, Bruno (2004). *A Teoria da Constituição no Common Law: Reflexões Teóricas sobre o Peculiar Constitucionalismo Britânico*, in: *Revista de Informação Legislativa*, no. 164. Brasília: Senado Federal, p. 303-316.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel (1999). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar (2000). *As Constituições dos Estados da União Européia*. Lisboa: Vislis.
- HÄBERLE, Peter (2000). *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos.
- _____ (1996a). *Retos Actuales del Estado Constitucional*, trad. Xabier Arzoz Santiesteaban. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública.
- _____ (1996b). *La Multifuncionalidad de los Textos Constitucionales a Luz de una Comprensión “Mixta” de la Constitución*, in: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, no. 17. Valência: Universidad, p. 5-13.
- HABERMAS, Jürgen (2002). *La Inclusión del Otro – Estudios de Teoría Política*, trad. Juan Carlos Velasco Arroyo & Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James & JAY, John (2003). *O Federalista*, trad. Viriato Soromenho-Marques & João C. S. Duarte. Lisboa: Colibri.
- HELLER, Hermann (1998). *Teoría del Estado*, trad. Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 2a. ed.
- HESSE, Konrad (1999). *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. (da 20ª ed.) Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris.
- HILL, Jeffrey (2002). *AS and A2 Level Constitutional Law Textbook*. London: Old Bailey Press.
- HILL, Lord Lester of Herne (2001). *Developing Constitutional Principles of Public Law*, in: *Public Law*. London: Sweet & Maxwell, p. 684-694.
- HÖFFE, Otfried (2000). *Derecho Intercultural*, trad. Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa.
- JELLINEK, Georg (2000). *Teoría General del Estado*, trad. Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Económica.
- KELSEN, Hans (1984). *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 6ª ed.
- _____ (2002). *Teoría General del Estado*, trad. Luiz Legaz Lacambra. Granada: Comares.
- KIRSCH, Martin (2002). *Conceitos Centrais da Análise Histórico-constitucional dos Estados de Transição Europeus por Volta de 1800*, in: *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, no. 5, p. 189-219.
- KRAMER, Larry (1999). *Understanding Federalism*, in: *National Constitutions in the Era of Integration*. Londres: Kluwer Law International, p. 127-150.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de (2002). *Globalización y Modernidad. La Vía del Constitucionalismo Cosmopolita*, in: *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XIX. Madrid: Ministerio de Justicia/Ministerio de la Presidencia, p. 13-36.
- LOEWENSTEIN, Karl (1964). *Teoria de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel.
- MCCRUDDEN, Christopher (2004). *Northern Ireland, the Belfast Agreement and the British Constitution*, in: *The Changing Constitution*. Oxford: University Press, 5a. ed., p. 195-236.
- MIGUEL, Carlos Ruiz (2001). *Multiculturalismo y Constitución*, in: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nos. 36/37. Valencia: Universidad, p. 5-22.
- MONTESQUIEU (1996). *O Espírito das Leis*, trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes.

- NASSIF, Luís (2002). *Política Macroeconômica e Ajuste Fiscal*, in: *A Era FHC – Um Balanço*. São Paulo: Cultura, p. 39-70.
- NOGUERAS, Carlos de Cueto (1999). *El Intrusismo del Proyecto Integrador Europeo*, in: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, no. 28/29. Valencia: Universidad, p. 167-187.
- PEDRO, Jesús Prieto de (1995). *Cultura, Culturas y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- POPPER, Karl R. (2001). *A Vida é Aprendizagem – Epistemologia Evolutiva e Sociedade Aberta*, trad. Paula Taipas. Lisboa: Edições 70.
- _____ (1987a). *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, tomo I, trad. Milton Amado. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP.
- _____ (1987b). *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, tomo II, trad. Milton Amado. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP.
- REALE, Miguel (2000). *Experiência e Cultura*. Campinas: Bookseller, 2a. ed.
- RÉGIS, André & MAIA, Luciano Mariz (2004). *Direitos Humanos, Impeachment e Outras Questões Constitucionais*. Recife/João Pessoa: Base/Universitária (UFPB).
- RIGAUX, François (2000). *A Lei dos Juizes*, trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes.
- ROGEIRO, Nuno (1996). *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (1995). *O Contrato Social e Outros Escritos*, trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix.
- SALDANHA, Nelson (2000). *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed.
- SAMPAIO, José Adércio Leite (2004). *Teorias Constitucionais em Perspectiva – Em Busca de uma Constituição Pluridimensional*, in: *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 1-54.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2002). *Os Processos da Globalização*, in: *Globalização – Fatalidade ou Utopia?*. Porto: Afrontamento, p. 31-106.
- _____ (2003). *Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos*, in: *Reconhecer para Libertar – Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 427-462.
- SCHMITT, Carl (1996). *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza.
- _____ (2002). *El Concepto de lo Político*, trad. Rafael Agapito. Madrid: Alianza.
- SEGADO, Francisco Fernández (2003). *El Federalismo en América Latina*, in: *Defensa de la Constitución: Garantismo y Controles – Libro en Reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*. Buenos Aires: Ediar, p. 1167-1186.
- SERRANO, Samuel Barco (1999). *La Separación Checo-eslovaca, el Ingreso en la Unión Europea y la Variable Nacionalista*, in: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, no. 28/29. Valencia: Universidad, p. 143-166.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph (1997). *A Constituinte Burguesa – Qu'est-ce que le Tiers État?*, trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da (2000). *Direito Constitucional do Mercosul*. Rio de Janeiro: Forense.
- SILVA, Pedro Luiz Barros (1997). *A Natureza do Conflito Federativo no Brasil*, in: *Reforma do Estado e Democracia no Brasil*. Brasília: UnB, p. 351-364.
- STRECK, Lenio Luiz (2002). *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- SUÁREZ, Maria Valdivares (2003). *Breve Aproximación a la Constitución de la República Checa*, in: *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 67. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 159-170.
- TOCQUEVILLE, Alexis de (1998). *A Democracia na América – Livro I – Leis e Costumes*, trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes.
- TULLY, James (1995). *Strange Multiplicity – Constitutionalism in an Age of Diversity*. Cambridge: University Press.
- VERDÚ, Pablo Lucas (1998). *Curso de Derecho Político*. Madrid: Editorial Technos.
- _____ (1989a). *Carl Schmitt, Intérprete Singular y Máximo Debelador de la Cultura Político-Constitucional Demoliberal*, in: *Revista de Estudios Políticos*, no. 64. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 25-92.
- _____ (1989b). *La Teoría Escalonada del Ordenamiento Jurídico de Hans Kelsen como*

Hipótesis Cultural, Comparada con la Tesis de Paul Schrecker sobre “la Estructura de la Civilización”, in: *Revista de Estudios Políticos*, no. 66. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 7-65.

_____ (1990). *El Orden Normativista Puro (Supuestos Culturales y Políticos en la Obra de Hans Kelsen)*, in: *Revista de Estudios Políticos*, no. 68. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 7-93.

_____ (1993a). *La Constitución Abierta y sus “Enemigos”*. Madrid: Universidad Complutense/Beramar.

VIEIRA, Oscar Vilhena (2002). *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. São Paulo: Malheiros, 2a. ed.

VILANOVA, Lourival (2003): *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, vol. 1. São Paulo: Axis Mundi/IBET.

WEILL, Rivka (2003). *Dicey was not Diceyan*, in: *Cambridge Law Journal*, no. 62 (2). Cambridge: University Press, p. 474-494.

WINETROBE, Barry K. (2004). *Scottish Devolution: Aspirations and Reality in Multi-layer Governance*, in: *The Changing Constitution*. Oxford: University Press, 5a. ed., p. 173-194.

WRONG, Dennis H. (1997). *Cultural Relativism as Ideology*, in: *Critical Review II*, no. 2. New Haven: Critical Review Foundation, p. 291-300.

ZAMAGNI, Stefano (2002). *Migrations, Multiculturalism and Politics of Identity*, in: *The European Union Review*, vol. 7, no. 2. Pavia: Centro Studi sulle Comunità Europee, p. 7-42.

NOTAS

¹ No original: “The question I wish to address in this book is the following. Can a modern constitution recognize and accommodate cultural diversity?”

² Por algum tempo, os conceitos de cultura e civilização aproximaram-se, notadamente no iluminismo francês, diferentemente do que ocorre com a idéia de civilização contraposta à de barbárie. Sobre este debate, cf. Eagleton: 2001, p. 22-23.

³ Nas palavras do Mestre da USP: “A distinção entre natureza e cultura tem, penso eu, outra razão e alcance, resultando da verificação, feita no plano ontogenológico, de que há um domínio da realidade (tomada essa palavra em seu senti-

do lato, como a totalidade dos *objetos*, desde os “físicos” até os “ideais”), há uma espécie de realidade que *não comporta inovações (é o mundo da natureza)* enquanto outra há que se singulariza pela *possibilidade de nela se instaurar algo novo*, e é o mundo da cultura. (...) No fundo, a natureza, por mais que contínua e indefinidamente se transforme, sempre se repete, no sentido de que toda transformação se subordina às suas leis imanes, ainda que, em certos casos, opere o “princípio de indeterminação” de Heisenberg. Já no plano cultural, acrescenta-se algo à natureza com sistemática inserção do *valor* alterando o sentido dos eventos. Daí poder-se dizer que a natureza não foge à sua imane programação, admitida como um pressuposto de sua cognoscibilidade positiva. O pressuposto da cognoscibilidade da cultura é, ao contrário, o poder de inovação sintetizante e simbolizante (*nomotético*) do espírito” (Reale: 2000, p. 295-296 – grifos do autor; cf. tb. Vilanova: 2003b, p. 282ss.).

⁴ Marcela Basterra ainda adverte para as culturas de intolerância, como, por exemplo, os segmentos do islamismo que queiram realizar a extirpação do clitóris feminino, assim como a ultradireita francesa e seus discursos xenófobos excludentes do reconhecimento da diversidade cultural (Basterra: 2003, p. 346-347).

⁵ “A definição de intercultura presente em qualquer dicionário moderno faz realçar logo uma idéia fundamental: a ‘de partilha de cultura’, ‘de idéias ou formas de encarar o mundo e os outros’” (Canotilho: 2002, p. 1411 – grifos do autor).

⁶ Com a entrada de dez novos Estados na União Européia em maio de 2004, o problema da diversidade se complexifica, considerando que a homogeneidade que propiciou a desintegração de Estados como o tchecoslovaco, desmembrado em Eslováquia e República Tcheca, volta a ser diluída na diversidade européia oriental, visto que mesmo Estados etnicamente mais homogêneos, como Hungria e Polónia, precisam trabalhar interculturalmente as suas dificuldades de adaptação à realidade heterogênea do ente supraestatal do qual participarão (cf. Basta: 2000, p. 51ss.; Serrano: 1999, *passim*; Noguas: 1999, *passim*; Suárez: 2003, *passim*).

⁷ É importante observar, todavia, que o federalismo tem se caracterizado nos EUA e em outros

lugares como crescentemente centralizador. No caso estadunidense, a vitória nortista sobre o sul na Guerra da Secessão (séc. XIX) e as políticas do *New Deal* rooseveltiano são geralmente salientados como momentos históricos de intensa centralização do federalismo, descaracterizando em alguma medida as suas premissas clássicas (cf. Kramer: 1999, *passim*).

⁸ Na pág. 145 do referido trabalho, afirma o Professor alemão: “La Constitución es pues, sobre todo, expresión viva de un statu quo cultural ya logrado que se halla en permanente evolución, un medio por el que el pueblo pueda encontrarse a sí mismo a través de su propia cultura; la Constitución es, finalmente, fiel espejo de herencia cultural y fundamento de toda esperanza”. Cf. tb. Sampaio: 2004, p. 26-28.

⁹ Para Cascajo Castro, dogmas próprios de todo autêntico Estado liberal e democrático (Castro: 2003, p. 969).

¹⁰ Importante salientar que a descentralização propugnada pelo federalismo nem sempre é necessariamente proveitosa para atender às expectativas da maioria da população, considerando que a federação brasileira passou por períodos de maior descentralização do poder político, como na República Velha e no período imediatamente posterior à promulgação da Carta de 1988, e isso gera crises de gravidade considerável, que denotam o surgimento de tendências políticas centralizadoras, como a Revolução de 1930 e a denominada “Era FHC” que, neste último caso, é responsável pela implementação de reformas constitucionais como a Emenda Constitucional no. 15/1996 que dá nova redação ao art. 18, par. 4o., da CF, assim como de legislação infraconstitucional como a Lei de Responsabilidade Fiscal que se estabelece como mecanismo de disciplina fiscal para Estados e Municípios (cf. Régis & Maia: 2004, p. 99-103; Nassif: 2002, p. 59-61). Com posicionamento ligeiramente diverso, cf. Silva: 1997, p. 353.

¹¹ Para autores como Vilanova, “Autêntica teoria é todo sistema de proposições orientado para um objeto com fim cognoscitivo. Teoria é, pois, na medida em que compreende sistemática e finalidade veritativa, teoria é ciência” (Vilanova: 2003, p. 80).

¹² Sobre eles, afirma Verdú: “Lo que interesa apuntar es que no encontramos en ellos una auténtica Teoría de la Constitución, sino ideas constitucionales, por la sencilla razón que no constituyen un corpus doctrinal coherente, sistemático, sustantivo que cuadre con el concepto de Teoría de la Constitución que antes esbozamos”. O referido conceito é o seguinte: “a Teoría de la constitución la concibo como cultura, cultura euroatlántica, ideológicamente inspirada, justificada por valores, que iluminan, fundamentan y dinamizan mediante los derechos humanos, reconocidos y protegidos, mediante la delimitación de los poderes públicos, a una organización estructural normativizada que se apoya en una estructura sociopolítica” (Verdú: 1998, p. 22; 24).

¹³ Sobre a atualização necessária das teorias defendidas por Dicey, cf. Cornhill: 2002, *passim*; Weill: 2003, *passim*; Bradley: 2004, *passim*.

¹⁴ Sobre a cultura jurídica alemã, em termos mais genéricos, cf. Bonavides: 1998, p. 93-102.

¹⁵ Não se pode deixar de reconhecer que o decisionismo schmittiano permite ao regime nacional-socialista manter uma aparência de legalidade, enquanto institui um Estado criminoso, cobrindo seus atos com um “véu de legalidade aparente”. Cf. Rigaux: 2000, p. 109ss.

¹⁶ Para fazer a devida justiça acadêmica, essa análise da conjuntura da obra de Smend é decorrente de diálogo que mantivemos com o Prof. Gomes Canotilho em seu gabinete na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no qual o Mestre de Coimbra chama a atenção para essa característica da teoria integracionista da constituição de Smend.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

CONSTITUTIONAL OBSTRUCTION

JOSÉ MIGUEL ONAINDIA*

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumen: La nueva jerarquía normativa de los tratados internacionales y la elevación a rango constitucional de dos declaraciones y ocho pactos de derechos humanos, por la reforma constitucional argentina de 1994, ha causado una transformación en la interpretación de la trama de derechos protegidos. Este nuevo orden de prelación de normas, ha hecho surgir en la doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y tribunales inferiores el concepto de “bloque de constitucionalidad”, por el cual se propone una interpretación conjunta y armónica de la compleja trama normativa que hoy constituye el sistema protectorio de los derechos humanos. Este concepto se vincula con las nuevas tendencias del derecho constitucional comparado y constituye desde la ciencia jurídica un avance para lograr una mejor protección de los derechos, que lamentablemente no coincide con la realidad de la comunidad.

Palabras claves: Jerarquía normativa. Bloque de constitucionalidad. Interpretación armónica. Conjunto de cláusulas. Sistema de derechos.

Abstract: The new normative hierarchy of International agreements and the elevation of constitutional of two declarations and eight pacts of human rights, for the Argentina Constitutional reform in 1994, motivating to transform the interpretation of the protected rights. This new order composes inside the doctrine and the jurisprudence of the Supreme Court for Justice and for other Courts, the concept of the “Constitutional Obstruction”, through are purposed a common and uniformity interpretation for the normative de los derechos humanos. Este concepto se vincula con las nuevas tendencias del derecho constitucional comparado y constituye desde la ciencia jurídica un avance para lograr una mejor protección de los derechos, que lamentablemente no coincide con la realidad de la comunidad rules.

Key Words: Normative hierarchy. Constitutional Obstruction. Uniformity interpretation. Clauses. Rights system.

1. Introducción

El orden de jerarquía de las normas es una de las cuestiones de mayor relevancia dentro del ordenamiento jurídico, puesto que se vincula íntimamente con el principio de supremacía de la constitución y en los estados de forma federal, con el principio de supremacía del derecho federal respecto del derecho local. La comprensión y respeto del sistema jerárquico

de normas son presupuestos básicos de un buen funcionamiento del estado de derecho. La jerarquía de las normas determina la necesaria coherencia jurídica con la que todas las disposiciones deben formar un conjunto lógico y la forma en que deben subordinarse los diferentes actos estatales.

El acatamiento del orden de jerarquía normativa significa el respeto del orden institucional y de las competencias propias que la constitución reconoce a cada uno

* Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor invitado para cursos de pos-grado de las Facultades de Derecho y Filosofía y Letras de la UBA, Universidad del Litoral, Universidad Notarial Argentina, Universidad Católica Argentina y en las Universidad de Zaragoza y San Pablo CEU (España) y Universidad de Tours (Francia). Es autor de diversas obras de su especialidad (La Constitución de los argentinos y La Constitución de los porteños, entre otras) y de más de sesenta artículos en revistas especializadas. Es colaborador habitual de medios de prensa escritos y audiovisuales.

de los órganos del estado. La subordinación a las disposiciones que la constitución otorga mayor jerarquía implica el preciso cumplimiento de la forma de gobierno y del acatamiento a las normas preexistentes que es la esencia de una democracia constitucional. El respeto al orden normativo impuesto por el constituyente se vincula con los dos elementos básicos de esta forma de organización estatal: porque implica la garantía para el ciudadano del respeto de sus derechos humanos y el cumplimiento de la forma de gobierno que organiza la constitución, como garantía genérica de los derechos mencionados.

El notable desarrollo del derecho internacional, especialmente vinculado a la protección internacional de los derechos humanos, durante la segunda mitad del siglo XX y la aparición de organismos supranacionales con facultades de legislación y jurisdicción, dio nueva complejidad al orden de prelación de las normas en el derecho constitucional contemporáneo. Tal fenómeno trajo como consecuencia la revisión de los principios clásicos del constitucionalismo moderno sobre la materia y la aparición de diferentes criterios en el derecho comparado para solucionar las tensiones entre el principio de soberanía de los pueblos y la aparición de este orden jurídico internacional.

La República Argentina no escapó a esta transformación. La doctrina en primer término y luego la jurisprudencia, recibieron estos cambios y mediante un criterio dinámico de interpretación normativa propusieron la modificación de la metodología de análisis de la cuestión que tradicionalmente se efectuaba desde el origen de nuestro sistema constitucional. Finalmente, estas tendencias fueron introducidas en la reforma constitucional de 1994 y con su sanción se produjo una transformación esencial del orden de jerarquía normativa, que a mi juicio constituye la modificación

más trascendente que produjo esa última reforma constitucional y la que tendrá mayor repercusión en el curso de nuestra presente y futura vida institucional.

La cuestión vinculada a este tema no constituyó uno de los puntos relevantes del pacto político que dio origen a la reforma de 1994. La ley que declaró su necesidad (Ley 24.309), en cumplimiento del procedimiento estatuido por el art. 30 de la C.N., habilitó a la Convención Constituyente a debatir la cuestión en su artículo 3ro. Punto I (Institutos para la Integración y Jerarquía de los Tratados Internacionales), admitiendo la incorporación de nuevos incisos a la disposición que regula las competencias del Congreso Nacional y prohibió en su art. 7mo. la modificación de la denominada parte dogmática de la Constitución Nacional. Esta limitación de la facultad reformadora de la Convención derivó en la ausencia de adecuación de las normas que regulan el orden de prelación en la primera parte de la Constitución con las nuevas y trascendentes disposiciones incorporadas en un artículo, en principio, ajeno a la cuestión como es el que determina las facultades del Congreso. El camino seguido por las fuerzas políticas que pactaron la reforma fue diferente al del movimiento reformador provincial, pues las múltiples reformas introducidas en textos de constituciones provinciales luego de la recuperación del orden institucional en 1983 modificaron sustancialmente los capítulos dedicados a declaraciones, derechos y garantías.

Sin embargo, la deficiencia en la técnica legislativa antes señalada no impidió un debate amplio de la materia y la adopción de una modificación que conmueve profundamente no sólo una cuestión que puede aparecer meramente técnica como el orden de prelación de las leyes, sino las bases de nuestro sistema de derecho. Esta modificación amplió en forma indudable

la extensión y protección de los derechos humanos de los habitantes de nuestro país, al otorgar a dos declaraciones de derechos humanos y ocho pactos sobre esta materia igual jerarquía que la Constitución Nacional. Desgraciadamente, la distorsión entre derecho y realidad que ha caracterizado profundamente nuestra vida comunitaria en el tiempo histórico transcurrido desde la adopción de la reforma hasta el presente, impide que la población advierta este avance, pero no quita valor al mandato que surge de la constitución formal.

2. Bloque de Constitucionalidad

La incorporación de la cláusula del art. 75 inc. 22, segundo párrafo, hizo surgir la corriente doctrinaria que considera que los tratados y declaraciones de derechos humanos a los que la citada norma otorga jerarquía constitucional, forman con la constitución un conjunto denominado “bloque de constitucionalidad” que determina los alcances de la protección de nuestro orden constitucional a los derechos del hombre (Bidart Campos, G.J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, 1995, To. VI p. 555). Esta doctrina ya fue recibida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues en el voto del Dr. Santiago Petracchi emitido en el voto del fallo “González de Delgado, Cristina y otros c/U.N.C.” (Fallos 323:2359) afirma que “...la reforma constitucional de 1994 dio jerarquía constitucional a diversos tratados y convenciones (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) que, junto con la Constitución Nacional, configuran el bloque de la constitucionalidad argentina. A partir de entonces son muchas las normas de ese rango que nos rigen y en las que se reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, se prohíbe la discriminación y se garantiza el acceso a la educación.” Con esta clara afirmación el máximo intérpre-

te de la constitución nacional reconoce la existencia del denominado bloque de constitucionalidad, que servirá como principio orientador de la jurisprudencia para salvar cualquier posible diferencia interpretativa respecto del complejo conjunto de normas que lo integran.

Debe también señalarse que otros integrantes de la Corte han hecho uso del concepto de “bloque de constitucionalidad”, aún sin usar esta expresión. En el mismo caso el Dr. Gustavo Bossert expresa que no puede dejar de señalarse que tanto por expresas disposiciones de la Constitución Nacional, complementadas por los principios reconocidos en los tratados internacionales con jerarquía constitucional debe resolverse a favor de la ordenanza cuestionada en el caso en resolución. Destaca que la igualdad ante la ley se encuentra contemplada en el art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y, específicamente referida a la igualdad de la mujer con el hombre en el art. 15 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Con este minucioso análisis evidencia la necesidad de efectuar una interpretación “en bloque” de todas las disposiciones que conjuntamente con las constitucionales protegen y fijan los alcances de los derechos del hombre en nuestro ordenamiento jurídico.

También de los fallos “Chocobar” y “Monges” surge que dentro del denominado bloque de constitucionalidad no existen jerarquías normativas disímiles y que todas las normas que lo integran deben interpretarse armónicamente. Expresa el Tribunal que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, den-

tro del cual cada una de sus disposiciones ha de evaluarse de acuerdo con el contenido de las demás, pues las expresiones utilizadas por el constituyente son indicativas de que han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han verificado la inexistencia de contradicción entre las normas de la constitución y las declaraciones y pactos a los que se otorga rango constitucional (CS, 27/12/96 “Chocobar Sixto c/Caja Nac. De Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, LL 1997-B,247). Si bien con esta interpretación parece zanjarse el dilema sobre la diferencia jerárquica entre las cláusulas de la constitución y normas elevadas a rango constitucional, queda subsistente la mayor flexibilidad de éstas últimas para perder ese rango por el procedimiento legislativo previsto en el art. 75 inc. 22.

3. Bloque de Constitucionalidad y Jurisprudencia de Tribunales Internacionales

Otro elemento interesante para el análisis es el rol que juega la jurisprudencia de los tribunales internacionales para fijar los contenidos de las cláusulas integrantes de los pactos y tratados. Con anterioridad a la reforma constitucional, en el ya citado caso “Ekmejdjian c/ Sofovich”, la Corte había invocado una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - la Nro. 7 – para la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica: “...Que la interpretación del pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica (Estatuto, art. 1)...”(considerando 21 del voto de mayoría). Y se resuelve la cuestión de acuerdo al criterio interpretativo que establece la mencionada opinión de este organismo internacional.

Con posterioridad a la reforma de 1994, la Corte interpretó el art. 75 inc. 22 y afirmó que la expresión “en las condiciones de su vigencia”, significa que la aplicación debe hacerse tal como se hace en el ámbito internacional y cómo resulta interpretada por los tribunales internacionales competentes a tal efecto. Nuevamente en este caso, utilizó los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para resolver la cuestión planteada, invalidando una ley del Congreso en materia de doble instancia penal (Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación, recurso de hecho (causa Nro. 32/93). Sostuvo en el caso que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en el art. 8 inciso 2) apartado h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, era declarar la inconstitucionalidad del art. 459, inciso 2) del Código procesal penal de la Nación porque vedaba la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales inferiores en razón del monto de la pena. Deja así sin efecto la jurisprudencia vigente hasta el dictado del fallo, en virtud de las reformas introducidas en la Constitución Nacional y la formación del bloque de constitucionalidad, junto con los tratados y declaraciones internacionales elevados a jerarquía constitucional.

En el pronunciamiento citado en el párrafo precedente, se aduce que la jerarquía otorgada a las declaraciones y pactos internacionales mencionados en el art. 75 inc. 22, 2do. párrafo, ha sido voluntad expresa del constituyente que se hiciera de acuerdo con las pautas de interpretación de los tribunales internacionales. La Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1 de la Convención, en cuanto los Estados Parte deben no solamente respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino además

“garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción” y

tal finalidad se logra si se toman todas las medidas que remuevan obstáculos para ejercer plenamente los derechos conferidos (Sabsay-Onaindia, *La Constitución de los argentinos*, Editorial ERREPAR, Pág. 123).

Resulta también de interés, la sentencia dictada en el caso “Cafés La Virginia SA s/apelación” (C.S.J.N., 13-10-94), que si bien no hizo aplicación de la reforma por su contemporaneidad con ella, señaló que el incumplimiento de una obligación internacional vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas y que la ley que en el caso se cuestionaba incurría en una transgresión a un tratado internacional y la aplicación de dicha norma colisionaba con otra de rango superior que debe ser desechada por incompatible con el principio de supremacía de los tratados sobre las leyes internas. En el voto del juez Boggiano se destaca que la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuestas por la Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado, constituyendo este acto un avance inconstitucional sobre las atribuciones del Poder Ejecutivo. El voto destaca la diferencia entre el derecho internacional y el derecho comunitario- conforme el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea “Van Gend en Loos”-, entendiendo por éste el grupo de normas emanado de los órganos supranacionales de la comunidad (conf. Ekmekdjian, Miguel A., E.D., lro. de diciembre de 1994, “Un fallo de la Corte Suprema de Justicia que apuntala el proceso de la integración regional latinoamericana...”).

La Corte a través de su dinámica interpretación de las normas constitucionales y los tratados internacionales permitió así que la Argentina estuviera en un lugar de

vanguardia dentro del proceso de internacionalización del derecho y de protección jurídica –al menos- de los derechos humanos. “...Si la supremacía de la Constitución federal es la regla arquimédica que ordena lógica y ontológicamente todo el ordenamiento jurídico federal, la supremacía de los tratados de derechos fundamentales sobre todo ese ordenamiento traza el círculo de la eticidad: dentro de ese círculo sólo serán constitucionales las conductas y normas que se encuadren dentro de las pautas jurídico-normativas de esos tratados...” (Herrendorf, Daniel en *La Constitución Reformada*, Ministerio del Interior, 1996).

4. El Orden de Jerarquía Posterior a la Reforma de 1994

Las importantes modificaciones introducidas en la reforma de 1994 al tema en análisis, principalmente originadas en las disposiciones de los incisos 22 y 24 del art. 75, produjeron una modificación y adaptación de los criterios de interpretación vigente hasta la modificación constitucional indicada. Pese al mantenimiento sin alteraciones de los arts. 27 y 31 de la Constitución, el orden de prelación de las normas resultante de la reforma y justifica el concepto de “bloque de constitucionalidad” puede exponerse del siguiente modo:

1. Constitución Nacional: tiene la rigidez proveniente del art. 30 de su texto y sólo puede ser modificado mediante el complejo procedimiento de reforma que en ese artículo se establece;

2. Declaraciones y Tratados Internacionales enumerados en el inciso 22) del art. 75: de rango constitucional pero con mayor flexibilidad, porque pueden perder ese rango por un acto del Congreso que requiere sólo la mayoría agravada de los dos tercios de sus miembros totales, sin concurrencia de ningún otro órgano con facultad constituyente específica;

3. Tratados y convenciones sobre derechos humanos no enumerados en el inc. 22) del art. 75, pero que el Congreso puede otorgarles esa jerarquía mediante el voto de las dos terceras partes de sus miembros. Tal acto se ha realizado con dos pactos desde 1994 hasta la fecha, circunstancia que determina que en la actualidad son diez los pactos que gozan de jerarquía constitucional (Ley 24.820 otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la ley 24584 a la Convención de Naciones Unidas sobre Delitos de Lesa Humanidad e Imprescriptibilidad de Delitos de Guerra. Debe aclararse que hasta tanto este acto del Congreso no se produzca, esta categoría de tratados goza de la situación general del resto de los tratados internacionales.

4. Tratados con otras Naciones o con organismos internacionales y concordatos con la Santa Sede, que son inferiores a las normas indicadas precedentemente pero superiores a la ley interna.

5. Normas dictadas como consecuencia de un tratado de integración territorial, en los términos previstos en el inciso 24, primer párrafo, del art. 75, con jerarquía superior a las leyes pero sin que resulte determinada su relación con los tratados y concordatos mencionados en el punto anterior, dado que el constituyente se limita a prescribir la superioridad referida.

6. Leyes.

Este es el orden de jerarquía normativa resultante de la reforma constitucional, el que es precedido por las demás disposiciones de carácter administrativo inferiores a la ley. Hay algunas cuestiones que no han sido resueltas por la norma como el caso de confrontación entre dos tratados con jerarquía constitucional, que queda derivado al control de constitucionalidad interna, mediante la interposición de los remedios procesales que nuestro ordenamiento formal prevé.

Resulta interesante recordar que en el caso “Méndez Valles, Fernando c/M. Pescio S.C.A. s/ejecución de alquileres”, CSJN 26/12/95 RR, el Tribunal afirma que la naturaleza federal del tratado alcanza a su contenido, aunque las materias que el instrumento internacional regule se encuentren comprendidas dentro de las ramas del derecho que consideramos “común” (art. 75 inc. 12), porque la naturaleza federal está dada por la fuente internacional de la que provienen. El incumplimiento de las normas del tratado produce la responsabilidad del Estado, situación que le otorga la calidad “federal” suficiente para la interposición del recurso extraordinario. Esta decisión es acorde con la reforma de 1994 que no sólo otorgó jerarquía constitucional al derecho internacional de los derechos humanos sino que también intercaló la totalidad del derecho internacional público de base contractual entre la Constitución y el resto del orden jurídico interno (conf. Carnota, Walter *Los tratados internacionales frente al recurso extraordinario federal*, El Derecho, 9 de abril de 1996).

5. Conclusion

Dentro de este nuevo orden de jerarquía de las normas resultante de la última modificación introducida a nuestro texto constitucional, que seguramente seguirá enriqueciéndose con el aporte interpretativo de la jurisprudencia nacional y de los órganos supranacionales con competencia, el concepto de bloque de constitucionalidad significa un aporte trascendente para que las modificaciones adoptadas adquieran la dimensión y dinamismo que su compleja construcción merece.

Como bien afirma el Dr. Pablo Manli en un agudo y exhaustivo ensayo sobre el tema, si una Convención constituyente se abocó a tratar la recepción y jerarquía de los tratados internacionales de derechos

humanos por nuestro orden jurídico, "...es preciso extraer de esa voluntad del constituyente la mayor cantidad de enseñanzas posible en aras de fortalecer el sistema de protección y garantía de los derechos humanos, garantías y libertades fundamentales de todos los hombres del mundo que deseen habitar el suelo argentino...", tal como dispone el Preámbulo de nuestra constitución nacional. (*El bloque de constitucionalidad*, La Ley, 2003)

REFERENCIAS LEGISLATIVAS

art. 75 inc. 22 de la Constitución Argentina (texto según reforma 1994), leyes 24.584, ley 24.820.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

CSJN: "González de Delgado c/UNC (Fallos 323:2359)" Chocobar, Sixto c/Caja Nac. de Previsión para el Estado, LL1997-B,247).

INTANGIBILIDADE DOS DIREITOS COMO IMODIFICABILIDADE DO TEXTO: O CAMINHO ITALIANO AO DOCUMENTO CONSTITUCIONAL

INTANGIBILITÀ DEI DIRITTI COME IMMODIFICABILITÀ DEL TESTO: LA VIA ITALIANA ALLA SCRITTURA COSTITUZIONALE

MICHELE CARDUCCI*

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumo: O ensaio descreve o debate doutrinal italiano sobre os limites substanciais à revisão da Constituição. De fato, a Constituição italiana não contém uma explícita previsão comparável às *Cláusulas Pétreas* do texto constitucional brasileiro. Esse compreendeu a dificuldade para identificar com certeza um núcleo indisponível ao poder constituinte derivado. Prospectam-se, todavia, duas hipóteses. A primeira tenta reconstruir limites implícitos através da interpretação evolutiva do conceito de “direitos invioláveis”, indicado pelo art. 2 da Constituição; a segunda tenta atribuir valor de princípios constitucionais a todas as disposições literais da Primeira Parte da Constituição, com específica atenção às liberdades econômicas como modelo de sociedade e de progresso identificado pelo texto. Uma e outra interpretação se reconhecem em um problema comum: aquele da prioridade de atribuir à escritura constitucional e principalmente ao critério hermenêutico literal, como condição prioritária para garantir um direito constitucional “positivo” e não ao contrário um direito constitucional “político”.

Palavras-chave: Revisão Constitucional na Itália. Limites substanciais à revisão. Escritura constitucional. Direitos de liberdade implícitos. Princípios do Estado social. Igualdade formal e substancial. Direitos econômicos. Direito de propriedade privada.

Riassunto: Il saggio descrive il dibattito dottrinale italiano sui limiti sostanziali alla revisione della Costituzione. Infatti, la Costituzione italiana non contiene una esplicita previsione paragonabile alle *Clausulas Petreas* del testo costituzionale brasiliano. Questo ha comportato la difficoltà a identificare con certezza un nucleo indisponibile al potere costituente derivato.

Si prospettano, pertanto, due ipotesi. La prima tenta di ricostruire limiti *impliciti* attraverso la interpretazione evolutiva del concetto di “diritti inviolabili”, indicato dall’art. 2 della Costituzione; la seconda tenta di attribuire valore di principi costituzionali a tutte le disposizioni letterali della Prima Parte della Costituzione, con particolare riguardo alle libertà economiche come modello di società e di sviluppo identificato dal testo.

L’una e l’altra interpretazione si riconoscono in un problema comune: quello della priorità da attribuire alla scrittura costituzionale e soprattutto al criterio ermeneutico letterale, come condizione prioritaria per garantire un diritto costituzionale “positivo” e non invece un diritto costituzionale “politico”.

Parole Chiave: Revisione costituzionale in Italia. Limiti sostanziali alla revisione. Scrittura costituzionale. Diritti di libertà impliciti. Principi dello *Stato sociale*. Uguaglianza *formale* e *sostanziale*. Diritti economici. Diritto di proprietà privata.

Abstract: This essay describes the doctrinaire Italian debate about the substantial limits of the Constitution review. In fact, the Italian Constitution do not posses a clear prevision compared to the “unchangeable clauses” of the Brazilian Constitutional text. That has cause difficulty in the certain identification of a constitutive power. There are two possibilities. The first tries to reproduce to reproduce implicit limits through the evolutive interpretation of inalienable rights, indicated in the second article of Constitution, the second one tries to give value of constitutional principles to all the literal disposition of the first chapter of Constitution, with particular attention to the economical liberties as a society model and develop, identified in the text. On both sides the interpretation stumble in a common problem: the priority assures to constitutional writing and to the hermeneutic literal discernment, as a priority condition to guarantee a “positive” constitutional right and not a “political” constitutional right.

Key Words: Constitutional review in Italy. Substantial limits review. Constitutional writing. Natural law implicit. Principles of Social State. Formal and substantial equality. Economic rights. Private property rights.

*Texto traduzido por Juliana Salvetti.

*Prof. Titular de Direito Constitucional Italiano e Comparado - Universidade de Lecce – Itália.

1. Revisão Constitucional e Limite Constituído pelo Conjunto dos “Direitos De Liberdade Civil” Evidenciados *Ex Art. 2 Const. Italiana*

A análise dos casos constituintes o “núcleo fundamental” da Constituição subtraído da revisão, pode começar pelo exame do princípio liberal, expresso pelo art. 2 Const., em que está escrito que a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo (princípio personalista), seja nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade (princípio pluralista) 1.

A expressão “reconhece”, usada no art. 2 Const. (mas também em outras disposições constitucionais, ver artigos 4, 29, 42 Const.), estaria indicando, conforme parte da doutrina que a Constituição se refere, dados ou exigências imanentes da sociedade, que ela aceita e sobre a incontrovertível existência dos quais plasma as suas normas: seria substancialmente uma espécie de “autolimitação do Estado soberano”. 2.

A objeção que vários interpretes movem contra essa reconstrução da disposição do art. 2 Const., nasce da idéia que um reconhecimento pressupõe a preexistência dos direitos assim reconhecidos em relação ao ordenamento estatal reconhecedor. Em outras palavras, o direito positivo do Estado não faria mais que constatar obrigatoriamente a presença de valores mais altos, que nenhum sistema normativo deveria e poderia desconhecer.

Tal interpretação, que podemos definir jurismaturalística, do art. 2 C., pode legitimamente não ser compartilhada se considerarmos que à base da proposição da qual se discute, esteja a pretensão de ver reconhecida, não tanto uma precedência substancial da pessoa humana em relação ao Estado, mas que a Constituição colocou em primeira linha da sua disciplina, como

inspiração de base, aqueles “[...] valores essenciais da civilização jurídica comum às democracias liberais de cunho ocidental; estabelecendo, contudo, que tais valores não se concretizam [...] se não através da intermediação de normas positivas, aptas a traduzi-los em regras realmente eficazes. Efetivamente, é sempre nos significados do ordenamento jurídico italiano que se deve estabelecer em que consistem os vários direitos [...], o que compreende, justamente, que os próprios direitos se resolvam integralmente no direito positivo [...]” 3.

Mas quais são esses direitos invioláveis?

Seria sem dúvida errado considerar tais direitos somente àqueles que a Constituição expressamente qualifica nesse modo e que são a liberdade pessoal (art. 13 C. inciso I), a liberdade e a confidencialidade das comunicações (art. 15 C. inciso I), o direito de defesa em juízo (art. 24 C. inciso II), além do domicílio (art. 14 C. inciso I). Se, porém, prestamos atenção que direitos não menos essenciais, como por exemplo, o direito de liberdade de religião, o direito de liberdade de manifestação do pensamento, o direito ao trabalho, o direito à vida (cuja garantia poderia estar implícita na proibição da pena de morte) não são declarados invioláveis (ver artigos 19, 21, 4, 27 C.), parece claro que seria errado colocar os direitos em cuja definição o adjetivo “inviolável” comparece expressamente, em uma posição superior aos outros pelo único fato da presença desse adjetivo.

Talvez se pudesse considerar que os direitos sejam “[...] aqueles que a constituição reconhece a todos, considerando inerentes à simples condição humana” 4, mas raciocinando assim, seriam excluídos os direitos políticos já que cabendo somente aos cidadãos, e entre eles há, entre os outros, o direito de voto e de acesso aos serviços públicos que devem ser conside-

radados necessários ao sistema democrático-republicano, conseqüentemente, segundo a teoria que se deseja demonstrar, absolutamente fundamentais. Seria conveniente concluir que o art. 2 C., refira-se a todos os direitos garantidos pela primeira parte da Constituição e que todos seriam então invioláveis, uma vez que necessários ao pleno desenvolvimento da personalidade humana? E isso constatado, tal eventual admissão de “inviolabilidade” é adequado constituir um grau peculiar do ponto de vista hierárquico como o entende a Corte, ou seja, a *não revisão*?

Acerca do primeiro desses quesitos, retém-se tradicionalmente que o art. 2 C. seja uma cláusula da causa aberta, ou seja, não se refere unicamente aos direitos fundamentais enunciados na Constituição, mas propõe-se tutelar toda uma série de direitos e valores novos, não codificados, que encontrariam a sua fonte nas convenções internacionais ainda não ratificadas pelo nosso país, ou na jurisprudência “criativa” do juiz constitucional 5.

Contra essas conclusões, pode-se, todavia, objetar que delas derivariam a subversão da ordem das competências e, especificamente, da ordem das fontes estabelecida pela Constituição 6, mas principalmente considerar o art. 2 C. como causa aberta, pode ser um erro de perspectiva, se observamos que na realidade, “[...] sendo a nossa [...] uma Constituição ‘longa’ [...] e entre as mais ricas e mais sistemáticas entre as contemporâneas, ela não favorece a imersão de direitos novos não contidos nas suas previsões porque, justamente pela sua tendenciosa sistematicidade, por uma sua inegável ordem, permite ao contrário evidenciar e explicitar os direitos implícitos, como necessárias ou possíveis conseqüências dos direitos enumerados” 7. Concluindo, podemos relevar como a liberdade se pode explicar através de várias formas e ter conteúdos materiais heterogêneos, mas

expressa sempre uma inclinação, de um determinado assunto livre, na direção de um determinado objetivo: independência, autodeterminação, auto-realização.

E essa força de liberdade de se desenvolver em modos e direções diversificados, não pode ser circunscrita em previsões formalísticas e específicas, como se inclinam a fazer as previsões constitucionais contidas na primeira parte da Carta: o art. 2 C. desenvolve justamente uma função geral de garantia dos direitos invioláveis, que vai além das limitadas hipóteses constitucionais; ele exprime a liberdade como um valor.

Não seria arriscado tentar reconstruir a amplitude dos “direitos fundamentais” através “[...] da seguinte interpretação preliminar do art. 2 [Constituição]: os direitos que resultam invioláveis (extraídos do contexto da Constituição ou *aliunde*) são reconhecidos e garantidos, como tais, ou seja, independentemente dos específicos reconhecimentos e garantias que eles recebem das outras disposições constitucionais. Eles recebem do art. 2 um reconhecimento-garantia global, que consiste na sua ascensão ao grau de valores primários de princípios constitucionais supremos (ou de elementos concorrentes à formulação de princípios supremos)” 8.

Devemos agora dar uma resposta à pergunta se a fundamentalidade ou inviolabilidade dos princípios, tanto aqueles expressos, quanto aqueles eventualmente dedutíveis ou reconstruíveis pelo art. 2 C., sejam ontologicamente *não revisados*, ou qual é o limite além do qual se consome o seu valor co-essencial à forma republicana.

Uma primeira consideração faz-se, justamente, sobre a denominação ‘inviolabilidade’, a qual poderia semanticamente ser considerada mais ampla e, por conseguinte, abrangente da noção de ‘inalterabilidade’ 9, fazendo-a alcançar uma intangi-

bilidade de tipo substancial, um resultado (também) em termos formalísticos, representado pelo limite textual-implícito do art. 2 C.

Se, contudo, reflete-se no fato que somente alguns entre os ‘direitos fundamentais’ foram declarados expressamente ‘invioláveis’, arrisca-se cair em contradição se é verdade que um tão profundo significado determinado pelo art. 2 C., seria no mínimo repetido, se não realmente depreciado, naquelas circunscritas hipóteses em que a Constituição afirma a inviolabilidade de uma situação jurídica no interno de uma disposição dedicada à tutela de um direito fundamental, como no caso dos artigos 13 C. inciso I, 14 C. inciso I, 15 C. inciso I, 24 C. inciso II; a menos que não se queira arbitrariamente considerar que a ausente qualificação de um direito (supostamente) fundamental como ‘inviolável’, ressurgiria novamente de maneira automática aos fins de sua ‘não revisão’, graças à cláusula geral representada pelo art. 2 C., mas seria obrigatório demonstrar esse argumento já que parece improvável que o mesmo limite, constituído pela inviolabilidade, possa ser ora *expresso*, ora *tácito*.

O risco de erro ao saturar de significado o termo ‘inviolável’. É confirmado justamente pela falta de tal formulação em algumas situações jurídicas subjetivas, como a liberdade de manifestação do pensamento ex art. 21 C. “[...] que *ictu oculi* devem considerar-se necessárias ao sistema democrático concebido pelos nossos Constituintes (e que, portanto, são insuprimíveis no momento de revisão constitucional ex art. 139 C.) [...]” 10, enquanto da mesma maneira direitos invioláveis, podem depois sofrer limitações nos casos e nos modos estabelecidos pela lei e /ou por iniciativa da autoridade judiciária (ver art. 13 C. incisos II, III, V art. 14 C. inciso II e art. 15 C. inciso II).

Por tudo isso, parece correto negar

que a referência expressa à inviolabilidade, formulado pelo art. 2 C., tenha essencialmente uma legitimidade, do ponto de vista jurídico e etimológico, para justificar a ‘não revisão’ formal e substancial dos artigos que sancionam os princípios fundamentais do ordenamento constitucional: não é nem uma expressão que “[...] reproduz retoricamente e enfaticamente uma fórmula tradicional desprovida de efetiva validade jurídica” 11, nem tem a pretensão de selar como violações da ordem constitucional qualquer atividade de revisão das disposições abrangentes dos princípios fundamentais 12; mas, todavia, não é nem mesmo desprovida de significado.

Ela está, de fato lembrando que, no interno das situações jurídicas (todas) constitucionalmente garantidas, existem algumas tão importantes a ponto de serem consideradas como elemento essencial e qualificador da forma de Estado republicana, mesmo se depois permanece ao intérprete o dever de individuar quais sejam aquelas realmente irrenunciáveis: serão essas últimas, definitivamente, que representam o limite do poder de revisão constitucional, sem perder de vista, todavia, o outro aspecto importante, que nem todas as modificações conteudísticas de tais direitos são intoleráveis (“[...] princípios supremos que não podem ser subvertidos ou modificados *no seu conteúdo essencial* [...]”, menciona a Corte na sentença de 1988).

De tudo até agora exposto, restam poucas dúvidas que direitos funcionalmente coligados ao sistema delineado pelos artigos 1 e 139 C., sejam antes de tudo aqueles direitos *de liberdade civil* que se lêem diretamente nos artigos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 13, 33 e 35 IV inciso da Constituição: “[...] é um dado incontrovertível que uma ‘democracia aberta’, como aquela prefigurada pelos nossos Constituintes, não seja nem ao menos abstratamente pensável sem a garantia dos já mencionados

direitos [...]. E se isso pode ser deduzido, com referência aos ‘direitos de liberdade civil’ que se reportam à esfera pública do tema, [...] o mesmo vale para as ‘liberdades civis’ que se referem à esfera privada do idêntico tema [...]” 13.

Essa dúplici categoria de direitos devem ser necessariamente garantidos a fim de que o individuo possa realizar imediatamente e em todos os setores públicos e privados, o usufruto da própria personalidade, sem necessidade de aprofundar-se em ulteriores e antiquadas distinções, como aquela de ‘liberdades positivas e negativas’, ou a dicotomia ‘direitos individuais – direitos comuns’ 14.

A matriz individualística destaca como em um Estado democrático-republicano, onde não existem fins pré-constituídos, seja ele Estado em função do cidadão e não vice-versa; aquela pluralística reconhecendo as comunidades intermediárias entre o individuo e as instituições, encarrega-lhe o papel de instrumento essencial para o desenvolvimento da personalidade humana.

Tudo que foi analisado compõe uma confirmação da tese segundo a qual os ‘direitos de liberdade civil’ são co-essenciais àquela forma republicana, que os artigos 1 e 139 C. entendem como legitimamente insuperável.

Mas onde termina a sua intangibilidade se, como diz a Corte, é necessário e suficiente não consumir o conteúdo essencial? 15

Dois teorias, conceitualmente distantes, afirmam: a primeira que o nosso sistema constitucional predisporia uma ‘garantia de existência’ e não uma ‘garantia de conteúdo’ para os direitos invioláveis; a outra, ao contrário, que ao poder de revisão constitucional seria sempre permitido adotar modificações ampliativas dos direitos fundamentais, além de modificações redutivas dos mesmos, sem, contudo,

consumir-lhe a essência 16.

No primeiro perfil, alcançaria a inalterabilidade formal (e, a maior razão, a não revogabilidade) de todas as disposições de princípio, mas se pode contrapor que, no fundo, a efetiva, estabilidade e valência dos direitos, deriva da sua disciplina normativa, também e principalmente em situação hierarquicamente subordinada à Constituição, tanto que se essas muda (*de fato*) *in peius*, o direito formalmente sancionado na Carta, seria um rótulo vazio de conteúdo; a outra orientação, ao contrário, não resolve de qualquer modo o problema, já que se é mesmo verdade que o conteúdo dos direitos em questão, coincide com o seu exercício, para o qual a modalidade de exercício é o espelho do conteúdo, esse último continua sendo quantitativamente indeterminado.

Uma solução racional, tal que evite uma rigidez excessiva na interpretação, precisamente, a respeito dos propósitos e dos objetivos que se predeterminam os artigos 1 e 139 C., consiste em rejeitar, por um lado, a hipótese de uma espécie de ‘petrificação’ ou ‘enrijecimento’ dos direitos de liberdade civil, uma vez que se pareça conveniente inibir uma diminuição dos mesmos, parece igualmente oportuno não impedir que, em razão da evolução de qualquer sistema democrático, possa proceder-se a um alargamento contencioso dos mesmos, justamente como já fez a Corte; por outro lado, prestar muita atenção seja (indiretamente) à ‘normativa de detalhe’ a qual, exatamente pela sua capacidade de modificar de maneira redutiva o conteúdo dos direitos, pode ser o meio para avaliar o permanecer da essência dos direitos, seja (diretamente) à atividade de revisão que pode ser operada nos confrontos dos artigos sobre os ‘princípios fundamentais’ e, conseqüentemente, agir sobre os ‘direitos invioláveis’, mas com a devida prudência. 17

Mas, dado que o juízo se a mudança de uma disposição constitucional (ou hierarquicamente subordinada) seja restritiva ou menos de uma situação garantida pelo sistema como inviolável, compete definitivamente ao juiz da Constituição e, do mesmo modo, a expansão de um direito por alguns não pode que implicar, correlativamente e inevitavelmente uma proporcional redução de um (outro) direito constitucionalmente garantido por outros (já que tem em si uma ampliação de deveres e ônus para cumprir) e sobre esses últimos o mesmo juiz deve vigiar para que não lhe seja desgastada excessivamente a essência, tudo isso para significar que é no juízo de constitucionalidade que se deve individuar o caráter idôneo e exclusivo para a individuação, tanto dos princípios supremos, quanto do conteúdo axiológico dos direitos fundamentais e a compatibilidade entre eles, de toda a normativa aplicável no nosso ordenamento.

2. A Intangibilidade dos Princípios Derivantes do Estado Social: A) A Igualdade Formal e Substancial em Função de “Equilíbrio”, mesmo através da Atenuação dos outros Direitos

Um (outro) princípio geral sobre o qual se fundamenta a constituição e, portanto, intangível *ex* os artigos 1 e 139 C., dado que essencial à nossa “forma de Estado”, é o princípio social 18. Ele se expressa e atua nas normas mediante as quais os poderes públicos cumprem a forma equilibradora e moderadora das disparidades sociais, para garantir a cada cidadão participar dos benefícios da vida associada, e isso se reflete na sua volta em ulteriores e específicos direitos para determinadas prestações, algumas realizadas diretamente pelo Estado, outras através da imposição de um *pati* para outros assuntos privados.

A Itália, como Estado de direito, floresceu nas pegadas do Estado-liberal (e o

art. 2 C., com todos os seus corolários, é a sua maior manifestação), seja nos princípios do Estado-social, que, na realidade, parecem completar-se mutuamente: o princípio de igualdade, realmente, não pode ser inseparável daquele de independência e autonomia, se quisermos que todos os cidadãos possam participar igualmente dos benefícios da vida associada, cujos fins não se limitam à proteção da liberdade dos indivíduos, mas consistem ainda no direito de todos os cidadãos de usufruir as vantagens que o associacionismo oferece.

Se verdade que, enquanto os direitos de liberdade, visam determinar uma esfera na qual os cidadãos podem operar livremente, são ‘diferentes’ dos direitos sociais, os quais visam promover a intervenção pública para satisfazer algumas exigências essenciais dos próprios cidadãos, e a atuação desses pode exigir a limitação dos primeiros, não é para negligenciar a opinião segundo a qual “[...] uma e outra categoria de direitos [seja], no nosso ordenamento [...] disposta [ao] fim supremo do ordenamento, ou seja, o pleno desenvolvimento da personalidade: diretamente os direitos de liberdade, que determinam o âmbito desse desenvolvimento e junto garantem a plena independência; indiretamente os direitos sociais, que providenciam a criação das condições de fato idôneas para permitir o pleno usufruto para todos dos direitos de liberdade [...]” 19.

É dever do Estado empenhar-se para que esse princípio atue, evitando que os mais fortes oprimam os mais fracos e que as diversidades jurídicas e, realmente, sejam notavelmente limadas desde que não seja humanamente possível eliminá-las; e o mesmo Estado tem o ônus de operar tal missão não através do exercício de um poder meramente discricionário (como nos regimes de despotismo iluminado), mas através do princípio de racionalidade “[...] com base na qual [...] os meios necessários

indispensáveis devem, de qualquer maneira, ser funcionalmente referidos aos escopos perseguidos”².

Nos “Princípios Fundamentais” da Constituição italiana, o princípio social está expresso principalmente pelo art. 3 C., o qual, partindo no primeiro inciso, da premissa fundamental da ‘igual dignidade social’ de todos os cidadãos, sanciona antes de tudo a igualdade ‘perante a lei’.

É esse o princípio da ‘igualdade formal’, o qual implica que o legislador não possa efetuar nos confrontos dos cidadãos destinatários das normas 21, nenhuma desigualdade de tratamento que não seja justificada por razão de caráter lógico ou por derrogação previstas pela própria Constituição 22.

Isso significa, tanto que a lei deva ter igualdade de força jurídica nos confrontos de todos os assuntos aos quais se dirige, tanto que não possa efetuar entre os destinatários discriminações de tratamento normativo aos titulares, como taxativamente e explicitamente enunciado, do sexo, da raça, da língua, da religião, das condições pessoais e sociais.

Tais discriminações não podem ser nem de caráter negativo (a exclusão da titularidade de determinados direitos), nem de caráter positivo (a concessão de privilégios, ou seja, de situações de vantagem) em derrogação injustificada à disciplina comum.

A igualdade de tratamento jurídico importa além de tudo que o legislador não possa tratar de modo desigual, situações de fato iguais, a menos que, como sustentado pela jurisprudência da Corte Constitucional 23, não socorra o pré-citado critério de racionalidade ou não arbitrariedade 24.

Em todo modo, ‘igualdade no sentido formal’ não deve significar ‘igualdade de tratamento no sentido absoluto’, já que “[...] igualdade se assume como ‘relativa’ [...]”: e realmente, pressupondo a igualdade

no sentido absoluto uma ‘igualdade de todos em tudo’, sob a sua égide não seriam logicamente possíveis àquelas distinções (entre culpado e inocente, entre devedor e credor, etc.) que são co-naturais a qualquer hipótese de ordenamento jurídico [...]”²⁵; para o qual o princípio de igualdade formal tem uma exata valência conteudística que compreende, em primeiro lugar, a proibição de ‘leis pessoais’, além da proibição de ‘leis especiais’ ou ‘excepcionais’, ou seja, desprovidas de um apreciável fundamento justificativo.

Todavia, o reconhecimento constitucional da conexão entre igualdade jurídica e condições sociais, dos indivíduos destinatários desse princípio constitucional emerge com relevo de permanência maior da tutela constitucional da igualdade no sentido substancial efetuado pelo segundo inciso do art. 3 C. que se adiciona àquela forma ‘completando-a de conteúdos mais ricos’²⁶.

É na proclamação de tal igualdade, que deve ser entendida como uniformidade nas ‘condições de partida’ para os cidadãos, antes do que ‘naquele de chegada’²⁷, em que se nota muito mais o peso oneroso sobre as instituições públicas de remover os obstáculos de ordem econômica e social para a sua realização; definitivamente, com o reconhecimento do pré-citado princípio o legislador constitucional toma consciência formalmente da necessidade para realizar as condições sociais que permitem a efetiva democracia do ordenamento.

E é isso que o ordenamento italiano assume manifestadamente a forma do Estado social, antes ainda acrescenta, como acima citado, esse caráter àquele liberal,²⁸ em uma espécie de compromisso político entre os sustentadores da ideologia liberal, os seguidores do solidarismo católico e os defensores da ideologia marxista²⁹.

O ponto central desse argumento consiste no fato que, enquanto de um lado a

Carta constitucional põe no centro do regime democrático o homem, como portador de direitos de liberdade e civis, reconhece, ao mesmo tempo, a existência de desigualdade que, realmente, se refletem no exercício desses e podem, conseqüentemente, impedir a plena realização daquele mesmo ‘indivíduo’ que é conceito pressuposto ao próprio sistema democrático. É por isso que a intervenção de sustento e equilíbrio estatal se atua para garantir, ainda através de uma atenuação dos princípios liberais se isso se torne necessário, mesmas possibilidades de realização para todos, em todo âmbito existencial e, aos indivíduos menos capazes (ou menos afortunados), um nível de subsistência, idôneo para preservar, seja como for, a dignidade individual³⁰.

No núcleo fundamental da Constituição adentram, de maneira copiosa, institutos e situações que se reúnem a tais funções: o direito ao trabalho (*ex art. 4 C.*, e *art. 38 C. inciso III* o qual tem como titulares também os incapazes e os deficientes); o direito à tutela do trabalho (*ex art. 35 c. inciso I*, com especial referência, ainda em conformidade ao *art. 37 C. inciso I*, à função das trabalhadoras e ao estado de maternidade e, *ex art. 37 C. incisos II e III*, ao trabalho dos menores de idade); o direito à formação e elevação profissional (*art. 35 C. inciso II*); o direito dos não abastados para que sejam predispostos, a seu favor, os meios para agir e se defender perante toda jurisdição (*ex art. 24 c. inciso III*); o direito às medidas econômicas e outras providências à formação da família e os cumprimentos dos relativos deveres, com particular atenção às famílias numerosas, além do direito de que a maternidade, a infância e a juventude sejam tuteladas (*ex art. 31 c.*); o direito à saúde (*ver art. 32 c. inciso I*, e o *art. 9 C.*, inciso II no qual, graças à Corte Constitucional, fundamenta-se o direito ao ambiente salubre); o direito dos indigentes de receber tratamentos

gratuitos (*ex art. 32 C. inciso I*); o direito ao estudo, principalmente em relação aos indivíduos desprovidos de meios, mas capazes e merecedores, que supera o período de instrução obrigatória, para garantir os graus mais elevados dos estudos (*ver o art. 34 C. incisos II, III e IV*); o direito dos incapazes e indigentes à manutenção e à assistência social e o direito dos trabalhadores à assistência e à previdência social em caso de infortúnio, doença, invalidez, velhice e desocupação involuntária (*ex art. 38 C.*); o direito da qual a propriedade privada possa ser gerida de maneira a garantir a função social e acessível a todos (*ex art. 42 C. incisos II e III*) e o direito da qual a iniciativa econômica privada seja regularizada de maneira tal que se não desenvolva em contraste com a utilidade social ou de modo a produzir dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana (*ver art. 41 C. incisos II e III*); o direito de que o artesanato seja tutelado e promovido (*ex art. 45 C.*); o direito dos trabalhadores de colaborar, nos modos e nos limites estabelecidos pela lei, na gestão das empresas (*ex art. 46 C.*); o direito às reservas e o empenho do Estado para favorecer o acesso da reserva popular para a propriedade da habitação, para a propriedade direta cultivadora e ao direto e indireto investimento acionário dos grandes complexos produtivos do País (*ver art. 47 C. inciso II*); o direito daquele que é chamado para funções públicas eletivas, de dispor do tempo necessário para o seu cumprimento (*ex art. 51 C. inciso III*).

3. O Conjunto dos “Direitos Econômicos” Fundamentais à Forma Republicana e o “Direitos de Propriedade Privada” como Obstáculo à Igualdade, de Fato, Proclamada pelo Art. 3 Constitucional

Grande parte dos pré-citados direitos, sendo estruturalmente “[...] ‘a presta-

ção positiva' por parte da República, são situações jurídicas subjetivas condicionadas, no sentido que não são arraigáveis sobre o indivíduo (e acionáveis por parte desse último) até quando o legislador não intervenha, concretizando-as por meio de disposições especificamente voltadas para esse intento". 31.

São, pois, normas consideradas de caráter tipicamente programático, como é dito no art. 3 C., mas isso não significa, todavia, dele excluir até uma preceptividade imediata, dado que nesses casos deve-se, ainda, reconhecer a valência da prescrição para estabelecer na Corte Constitucional a razão para a declaração de inconstitucionalidade de todas aquelas leis (ordinárias) que contem disciplinas e / ou institutos discordantes da *ratio* das normas em exame; além da impossibilidade de ab-rogar ou, de qualquer modo, modificar *in peius* toda a normativa legislativa eventualmente já emanada, em cumprimento do programa operado pelo art. 3 C. e por todos os seus corolários, sofre ainda aqui a declaração de inconstitucionalidade.

Ao contrário uma outra série de 'direitos sociais' encontrados no ditado constitucional, são *self-executing* e podem ser aplicados diretamente pelos operadores jurídicos; são prova deles os direitos do trabalhador a uma retribuição proporcional à quantidade e qualidade do seu trabalho e em todo caso suficiente para assegurar a si mesmo e a sua família uma existência livre e digna, e os direitos atribuídos ao próprio trabalhador ao repouso semanal e às férias anuais remuneradas (*ex art. 36 C. incisos I e III*): essa é a indiscutível opinião do juiz da Constituição, à qual se adaptaram também os juizes ordinários. 32.

Análogo discurso pode referir-se àqueles 'direitos sociais', previstos pelo art. 37 C. incisos I e III, ou seja, o direito das mulheres trabalhadoras em ter o mesmo tratamento jurídico reservado aos trabalha-

dores masculinos e àqueles das mulheres e dos menores em receber, na igualdade de trabalho, as mesmas remunerações dos trabalhadores masculinos e adultos: nessas hipóteses pode-se afirmar, em favor da sua imediata preceptividade, que do ponto de vista estrutural são propriamente 'direitos ao idêntico tratamento', dado que as disposições que lhes cabem "[...] efetuam uma explícita referência a um termo de comparação [...] onde poder avaliar a igualdade [...] do concreto tratamento [...], [pelo qual ele] não faz equivaler um abstrato direito à igualdade (por essência improvável e inaceitável): faz-se talvez equivaler uma 'pretensão' [...] a uma prestação cuja exigibilidade são determinadas não autonomamente ao contrário com referência ao conteúdo de uma distinta relação intercorrente entre o mesmo indivíduo obrigado (público ou privado que seja) e um terceiro" 33.

Outro direito social constitucionalmente sancionado e pelo qual se pode abster do *interpositio legislatoris*, é o direito de greve (*ex art. 40 C.*).

É verdade que o artigo agora citado, fala de exercício no âmbito das leis que o regulam, formulando uma reserva (relativa) de lei em função da determinação dos limites ao direito 34, mas a norma foi, desde sempre, considerada imediatamente preceptiva e aplicada pelos juizes ordinários 35.

Pareceria, realmente, que a exigência de uma normativa reguladora seja talvez para se ir ao encaixe da necessidade das "[...] limitações derivantes das finalidades cuja está preordenada a greve, [como] exercício de um 'direito fundamental', com a exigência de salvaguardar outros valores que – na nossa Constituição – são para serem considerados positivamente dotados de igual grau normativo": a referência é ao "[...] contraste natural entre a greve e a liberdade de iniciativa econômica do qual trata o art. 41 C." 36.

Além da discussão sobre o caráter preceptivo ou menos, todavia, é de maior importância demonstrar porque o direito de greve desenvolva uma função social.

Se forem avaliadas as motivações adotadas pela Corte Constitucional sobre porquê o direito de greve 'propriamente dito' seja permitido aos trabalhadores subordinados (ou mesmo aos autônomos) 37, enquanto foi negado aos empresários 38, nota-se como ele não tinha o único e exclusivo objetivo de exercer uma pressão sobre os empregadores, a fim de reivindicações contratuais, mas também para obter condições mais favoráveis com relação àquele "[...] conjunto dos interesses dos trabalhadores, que encontram disciplina nas normas colocadas sob o título III da primeira parte da Constituição [...] que podem ser satisfeitos somente por atos de governo ou por atos legislativos" 39, pelo qual o direito em questão, além de ser historicamente concebido como meio de autotutela coletiva por antonomásia, muda hoje os seus objetivos, assumindo o aspecto de instrumento de luta política 40, apto a permitir aos trabalhadores subordinados, uma forma de pressão indireta sobre aqueles órgãos estatais em cujos confrontos se reclamam as reformas indispensáveis "[...] para tornar concretamente operante o art. 3 inciso II da Constituição" 41.

Nesse modo, o direito configurado no art. 40 C., torna-se uma "[...] das mais evidentes manifestações do princípio substancial [...]" 42.

Não deve surpreender o fato que, numerosas situações jurídicas pertencentes à função social do Estado, se isolem do Título II da Constituição para encontrar lugar no Título III relativo às "Relações econômicas". Isso é devido, mais uma vez, ao compromisso político contraído no momento de Assembléia Constituinte, e que investe toda a disciplina das relações econômicas 43: por um lado, a tutela de

toda uma série de interesses individuais e coletivos, mediante o reconhecimento de específicos direitos subjetivos (as chamadas liberdades econômicas), por outro lado, uma série de limites constitucionais ao seu exercício no âmbito de um quadro que visa à sua possível finalização de objetivos de utilidade social, "[...] pelo qual se permite aos cidadãos de exercer a liberdade de iniciativa econômica e o direito de propriedade, também, nos meios de produção, mas enquanto isso se lhes subordina o exercício de uma direção pública da economia, em alguns sentidos, facultativa, e em outros imposta" 44.

E convém dar uma olhada na legislação prevista nos artigos 41-44 C. para entender não só como o Estado, na economia de mercado, possa agir para operar a *correção das distorções que se determinam sob o perfil da igualdade substancial e da justiça social*, mas principalmente se tal normativa valha para integrar o valor constante que compõe a 'forma de Estado' excluída da revisão constitucional ex art. 138 C.

Uma questão preliminar, segundo alguns, decisiva, refere-se a ausente inclusão da propriedade privada (art. 42 C.) e a liberdade de iniciativa econômica privada (art. 41 C.) no âmbito daqueles 'direitos invioláveis' individuados pelos artigos 2 e ss. Const. 45.

Não é supérfluo o fato que a normativa contida no art. 42 C. inciso I esteja em aberto contraste com o passado 46 e incline-se a impedir ao instituto da propriedade privada, aquele caráter sagrado que tinha precedentemente, mas é facilmente demonstrável, no entanto, que a tentativa de fundar a exatidão de uma tese através de argumentações de caráter meramente formalístico pode ser enganador 47; basta considerar que, justamente no interior das pré-citadas "Relações Econômicas", encontram lugar grande parte dos 'direitos

sociais' recentemente examinados, cuja importância e 'fundamentalidade' são indubitáveis.

Uma solução plausível pode então ser representada pela consideração que os constituintes, mesmo garantindo o direito de propriedade (ex art. 42 C. inciso II, primeira parte 48), quiseram “[...] preservar uma fórmula correspondente à ‘economia mista’ [...]”, dado que “[...] tinham bem presente não poder mais tratar [...] a situação proprietária de maneira monolítica, do ponto de vista objetivo” 49.

Decisivo para o nosso ponto de vista é de fato o prosseguimento do segundo inciso do artigo em exame, já que a garantia oferecida pela lei 50, a qual lhe determina (a) os modos de posse e de usufruto, e (b) os limites ao escopo de assegura-lhe a função social e torná-a acessível a todos, confere ao legislador uma dúplice diretriz finalística que serve para fornecer uma nova legitimação ao instituto, assim como a propriedade torna-se constitucionalmente tutelada “[...] não de maneira absoluta e indiscriminada, mas somente enquanto conserve uma ‘função social’”. 51.

Para determinar quando a propriedade tenha uma função social, parece correto partir da regra econômica segundo a qual, dada a natural escassez das reservas materiais, não todos os bens são suscetíveis de uma difundida apropriação por parte dos indivíduos; enquanto o são outros, ou seja, aqueles que satisfazem as necessidades elementares do único indivíduo, constituídos pelos bens de consumo e “[...] aqueles que, seja como for, constituem os pressupostos materiais para o exercício efetivo dos ‘direitos fundamentais’, Ex art. 3 C. inciso II.” 52.

E é justamente essa (e somente essa) a propriedade que tem a função social constitucionalmente garantida como valor absoluto; pelo qual, sendo estritamente vinculada ao indivíduo quando “[...] colo-

cada em segurança da sua possibilidade de existência física e social [...]” 53, constitui o conteúdo mínimo, ou essencial, que não pode ser sacrificado pelo legislador ordinário e isola-se de qualquer processo de revisão constitucional 54.

Dele decorre que, ao contrário, se a propriedade recai sobre os bens diversos por um ponto de vista qualitativo daqueles indispensáveis à pessoa, ou mesmo que se trate desses últimos, mas em um número que ultrapassa as naturais exigências do indivíduo, aqui, o direito em questão, não teria mais a função social como acima foi expresso, à qual a posse não poderia ser tutelada limitadamente pelo ordenamento, sendo que uma intervenção do legislador ordinário pode ser até exercitada de uma maneira penetrante 55: a função social se reúne assim ao amplo poder de ação do Parlamento, autorizado (também) pelo art. 3 C. inciso II, que almeja uma igualdade autêntica, e não somente formal.

É verdade que, a economia de mercado e o bem-estar econômico pressupõem a capitalização (que não pode existir se não com base em uma organização econômica estruturada de modo a assegurar a competitividade da produção), e, sem capitalização, faltariam àqueles ulteriores empregos produtivos, na falta dos quais não pode haver progresso e aquela preparação de novos postos de trabalho nos quais se fundamenta o art. 4 C.; mas a possibilidade de capitalização por parte de poucos se torna inaceitável se refletir prejuízo à satisfação dos interesses primários dos demais.

A confirmação disso está nos artigos 43 (quanto à reserva sob competência do Estado de empresas fornecedoras de serviços públicos essenciais que tenham caráter de significativo interesse geral) e, sobretudo, 44 C., através do qual a autoridade pública pode impor obrigações e vínculos ao meio (de produção) instrumental constituído pelo recurso ‘terreno agrícola’.

Para a funcionalidade da propriedade, enquanto a pequena e média propriedade fundiária são incentivadas, a grande propriedade é penalizada através da imposição de obrigações, vínculos e a faculdade, para o legislador, de reduzir-lhe a extensão; e a propriedade dos 'meios de produção' em geral (não exclusivamente o 'solo') deve assumir um aspecto dinâmico através do ônus, sob autoridade do proprietário, da racional exploração, com o objetivo de torná-los concretamente produtivos, sob pena de expropriação 56.

Substancialmente a Constituição quer que a propriedade cumpra indispensavelmente uma finalidade social, ou seja, uma função que seja considerada, mesmo se a utilização exclusiva por parte do proprietário favoreça ao mesmo diretamente, de interesse comunitário quando satisfaça uma instância geralmente expressiva.

Quer, conseqüentemente, que o 'regime de pertinência de bens' cumpra o objetivo de contribuir, sempre e de qualquer modo, à obtenção do bem-estar (não somente) material da sociedade e, nela, dos indivíduos.

Essas considerações são sustentadas pela análise do art. 41 C., que sanciona (no inciso I) o direito de liberdade de iniciativa econômica privada, dentro dos limites (sancionados pelos dois incisos sucessivos) da utilidade social, liberdade e segurança da coletividade e os programas, os controles e as coordenações estabelecidas pela lei para fins sociais.

Uma hipótese, extrema, lei no artigo em exame o fundamento do direito de empresa como um 'direito funcional', exaltando as enunciações contidas no II e III incisos 57: o limite da 'utilidade social', todavia, não pode constituir o fundamento jurídico da atividade econômica privada, que se assim fosse, seria legítima somente e se fossem perseguidos objetivos socialmente úteis. Permaneceria assim sobre a

base daquela que, ao invés, é o incentivo que alimenta a empresa, ou seja, o escopo do empreendedor de alcançar lucro, e não a posse, para ele, de uma missão pública 58.

Nem tem maior sucesso opinião de tantos que vêm na formulação da norma pré-citada a pretensão de diversificar a regulamentação entre iniciativa (inciso I) e o desenvolvimento da atividade econômica empreendedora (incisos II e III): por um lado, estaria o direito de investir na produção, como um direito de liberdade constitucional, por outro, a organização produtiva no seu conjunto seria sempre submetida aos vínculos e aos controles, segundo os princípios estabelecidos pela lei (também em relação aos art. 43 e 46 C.); mas, porque os constituintes teriam antes afirmado a possibilidade para os privados de iniciar uma atividade econômica, para depois lhes proibir ou limitar o livre desenvolvimento? 59.

Pelo qual, parece mais lógico entender a garantia da liberdade de empresa como plena e absoluta e a sua proteção operativa desde a fase de iniciativa e nas moras de execução.

Origina-se disso, que o direito de empresa, pode ser incluído entre as liberdades fundamentais garantidas pela Constituição, mesmo se, paralelamente ao direito de propriedade, pode encontrar nas avaliações discricionárias do legislador aquela compreensão e aqueles limites (externos) que lhe delimitam o progresso para a utilidade e os fins sociais que encontram por sua vez a fonte essencial no art. 3 C. inciso II. 60.

Isso não deve nunca obstaculizar ou corromper o caráter privado da atividade econômica e o seu caráter essencialmente lucrativo, nem mesmo a legislação programática ex art. 41 C. inciso III; somente em casos extremos onde fossem verificadas as condições previstas pelo art. 43 C., é admissível uma intervenção legislativa sem

limites de espécie 61, mas nesse caso estaríamos perante uma empresa que perde a sua fisionomia característica, apontando essencialmente à atividade de distribuição de bens 3 serviços em ‘regime de economia’ e que entre outro poderia criar desordem no livre mercado 62.

São nessas circunstâncias as provas mais evidentes da adoção daquele modelo de ‘economia mista’ como resultado do compromisso político no momento constituinte; um modelo fluido e elástico 63, que parece sancionar a primazia da política econômica sobre a economia 64, a ratificação da inserção do nosso sistema constitucional dos parâmetros do Estado social.

Pode-se concluir que o direito de empresa, mesmo sendo fundamental ao contribuir para delinear a nossa forma de Estado, ocupa do ponto de vista normativo *um lugar hierarquicamente inferior em relação às outras situações jurídicas definidas fundamentais pela Constituição*, e a razão é logo expressa no menor grau de necessidade, no tocante aos outros direitos de liberdade civil, pelo crescimento e a participação dos indivíduos na vida comum 65.

Se a liberdade de iniciativa econômica é essencialmente idônea para se colocar em embate com os valores primários que evidenciamos nesse capítulo e sobre os quais se substancia a forma de Estado, é óbvio que os Pais constituintes, avistando no modo de produção capitalístico, uma possível causa de origem e perpetuação de desigualdades de fato, procuraram elaborar os remédios apropriados para eliminá-las.

Mas isso não é um detalhe: é uma característica típica do ordenamento constitucional italiano que entra inteiramente no título daquele conjunto de normas que formam um *unicum* não suscetível de revisão constitucional.

NOTAS

1. Sobre distinção no interno do art. 2 C. entre princípio personalista e pluralista, ver V. ONIDA, pp. 102-103, onde se explica que o primeiro conceito, “exprime, sobretudo, uma prioridade de valor: não a pessoas é para o Estado, mas o Estado é para a pessoa; se real que os interesses meramente individuais podem e devem ser às vezes pospostos e sacrificados pelos interesses coletivos ou gerais, isso acontece, porém em um contexto no qual fim último da organização social deve ser o progresso das pessoas, de toda única pessoa humana; enquanto o princípio pluralista alcança a superação da concepção individualista própria do liberalismo clássico. A pessoa não é vista somente como simples indivíduo, dotado de autonomia e de direitos e posto em direta relação com o Estado, mas como centro de uma multiplicidade de relações que dão vida a organizações autônomas do Estado, e por sua vez titulares de direitos”.
2. Sobre o “gênesis” do art. 2 C. e as duas “diversas culturas” dos Constituintes, v. A. BARBERA, pp. 50 ss. Todavia BARBERA refuta “todas as generosas tentativas operadas pela doutrina para reatar, através do artigo em análise, o sistema de liberdade para origem extralegal, natural ou racional”, para fundamentá-lo sobre bases normativas.
3. P. PALADIN, P. 558.
4. M. MAZZIOTTI DI CELSO, pp. 55, 57.
5. L. PALADIN, pp. 562 ss. e A. BARBERA, pp. 81 ss.
6. M. MAZZIOTTI DI CELSO, p. 58.
7. F. MODUGNO, pp. 2 ss.
8. p. 8.
9. M. PIAZZA, p. 109.
10. p. 110.
11. S. M. CICONETTI, pp. 273, 274, 275.
12. F. MODUGNO, p. 44; pp. 82-86.
13. M. PIAZZA, p. 112.
14. F. MODUGNO, p. 5, e L. PALADIN, p. 553. M. PIAZZA, pp. 113-114.
15. M. MAZZIOTTI DI CELSO, p. 54.
16. M. PIAZZA, p. 119.
17. M. PIAZZA, pp. 120-121.
18. B. CARAVITA, p. 23.
19. M. MAZZIOTTI DI CELSO, p. 68. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, em *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*.

- zionali, obra de R. ROMBOLI, Turim, Giappichelli, 1992. Ver B. CARAVITA, p. 6. Kelsen *Essenza e valore della democrazia*, 1929.
20. M. PIAZZA, pp. 123-124. Ver L. PALADIN, p. 571, B. CARAVITA, p. 29.
21. E. SPAGNA MUSSO, p. 257. S. AGRO', art. 3 inciso I, em *Commentario della Costituzione*, Art. 1-12, *Principi fondamentali*, obra de G. Branca, Bolonha-Roma, Zanichelli – Il Foro, 1975, pp. 123-161.
22. Exemplos de “rupturas aparentes” art. 3 C., art. 53 C.
23. Ver sentença n. 204/1982 da Corte Constitucional.
24. B. CARAVITA, p. 42
25. M. PIAZZA, p. 123.
26. L. PALADIN, p. 574.
27. E. SPAGNA MUSSO, p. 258.
28. B. CARAVITA, p. 64.
29. M. PIAZZA, p. 129. B. CARAVITA, p. 22, p. 41. U. ROMAGNOLI, *Art. 3 inciso II*, em *Commentario della Costituzione*, art. 1-12, *Principi fondamentali*, obra de G. Branca, Bolonha-Roma, Zanichelli – Il Foro, 1975, pp. 162-198.
30. B. CARAVITA, pp. 73-74. M. PIAZZA, p. 130.
31. M. PIAZZA, p. 133.
32. Ver sentença n. 9802/1996 Cass. ver sentença n. 101-1975 da Corte Constitucional.
33. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Pádua, CEDAM, 1990, p. 65.
34. G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, Cacucci, 1997, p. 226.
35. Ver sentença n. 123/1962 da Corte Constitucional.
36. M. PIAZZA, p. 135. G. GIUGNI, pp. 241 ss. M. PIAZZA, *op. cit.*, p. 135.
37. Ver sentença n. 222/1975 da Corte Constitucional.
38. Ver sentença n. 29/1960 da Corte Constitucional.
39. Ver sentença 290/1974 da Corte Constitucional.
40. Ver sentença n. 141/1967, e sentença n. 290/1974 da Corte Constitucional.
41. S. BASILE, *La Corte e lo sciopero politico*, em *Giurisprudenza Costituzionali*, XX, 1975, vol. V, pp. 2749-2773. M. PIAZZA, p. 141.
42. p. 139.
43. S. RODOTA', *Art. 42*, em *Commentario della Costituzione*, art. 41-44, *Rapporti economici, II*, obra de G. Branca, Bolonha-Roma, Zanichelli- Il Foro, 1982, pp. 69-192.
44. E. SPAGNA MUSSO, p. 349.
45. S. RODOTA', p. 118. A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, em ID., *Scritti giuridici, II*, Jovene, Nápoles, 1990, p. 349.
46. A. M. SANDULLI, *Profili*, cit., p. 350.
47. M. PIAZZA, *op. cit.*, p. 158.
48. A. M. SANDULLI, p. 352.
49. M. PIAZZA, p. 161.
50. *Ibid.* E. SPAGNA MUSSO, p. 350
51. M. PIAZZA, p. 162. A. M. SANDULLI, pp. 355-356.
52. M. PIAZZA, pp. 162-163.
53. *Ibid.*
54. A. M. SANDULLI, *Profili*, pp. 351-353.
55. M. PIAZZA, p. 164.
56. *Ibid.*, p. 166.
57. A. PACE, p. 52.
58. M. PIAZZA, pp. 173-174.
59. F. GALGANO, *Art. 41*, em *Commentario della Costituzione*, Art. 41-44, *Rapporti economici, II*, obra de G. Branca, Bolonha-Roma, Zanichelli – Il Foro, 1982, pp. 1-68.
60. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, CEDAM, 1992, pp. 183 ss. M. PIAZZA, p. 178.
61. E. SPAGNA MUSSO, p. 353.
62. F. GALGANO, *Art. 41*, pp. 13 ss.
63. M. PIAZZA, p. 185.
64. E. SPAGNA MUSSO, p. 350.
65. M. PIAZZA, p. 187.

OS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO E AS FUNÇÕES DA TEORIA CONSTITUCIONAL

GLI INTERPRETI DELLA COSTITUZIONE E LE FUNZIONI DELLA TEORIA COSTITUZIONALE

CESARE PINELLI*

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumo: O autor procura relevar as funções da teoria constitucional, referindo-se à interpretação dos textos constitucionais, e, especialmente, à sua contribuição para a solução dos diversos, mesmo se coligados, problemas da escolha entre valores e concepções constitucionais conflitantes, e dos critérios da interpretação. Ao expor as respostas avançadas pela teoria constitucional em primeiro plano, o Autor assume que as teorias abrangentes, tanto àquelas orientadas por um método procedimental quanto àquelas mais versadas a um método substancial, sejam as mais adequadas para enfrentar os desafios que os conflitos, entre valores e concepções constitucionais, possam colocar em termos de exatidão da interpretação constitucional. Por outro lado, tais teorias não parecem aptas a exaurir a totalidade das questões colocadas pela peculiar estrutura dos princípios constitucionais à medida que se distinguem das regras. As teorias da argumentação jurídica, conduzidas pela necessidade de sugerir critérios exatos aos intérpretes da constituição, aparecem particularmente úteis a tal propósito. Embora nem sempre coligadas, na origem, ao direito constitucional, essas teorias se fundam em um método probabilístico à interpretação que, segundo o Autor, não só oferece uma moldura geral de úteis técnicas interpretativas, mas concorre também para definir uma comum compreensão dos princípios constitucionais.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Argumentação. Lógica do provável. Pluralismo dos valores. Interpretações exatas. Distinção entre princípios e regras. Positivismo legalístico.

Riassunto: L'Autore cerca di porre in rilievo le funzioni della teoria costituzionale in riferimento all'interpretazione dei testi costituzionali, e in particolare il suo apporto alla soluzione dei diversi anche se collegati problemi della scelta fra valori e concezioni costituzionali confliggenti e dei criteri dell'interpretazione. Nell'espone le risposte avanzate dalla teoria costituzionale sul primo terreno, l'Autore assume che le teorie comprensive, sia quelle orientate da un approccio proceduralista che quelle più inclini a un approccio sostanzialista, siano le più adatte a fronteggiare le sfide che i conflitti fra valori e concezioni costituzionali possono porre in termini di correttezza dell'interpretazione costituzionale. D'altra parte, tali teorie non sembrano in grado di esaurire l'intero arco delle questioni poste dalla peculiare struttura dei principi costituzionali in quanto distinti dalle regole. Le teorie dell'argomentazione giuridica, guidate dal bisogno di suggerire corretti criteri agli interpreti della costituzione, appaiono particolarmente utili a tale proposito. **Sebbene non sempre collegate, in origine,** al diritto costituzionale, queste teorie si fondano su un approccio probabilistico all'interpretazione che secondo l'Autore non solo offre una cornice generale di utili tecniche interpretative ma concorre anche a definire una comune comprensione dei principi costituzionali.

Parole chiave: Costituzionalismo. Argomentazione. Logica del probabile. Pluralismo dei valori. Interpretazioni corrette. Distinzione tra principi e regole. Positivismo legalistico.

Abstract: The Author attempts to elucidate the functions which constitutional theories are expected to exert with respect to constitutional interpretation, particularly to the different albeit connected pro-

*Texto traduzido por Juliana Salvetti.

*Professor Titular de Instituições de Direito Público na Universidade de Macerata. Membro do Comitê Executivo da Associação Internacional de Direito Constitucional (IACL).

blems of choice among competing constitutional values and conceptions on the one hand, and of the criteria of interpretation on the other hand. While exposing the responses given to the first problem on theoretical grounds, the Author assumes that comprehensive theories, driven from a proceduralist or from a substantialist approach, are well equipped in facing the challenges which conflicts among constitutional values and conceptions are believed to determine with respect to the correctness of constitutional interpretation. On the other hand, these theories are not likely to exhaust the whole range of problems raised from the peculiar structure of constitutional principles as distinguished from rules. Theories of legal reasoning, driven from the need of suggesting the correct criteria of interpretation, appear particularly useful at this respect. Although not always connected, at their origins, with constitutional law, these theories are grounded on a probabilistic approach to interpretation which according to the Author not only affords a general framework of useful techniques for interpretation, but also concurs in defining a common understanding of constitutional principles.

Key Words: Constitutionalism. Reasoning. Probabilistic logic. Plurality of values. Correct interpretations. Distinction between principles and rules. Legalistic positivism

1. O título dessa participação pressupõe uma pergunta. A teoria constitucional pode servir, e em quais aspectos pode servir, aos intérpretes da constituição? Para individualizar o terreno onde colocar as possíveis respostas, devo esclarecer, antes de tudo, o sentido das minhas expressões: “intérpretes da constituição” e de “teoria constitucional”.

Por intérpretes da constituição entendo todos aqueles que reconstróem os significados dedutíveis dos enunciados de um texto constitucional no desenvolvimento de uma atividade prática. Tal atividade pode ser muito diferente. Enquanto a reconstrução dos significados do texto une os intérpretes da constituição, a atividade prática que desenvolvem os diversifica.

Os juizes e as Cortes constitucionais interpretam a constituição à medida que são chamados a pronunciarem-se sobre um caso que, conforme a situação, solicite ou imponha a necessidade da constituição assumir um parâmetro de avaliação.

Os titulares das instituições políticas e os administradores públicos interpretam a constituição não como parâmetro, mas como uma regra de orientação ou limite da sua atividade, cujo acatamento poderá ser avaliado pelos juizes e pela Corte durante a *judicial review of legislation* ou em outra situação.

Até agora falamos de intérpretes pelos quais a reconstrução do significado do texto constitucional está inserida no âmbito de uma atividade prática que apresente uma incidência direta no ordenamento jurídico. Mas existem intérpretes cuja atividade, mesmo permanecendo do tipo prático, não apresenta tal incidência direta, e cuja interpretação pode, por isso, definir-se livre.

Os advogados interpretam livremente a constituição no conjunto da sua atividade de defesa de uma parte em juízo, e, assim sendo, a fim de investigar, entre as interpretações possíveis do texto, aquela que mais se amolda em vencer a controvérsia.

Os cidadãos interpretam livremente a constituição toda vez que acreditem fazer acatar, com os instrumentos jurídicos predispostos pelos vários ordenamentos, uma situação subjetiva garantida pela constituição, e toda vez que se acenda na opinião pública um debate sobre uma questão constitucional.

Os juristas, e entre estes os estudiosos do direito constitucional, interpretam livremente a constituição também com base no princípio constitucional da liberdade de ciência, e no desenvolvimento de uma atividade prática colocada a serviço da ciência.

No Estado constitucional, a interpretação da constituição é, contudo, um processo largo, que envolve uma grande variedade de assuntos em uma grande variedade de situações. A expressão oportuna da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” (P. Habermas) corresponde à característica pluralística das democracias contemporâneas. Uma democracia na qual existisse uma verdade oficial e não revogável, sobre tudo aquilo que está estabelecido constitucionalmente, renegaria a si mesma: de acordo com a democracia ninguém, nem ao menos o Corte constitucional, está investido do encargo de estabelecer de uma vez por todas a interpretação autêntica da constituição.

Certamente a atividade interpretativa apresenta uma diferente incidência no ordenamento jurídico conforme os assuntos que indicamos: a incidência não pode ser só direta ou só indireta, mas pode também ser de grau diferente. Pode ser direta ou indireta, conforme o quanto tenha estabelecido o próprio direito positivo. Não é a única estrutura do caso concreto a estabelecer quem tenha a faculdade de falar, 1 uma vez que o contexto ordinatório onde ela se insere delimita preventivamente tal possibilidade. Os critérios de habilitação à emissão das pronúncias dos juizes e os seus efeitos, que são ditados pelo ordenamento, são fatos distintos do caráter discursivo do processo de interpretação constitucional, que se revela na efetividade da experiência jurídica.

O caráter discursivo da interpretação constitucional não é por isso mesmo menos relevante. E justamente a efetiva experiência permite notar como a interpretação dos juizes e, sobretudo, das Cortes constitucionais apresenta a incidência de máximo grau no ordenamento. Por outro lado, mais a interpretação constitucional é também, de fato, um processo amplo, aberto a recíprocas representações e conhecimentos, menos os juizes constitucionais podem se

comparar a sumos sacerdotes, que do alto de um templo nos expõem “a verdade oficial” sobre a constituição. Também eles fazem parte do processo. Também a sua interpretação, em resumo, está condicionada a todas as outras.

Recentemente um jurista, quando Presidente da Corte constitucional italiana, recolheu algumas das suas participações e discursos em um livro ao qual deu o título “A Constituição entre nós”: não poderia ter sido melhor. Nesse livro, ele escreve que o juiz das leis “não trabalha para conservar alguma coisa, para manter embalsamado um simulacro ou para reenviar ao passado os progressos da história”; antes, trabalha para “conseguir dar, através da nossa interpretação, através da nossa própria historicidade e a sensibilidade de homens desse tempo, um conteúdo racional e historicamente compatível a alguns princípios”. 2.

Como teoria constitucional entendo a pesquisa dos significados e das funções que a constituição como um todo pode ter para o ordenamento jurídico e para a convivência, ou se quisermos das idéias de constituição como forma fundamental de convivência. Mais que sobre a constituição de um único ordenamento, a teoria constitucional se concentra, por essa razão, nas constituições reunidas por certos princípios, e, especialmente, nas constituições dos estados democrático-pluralistas. Além do fato que para o objeto a teoria constitucional difere da interpretação constitucional pela natureza da atividade desenvolvida. Ela não tem início em um caso, no desenvolvimento de uma função pública, ou na exigência de tutelar um interesse individual: não é uma atividade prática. Tem início, talvez, por uma necessidade de conhecimento que induz a projetar hipóteses teóricas, sem reincidir necessariamente na praxe interpretativa.

Esse é também o exercício dos constitucionalistas quando privilegiam o as-

pecto teórico do seu trabalho. Mas teorias constitucionais são, cada vez mais frequentemente, projetadas por teóricos do direito, por sociólogos e por filósofos, que por meio de percursos diferentes, encontram-se reunidos à teoria constitucional como a um ponto comum de chegada.

2. Das definições que propus, observasse uma diferença entre a atividade dos intérpretes da constituição e a teoria constitucional: prática no primeiro caso, teórica no segundo. Efetivamente, também quando a teoria constitucional ou a teoria do direito se fundamenta no caráter auto-referencial do sistema jurídico, ou seja, na sua capacidade de produzir e estruturar os elementos do qual é composto³, e exalta assim ao máximo o caráter prático da interpretação, continua a descrever do exterior o sistema jurídico, sem ter escopos práticos. A diferença sinalizada está, portanto, sempre presente.

Mas a referência à teoria de Niklas Luhmann permite ainda notar que de tal diferença podem ser obtidas múltiplas versões. Um ponto é considerar que, a atividade prática dos intérpretes da constituição, se refira a um sistema fechado em direção ao exterior, outro ponto é considerar que ela se refira a um sistema estruturalmente aberto. Enquanto no primeiro caso, a contribuição da teoria à interpretação constitucional se exauriria ao descrever as práticas do intérprete, no segundo poderia desenvolver funções ulteriores. Constituindo uma barreira ou um forte redimensionamento dos contributos da teoria constitucional, não é, portanto, a natureza prática da interpretação constitucional, mas a afirmação do caráter fechado, ou auto-referencial, do sistema jurídico.

Tal afirmação não é exclusiva da teoria de Luhmann. Recua, ainda antes, ao jurispositivismo referente ao estadismo, dominante na Europa até a metade do sé-

culo XX, e em seguida, também, muito influente. A colocação do jurispositivismo relativo ao estadismo está muito distante daquela de Luhmann, ainda porque confiava a uma “Teoria geral do direito e do Estado” o encargo de descobrir os conceitos e os institutos jurídicos comuns a todos os Estados. Ela visava, assim, prolongar na escala universal, e com uma pretensão metafísica, a experiência jurídica do único Estado. Para o sociólogo Luhmann, o sistema jurídico é, ao contrário, um subsistema do sistema social. Não obstante essas diferenças, em ambos os casos, o sistema jurídico está configurado como um sistema fechado a contributos exteriores, sobre as quais teorias constitucionais, ou seja, as teorias da constituição como idéias ou concepções das formas de convivência, não podem, portanto, incidir de modo algum.

Esse aspecto comum é ainda o único que nos interessa. Além do sistema fechado, poderiam existir aqui formas diversas. O mesmo sistema fechado poderia ser composto de diferentes materiais: por exemplo, a tese da incorporação dos princípios de direito natural nas constituições contemporâneas bem que poderia ser compatível com uma colocação jurispositivista diferente daquela de matriz relativo ao estadismo. Não é então a antiga dicotomia jurispositivismo / jurisnaturalismo que nos interessa nesse momento. Interessa-nos a única representação do sistema jurídico como sistema fechado.

Não é difícil contestar uma representação do gênero baseando-se no constitucionalismo contemporâneo. Se as constituições exprimissem um “direito mais alto” da legislação só porque de grau hierárquico superior, e tal de tornar inválida a lei inconstitucional, se confirmaria a antiga crença do positivismo estadístico nas virtudes de um sistema fechado, compacto, capaz de produzir autonomamente as respostas que os intérpretes da constitui-

ção buscam na sua atividade prática. Mas o direito introduzido pelas constituições é “mais alto” em relação à legislação mesmo em um sentido mais rico de significados. Com ele se introduzem de fato alguns princípios destinados a orientar a futura convivência, que faz da lei um direito contingente, seja produzido pela maioria política de uma certa legislatura, seja baseado predominantemente em regras.

A distinção entre princípios e regras, formuladas por Dworkin e Alexy, é decisiva para compreender a relação entre constituição e lei. Os princípios comportam uma “tomada de posição” de frente à realidade, são normas privadas de casos que não conduzem a um *aut-aut*, mas a uma ponderação e, por conseguinte a um equilíbrio, enquanto as regras são normas pelas quais a realidade toma, de vez em quando, forma somente como caso que comporta uma subsunção e um *aut-aut*. Os equilíbrios consistem em uma prudente avaliação e compor os princípios conflitantes que constelam o horizonte pluralístico do Estado constitucional. Um horizonte muito mais aberto, e, logo, muito mais incerto, daquele que caracterizava a época do positivismo estadístico. 4

É exatamente o “direito mais alto”, graças à abertura dos seus princípios à realidade, que torna estruturalmente aberto o sistema jurídico. E é sempre o “direito mais alto” que põe em crise a pretensão dos cânones de interpretação dos textos normativos, eventualmente ditados pelo legislador, de fornecer respostas automáticas às dúvidas do intérprete. O fato que as constituições contemporâneas não ditam mais cânones do gênero descende também ele da sua estruturação por princípios.

Concluindo, se os intérpretes da constituição fossem sacerdotes que, em absoluto isolamento, estabelecem a verdade sobre o significado atribuível a um texto constitucional e aos seus únicos enun-

ciados, e / ou se um só significado fosse atribuível ao texto constitucional e aos seus únicos enunciados, graças a uma pre-determinação constitucional dos cânones de interpretação, os intérpretes da constituição não teriam necessidade da teoria constitucional. Mas, nas democracias pluralísticas contemporâneas, não acontece nenhuma das duas condições. O fato que, nele a interpretação constitucional, seja um processo amplo e sempre aberto corresponde à polissemia estrutural dos enunciados constitucionais. Ao mesmo tempo, tal polissemia estrutural, deriva do fato de que contém princípios de convivência que exprimem critérios de contemporização entre interesses potencialmente conflitantes, e, que, justamente, por isso requerem processos de interpretação abertos aos seus titulares.

Nessas condições, os principais problemas de interpretação do direito são a sua indeterminação e a presença de escolhas de valor no seu interior. 5. A teoria constitucional é convocada a pesquisar critérios de racionalidade da interpretação capazes de fornecer respostas a esses problemas. Pesquisar, isto é, como se diz, “as corretas interpretações”. Onde o adjetivo “correta” reflete a consciência que a pesquisa da interpretação “verdadeira”, e conseqüentemente “única”, não pertence mais ao horizonte das democracias pluralísticas contemporâneas, caracterizado pela co-presença de valores conflitantes. Uma interpretação pode, de fato, considerar-se “correta” referindo-se a certas premissas e não a outras: o que pressupõe que as premissas de valor que orientam o intérprete da constituição possam variar.

Ao mesmo tempo, dizer que a função da teoria constitucional consiste em pesquisar as interpretações corretas pressupõe uma esperança. A esperança que o horizonte pluralístico das democracias contemporâneas e a mesma estruturação

por princípios das normas constitucionais não constringam a concluir que toda a interpretação é correta, com a conseqüente inutilidade de todo discurso sobre a interpretação constitucional.

3. Dissemos como e porquê o problema da ineliminabilidade das escolhas de valor está coligado àquele da indeterminação do significado das normas constitucionais de princípio. Todavia, não se identifica com ele. O intérprete não pode não cumprir escolhas de valor, porque os princípios constitucionais representam algumas válvulas de abertura para a realidade e, por conseguinte, à historicidade da convivência. Mas a indeterminação dos princípios não deriva somente da pluralidade das escolhas de valor. Deriva também, como já vimos, da ausente predeterminação constitucional dos cânones de interpretação, mas também da maior indeterminação dos princípios no tocante às regras. Conseqüentemente, mesmo sendo entre eles coligados no modo e pelas razões indicadas, o primeiro problema deve ser tratado distintamente do segundo.

A ineliminabilidade das escolhas de valor não é um problema só para o intérprete. É antes de tudo um problema para a própria teoria constitucional, na medida em que essa se proponha a mostrar ao intérprete o campo das interpretações corretas, e se proponha a fazê-lo em ordenamentos constitucionais sinalizados por um horizonte pluralístico. Se assim for, como poderia *uma única* teoria constitucional, por exemplo, liberal ou comunitária, mostrar ao intérprete o campo das interpretações corretas sem expor o próprio intérprete à acusação de parcialidade e de subjetivismo? Nesse caso, a exatidão da interpretação seria tirada de premissas de valor que não poderiam não resultar arbitrárias aos sustentadores de outras teorias e, principalmente, para outros intérpretes. A

possibilidade, para a teoria constitucional de mostrar ao intérprete as interpretações corretas é então subordinada à condição de apresentar-se como teoria compreensiva de teorias rivais.

Teorias constitucionais compreensivas, no sentido acima indicado, podem ser consideradas a teoria do discurso de Habermas e a teoria do pluralismo compreensivo de Rosenfeld, as quais se diferenciam pela metodologia: procedimental no primeiro caso e tendenciosamente substancialista no segundo, aos problemas da interpretação.

3. 1. A teoria do discurso de Habermas se apresenta como compreensiva, na medida em que oferece uma saída do círculo vicioso cuja interpretação jurídica estaria exposta na escolha entre as teorias do círculo hermenêutico e do realismo jurídico, que levam em consideração os fatores extrajurídicos que influenciam nas decisões judiciais, mas arriscam assim confirmar a incerteza dos êxitos interpretativos, e a teoria do positivismo jurídico, que confere certezas, mas só no âmbito de um sistema jurídico impermeável a contributos externos. Baseando-se no conceito do agir comunicativo, o método procedimental de Habermas por um lado apela ao consenso dialógico como fonte de legitimidade do direito, por outro assume o fundamento jurídico, não ético, dos direitos fundamentais, que parece eliminar a necessidade de justificar posteriormente tais direitos com base em concepções inevitavelmente conflitantes. 6.

O aspecto que me parece mais importante, e contínuo, na perspectiva de Habermas consiste em ter conseguido encontrar o sinal de um “nexo interno” entre direitos humanos e soberania popular, levando em conta o que os cidadãos, por um lado podem exercer adequadamente a sua autonomia pública somente quando estejam

suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada a eles igualmente concedida, e por outro lado podem beneficiar-se igualmente da sua autonomia somente quando façam uso adequado da sua autonomia política. 7.

Todavia, o método procedimental, também na elaborada e consciente versão de Habermas, nem sempre permite alcançar, na ausência do suporte de normas substanciais, um acordo comum na justiça entre diferentes perspectivas. Por exemplo, sobre a questão do aborto, falta na sociedade o suficiente fundamento para alcançar um acordo dialógico sobre o status do aborto, seja pelos direitos fundamentais seja pela legislação adotada por maioria simples 8. A dúvida avançou não por causa de uma perspectiva teórica também ela compreensiva, mas que considerara não poder prescindir da ancoragem em parâmetros normativos substanciais, o que bloqueia uma neutralidade entre diferentes concepções do bem em questão.

3. 2. A teoria do “pluralismo compreensivo” de Rosenfeld origina-se da intenção de “abraçar o maior número de concepções antagonistas do bem possíveis, e de promover a sua pacífica coexistência” 9. Ela se diferencia tanto pelo “monismo”, segundo o qual existiria uma única concepção correta do bem, quanto pelo “relativismo”, segundo o qual todas as preferências avaliadoras seriam puramente subjetivas: “diferentemente do monismo, o pluralismo normativo sustenta que o bem se estenda além de cada única concepção do bem; e diferentemente do relativismo, que nem todas as concepções do bem sejam equivalentes na qualidade de meras projeções de perspectivas contingentes” 10.

Nessa maneira Rosenfeld se afasta de maneira convincente a eventual objeção da não neutralidade da sua teoria, radicalizando-a solidamente no terreno do

constitucionalismo contemporâneo. Dizer que “a liberdade, a igualdade, os direitos humanos, a justiça, a virtude cívica, a solidariedade e a fidelidade ao grupo são todos valores dignos de ser perseguidos, e o único problema é estabelecer o modo em que eles devem ser harmonizados ou combinados a fim de advir uma melhor reconciliação entre si mesmo e o outro 11”, é uma transcrição teórica do constitucionalismo contemporâneo. O qual por um lado admite uma pluralidade de valores em competição, e conseqüentemente leva a desacreditar como partidárias as concepções monistas, e por outro lado, nega que os valores correspondentes às possíveis concepções do constitucionalismo sejam todos os valores possíveis, e por isso mesmo exclui toda suspeita de confusão com o relativismo.

É, todavia, significativo que o mesmo Rosenfeld considere que, a determinação da interpretação correta, seja um objetivo impossível de realizar, mesmo assumindo a perspectiva do pluralismo compreensivo. Tudo o que essa perspectiva pode indicar é apenas “uma direção de curso” que permita aproximar-se principalmente da interpretação correta, em um contexto caracterizado pelas duas polaridades opostas do estado de fato reais, lacerado por um conflito que exija efetiva solução, e o plausível horizonte de concretas soluções possíveis daquele conflito. 12.

Essa limitação das potencialidades da teoria do pluralismo compreensivo não deriva somente do realismo do seu autor. Pode-se ainda ser explicada pelo fato que as teorias até agora examinadas visam principalmente acertar com a ineliminabilidade dos processos de valor em um horizonte pluralístico, buscando, além do mais, as condições preliminares da sua própria exatidão, principalmente, quando se tornam teorias compreensivas de outras teorias, que não, diretamente, os possíveis

critérios de exatidão das interpretações constitucionais. Não é de se admirar que, o êxito dessas buscas, se revele aos seus próprios autores muito mais persuasivo e fértil de utilizações, na primeira frente do que na segunda.

Por outro lado, a ineliminabilidade das escolhas de valor é uma das razões da incerteza determinada pela polivalência semântica dos enunciados constitucionais de princípio. Talvez seja ainda a principal razão, mas decerto não a única. Imagine-mos uma disposição política e social especialmente homogênea, regida por uma constituição caracterizada por princípios. Os intérpretes seriam então orientados por valores comuns, ou por concepções comuns do bem controverso. Os intérpretes seriam então orientados por valores comuns, ou por concepções comuns do bem contestável. Isso reduziria a incerteza, mas não as eliminaria. À parte do fato que nem mesmo em uma disposição política e social homogênea poderia ser menor a diversidade das experiências e das culturas jurídicas dos intérpretes, aqui é para se considerar que, junto a esse caso, a polivalência semântica dos enunciados pode apresentar um gênero de incerteza ulterior em relação àquele da ineliminabilidade das escolhas de valor.

As teorias constitucionais compreensivas dão um passo adiante indispensável na busca das interpretações corretas, mas não exaurem as utilidades potenciais que as teorias constitucionais podem assegurar aos intérpretes da constituição. Temos necessidade de teorias voltadas para suportar mais diretamente os deveres dos intérpretes da constituição.

4. As teorias da pré-compreensão de Esser, as teorias da argumentação de Perelman e Giuliani, a teoria do raciocínio jurídico de Alexy parecem ser do nosso interesse. Elas apresentam muitos pontos em

comum com as teorias constitucionais até aqui examinadas, mas são de origem e seguem percursos algumas vezes diferentes, tendo sido elaboradas mais ao abrigo da interpretação jurídica exatamente entendida.

Também essas teorias, como as precedentes, não se limitam a derrubar a hipótese de cada busca do verdadeiro significado de um texto. Tanto a derrubam, como a assumem, retomando uma longa tradição abandonada à época do positivismo legalístico, que a lógica jurídica em referência a um caso judicial cujo raio está circunscrito pelo consenso que, para esses significados e somente para eles, está atribuído pela comunidade dos intérpretes.

A lógica do provável não tem nada de nihilístico, não convida a resignar-se ao direito livre: o fato que a jurisprudência não pode prescindir da avaliação não admite “um espaço livre para as convicções morais subjetivas de quem aplica o direito” 13. A re-proposição da lógica do provável move-se talvez pela descoberta que o racionalismo de matriz cartesiana, identificando o domínio da razão com aquele das provas demonstrativas, terminava por relegar ao irracional uma área muito vasta de relevância dos fenômenos objeto das ciências sociais 14.

O intérprete que se inspira na lógica do provável não está somente em frente ao texto e em frente à realidade, mas se encontra imerso em uma rede de mútuos conhecimentos de interpretação apresentadas de forma dialógica, não peremptória: ns teorias da argumentação a discussão como tal é o momento fundador da deliberação prática 15. Finalmente a lógica do provável, pressupondo uma seleção dos significados admitidos, indica as possibilidades, mas também os limites da interpretação: Perelman fala de “uma maior liberdade” do juiz na interpretação das normas de lei, no tocante a uma sua “aplicação rígida e irrefletida” 16.

As teorias da argumentação. É preciso acrescentar, nem sempre partem de uma contestação generalizada do positivismo, e às vezes compartilham somente o *modus operandi* das argumentações típicas de uma parte da tradição *juris naturalística*, mas nem mesmo os fundamentos. Nem foram elaboradas em referência ao direito constitucional 17.

Como propostas teóricas de solução dos problemas interpretativos que surgiram em referência a textos normativos de qualquer tipo, as teorias da argumentação relatam a lógica do provável na interpretação de textos legislativos como aquela de textos constitucionais, exceto que exigir uma maior latitude interpretativa, as teorias da argumentação permitem um método suficientemente crítico e seletivo das operações interpretativas, cumpridas pela jurisprudência. Permitem, conseqüentemente, superar a aquiescência dos comentadores às premissas e às opções, mais ou menos, latentes em tais operações, e ajudam a lembrar que todos aqueles que participam da precisão e da mudança da linguagem constitucional exercitam um poder, e conseqüentemente assumem uma responsabilidade 18.

Ao mesmo tempo, as teorias da argumentação procuram evitar o risco que a interpretação, da reconstrução dos significados do texto, com base em certos cânones, ordenados segundo critérios colocados pelo legislador – como na época do positivismo estadístico -, reduza-se a uma escolha, constatada a não vinculatividade daqueles critérios, entre teorias ou exatamente ideologias rivais. Isso tudo proceder claramente do que afirma Alexy no quadro da busca da “justificação externa”, ou seja, da “justificação das premissas utilizadas na justificação interna”, das decisões judiciais. Depois de ter apontado tais premissas conforme se trate do direito positivo, proposições empíricas e premissas que não são nem proposições empíricas, nem regras do direito positivo,

ele se concentra no último grupo, e, em particular, nos cânones da interpretação (literal, da intenção do legislador, sistemático, comparativo), para dizer que a teoria do discurso, mesmo não podendo prover uma solução hierárquica entre os vários cânones, ou a favor da teoria objetiva ou subjetiva da interpretação, “pode, no entanto, dar um contributo à solução do problema, na medida em que as diversas formas de argumento são empregadas em modo significativo” 19. Alexy indica oportunamente o seguinte exemplo: para assegurar que a discussão orientada pela averiguação de “um resultado correto, ou seja, racional” seja vinculada ao direito vigente, deve-se pretender que os argumentos que exprimem tal vínculo tenham *prima facie* o relevo maior, exceto o ônus pela parte que alegue um fim racional, mas não previsto pelo texto legislativo, de demonstrar que os seus argumentos sejam mais fortes 20.

Como se vê, estamos mais uma vez às voltas com a averiguação das interpretações corretas. O que muda é o objeto ou o perfil da investigação, constituído pela necessidade de responder, não mais ao problema da ineliminabilidade das escolhas de valor, mas ao problema da ineliminabilidade de uma escolha entre os cânones interpretativos, usualmente, adotados pelos intérpretes na falta de uma predeterminação legislativa dos mesmos.

5. Do que falamos até agora, poderíamos suspeitar que as teorias da argumentação, mesmo refletindo uma inspiração notavelmente semelhante às teorias constitucionais que averiguam a exatidão das interpretações em referência ao problema da ineliminabilidade das escolhas de valor, terminem por resolver-se em simples sugestões das corretas técnicas argumentativas a disposição dos intérpretes do direito, e não podem, contudo, se considerar teorias constitucionais autênticas. A suspeita

surge, sobretudo, pela observação que as teorias da argumentação aludem à lógica do provável aos textos legislativos como aos textos constitucionais, exceto que postular uma maior latitude interpretativa do juiz, na presença de disposições constitucionais de princípio.

A primeira parte da afirmação, comportando uma classe de indiferença das teorias da argumentação pelo texto normativo de vez em quando em questão, confirma que tais teorias não se apresentam sempre e necessariamente como teorias constitucionais. Mas agora devemos dar um passo adiante, que diz respeito à exceção. Dando-se atenção à seguinte alternativa. A maior latitude interpretativa atribuída ao juiz pelas teorias da argumentação, diante de textos constitucionais, é simplesmente fruto de uma necessidade prática e dependendo do fato que as “zonas de penumbra”, para usar uma famosa expressão de Hart, são muito mais frequentes nos enunciados constitucionais que nos enunciados legislativos? Ou mesmo aquela maior latitude interpretativa reflete uma diversidade de estrutura normativa dos enunciados constitucionais, pelo fato de serem estruturados por princípios, dos enunciados legislativos? Respondendo ao primeiro sentido, poderemos concluir que a coligação das teorias da argumentação à teoria constitucional é razoavelmente transitória. Respondendo ao segundo sentido, poderemos, ao contrário, buscar o tipo de coligação das teorias da argumentação, além da sua origem, com a teoria constitucional.

A pergunta dever ser necessariamente relacionada a um certo contexto de experiências jurídicas, que no nosso caso será dado pelas Constituições européias, do segundo pós-guerra, como condensados de uma evolução específica do modo de entender o direito constitucional.

Não se deve esquecer que a Revolução da qual se emanou o constitucionalis-

mo europeu revelou uma tensão irreduzível entre a concepção conteudística de constituição implicada pelo art. 16 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 (*Toute société dans laquelle la garantie des droits de l'homme n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*), e a promessa de um poder constituinte sempre ativo, sancionada pelo art. 28 da Declaração premissa à Constituição do ano III (*Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer a Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures*).

Aquela tensão era irreduzível, porque tinha a ver com o problema do equilíbrio entre estabilidade e mudança, ou com as expectativas atribuídas ao texto constitucional no decorrer do tempo. Enquanto uma concepção conteudística de constituição resolve-o de uma vez por todas em termos de verdade, logo, de algo independente do tempo e do espaço, a promessa de um poder constituinte sempre ativo exclui de uma vez por todas poder resolvê-lo em nome da soberania, logo, de algo dependente do tempo e do espaço.

Mais tarde, o positivismo estadístico teria invertido a promessa do poder constituinte sempre ativo, rebaixando o poder constituinte a um mero fato, ou resolvendo-o em poder constituído, e teria neutralizado, com a teoria dos direitos subjetivos, a instância relativa ao garantismo inserida na Declaração de 1789. Assim, o problema das expectativas de atribuição ao texto se perderia de vista, e a constituição teria sido atraída pelo universo da legalidade, um sistema de regras considerado perfeito até o ponto de antecipar ou de absorver todas as expectativas de mudança, portanto, esterilizado pelas incógnitas do tempo.

O problema das expectativas de atribuição ao texto surgirá pontualmente com a primeira crise do positivismo estadísti-

co, quando se notará que toda constituição traz consigo uma soberba pretensão de perdurar, que a distingue de toda outra disposição do poder estadual²¹. Se a assimilação da constituição em um sistema de regras que pretenda tudo prever, operada na época do positivismo estadístico, reflete uma falácia epistemológica, o mesmo não deveria ser dito da mais forte razão da soberba pretensão das constituições de durar além da contingência política?

As Constituições européias, do segundo pós-guerra, deviam responder ao interrogatório, canalizando de forma democráticas os processos de identificação coletiva que os totalitarismos conseguiram derrotar em direção à barbárie. A idéia de um progresso orgulhoso e autopropulsionado, inata nas técnicas de racionalização do constitucionalismo do século XX, revelava-se insuficiente para essa finalidade. A convivência constitucional deveria estabelecer-se antes sobre o respeito da dignidade da pessoa humana, e encontrar um limite no e sobre um texto construído ao redor de princípios, de modo a entregar um horizonte de possibilidades aos conhecimentos amadurecidos pelas interações entre pessoas livres no decorrer de mais gerações. Princípios caracterizados, como tais, pela imperfeita capacidade de previsão, mas justamente por isso dotados da flexibilidade necessária para enfrentar condições de incerteza. Fazia-se assim uma introjção naqueles textos da consciência de limites mesmo de ordem cognitiva da razão humana.

Aqui é o ponto de conjunção do constitucionalismo contemporâneo com as teorias da argumentação, que como vimos partiam da exigência de recuperar terrenos que o racionalismo cartesiano havia abandonado à emotividade e ao subjetivismo. A consideração que por ela a discussão como tal, portanto a dimensão intersubjetiva, é o momento fundador da deliberação prática que corresponde às características da inter-

pretação constitucional como interpretação de textos destinados a compor de modo variado, no curso do tempo, os princípios que distinguem o sentido do Estado constitucional: porque os mútuos conhecimentos que da discussão são o resultado mais prolongado adquirem eles mesmos um significado de princípio próprio quando as interpretações refiram-se a textos estruturados por princípios, que é, pois, o modo com o qual o direito constitucional é capaz de reagir às incógnitas do tempo.

Uma hipótese do gênero não se limita a repropor o cânone de interpretação evolutiva, mas não reflete nem ao menos uma específica teoria constitucional. Indica, até, uma moldura ou um substrato comum a posições teóricas que de resto podem ainda diferenciar-se notavelmente.

A coligação, entre as teorias da argumentação e as teorias constitucionais, pode então ser asseverada por um direito constitucional, estruturado por princípios na medida em que esse, admitindo uma (não indefinida) pluralidade de opções interpretativas que, necessariamente, se desdobram no tempo, corresponde à lógica do provável, que é o eixo condutor das teorias da argumentação.

A maior latitude interpretativa, exigida pelos princípios constitucionais não é, conseqüentemente, somente fruto de uma necessidade prática, mas reflete disso a diferente estrutura normativa em relação àquela das regras, constitucionais e legislativas, e uma correlata específica evolução do modo de entender o direito constitucional. Nesse sentido, o encontro entre teorias da argumentação e teorias constitucionais é o encontro entre a lógica do provável e historicidade do direito constitucional como *ius quo utimur*.

6. A possibilidade de considerar as teorias da argumentação como uma moldura ou um substrato comum a mais teorias

constitucionais, ao invés de, como um simples quadro de sugestões de correta técnica argumentativa endereçados aos intérpretes da constituição, é também demonstrável em um outro terreno.

Com esse objetivo, é preciso analisar mais profundamente o problema da distinção entre princípios e regras. Até agora, essa distinção foi apresentada como uma contraposição entre a constante abertura do possível, implicada pela estruturação dos princípios constitucionais e o universo fechado das regras jurídicas. Agora é preciso especificar que tal distinção, muito útil para apreender o sentido profundo e geral do constitucionalismo contemporâneo, não exclui a presença de regras constitucionais, e induz conseqüentemente à interrogação sobre sua função.

Para a teoria dos princípios, “os catálogos dos direitos fundamentais, na medida em que efetuam consignações definitivas, possuem a estrutura de regras” e “o ponto determinante é que atrás e próximo às regras existem os princípios. O oposto da teoria dos princípios, conseqüentemente, não é uma teoria segundo a qual os catálogos dos direitos fundamentais contenham igualmente regras, mas uma teoria que afirme que os catálogos dos direitos fundamentais consistam, só e somente, de regras” 22.

Tal especificação convida a investigar a função que as regras, a partir das regras constitucionais, adquirem para o direito constitucional justamente a partir da sua relação com os princípios. O aspecto proeminente dessa função parece constituído da instrumentalidade das regras constitucionais à afirmação dos princípios constitucionais.

Demonstram-no em primeiro lugar as doutrinas dos princípios e do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, na medida em que ambos se traduzem em uma norma de reconhecimento graças à qual é previamente individualizado, e, por

consequente, conhecido e aceitado, o ponto além do qual, a interpretação e a revisão constitucional, configurariam como uma ruptura constitucional. Se as Constituições organizam ao longo de dois eixos da interpretação e da revisão os primeiros equilíbrios entre estabilidade e mudança de modo a satisfazer a sua pretensão de perdurar no tempo, aquelas doutrinas indicam até onde a pretensão pode ainda encontrar cumprimento. E esse ponto é sinalizado por princípios que, cada um dos quais pode valer-se de mais regras, não vice-versa.

A diferença dos valores éticos, para que fortaleçam os princípios, não pode contar com a única força da persuasão. Podem ter necessidade de regras e institutos. A hipótese não é meramente compatível com a perspectiva de um direito constitucional como direito por princípios, mas, interna e congruente, em relação a ela. Assumindo a diferente estrutura normativa das regras e dos princípios, a hipótese deduz, de fato, algumas conseqüências acerca da respectiva operatividade e as modalidades de recíproca correlação. As quais, se por um lado confirmam que o horizonte do ponto de vista do direito constitucional está munido pelos seus princípios, por outro lado compreendem uma atribuição às regras de uma função crucial, não só pela atuação, mas também pela interpretação dos princípios.

Na presença de uma densa e articulada trama de correlações entre princípios e regras, como é usualmente extraível dos textos constitucionais, torna-se impossível encontrar entre uns e outras um ponto conceitual, que somente uma teoria dividida pela interpretação e pelo direito como ciência prática poderia permitir-se; ao mesmo tempo, torna-se possível individuar um critério geral de leitura das operações jurisprudenciais que solicita as responsabilidades dos intérpretes da constituição. Ambos os aspectos correspondem a tudo que foi dito das teorias da argumentação.

7. Procuramos fornecer um quadro das teorias constitucionais conscientemente dirigidas a averiguar as soluções corretas aos dois principais problemas colocados para os intérpretes da constituição, pela polissemia estrutural dos enunciados constitucionais, ou seja, a presença de escolhas de valor e a indeterminação do significado das normas constitucionais de princípio. Vimos que os dois problemas estão coligados um ao outro, e que as teorias que buscam as respectivas soluções compartilham inspirações comuns. Todavia, elas revelam ainda uma significativa diferença no método da interpretação constitucional.

O grupo de teorias dirigidas a enfrentar a questão da ineliminabilidade das escolhas de valor, na medida em que se predeterminam o objetivo da compreensibilidade das próprias teorias constitucionais, fornecem um relevante contributo à busca de soluções não partidárias dos problemas interpretativos. Justamente por tais características, todavia, elas aparecem mais distantes do trabalho cotidiano dos intérpretes da constituição.

As teorias da argumentação, enquanto apontadas a averiguar as interpretações corretas culminando por meio de aproximações sucessivas a ausente predeterminação constitucional de cânones interpretativos e de hierarquias entre argumentos, aparecem vice-versa elaboradas às costas do trabalho dos intérpretes. Mas, seja pela sua matriz, seja pelos seus próprios êxitos, podem, à primeira vista, resultar desprovidas das características que já atribuímos à teoria constitucional. Procuramos dissipar essa suspeita, primeiramente buscando o substrato epistemológico que combina a lógica do provável típica das teorias da argumentação à estruturação por princípios das constituições contemporâneas, depois demonstrando que tais princípios, diferentemente dos valores éticos, têm necessidade de regras e institutos para se afirmar,

confirmando a subsistência de uma conexão claramente crucial nos progressos de teoria da argumentação.

A nossa averiguação deveria ter demonstrado pelo menos uma coisa. Que a busca teórica das soluções corretas, no momento da interpretação, não coloca tanto um problema de individuação das obrigações da teoria constitucional, quanto o problema da sua exata distância do trabalho dos intérpretes da constituição.

NOTAS

1 Como afirma M. Cavino, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Milão, Giuffrè, 2004, 169.

2 C. Ruperto, *Costituzione e Corte costituzionale: un'esperienza* (2002) em *La Costituzione em mezzo a noi*, obra e introdução de A. De Nitto, Giuffrè, 2005,7.

3 N. Luhmann, *Essays on Self-Reference*, Nova York, Columbia University Press, 1990,3.

4 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Turim, 1992,129.

5 G. Bongiovanni, *Costituzionalimo e teoria del diritto*, Laterza, Bari, 2005,152 ss.

6 J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milão, 1996, 238 ss.

7 J. Habermas, *L'inclusione dell'altro. Saggi di teoria politica*, Feltrinelli, Milão, 1998, 218 ss. Para qualquer outro comentário ver C. Pinnelli, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bolonha, 144 ss.

8 M. Rosenfeld, *Interpretazioni. Il diritto fra ética e politica*, Il Mulino, Bolonha, 2000, 227.

9 M. Rosenfeld, *Interpretazioni*, cit. 352.

10 M. Rosenfeld, *Interpretazioni*, cit. 334.

11 M. Rosenfeld, *Interpretazioni*, cit. 360.

12 M. Rosenfeld, *Interpretazioni*, cit. 367-368.

13 R. Alexy, *Teoria dell'argumentazione giuridica* (1978), Giuffrè, Milão, 1998, 12.

14 C. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), Einaudi, Turim, 1989, 3 ss.

15 M. La Torre, *Teorie dell'argomentazione giuridica e concetti di diritto. Un'approssimazione*,

- App. All'edizione italiana, em R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 365.
- 16 C. Perelman, *Logica giuridica nuova retorica*, cit., 153.
- 17 C. Perelman, *Logica giuridica*, cit., 77.
- 18 G. Silvestri, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, em *Cadernos constitucionais*, 1989, 255.
- 19 R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 196.
- 20 R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 197.
- 21 O. Kircheimer, *Il problema della Costituzione* (1929), em O. Kircheimer, *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, obra de A. Bolaffi, De Donato, Bari, 1982, 33.
- 22 R. Alexy, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, em M. La Torre e A. Sapdaro (obra de), *La ragionevolezza nel diritto*, Giapichelli, Turim, 2002, 38.

POSSIBILIDADES E LIMITES DA CRIATIVIDADE JUDICIAL: A RELAÇÃO ENTRE ESTADO DE DIREITO E ARGUMENTAÇÃO JU- RÍDICA RAZOÁVEL (E O PROBLEMA DO DESCONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS)

POSSIBILITIES AND LIMITS OF JUDICIAL CREATIVITY: THE RELATIONSHIP BETWEEN STATE OF LAW AND REASONABLE JUDICIAL DEBATE
(AND THE UNFAMILIARITY PROBLEM OF HUMAN RIGHTS)

JOSÉ RICARDO CUNHA ET ALII*

Recebido para publicação em outubro de 2005

Resumo: O presente artigo pretende, inicialmente, delimitar o conceito de “criatividade” judicial e discuti-lo à luz dos ideais inscritos no princípio do Estado de Direito e dos argumentos da incompetência técnica, da legitimidade democrática e a da imprevisibilidade. Em um segundo momento, procurar-se-á construir uma interpretação acerca da criatividade judicial em consonância com os conteúdos normativos do Estado de Direito e da idéia de razão pública, mas que, ao mesmo tempo, não seja positivista, isto é, que reconheça que há direito para além das normas legais, condicionando a sua validade, no entanto, ao cumprimento das exigências normativas inscritas nos ideais supramencionados. Por último, com fundamento em pesquisa empírica desenvolvida junto ao TJRJ, discutir-se-á o (*des*)conhecimento pelos magistrados das normativas internacionais sobre direitos humanos e sua contribuição para a reduzida efetividade de tais direitos no âmbito da prestação jurisdicional, bem como para um elevado grau de “criatividade”, porém desnecessário, das decisões judiciais sobre questões envolvendo bens jurídicos protegidos por normas de direitos humanos.

Palavras-chave: Criatividade judicial. Estado de Direito. Direitos Humanos.

Abstract: This present essay intends, firstly, to delimit the concept of judicial “creativity” and discuss it by the conception added in the State of Law principles and the arguments of technical incompliance, the democratic legitimacy and unexpected. In the second moment tries to build a interpretation about the judicial creativity inside the normative matter of State of Law and the idea of a public reason, but that, at the same time, do not be positivist, that is, recognizes that there are rights over and above of rules of law, conditioning its value, meanwhile, to the accomplishment of normative requirements registered in the ideas above mentioned. At last, well founded in experimental research developed close to TJRJ (Superior Court of Rio de Janeiro), will discuss the knowledge (or not) by the judges for the international normative about human rights and the contribution to the decreased effectiveness of such rights in the range of jurisdictional relief, as well as to a high degree of “creativity”, even so unnecessary, of judicial decisions about questions involving judicial property protected for rules of human rights.

Key Words: Judicial Creativity. State of Law. Human Rights.

*O presente artigo é de autoria coletiva, tendo sido escrito no âmbito das atividades do Grupo de Pesquisa que investiga e justificabilidade dos Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. São autores dos presentes artigo: José Ricardo Cunha (Doutor em Direito e professor da UERJ e FGV Direito Rio); Alexandre Garrido da Silva (Mestrando em Direito Público pela UERJ e Professor substituto na UERJ); Diego Werneck Arguelhes (Mestrando em Direito Público pela UERJ e Pesquisador na FGV Direito Rio); Diana Neves, Tamara Vaz de Melo, Ana Claudia da Silva Frade, Andréia da Silva Frade, Bruno Gazzaneo Belsito e Cecília Barcellos Zerbini (Graduandos em Direito pela UERJ); Priscila de Santana (Graduanda em Direito pela PUC-Rio); Joaquim Cerqueira Neto e Ana Carolina Cerqueira Vargas (Graduandos em Direito pela UCAM).

1. Introdução

A discussão em torno da definição, da extensão ou do grau de “criatividade” judicial certamente constitui, ao lado da clássica querela entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, um dos temas mais debatidos no âmbito da Filosofia e da Metodologia do Direito. Todas as perspectivas metodológicas e filosóficas no âmbito do Direito – por exemplo, as diferentes modalidades de realismo e positivismo jurídicos, bem como as inúmeras correntes pós-positivistas – sem exceção, dedicaram extensas páginas contendo reflexões sobre a temática.

O presente artigo pretende, inicialmente, delimitar teoricamente o conceito de “criatividade” judicial e discuti-lo à luz dos ideais inscritos no princípio do Estado de Direito e dos argumentos da incompetência técnica, da legitimidade democrática e a da imprevisibilidade, que dizem respeito ao debate sobre a legitimação da atividade jurisdicional.

Em um segundo momento, procurar-se-á construir uma interpretação acerca da criatividade judicial em consonância com os conteúdos normativos do Estado de Direito e da idéia de razão pública, mas que, ao mesmo tempo, não seja positivista. Isto é, que reconheça que há direito para além das normas legais, condicionando a sua validade, no entanto, ao cumprimento das exigências normativas inscritas nos ideais supramencionados que conformam as nossas intuições básicas sobre o funcionamento das instituições em uma sociedade pluralista e democrática.

Por último, com fundamento em pesquisa empírica desenvolvida junto ao TJRJ, discutir-se-á o (des)conhecimento pelos magistrados das normativas internacionais sobre direitos humanos e sua contribuição para a reduzida efetividade de tais direitos no âmbito da prestação jurisdicional, bem

como para um elevado grau de “criatividade”, porém desnecessário, das decisões judiciais sobre questões envolvendo bens jurídicos protegidos por normas de direitos humanos.

Neste sentido, o artigo pretende fundamentar, teórica e empiricamente, a seguinte assertiva: quanto maior o desconhecimento das normas sobre direitos humanos pelos magistrados, tanto maior será o grau de “criatividade” das motivações das decisões judiciais sobre tais direitos. O desconhecimento conduz, neste diapasão, à elaboração de motivações judiciais “criativas”, porém desnecessárias, pois a mesma decisão poderia ser mais bem fundamentada recorrendo à força imperativa e positiva das normas internacionais de direitos humanos regularmente incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio.

2. Em torno da “criatividade judicial”

2.1. O Ponto de Partida: Conceituação e Análise do Fenômeno da “Criatividade” segundo Mauro Cappelletti

A “criatividade” dos juízes tem sido objeto de polêmica entre juristas e filósofos do direito. Vasta literatura já foi produzida a respeito do papel desempenhado pelo magistrado no julgamento de um caso concreto. Para alguns, o juiz seria mero intérprete-aplicador do direito; para outros, participaria, *lato sensu*, da atividade legislativa - vale dizer, da criação do direito. Mauro Cappelletti afirma que o problema da criatividade da função jurisdicional - ou seja, da produção do direito por obra dos juízes - deriva de outra discussão, referente ao nexo entre processo e direito substancial. Quais as origens da impressionante expansão, ao longo do século XX, do papel criativo dos juízes? Segundo o autor, o crescimento do “direito judiciário” ou “jurisprudencial” nesse período está inti-

mamente relacionado com o aumento da produção legislativa, ocorrido tanto nos países da *Common Law* quanto nos de *Civil Law*. Assim, o engrandecimento do Judiciário representaria o necessário contrapeso, num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno, isto é, do Legislativo e do Executivo (Cappelletti, 1993).

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que inexistente qualquer antítese entre a interpretação judiciária da lei e a criatividade dos juízes. Mais do que isto, Cappelletti defende a idéia de que em toda e qualquer interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade, de modo que o cerne da questão não se encontra na alternativa criatividade-não criatividade dos juízes. Se partirmos da idéia de que em toda interpretação de norma jurídica há sempre certa dose de criatividade, a verdadeira problemática está no grau de criatividade e nos *modos, limites e legitimidade* da criatividade judicial. Nas palavras do autor:

“... interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, ‘aplicá-los’ e ‘realizá-los’ em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete.(...) Por mais que o intérprete se esforce para permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa” (Cappelletti, 1993: 21 e 22).

O ato de interpretar, então, não se contraporá ao ato de criar; muito pelo

contrário, o primeiro abrangeria necessariamente o segundo. Cappelletti reconhece, porém, que o reconhecimento da inevitabilidade de algum grau de criatividade em todo ato de interpretação - ou seja, de um elemento de discricionariedade e, portanto, de escolha - não deve ser confundido com a afirmação de *total* liberdade do intérprete. O juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não estaria completamente livre de vínculos, devendo obedecer a limites processuais e substanciais estabelecidos pelo sistema jurídico; a discricionariedade há pouco mencionada não deve ser confundida com arbitrariedade.

2.2. São os Juízes Legisladores?”

Os limites substanciais não podem constituir o elemento *sine qua non* da atividade jurisdicional, já que variam profundamente de época para época e de sociedade para sociedade, e até no âmbito da mesma época e sociedade. Como exemplos de tais limites, Mauro Cappelletti cita os precedentes judiciais, opiniões de juristas, ordenanças de monarcas, decisões de assembleias, leis de parlamentos, entre outros. Esses elementos funcionam como limites na medida em que o juiz tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação no direito judiciário ou legislativo, e não apenas em conceitos vagos. Por isso, apesar de sua variabilidade ao longo do tempo e entre sociedades distintas, os limites substanciais não seriam completamente privados de eficácia:

“Criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente “direito livre”, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta” (Cappelletti, 1993: 26).

Assim, os limites substanciais, diversamente do que Cappelletti chama de “processuais” ou “formais”, não podem funcionar como elemento distintivo da jurisdição em face da legislação ou da administração. A única diferença material entre essas duas atividades se encontraria na freqüência ou quantidade de tais limites. O legislador se depara com limites substanciais usualmente menos freqüentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, depara-se o juiz, donde Cappelletti conclui que, do ponto de vista substancial, a criatividade do legislador pode ser quantitativamente - mas não qualitativamente - diversa da do juiz (Cappelletti: 1993: 26 e 27). Tanto o processo legislativo, quanto o jurisdicional constituiriam processos de criação do direito, não havendo diferença de natureza entre eles, sob o prisma dos limites substanciais. Mas o autor destaca que a questão se põe em termos totalmente diversos se examinada do ponto de vista processual.

2. 3. “Virtudes Passivas” e a Especificidade do Papel do Juiz

Alguns autores mais radicais, como Lord Diplock, acreditam que, em razão de sua própria função, os tribunais estão contrangidos a agir como legisladores. No entanto, outros, como o próprio Cappelletti, sustentam que os juízes criam sim direitos, uma vez que têm a função de interpretar e esclarecer o direito, mas que isto não significa que sejam legisladores, visto que há diferenças entre os processos legislativo e jurisdicional quanto ao modo de formação do direito. Para este, ambos os processos, judiciário e legislativo, resultam em criação do direito, entretanto, há diferenças quanto ao modo ou estruturas desses processos. Somente um juiz ruim agiria com os procedimentos típicos do legislador¹ (Cappelletti, 1993: 74).

Nesta linha de pensamento, o elemento distintivo da atividade jurisdicional não estaria relacionado com a falta de criatividade, mas sim com a sua passividade no plano processual. Haveria, portanto, limites processuais que determinam a natureza da função jurisdicional e constituem uma fonte de legitimação diversa dos poderes políticos (fazem o processo jurisdicional de criação do direito ser diferente do legislativo), quais sejam: a) a conexão da atividade decisória com as partes dos casos concretos; b) a imparcialidade (o juiz deve estar livre de pressões externas); c) princípio do contraditório (oportunidade de defesa das partes, isto é, oportunidade de serem ouvidas por um juiz imparcial); d) a independência em relação às pressões externas, principalmente de ordem política e e) princípio da inércia (o juiz precisa ser provocado para realizar suas atividades), ou em palavras diversas, *nemo iudex sine actore* (Cappelletti, 1993: 76).

É justamente o respeito a essas ancestrais “virtudes” – e não alguma preferência por decisões deste ou daquele teor – que constitui a própria identidade funcional do juiz. Nas palavras de Cappelletti:

“O juiz que decidisse a controvérsia sem pedido das partes, não oferecesse à parte contrária razoável oportunidade de defesa, ou se pronunciasse sobre o seu próprio litígio, embora vestindo a toga de magistrado e a si mesmo se chamando de juiz, teria na realidade deixado de sê-lo” (Cappelletti, 1993: 80).

Tais características são tão próprias do processo judiciário de criação do direito que, hoje em dia, em alguns países ocidentais, fala-se na “jurisdicionalização” dos processos legislativo e administrativo. Isto porque foram adotados alguns instrumentos e regras vinculantes aos legisladores e administradores para que eles concedessem audiência aos grupos interessados nas matérias que por eles fossem reguladas,

protegendo, assim, certas maiorias ou minorias mal representadas ou organizadas.

Assim sendo, aquelas características acima mencionadas, quando trazidas para os processos legislativo e administrativo, não se apresentariam da mesma forma como no processo jurisdicional, visto que eles não precisam de “impulso” – devem agir por si mesmos. Assim, a “jurisdicionalização” se daria de maneira incompleta.

Vale notar que existe certa relatividade na separação funcional dos poderes, ou seja, o Judiciário, em alguns poucos casos, pratica atividades legislativas ou administrativas propriamente ditas. Por exemplo, os tribunais, quando editam regras técnicas do processo, com as quais vão trabalhar, realizam nada mais do que uma função legislativa; ou, quando exercem o poder de emanar “diretivas” gerais em tema de interpretação, vinculantes aos tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso concreto, como no caso das cortes supremas dos países da Europa Oriental.

3. Principais Problemas e Limites da Criação Judicial do Direito

3.1. De Volta aos Juízes “Legisladores”

Como discutimos no tópico anterior, tanto a atividade legislativa, quanto a jurisdicional são em alguma medida substancialmente “criativas”.² Mas como esse dado inevitável pode ser compatibilizado com nossas intuições básicas acerca de idéias como “separação de poderes” e “democracia”? A discussão em torno da *distinção* entre as diferentes funções estatais – especialmente entre legislação e jurisdição –, bem como das *fronteiras* entre elas, tem sido um importante e permanente tópico de debate entre teóricos e operadores do direito.³ Neste trabalho, na esteira de Mauro Cappelletti, parte-se da premissa

de que o esforço de diferenciação entre o ato de legislar e o ato de julgar é possível e, mais do que isso, necessário.

Se nenhuma dessas duas atividades – legislação e jurisdição – é puramente mecânica, não podemos fundamentar uma distinção segura com base apenas no critério da “criatividade”. Ao menos não levando em conta o *conteúdo* do ato criador de direito. Para retomar a argumentação de Cappelletti nesse sentido, já anteriormente exposta, pode-se dizer que o que diferencia o juiz do legislador é sua *passividade no plano processual*, e não no plano substancial. Assim, legislação e jurisdição são dois processos cujos conteúdos por vezes parecem se sobrepor, sem que, no entanto, suas *estruturas* ou *procedimentos* possam ser minimamente confundidas. Segundo o autor, as chamadas *virtudes passivas* da função judicial – entre as quais a inércia jurisdicional, o respeito ao contraditório e a imparcialidade do julgador – a diferenciam profundamente da função legislativa.

A argumentação parece ser persuasiva, e relativamente próxima de nossas intuições sobre os deveres inerentes ao ofício judicante: juízes atuam dentro de trâmites processuais específicos, que sedimentam a sua posição de *imparcialidade*, necessária à tomada de decisão. Mas será mesmo que os únicos deveres decisivos do juiz são *processuais*? Poderíamos considerar completa a tese de Cappelletti acerca da natureza específica da função judicial sem uma adequada ênfase nos limites *materiais* às decisões dos juízes? Se o julgador ouvir as partes envolvidas, só agir mediante provocação, manter uma atitude de imparcialidade e honrar todas as virtudes processuais, todos os problemas em torno da “criatividade” da função judicial no plano material podem ser afastados como irrelevantes? Como já observado, a resposta do próprio Cappelletti é negativa. Se, por um lado, o autor reconhece e adota como pre-

missa o caráter inevitavelmente criativo de toda decisão judicial, por outro, identifica a questão central como sendo de *níveis de criatividade*, mais especificamente do estabelecimento do *nível de criatividade* que se deve esperar dos juízes (ou até mesmo incentivá-los a adotar) em uma dada sociedade.⁴

Nesse ponto, porém, é preciso reconhecer que a fixação desse *grau de criatividade* está longe de ser pacífica. Há um crescente movimento de crítica à divulgação da idéia de “criação judicial do direito”, mesmo entre quem reconhece – como Cappelletti – que a atividade desenvolvida pelos juízes não é mecânica, nem é imune a elementos externos (e muitas vezes contrários) ao direito positivo. Para os fins do presente trabalho, essas críticas podem ser agrupadas em três grandes categorias, que passamos a analisar.

3.1.1. O Argumento da Incompetência Técnica

Independentemente da qualidade de sua formação jurídica, os juízes em geral não têm capacidade de desenvolver por conta própria as investigações que a “criação” da melhor norma para o caso concreto pode demandar. Quando estiverem em jogo problemas sociais, econômicos e políticos de alta complexidade – o que é particularmente agravado em um contexto de jurisdição de massa, no qual a mesma decisão tenderá a ser reproduzida para inúmeros titulares de idênticos direitos –, o conhecimento da doutrina e da jurisprudência é largamente insuficiente para o bom exercício da função jurisdicional. Isto é especialmente válido se entendermos que o juiz deve *sempre* construir a melhor decisão possível (isto é, a mais “justa”) para cada caso. Além disso, os integrantes do Poder Judiciário muitas vezes não dispõem sequer da estrutura e dos recursos (huma-

nos e financeiros) por meio dos quais os Poderes Legislativo e Executivo, suas comissões e ministérios produzem ou solicitam a produção de pesquisa e levantamentos sofisticados (Cappelletti, 1993: 87).

Pense-se, por exemplo, no que aconteceria se a determinação do salário mínimo em todo o território nacional ficasse a cargo única e exclusivamente de um juízo judicial sobre qual quantia é necessária para cumprir o art.7º da Constituição. O impacto sobre a realidade sócio-econômica de cada aumento ou diminuição de centavos é impossível de ser previsto pelo juiz. Em problemas sociais como esse – que Lon Fuller chama de “policêntricos” – o julgador tem diante de si algo como uma “teia de aranha”: puxar um fio em uma direção alterará toda a dinâmica da estrutura; se o puxar com força redobrada, o resto da teia não será duplamente tensionado, mas sim alterado de uma forma difícil ou até mesmo impossível de prever (Fuller, 1958: 395).

Cappelletti procura relativizar a força desse argumento por meio da constatação de que os poderes eleitos também já demonstram altos níveis de “incompetência institucional”.⁵ No próprio caso do salário-mínimo, acima exposto, não é difícil perceber que, no Brasil, *nem mesmo o Poder Executivo ou o Poder Legislativo* têm boas condições de tomar uma decisão bem fundamentada e adequada sobre a fixação desse valor.

Contudo, os críticos da “criação judicial do direito” podem apresentar a seguinte versão mais sofisticada do argumento da incompetência: não se trata apenas de qual poder ou órgão está mais qualificado tecnicamente para tomar as decisões, mas sim de qual poder ou órgão está mais *legitimado* a tomar essa decisão específica, ainda que errada. É nesse ponto que entra em cena o problema da *legitimação democrática* das decisões judiciais “criativas”.

3.1.2. O Argumento da Legitimidade Democrática

O insulamento político do Judiciário tem sido apontado por muitos autores como uma razão para permitir que os juízes – e não os legisladores – decidam questões polêmicas, cuja solução se encontra muito além da mera compreensão do significado da linguagem que o legislativo escolheu para veicular suas decisões. Em um fórum estritamente político, como o da deliberação nas casas legislativas, certas minorias ou mesmo indivíduos podem não encontrar a devida consideração para seus interesses. Os motivos para essa dificuldade podem variar.

Na melhor das hipóteses, o motivo será, sobretudo a tendência do legislativo de olhar primordialmente para a coletividade, para os problemas gerais, não sendo sua função compatível com uma análise detalhada de *todos* os argumentos de *todos* os possíveis interessados ou afetados por cada decisão. Além disso, mesmo que a minoria tenha representantes conscientes em meio ao grupo de legisladores, como regra geral o critério decisivo na tomada de decisões nesta esfera continua sendo a regra da maioria. Se a regra da maioria significa algo de “democrático”, é justamente porque se espera dos legisladores que sejam em alguma medida sensíveis às demandas populares e à pressão da opinião pública.

Na pior das hipóteses, por outro lado, afirma-se que o Poder Legislativo nada seria além de instrumento nas mãos de *lobbies* e grupos de interesse que se organizam para pressionar a atividade legiferante na direção de seus interesses específicos. Em ambos os casos, contudo, estamos diante de *imperfeições* inevitáveis da democracia que justificam uma atuação mais *ativa* por parte do juiz.⁶ Se por trás da democracia e da técnica da separação de poderes existe

algum ideal, é justamente o da distribuição equitativa de poder político, com vistas à preservação da liberdade dos cidadãos. Nessa linha de raciocínio, autores como Ronald Dworkin, argumentam que a democracia não apenas permite, mas *exige* que os juízes se afastem das normas postas pelo legislativo em prol da proteção dos direitos de minorias que, de outra forma, teriam o seu valor político diminuído em face da sua pouca capacidade de organização ou de mobilização da opinião pública (Cappelletti, 1993: 74-75). A imparcialidade dos juízes e a natureza peculiar da função jurisdicional instauram um “fórum de princípio”, afirma Dworkin, onde cada indivíduo terá os seus interesses e argumentos analisados em seus próprios méritos, independentemente da opinião social a seu respeito (Dworkin, 2001: 38). Esse tipo de atuação judicial tem no exercício do controle de constitucionalidade o seu momento mais nítido.

Em linhas gerais, o problema do déficit de legitimidade democrática do controle de constitucionalidade se explicita sob duas perspectivas distintas: por um lado, os integrantes do Judiciário, quer sejam os juizes de instâncias inferiores, quer sejam os integrantes dos tribunais, não são eleitos, e por conta disso, não encontram sua legitimidade diretamente fincada na escolha popular. Assim, ao decidirem contra decisões tomadas pelos poderes eleitos, sofrem do chamado *déficit contra-majoritário*.⁷ Se a decisão de uma corte com poderes de controle de constitucionalidade prolatada em última instância não for passível de recurso, os juízes terão nas mãos a possibilidade de afastar normas criadas por agentes regularmente eleitos – mas a sua legitimidade para tanto é questionável. Além da falta de sujeitabilidade jurídica das decisões judiciais (em última instância, não são recorríveis por meios políticos), um segundo fator deve ser considerado:

geralmente, os membros de um tribunal constitucional não são politicamente responsáveis – não podem ser destituídos por meios políticos.⁸

Ronald Dworkin, porém, bem como outros autores contemporâneos, afirma que, cabendo a decisão final a um grupo de indivíduos que não recebe sua autoridade da vontade popular direta, o resguardo aos direitos das minorias estaria mais bem assegurado. Assim, o insulamento político dos juízes pode ser descrito como uma das vantagens da atuação judicial sobre certo tipo de problemas, impedindo que a palavra final sobre os mesmos fique com o Legislativo (Cappelletti, 1993: 89).⁹ Mas o argumento de Dworkin pode ser voltado contra si mesmo. Pois, em um certo sentido, é compreensível que os poderes democraticamente eleitos estejam profundamente envolvidos nas matérias submetidas à sua apreciação. Por mais que atualmente seja recomendável que o Poder Legislativo e o Poder Executivo, antes de tomarem uma medida qualquer, escutem o maior número possível de setores e grupos sociais potencialmente afetados pela medida, seria inadequado afirmar, por exemplo, que o legislador *desrespeitou os limites de sua função* ao aprovar uma lei no interesse de uma eventual maioria legislativa, ou de um *lobby* atuante no processo de deliberação (Cappelletti, 1993: 77). Em alguma medida, o legislativo *precisa* ser parcial – caso contrário, a própria idéia de “representação” ficaria comprometida.

Há um aspecto do problema que Dworkin e Cappelletti não enfatizam como deveriam. Parece plausível supor que tanto o Legislativo, quanto o Judiciário são capazes de tomar decisões *erradas* – incoerentes, embasadas em interpretações equivocadas de fatos, injustas etc. O problema é que, se qualquer tomador de decisão pode cometer um erro, muitas vezes é preferível deixar que certas questões sejam resolvi-

das por órgãos eleitos, especialmente problemas políticos e morais delicados (como o aborto, por exemplo, ou a eutanásia), pelo simples fato de que o erro em uma decisão política pode ser alterado pela mobilização da opinião pública e do congresso no sentido contrário, enquanto um erro na decisão judicial (de um tribunal superior, por exemplo) é em geral muito mais difícil de ser alterado e pode gerar conseqüências nefastas.¹⁰ Em questões espinhosas, sobre as quais a sociedade está profundamente dividida, o insulamento político dos juízes é um problema na medida em que traz consigo a *irresponsabilidade política*: por não temerem a opinião pública, os juízes simplesmente a ignoram em casos nos quais *deveriam* levá-la em consideração, ainda que sem lhe conferir peso decisivo.

3.1.3. O Argumento da Imprevisibilidade

Independentemente do problema da legitimidade do Judiciário para a atuação “criativa”, argumenta-se que decisões desviantes das fontes formais do Direito são não apenas *prejudiciais* à sociedade como um todo, como também *injustas*.

Primeiro, a injustiça de tais decisões estaria vinculada à sua *imprevisibilidade*. Como afirma Canotilho, só podemos considerar como instituinte de um “Estado de Direito” um regime que forneça segurança às pessoas, aqui entendida não no sentido físico (isto é, como garantia de integridade pessoal), mas sim como *possibilidade de planejamento*. Segundo, decisões que se afastem do direito vigente são injustas por que, em última instância, funcionam de forma verdadeiramente *retroativa*: a norma utilizada para decidir o caso não existia no momento em que o conflito surgiu. Assim, pelo menos uma das partes pode estar sendo prejudicada pela aplicação de uma norma *com base na qual não teria nenhuma possibilidade de se planejar*; pratica-se

um ato de boa fé, imaginando ser o mesmo conforme o direito, para então descobrir no momento da sentença que, de acordo com um critério extrajudicial empregado pelo juiz, a conduta passou a não ser permitida.

Em síntese, a “criatividade” do juiz entra em conflito com os valores da certeza e da previsibilidade e, dessa forma, se afigura como “íniqua”, porque “colhe a parte de surpresa” (Cappelletti, 1993: 85). É impossível para os cidadãos se informarem de antemão acerca de uma “norma judicial” se ela na prática foi criada (ou completamente reconstruída) *ad hoc* pelo juiz para resolver o caso. Por mais justa que a aplicação dessas regras possa ser diante de um caso concreto, o Direito precisa cumprir uma relevante função de *fornecimento de pautas de conduta* com base nas quais o cidadão tomará as decisões em seu cotidiano. (Hart, 1994)

A generalização de decisões imprevisíveis prejudicará o cumprimento dessa função. Nas palavras de Canotilho:

“Das regras da experiência derivou-se um *princípio geral da segurança jurídica* cujo conteúdo é aproximadamente este: as pessoas – os indivíduos e as pessoas coletivas – têm o direito e poder confiar que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas ou em atos jurídicos vigentes e válidos ou em atos jurídicos editados pelas autoridades com base nessas normas se ligam aos efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico” (Canotilho, 1999: 73-74). Não se pode simplesmente ignorar o papel de estabilização de expectativas que o direito cumpre nas sociedades contemporâneas; mesmo que os juízes fossem dotados de sabedoria e conhecimento infinitos, o resto da população – sem essa sabedoria e esse conhecimento – não teria como se planejar, por não ter os meios necessários a

uma mínima previsão de como os conflitos seriam decididos.

Vale notar que esse não é apenas um problema de eficiência do sistema como um todo, mas igualmente uma questão de justiça: uma decisão que *inove* completamente no repertório de normas jurídicas vigentes é, em última instância, um *comando* com eficácia retroativa, o que se afigura intolerável em um Estado de Direito (Neuman, 1999: 39).

3.2. Júpiter e Hércules: Duas Matrizes para Avaliar o Problema da “Criatividade”

A análise dos argumentos que usa Cappelletti para confiar na “criatividade judicial”, bem como a análise dos problemas apontados, deixa transparecer que este debate muitas vezes parece se dar a partir de *concepções distintas da atividade judicial*. Para esclarecer esse ponto, utilizaremos a descrição que o belga François Ost faz das *matrizes* a partir das quais o ato de julgar é focado, cada uma com preocupações, finalidades e compromissos distintos. Na verdade, o autor imagina um “modelo de juiz” em correspondência com cada uma das três matrizes propostas - Júpiter, Hércules e Hermes (Ost, 1993). Para os fins deste trabalho, enfocaremos apenas os dois primeiros paradigmas, na medida em que, por serem os mais comuns (Hermes é, na verdade, o modelo que Ost julga mais adequado para os desafios que o futuro começa a impor à magistratura e ao próprio Direito), funcionam mais adequadamente como chave explicativa para compreender as preocupações por trás de críticos e defensores da criatividade judicial.

Em linhas gerais, o direito Jupiteiriano adota a forma de lei, expressão da vontade do legislador. Do foco supremo de juridicidade – a norma fundamental do ordenamento jurídico positivo, isto é, a Constituição – emana o resto do Direi-

to, em forma de decisões particulares. O modelo de Hércules, por sua vez, faz do homem, mais concretamente o juiz, a fonte do único direito válido; ele não reconhece outro direito que não aquele criado pela e na decisão, que, portanto, possui uma autoridade que independe da lei. A singularidade e o concreto do caso se sobrepõem à generalidade e abstração da lei.

Podemos relacionar diversos institutos jurídicos contemporâneos com cada um desses modelos – a sistematização de normas jurídicas em Códigos e a supremacia da Constituição, por exemplo, ligados ao modelo jupiteriano, e os procedimentos de urgência, que refletem uma racionalidade do tipo “hercúleo”, voltada para a resolução mais adequada dos problemas dos indivíduos que recorrem ao Judiciário. (Ost, 1993:169-172)

Aprofundando a análise, Ost observa que o modelo Júpiter de juiz se constitui simbolicamente através da representação de um código ou uma pirâmide. Relaciona-se ao modelo jurídico clássico, que traduz as exigências do Estado Liberal do século XIX, isto é, o modelo do Direito codificado, articulado de forma hierárquica e piramidal. A relação com a concepção kelseniana do ordenamento jurídico como pirâmide é aqui evidente. O movimento da construção dessas cadeias hierárquicas é sempre linear e unidirecional: para apreciar o fundamento de validade das normas, ascender-se-á da norma inferior à norma superior, para chegar à norma fundamental que habilita a autoridade suprema a criar Direito válido; por outro lado, para prever a criação de uma nova norma jurídica, toma-se o caminho inverso.

A racionalização última deste modelo jurídico chega às Constituições modernas. Impõe-se a idéia de reunir todo o material jurídico num Código unitário que apresente as qualidades de coerência, completude, clareza, não redundância e simplicidade.

Não se limita a uma simples justaposição dos conceitos e princípios estritamente derivados de alguns axiomas iniciais. Esse modelo do código envolve quatro colorários: (Ost, 1993: 174-175)

Primeiro, o *Monismo jurídico*: por oposição à dispersão dos focos do Direito, o material jurídico adota a forma dominante da lei e esta se acopla em códigos, reforçando ainda mais a sistemática e a autoridade. Segundo, *Monismo político* ou *soberania estatal*: a codificação supõe o resultado de um processo de identificação nacional e de centralização administrativa que culmina na figura do soberano. A multiplicidade de instituições, estados e corpos intermediários do Antigo Regime e os múltiplos consensos setoriais são, respectivamente, substituídos pelo espaço da vontade nacional e pelo consenso nacional (real ou imposto), cujo código traduz as principais opções. Terceiro, *primazia da racionalidade dedutiva e linear*: as soluções particulares são deduzidas de regras gerais, derivadas estas de princípios mais gerais, seguindo interferências lineares e hierarquizadas. Por último, a *concepção do tempo orientado em direção a um futuro controlado*: trata-se da crença, eminentemente moderna, do progresso da história, isto é, da idéia de que a lei – antecipando um estado de coisas possível e considerado preferível - pode fazer chegar a um porvir melhor.

Segundo Ost, no Direito Jupiteriano a única e legítima fonte é lei fundamental. Dela derivam todas as outras regras, construindo um sistema jurídico hierarquizado e ordenado, proferido de cima para baixo. A legalidade é condição necessária e suficiente para a validade da regra, sendo então suficiente que a norma tenha sido editada pela autoridade competente e segundo os procedimentos adequados. Nessa linha, derivação e fundamentação são as operações necessárias e suficientes para efetiva vali-

dade da regra que será aplicada na decisão proferida aos casos particulares; a solução do caso concreto e singular se encontra deduzida de uma regra geral e abstrata.

Assim, o direito determina o que a regra geral ou superior prescreve, não havendo, portanto, qualquer possibilidade de o juiz se abster de sua fiel observância, porquanto se revela como ato de vontade do Estado-legislador. Restam apenas segui-la e aplicá-la no caso concreto.

O modelo de Hércules, por sua vez, expressa uma perspectiva completamente distinta. A figura do profissional encarregado de aplicar o direito – o juiz – ganha o primeiro plano, como reflexo do crescimento das funções judiciais ligadas às exigências do Estado Social do século XX. Em contraposição ao juiz jupiteriano (“homem de lei”), Hércules atua como um engenheiro social. Tal evolução, sobretudo no que diz respeito às jurisdições constitucionais habilitadas para apreciar a constitucionalidade das leis, conduz à relativização do mito da supremacia do legislador.

Nessa perspectiva, o Direito não é um simples conjunto de regras, mas um fenômeno fático complexo, formado pelos comportamentos das autoridades judiciais. Muda-se, assim, radicalmente a perspectiva do Direito, agora visto simbolicamente sob a forma de uma pirâmide invertida ou de um funil – a criação do direito se dá através do juiz, o qual faz imperar a singularidade do caso particular face às regras gerais e abstratas. Aquelas regras apenas ganham consistência quando o juiz aprecia o fato e formula sua decisão, não passando as mesmas de mera justificação *a posteriori*. A regra não constitui mais do que uma justificativa da decisão (na medida em que ela não se impõe *a priori*), mas apenas uma previsão da futura decisão. É a regra que deriva da decisão, e não o inverso.

Aqui, a efetividade é condição necessária e suficiente para a validade; a

legalidade da regra não é mais levada em consideração. O Direito se reduz ao fato, à indiscutível materialidade da decisão. Essa exortação da criatividade judicial tem como resultado a proliferação de decisões particulares e específicas; a generalidade e a abstração da lei deixam lugar à singularidade dos casos concretos. A própria racionalidade jurídica perde espaço para os saberes oriundos de campos ligados à análise da realidade social, como a economia, a contabilidade, a medicina, a psicologia (Ost, 1993: 178).

Em última instância, o próprio juiz é a única fonte válida do Direito, cabendo a ele dar consistência às simples possibilidades jurídicas, ao tomar decisões particulares. As decisões judiciais passam, então, ao coração do sistema.

De que forma essas duas matrizes podem nos ajudar a compreender o debate acerca da criatividade judicial? Júpiter e Hércules são úteis como *chaves explicativas* para decifrar os compromissos básicos que estão por trás dos críticos e dos defensores da criatividade judicial. De fato, por trás dos argumentos favoráveis à criação do direito pelos juizes, encontramos uma concepção “Hércules” da decisão judicial, comprometida basicamente com a melhor solução para cada caso. O valor básico é a equidade, que se torna o critério da responsabilidade social do Judiciário: os juizes devem tomar para si a tarefa de resolver os problemas da sociedade, ainda que de forma pontual. Cada decisão é uma oportunidade de dar soluções adequadas e justas para problemas sociais. Para tanto, Hércules procura ser *contextualista*.

Por sua vez, os argumentos contrários à criatividade judicial podem ser reconduzidos a uma concepção “jupiteriana” da jurisdição. Na definição do papel do Direito, enfatiza-se a segurança, a previsibilidade, a estabilidade; procura-se uma resposta *geral*, não contextual, para o problema da ati-

vidade dos juízes. Por razões de segurança, a justiça no caso concreto é aqui afastada, pois a possível decisão mais justa não seria necessariamente *generalizável*.

4. Criatividade Judicial e Estado de Direito: A Possível Conciliação

Atravessando Hércules e Júpiter, porém, encontramos um fio condutor: a idéia de *vinculação ao Direito* (geralmente veiculada na expressão “Estado de Direito”). Essa idéia – que, apesar de antiga, vem sofrendo importantes reformulações nas últimas décadas (Canotilho, 1999: 63) – consagra, em última instância, a exigência de que a atividade jurisdicional seja baseada *no direito*, identificável a partir das fontes apropriadas em uma dada sociedade, mais do que em considerações e critérios como a própria justiça ou a “eficiência econômica”, ou a “felicidade da nação” etc (Cappelletti, 1993: 102). Tanto o juiz “Júpiter”, quanto o juiz “Hércules”, de quem nos fala François Ost, reconheceriam algum valor nesse ideal, ainda que, no modelo de Hércules, o direito seja visto como uma ferramenta, um instrumento para se atingir fins sociais relevantes.

É evidente que, se o juiz embasar sua decisão *no direito vigente* [mesmo que ele não se identifique única e completamente com o *texto das normas* – (Guastini, 2005: 22 e ss)], por mais que certos grupos e interesses possam ser prejudicados com esse resultado, o conteúdo específico dessa decisão não pode ser criticado como “criativo”.

De fato, nenhuma das críticas acima delineadas pode prosperar se se reconhece que o juiz simplesmente *aplicou o direito*.¹¹ Quem se preocupa com a *incompetência* terá todos os motivos para levantar suas objeções, já que a atividade típica para a qual os juízes são selecionados envolve justamente a aplicação do Direito. Do

mesmo modo, seguindo a forma clássica da técnica de separação de poderes, se um caso foi decidido por meio da aplicação das decisões tomadas em um momento anterior pela sociedade ou por seus representantes (e mesmo que essa aplicação não seja um ato mecânico ou puramente cognoscitivo), então não cabe dizer que o julgador errou por ter sido “criativo” sem que possuísse legitimidade para tanto. Os juízes estão plenamente legitimados para interpretar e aplicar as normas jurídicas. Pelos mesmos motivos, não haveria aqui que se falar em *frustração de expectativas, imprevisibilidade e retroatividade das decisões*.

Criticar a “criatividade” judicial é, em última instância, apontar que o juiz está se *desviando de sua função* – a aplicação do Direito. Não basta respeitar as “virtudes passivas” procedimentais: é necessário fundamentar – de forma que satisfaça os critérios daquele auditório específico, daquela comunidade – cada decisão em decisões anteriores. Se uma decisão específica foi *fundamentada* no Direito, todas as possíveis críticas e acusações normalmente ligadas ao rótulo de “criatividade” perdem sua força, deixando possivelmente exposto o seu teor ideológico (isto é, critica-se a decisão como “criativa” pelo simples fato de que não se concorda com o seu conteúdo).

4.1. Criatividade, Argumentação Jurídica e Justificação do Direito

As teorias jurídicas contemporâneas trabalham com três importantes distinções conceituais no âmbito da teoria da argumentação jurídica que são fundamentais para o propósito de delimitação analítica do conceito de criatividade judicial e para a sua compatibilização com a idéia de Estado de Direito: em primeiro lugar, há a relevante distinção teórica entre a perspectiva do observador e a do participante em uma argumentação jurídica ou entre o

Direito percebido a partir de um ponto de vista externo ou a partir de um ponto de vista interno (*external or internal point of view*). Em segundo lugar, aquela que extrema analiticamente o “contexto de descobrimento” do “contexto de justificação” das decisões judiciais e, por último, a distinção teórica, intimamente relacionada à anterior, que divide as razões em explicativas e justificativas.

A análise das três distinções conceituais supracitadas será importante para fundamentar a assertiva de que a justificação das decisões judiciais, ao apelar para a idéia de razão pública, constitui uma espécie de “filtro” que retém motivos ou interesses não passíveis de publicização em sociedades pluralistas e democráticas e, neste sentido, representaria uma limitação à criatividade e, sobretudo, à discricionariedade judicial.

4.2. As Perspectivas do Observador e do Participante

Essa distinção vem sendo debatida com intensidade pela doutrina jurídica contemporânea, porém há tempos constitui um importante recurso analítico no âmbito da sociologia, sobretudo em sua vertente fenomenológica¹², e da filosofia moral de inspiração analítica (Strawson, 1992).

Adota a perspectiva de um *observador*, que identifica e descreve o sistema jurídico como um fato social, o cientista do Direito que “não pergunta qual é a decisão correta em um determinado sistema jurídico, mas como se decide de fato em um determinado sistema jurídico” (Alexy, 2004: 31). Pertence ao Direito, segundo a aludida perspectiva, aquilo que os tribunais e as autoridades estabelecem com fundamento em normas corretamente promulgadas de acordo com os critérios de validade formal estipulados pelo ordenamento jurídico. O observador do Direito não se diferencia

muito daquele estudante estrangeiro que apenas identifica e reporta empiricamente a vigência das leis do país que visita com base em suas fontes jurídicas. A postura de um observador, isto é, a perspectiva em “terceira pessoa”, é adotada pelos estudiosos do Direito filiados ao positivismo metodológico.

Por outro lado, a perspectiva do *participante* é assumida por quem efetivamente “participa em uma argumentação acerca do que neste sistema jurídico está ordenado, proibido e permitido ou autorizado” (Alexy, 2004: 31). Ao adotar tal perspectiva, eminentemente crítica, estar-se-ia assumindo a perspectiva de um *juiz* interessado em expor argumentos favoráveis ou contrários ao conteúdo de determinadas normas ou decisões jurídicas. Em síntese, a perspectiva do participante, identificada com a posição do juiz, formula necessariamente uma pretensão de correção, pois, “os juizes intentam, [inclusive] em casos difíceis, decidir com base em motivos jurídicos e dar uma fundamentação jurídica racional, ou ao menos devem fazê-lo assim” (Alexy, 1995: 39). Por sua vez, a pretensão de correção implica a pretensão de justificação ou de fundamentação de um enunciado normativo por quem o emite. No entanto, a pretensão de correção não implica necessariamente a comprovação ou não de uma única resposta correta para um determinado caso (Alexy, 1993: 23-35), mas tão somente uma *idéia regulativa*, inscrita de modo necessário na *práxis* de justificação do Direito, de que tal resposta correta pode ser alcançada com os melhores argumentos. Neste sentido, conclui:

“O ponto decisivo aqui é que os respectivos participantes em um discurso jurídico, se suas afirmações e fundamentações hão de ter um pleno sentido, devem, independentemente de se existe ou não uma única resposta correta, elevar a pretensão de que sua resposta é a única correta. (...) As

respostas que se encontrem, no marco deste intento, sobre a base do nível de regras e princípios, de acordo com os critérios da argumentação jurídica racional, que incluem os da argumentação prática geral, também respondem então, embora não sejam as únicas respostas corretas, às exigências da razão prática e, neste sentido, são ao menos relativamente corretas”. (Alexy, 1993: 22)

Enquanto o observador preocupa-se principalmente com a efetividade das normas jurídicas, a perspectiva do participante destaca a dimensão da legitimação dos direitos e dos princípios ou, consoante Joseph Isensee ao lembrar Kant, “lança o Estado no processo diante do Tribunal da Razão” (Isensee, 1999: 267). A perspectiva do participante é importante para a compreensão do contexto de justificação e do papel assumido pelas justificativas na argumentação jurídica e motivação das decisões judiciais.

4.3. Os Contextos de Descobrimto e de Justificação e a Distinção entre Razões Explicativas e Justificativas

As teorias jurídicas contemporâneas trabalham com outras duas importantes distinções no âmbito da teoria da argumentação que são relevantes para o intento de delimitar analiticamente o espaço de criatividade judicial: em primeiro lugar, a que distingue o “contexto de descobrimto” do “contexto de justificação” e, em segundo lugar, a que divide as razões em explicativas e justificativas (Atienza, 2003: 20-23; Aguiló, 1997: 71-79). A distinção entre os contextos de descobrimto e de justificação tem sua origem na filosofia da ciência, sendo recepcionada posteriormente pela teoria da argumentação jurídica.

O contexto de descobrimto refere-se ao procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão de uma decisão, tendo em vista

as causas psicológicas, o contexto social e as convicções ideológicas que motivaram o juiz a proferi-la. A “descoberta” de uma premissa ou de uma decisão pode ser motivada por causas de diferentes ordens, inclusive emocionais ou irracionais: por exemplo, as opções políticas do magistrado, suas crenças religiosas, as posturas ideológicas, seus preconceitos injustificáveis etc. Com relação ao descobrimto de uma decisão o estudioso do Direito somente pode aduzir razões explicativas que explicitem a relação causal entre os condicionamentos empíricos de diferentes ordens, acima exemplificados, e a decisão efetivamente adotada pelo magistrado.

Nos *hard cases*, onde os positivistas normativistas postulam um amplo espaço de discricionariedade do intérprete, as decisões judiciais somente poderiam ser explicadas com a elucidação dos móveis empíricos que condicionaram o ato de vontade do julgador, mas não justificadas em conformidade com o Direito, ou seja, com fundamento em suas regras ou princípios jurídicos.

O contexto de justificação, por sua vez, refere-se “ao processo ou atividade de validar, justificar, uma teoria ou descobrimto científico” (Aguiló, 1997: 72). A dimensão da justificação preocupa-se principalmente com a correção das razões aduzidas pelo juiz na fundamentação de sua decisão, isto é, apela para a aceitabilidade racional do conteúdo da mesma. A justificação de uma decisão pressupõe alguns requisitos, sistematizados por Neil MacCormick (MacCormick, 1996), tais como: (a) o requisito de universalidade, ou seja, é necessário que a partir da decisão *d* adotada seja possível extrair um enunciado normativo geral que preceitue que, em presença das mesmas circunstâncias relevantes (*a*, *b* e *c*), deve-se sempre tomar a mesma decisão *d*; (b) os requisitos de coerência e de consistência que dizem respeito à relação

lógico-sistemática de uma decisão com o ordenamento jurídico; e, por último, (c) o requisito de adequação aos argumentos consequencialistas, segundo o qual o jurista, ao justificar sua decisão, deve sopesar também os efeitos prejudiciais ou benéficos por ela produzidos no mundo (Atienza, 2003: 126 e ss).

A primeira perspectiva – a que se refere ao contexto de descobrimento – é a adotada, por exemplo, no âmbito das análises sociológica e psicológica que investigam as causas sociais ou psíquicas que levaram o magistrado a tomar uma determinada decisão jurídica. Neste sentido, identificam-se com a postura do observador anteriormente estudada. A segunda perspectiva – referente ao contexto de justificação – é a adotada pelas disciplinas que se preocupam em estudar as condições necessárias para a justificação de um argumento em um discurso jurídico e, neste sentido, podemos citar a Teoria e a Filosofia do Direito, bem como a Teoria da Argumentação Jurídica. Esta perspectiva identifica-se, por sua vez, com a postura do participante interessado em expor bons argumentos em favor ou contra uma determinada tese ou norma jurídica. A distinção entre os contextos de descobrimento e de justificação é particularmente relevante para a delimitação do conceito de criatividade judicial, pois, consoante o esclarecimento de Manuel Atienza:

“É possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles [o autores filiados ao realismo americano] sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível” (2003: 26).

Com fundamento nas distinções precedentes, passaremos à análise do conceito

de criatividade judicial com o objetivo de circunscrevê-lo aos limites institucionais impostos pela tarefa do intérprete de justificar suas decisões em reverência ao princípio do Estado de Direito, bem como aos ideais de imparcialidade, independência e publicidade, nele inscritos.

4.4. A Justificação como Limite à Criatividade Judicial

No decorrer do processo de tomada de uma decisão, em muitos casos a passagem do contexto de descoberta para o contexto de justificação dá-se com muita dificuldade; em outros, porém, ela é completamente impossível. A necessidade de motivar ou fundamentar as decisões judiciais e os atos administrativos faz com que os motivos ideológicos, psicológicos, políticos ou religiosos que presidiram empiricamente a tomada de uma decisão em muitos casos não possam ser tornados públicos, pelo menos sem gerar críticas severas aos mesmos pela comunidade aberta dos intérpretes da Constituição (Häberle, 1997).

Kant esclarece-nos sobre essa relevante questão: sua fórmula transcendental do direito público estatui que “são injustas todas as ações que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas não se harmonizam com a publicidade” (Kant, 2002: 165). Toda pretensão jurídica, quando justa, deve possuir a possibilidade de ser tornada pública e isso somente ocorre quando fundada em normas ou razões que podem encontrar uma aprovação generalizada com fundamento em regras ou princípios jurídicos, sejam expressamente positivados ou implícitos no texto constitucional. Porém, quando a motivação de uma decisão dá-se com fundamento exclusivo em concepções particulares de bem – crenças religiosas, posições políticas ou contexto sócio-cultural específico – dificilmente torna-se pú-

blica ou, quando é explicitada, provoca de modo inevitável a sua crítica. Neste sentido, a necessidade de justificar as decisões, isto é, de torná-las públicas – podemos citar, neste diapasão, o art. 93, IX e X, da CF – constitui um “filtro” que impede motivações que não podem ser tornadas públicas, pois violariam valores, princípios e regras do ordenamento jurídico. Assim, o caráter imprescindível, sob pena de nulidade, da fundamentação das decisões judiciais *limita* o grau de criatividade dos magistrados, que devem buscar razões – fundadas em princípios ou regras jurídicas – para a motivação de suas decisões.

A dificuldade de passagem de um contexto para outro ocorre, sobretudo, em sociedades democráticas marcadas pelo fato do pluralismo. Nestas, as decisões judiciais devem buscar a sua fundamentação na concepção política de justiça representada por um consenso sobreposto (*overlapping consensus*) aceito por cada uma das diferentes doutrinas abrangentes – morais, religiosas ou filosóficas – que perduram ao longo do tempo em tais sociedades, isto é, devem buscar o seu fundamento na idéia de razão pública (Rawls, 2000: 262 e ss.). O conteúdo desse consenso fundamental deve integrar o texto constitucional de uma determinada comunidade jurídica, cuja principal característica consiste, consoante Gustavo Zagrebelsky, no pluralismo de valores e de princípios que impedem que uma particular concepção de bem termine por impor-se de modo unilateral a todos os cidadãos (Zagrebelsky, 1995: 16-17). A atividade jurisdicional encontra-se, assim, intimamente relacionada à idéia de razão pública. John Rawls, ao definir a Corte Constitucional como um exemplo de razão pública, assevera:

“Dizer que a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública significa também que é função dos juízes procurar desenvolver e expressar, em suas opiniões

refletidas, as melhores interpretações que puderem fazer da Constituição, usando seu conhecimento daquilo que esta e os precedentes constitucionais requerem. Aqui, a melhor interpretação é aquela que melhor se articula com o corpo pertinente daqueles materiais constitucionais [isto é, elementos constitucionais essenciais], e que se justifica nos termos da concepção pública de justiça ou de uma de suas variantes razoáveis. Ao fazer isso, espera-se que os juízes possam apelar, e apelem de fato, para os valores políticos da concepção pública, sempre que a própria Constituição invoque expressamente ou implicitamente esses valores, como o faz, por exemplo, numa carta de direitos que garante o livre exercício da religião ou a igual proteção das leis. O papel do tribunal aqui é parte da publicidade da razão, e um aspecto do papel amplo ou educativo da razão pública” (2000: 286).

Ainda segundo John Rawls, os magistrados não podem em uma sociedade pluralista e democrática invocar a sua própria moralidade particular, posturas religiosas ou ideológicas para justificar a tomada de uma decisão judicial (Rawls, 2000: 287). Por mais que tais elementos presidam invariavelmente a “descoberta” da decisão e possam, de fato, presidir a criatividade judicial, o processo de justificação de tais decisões exige necessariamente a observância da publicidade, da imparcialidade e da independência dos juízes, requisitos inscritos no princípio estrutural do Estado de Direito. Uma vez afastados tais princípios fundamentais que presidem a atividade jurisdicional, ter-se-ia um Estado de não-Direito, em síntese, um Estado arbitrário.

Josep Aguiló atenta para o fato de que a posição institucional do juiz em um Estado de Direito pressupõe os ideais de independência e de imparcialidade na fundamentação de suas decisões, pois “no ideal do Estado de Direito há a idéia

de submissão dos poderes públicos à razão” (Aguiló, 1997: 75). Esta afirmação é incompatível com a assertiva feita por diversos autores de matriz kelseniana de que, nos casos difíceis, a decisão judicial, enquanto manifestação também de ato de vontade, somente pode ser explicada a partir de seus móveis empíricos. Com fundamento na idéia de Estado de Direito há o direito dos destinatários das normas jurídicas de não serem julgados a partir de convicções ideológicas, crenças religiosas ou posicionamentos políticos estranhos ao Direito. Nenhum desses motivos empíricos é passível de universalização e, portanto, aptos a conquistar de um modo *ideal* o consentimento de todos os cidadãos com fundamento em valores, princípios ou regras constitucionais.

Com fundamento na exposição precedente, podemos concluir que a compreensão ordinária que temos do conceito de Estado de Direito e de interpretação jurídica enquanto partícipes de uma argumentação jurídica *realmente* levada a termo, pressupõe uma série de *idealizações* inevitáveis (imparcialidade, independência e publicidade) sem as quais, por exemplo, a idéia de Estado de Direito restaria absolutamente sem sentido. Nesses moldes, a “criatividade judicial” só pode ser compreendida como *inovação justificada a partir das fontes do direito* aceitas pela sociedade.¹³ Uma decisão “criativa” que se justifique com argumentos fundados no Direito vigente não pode ser criticada por ser “ilegítima” ou “imprevisível” – pois o juiz não teria feito nada além do que exatamente se espera dele em um regime de Estado de Direito.

5. Direitos Humanos: Fonte [ainda] Desconhecida do Direito?

A partir do marco teórico desenvolvido até aqui, apresenta-se a hipótese de que

certas decisões criticadas e/ou louvadas como “criativas” podem ser *justificadas com base no direito vigente*. Para tanto, é preciso abandonar a concepção reducionista que entende o ordenamento jurídico centrado nos códigos e nas grandes leis. Também é preciso se lembrar de que os tratados e convenções internacionais são fontes de direitos, como ocorre no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ao se trabalhar categorias fulcrais como *Estado de Direito* ou *Razão Pública*, não se pode seriamente aprofundar o debate sem que se tenha em conta a importância dos direitos humanos. Na sociedade atual, estes consistem no principal instrumento de defesa, garantia e promoção das liberdades públicas e das condições materiais essenciais para uma vida digna. Por isso, os Poderes Executivo e Legislativo são sempre solicitados a atuar conforme estes direitos. Contudo, o último guardião e esperança de proteção de tais direitos é o Poder Judiciário. De efeito, faz-se imperioso lutar pela efetividade de sua tutela jurisdicional.

Mas será que os juízes conhecem (e reconhecem) os Direitos Humanos já aplicáveis no território nacional?

5.1. Aplicação das Normas de Direitos Humanos pelos Juízes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁴

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na comarca da capital, ao serem questionados sobre qual seria a natureza dos direitos humanos, 7,6% dos juízes afirmaram serem os direitos humanos “valores sem aplicabilidade efetiva”. Para outros 34,3% constituiriam “princípios aplicados na falta de regra específica” e, para 54,3% configurariam “regras plenamente aplicáveis”. É importante ressaltar como cerca de 7% dos juízes concebem os direitos humanos apenas como valores sem nenhuma

força jurídica, mesmo após todos os esforços jurídicos e políticos de afirmação de tais direitos. Com entendimento relativamente semelhante encontram-se os 34,3% dos juízes que acreditam que os direitos humanos são princípios que possuem caráter meramente subsidiário, podendo ser aplicados apenas diante da ausência de norma específica. Para estes juízes, qualquer ponderação com norma mais específica, inclusive com conteúdo antagônico, levaria à não aplicação das normas de direitos humanos. Porém, a posição majoritária revelou uma concepção forte de direitos humanos, pois mais de 50% dos juízes concebem os direitos humanos como regras plenamente aplicáveis.

Uma minoria também de magistrados acredita que o Poder Judiciário não deve interferir no sentido da promoção da efetivação dos direitos de segunda geração (econômicos, sociais e culturais), justificando não caber ao Judiciário a implementação de políticas públicas. Outros, ainda, acreditam que a tutela destes direitos é de competência dos demais poderes da República ou que tal aplicação resultaria no fenômeno do juiz-legislador. Porém, a ampla maioria dos magistrados (79%) defende a aplicação complementar dos direitos econômicos e sociais e dos direitos civis e políticos. Além disso, consideram que mesmo aqueles direitos que impõem uma atuação estatal devem ser judicialmente tutelados. Esta ampla parcela da magistratura entrevistada, aproximadamente 80%, portanto, delega aos direitos humanos, pelo menos teoricamente, a condição de normas plenamente aplicáveis e considera que, mesmo aquelas que venham interferir no orçamento estatal devem ser garantidas por meio das decisões judiciais.

Na pesquisa empreendida, uma das questões mais expressivas foi a indagação acerca da justiciabilidade dos direitos humanos, revelada através da atuação do ma-

gistrado em processos cujo desate dependesse de normas de tal natureza. Visou-se à averiguação do reconhecimento, por parte dos magistrados entrevistados, da presença, nos casos sob seu exame, de normas de direitos humanos, já que estas se evidenciam de múltiplas formas no ordenamento jurídico brasileiro, configurando-se como verdadeiros desdobramentos normativos da tutela jurídica da dignidade.

Assim, interrogados sobre a atuação em processos nos quais incidissem normas de direitos humanos, 24% dos juízes responderam negativamente, enquanto outros 25% revelaram haver atuado em vários feitos com aplicabilidade de normas desta natureza. Por sua vez, 30% informaram ter atuado em alguns processos em que normas de direitos humanos eram aplicáveis, enquanto 22% afirmaram ter atuado em poucos casos.

Observa-se, então, que 52% dos magistrados entrevistados atuaram esporadicamente no julgamento de demandas em que eram suscitadas normas de direitos humanos. Assim, totalizam-se 76% que apenas ocasionalmente atuaram em tais feitos ou que nestes nunca exerceram seu mister. Por outro lado, paradoxalmente, a maioria dos juízes entrevistados declarou que os direitos humanos são normas plenamente aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro, entendendo que não são aplicadas efetivamente, no entanto, por não serem imanentes aos casos judiciais que lhes foram submetidos. Destaque-se, contudo, como é duvidosa tal inferência, pois, como é notório, grande parte das controvérsias submetidas à apreciação do Poder Judiciário versa sobre conflitos cujo cerne é exatamente situado na seara dos direitos humanos e, muitas vezes, envolve mais precisamente os direitos fundamentais.

Deste modo, aventa-se a hipótese de desconhecimento dos direitos humanos, pelo que os entrevistados, em razão da

pouca intimidade com o conceito geral e as normas de direitos humanos, teriam velada sua percepção, o que dificultaria seu reconhecimento no que tange aos casos afeitos à matéria em menção.

Por outro lado, em qualquer caso concreto submetido ao Poder Judiciário, deverá o julgador levar em consideração todo o ordenamento jurídico, promovendo uma interpretação sistemática. Isto porque as normas jurídicas não são os textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos (Ávila, 2005). Conseqüentemente, em qualquer demanda submetida ao magistrado, deve este ter em conta a dignidade da pessoa humana, verdadeiro valor fundamental do Estado Democrático brasileiro, consignado no inciso III do art. 1º da Carta Constitucional de 1988. Assim, afigura-se razoável que quando uma situação subjetiva existencial estiver em questão, a norma jurídica seja construída em função dos direitos humanos, sejam estes oriundos da Constituição ou mesmo de normas internacionais, ainda que possam ser considerados aí diferentes níveis de intensidade desta vinculação (Sarlet, 2002: 85). Não reconhecer tal aplicabilidade pode estar, portanto, relacionado a um conhecimento precário quanto ao tema, ou mesmo ao seu desconhecimento.

Vale notar que, segundo dados obtidos na mesma pesquisa, os juízes parecem desconhecer não apenas os direitos em si, mas também a arquitetura institucional criada para a sua proteção e promoção. Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (em dezembro de 1948) e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (em abril de 1948), iniciou-se o desenvolvimento dos Sistemas de Proteção Internacional dos Direitos Humanos da ONU e da OEA. O Sistema de proteção da ONU é constituído tanto de normas de alcance geral que vi-

sam a todos os indivíduos de forma genérica e abstrata, como de normas de alcance especial, destinadas a sujeitos específicos e a violações que necessitam de resposta diferenciada. O Brasil ratificou a maior parte destes instrumentos de proteção, tais como: a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, em 27/03/68; a Convenção para a Eliminação de toda Forma de Discriminação contra a Mulher em 01/02/84; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24/09/90; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em 24/01/92 e o Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, em 24/01/92. No entanto, o Brasil não reconhece a competência de alguns de seus órgãos de supervisão e monitoramento no caso de apreciação de denúncias individuais, como o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê contra Tortura. Juntamente com o Sistema de Proteção da ONU, existe outro no plano regional, que é o Sistema de Proteção Interamericano da OEA. O Sistema de Proteção da ONU e da OEA tutelam os mesmos direitos, sendo a escolha do instrumento mais propício de competência da vítima. Esses sistemas se complementam, visando uma garantia adicional e uma maior promoção e efetivação dos direitos fundamentais. No campo dos sistemas regionais de proteção, temos, além do Sistema Interamericano, os Sistemas Europeu e Africano.

Indagados os juízes se possuem conhecimento de como funcionam os Sistemas de Proteção da ONU e da OEA, obtivemos os seguintes percentuais: 59% conhecem superficialmente como funcionam os Sistemas de Proteção Internacional; 20% não sabem como funcionam os Sistemas de Proteção. Considerando-se os percentuais mais altos, em que o primeiro corresponde a um conhecimento superficial e o segundo a um desconhecimento dos Sistemas, temos que 79% dos magis-

trados não estão informados sobre os Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.

O desconhecimento dos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos se apresenta como obstáculo à plena efetivação dos direitos desta natureza no cotidiano do Poder Judiciário. E isso porque o desconhecimento de tais sistemas de proteção se mostra intimamente ligado à não aplicação das normativas relativas aos direitos humanos.

Perguntados se possuíam conhecimento acerca das decisões das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos, obtivemos o seguinte percentual: 56% responderam que eventualmente possuem tais informações; 21% responderam que raramente; 13% responderam que frequentemente e 10% que nunca obtiveram informações acerca de tais decisões.

Não há dúvida de que um percentual de apenas 13% para os juízes que frequentemente têm acesso a tais decisões é muito reduzido para uma profusão real de uma cultura dos direitos humanos. Quando questionados sobre o auxílio e enriquecimento que essas decisões poderiam produzir nas suas sentenças, obteve-se o seguinte resultado: 50% disseram que sim; 41% disseram que talvez e 9% responderam que não. Assim, poucos conhecem o conteúdo dessas decisões, mas a maioria acredita que seria relevante este conhecimento. Acredita-se que seria importante a institucionalização de canais de divulgação, no âmbito do Tribunal de Justiça, acerca das decisões das cortes internacionais de direitos humanos, inclusive como parte de um processo que busque uma maior efetividade e aplicabilidade de tais direitos.

6. Conclusão: *Iura Novit Curia?*

Um dos mais conhecidos brocardos ou aforismos no meio jurídico é o *iura no-*

vit curia que significa que o juiz sempre conhece o Direito abstrato. Em linguagem processual aparece na expressão *da mihi factum, dabo tibi ius*. A mensagem simbólica transmitida por estes brocardos é a de que o juiz sempre conhece todo o ordenamento jurídico e por isso suas decisões estão sempre amparadas por este ordenamento. Bem, a consolidação do Estado de Direito já assentou que não basta a presunção da juridicidade da sentença pelo fato dela emanar da autoridade judiciária. Como anteriormente visto, é exigência deste mesmo Estado de Direito que a sentença seja pública para que sua fundamentação possa ser não apenas conhecida mas, também, submetida a uma pretensão de correção tanto por parte do segundo grau de jurisdição como também de outros atores sociais na qualidade de intérpretes da Constituição aberta.

Com efeito, a função simbólica de resguardar a intocabilidade do conhecimento jurídico do magistrado, presente no brocardo *iura novit curia* cedeu espaço ao debate próprio da democracia, como é de se esperar em sociedades plurais e pós-convencionais onde não é a força da tradição mas, sobretudo, da argumentação no âmbito do debate público que estabelece o sentido do certo e do errado, do justo e do injusto, do aceitável e do inaceitável. Nessa esteira, os juízes atuam como mais um *player* no jogo democrático e, como os demais atores, estão submetidos às regras do jogo e à necessidade de justificar publicamente suas ações, sua judicatura. É claro que os juízes, por outro lado, ocupam um lugar fundamental e estratégico, pois lhes cabe a tarefa última de guardiões do próprio Estado de Direito, não sendo outra a finalidade da jurisdição senão a de garantir direitos dos cidadãos, sejam direitos subjetivos, coletivos ou difusos. É nesta perspectiva que devem ser reconhecidos os limites para a exposição pública do Poder

Judiciário e de seus integrantes. Não porque estejam acima do debate público, mas porque no âmbito da jurisdição sua ação se destina à garantia dos direitos morais dos indivíduos e não ao atendimento de interesses específicos de grupos de pressão. Quando, por ventura, a garantia dos direitos morais coincidirem com as demandas dos grupos de pressão, então muito bem; estaremos num daqueles momentos luminosos e gratificantes da democracia, da ordem pública e do Direito.

Nesse contexto, o *iura novit curia* não resguarda um lugar simbólico, mas uma necessidade concreta que se impõe ao julgador para que sua decisão atenda um dos requisitos essenciais da justificação razoável que é o da coerência e consistência na relação lógico-sistemática com o ordenamento jurídico, ainda que comporte certo grau de “criatividade”. Portanto, não se deve entender o *iura novit curia* de forma descritiva, pois de fato nenhum juiz conhece sempre todo o direito positivo, mas de forma prescritiva, isto é, como uma vontade constante e perpétua de conhecer os direitos que tem por finalidade assegurar ao jurisdicionado. Desse ponto de vista, é preocupante o que nos foi revelado pela pesquisa no TJ do Rio de Janeiro (primeiro grau da Comarca da Capital) de que 79% dos magistrados não estão informados sobre os Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Não que os direitos humanos somente possam ser assegurados pelos Sistemas ONU e OEA, mas porque estes Sistemas são complementares aos mecanismos jurídicos nacionais de efetivação dos direitos humanos, inclusive com as normativas que lhes são constitutivas, como os Pactos e Convenções.

O conhecimento destas normas de direitos humanos, plenamente válidas e em vigor no ordenamento jurídico pátrio (como nas dezenas e dezenas de países que também a subscreveram, revelando sua verda-

deira vocação universal), é imprescindível para o “empoderamento” – *empowerment* – das decisões judiciais comprometidas com a garantia dos direitos fundamentais e dos direitos morais das pessoas. Tal conhecimento atenderia, na verdade a uma dupla finalidade: 1) garantir os direitos; e 2) apresentar uma justificativa mais aceitável do que aquelas que decorrem de graus mais elevados de criatividade judicial, possibilitando que o contexto da justificação se sobreponha ao contexto da descoberta.

Para exemplificar a tese que sustentamos ao longo deste artigo e concluí-lo no terreno da empiria seguem alguns exemplos. Os exemplos foram recortados dentro da temática geral do direito à moradia. Como é sabido, tal direito está inscrito no art. 6º da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Contudo não se trata de redação original, pois este direito somente foi acrescentado em fevereiro de 2000, por meio da Emenda Constitucional nº 26. Antes desta data, o direito à moradia repousava no ordenamento jurídico pátrio apenas por meio das normativas internacionais de direitos humanos. Veja-se:

1) Declaração Universal Direitos Humanos - Artigo 25

Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - Artigo 11

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida.

3) Declaração e Programa de Ação de Viena - Artigo 31

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos apela aos Estados para que não tomem medidas unilaterais contrárias ao direito internacional e à Carta das Nações Unidas que criem obstáculos às relações comerciais entre os Estados e impeçam a plena realização dos direitos humanos enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos instrumentos internacionais de direitos humanos, particularmente o direito de todas as pessoas a um nível de vida adequado à sua saúde e bem-estar, que inclui alimentação e acesso a assistência de saúde, moradia e serviços sociais necessários. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos afirma que a alimentação não deve ser usada como instrumento de pressão política.

Além disso, ainda podemos citar a Resolução 1993/77 da Comissão de Direitos Humanos da ONU que proibiu despejos forçados por constituírem violação ao direito à moradia, determinando aos governos a imediata eliminação da prática do despejo forçado.¹⁵

Ainda que se alegue que a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Programa de Ação de Viena não foram formalmente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, vale lembrar que o Pac-

to Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi formalmente incorporado pelo Decreto Legislativo nº 226 de 1991, tendo sido promulgado pelo Decreto Presidencial nº 592 de 1992. Quanto à Comissão de Direitos Humanos, trata-se de órgão do Sistema de Garantia de Direitos Humanos da ONU reconhecido pelo Brasil, menos quanto à sua competência para receber petições individuais de cidadãos dos Estados-membros. Portanto, estamos diante de normas jurídicas válidas e em vigor que já asseguravam o direito à moradia mesmo antes da Emenda Constitucional nº 26 de 2000. Esclarecido o marco normativo, vamos aos casos concretos.

CASO 01:

Classe/Origem
AI 167363 / SP
AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a)
Min. CELSO DE MELLO DJ
DATA-20-02-95 P - 03083

Julgamento
07/02/1995

Partes
AGTE.: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGTO.: SILVIA MARIA BARBOSA BELLEZA

DESPACHO: O ato decisório que inadmitiu o apelo extremo interposto pela parte agravante foi assim motivado (fls. 55), verbis: “O Instituto Nacional do Seguro Social interpõe Recurso Extraordinário, com fundamento no artigo 102, inciso III, letra ‘a’, da Constituição Federal, contra acórdão unânime desta Corte, do seguinte teor: ‘PROCESSO CIVIL. Executivo fiscal. Embargos de terceiro. 1. O terceiro que venha a sofrer constrição incidente sobre bem de que seja legítimo possuidor tem o direito de

valer-se de embargos de terceiro, a fim de defender sua posse. 2. Se o ato construtivo recai sobre bem de família, a teor do que reza a Lei n. 8.009/90, configura-se a nulidade absoluta, reconhecível em qualquer fase do processo, independentemente da iniciativa da parte. 3. Recurso a que se dá provimento.’ Alega ter a decisão afrontado ao artigo 5º, inciso XXXVI, por ferir o ato jurídico perfeito. As razões do recurso não ensejam a abertura da via extraordinária, eis que não prequestionada a alegada contrariedade a dispositivo constitucional. Incidente na espécie a hipótese da Súmula n. 282 do E. Supremo Tribunal Federal.” Mesmo que assim não se entendesse, melhor sorte não assistiria ao ora agravante, eis que a decisão ora questionada ajusta-se à orientação jurisprudencial desta Suprema Corte sobre o tema, verbis: “A Lei nº 8.009/90, ao tornar impenhorável o bem pertencente à entidade familiar, levou à invalidação de qualquer ato executório constringente do bem. Inocorrência de maltrato ao direito adquirido. Precedentes da Corte. Agravo Regimental improvido”. (Ag 159812-4 (AgRg), Rel. Min. ILMAR GALVÃO, julg. em 09.08.94). Pelas razões expostas, nego provimento ao presente agravo. Publique-se. Brasília, 07 de fevereiro de 1995.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

Resultado: Improvido.
Veja AGRAG-159812.

Deve-se registrar nesse caso simplesmente a ausência absoluta da referência ao direito humano à moradia. Baseia-se a decisão na Lei 8009/90 que trata da proteção do Bem de Família, em que pese que a Lei 8245/90 tenha restringido dramaticamente suas hipóteses de proteção. Veja-se como de modo diverso posiciona-se o Ministro Vicente Leal do STJ:

CASO 02:

AgRg no Ag 296475 / RS ; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2000/0027112-8

Relator(a)
Ministro VICENTE LEAL (1103)

Órgão Julgador
T6 - SEXTA TURMA

Data do Julgamento
27/11/2000

Data da Publicação/Fonte
DJ 18.12.2000 p. 283
REPDJ 05.02.2001 p. 151
RJTJRS vol. 205 p. 49

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇA TIDA COMO ESSENCIAL À FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. EXISTÊNCIA. LOCAÇÃO. FIANÇA. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA. EXCLUSÃO DA IEI n.º 8.245/91.

- Existindo nos autos a peça essencial à formação do instrumento é de se reconsiderar a decisão que não conheceu do recurso.

- A nova Lei do Inquilinato restringiu o alcance do regime de impenhorabilidade dos bens patrimoniais residenciais consagrado no bojo da Lei nº 8.009/90, considerando passível de constrição judicial o bem familiar dado em garantia por obrigação decorrente da fiança concedida em contrato locatício.

- Tratando-se de norma eminentemente de caráter processual, incide de imediato, inobstante ter sido o contrato de fiança locatícia celebrado antes de sua vigência, exce-tuando, por força do comando contido em seu artigo 76, os processos em curso.

- Agravo Regimental provido. Agravo de Instrumento desprovido.

RESUMO: CABIMENTO, PENHORA, IMÓVEL, BEM DE FAMÍLIA, FIADOR, HIPÓTESE, REALIZAÇÃO, PENHORA, MOMENTO, VIGÊNCIA, LEI DO INQUILINATO, IRRELEVÂNCIA, CELEBRAÇÃO, CONTRATO, LOCAÇÃO, FIANÇA, ANTERIORIDADE, LEI FEDERAL, 1991, CARACTERIZAÇÃO, NORMA JURÍDICA, APLICAÇÃO IMEDIATA.

Nessa decisão prevalece a idéia de despejo forçado por meio da constrição judicial a recair sobre o bem de família por força de dívida decorrente de contrato de fiança. Novamente não aparece, dessa vez em socorro de quem está prestes a perder sua moradia, nenhum sinal de normas assecuradoras do direito humano à moradia.

Por fim, vejamos o voto em sentido contrário dado em outro julgamento pelo Ministro Hamilton Carvalhido em semelhante caso de dívida decorrente de contrato de fiança:

CASO 03

RECURSO ESPECIAL Nº 532.564 - SE (2003/0035696-7)

Relator

Ministro HAMILTON CARVALHIDO
DECISÃO

Recurso especial interposto por Auríliia Santos da Costa, locadora em contrato de locação, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do Quarto Grupo da Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, assim ementado:

“Agravado de Instrumento. Execução. Decisão que reconheceu a impenhorabilidade dos bens móveis do fiador e indeferiu a penhora do imóvel residencial. Supremacia do Princípio Fundamental consagrado

na Carga Magna. Recurso conhecido e improvido. Tratando-se de imóvel residencial da família e dos bens que o guarnecem, há que ser indeferida a penhora incidente sobre ele, mesmo em se tratando de fiança decorrente de Contrato de Locação. Fere o direito à dignidade do ser humano e de sua família, a penhora que incide sobre bens imprescindíveis à moradia, bem como ao imóvel residencial” (fl. 36).

Além de divergência jurisprudencial, a insurgência está fundada na violação dos artigos 82 da Lei nº 8.245/91 e 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, cujos termos são os seguintes:

“Art. 82. O art. 3º da Lei 8.009, de 29 de março de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII:

VII- por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.”

“Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.”

E os teria violado porque, como se recolhe nas próprias razões recursais:

“(…)

É perfeitamente cabível o presente recurso porque se enquadra nas disposições contidas no artigo 105 III letras a e c da Constituição Federal, por ter a decisão recorrida negado vigência aos artigos 82 da Lei 8.245/91 e 3º, inciso VII da Lei 8.009/90, que excluíram da impenhorabilidade os bens dos fiadores que como garantidores respondem pelos débitos locatícios de seu afiançado.

(…)

Vê-se pois que a divergência jurisprudencial é clara e palpável e enquanto a decisão recorrida não aceita a aplicação do artigo 3º inciso VII da Lei 8.009/90, todas as demais decisões mandam que se aplique as regras contidas no artigo 82 da

Lei 8.245/91 que *acrescentou o pré-falado inciso VII ao artigo 3º da Lei 8.009/90.*

(...)” (fls. 44/48).

Recurso tempestivo (fl. 42), não respondido e admitido (fls.98/102).

Tudo visto e examinado, decido.

É esta, na sua essencialidade, a motivação do acórdão recorrido:

“(…)

Entendo que em casos como este, sem querer estimular o não adimplemento das obrigações assumidas pelo garantidor, ser de bom alvitre preservar o mínimo, que é a dignidade da pessoa humana, por ser Princípio Fundamental consagrado pela Carta Magna de 1988.

A dignidade humana, nos dizeres do constitucionalista Alexandre de Moraes, in *Direito Constitucional - 4ª edição - Ed. Atlas*, ‘afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado de Nação em detrimento da liberdade. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.’

Como não menosprezar então o ser humano quando lhe é retirado seu imóvel residencial e os únicos e poucos bens que o guarnecem?

(...)Portanto, embora a Lei do Inquilinato exclua a impenhorabilidade do bem de família quando o débito for decorrente de Contrato de Locação, em casos que tais, é preferível julgar com justa benevolência, que acatar a excessiva rigorosidade de dispositivo legal que massacra a dignidade da pessoa humana.

(…)

Tem-se, assim, que a impenhorabilidade do bem de família do fiador, ora recorrido, foi estabelecida, in casu, na dignidade da pessoa humana, enquanto princípio consagrado na Constituição da República, tratando-se de razão jurídica de decidir de natureza constitucional, exclusiva.

É esta, contudo, a letra do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(…)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

São, pois, estranhas ao âmbito de cabimento do recurso especial as questões de natureza constitucional.

A propósito, os seguintes precedentes de Corte Superior de Justiça:

“AgRg(Ag) AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE.

1- É inviável em sede de recurso especial a apreciação de matéria envolvendo o reexame de provas, a teor da Súmula 07/STJ, que assim dispõe: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

2- É vedado em sede de recurso especial o exame de matéria de índole constitucional, cuja a competência está adstrita ao âmbito do recurso extraordinário.

3- Agravo regimental desprovido.” (AgRgAg 242.076/GO, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 20/3/2000).

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. SERVIDORES INATIVOS. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. M.P. 1415/96, ART. 7º. RESTITUIÇÃO DE VALORES COBRADOS ANTES DO ADVENTO DA LEI 9.630/98. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL.

1. Não comporta exame, em Recurso Especial, controvérsia cujo deslinde depende da apreciação de matéria constitucional.

2. Recurso Especial não conhecido.” (REsp 282.288/SC, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 18/12/2000).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ATIVO. QUINTOS INCORPORADOS. REDUÇÃO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não se presta o Recurso Especial à reforma de Acórdão baseado exclusivamente em fundamentos constitucionais. Questão que deve ser apreciada pelo STF, no Recurso Extraordinário já interposto.

2. A teor do Regimento Interno do STJ, art. 255, §2º, para a configuração do dissídio é imprescindível a demonstração das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

3. Recurso Especial não conhecido.” (REsp 229.650/DF, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 9/10/2000).

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS.

Não se conhece de recurso especial se a matéria abordada, acerca da aplicação

também aos ocupantes de cargos em comissão da irredutibilidade de vencimentos prevista no art. 7º, VI, da CF, foi apreciada sob o aspecto exclusivamente constitucional.

Precedentes. Recurso não conhecido.” (REsp 232.734/PE, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ 26/3/2001).

Pelo exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 13 de abril de 2005.

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

Apesar do desfecho processual dado ao caso, o que chama a atenção é a construção criativa do Ministro a partir do princípio constitucional da dignidade humana. Em que pese o meritório esforço do relator em demonstrar a supremacia da dignidade humana sobre o contrato de fiança firmado entre as partes, não há como se olvidar que muito mais forte estaria o contexto da justificação se houvesse invocação às normas jurídicas específicas que tratam do direito à moradia. Com isso, poder-se-ia pacificar com muito mais agilidade e eloquência tanto o debate jurídico como social.

REFERÊNCIAS

AGUILÓ, Josep. *Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica*. *Isonomia*, nº 6, abril 1997.

ALEX Y, Robert. *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*. In: _____. *Derecho y Razón Práctica*. Traducción de Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

ALEX Y, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

ALEX Y, Robert. *Interpretación jurídica y discurso racional*. In: _____. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Traducción y introducción de Luis Villar Borda. Bogotá – Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação de princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FULLER, Lon L. *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Harvard Law Review* v. 92, 1958.

GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. Armino Ribeiro Mendes. 2a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

ISENSEE, Josef. *Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staats*. *Juristen Zeitung*, 1999, p. 267 apud TORRES, Ricardo Lobo. *A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*. In: _____. *À Paz Perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002.

MACCORMICK, Neil. *Raisonnement juridique et théorie du droit*. Traduit de l'anglais par Jérôme Gagey. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

NEUMANN, Franz. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª edição. São Paulo: Ed. Ática, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SCHUTZ, Alfred. *El mundo social y la teoría de la acción social*. In: _____. *Estudios sobre teoría social*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1974.

STRAWSON, Peter F. *Libertad y resentimiento*. Traducción de Laura Lecuona. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

SUNSTEIN, Cass. *Must Formalism Be Defended Empirically? University of Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper*, Chicago, n.70, 1999a.

SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial minimalism on the Supreme Court* (Cambridge (MA): Harvard University Press, 1999. (especialmente o capítulo III: *Decisions and Mistakes*).

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Traducción de Marina Gascón. Valladoilid: Editorial Trotta, 1995.

NOTAS

¹ “O bom juiz pode bem ser criativo, dinâmico e “ativista” e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz” (Cappelletti, 1993: 80).

² Roberto Guastini elenca nada menos do que quatro significados diferentes para a assertiva de que os juizes “criam direito”. Para os fins deste tópico, basta enfatizar a idéia de que os juizes “criam direito”, pois a norma individual a ser aplicada no caso é resultado da interpretação de disposições pré-existentes – um trabalho de “tradução” que dificilmente pode ser encarado como mecânico (2005: 221-222).

³ Mesmo autores que negam qualquer distinção qualitativa forte entre “aplicação” e “criação” do direito, como Hans Kelsen, acabam adotando alguma espécie de critério para diferenciar essas funções. No caso da teoria pura do Direi-

to, a distinção afirmada é tão somente de *grau*: a atividade do juiz que *põe* (cria) a norma individual, a partir da moldura da norma geral posta pelo legislador, é análoga à do legislador que *põe* normas gerais dentro da moldura constitucional posta pelo Poder Constituinte. (cf Kelsen, *A Interpretação, in Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998). Concepções que nivelam ou identificam completamente a atividade do legislador e a do juiz, se é que existem, parecem estar fora da área de atuação da teoria do direito, podendo ser excluídas da presente análise.

⁴ Ou, *contrario sensu*, o grau de “formalismo” a ser esperado dos juízes, já que posições mais radicais sobre o papel das normas positivadas na decisão judicial dificilmente são encontráveis na realidade. Nas palavras de Cass Sunstein: “It is hard to find anyone who believes that canons of construction have no legitimate place in interpretation, or who thinks that literal language should always be followed, no matter how absurd and palpably unintended the outcome. No antiformalist thinks that judges interpreting statutes should engage in ad hoc balancing of all relevant considerations. The real division is along a continuum. One pole is represented by those who aspire to textually driven, rule-bound, rule-announcing judgments; the other is represented by those who are quite willing to reject the text when it would produce an unreasonable outcome, or when it is inconsistent with the legislative history, or when it conflicts with policy judgments of certain kinds or substantive canons of construction” (1999a: 05).

⁵ Cf. Cappelletti, *ob. Cit.*, p. 89. Dialogando – e discordando – de Lon Fuller, Owen Fiss observa que há mecanismos institucionais para diminuir a chance de erro na apreciação judicial de questões sócio-econômicas complexas, como por exemplo, a designação de peritos e a utilização de pareceres de grupos na função de *amicus curiae*. (cf. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, especialmente o Capítulo I).

⁶ Uma eloqüente formulação dessa posição pode ser encontrada na obra de Ronald Dworkin: “Sem dúvida, é verdade, como descrição geral, que numa democracia o poder está nas mãos do

povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. (...) O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere. Grupos de interesse, como sindicatos e organizações profissionais, elegem funcionários que também têm poder especial. (...) Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis” (*Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 31).

⁷ A expressão tornou-se célebre com a obra de Alexander Bickel: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* (New Haven: Yale University Press, 1986), originalmente publicada em 1962.

⁸ Para relativizar esse problema, afirma-se que, em relação às instâncias superiores, a legitimação decorreria do fato da escolha de seus integrantes ser submetida ao crivo de agentes políticos. Dessa forma, haveria uma espécie de legitimação indireta, como no caso dos Ministros do Supremo Tribunal, que, sendo escolhidos pelo Presidente da República e submetidos ao crivo do Senado, estariam indiretamente sendo escolhidos pela própria sociedade. Segundo esse argumento, esta seria uma escolha política cuja essência não é diferente de muitas outras que se processam ordinariamente por entes eleitos diretamente pela população.

⁹ O próprio Cappelletti, porém, afirma: “Visto que os juízes tratam todos os casos como entidades isoladas, também os problemas que os envolvem – problemas que podem ser de amplo interesse, como a reforma das prisões – são tratados fora do mais amplo contexto de escolhas políticas, no qual deveriam se inserir” (p.87).

¹⁰ Cf., nesse sentido, os exemplos trazidos por Cass Sunstein na obra *One Case at a Time: Judicial minimalism on the Supreme Court* (Cambridge (MA): Harvard University Press, 1999), especialmente o capítulo III: *Decisions and Mistakes*.

¹¹ É importante ressaltar que a definição do que seja “o direito” a ser aplicado já é em si uma questão controversa.

¹² Por exemplo, a distinção entre a perspectiva do observador e a perspectiva do participante é desenvolvida na teoria sociológica por Alfred Schutz: Cf. SCHUTZ, Alfred. *El mundo social*

y la teoría de la acción social. In: _____. *Estudios sobre teoría social*. Buenos Aires: Amorrotu Editores, 1974.

¹³ Que, vale notar, não se reduzem necessariamente ao direito positivo.

¹⁴ Os dados a serem apresentados nesta seção resultam da investigação empírica acerca da justiciabilidade dos direitos humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por meio de Grupo de Pesquisa coordenado pelo Prof. Dr. José Ricardo Cunha. Um relatório preliminar da Pesquisa foi publicado no nº 03 da SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. Cf. www.surjournal.org.

¹⁵ Commission on Human Rights resolution 1993/77a 1993/77. FORCED EVICTIONS The Commission on Human Rights, Recalling Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities resolution 1991/12 of 26 August 1991, Also recalling its own resolution 1992/10 of 21 February 1992, in which it took note with particular interest of General Comment No. 4 (1991) on the right to adequate housing (E/1992/23, annex III), adopted on

¹² December 1991 by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights at its sixth session, and the reaffirmed importance attached in this framework to respect for human dignity and the principle of non-discrimination, Reaffirming that every woman, man and child has the right to a secure place to live in peace and dignity,

Concerned that, according to United Nations statistics, in excess of one billion persons throughout the world are homeless or inadequately housed, and that this number is growing, Recognizing that the practice of forced eviction involves the involuntary removal of persons, families and groups from their homes and communities, resulting in increased levels of homelessness and in inadequate housing and living conditions, Disturbed that forced evictions and homelessness intensify social conflict and inequality and invariably affect the poorest, most socially, economically, environmentally and politically disadvantaged and vulnerable sectors of society, Aware that forced evictions can be carried out, sanctioned, demanded, proposed, initiated or tolerated by a range of actors, Emphasizing that ultimate legal

responsibility for preventing forced evictions rests with governments, Recalling that General Comment No. 2 (1990) on international technical assistance measures adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights at its fourth session, states, inter alia, that international agencies should scrupulously avoid involvement in projects which involve, among other things, large-scale evictions or displacement of persons without the provision of all appropriate protection and compensation (E/1990/23, annex III, para. 6), Mindful of the questions concerning forced evictions included in the guidelines for States' reports submitted in conformity with articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (E/1991/23, annex IV), Noting with appreciation that the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, in its General Comment No. 4, considered that instances of forced evictions were, prima facie, incompatible with the requirements of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and could only be justified in the most exceptional circumstances, and in accordance with the relevant principles of international law (E/1992/23, annex III, para. 18), Taking note of the observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights at its fifth and sixth sessions concerning forced evictions, Taking note also of the inclusion of forced evictions as one of the primary causes of the international housing crisis in the working paper on the right to adequate housing, prepared by Mr. Rajindar Sachar (E/CN.4/Sub.2/1992/15), Taking note further of Sub-Commission resolution 1992/14 of 27 August 1992,

1. Affirms that the practice of forced evictions constitutes a gross violation of human rights, in particular the right to adequate housing;
2. Urges Governments to undertake immediate measures, at all levels, aimed at eliminating the practice of forced evictions;
3. Also urges Governments to confer legal security of tenure on all persons currently threatened with forced eviction and to adopt all necessary measures giving full protection against forced eviction, based upon effective participation, consultation and negotiation with affected persons or groups;

4. Recommends that all Governments provide immediate restitution, compensation and/or appropriate and sufficient alternative accommodation or land, consistent with their wishes or needs, to persons and communities that have been forcibly evicted, following mutually satisfactory negotiations with the affected persons or groups;
5. Requests the Secretary-General to transmit the present resolution to Governments, relevant United Nations bodies, including the United Nations Centre on Human Settlements, the specialized agencies, regional, intergovernmental and non-governmental organizations and community-based organizations, soliciting their views and comments;
6. Also requests the Secretary-General to compile an analytical report on the practice of forced evictions, based on an analysis of international law and jurisprudence and information submitted in accordance with paragraph 5 of the present resolution, and to submit his report to the Commission at its fiftieth session;
7. Decides to consider the analytical report at its fiftieth session, under the agenda item entitled "Question of the realization in all countries of the economic, social and cultural rights contained in the Universal Declaration of Human Rights and in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and study of special problems which the developing countries face in their efforts to achieve these human rights". a/ Adopted on 10 March 1993.

TEORIA GERAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL: A CONTRIBUIÇÃO DO MARXISMO

GENERAL THEORY OF CONSTITUTIONAL LAW: THE MARXISM CONTRIBUTION

PIETRO LORA ALARCÓN*

Recebido para publicação em outubro de 2005

Resumo: Este artigo versa sobre a contribuição do marxismo como sistema teórico para a formulação de uma Teoria Geral do Direito Constitucional. Nesse sentido, demonstra que o constitucionalismo, na sua origem e desenvolvimento, é o resultado da contradição e luta das classes sociais em diversos momentos da história dos povos.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Marxismo. Liberalismo. Constituição ilusória. Constituição essencial.

Abstract: This article intends to clarify some aspects of the Marxism contribution, like a theoretical system for a General Theory of Constitutional Law. In this way, it demonstrates that the constitutionalism, in its beginning and development is the result of the social classes contradiction and fights in many moments of the people moments.

Key Words: Constitutionalism. Marxism. Social classes. Liberalism. Illusory constitution. Essentially constitution

Introdução

As mudanças verificadas a partir do final da década dos 80, e que se estendem até nossos dias, nos Estados até então de economia socialista, bem como as recentes conquistas das esferas de governo por movimentos e partidos diversos aos reconhecidamente tradicionais na América Latina, expressam, em termos gerais, a rejeição do povo a formas e sistemas de governo autoritários, que não resolveram o problema da ausência de efetividade de direitos constitucionalmente reconhecidos como fundamentais.

Esses fenômenos não podem escapar da observação meticulosa do constitucionalista. Parece obvio, mas, nem sempre é fácil enxergar que sendo o constituçiona-

lismo um processo universal, existe uma contribuição, necessariamente resgatável, dos modelos constitucionais estabelecidos nos Estados do mundo socialista. Simultaneamente, por ocasião da promoção de constituições oriundas de processos políticos, que podemos considerar, no mínimo, originais, como o caso da nova feição da constituição da República Bolivariana da Venezuela, onde é possível detectar elementos que evitam uma exclusão extrema do conteúdo social do sistema econômico, eis que surge o dever de oferecer uma reflexão em torno ao caráter que assume o constitucionalismo do novo século, onde, a primeira vista, parece-nos que há uma síntese de postulados liberais e marxistas emanados de anos experiência humana na construção do “modelo ideal”.

*Colombiano. Graduado em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Libre de Colombia. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Especializado em Ciência política pela Escuela Nacional Julio Antonio Mella de Havana-Cuba. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da PUC/SP e da Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE e Professor da Escola Superior de Direito Constitucional.

Não fosse pela força ligeiramente diminuída dos princípios liberais e marxistas em função da evolução dos tempos, e, porque não adiantar, uma discreta claudicação de um perante irrefutáveis questões trazidas pelo outro, estaríamos ainda diante de verdades absolutas em termos constitucionais. Devemos, contudo, esclarecer que não pretendemos conciliar o irreconciliável, nem dizer que desapareceram as antíteses e contradições antagônicas dos sistemas econômicos. Os únicos vitoriosos serão os povos quando a construção constitucional consiga combinar a liberdade individual com os interesses coletivos, e realmente o Estado esteja a serviço não dos poderosos senão da classe e dos segmentos sociais historicamente desguarnecidos da sua proteção.

Plenamente conscientes do tamanho da tarefa que se propõe, acreditamos não ser possível em breves linhas esgotar o assunto. Portanto, trata-se de um convite à reflexão. Assim, não aspiramos a sentar teses indiscutíveis, mas, apenas, a oferecer um panorama da contribuição de processos alicerçados no método inspirado no pensamento de Marx, como o fruto de uma leitura dos fenômenos sociais e políticos que marcam o constitucionalismo e que têm como centro a luta das classes.

O anúncio de uma Teoria Geral do Direito Constitucional no atual momento do constitucionalismo não pode estar ancorado em velhas posturas acadêmicas, pois o desafio é discutir as supostas certezas, sempre tendo como norte o prestígio da dignidade humana.

1. O Constitucionalismo do Novo Século

A exploração sobre a capacidade de recriação do constitucionalismo no novo século abre um problema concreto: identificar se podemos reafirmar um certo confronto, tido como inevitável no sécu-

lo XIX, entre os postulados liberais e os princípios do socialismo científico ou se, pelo contrário, é possível resgatar elementos e contribuições de ambos paradigmas teóricos na idéia de iniciar uma análise a procura de uma Teoria Geral do Direito Constitucional ou, talvez, de uma contribuição do Direito Constitucional à Teoria do Direito.

Limitando nossa análise à contribuição marxista, e embora possamos parecer, até certo ponto, estereotipados, a verdade é que uma análise sobre qualquer sistema de idéias e sua vinculação a uma Teoria Geral do Direito Constitucional impõe reexaminar o conceito de constitucionalismo.

Em obra bastante conhecida, Santi Romano ressalta que “tal palavra, empregada em sentido antonomástico, designa as instituições e os princípios que são adotados pela maioria dos Estados que, a partir dos fins do século XVIII, têm um governo que, em contraposição àquele absoluto, se diz ‘constitucional’ (...) se trata daquela forma de governo não absoluto, entre tantos que a história tem registrado, que se distingue dos demais porque suas características típicas derivaram de um longo e importantíssimo movimento político ou doutrinário que, nos estados do continente europeu, amadureceu com a Revolução Francesa, mas que de fato é mais antigo”.¹

O argumento de Santi Romano aude à memória inglesa, para justificar a paternidade da nobreza como classe revolucionária – nesse momento da história –, na arquitetura de um modelo político de exercício do poder que limita a autoridade do rei com a assinatura da Carta Magna.

No entanto, experiências conduzidas por povos como o francês e o dos Estados Unidos mostram várias raízes que, como sabiamente menciona Canotilho, se localizam “em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados”.² Por isso o autor lu-

sitano acha preferível dizer que não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos ou “vários movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural”.³

Desprende-se das lições anteriores que o constitucionalismo em um processo lento, regulado por conflitos presentes no tecido social. Esses conflitos ou confrontos, ocasionados pela procura do poder do Estado por setores sociais que divergem em razão do lugar que ocupam no processo produtivo, o que os faz antagônicos em termos econômicos, podem ser considerados os fatores de surgimento e crescimento do constitucionalismo. Parece-nos pacífico que a gênese do movimento constitucionalista se encontra na destruição do modelo econômico feudal e do modelo político absolutista, ambos asfixiados pela aparição das novas classes sociais, particularmente da burguesia inglesa - auxiliada por uma nobreza com séculos de tradição na briga pelo poder da Coroa - da burguesia francesa inspirada na obra de Rousseau e Montesquieu e da nascente aspiração burguesa dos norte-americanos em tempos de confronto com a metrópole da Inglaterra.

Como é apenas lógico supor, os constitucionalistas do século XVIII deveram suportar as dificuldades que atravessam os revolucionários que pretendem uma nova ordem em qualquer época, pois a missão era perigosa, consistia em introduzir na Europa um conjunto de instituições que começaram a serem moldadas na Inglaterra do Século XIII, como a separação de funções e o governo de gabinete.

Não há também como desconhecer que os protagonistas do movimento constitucional estavam vinculados ao liberalismo como sistema conceitual. Daí que alguns autores expressem que o constitucionalismo pode ser caracterizado como a

teoria política do liberalismo. Nessa perspectiva, Atílio Boron defende que o constitucionalismo “(...) apresenta-se como um - não o único, decerto - dos instrumentos legais e institucionais por meio dos quais o liberalismo assegurou para si a construção de uma forma estatal adaptada aos interesses de uma burguesia em ascensão em sua prolongada luta contra o absolutismo e a aristocracia”.⁴

O anacronismo do absolutismo como fórmula para exercer o poder, aliado ao clima iluminista e à expansão da óptica européia quando às reais dimensões do planeta, explicam como o constitucionalismo se espalha em um processo de transmigração ou propagação do Direito, onde os métodos de conquista e colonização jogaram rol decisivo na submissão jurídica da colônia à metrópole, ainda que também devam registrar-se fenômenos como a livre adoção das fórmulas européias após os processos de independência.

Entretanto, a riqueza que possui a paisagem constitucional de começos do presente século decorre não só dos modelos que poderíamos chamar de *clássicos*, senão do conjunto de contribuições, acertos, experiências, ajustes e formulações subseqüentes da vida institucional e de reconhecimento das liberdades e direitos fundamentais. Nesse percurso histórico há que mencionar os processos revolucionários da Rússia em 1917 e outros movimentos como a Revolução Mexicana ou, mais recentemente, as transformações no Leste europeu, que a longo do século passado evidenciaram a luta de setores empenhados na manutenção ou à procura do poder.

Sem ânimo de polemizar desqualificando autorizadas opiniões, não podemos furtar-nos de resenhar que, de fato, há setores da doutrina, aqueles que desde sempre encampam a teoria liberal e neoliberal no plano institucional, os que ainda que eventualmente reconheçam o peso grave do

economicismo e dos interesses corporativos subestimam e menosprezam enfoques interpretativos diferentes, especialmente o marxista, por considera-lo oriundo de uma radiografia político-social que alimenta uma subversão da *práxis* diante da cotidianidade do exercício do poder que supostamente deve ser exercido contando com dogmas como a propriedade privada e o pluripartidarismo.

Curiosamente, autores que promoveram, especialmente após 1989, o fim da história, observam como esta prossegue seu rumo identificando lutas que repercutem em mutações e reformas constitucionais de singular envergadura.⁵

A verdade é que alentados ainda pela natureza de confrontos sociais, os fenômenos constitucionais deixam uma marca no terreno do direito positivo. Hoje, como sempre, toda e qualquer análise que se pretenda realizar sobre o caráter do constitucionalismo precisa levar em conta seu fator de crescimento.

Ao lado dessa capacidade de projeção política das ramificações econômicas e culturais da sociedade, para o jurista o desafio hermenêutico consiste em fazer avançar valores universais humanistas, limitadores do arbítrio governamental e, simultaneamente, agentes de uma ação estatal responsável e contínua de proteção dos direitos. A nosso juízo, o dever permanente é a reprodução da fórmula gramsciana de universalidade e política, que nas palavras de Umberto Ceroni, indicam que “todo humanismo y universalismo moderno debe desembocar en una acción política concreta y que cada acción política concreta hay que saber orientarla hacia la humanidad y la universalidad de nuestra vida terrestre”.⁶

Apesar de posturas divergentes, existem motivos de sobra para dizer que os postulados do materialismo histórico, que constituem o centro da interpretação marxista da história e que partem da di-

ferenciação de setores ou classes sociais em conflito, não podem nem devem ser descartados como elementos de interpretação da realidade contemporânea e, destarte, fatores disciplinadores das mudanças constitucionais. Para além dos méritos da interpretação, o que parece ainda mais interessante é que o pensamento marxista, como observaremos posteriormente, abala a certeza da efetividade de uma constituição jurídica superior à realidade fática.

Para a reflexão marxista, o aprendizado das diferenças da vida sublinha as mi-sérias por trás da Constituição, posto que os excluídos estão sempre fora dela, ainda que contidos nas suas entrelinhas. Na procura da universalidade e do humanismo não cabem os retoques tímidos que respeitam a ordem jurídica anterior, vale a postura do constituinte originário que inova e traz consigo a inédita construção constitucional, fruto da reorganização dinâmica promovida pela luta de classes e cujo eixo é o fortalecimento da democracia como regime político e o respeito pelas liberdades.

Contudo, se esta advertência é importante, Konrad Hesse nos lembra que a Constituição jurídica adquire força normativa na medida em que logra realizar sua pretensão de eficácia, isto é, na medida em que o concurso da vontade humana implementa as tarefas que impõe.⁷ Nesse sentido peculiar, a Constituição deve ser um instrumento de trabalho contra tendência dominante que rejeita nos fatos o poder soberano e difuso do povo após sua manifestação primária. Pode-se afirmar que a Constituição é a matriz da autodeterminação do povo, assim como a expressão mais sublime dela.

Parece-nos, todavia, que dois problemas surgem inevitáveis na nossa explicação. É que, enquanto o roteiro do constitucionalismo era escrito, o ritmo dos acontecimentos históricos determinou que um outro processo, tão tico quanto o pri-

meiro, cobrasse uma força inusitada. Com efeito, o internacionalismo, cuja data simbólica de origem é 1648, quando a assinatura do Tratado de Westfália, retoma após a Segunda Grande Guerra, com a assinatura do Tratado de Roma, uma singular proposta unificadora no cenário da Europa. De sorte que o constitucionalismo como movimento convive até os dias de hoje em um árduo equilíbrio com o internacionalismo dos tratados e as correntes dualistas e monistas.⁸ Os dois movimentos, que correm paralelos e procuram pontos de interseção, são os fenômenos históricos nos quais se assenta a contemporânea civilização jurídica.

A realidade descreve, cruelmente, o segundo problema da nossa época. Consiste em que os Estados todo-poderosos da atual fase histórica pretendem reinventar outros Estados, outorgando constituições postíças e artificiais, o que provoca a rejeição violenta de setores organizados diante da invasão que do terreno militar passa ao jurídico. Veja-se, por exemplo, a tentativa de imposição constitucional por forças de ocupação em território iraquiano.

Pois bem, chegados a este ponto, e apoiados no formato marxista, talvez seja possível preparar o campo para novas reflexões sobre uma possível síntese com os postulados do liberalismo. O que faremos retomando uma idéia que nos parece irrefutável, que emana do marxismo e se encontra no fundo dos dilemas atuais a que conduzem os dois problemas já mencionados. Ao contrário de uma formulação que concede supremacia ao Direito com relação às condições históricas, o Direito é um produto da situação histórica. Por outras palavras, a Constituição é o que a realidade lhe permite ser, senão em termos jurídicos sim em termos práticos.

O estudo minucioso da vida do constitucionalismo, tendo como referência uma aplicação da dialética e do materialismo histórico ao Estado e ao Direito, descobre

constantes reviravoltas políticas como resultados das dinâmicas das classes sociais proprietárias dos meios de produção. Em certa época, a sociedade de classes inglesa deu lugar a uma disputa pela propriedade encabeçada pela nobreza, que parte daí à procura do exercício do governo; onde a burguesia, mais tarde, no mesmo país, teve seu reconhecimento com a consolidação do parlamento bicameral.

Destarte, quando na França a burguesia assume o poder como classe revolucionária é porque de fato possui como proprietária a condição econômica de modificar a correlação de forças políticas. E também, quando o operariado se subleva perante a burguesia a começos do século XX e impõe reformas constitucionais de importância significativa é porque questiona o sistema de subserviência ao modelo burguês de controle da propriedade e distribuição da riqueza produzida por ele.

Em outras palavras, cada modificação substancial das relações de produção, ou seja, do conjunto de relações materiais e econômicas entre indivíduos no processo produtivo, origina um singular grau de organização social, com leis, estruturas, funcionamento, enfim, uma prática estatal e jurídica que lhe é compatível. E assim, talvez, a primeira contribuição da Escola Marxista no campo jurídico seja na interpretação histórico do surgimento e evolução do próprio constitucionalismo.

2. Federalismo e Socialismo

Embora transite por uma via vicinal à do respeito pelos direitos fundamentais, a história da estrutura dos Estados confirma que este é um elemento importante, mas que, contudo, não define o caráter ou real natureza do Estado e do Direito.

Na verdade, uma amostra de situações históricas pode evidenciar a necessidade de uma releitura - cuja finalidade,

é bom que se diga, não é conciliar teorias em espaços em que elas se mostram irreconciliáveis, por exemplo, na questão da propriedade, onde liberalismo e marxismo têm uma divergência de origem – dos dilemas constitucionais em torno à organização político-administrativa dos Estados.

O federalismo, por exemplo, é uma construção dos Estados Unidos, fruto de um processo de independência, que nos parece inteiramente legítimo, diante da metrópole inglesa, Agora bem, há de se reconhecer que o surgimento desse Estado, apesar de concentrar o ímpeto transgressor de uma classe social burguesa procurando espaços para crescer, que se negava rotundamente a prosseguir sendo colônia, foi paralelo a uma crua perseguição de nativos indígenas e um número significativo de pessoas negras.

Firmin Roz, em obra clássica na qual relata as vicissitudes do surgimento dos Estados Unidos expressa como antes da Revolução todas as colônias tinham escravos negros. Diz o professor francês que “A Constituição não dava ao governo nos Estados Unidos nenhum direito de intervir no assunto da escravatura nos Estados onde já estava estabelecida. Sobre dois pontos essenciais – importação de novos escravos e estatuto político concedido aos negros instalados no país – ela tentava apegar-se a uma transação entre partidários e adversários da escravatura. Por outro lado, na verdade, concordava com a introdução dos negros da África e das Antilhas durante um período de vinte anos, vedando ao Congresso extinguir antes a expiração deste período, isto é, antes de 1808, o tráfico de escravos. Além disso, não fazia entrar, no computo das cifras para a representação, senão três quintos da população escrava”.⁹

O que nos parece bastante peculiar é que, dois séculos depois e em termos do que a *Teoria Realista das Relações Internacionais* define como *bipolaridade*, a União Soviética, a antítese que surge aos

Estados Unidos e se desenvolve no entretempo de duas guerras possuindo um projeto criador próprio, ancorado na propriedade coletiva sobre os meios de produção, definia-se como um Estado federado.

À margem da crítica histórica sobre a construção do federalismo nos Estados Unidos, a verdade é que sua antítese política durante boa parte da segunda metade do século XX apresentava uma estrutura também federativa, ainda que perfeitamente explicável pela confluência de vários fatores.

Com efeito, a URSS era um multinacional estado federado conforme a Constituição promulgada em 30 de dezembro de 1922, “acorde aos princípios do federalismo socialista, a livre autodeterminação das nações e a união voluntária das repúblicas socialistas soviéticas soberanas e iguais e direitos”.¹⁰

Contudo, uma aposta no federalismo como modelo político tampouco é possível de ser falseada. Ou seja, o sistema deve ter um fator de detonação e não pode ser uma paródia. G. Vedel nos explica os enredos da questão, dizendo que na Rússia o federalismo se coloca como inevitavelmente ligado à questão nacional. Na época, Lênin considerava a nação como um fato objetivo, outorgado pela história, que corresponde a um momento de desenvolvimento da humanidade. Dessa forma, diz Vedel: “el federalismo en una sociedad de clases se aplica únicamente ciertos elementos de la vida política y no actúa sobre la economía, que continúa regida por la concentración capitalista y, por consiguiente, por la centralización. Por el contrario, en una sociedad sin clases el fenómeno nacional aparece transformado. La significación de la nación no está ya falseada por la exaltación nacionalista que se observa en la tradición en la clase burguesa. Que es la nación desde una perspectiva socialista? Desde un punto de vista dialéctico, sin duda, está llamada a desaparecer en la fase final del

comunismo. Pero antes de esta fase final el fenómeno nacional ha de extenderse en una sociedad sin clases para crear las condiciones de su propia decadencia. (...). La síntesis de este conflicto es realizada por el Estado Multinacional organizado por el federalismo. El Estado multinacional federal, sin clases, permite la supervivencia de culturas que son nacionales en su forma y socialistas en su contenido”.¹¹

De sorte que o federalismo - e assim acontece com a separação de funções e as técnicas de controle do Executivo, por exemplo - é uma fórmula que emana de um contexto histórico, mas que, sem que necessariamente exista uma sobreposição ou um transplante automático, pode resultar útil em sistemas opostos ou antagônicos. As estruturas criadas em função de fatores históricos são relevantes, entretanto, sempre estão em função - ou deveriam estar em função - de alicerçar os direitos e garantias fundamentais.

Assim, é justificável uma crítica ao federalismo dos Estados Unidos em termos de estrutura? A resposta é que os federalistas norte-americanos construíram o federalismo possível e desejável para eles como classe social unificada na diversidade de interesses particulares. Em termos de conteúdo libertário de grupos sociais como os índios e os negros, o federalismo não somente não os teve em conta, senão que foi omisso quanto a sua segregação, o que foi gerando aos poucos uma elite burguesa agressiva, distante e afastada da possibilidade de salvaguardar direitos fundamentais a milhares de pessoas e que, nos dias de hoje, plenamente consciente da sua condição de poder imperial, parece não perceber que prepara sua própria catástrofe.

Mesmo que alguém possa pensar em uma ausência de conteúdo ideológico do federalismo, a questão é exatamente a contrária, posto que a finalidade é o controle do poder fragmentado. O que se compro-

va é que se trata de instrumento que pode ser utilizado para objetivos compagináveis com uma ou outra opção de construção econômica e política. Não é possível ignorar os problemas aos quais o federalismo pode oferecer uma solução nem ignorar o próprio federalismo como fórmula para resolvê-los, mas tampouco podemos esperar de nenhuma estrutura política a solução dos problemas de classes sociais marginalizadas. Isso não é um problema de sistema político em si mesmo, ou seja, unilateralmente considerado. É problema da estrutura econômico social. Primeiro o grupo ou classe é segregado economicamente, via de consequência socialmente, e, em últimas, excluído do sistema político, O caminho não é o inverso.

Consciente desse problema, Vedel manifestava que sistemas como o federalista oferecem um vocabulário comum. Ressaltava, procurando proximidades em tempos de guerra fria, que “Es significativo que hoy no se atreva casi nadie a defender, en la derecha, el nacionalismo absoluto; en la izquierda, el centralismo sin fisuras”.¹² Algo, então, parece-nos, deve emergir como síntese do confronto sistêmico.

Em soma, o federalismo é apenas um exemplo valioso para compreender o papel das estruturas políticas de poder. Complementarmente, pode-se afirmar que faz parte do que F. Engels denomina a superestrutura social, na qual também se inserem o Direito e as formas de consciência social que correspondem a uma infra-estrutura econômica.¹³ A despeito e apesar da visibilidade constitucional das formas, Marx detecta a essência, é o que enfocaremos no próximo segmento da nossa exposição.

3. Do Materialismo Filosófico ao Materialismo Histórico

A caracterização dos traços básicos da compreensão marxista da sociedade,

o Estado e o Direito, na trilha de detectar seu aporte ao constitucionalismo, implica a valoração de idéias básicas contidas em várias obras, dentre as mais conhecidas as *Teses sobre Feuerbach* de Marx, *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado* de F. Engels e *O Estado e a Revolução* de V. I. Lênin.

Como se sabe, o marxismo como sistema teórico é fruto de uma continuação direta das doutrinas dos mais elevados expoentes da economia política inglesa – Adam Smith e David Ricardo – da filosofia clássica alemã – Hegel e Feuerbach – e do socialismo utópico francês – Fourier e Owens.¹⁴

Nas *Teses sobre Feuerbach*, Marx expõe com clareza que “El problema de si al pensamiento humano se lê puede atribuir una verdad objetiva, no es un problema teórico, sino un problema práctico. Es en la práctica donde el hombre tiene que demostrar la verdad, es decir, la realidad y el poderío, la terrenalidad de su pensamiento. El litigio sobre la realidad o irrealidad de un pensamiento que se aísla de la práctica, es un problema puramente escolástico”.¹⁵

Assim, para Marx, a interpretação da história é terrena e despojada de qualquer conceito que o pretenda dirigir a uma suposta verdade revelada ou originária de um dogma. O reflexo imediato da assertiva é a condena ao uso de *auctoritas*, o que importa sobremaneira na nossa análise se levamos em conta que decisões emanadas de concílios e sentenças bíblicas, próprias da escolástica, reafirmaram o caráter comum da pesquisa histórica em outros tempos de pretensa formulação científica. Naturalmente, esses dogmas não permitiam que aflorassem, precisamente, as idéias que poderiam originar um enfoque retrospectivo alinhado na defesa da vida e das liberdades humanas. Pelo contrário, para um trabalho científico é fundamental libertar a mente do espírito dogmático e estar aberto ao conhecimento.

Sem desconhecer outros elementos de referência e no intuito de verificar a riqueza da experiência marxista na formulação do Direito, na nossa exposição tomaremos como ponto de partida a relação entre fé e razão. A questão se resolve sempre em favor da última, modelando uma interpretação que descarta o uso de arsenais teóricos para defender a fé das heresias da ciência. Marx se opõe, então, a autores como Malebranche, a Berkeley e obviamente, a Hegel.

Muito embora deva ser convenientemente reconhecida a influência do pensamento hegeliano na cultura contemporânea, como expressa Abbagnano, a verdade é que a interpretação da história como a realização de um plano providencial, na qual um povo vencedor encarna o Espírito do Mundo - Deus -, não têm sido isenta de pronunciamentos filosóficos e jurídicos contrários.¹⁶

Acontece que, de fato, a identidade do *racional* em termos históricos, em confronto com o *real*, não conduz, como pretendia Hegel, a manifestar que a realidade é tudo o que deve ser. E por isso Marx opõe a Hegel o sentido da transformação da realidade utilizando a própria dialética hegeliana. Destarte, o movimento do pensamento é apenas o reflexo do movimento real e a realidade, então, pode e deve ser transformada. Afirma, então, o pensador de Tréveris, as bases do materialismo filosófico, cujo território contínuo será a realidade de seu tempo.

Justamente, a aplicação do materialismo filosófico à sociedade indica, partindo do conceito de relações de produção, como se modificam as relações sociais, o Estado e o Direito. Na sua *Contribuição para a Crítica da Economia Política*, Engels comenta o legado indiscutível de Marx à Ciência Política, sua doutrina da transformação social, seu componente revolucionário, que explicará por tabela a

modificação constitucional reformadora e a diferenciara da modificação constitucional revolucionaria, esta última a que inaugura uma nova época e refunda o Estado pela energia da atuação do constituinte.

Afirma, então, as bases do materialismo histórico, manifestando: “Na produção social da sua existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes da sua vontade, relações de produção que correspondem a um grau de desenvolvimento determinado das suas forças produtivas materiais. (...) O conjunto destas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base concreta sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas de consciência social determinadas. O modo de produção da vida material condiciona em geral o processo da vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é inversamente o seu ser social que determina a sua consciência. Num certo estágio de desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes, ou, o que é apenas a sua expressão jurídica, com as relações de propriedade no seio das quais até então se tinham movido, de formas de desenvolvimento das forças produtivas que eram, estas relações se transformam em entraves. Abre-se então uma época de revolução social”.¹⁷

Vinculado ao pensamento original, o complemento necessário para a exata compreensão da concepção marxista do mundo se encontra na teoria da luta de classes. Com efeito, Marx descortina as contradições entre os seres humanos originadas pela diferença de situação e de condições de vida das classes nas quais se decompõe qualquer sociedade. Apresenta desse modo um fio condutor da história da humanidade, que permite interpretar uma seqüência de formações sociais e econômicas – da

comunidade primitiva ao capitalismo – às quais corresponde um tipo especial de forma de Estado e de relação jurídica.

Nessa perspectiva, o Estado, nas palavras de Engels, é um produto da sociedade, não algo além ou fora dela, que surge quando se atinge um determinado grau de desenvolvimento no qual aparecem as classes, setores irreconciliáveis que se sujeitam à ordem estatal dividida territorialmente e com a força pública e a carga tributária como elementos de controle.¹⁸

Dessa maneira, diáfanas aparecem algumas conclusões quanto ao marxismo como concepção do mundo. Sem dúvida, a interpretação de fenômenos históricos, e obviamente isso terá repercussões concretas para a análise do constitucionalismo, deve ser feita sobre a base de acontecimentos e sucessos onde intervêm sempre, do começo ao fim, o ser humano como elemento natural ligado à esfera produtiva e a uma classe social determinada. Os personagens são secundários na história, pois esta é realmente a história dos confrontos classistas.

Evidente que a interpretação marxista fornece uma ferramenta de singular utilidade para a interpretação dos fenômenos revolucionários que orientam o desenvolvimento do constitucionalismo e especialmente a luta pela inserção no corpus júrís dos Estados das liberdades e garantias dos indivíduos. Particularmente, uma sólida unida substancial parece desprender-se do enfoque das classes sociais, a do povo, que em certa fase da sua evolução assume o rol de condutor das mutações revolucionárias, e por isso considerado sempre soberano. E ainda, em primeiro plano, detecta-se o problema da propriedade como centro das contradições, pois é nela que se acha o critério que define a natureza da formação social e econômica, distinguindo-se os seres humanos pela relação que tem com os meios de produzir a riqueza social.

Nas anteriores posturas teóricas, pouco exploradas pelo mundo jurídico, podem-se fundamentar algumas das mais valiosas contribuições do marxismo ao constitucionalismo de nossos dias. Justamente, levando em conta tais argumentos, ingressaremos a seguir em questões que nos parecem convenientes e significativas para nossos propósitos.

4. Constituição Ilusória e Constituição Essência

Como já tivemos chance de comentar, indissociavelmente ligado a profundos confrontos sociais protagonizados pelas classes que se definem e redefinem entre os séculos XIII a XVII, o constitucionalismo inglês é histórico e marcado pela tradição costumeira imposta por razão da procura do equilíbrio entre rei, nobreza e burguesia. Animados pelos fatos, quando uma clara divisão de competências estabelecidas pelo poderio das classes já era evidenciada, surgiram peças imorredouras como o *Habeas Corpus Act* e os *Bill of Rights*.

Nos Estados Unidos e na França, por outro lado, os confrontos foram da mesma natureza, mas em contextos diferentes, o que criou algumas peculiaridades históricas. No primeiro, as contradições registravam-se entre a nascente burguesia nas colônias de leste e a burguesia inglesa. A última, interessada em converter o espaço geográfico americano em espaço comercial da sua produção industrial, mantinha uma centralização econômica que limitava o desenvolvimento de uma burguesia nacional americana interessada em uma rápida expansão.¹⁹

Na França, as classes enfrentadas, burguesia e nobreza, não admitiram a possibilidade de conciliação, o que ocasiona um desfecho no qual a força das armas se converte de forma de luta em uma autêntica vereda para a Revolução contra o absolutismo.

Dirigindo o olhar para América Latina, há de se concluir que nesta porção do mundo o constitucionalismo surgido após os processos de libertação da Espanha e Portugal, entre os anos 1810 a 1825, adotou os postulados emanados do liberalismo europeu, já em vigor nos Estados Unidos, para afastar um sócio, no mínimo, incômodo: o poder da monarquia européia, que como explica o historiador argentino Leon Pomer, dificultava a transação comercial, opunha restrições ao desenvolvimento de setores produtivos, entregava o comércio com além-mar a um grupo de monopolistas privilegiados, confiscava para si uma parte considerável do excedente econômico produzido pelo trabalho dos índios e limitava o acesso de uma nascente pequena burguesia americana aos postos da administração pública.²⁰

À vista desse subsídio teórico oriundo da Europa e dos Estados Unidos, as primeiras constituições redigidas na América Latina são uma cópia daquelas forjadas em outras latitudes. Como lembra Atilio Boron, eram cópias “em alguns casos de muito boa qualidade, mas ainda assim cópias.”²¹

Vai ao encontro dessa constância histórica uma proposta de reflexão sobre a diferença entre constituição e constitucionalismo, que permite entrever a natureza independente de ambas categorias de análise. Consigne-se que nem todo Estado que conta com uma Constituição está imbuído do espírito do constitucionalismo.

Sob o mesmo enfoque, com apoio em Walter Murphy e seu trabalho *Comparative Constitutionalism Project*, publicado em 1988, Atilio Boron lembra uma das maiores preocupações do jurista que procura outorgar a máxima efetividade ao documento constitucional que interpreta, e que *consiste na identificação do tipo de sociedade que poderia oferecer o terreno propício para o desenvolvimento do cons-*

titudinalismo.²² Obviamente que ao falar no fenômeno constitucional, o ilustre autor da Universidade de Buenos Aires se refere às condições para a construção da democracia na América Latina, do controle do poder e do respeito pelos direitos fundamentais da pessoa humana.

Vislumbra-se, destarte, uma das contribuições mais interessantes do método marxista para a compreensão da efetividade normativa, pois da antítese possível entre Constituição e Constitucionalismo se desprende que assumir este último como exercício de limitação do poder, de construção da democracia como política pedagógica, de admissão da tolerância e do respeito pela dignidade humana como padrões para a elaboração do Direito, não implica exclusivamente a redação de uma constituição, senão a existência de um tipo determinado de sociedade que estruturalmente e na sua dinâmica tornam possível que vigore o constitucionalismo.

A abordagem marxista, no ponto, rejeita o enfoque hegeliano de que a Constituição seja o produto do espírito de um povo. Para Marx a constituição não passa de ser “uma acomodação entre o Estado Político e o Estado não político; por isso, ela é, necessariamente em si mesma, um tratado entre poderosos essencialmente heterogêneos”²³ É preciso distinguir no sistema marxista a Constituição que é segundo a lei (a ilusão), mas vem-a ser segundo a realidade (a verdade) (...) A aparência contradiz a essência. A aparência é a lei consciente da constituição e a essência é sua lei inconsciente, que contradiz a primeira. O que é da natureza da coisa não está na lei. É justamente o contrário que está na lei”²⁴

Resulta compreensível, em consequência, que os Estados possuam uma *constituição aparente*, com suporte normativo, positiva, e uma constituição real, *constituição essência*, na qual a finalidade constitucional reflete a imagem do acordo entre

setores sociais cuja afinidade e nexos é a necessidade de manter o domínio no Estado. A uma constituição ilusória se opõe uma constituição real.

É verdade que o constitucionalismo avançou, fruto das vitórias do constituinte rebelde diante da imposição que anula seu caráter soberano. Todavia, as conquistas e retrocessos da redação constitucional são o fruto de cenários contraditórios, nos quais é factível que vença o setor avançado em termos de promoção ao respeito pela vida e a dignidade humana, mas também não raro, a carência de um perfil aguçado e definido das mudanças necessárias, permitem que outros setores tomem por assalto o poder na contra-via da história. Em outros casos, a letra da constituição permanece linear, sem efetividade, empacotada e enclausurada no papel, utilizando a figura de Lasalle na sua conhecida *Essência da Constituição*. Vence, em todos os casos, a constituição-essência à constituição-ilusória.

Numa visão pragmática, admita-se que copiar a Constituição francesa ou a dos Estados Unidos, além de não resolver as dificuldades de segmentos do povo que foram agentes revolucionários de valor incalculável, muito menos deixou desenvolver figuras constitucionais autóctones, nem um sentido de interesse nacional disposto a confrontar as contínuas ameaças, vindas da Europa e da própria Doutrina Monroe de 1803, às débeis economias dos recém-nascidos Estados. Talvez nisso resida, precisamente, o pecado original da construção constitucional da América Latina. Perdeuse a condição, no elã do momento, e por fatores diversos, dentre eles o desaparecimento cedo demais de Bolívar em 1830, de abrir possibilidades a um constitucionalismo com atenção redobrada na proteção dos direitos humanos e, além disso, de fornecer legitimidade a uma autoridade pública comprometida com a salvaguarda do patrimônio público.

Vale a pena pensar no assunto lembrando a advertência lógica e perspicaz de Hegel, que depois será desenvolvida e acrescentada por Marx, no sentido de que uma constituição *não pode ser algo manufaturado, senão que é a obra de séculos*.²⁵ Impende ressaltar, obviamente, que o surgimento de um capitalismo inspirado no desenvolvimento das forças produtivas no século XVIII e completamente diferente do surgimento de outro capitalismo, dependente do capital externo, deformado internamente pela manutenção do latifúndio em estreita aliança com setores burgueses com baixíssimo instinto de sobrevivência constitucional, e tardiamente surgido no século XIX.

Existe, é claro, um inegável problema de efetividade no constitucionalismo escrito latino-americano. Uma retrospectiva consegue identificar problemas na sua gênese, pois montado sobre a base da formulação de idéias de realização complexa, porque à constituição real, verdadeira, que indica um confronto de setores econômicos em permanente pugna pelo poder, colide com a constituição ilusória, que descansa em postulados valiosos do constitucionalismo europeu e norte-americano, que colhe quanto possível as conquistas populares para a efetivação das suas aspirações, mas que precisa de um suporte em modelo econômico e social de abertura à reprodução de um padrão de dignidade humana, além do mero postulado principiológico de construção do Direito.

Sair da constituição ilusória e reconstruir a constituição essência, o que significa congrega atores populares conhecidos, estreantes e desconhecidos, implica uma confiança permanente na performance consciente e decidida dos seres humanos, além de retomar a proposta de um constitucionalismo irreverente perante a desigualdade.

5. Liberalismo, Marxismo e Teoria Geral do Direito Constitucional

O tópico a seguir examinado decorre de uma pergunta lógica, resultado das reflexões anteriores. É possível inferir que exista uma relação atual entre os postulados do liberalismo e os postulados do marxismo para a conformação de uma teoria *avançada* do Direito Constitucional, disciplina que não somente interpreta e sistematiza os princípios e instituições do Estado contemporâneo, senão que procura um máximo de realização, ou seja, intervem na produção de um querer popular, de um desejo constitucional consagrado, de uma aspiração pré-definida.

As oscilações teóricas de pensadores como John Stuart Mill, Bertrand Russell e John Dewey, que caminharam do liberalismo ao socialismo, ou a de Edouard Bernstein, que em 1899 publica *As premissas do socialismo e as tarefas da socialdemocracia*, e que partindo da abordagem marxista desenvolve seu pensamento resgatando elementos do liberalismo, atestam para o fato de tentativas anteriores de reconhecimento de uma certa possibilidade de ajuste de perspectivas.

Parece-nos, pelo visto, que há valores universais, que fogem das antíteses dos sistemas e que fazem parte de um certo Direito Constitucional Geral, evidenciado, por exemplo, na configuração de um regime político democrático, na necessidade participação popular nas decisões, bairro a bairro, camada por camada da população, na configuração da república e seu pressuposto de prestação de contas dos mandatários, em um exercício que não admite dilações nem desculpas pseudo-ideológicas.

Sobre o assunto, chama a atenção o fato da democracia não ser uma contribuição do liberalismo político, mas uma conquista dos trabalhadores e nela há que reconhecer o papel do marxismo, tanto no

terreno da formulação contemporânea do conceito quanto na idéia de ser uma guia para a ação organizada dessa classe social, à procura de ampliar os limites estreitos da fórmula liberal.

Confirmando a idéia exposta, Giovanni Sartori explica a necessidade de se fazer uma precisão preliminar à compreensão da democracia. A diferença entre “democracia” e “democraticidade”. Assim, “el sustantivo democracia denota y circunscribe una cosa, una determinada realidad. En cambio, ‘democrático’ es un predicado que connota una propiedad o un atributo de alguna cosa. El sustantivo induce a preguntar qué es, y que no es la democracia. El adjetivo induce a graduar: democrático em qué medida? Cuán democrático? El desarrollo cuantitativo de las Ciencias Sociales ha difundido la idea de que la pregunta ‘que es la democracia?’ es obsoleta y superada por la pregunta ‘cuánta democracia?’. Pero las dos preguntas se consumen y ambas son corregidas a condición de que sean tratadas lógicamente de modo correcto”.²⁶

A seu turno, Norberto Bobbio lembra, em artigo publicado na obra organizada por Federico Coen “Quali Alternative alla democrazia rappresentativa?” e comentada por Atílio Boron, que hoje estamos tão habituados a utilizar uma simbiose entre liberalismo e democracia, o que dá lugar à expressão “democracia liberal” “(...) que esquecemos que os liberais puros, até o início do século XX, sempre viram a democracia (até mesmo a simples democracia formal) como um caminho aberto para a perda de todas as liberdades, para a rebelião das massas contra as elites e como a vitória do ‘homem-rebanho’ contra o pastor”.²⁷

Na esteira da nossa modesta pesquisa, a vereda percorrida pelo marxismo vincula a democracia a uma certa etapa histórica, necessária, pela sua qualidade, por oferecer condições e garantias mínimas de

liberdade imprescindíveis para conquistar uma forma econômica e social superior. A nosso juízo, essa opinião contradiz a velha crença de que em tempos de ditadura o passo ao socialismo é inevitável. Relevante parece-nos a apreciação de George H. Sabine sobre a questão de que, visto dessa forma, o conceito de democracia resultou em algo muito ambíguo, pois “(...) podia significar que las libertades democráticas eran valores intrínsecos, profesados por los liberales, pero no efectivamente realizados em una sociedad con economia de laissez faire. La posición del socialismo equivaldría entonces a decir que estos valores se conservarían y realizarían mejor en una sociedad socialista, junto con otros valores adicionales, hechos posibles gracias a la propiedad estatal sobre los medios de producción”.²⁸

Uma outra razão técnica promove Umberto Cerroni para alicerçar uma interpretação teleológica do Estado de Direito e da própria democracia, que ajuda sobremaneira à compreensão dos pontos de interseção doutrinária: “El elemento técnico de la democracia moderna es estructurado, generalizado e refrendado por el derecho. Por eso el Estado de Derecho se proyecta como un conjunto de reglas técnicas cuyo fin es impedir el abuso del poder y garantizar la separación o, al menos el equilibrio de poder en el Estado moderno. Quien lo deniega, definiéndolo como ‘burgués’ debería recordar que este Estado fue en muchos casos burdamente violado y hasta destruido por la reacción y debería reflexionar sobre el hecho de que es ‘burgués’ también el Estado de policía o el Estado despótico-dictatorial”²⁹

Fica assim o registro de que a fórmula do Estado de Direito não é naturalmente *burguesa*. Em outras palavras, que o Estado de Direito, com seus princípios de legalidade, igualdade e justicialidade, é fórmula aplicável aos Estados que preten-

dem funcionar convalidando com sua ação a democracia como instrumento de criação e reprodução da ordem jurídica.

Contudo, há que dizer sem vacilações que se o objetivo maior é proteger os indivíduos da espécie humana, de maneira que em condições de liberdade seja promovida uma igualdade material e não apenas formal ou semântica, o constitucionalismo “liberal” não oferece nenhuma saída para o fato de que o que poderia ser considerado um elemento central de pré-compreensão do constitucionalismo, isto é, a dignidade da pessoa humana, encontra dificuldades de ser implementada quando o indivíduo não ostenta um lugar de privilégio no processo produtivo. Isso significa que, parece inevitável no mundo liberal e neoliberal, que as liberdades públicas estejam atreladas quanto à efetividade ao caráter das relações sociais de produção.

Conquanto seja claro que a premissa da liberdade - que impulsiona o princípio da legalidade - não é um mero problema retórico, senão eminentemente prático, posto que ligado à autodeterminação consciente do ser humano para permitir que através de espécies normativas previamente acordadas e que apenas em função de interesses coletivos possam tolerar-se restrições a seu exercício, admitimos como evidente que a saída obrigatória que conduz ao respeito pelos direitos fundamentais é que o *progresso* estimulado pela ação política seja um princípio constitucional.

A questão se coloca, nesse passo, na participação, isto é, na vontade do constituinte que, inclusive, pode transgredir a constituição ilusória ou mesmo qualquer documento que o condene à insatisfação de seu interesse, em exercício sublime de uma autêntica vontade geral.

Esse aspecto, aliás, é demonstrável pela própria evolução do constitucionalismo quando analisado como movimento progressivo. Como comprova Marx, refu-

tando a Hegel, “É certo que constituições inteiras se transformaram a partir de necessidades que surgiram paulatinamente, da ordem antiga que desmoronou, etc.; mas, para uma nova constituição, sempre se fez necessária uma revolução formal. (...) A categoria da transição gradual é, em primeiro lugar, historicamente falsa e, em segundo lugar, não esclarece nada. Para que a constituição não apenas sofra a modificação, para que, portanto, essa aparência ilusória seja finalmente destruída pela violência, para que o homem faça conscientemente aquilo que, de outro modo, ele seria forçado a fazer inconscientemente em razão da natureza da coisa, é necessário que o movimento da constituição, o progresso, torne-se o princípio da constituição; que, portanto, o real sustentáculo da constituição, o povo, torne-se o princípio da constituição, O progresso ele mesmo é, então, constituição”.³⁰

Presentemente, quando as ponderações sobre as perspectivas do novo século são objeto de debate, haverá de se admitir que o neoliberalismo na América Latina como condição para a efetividade de direitos sociais deixa um saldo altamente negativo. Vale lembrar também que os resultados de processos de unidade, como o da União Européia indicam que há uma vontade econômica de integração promovida por transnacionais e elites, e uma outra integração que ainda não começa porque os trabalhadores não a aceitam, posto que a primeira é realizada a custas de seus direitos mais elementares. Não é suficiente embasar uma federação européia em um patrimônio constitucional comum em termos de estrutura (democracia liberal ou parlamentarismo) sem passos concretos no terreno do reconhecimento das nacionalidades e dos direitos humanos.³¹

Apesar das severas críticas que possam ser esboçadas ao modelo socialista parece, contudo, impossível ocultar os avanços

dos Estados que sob o socialismo tiveram um desenvolvimento inédito dos direitos sociais ou liberdades positivas. O fortalecimento dos denominados elementos sócio-ideológicos da constituição, conquistados pelos operários e camponeses a começos do século XX, constitui avanço considerável a procura da justiça e da dignidade da pessoa humana e constituem acervo imperecível da humanidade. São, nessa óptica, ferramentas na disciplina da Teoria de um Direito constitucional amadurecido.

Um dado histórico que deve ser devidamente ponderado é a configuração da propriedade como paradigma do Estado liberal. Na verdade, a liberdade e a igualdade constituem um binômio ao qual foi adicionada a idéia de propriedade como fator para resolver o problema nuclear da denominada *segunda fase de desenvolvimento dos direitos humanos*. Richard P. Claude explica que este consistia na identificação do lugar do indivíduo no governo, o lugar do cidadão no sistema político. O célebre professor de Maryland anota: “A medida que fueron declinando las instituciones del feudalismo agrario, llegó a ser inevitable la necesidad de redefinir de alguna manera el status del individuo, debido principalmente a los cambios decisivos que lo afectaron en la distribución de los bienes materiales. (...) La afirmación del derecho de propiedad fué el vínculo que unió el nuevo rol económico del individuo con su rol de ciudadano como individuo público”³²

Sendo assim, pode-se afirmar que, em detrimento da liberdade e da igualdade, as revoluções burguesas priorizavam a propriedade como elemento condicionante do exercício da participação política, gerando-se uma exclusão na realidade do sistema (constituição essência) ainda que a forma constitucional fosse revolucionária (constituição ilusória).

No entanto, a sociedade que começa a gerar-se após a Primeira Guerra Mundial

sob os efeitos da depressão econômica originou um quadro diferente. Novos atores sociais fizeram sua aparição e reclamaram um lugar na distribuição da riqueza social, ao tempo que passaram a exigir novos direitos.

Chegou-se à fórmula da desapropriação levando em conta a função social da outrora incontestável propriedade. O contraponto do constitucionalismo liberal, de inspiração marxista, teve, na oportunidade, uma participação novamente decisiva na re-confirmação de valores anteriores à propriedade, que deve ceder diante de interesses coletivos.

CONCLUSÃO

Com vista a uma definição clara e sistemática do caráter atual do constitucionalismo é possível realizar um exercício teórico para identificar as referências mais importantes e de conteúdo universal desse movimento interminável dos povos, cujo eixo consiste na procura de uma cobertura cada vez maior dos direitos fundamentais.

O constitucionalismo colhe, assim, contribuições do pensamento liberal e do pensamento marxista e ainda, simultaneamente, esclarece que existem padrões aplicáveis a sistemas ou formações sociais e econômicas divergentes, dentre as quais sobressai a democracia como método de condução dos processos sociais.

Em soma, parece-nos que o constitucionalismo como movimento pode sintetizar no século XXI o melhor da experiência socialista e do marxismo. Particularmente, por um lado, colher a inegável contribuição em matéria de interpretação histórica da sua própria gênese e desenvolvimento. Por outro lado, reconhecer a participação da inspiração marxista na elaboração teórica e efetividade dos componentes sócio-ideológicos da constituição, especialmente dos direitos sociais.

Diga-se de passagem, nesta proposta de conclusão, que as liberdades públicas que adquirem relevância no Direito Constitucional Positivo a partir do pensamento liberal não podem ser consideradas antíteses da abordagem marxista de recriação do constitucionalismo, pelo contrário, têm condição de reprodução no modelo teórico de sociedade cujo fundamento é a constitucionalização do progresso, o que, de fato não acontece na atual modalidade econômica neoliberal.

Finalmente, a constituição essencial deve ser reformulada, assim, a constituição ilusória será cada vez mais essencial e, nesse sentido, um retrato da sociedade desejável, justa e com pleno respeito pelo direito à vida e a dignidade das pessoas.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. Trad. De Alfredo N. Galletti. México: Fondo de Cultura Económica. 1998.
- BORON, Atílio. *Filosofia Política Marxista*. Trad. De Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez/CLACSO. 2003.
- CANOTILHO, Jj Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina. 2002.
- CALVO, Alberto Pérez (coord.) *Estado, Nación y Soberanía*. Madrid: Secretaría General del Senado. 2000.
- CLAUDE, Richard. *Derechos Humanos Comparados*. Traducción de Carlos Moreno e Diana Montes. Montevideo: Edisar. 1979.
- CERRONI, Umberto. *Unas reflexiones sobre el desarrollo del pensamiento marxista, inspiradas em la Perestroika* In Taller, revista teórica de convergencia. Bogotá: Colombia Nueva. 1990.
- DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e Tratados Internacionais*. São Paulo: Saraiva. 2003.
- ENGELS. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Moscu: Progreso. 1979.
- _____. *Anti-Dühring*. México: Editorial Grijalbo. 1964.
- FUKUYAMA, Francis. *O Fim da História e o Último Homem*. Rio de Janeiro: Rocco. 1992.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991.
- SANTI ROMANO. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT. 1977.
- LENIN, V.I. *As três fontes e as três partes constitutivas do marxismo*. São Paulo: Global. 1980.
- MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*.
- MARX, Karl e Engels, Frederico. *Obras Escogidas*. Moscu: Editorial Progreso. 1973.
- POMER, Leon. *As independências na América Latina*. Tradução de. Rubens Ferreira Frias. São Paulo: Brasiliense. 1990.
- ROZ, Firmin. *Historia dos Estados Unidos*. Tradução de Luiz Viana Filho. São Paulo. Companhia Editora Nacional. 1942.
- SABINE, George H. *Historia de la Teoría Política*. Traducción de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica. 1984.
- SARTORI, Giovanni. *Que es la democracia?* Trad. de Miguel González e Maria Pestellini. Bogotá: Altamir. 1994.
- VEDEL, George. *Las grandes corrientes del pensamiento político y el federalismo*. In *El Federalismo*. Trad. de Raúl Morodo. Madrid: Tecnos. 1965.

NOTAS

- ¹ *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Pp. 42 e subs.
- ² *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. P. 51.
- ³ *Ibidem*. Mesma página.
- ⁴ *Filosofia Política Marxista*. P. 130.
- ⁵ Veja-se, por exemplo, as análises quanto ao caráter da época desenvolvidas por Francis Fukuyama na sua obra *O Fim da História e o Último Homem*. Rio de Janeiro. Rocco: 1992.
- ⁶ *Unas reflexiones sobre el desarrollo del pensamiento marxista, inspiradas em la perestroika* In *Taller – Revista Teórica de Convergencia*. Pp. 7
- ⁷ *A Força Normativa da Constituição*. P. 15 e subs.
- ⁸ Em nosso meio, Pedro de Abreu Dallari, explica com clareza o ponto. In *Constituição e Tratados Internacionais*. P.7 e subs.

- ⁹ *História dos Estados Unidos*. Pp.127-128.
- ¹⁰ *Teoría del Estado y del Derecho*. P. 45.
- ¹¹ *Las grandes corrientes del pensamientos político y el federalismo In El Federalismo*. Pp. 81-83.
- ¹² George Vedel. Ob. Cit. P. 85
- ¹³ *Anti-Dühring*. P. 10 e subs.
- ¹⁴ Lênin. *As três fontes e as três partes constitutivas do Marxismo*. P.15.
- ¹⁵ *Tesis sobre Feuerbach. Obras Escogidas*. P. 8
- ¹⁶ *Diccionario de Filosofia. Verbete: Hegelianismo*. P. 602-603.
- ¹⁷ *Obras Escogidas*. P. 521-530.
- ¹⁸ *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. P. 169-174.
- ¹⁹ Chevallier. *El federalismo de Proudhon y de sus discipulos In EL Federalismo*. Pp. 87-125.
- ²⁰ *As Independências na América Latina*. P. 10
- ²¹ *Filosofia Política Marxista*. Pp.115-116.
- ²² *Ibidem*. P. 116.
- ²³ *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. P.76.
- ²⁴ *Ibid*. P. 74.
- ²⁵ *Filosofia del Derecho*.
- ²⁶ *Que es la democracia?* P. 116.
- ²⁷ Atilio Boron. Ob.Cit. P. 137.
- ²⁸ *Historia de la Teoría Política*. Pp. 605-606.
- ²⁹ *Unas reflexiones sobre el desarrollo del pensamiento marxista inspiradas em la Perestroika In Taller, revista teórica de convergencia*. P. 13.
- ³⁰ *Crítica da filosofia do direito de Hegel*.P. 75.
- ³¹ Recomenda-se a obra *Estado, Nación y Soberania* coordenada por Alberto Pérez Calvo.
- ³² *Derechos Humanos Comparados*. P. 35.

VERBETES

LUIZ SERGIO MODESTO*

Recebido para publicação em outubro de 2005.

Resumo: *Civilidade.* Este verbete inicia uma série de outros do autor que freqüentará a Revista Brasileira de Direito Constitucional. A série exporá a terminologia da pesquisa contemporânea aplicada implicando signos partilhados por várias disciplinas dialetais ou científicas nas áreas das Ciências Humanas (Antropologia, Filosofia, Sociologia, Teoria Política) e das Ciências Sociais Aplicadas (Administração, Ciência da Informação, Comunicação, *Nomogogia* das espécies latina *Lex*, anglo *Case Law*, han 法 [Fa-Modelo]), buscando quantificar fenomenologicamente seus objetos ou referentes, se possíveis, prováveis ou previsíveis de observação, experimento e verificação. Empregando cortes epistemológicos pontuais sobre as *semioses* (ações sígnicas) de tais verbetes, o autor superporá o método complexo físico-semiótico (1) da *Semioselogia*, includente da fenomenologia Física (Heisenberg, Bohr, Lao Tzy), da *Signologia* (Peirce), e do Instrumento Operacional da *Progmática* (Modesto), em (2) sintaxes casuais com outras disciplinas igualmente científicas *sensu stricto*, para concluir por sua instrumentalidade trivial, dialetal ou científica.

O presente verbete, com a sintaxe metodológica da *Hominisemiótica*, descreve comparativamente os padrões de *civilidade*, *pré-civilidade* e *incivilidade* na família *hominidæ* (*bonobos*, *humanos*, *chimpanzés*), a partir dos dados eutímicos ou políticos do mando e da força nos espaços doméstico e público, e os critérios fenomenológicos para sua quantificação e verificação. A aplicação instrumental dos padrões de *civilidade* na análise das ações étnicas territoriais ou extraterritoriais permite à avaliação acadêmica em tempo real quantificar uma superposição política à alteridade humana sem implicar sua justificação.

Palavras-chave: Eutímia. Hominisemiótica. Incivilidade. Política. Pré-civilidade. Terrorismo. Violência.

Abstract: *Civility.* This entry begins a series of others of the author that will frequent the Brazilian Journal of Constitutional Law. The series will expose the terminology of the contemporaneous applied research implying signs shared with several dialectal or scientific disciplines in the areas of the Human Sciences (Anthropology, Philosophy, Sociology, Political Theory) and of the Applied Social Sciences (Administration, Information Science, Communication, *Nomogogy* of the species latin *Lex*, anglo *Case Law*, han 法 [Fa-Model]), looking for phenomenologically quantify their objects or referents, if possible, probable or previsible of observation, experiment and verification. Applying strict epistemological cuts on the *semioses* (signic actions) of such entries, the author will superpose the semiotics-physics complex method (1) of the *Semioselogy*, including of the Physics phenomenology (Heisenberg, Bohr, Lao Tzy), of *Signology* (Peirce), and of the *Pragmatic Operational Instrument* (Modesto), in (2) casual syntaxes with other disciplines equally *sensu stricto* scientific, to conclude by their trivial, dialectal or scientific instrumentality.

The present entry, with the methodological syntax of *Hominisemiotics*, comparatively describes the *civility*, *pre-civility* and *incivility* patterns in the *hominidæ* family (*bonobos*, *humans*, *chimpanzees*), provided by the euthymic or exact and force political data in the domestic and public spaces, and the phenomenological criteria for its quantification and verification. The instrumental application of the civility patterns in the analysis of the territorial or extraterritorial ethnic actions allows to the academic evaluation in real time to quantify a political superposition to the human alterity without implying its justification.

Key words: Euthymia. Hominisemiotics. Incivility. Politics. Pre-civility. Terrorism. Violence.

* Pós-doutorado com título de Doutor em Comunicação e Semiótica - PUC-SP; Doutor em Direito (Política: Teoria do Estado) - USP; Mestre em Direito (Direito Constitucional) - USP; Especialista em Direito Político, Administrativo e Financeiro - USP; Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP; Assessor Científico *ad hoc* da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP; Advogado; Professor na Escola Superior de Advocacia da OAB-SP; Sinólogo; Artista multimídia; Pesquisador no CNPq;<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/index.jsp>;E-mail:<luizsergiomodesto@yahoo.com.br>.

1. Conhecimento trivial

No léxico trivial, *civilidade* é o substantivo feminino: (1) designativo do “conjunto de formalidades, de palavras e atos que os cidadãos adotam entre si para demonstrar mútuo respeito e consideração; boas maneiras, civilidade, cortesia”; (2) denotativo do “fato e [d]a maneira de observar essas formalidades” (HOUAISS, 2001); da “[p]olidez, urbanidade, delicadeza, cortesia” (FERREIRA, 1986).

2. Conhecimento dialetal: Nomogogia da espécie *Lex*

No gênero *Nomogogia*, isto é, repertório mundial de ações simétricas ou autotomando (-*agogia* por exemplo), ou ações assimétricas ou heteromando oral, gestual ou gráfico (-*agogia* na relação mando/acato) movidas por múltiplos interesses mediante *nómos* (conduta ou mando de dogma), a espécie latina *Lex*, no seu léxico, instrumentaliza o signo *civilidade* com escassa frequência. Nesse caso, seu sentido é correlativo ao do conhecimento trivial, compartilhando as mesmas características físico-semióticas. Designa *boas maneiras, cortesia, polidez, urbanidade, delicadeza*. (SOIBELMAN, 1983, p. 544)

3. Conhecimento científico: Hominise-miótica

Na etimologia ocidental, o signo *civilidade*, datado do século XVI, é a síntese de *civil*, do latim “*civilis*”, *afabilidade, benignidade, bondade* (HOUAISS, 2001) e *-dade*, sufixo do latim “*qualidade*”, *atributo, estado, amor* (FERREIRA, 1986). Por consequência, o signo *civilidade* implica o referente da comunhão (*yin*) corpo-corpo no espaço doméstico, bem como denota a dominância do *emocional* ou *eutímico* e subposição do *energético* ou *irracional*. O signo *civilidade* na etnia *han* implica

pu cheng (不爭 - *sem lutar* - LAO TZY, s.d., p. 26; inédito, c. 3), *wen chih* (文質 - *modo distinto*) ou *wen* (文 - *refinamento*) (MATEOS et alii, 1977-1.5535, p. 1057).

Como se observa comparativamente, na etimologia, no conhecimento trivial e no conhecimento dialetal nomogógico da espécie latina *Lex*, o signo *civilidade* é unívoco e preciso, designa condutas *augéricas* (criativas de similares liberdades sensoriais pacíficas - MODESTO, 1999) e não decai para a polivalência e a equivocidade. Por sua dominância eutímica, vai do contágio com o exemplo, passa pela indução, limitando-se à superposição política na relação *mando/acato*, com resíduo de *força*.

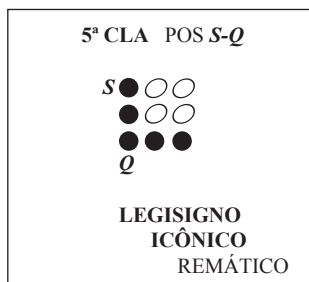


Fig. 1 - *Civilidade*: 5ª classe signica

O signo (*S*) *civilidade* (*pu cheng* - 不爭 *sem lutar* - *civility, civilité, civilidad*) implica mais a possibilidade (*POS*) das qualidades (*Q*) de forma denotadas na conduta cotidiana ou extracotidiana e menos o corpo existente na ação, subsumindo-se à 5ª classe signica (*CLA*), como *legisigno icônico* (PEIRCE, 1978-2.258, p. 147), conforme equação icônica na figura 1. A *civilidade* é limítrofe entre a eutímia (calma ou paz em comunhão) e a política (mando ou força justificáveis), nela dominando os acasos do mando e a comunhão do espaço doméstico e subpondo-se às convenções do espaço público.

Caso selecionemos o *Homo sapiens* de sua família *hominidæ* - chimpanzês, bo-

nobos, gorilas e orangotangos -, teremos poucos parâmetros para quantificar cientificamente, por modelo fenomenológico físico-semiótico (MODESTO, 1999), o corpo implicando a conduta designada *civilidade*. Face a tal corte redutor do universo em pesquisa, os resultados ficam comprometidos, posto que os humanos comportam com insuficiência a *quale* da “*civilidade*” no mando, contudo tal *quale* é dominante nos bonobos; os humanos comportam a frequência da força na política, contudo tal força também é freqüente nos chimpanzés.

A árvore da família dos primatas foi redesenhada graças a recentes pesquisas da biologia molecular realizadas por Vincent Sarich e Allan Wilson, em 1967, confirmadas pela Antropologia Molecular de Charles Sibley e Jon Ahlquist, em 1984. Constatou-se que os chimpanzés (e bonobos - *Pan paniscus*), os humanos, os gorilas e os orangotangos formam uma família parentesca com identidade genética de 98,4% do DNA entre chimpanzés (*Pan troglodytes*) e humanos (*Homo sapiens*), 97,7% entre gorilas (*Gorilla gorilla*) e humanos, e 96,4% entre orangotangos (*Pongo pygmaeus*) e humanos, diferenciados, respectivamente, em apenas 1,6%, 2,3% e 3,6%. (FOUTS; MILLS, 1998, p. 63-69)

Com os dados *mando e força* da ação política partilhados em frequências e dominâncias diversas entre bonobos, humanos e chimpanzés - os parentes mais próximos no corte epistemológico por fenomenologia triádica -, recompomos seletivamente o universo da pesquisa relativamente à *civilidade* (fig. 2), para nele observar comparativamente (1) os bonobos (pela *civilidade* - *civility*), (2) os humanos (pela *pré-civilidade* - *pre-civility*), e (3) os chimpanzés (pela *incivilidade* - *incivility*), excluindo os gorilas e os orangotangos, pela redundância da *incivilidade* e afastamento genético do parentesco. Com esse corte epistemo-

lógico, temos o objeto da *Hominilogia* ou *Hominisemiótica* na sintaxe entre bonobos, humanos e chimpanzés.

INCIVILIDADE
chimpanzés (<i>Pan troglodytes</i>)
frequência do mando
dominância da força
PRÉ-CIVILIDADE
humanos (<i>Homo sapiens</i>)
alternância do mando
frequência da força
CIVILIDADE
bonobos (<i>Pan paniscus</i>)
dominância do mando
resíduo de força

Fig.2 - Política (mando e força) na família *hominidæ*

Para observações comparativas quantificáveis da *civilidade* na conduta entre humanos (ver MODESTO, 2002, p. 540-546), partiremos das variáveis comuns à família *hominidæ*, que designamos mediante o signo comum de dois gêneros *hominida* (MODESTO, 1999). Tais variáveis, para efeitos de controle científico *sensu stricto* de demonstração empírica e verificação, são as relações eutímicas, na comunhão, e políticas, na superposição por mando/acato ou força/lesão entre bonobos, humanos, e chimpanzés.

O signo *civilidade* implica recepção por contágio (na imitação por ação sîgnica dos neurônios-espelho na renovação [fu - 𠄎 - LAO TZY, s.d., p. 40; inédito, c. 16] do exemplo), assimilado (na reiteração) e acomodado (na expectativa), de condutas por convívio coletivo a partir da imediatidade entrópica das relações mãe-cria, pai-cria, e fêmea-macho no espaço doméstico (LAO TZY, s.d., p. 43; inédito, c. 18), independente de transmissão formal ou *nomologia*.

A denotação sgnica da *civilidade*, a sua implicao qualitativamente existencial, enquanto corpo na conduta cotidiana nos espaços doméstico ou público, surge empregada no século XVI e aproximadamente nesse sentido, quando a educação formalmente transmitida não havia sido implantada como a conhecemos hoje, e sem a sintaxe com o gnero *nomogia*, mediante a espécie imputável que o signo "civil" eventualmente inclui no espaço público. (cotejar ARIS, 1981, p. 243, 240, 245; ver *domesticação* em MODESTO, 1999; ver PIAGET, 1978, p. 19-47).

A *civilidade*, como observada pela hominologia, pode ser descrita pelas *formalidades comunicativas* na família bonobo, humana e chimpanzé, por meio de signos dominantes, freqüentes, ou residuais da comunhão (na relação eutímica), do mando e da força (na relação política). A quantificação da *civilidade* na conduta hominida (MODESTO, 2002, p. 540, 546-549), portanto, implica distinguir fêmeas e machos na dominância da *comunhão* (3ª classe sgnica, sinsigno indicial remtico - PEIRCE, 1978-2.256, p. 147), seguida da freqüência do *mando* (4ª classe sgnica, sinsigno dicente - 1978-2.257, p. 147) e, por último, do resíduo de *força* (4ª classe sgnica).  medida que a dominância se desloca para a força, temos a *incivilidade*, própria das coletividades-bando. Com a freqüência da força em alternância com o mando, temos a *pr-civilidade*, conduta de qualidade incerta referida pelo signo equívoco "violência", entre a coação por força e a coação por mando.

Nesse caso, a *civilidade* na comunicação pode ser descrita como modelar nos bonobos, ou *Pan paniscus*, pela dominância da comunhão eutímica; a *pr-civilidade* nos humanos, ou *Homo sapiens*, pela alternância do mando (similar  *política bonobo - bonobo politics*) com a freqüência da força (similar  *política chimpanzé*

- *chimpanzee politics*); e a *incivilidade* nos chimpanzés, ou *Pan troglodytes*, pela dominância da força.

Nossos familiares bonobos, na freqüência política por mando, comunicam-se mediante bramidos curtos, agudos e suaves, com alcance de pequena distância territorial; nossos familiares chimpanzés comunicam-se mediante enormes berros guturais, grunhidos e latidos de grande distância territorial (WRANGHAM; PETERSON, 1998, p. 251); os humanos, por sua vez, com a modulação fonética codificada e o auxílio de suporte material, implementaram de tal forma a política por mando, que  possível recepcioná-lo a qualquer distância territorial no mercado mundial, mediante variável suporte material e sem sintaxe temporal com o corpo emissor, haja vista o alcance diacrnico oral ou gráfico da mitologia.

No uso de ferramentas, comum em 2 milhões de anos na família *hominida* (bonobos, humanos, chimpanzés), o ndice residual de força é encontrado no arrastar de galhos na *política bonobo* e na *política chimpanzé* (1998, p. 82 e 258), chegando ao paroxismo laboratorial intra-espécie (WILMSHURST, BBC *et alii*, 2005-Filme 1.4, 17:10 a 19:28 min.; 1.6-7, 28:59 a 30:12 min.; 1.8, 35:17 a 35:39 min.) da bomba atômica, de Harry Truman, contra japoneses em Hiroxima e Nagasaki, com matança total de 150.000 humanos em 1945, uma *política chimpanzé* que vai *urbi et orbi* do *terrorismo*, observado no *transbordamento da força bélica da Coletividades-Bando, para exaltar o medo da Coletividade-Família*, até elevar-se  demência *serial killer* que oferta modelos negativos similares como Adolf Hitler e Ariel Sharon, George Walker Bush e Wladimir Putin.

Fêmeas e machos humanos denotam *pr-civilidade* em tempo real com a indiferença ou a negligência política em relação

ao *genocídio*, ou *produção homicida bruta* (PHOB), caso dos genocidas intestinos, como Geraldo Alekmin preposto do Estado de São Paulo, Brasil, implementando os homicídios em 32,8% no ano de 2002 relativamente a 2001, com o total de 610 civis mortos (PAULO, 2003, p. A2), ou em relação a etnias genocidas, como a coletividade-bando Estados Unidos da América do Norte, envolvida em homicídios bélicos a cada 1,3 anos pelo mundo, desde 1776. (MODESTO, 2002, p. 540-546)

A *pré-civilidade* comum entre humanos e chimpanzés precisa ser nuançada. Nas duas espécies a coligação dominante não implica as fêmeas, implica a força dos machos, e esses se exaltam do uso defensivo para o uso ofensivo da força, nos limites da predação e pilhagem, marcando seus territórios e a memória pelo berro, a urina e o sangue, e no caso dos humanos, adicionando-se a identificação étnica da bandeira e das louvações homicidas mediante hinos nacionais. “*Em poucas palavras: o patriotismo gera a agressão*” (WRANGHAM; PETERSON, 1998, p. 285).

O “*marcador genético, detectável antes do nascimento, que prediz violência*” entre os humanos é o cromossomo Y do macho. “*Os indivíduos com esse genótipo*”, diz Gregory Carey, “*são nove vezes propensos a serem presos e condenados por um ato de violência, relativamente a pessoas sem esses genes*”, as fêmeas humanas. (1994, p. 37) Nesse caso, a frequência da força com os machos e a dominância do mando com as fêmeas implica a *pré-civilidade dos machos humanos*, com a política chimpanzé, e a *civilidade das fêmeas humanas*, com a política bonobo.

Ao contrário da *pré-civilidade* genérica dos humanos, desconsiderada essa distinção do padrão de civilidade entre machos e fêmeas, a política bonobo reduziu seu uso de força ao residual nas relações intercorporais entre sexos, entre pais e fi-

lhos, intra ou entre coletividades, enquanto os machos chimpanzés e humanos são similares nas surras contra fêmeas e filhos, no estupro de infantes ou adultas, incluindo dilacerações *in vivo*. Nos bonobos não há registro de sexo forçado, surras e morte dos filhos, como ocorre frequentemente entre humanos e chimpanzés.

Na relação entre coletividades de bonobos é igualmente registrada a ausência de superposição política por força, dominando a comunhão eutímica do espaço doméstico, que tem no prazer erótico, independente da reprodução, o meio de comunicação, hetero ou homossexual, entre pares ou na diplomacia entre coletividades, ou o mando naqueles tons curtos, agudos e suaves.

As relações entre bonobos implicam cooperação coletiva e solidariedade entre fêmeas, não entre machos, cujos mandos são colocados na periferia da política no espaço público, implicando força residual, enquanto os filhos machos permanecem inseparados das fêmeas durante toda a vida. Se um macho ataca uma fêmea, essa solidariedade coletiva entre fêmeas repele a força (WRANGHAM; PETERSON, 1998, p. 251, 253-254, 261-262, 271).

A solidariedade entre as fêmeas bonobos tem por elemento vinculante o prazer homoerótico. O apoio da mãe, enquanto viva, acaba sendo relevante na competitividade política por mando que resulta no macho alfa, o dominante entre os machos. Na morte da mãe, decai sua dominância. Disso decorre a *quale* feminina como referência política no espaço público e a *co-dominância* política entre a fêmea alfa, suportada pela cooperação coletiva das fêmeas, e o macho alfa na coletividade, sem o suporte da cooperação por força dos machos. (1998, p. 252, 256-257)

A característica da *civilidade* na *política bonobo*, portanto, pode ser resumida pela dominância da eutimia, fundada no

erótico, na vitaliciedade das relações mãe-cria, na comunhão entre fêmeas, e a superposição política no espaço público, quando existente, tem predomínio do mando, enquanto a força é residual na co-dominância entre fêmea e macho.

Dessa forma, observar e verificar os dados da *civilidade* complementar à *incivilidade* de uma etnia, de uma coletividade regional ou local, implica correlacionar e quantificar a probabilidade e previsibilidade de dominância ou alternância do *mando* com a frequência da *força*, tendo por objeto as relações entre os humanos no recorte estatístico dessas coletividades.

REFERÊNCIAS

- ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Traduzido por Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1981.
- CAREY, Gregory. Interview to Philip Elmer-Dewitt. The genetic revolution. In *Time*. P. 30-37. 17/01/94. New York: Time, 1994.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FOUTS, Roger; MILLS, Stephen Tukel Mills. *O parente mais próximo: o que os chimpanzés me ensinaram sobre quem somos*. Traduzido por M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. CD-ROM. Rio de Janeiro: Instituto Antônio Houaiss - Editora Objetiva, 2001.
- LAO TZY. 道 (Tao). Reversão chinês-português por 李斯默 (Luiz Sergio Modesto). São Paulo: Sibila Edicção, inédito.
- LAO TZY. *Tao Te Ching Pai Hua Chu Chie* (Tao Te Ching explicado e comentado em linguagem acessível). Edição da xilogravura conservada no honorável palácio chinês de Shang Hai (Shang Hai Pan). Texto intercalado por explicação e comentário do mestre Han Shan, p. 23-115. Shang Hai e T'ai Pei: San Yang, s.d.
- MATEOS, Fernando; OTEGUI, Miguel; ARRIZABALAGA, Ignacio. *Diccionario español de la lengua china*. Madrid: Espasa-Calpe, 1977.
- MODESTO, Luiz Sergio. *As Drogas do Estado*. Tese multidisciplinar fundamentada no paradigma metadisciplinar da Semioselogia apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP -, e defendida em 30/06/95, para obtenção do título de Doutor em Direito do Estado (Política). São Paulo: Sibila Edicção, 1994.
- MODESTO, Luiz Sergio. *Arquétrio - Fratura Colateral da Cultura*. Tese multidisciplinar fundamentada no paradigma metadisciplinar da Semioselogia apresentada perante o Programa Pós-Graduado em Comunicação e Semiótica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP -, e defendida em 21/09/99, para obtenção do título de Doutor em Comunicação e Semiótica, em pesquisa de Pós-doutorado. São Paulo: Sibila Edicção, 1999.
- MODESTO, Luiz Sergio. Política: (re)composição do objeto. Em: *Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo*, v. 97, p. 527-568. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Serviço Técnico de Imprensa, janeiro/dezembro 2002.
- PAULO, Folha de São. Recorde funesto. Em *Folha de São Paulo*. Opinião. Editoriais, p. A2, 01/02/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã, 2003.
- PEIRCE, Charles Sanders. Elements of logic. In: *Collected papers of Charles Sanders Peirce*, v. II. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1978.
- PETERSON, Dale. *O macho demoníaco - as origens da agressividade humana*. Traduzido por M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 1998.
- PIAGET, Jean. *A formação do símbolo na criança - imitação, jogo e sonho, imagem e representação*. Traduzido por Álvaro Cabral e por Christiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Guanabara, Koogan, 1978.
- SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.
- WILMSHURST, Paul; BBC; TF1; DISCOVERY CHANNEL; ZDF; TOKYO BROADCASTING SYSTEM; EDITORA ABRIL. Hiroshima - O mundo diante da ameaça nuclear. Em *Aventuras na História*. Science. DVD Vídeo. Filme 1: 48 min. Filme 2: 49 min. Manaus: Abril, 2005.
- WRANGHAM, Richard; PETERSON, Dale. *O macho demoníaco - as origens da agressividade humana*. Traduzido por M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 1998.

Received for publication in October of 2005.

Abstract: *Civility.* This entry begins a series of others of the author that will frequent the Brazilian Journal of Constitutional Law. The series will expose the terminology of the contemporaneous applied research implying signs shared with several dialectal ou scientific disciplines in the areas of the Human Sciences (Anthropology, Philosophy, Sociology, Political Theory) and of the Applied Social Sciences (Administration, Information Science, Communication, *Nomogogy* of the species latin *Lex*, anglo *Case Law*, han 法 [*Fa - Model*]), looking for phenomenologically quantify their objects or referents, if possible, probable or previsible of observation, experiment and verification. Applying strict epistemological cuts on the *semioses* (signic actions) of such entries, the author will superpose the semiotics-physics complex method (1) of the *Semioselogy*, including of the Physics phenomenology (Heisenberg, Bohr, Lao Tzy), of *Signology* (Peirce), and of the *Pragmatic* Operational Instrument (Modesto), in (2) casual syntaxes with other disciplines equally *sensu stricto* scientific, to conclude by their trivial, dialectal or scientific instrumentality.

The present entry, with the methodological syntax of *Hominisemiotics*, comparatively describes the *civility*, *pre-civility* and *incivility* patterns in the family *hominidæ* (*bonobos*, *humans*, *chimpanzees*), provided by the euthymic or exact and force political data in the domestic and public spaces, and the phenomenological criteria for its quantification and verification. The instrumental application of the civility patterns in the analysis of the territorial or extraterritorial ethnic actions allows to the academic evaluation in real time to quantify a political superposition to the human alterity without implying its justification.

Key words: Euthymia. Hominisemiotics. Incivility. Politics. Pre-civility. Terrorism. Violence.

Resumo: *Civilidade.* Este verbete inicia uma série de outros do autor que freqüentará a Revista Brasileira de Direito Constitucional. A série exporá a terminologia da pesquisa contemporânea aplicada implicando signos partilhados por várias disciplinas dialetais ou científicas nas áreas das Ciências Humanas (Antropologia, Filosofia, Sociologia, Teoria Política) e das Ciências Sociais Aplicadas (Administração, Ciência da Informação, Comunicação, *Nomogogia* das espécies latina *Lex*, anglo *Case Law*, han 法 [*Fa - Modelo*]), buscando quantificar fenomenologicamente seus objetos ou referentes, se possíveis, prováveis ou previsíveis de observação, experimento e verificação.

Empregando cortes epistemológicos pontuais sobre as *semioses* (ações sígnicas) de tais verbetes, o autor superporá o método complexo físico-semiótico (1) da *Semioselogia*, incluído da fenomenologia Física (Heisenberg, Bohr, Lao Tzy), da *Signologia* (Peirce), e do Instrumento Operacional da *Progâmica* (Modesto), em (2) sintaxes casuais com outras disciplinas igualmente científicas *sensu stricto*, para concluir por sua instrumentalidade trivial, dialetal ou científica.

O presente verbete, com a sintaxe metodológica da *Hominisemiótica*, descreve comparativamente os padrões de *civilidade*, *pré-civilidade* e *incivilidade* na família *hominidæ* (*bonobos*, *humanos*, *chimpanzés*), a partir dos dados eutímicos ou políticos do mando e da força nos espaços doméstico e público, e os critérios fenomenológicos para sua quantificação e verificação. A aplicação instrumental dos padrões de *civilidade* na análise das ações étnicas territoriais ou extraterritoriais permite à avaliação acadêmica em tempo real quantificar uma superposição política à alteridade humana sem implicar sua justificação.

Palavras-chave: Eutímia. Hominisemiótica. Incivilidade. Política. Pré-civilidade. Terrorismo. Violência.

* Translation from Portuguese to English by Luiz Sergio Modesto.

** Postdoctorate with the title of Philosophiae Doctor in Communication and Semiotics - PUC-SP; Doctor in Law (Politics: Theory of the State) - USP; Master in Law (Constitutional Law) - USP; Specialist in Political, Administrative and Financial Law - USP; Member of the Lawyers Institute of São Paulo - IASP; *Ad hoc* Scientific Advisory of the Foundation of Support to the Research of São Paulo - FAPESP; Lawyer; Professor in the Advocateship Superior School of OAB-SP; Sinologist; Multimedia artist; Researcher in CNPq: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/index.jsp>>; E-mail: <luizsergiomodesto@yahoo.com.br>.

1. Trivial knowledge

In the trivial lexicon, *civility* is the feminine noun: (1) designative of the “group of formalities, of words and acts that the citizens adopt to each other to demonstrate mutual respect and consideration; good manners, civility, courtesy”; (2) denotative of the “fact and [of] the manner to observe those formalities” (HOUAISS, 2001); of the “[p]oliteness, urbanity, delicacy, courtesy” (FERREIRA, 1986).

2. Dialectal knowledge: Nomogogy of the species *Lex*

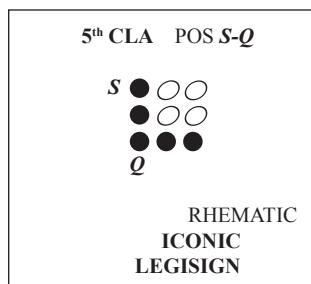
In the gender *Nomogogy*, that is, world repertoire of symmetrical actions or autoexact (*-agogy* by example), or asymmetric actions or oral, gestural or graphical heteroexact (*-agogy* in the exact/accept relation) moved by multivocal interests by means of *nómos* (conduct or exact of dogma), the Latin species *Lex*, in its lexicon, instrumentalizes the sign *civility* with scarce frequency. In this case, its sense is correlative to the trivial knowledge, sharing the same semiotics-physics characteristics. It designates *good manners, courtesy, politeness, urbanity, delicacy*. (SOIBELMAN, 1983, p. 544)

3. Scientific knowledge: Hominisemiotics

In the western etymology, the sign *civility* [*civilidade*], dated of the century XVI, is the synthesis of *civil*, of the Latin “*civilis*”, *affability, kindness, kindness* (HOUAISS, 2001) and *-ity* [*-dade*], suffix of the Latin “*quality*”, *attribute, state, love* (FERREIRA, 1986). By consequence, the sign *civility* implies the referent of the communion (*yin*) body-body in the domestic space, as well as it denotes the dominance of the *emotional* or *euthymic* and sub-position of the *energetic* or *irrational*. The sign *civility* in the ethnos *Han* implies

pu cheng (不爭 - *without fighting* - LAO TZY, s.d., p. 26; unpublished, c. 3), *wen chih* (文質 *distinct mode*) or *wen* (文 - *refinement*) (MATEOS *et alii*, 1977-I.5535, p. 1057).

As it's comparatively observed, in the etymology, in the trivial knowledge and in the nomogogic dialectal knowledge of the Latin species *Lex*, the sign *civility* is univocal and precise, it designates *augeric* conducts (creative of similar peaceful sensorial freedoms - MODESTO, 1999) and doesn't decay to the polyvalence and the equivocacy. By its euthymic dominance, it goes from the contagion with the example, passes by the induction, limiting itself to the political superposition in the relation *exact/accept*, with residue of force.



II. 1 - *Civility*: 5th signic class

The sign (*S*) *civility* (*pu cheng* 不爭 - *without fighting* - *civilidade, civilité, civilidad*) implies more the possibility (POS) of the qualities (*Q*) of the denoted form in the quotidian or extraquotidian conduct and less the existent body in the action, subsuming itself to the 5th signic class (CLA), as iconic legisign (PEIRCE, 1978-2.258, p. 147), according to iconic equation in the illustration 1. The *civility* is bordering between the euthymia (calm or peace in communion) and the politics (justifiable exact or force), dominating in it the chance of the exact and the communion of the domestic space and sub-posing itself under the conventions of the public space.

In case we select the *Homo sapiens* from its *hominidæ* family - chimpanzees, bonobos, gorillas and orangutans -, we will have few parameters to scientifically quantify, by semiotics-physics phenomenologic model (MODESTO, 1999), the body implying the conduct designated *civility*. Face to such reducing cut of the universe in research, the results stay committed, once the humans include with insufficiency the *quale* of the “*civility*” in the exact, however such *quale* is dominant in the bonobos; the humans include the force frequency in the politics, however such force also is frequent in the chimpanzees.

The tree of the primates’ family was redrawn thanks to recent researches of the molecular biology accomplished by Vincent Sarich and Allan Wilson, in 1967, confirmed by Charles Sibley’s Molecular Anthropology and Jon Ahlquist, in 1984. It was verified that the chimpanzees (and bonobos - *Pan paniscus*), the humans, the gorillas and the orangutans form a parental family with genetic identity of 98,4% of the DNA between chimpanzees (*Pan troglodytes*) and humans (*Homo sapiens*), 97,7% between gorillas (*Gorilla gorilla*) and humans, and 96,4% between orangutans (*Pongo pygmaeus*) and humans, differentiated, respectively, in just 1,6%, 2,3% and 3,6%. (FOUTS; MILLS, 1998, p. 63-69)

With the *exact* and *force* data of the *political* action shared in frequencies and several dominances among bonobos, humans and chimpanzees - the related ones closer in the epistemological cut by triadic phenomenology -, we selectively recompose the universe of the research relatively to the *civility* (il. 2), for comparatively observe in it (1) the bonobos (by the *civility* - *civilité*), (2) the humans (by *pre-civility* - *pré-civilité*), and (3) the chimpanzees (by *incivility* - *incivilité*), excluding the gorillas and the orangutans, by their redundancy of the incivility and genetic deviation from

the relationship. With this epistemological cut, we have the object of *Hominology* or *Hominisemiotics* in the syntax among bonobos, humans and chimpanzees.

<p>INCIVILITY chimpanzees (<i>Pan troglodytes</i>) frequency of exact dominance of force</p>
<p>PRE-CIVILITY humans (<i>Homo sapiens</i>) alternation of exact frequency of force</p>
<p>CIVILITY bonobos (<i>Pan paniscus</i>) dominance of exact residue of force</p>

Il. 2 - Politics (exact and force) in the *hominidæ* family

For comparative quantified observations of the *civility* in the conduct among humans (see MODESTO, 2002, p. 540-546), we will start from the common variables to the *hominidæ* family, that we designated by means of the common sign of two genders *hominida* (MODESTO, 1999). For effects of *sensu stricto* scientific control of empiric demonstration and verification, such variable relations are the euthymic, in the communion, and politics, in the superposition by exact/accept or force/lesion among bonobos, humans, and chimpanzees.

The *civility* sign implies reception by contagion (in the imitation by signic action of the mirror-neuron in the renewal [fu - 復 - LAO TZY, s.d., p. 40; unpublished, c. 16] of the example), assimilated (in the reiteration) and accommodated (in the expectation), of conducts by collective conviviality starting from the entropic immediateness of the relations mother-breeding, father-breeding, and female-male in

the domestic space (LAO TZY, s.d., p. 43; unpublished, c. 18), independent of formal transmission or *nomogogy*.

The *civility* signic denotation, its qualitatively existential implication, while body in the quotidian conduct in the domestic or public spaces, uprisings employed in the XVI century and approximately in this sense, when the formally transmitted education hadn't been implanted as we know it today, and without the syntax with the *nomogogy* gender, by means of the imputable species that the "civil" sign eventually includes in the public space. (compare ARIÈS, 1981, p. 243, 240, 245; see *domestiacion* in MODESTO, 1999; see PIAGET, 1978, p. 19-47).

The *civility*, as observed by the hominology, can be described by the *communicative formalities* in the bonobo, human and chimpanzee family, by means of dominant, frequent, or residual signs of the communion (in the euthymic relations), of the exact and of the force (in the political relations). The quantification of the *civility* in the hominida conduct (MODESTO, 2002, p. 540, 546-549), therefore, implies distinguish females and males in the dominance of the *communion* (3rd signic class, rhematic indexical sinsign - PEIRCE, 1978-2.256, p. 147), followed by the frequency of the *exact* (4th signic class, dicent sinsign - 1978-2.257, p. 147) and, by last, of the residue of *force* (4th signic class). As the dominance moves to the force, we have the *incivility*, proper of the gang-collectivities. With the frequency of the force in alternation with the exact, we have the *pre-civility*, conduct of uncertain quality referred by the equivocal sign "violence", between the coercion by force and the coercion by exact.

In this case, the *civility* in the communication can be described as model in the bonobos, or *Pan paniscus*, by the dominance of the euthymic communion;

the *pre-civility* in the humans, or *Homo sapiens*, by the alternation of the exact (similar to the *bonobo politics - politique bonobo*) with the frequency of the force (similar to the *chimpanzee politics - politique chimpanzé*); and the *incivility* in the chimpanzees, or *Pan troglodytes*, by the dominance of the force.

Our familiar bonobos, in the political frequency by exact, communicate by means of short, sharp and soft roars, with reach of small territorial distance; our familiar chimpanzees communicate by means of enormous guttural bawls, grunts and barks of great territorial distance (WRANGHAM; PETERSON, 1998, p. 251); the humans, by their time, with the coded phonetic modulation and the aid of material support, implemented in a such way the politics by exact, that's possible receipt it at any territorial distance in the world market, by means of variable material supports and without temporary syntax with the emitter body, have seen the oral or graphic diachronic reach of the mythology.

In the use of tools, common in 2 million years in the *hominida* family (bonobos, humans, chimpanzees), the residual index of force is found in dragging branches in the *bonobo politics* and in the *chimpanzee politics* (1998, p. 82 and 258), arriving to the laboratorial intra-species paroxism (WILMSHURST, BBC *et alii*, 2005-Film 1.4, 17:10 to 19:28 min.; 1.6-7, 28:59 to 30:12 min.; 1.8, 35:17 to 35:39 min.) of the atomic bomb, of Harry Truman, against Japanese in Hiroshima and Nagasaki, with 150,000 humans' total slaughter in 1945, a *chimpanzee politics* that goes *urbi et orbi* from *terrorism*, observed in the *warlike force overflow from the Gang-Collectivity, to exalt the fear of the Family-Collectivity*, until rising to the *serial killer* insanity that offer similar negative models like Adolf Hitler and Ariel Sharon, George Walker Bush and Wladimir Putin.

Females and human males denote *pre-civility* in real time with the indifference or the political negligence in relation to the *genocide*, or homicidal domestic product (HDP), case of the intestine genocides, like Geraldo Alckmin proposed of the São Paulo State, Brazil, implementing the homicides in 32,8% in the year 2002 relatively to 2001, with the total 610 dead civilians (PAULO, 2003, p. A2), or in relation to genocidal ethnos, as the Gang-Collectivity United States of North America, involved in warlike homicides every 1,3 years around the world, since 1776. (MODESTO, 2002, p. 540-546)

The common pre-civility between humans and chimpanzees lacks to be hued. In the two species the dominant colligation doesn't imply the females, implies the males force, and these exalt themselves from the defensive use to the offensive force use, in the limits of the predation and pillage, marking their territories and the memory by the bawl, the urine and the blood, and in the humans' case, adding the ethnic identification of the flag and of the homicidal praisings by means of national anthems. "*In few words: the patriotism generates the aggression*" (WRANGHAM; PETERSON, 1998, p. 285).

The "*genetic marker, detectable before the birth, that predicts violence*" among the humans is the chromosome Y of the male. "*The individuals with that genotype*", says Gregory Carey, "*are nine times prone to be arrested and condemned by a violence act, relatively to people without those genes*", the human females. (1994, p. 37) In this case, the force frequency with the males and the exact dominance with the females implies the *pre-civility of the human males*, with the chimpanzee politics, and the *civility of the human females*, with the bonobo politics.

Unlike the humans' generic *pre-civility*, not considered this distinction

of the civility pattern between males and females, the bonobo politics reduced its force use to the residual in the intercorporeal relations between sexes, parents and children, intra or enter collectivities, while the chimpanzee males and humans are similar in the whippings against females and children, in the rape of infants or adults, including dilacerations *in vivo*. In the bonobos there aren't registrations of forced sex, whippings and the children's death, as it frequently happens between humans and chimpanzees.

In the relations among bonobo collectivities is equally registered the absence of political superposition by force, dominating the euthymic communion of the domestic space, that has in the erotic pleasure, independent of the reproduction, the communication means, hetero or homosexual, among peers or in the diplomacy among collectivities, or the exact in those short, sharp and soft tones.

The relations among bonobos imply collectivity cooperation and solidarity among females, but not among males, whose exacts are placed in the politics periphery of the public space, implying residual force, while the male children stay inseparable of the females during a lifetime. If a male attacks a female, that solidarity collective among females repels the force (WRANGHAM; PETERSON, 1998, p. 251, 253-254, 261-262, 271).

The solidarity among the bonobo females has for entailer element the homoerotic pleasure. The mother's support, while alive, ends up being relevant in the political competitiveness for exact that results in the male alpha, the dominant among the males. In the mother's death, decays his dominance. From this elapses the feminine *quale* as political reference in the public space and the politics of *co-dominance* between the female alpha, supported by the collective cooperation of the females, and

the male alpha in the collectivity, without the support of the cooperation by force of the males. (1998, p. 252, 256-257)

The characteristic of the *civility* in the *bonobo politics*, therefore, can be summarized by the euthymic dominance, founded in the erotic, in the lifelong mother-breeding relations, in the communion among females, and the political superposition in the public space, when existent, has the exact prevalence, while the force is residual in the co-dominance between female and male.

In this way, observe and verify the data of the *civility* complementary to the *incivility* of an ethnos, of a regional or local collectivity, implies correlate and quantify the probability and previsibility of dominance or alternation of the *exact* with the frequency of the *force*, having for object the relations among the humans in the statistical cutting of those collectivities.

REFERENCES

- ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Traduzido por Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1981.
- CAREY, Gregory. Interview to Philip Elmer-Dewitt. The genetic revolution. In *Time*. P. 30-37. 17/01/94. New York: Time, 1994.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FOUTS, Roger; MILLS, Stephen Tukul Mills. *O parente mais próximo: o que os chimpanzés me ensinaram sobre quem somos*. Traduzido por M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. CD-ROM. Rio de Janeiro: Instituto Antônio Houaiss - Editora Objetiva, 2001.
- LAO TZY. 道 (Tao). Reversão chinês-português por 李斯點 (Luiz Sergio Modesto). São Paulo: Sibila Edicção, inédito.
- LAO TZY. *Tao Te Ching Pai Hua Chu Chie* (Tao Te Ching explicado e comentado em linguagem acessível). Edição da xilogravura conservada no honorável palácio chinês de Shang Hai (Shang Hai Pan). Texto intercalado por explicação e comentário do mestre Han Shan, p. 23-115. Shang Hai e T'ai Pei: San Yang, s.d.
- MATEOS, Fernando; OTEGUI, Miguel; AR-RIZABALAGA, Ignacio. *Dicionario español de la lengua china*. Madrid: Espasa-Calpe, 1977.
- MODESTO, Luiz Sergio. *As Drogas do Estado*. Tese multidisciplinar fundamentada no paradigma metadisciplinar da Semioselogia apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP -, e defendida em 30/06/95, para obtenção do título de Doutor em Direito do Estado (Política). São Paulo: Sibila Edicção, 1994.
- MODESTO, Luiz Sergio. *Arquério - Fratura Colateral da Cultura*. Tese multidisciplinar fundamentada no paradigma metadisciplinar da Semioselogia apresentada perante o Programa Pós-Graduado em Comunicação e Semiótica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP -, e defendida em 21/09/99, para obtenção do título de Doutor em Comunicação e Semiótica, em pesquisa de Pós-doutorado. São Paulo: Sibila Edicção, 1999.
- MODESTO, Luiz Sergio. Política: (re)composição do objeto. Em: *Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo*, v. 97, p. 527-568. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Serviço Técnico de Imprensa, janeiro/dezembro 2002.
- PAULO, Folha de São. Recorde funesto. Em *Folha de São Paulo*. Opinião. Editoriais, p. A2, 01/02/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã, 2003.
- PEIRCE, Charles Sanders. Elements of logic. In: *Collected papers of Charles Sanders Peirce*, v. II. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1978.
- PETERSON, Dale. *O macho demoníaco - as origens da agressividade humana*. Traduzido por M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 1998.
- PIAGET, Jean. *A formação do símbolo na criança - imitação, jogo e sonho, imagem e representação*. Traduzido por Álvaro Cabral e por Christiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Guanabara, Koogan, 1978.

SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

WILMSHURST, Paul; BBC; TF1; DISCOVERY CHANNEL; ZDF; TOKYO BROADCASTING SYSTEM; EDITORA ABRIL. Hiroshima - O mundo diante da ameaça nuclear. Em *Aventuras*

na História. Science. DVD Vídeo. Filme 1: 48 min. Filme 2: 49 min. Manaus: Abril, 2005.

WRANGHAM, Richard; PETERSON, Dale. *O macho demoníaco - as origens da agressividade humana*. Traduzido por M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 1998.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

MITOS E IDEOLOGIAS CONSTITUCIONAIS.
REFLEXÕES SOBRE A “NEUTRALIDADE” DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
MYTHS AND CONSTITUTIONAL IDEOLOGIES.
CONSIDERATIONS ABOUT THE “NEUTRALITY” OF SUPREME COURT

SORAYA REGINA GASPARETTO LUNARDI*

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: O presente estudo examina a difundida tese da neutralidade (política) das decisões do Supremo Tribunal Federal. Mediante referências às relações entre o sistema social e o sistema jurídico, aos problemas da interpretação jurídica e à função social da ideologia e dos mitos busca-se averiguar o papel da tese da neutralidade da função jurisdicional. Para verificar as possibilidades da neutralidade realizamos um estudo de caso, analisando criticamente algumas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Ideologia. Interpretação jurídica. Neutralidade. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This essay examines the diffused thesis of neutrality (political) for decisions of Supreme Court. Through the references of relationships between the social system and the judicial system, the problems of juridical interpretation and the social function of ideology and the myths, in search of neutral thesis of juridical function. To verify the possibilities of neutrality we realize a study of case, analysing with appreciation some decisions of Supreme Court.

Key words: Ideology. Juridical interpretation. Neutrality. Supreme Court.

1. Introdução

Na teoria do direito contemporâneo é pacífico que inexistente “pureza”. A criação e aplicação do direito estão comprometidas com o social, com o político, com o econômico, constituindo, em última análise, um discurso de poder.¹ Por outro lado, o saber teórico sobre o direito, como conhecimento, é interessado, sendo impossível à neutralidade.²

O presente estudo se propõe a realizar uma análise crítica da difundida tese sobre a neutralidade (ou pura tecnicidade) das decisões do STF. A pergunta poderia ser: O Tribunal Constitucional é um órgão político? Suas decisões podem ser classificadas como políticas?³

Em razão das características do tema necessário se faz um enfoque de teoria do direito (constitucional), motivo pelo qual apresentaremos algumas reflexões sobre o sistema social e o sistema jurídico. O que interessa mais diretamente são as ideologias ligadas à neutralidade do juiz, buscando averiguar qual é a função da neutralidade política do poder judiciário. Isso nos remonta imediatamente ao problema do sentido e da função social das ideologias e dos mitos no campo do direito.

Em contraponto apresentamos as formas da neutralização do poder judiciário sob o argumento de que há que se conservar a imparcialidade no âmbito da aplicação da lei. Para verificar as possibilidades da neutralidade judicial realizaremos um estudo

* Mestre em Direito (ITE/Bauru) e Doutoranda em Direito (PUC/SP). Professora de Direito Processual Civil (ITE/Bauru), onde também é Professora Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa Docente e do Núcleo de Pesquisas e Integração do Centro de Pós-Graduação. Professora de Cursos de Pós-Graduação. Advogada.

de caso, analisando criticamente algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. A pergunta é: as decisões foram tomadas mediante aplicação objetiva (“positivista”) de normas vigentes ou em razão de imperativos decorrentes de mudanças e pressões socio-culturais e políticas? Também ressaltamos a impossibilidade de um Tribunal trabalhar sem métodos, baseado somente em argumentos políticos, observando que “a falta de um rigoroso método de interpretação e aplicação da Constituição não garantem o acerto e segurança desejados”.⁴

2. A interpretação jurídica

A interpretação jurídica, também denominada de hermenêutica, do grego *hermeneuein*, (*ερμηνεύειν*), se insere na teoria ou filosofia da interpretação que objetiva tornar compreensível o objeto de estudo, além de sua simples aparência e compreensão superficial.⁵

A palavra *hermeios* remete-nos para o deus Hermes que, segundo a mitologia grega, foi o descobridor da linguagem e da escrita. Hermes era tido como aquele que descobriu o objeto utilizado pela compreensão humana para alcançar o significado das coisas e para o transmitir a outras pessoas. O deus Hermes era vinculado a uma função de transmutação, transformando aquilo que a compreensão humana não alcançava em algo plenamente inteligível.⁶

Interpretar é conhecer, especialmente conhecer formas de expressão. Toda e qualquer forma de expressão, tudo que transmite ao homem alguma informação pode (deve) ser interpretado. Assim, também, as normas jurídicas são objeto de interpretação. Interpretar uma norma, segundo entendimento geral, é compreender seu significado e alcance.⁷

Quanto à interpretação das normas vigentes, parte da doutrina entende que ela se dá com base em valores: “insustentável

o propósito de uma teoria da interpretação cega para o mundo dos valores e dos fins e, ainda mais, alheia ou indiferente à problemática filosófica”.⁸

Outros doutrinadores, partidários da visão positivista, afirmam: “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem”.⁹

Em termos esquemáticos, apresenta-se aqui uma controvérsia entre os partidários de uma visão moralista ou claramente subjetivista que considera a interpretação como processo volitivo (o intérprete constrói o sentido das normas de acordo com valores e “precompreensões”, ditados pelo momento social e histórico ou simplesmente por sua preferência pessoal) e os adeptos de uma visão positivista ou objetivista que considera a interpretação como processo cognitivo (o intérprete deve extrair do texto da norma seus possíveis significados, afastando qualquer preferência ou valor que não corresponde à vontade do legislador).¹⁰

Seria possível a neutralidade na interpretação do direito?¹¹ Ou se trata de uma ideologia? Essa interrogação desdobra-se em dois questionamentos diferentes.

Um primeiro tema de estudo é a possibilidade de delimitar as condições, requisitos e limitações da interpretação jurídica “correta” ou seja, da interpretação jurídica “como deveria ser”.¹² Esse estudo objetiva elaborar uma *teoria normativa da interpretação do direito* que serve como guia para o operador do direito.

Um segundo tema, que constitui o objeto desse trabalho, é a análise da atividade decisória de autoridades estatais. O objetivo desse estudo é *descritivo*. Estuda-

se a interpretação jurídica “como ela é”¹³, em suas formas reais, conforme as opções e tendências dos intérpretes autorizados dos textos normativos. Isso permite entender a postura dos aplicadores do direito diante do problema da interpretação. Antes de realizar esse exame, respondendo a pergunta da possível neutralidade do aplicador do direito, se faz necessário apresentar as premissas de nosso pensamento.

3. Mito e ideologia

O pensamento mítico formou-se na Grécia, do séc. XXI ao VI a.C. Nasceu do desejo de dominação do mundo, para afugentar o medo e a insegurança. A verdade do mito não obedece à lógica nem da verdade empírica nem da verdade científica. É verdade intuída que não necessita de provas para ser aceita. É, portanto, uma intuição compreensiva da realidade, uma forma espontânea do homem situar-se no mundo.¹⁴

Os mitos acompanham os homens e sua evolução. Normalmente associa-se o conceito de mito à lenda, à mentira, à ilusão, à crença a ídolos. Ora o mito não é uma mentira, pois é verdadeiro para quem vive; orienta a vida e desempenha importantes funções sociais.¹⁵ A narração de uma história mítica é uma atribuição de sentido ao mundo, sobre o qual a afetividade e a imaginação exercem importante papel. Não podemos afirmar também que o mito é uma ilusão, pois sua história tem uma racionalidade, mesmo que não tenha uma lógica, por trabalhar com a fantasia.¹⁶

O mito pode ser conceituado como uma constelação de crenças, sentimentos e imagens organizadas ao redor de um tema central, com a finalidade de auxiliar os indivíduos a confrontarem e elaborarem os desafios capitais da existência.¹⁷

Na linguagem corrente do século XIX, o mito indicava aquilo que se opunha

à realidade.¹⁸ Em verdade o mito muitas vezes se contrapõe à realidade, mas não é necessariamente o contrário da verdade. É tudo aquilo que se tem por verdadeiro, mas que, na verdade, pode não o ser. É o que se apregoa como verdadeiro, sem maiores indagações ou questionamentos. No desenvolver da história, os mitos têm sido muito importantes para a educação. Através dos mitos, a população passa a desenvolver certas crenças e em razão das crenças adota comportamentos em conformidade com o sentido mitológico.

“Após Freud, Jung, Neumann, Melanie Klein, Erich Fromm, Mircea Eliade, e isto para citar apenas alguns dos grandes pioneiros e seus seguidores, o mito enveredou por caminhos bem mais legítimos e genuínos: deixou de ser uma simples história da carochinha ou uma ficção, ‘coisa inacreditável, sem realidade’. (...) Em relação à semiótica, temos um conceito feliz que liga a idéia do mito e da ideologia: ‘o mito é uma forma específica de manifestação do ideológico no plano do discurso’; é “estereotipação semiológica da ideologia”¹⁹

Tavares cita a representação mítica como “inegavelmente presente no pensamento de alguns sistemas políticos atuais, encontrando-se historicamente em todas as grandes culturas”.²⁰ Estes conceitos, principalmente a ligação do mito e da ideologia, nos leva a questão que move este estudo: o mito da neutralidade na jurisprudência.

Não é tarefa fácil descobrir o que é mito e o que é explicação científica nas variadas circunstâncias da vida. No estudo do direito nos deparamos com essa dificuldade quando encontramos conceitos aceitos pela força da tradição e da autoridade e sempre com uma áurea de dogma.²¹ A neutralidade dos juizes tem sido tratada como dogma no direito, sendo erigida à categoria de mito, em razão das diversas influências existentes nas decisões.

A ideologia da ciência jurídica e todas as influências sociais externas recebidas pelo sistema jurídico permitem que o juiz que atue, como dizia Montesquieu, apenas como “boca da lei”? Para demonstrar a cientificidade do direito, Kelsen acabou fortalecendo o mito da ciência impermeável a fatores externos. Como devemos entender a idéia de sistema jurídico em relação ao sistema social? Há influências ou devemos analisar o direito como sistema fechado que permite uma interpretação e aplicação estritamente objetivas?

É da pretensa desideologização dos conceitos e métodos de trabalho no direito que os juristas têm haurido os fundamentos para uma concepção politicamente asséptica de direito, jurisdição e ciência, concepção essa que, no entendimento de muitos, não passa de mito.²²

4. Direito e neutralidade

“Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto”.²³

Assim começa Hans Kelsen sua *Teoria Pura do Direito*, em que procura escoimar o Direito de toda e qualquer influência de elementos que lhe são estranhos. Durante algum tempo a neutralidade do jurista foi apontada como virtude. Por outro lado, a maioria dos pensadores do direito no século XX, partindo das mais variadas premissas filosóficas e sociológicas, questionaram a neutralidade do aplicador do direito, chegando até a considerá-la inexistente.²⁴ Preferimos denominar a visão da neutralidade como mito, por entendermos ser uma construção necessária para a justificação ideológica (legitimidade) do sistema jurídico.

Temos também a possibilidade de considerar como dogmática jurídica o paradigma que busca estabelecer regras para aplicação eqüitativa da norma jurídica no caso concreto. A verdade é que essa leitura tem caráter ideológico. Pretende-se, através da dogmática, estabelecer paradigmas teóricos, cuja função é garantir a uniformidade e a segurança jurídica na interpretação da lei.²⁵

A dificuldade em aceitar a pureza pretendida por Kelsen vem da idéia de ser o estudo do direito intimamente ligado à sociologia e a outras ciências humanas, o que lhe atribui características de sistema que depende de crenças e práticas sociais e de interesses políticos. Nenhuma ciência é pura, autônoma ou neutra; todas estão sujeitas a influências externas. O teórico crítico não pode perder a perspectiva global, limitando-se a uma visão fragmentada do estudo do direito.

Uma das abordagens mais criticadas é o positivismo jurídico que sofre principalmente a seguinte censura: não refletir sobre a origem histórica do seu pensamento, ignorando que atende a interesses políticos específicos e que se presta à apropriação de poderes econômicos que deseja ignorar.²⁶

Por outro lado, não pretendemos pregar a liberdade dos juízes em relação à lei, nos termos reivindicados, por exemplo, pela Escola do Direito Livre. Esta linha de pensadores entendia necessário proporcionar uma grande independência ao juiz com relação aos métodos de interpretação, permitindo-se ao juiz corrigir e completar a lei, guiado por orientações subjetivas, com a valoração de interesses pelos próprios sentimentos e criando, ao lado ou no lugar do direito positivo, novas normas. Tivemos ainda, no mesmo espírito, a escola do “direito vivo”, pregando um “desapego” à lei positiva.²⁷

Buscamos assim o equilíbrio entre o direito puro pretendido por Kelsen e o

direito com uma “tendência de materialização da interpretação, isto é, pela introdução de elementos subjetivos e moralistas na interpretação”.²⁸ Este (difícil) ponto de equilíbrio deverá também considerar a crítica à idéia de que a interpretação é destituída de qualquer subjetividade por parte do operador o qual apresenta uma série de elementos além da letra da lei, com a presença de sua vontade no ato de interpretação,²⁹ não passando a neutralidade de um mito imposto para justificar um modelo idealizado do direito, conforme uma teoria normativa da interpretação.

A questão torna-se ainda mais complexa quando analisamos a jurisdição constitucional que trata de questões formalmente jurídicas, mas materialmente políticas.³⁰

5. Imparcialidade e neutralidade

Imparcial significa julgar sem paixão, de forma reta, “justa”. É uma idéia ligada à legalidade sem a interferência consciente de um elemento externo que não a conformidade do texto normativo. Imparcialidade significa, em última instância, decisão de acordo com a Constituição Federal. A imparcialidade se apresenta como um dos principais pressupostos da segurança jurídica e como principal justificativa da interpretação “positivista”.

Já a neutralidade está ligada ao conceito da ideologia. Todos temos uma carga de valores que influencia nossos conceitos, crenças e práticas sociais. A ideologia não é um elemento externo e sim um elemento subjetivo e inextricável. Logo a interpretação, especialmente do texto constitucional, esta sempre impregnada de elementos ideológicos, não podendo ser neutra, “isenta” e “objetiva”.

As normas constitucionais apreciadas pelo STF possuem, na maioria dos casos, baixo grau de densidade norma-

tiva, permitindo maior “elasticidade” na interpretação. O problema está na forma de aplicação de fontes do direito de baixo grau de densidade. Devemos aqui analisar as regras de funcionamento do sistema jurídico, definindo as categorias de elementos que o compõem e sua aplicabilidade.

As normas de baixa densidade incluem os princípios gerais de direito, os princípios constitucionais e os conceitos indeterminados.³¹

a) Os princípios gerais de direito³² são indicações de conduta que norteiam o legislador na elaboração da norma. Não se encontram positivados no sistema normativo. A partir da positivação, o princípio passa a ser cláusula geral, que continua apresentando conteúdo normativo baixo, mas gera direitos e obrigações.

b) Pertencem também ao sistema os princípios constitucionais,³³ entre os quais encontramos os princípios fundamentais que assumem o caráter de normas estruturais ou de calibração.³⁴ Essas últimas não integram diretamente o sistema jurídico sendo um elemento regulador da introdução e aplicação de normas.

c) Os conceitos legais indeterminados³⁵ são vagos, imprecisos e genéricos. Cabe ao julgador, preencher os vãos exercendo atividade concretizadora. Os conceitos legais indeterminados passam a ser conceitos determinados pela função que exercem no caso concreto, em razão de suas características e aplicabilidade, sendo resultado de vetores indicados pelo próprio sistema. Devem ser classificados como normas estruturais ou de calibração.

Considera-se que a utilização das várias espécies de regras e princípios oferece a possibilidade de resolver problemas pela via integrativa mediante decisões dos tribunais que interpretam e aplicam a Constituição Federal. Quando o STF atua como intérprete da Constituição e admite a constitucionalidade ou inconstitucionalidade

lidade de uma norma atribui à norma um conteúdo concreto existente no sistema, mas não especificamente na própria norma - especialmente nos casos complexos.³⁶

Nesse sentido, a decisão de cada membro do Tribunal Constitucional inevitavelmente adota elementos extrajurídicos ou políticos. Por outro lado não perde seu caráter jurídico, que lhe confere legitimidade, uma vez que sujeita a decisão a critérios de direito e adota formas jurisdicionais, reduzindo o conflito a uma forma jurídica sem ignorar sua natureza política. Devemos “compreender a junção que há entre o político e o jurídico, nas decisões do Tribunal Constitucional, que não interferem a ponto de desmanchar essa última característica”.³⁷

6. Aspectos gerais dos sistemas normativos

Para analisar a dinâmica das decisões do STF adotamos a abordagem sistêmica para verificar elementos que podem influenciar a neutralidade da Corte Constitucional brasileira. Questões políticas influenciam a aplicação da Constituição Federal? Como atua o sistema político-social e o sistema jurídico?

Luhmann partiu da premissa que “é necessário ver e pesquisar o direito como estrutura e a sociedade como sistema em uma relação de interdependência recíproca”.³⁸ No desenvolvimento de sua obra, Luhmann recorreu ao conceito, desenvolvido pela biologia, da *autopoiese* que metaforicamente foi aplicado aos sistemas sociais.³⁹ O sistema autopoietico é construído por quem observa. A sociedade é um grande sistema social que compreende todas as formas de comunicação. Esse sistema se divide em sistemas parciais como o econômico, o jurídico e o político. Todos esses são operativamente fechados, segundo Luhmann, já que a operação é a reprodução de um elemento do sistema fechado

a partir dos elementos que compõem esse mesmo sistema.⁴⁰

Simplificando, podemos dizer que, observado a partir da perspectiva da sociedade, o direito faz parte do sistema social global, mas quando o direito é observado a partir da própria perspectiva jurídica apresenta-se como um sistema fechado que utiliza seu próprio código de comunicação (lícito/ilícito) - e não códigos sociais em geral.

Os partidários da visão autopoietica consideram como principais características do sistema jurídico a alienação permanente e multiforme do direito em relação às suas origens sociais. O direito é cognitivamente aberto, pois consegue “aprender” e se transformar segundo estímulos sociais. Isso ocorre através de mudanças na legislação e nas demais práticas decisórias. Mas mesmo assim, o direito permanece estruturalmente (ou operativamente) fechado, pois funciona e se reproduz segundo seu próprio código, diferenciando-se e isolando-se de qualquer outro sistema social. Temos então as decisões como uma forma de acoplamento do sistema jurídico ao sistema social que não anula a autonomia do direito.⁴¹

Muitas vezes constatamos a ausência de fronteiras claras entre os diversos domínios de ação e de experiência. Isso prejudica a identidade e a autonomia do sistema jurídico em relação ao seu contexto social. Devido à falta de diferenciação adequada das esferas de comunicação a complexidade social resta insuficientemente ordenada ou é estruturada de maneira defeituosa. Isto conduz ao bloqueio da reprodução do direito que se revela impotente para delimitar essas fronteiras em face das pressões da sociedade.⁴²

Podemos descrever o sistema jurídico da seguinte forma: “o direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea; e coerência ou, talvez mais rigorosamente,

consistência; e unidade de sentido, e valor incorporado em regra”.⁴³

O fato das proposições normativas se encontrarem ordenadas implica na idéia de hierarquia das normas. Kelsen desenvolveu a temática partindo da premissa da unidade formal e da consistência absoluta do ordenamento jurídico, tendo como ápice da hierarquia as normas da Constituição no sentido formal.⁴⁴

Essa idéia sobre sistemas nos permite questionar se a aplicação do direito pelo Supremo Tribunal Federal corresponde ao sistema cognitivamente aberto e estruturalmente fechado de Luhmann ou se, analisando as decisões, verificamos a abertura do sistema jurídico com “quebra” de seu código. “É preciso analisar nesse contexto, problemáticas relacionadas às pressões sociais específicas, que poderiam repercutir negativamente na atuação neutra que se espera do Tribunal Constitucional”.⁴⁵ É o que tentamos a seguir.

7. O confronto da teoria e da prática

Como se reflete esta teoria sobre a estrutura e o funcionamento do sistema jurídico na prática? Há possibilidade de afirmar o fechamento do sistema jurídico? Consegue o julgador manter a neutralidade e a imparcialidade, necessárias para a exata aplicação de normas hierarquicamente superiores? A aplicação do direito se dá de forma científica ou técnica com base nos critérios e códigos estabelecidos pelo próprio sistema jurídico? O sistema social influencia diretamente o sistema jurídico? No intuito de sugerir alguma resposta a essas interrogações passamos para a análise de casos concretos.

7.1. Caso Antonio Carlos Magalhães⁴⁶

Nesse acórdão de 1993 o STF examinou sua competência para o julgamento de

queixa-crime contra um Ministro de Estado que deixou o cargo para se tornar Governador de Estado. Discutia-se a aplicação ou não da Súmula 394 do STF de seguinte teor: “Cometido crime durante o exercício funcional prevalece à competência especial por prerrogativa de função ainda que o inquérito ou ação penal seja iniciado após a cessação daquele exercício.”

A questão a ser decidida era a seguinte: Governador que, no período de exercício de seu cargo, estava sendo processado criminalmente deveria ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) conforme prevê o art. 105, I, a da CF, já que é Governador, ou pelo STF em razão de, na época dos fatos, ter sido Ministro de Estado (art. 102, I, c da CF) e a Súmula 394 determinar a competência especial mesmo após a cessação de exercício da função?

No julgamento do STF, ponderou o Relator Min. Moreira Alves que “é notório que o querelado é governador do Estado, estando sujeito a processo perante o STJ (art. 105, I a da CF)”. O Ministro demonstrou sua preocupação com a imparcialidade do poder judiciário em relação às influências políticas que a Constituição procura evitar.

“A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que *resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade*.”⁴⁷ Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia

bilateral, garantia contra e a favor do acusado. A prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. (...) As prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos”.

Contrariamente ao entendimento do Relator temos o entendimento do Min. Celso de Mello:

“O que induz a competência penal originária do Supremo Tribunal Federal é a natureza do cargo ou das funções em cujo exercício teria sido praticado o ilícito penal. Trata-se, neste caso, de competência fixada *ratione muneris*, em face de uma relação de contemporaneidade entre o desempenho da atividade pública e o suposto cometimento da prática delituosa, que se revela inalterável mesmo ante modificações supervenientes da situação jurídico-funcional do acusado. Os elementos existentes nestes autos evidenciam a configuração de clara situação caracterizadora de *perpetuatio jurisdictionis*, do que deriva - como necessário efeito consequencial - a subsistência da competência penal originária do STF para processar e julgar a presente causa, ajuizada em face de réu que, anteriormente, ostentava a condição funcional de Ministro de Estado e, hoje, titulariza o mandato de Governador de Estado. Com estas considerações, e pedindo vênia ao em. Relator, entendo aplicável ao caso o enunciado 394 da Súmula desta Corte e, rejeitando a preliminar suscitada, reconheço a competência do Supremo Tribunal Federal para o procedimento penal em causa”.

Constatamos que o mesmo texto normativo é interpretado de maneiras incompatíveis entre si, gerando divergências

sobre a possibilidade de sua aplicação no caso concreto. Tais situações não são raras no mundo jurídico, mesmo se provocam perplexidade do ponto de vista lógico e causariam estranheza no âmbito de ciências e técnicas “exatas”. Basta imaginar a situação de um paciente que tendo feito simultaneamente o mesmo exame em dois laboratórios recebe resultados que se contradizem.

Seja como for, interessa nesse ponto refletir sobre os motivos de tal divergência. O texto da norma não é mais do que um conjunto de palavras escritas que veiculam a vontade do legislador. Ora, as palavras podem ser polissêmicas, obscuras ou claramente inapropriadas. Isso leva o julgador a buscar a *intenção legislativa*,⁴⁸ ou seja, aquilo que *ele* considera como tal intenção, optando pela interpretação que *ele* considera como a melhor.

A interpretação, conforme podemos constatar no julgado acima apresentado, é uma atividade científica livre, indagação do sentido da lei com amplas margens de discricionariedade do aplicador. Esta interpretação é uma atividade única, complexa, de natureza lógica e prática, consistindo em induzir de certas circunstâncias a vontade legislativa.⁴⁹

Neste caso, e como normalmente ocorre, a Constituição Federal e a Súmula estabelecem previsões genéricas e ambíguas, sendo legítimas as dúvidas sobre o sentido dos termos “Ministro de Estado” e “Governador”. Sabemos que em muitos casos a resposta é fácil, mas em outros casos, marcados pela complexidade e pela imprevisibilidade da vida real, pode se formular a pergunta se o termo “Ministro de Estado” abrange qualquer pessoa que exerceu o cargo de acordo com o art. 102 da CF ou se a *ratio legis* cessa a partir do momento em a pessoa se desliga do cargo? E ainda mais: a interpretação pode ser influenciada pela circunstância fática de a

pessoa exercer outro cargo público de particular relevância e/ou ser político de destaque nacional? Constatamos que no STF foi proposta uma interpretação literal pelo Relator e uma interpretação extensiva pelo Min. Celso de Mello. Isto significa que os Ministros divergiam sobre o aspecto temporal das normas.

Uma análise mais profunda deveria levar em consideração as circunstâncias concretas do caso, o debate do período e o contexto político, informações sobre preferências e posturas políticas dos Ministros e outros elementos que eventualmente permitiriam encontrar fatores extrajurídicos que efetivamente influenciaram a decisão. De qualquer forma, temos aqui uma divergência que se justifica pela própria abertura semântica do material normativo a ser interpretado. A sua constatação indica a impossibilidade de afirmar que a interpretação do direito possa ser “automática” e o intérprete permanecer em uma postura de neutralidade.

7.1.2. Interpretação literal

A interpretação literal “propõe que aos termos de uma lei se atribua aquilo que melhor chamaríamos de seu significado acontextual, isto é, só significado que lhes atribuiríamos se não dispuséssemos de nenhuma informação especial sobre o contexto de seu uso ou as intenções do autor.”⁵⁰ “Uma vez que a lei está expressa em palavras, o intérprete há de começar por extrair o significado verbal que delas resulta, segundo a sua natural conexão gramatical.”⁵¹

Esse método de interpretação não admite que sejam feitas ressalvas tácitas e dependentes de contexto ao significado do termo na linguagem comum ou jurídica, motivo que levou o Relator do caso em estudo a aplicar o disposto na Constituição Federal de forma “acontextual”, isto

é, independentemente das circunstâncias particulares que estavam presentes no caso e que o Constituinte não podia evidentemente prever.

Muito se criticou esse método de interpretação. Afirma-se por várias correntes metodológicas que devem ser introduzidos à interpretação elementos subjetivos, históricos, sociais e, principalmente, morais, com vistas ao que se denomina “moralização da ciência jurídica”, acusando o positivismo jurídico de ser ideologia envelhecida, teoria ingênua e politicamente perigosa.⁵²

Por outro lado, a tentativa de afastamento da letra da lei e da sistemática jurídica no intuito de encontrar a melhor decisão foi também submetida a críticas. “O argumento de que uma decisão não conforme ao direito é justificada pela moral conduz a uma legitimação incondicional das decisões dos órgãos estatais.”⁵³ A tentativa de não aceitar/interpretar o direito tal como ele é acarreta o que se denominou “subjetivismo desejado” que apresenta o risco de aniquilar as decisões do legislador democrático.⁵⁴ Base dessa posição é a tese (positivista) da separação entre o direito, a moral e as considerações sociológicas.

Para finalizar lembramos que, em matéria de interpretação jurídica, não podemos falar em verdadeiro/falso, pois essa dicotomia pertence às ciências exatas. “O direito é uma ciência convencional e, assim, admite a mutação de sua própria interpretação, sem que a anterior pudesse ser considerada verdadeira e, doravante, passasse a ser falsa.”⁵⁵

É necessário estabelecer um ponto de equilíbrio não caindo nas armadilhas simplificadoras de certo positivismo que adota o mito da neutralidade do julgador, considerando a interpretação como atividade quase mecânica. Em nossa opinião, *o julgador deve ser imparcial, mas não consegue ser neutro*. Tampouco podemos

aceitar que o juiz possa se valer de ponderações morais,⁵⁶ de cunho subjetivo, para o julgamento. Isso significa que devemos aplicar o direito “como ele é” e não como ele deveria ser na opinião do aplicador ou mesmo da maioria da sociedade. Verificamos mais uma vez que a abertura do texto normativo a ser interpretado dá margem a posicionamentos ideológicos, não sendo possível o julgador permanecer neutro.

7.1.3. Interpretação sistemática

Verificamos a proposta de uma interpretação sistemática no voto do Min. Ilmar Galvão quando aduz:

“Convenceu-me, todavia, o eminente Relator de que a Súmula, calcada em interpretação jurisprudencial de textos infraconstitucionais, como o art. 87 do Código de Processo Penal, não pode prevalecer, diante de norma constitucional expressa, introduzida pela Carta de 1988, segundo a qual compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados (art. 105, I, a). Trata-se de dispositivo que não permite distinguir crime praticado durante o exercício do mandato de crime ocorrido anteriormente. Engloba ambas as hipóteses”.

A interpretação sistemática faz parte do trabalho de interpretação em razão do grande número de normas que formam o sistema jurídico e podem influenciar a decisão. Nessa perspectiva o direito é “um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, em que cada um tem o seu posto próprio”.⁵⁷ O argumento sistemático tanto pode ser utilizado como referência para identificar a posição de uma norma no corpo jurídico quanto para estabelecer sua relação lógica e teleológica com outras normas, objetivos e princípios.⁵⁸

A interpretação sistemática adquire maior relevo quando o significado de uma

regra se revela inconsistente ou incoerente com outras regras válidas deste sistema. Verificamos então a necessidade de um modelo de interpretação operativa⁵⁹ dentro do contexto funcional do direito que permita decidir resolvendo as antinomias internas. No caso em análise temos a indicação da necessidade de levar em consideração os aspectos hierárquicos, procedendo à harmonização do sistema jurídico.

7.1.4. Interpretação histórica

O Min. Ilmar Galvão recorreu também à interpretação histórica, evidenciando que a Súmula 394 surgiu com base em uma omissão do então constituinte que hoje não se verifica na Carta Magna:

“No regime anterior, em que, também por via de interpretação, se chegou à competência dos Tribunais de Justiça para processamento e julgamento dos Governadores dos Estados, ainda se podia admitir a prevalência da Súmula, do mesmo modo como hoje ainda é de admitir-se, relativamente aos Deputados Estaduais, o mesmo sendo de dizer-se dos Prefeitos, em relação aos quais, como já admitiu esta Corte, em julgamento recente, o julgamento pelos Tribunais de Justiça, previsto no art. 29, VIII, da CF/88, corresponde menos a uma prerrogativa de função do que à necessidade de poupar-se a referida autoridade do vexame de ser julgado no seio restrito da própria Comuna que dirige, inconveniência de que lhe preserva a aplicação da Súmula. Em relação aos Governadores, Sr. Presidente, já não há que se decidir com base em construção jurisprudencial. A Constituição é expressa, não havendo como afastar a incidência da norma, que é clara e peremptória, por via de interpretação de textos de natureza infraconstitucional”.

Nesse caso, a interpretação histórica tem especial relevo, uma vez que os acórdãos que justificaram a aprovação da

Súmula 394⁶⁰ foram anteriores à Emenda Constitucional nº 1/69, que estabeleceu a competência do STF para processar e julgar, originariamente, os Deputados e Senadores, nos crimes comuns (art. 119, I, “a”).

Nem a Constituição de 1946, sob cuja égide foi elaborada a Súmula 394, nem a de 1967 com a Emenda Constitucional nº 1/69, atribuíram competência originária ao STF para o processo e julgamento de ex-titulares de cargos ou mandatos que durante o exercício gozavam de prerrogativa de foro, para crimes praticados no período. Portanto, o art. 105, I, a da CF justifica a mudança de interpretação com base na mudança normativa.

Verificamos que a Súmula apresentava um significado de acordo com a intenção do legislador histórico que não é mais compatível com o significado que o Ministro atribui ao texto constitucional vigente. Nesse âmbito é interessante observar que a Súmula 394 foi revogada em 25-8-1999, depois de vigorar por trinta e cinco anos. A súmula havia sido editada em 3-4-1964 em contexto de idéias e normas muito diferentes das atuais. Essa súmula teve seu cancelamento decidido em sessão plenária suscitada no Inquérito 687-SP, em que figurava como indiciado um ex-deputado federal.

As regras de direito são produto de uma lenta evolução. Isso torna crucial o entendimento da origem histórica de um texto, seu desenvolvimento e suas transformações. O entendimento contemporâneo da previsão legal oferece uma visão mais correta: “uma norma de direito não brota dum jacto, como Minerva armada da cabeça de Júpiter legislador.”⁶¹

O principal ponto de ligação entre o sistema social e o sistema jurídico é a produção de normas jurídicas. Nos regimes democráticos, o legislador deve se preocupar com as mudanças sociais, deve estar “cognitivamente aberto” para implementar

reformas, atendendo a solicitações e pressões sociais. O legislador e não o intérprete da lei deve ser o meio de interação, criando uma ponte entre o sistema político e o sistema jurídico. Sob pena de destruição do sistema jurídico, abolindo sua diferença de outros sistemas sociais e aceitando que o judiciário continue fundamentando, formalmente, suas decisões em critérios jurídicos, mesmo quando a conveniência política é a verdadeira *ratio decidendi*.

7.2. O caso da taxa de juros reais

Em outro acórdão, o STF, tendo como relator o Min. Marco Aurélio, decidiu, por maioria de votos (vencido o relator), não conhecer do recurso extraordinário, que pretendia a aplicação do § 3º do art. 192 da CF para a limitação dos juros reais em 12% ao ano. Decidiu-se que a norma não é auto-aplicável.⁶²

Transcrevemos partes do voto do Min. Relator Marco Aurélio que aponta mudança de seu posicionamento:

“Senhor Presidente, trata-se do embate entre a usura e o Brasil. Não consegui mais resistir à força da minha consciência e passei, também nesta matéria, a votar de acordo com o convencimento pessoal. Em época de deflação, contamos com juros realmente excessivos.

Eis as razões do meu entendimento: Repetem-se os processos versando sobre o limite de juros previsto no § 3º do art. 192 da CF, em decorrência, única e exclusiva, de um só procedimento: em especial, as instituições financeiras vêm praticando juros muito acima da taxa-limite imposta pelo texto constitucional. Em época de inflação a girar em menos de 1% a. m., cobraram-se juros que chegam a 75% a. a. no desconto de duplicatas, 60% a. a., relativamente a empréstimos para capital de giro, e 187% a. a., em se tratando de crédito ao consumidor, conforme editorial publicado

na “Folha de São Paulo”, de 25-05-98, sob o título “Juros ainda insuportáveis”.

Esta prática implica a estagnação do desenvolvimento do País e, com isso, a ausência de empregos não só para aqueles que já se encontram no mercado, como também para a força jovem que, ano a ano, nele é projetada, isto sem falar da derrocada das contas públicas, a inviabilizar investimentos nas áreas vitais da saúde, da educação e da segurança pública. A quadra, ora vivida, é de molde a imaginar-se que haverá de ocorrer um desfecho em tal situação, e tudo deve ser feito para que não haja o afastamento da almejada paz social.

(...) Qual o móvel da volta à matéria, se houve a emissão de entendimento a respeito pelo Colegiado Maior? A resposta é única e diz respeito à força do convencimento, à força da consciência do próprio julgador, em conflito, considerado o precedente. Quando cobrado, no âmbito da coerência, da necessidade de preservar-se a hegemonia do Direito e a uniformidade do arcabouço normativo constitucional, costume dizer que a disciplina na atividade judicante não conduz, por si só, a um efeito vinculante automático, colocando em plano secundário, até mesmo, o dever do magistrado de buscar a máxima eficácia do preceito constitucional, procedendo com submissão, tão-somente, à idéia que forme sobre o alcance da norma em tela. Oito anos passaram-se após o julgamento da ADIn nº 4-7. (...)

Em síntese Sr. Presidente, não tanto em prol do devedor, mas visando ao bem-estar social, a paz social com o indispensável desenvolvimento do país, observando-se os 12% previstos no preceito como taxa máxima de juros anuais passíveis de serem cobrados pelo credor, conheço do recurso e provejo para limitar em 12% ao ano os juros reais.”

Verifica-se aqui a estreita ligação entre o sistema político e o sistema judiciá-

rio e como o ato de interpretação implica uma série de valores e acaba acarretando decisões não só divergentes, mas sujeitas à mudança de posicionamento com o decorrer do tempo.⁶³

Encontramos argumentos que demonstram a pressão externa. No final do trecho citado, o Ministro se refere a valores como o bem estar e o desenvolvimento do país, indicando que as demandas sociais acabam permeando o espírito do julgador. A decisão demonstra a sua preocupação com o impacto social de medidas que influenciam a economia e o desenvolvimento nacional e o exercício de direitos sociais. Isto demonstra que o julgador não é, não precisa ser e, inclusive, confessa que não deseja ser um alienado político, pois não considera possível manter-se neutro em relação à realidade social. Mas apesar de se tratar de questão política a decisão pretende (e deveria) ser estritamente jurídica por seus métodos, fundamentos e critérios.

8. Considerações finais

Constatamos a impossibilidade de aceitar o mito da neutralidade do juiz no exercício da atividade decisória. As decisões colacionadas têm como característica comum uma forte influência política, sob vários aspectos. O juiz neutro não existe, pois não há como se desvincular das ideologias pessoais e socialmente prevalentes. É diferente o problema do juiz imparcial, que corresponde ao imperativo de não favorecer uma das partes. O fato do juiz não ser neutro não implica necessariamente em sua parcialidade, mesmo se muitas vezes sua ideologia se reflete na direção do processo e na decisão. Por exemplo, um posicionamento ideológico de esquerda indica uma maior sensibilidade com a parte economicamente mais fraca e vice-versa.⁶⁴

Isto não significa apenas que os valores pessoais estão presentes nas decisões,

mas que o sistema jurídico é cognitivamente aberto e estruturalmente acoplado a outros sistemas - especialmente ao sistema político. Se considerarmos que essa interligação sistemática por acoplamentos significa a “politização do judiciário”, os tribunais realmente são políticos.⁶⁵

Apesar de o intérprete usufruir de certa flexibilidade no exercício da atividade interpretativa, seu limite deve ser a lei. Muitas vezes o julgador se vê tentado a superar estes limites operativos, recorrendo a técnicas decisórias não compatíveis com o sistema jurídico.

Os sistemas possuem uma intercomunicação e no caso do sistema jurídico essa via é a mudança legislativa. “A lei é ferramenta do sistema jurídico, mas é também, simultaneamente, instrumento para estratégias políticas. Entretanto para o sistema jurídico, a lei é operacionalizada, descrita e aplicada de modo diverso que nos demais sistemas”.⁶⁶

A interpretação jurídica não é uma atividade apolítica nem deveria ser um exercício de arbítrio político. “O profundo conhecimento do contexto histórico e político é necessário, porque só a história e a política dão sentido às disposições legais. Porém este conhecimento constitui um requisito cognitivo da atividade de interpretação que não deve influenciá-la diretamente. O intérprete ideal não é um tecnocrata ou um apolítico, mas sim uma pessoa que conhece muito bem a política e consegue descrever o direito em vigor, sem fazer prevalecer as suas visões políticas”.⁶⁷

Verificamos nos julgados a existência de elementos externos que pressionam os julgadores. O STF pode ser imparcial e ter o mito da neutralidade assegurado pelos ritos processuais que permitem evitar que a decisão seja considerada política. O mito judicial denominado “neutralidade” cerca os Tribunais Constitucionais e permite confirmar a vontade do texto constitucional que,

em última análise, seria a vontade do próprio povo⁶⁸. Não falamos aqui de dogmas, mas sim de verdadeiros mitos do direito, uma vez que a neutralidade pretendida nada mais é do que a manifestação do ideológico como justificação do sistema legal.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.
- ALTHUSSER Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. In ŽIŽEK, Slavoj (org.). Um mapa da ideologia. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- BECKER, Rafael Alexandre. O mito da neutralidade do Juiz no Processo. *Quaestio Iuris* n° 1, jan./abr. 1997.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CASTIGNONE, Silvana. Introduzione alla filosofia del diritto. Roma: Laterza, 2001.
- DIMOULIS, Dimitri. Positivismo, moralismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional. *Revista dos Tribunais*, v. 769, 1999, p. 11-27.
- _____. Manual de introdução ao estudo do direito. São Paulo: RT, 2003.
- DWOKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- EHRlich, Eugen. Fundamentos da sociologia do direito. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.
- ELLIADÉ, Mircea. Mitos, sonhos e mistérios. Lisboa: Ed. 70, 1989.
- FARIA, José Eduardo. A reforma do ensino jurídico. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. Coimbra: Armênio Amado, 1978.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- FRANCHINI, Ademilson; SEGANFREDO, Carmen. As 100 melhores histórias da mitologia. Porto Alegre: L&PM Editores, 2003.

- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. Conhecimento e interesse. *Rio de Janeiro: Zahar*, 1982.
- HART, Herbert. O conceito de direito. *Lisboa: Gulbenkian*, 1986.
- KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. *São Paulo: Martins Fontes*, 2000.
- _____. Teoria pura do direito. *São Paulo: Martins Fontes*, 2001.
- KURY, Mário da Gama. Dicionário de mitologia grega e romana. *Rio de Janeiro: Zahar*, 1992.
- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. *Lisboa: Gulbenkian*, 1978.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito, v. I. *Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro*, 1983.
- _____. *L'unité du système juridique*. Archives de philosophie du droit, 1986, v. 31, p. 163-188.
- _____. Law as a social system. *Oxford: Oxford University Press*, 2004.
- LUZZATI, Claudio. L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del Diritto. *Milano: Giuffrè*, 2000.
- MATURANA, Humberto. *Emoções e linguagem na educação e na política*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.
- MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, t. II. *Coimbra: Coimbra editora*, 2000.
- MODUGNO, Franco. Principi generali dell'ordinamento. In MONGONI, Luigi et. al. Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici. *Torino: G. Giappichelli Editore*, 2000.
- MARMOR, Andrei (org.). Direito e interpretação. *São Paulo: Martins Fontes*, 2000.
- MOORE, Michel S. Interpretando a interpretação. In MARMOR, Andrei (org.). Direito e interpretação. *São Paulo: Martins Fontes*, 2000.
- NERY Jr., Nelson. *Contratos no Código Civil*. In Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. *São Paulo: LTR*, 2003.
- NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. *São Paulo: Acadêmica*, 1994.
- PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. *Porto Alegre: Livraria do Advogado*, 1997.
- PUGINA, Márcio Oliveira. Deontologia, magistratura e alienação. *AJURIS*, v. 59, p. 169-198.
- REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. *São Paulo: Saraiva*, 2000.
- _____. O direito como experiência. *São Paulo: Saraiva*, 1992.
- ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano, CLAM, Jean. Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito. *Porto Alegre: Livraria do Advogado*, 2005.
- SCHIAVELLO, Aldo. Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. *Giappichelli: Torino*, 2004.
- TAVARES, André Ramos. Tratado da arguição de preceito fundamental. *São Paulo: Saraiva*, 2001.
- _____. Curso de direito constitucional. *São Paulo: Saraiva*, 2002.
- _____. Teoria da justiça constitucional. *São Paulo: Saraiva*, 2005.
- _____. *Elementos para uma teoria geral dos princípios, na perspectiva constitucional*. In LEITE, George Salomão (org.). Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. *São Paulo: Malheiros*, 2003, p. 21-51.
- TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. *Lisboa: Gulbenkian*, 1993.
- TOMAZETTI Junior, Alcides. *Execução do contrato preliminar*. São Paulo: USP, Tese de doutorado não publicada 1982.
- WARAT, Luiz Alberto. Introdução geral ao direito, v. I. *Porto Alegre: Fabris*, 1995.
- WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. *Lisboa: Gulbenkian*, 1993.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. *Madrid: Civitas*, 1985.
- ZIEMER, Roberto. Mitos organizacionais. *São Paulo: Atlas*, 1996.
- ŽIŽEK, Slavoj (org.). Um mapa da ideologia. *Rio de Janeiro: Contraponto*, 1999.

NOTAS

¹ Tavares, 2001, p. 102; Ferraz Jr., 1988, p. 310 e ss.; Reale, 2000, p. 54; Miranda, 2000, p. 198.

² Habermas, 1982, p. 32.

³ Tavares, 2005, p. 471-479; Tavares, 1998, p. 31.

⁴ Tavares, 1998, p. 48; cfr. Dimoulis, 1999, p. 12.

⁵ Tavares, 2005, p. 471-479. Tavares, 2002, p. 69-80; Hart, 1986, p. 309 e ss.; Luzzati, 2000;

Dimoulis, 2003 p. 156-182; Dimoulis, 1999, p. 11-27.

⁶ Franchini, Seganfredo, 2003, p. 29-32.

⁷ Trata-se de um processo de determinação do sentido das normas jurídicas. O operador do direito busca entender as normas jurídicas por meio da aplicação de métodos próprios ao seu campo do saber” (Dimoulis, 2003, p. 157).

⁸ Reale, 1992, p. 237.

⁹ Kelsen, 2001, p. 467.

¹⁰ Dimoulis, 1999, p. 14-25.

¹¹ Tavares, 2005, p. 471-476.

¹² Do ponto de vista teórico há confusão entre a observação do direito na perspectiva dogmática (o direito válido, efetivamente existente) e a sua observação a partir da perspectiva da idealidade (o direito que uma pessoa, grupo ou até sociedade inteira gostaria que existisse). Cfr. Dimoulis, 2003, p. 51-53.

¹³ Regra essa ressaltada tanto por partidários do realismo jurídico (Castignone, 2001, p. 112-114), como por autores positivistas (Schiavello, 2004, p. 11).

¹⁴ Kury, 1992, p. 445.

¹⁵ A ideologia é defendida conforme os valores do interlocutor ou daquele que impõe algum tipo de dominação, como o Estado, para garantir a reprodução das relações de produção e poder. Não se trata, portanto, de “mentiras”, mas sim de adaptações de temas flexíveis. Cfr. Althusser, 1999, p. 162. O discurso ideológico possui ainda a característica de ser facilmente manipulável. Como exemplo podemos citar a guerra do Golfo, em 1991: “Em vez de dar informações sobre as tensões e antagonismos sociais, políticos e religiosos do Iraque, a mídia acabou reduzindo o conflito a uma briga com Saddam Hussein, personificação do mau, o fora da-lei que se excluiu da comunidade internacional civilizada. Mais que a destruição das forças militares do Iraque, o verdadeiro objetivo foi apresentado como sendo psicológico como a humilhação de Saddam que tinha que ‘perder a pose’.” (Žižek, 1999, p. 10).

¹⁶ Franchini, Seganfredo, 2003, p. 11.

¹⁷ Ziemer, 1996, p. 30.

¹⁸ Eliade, 1989, p. 15.

¹⁹ Warat, 1995, p. 45.

²⁰ Tavares, 2005, p. 550.

²¹ Entendemos o dogma como crença ou verdade imutável, aceitos como base do direito

que, juntamente com a ciência jurídica européia, surgem na escola de artes no século XI, onde professores pagos pela cidade ensinavam cultura literária, poesia lírica e promoviam a formação dos juristas. O ensino dava-se por obras que gozavam de autoridade como o *Corpus juris civilis* de Justiniano. Após o século V a Igreja reintroduz vários mitos gregos, como o inferno, que tornam-se dogmas da fé. A teologia influencia o pensamento jurídico que assume caráter dogmático (Wieacker, 1993, p. 38-93; Ferraz Junior, 1988, p. 61-65).

²² Moore, 2000, p. 46; Luzzati, 2000, p. 308-315; Becker, 1999, p. 23.

²³ Kelsen, 2000, p. XI.

²⁴ Azevedo, 1989; Faria, 1987; Pugina, 1993; Portanova, 1997.

²⁵ Ferraz Jr., 1998; Ferraz Jr., 1988, p. 13.

²⁶ Theodor Adorno e Max Horkheimer citados por Becker, 1999, p. 47; cfr. Grau, 2001.

²⁷ O mais conhecido representante dessa abordagem é Ehrlich (1986, p. 24-25). Cfr. Larenz, 1978, p. 69-72.

²⁸ Dimoulis, 1999, p. 12.

²⁹ Tavares, 2002, p. 69.

³⁰ Tavares, 2005, p. 470.

³¹ Nery Jr., 2003, p. 398-445.

³² Tavares, 2003. Modungo, 2000, p. 103-106 diferencia entre princípios gerais do direito e princípios fundamentais (previstos na Constituição) e classifica os princípios fundamentais em: de ordenamento originário, relativos a forma do Estado, princípio republicano, democrático e de ordenamento derivado (relativos à proteção das minorias, normas programáticas).

³³ O conceito de princípio segue a lição de Robert Alexy. Em caso de conflito normativo (colisão), o princípio pode ser mais ou menos observado ou concretizado, a ele se opondo a regra jurídica restrita à bipolaridade entre cumprimento/descumprimento (Alexy, 2001, p. 78 e ss.).

³⁴ Os sistemas normativos jurídicos são constituídos primariamente por normas, que guardam entre si relação de validade regulada por regras de mobilidade ou de calibração que não fazem parte diretamente do sistema, mas de sua estrutura: regulam e estabilizam o sistema e devem atuar juntamente com normas (Ferraz Jr., 1988, p. 192).

³⁵ Um exemplo de conceito legal indeterminado encontra-se no inciso LXXVII do art. 5º da CF, inserido pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004 e se referindo à “razoável duração do processo”. O que pode ser um “prazo razoável”? A compatibilização entre o devido processo legal, ampla defesa e celeridade é difícil. O processo tem seu tempo, a prestação jurisdicional exige tempo. É pretensão desmedida querer desfrutar o melhor de dois mundos. Nada mais rápido do que linchar o réu, mas certamente não é a melhor solução. Se uma justiça lenta não é boa, uma justiça instantânea pode ser também problemática.

³⁶ Tomazetti, 1982, p. 271.

³⁷ Tavares, 2005, p. 475.

³⁸ Luhmann, 1983, p. 75. A principal obra de Luhmann sobre o sistema jurídico é “O direito da sociedade” (1ª edição alemã de 1993; tradução para o inglês em: Luhmann, 2004). Entre a bibliografia nacional cf. principalmente Neves, 1994; Campilongo, 2002; Rocha et al., 2005.

³⁹ O termo provém da biologia da cognição de Humberto Maturana. Maturana criou o conceito de “autopoiese” para definir os sistemas vivos, explicitando o tipo de organização que eles possuem. Auto (do grego: próprio, si mesmo) e poiesis (do grego: fazer, criar) indicam uma característica fundamental dos sistemas vivos, a de serem dinâmicos, produtos de seu próprio funcionamento, cuja organização permanece invariante enquanto eles se autoproduzem (Maturana, 1998, p. 15).

⁴⁰ Luhmann, 1986; Campilongo, 2002, p. 67-69.

⁴¹ Teubner, 1993, p. 23.

⁴² Neves, 1994, p. 56.

⁴³ Tavares, 2001, p. 102.

⁴⁴ Kelsen, 2000, p. 5-69. Temos aqui a forma escalonada de construção do ordenamento jurídico que estabelece relações hierárquicas (e genéticas) entre as normas, segundo a metáfora da estrutura piramidal. Entretanto, discordamos, juntamente com o Prof. André Ramos Tavares (aula de doutorado ministrada na PUC/SP em 25-32003) da universalidade dessa forma de estruturação do direito. Um es-

tudo comparativo dos sistemas jurídicos (basta pensar no direito muçulmano) invalida a idéia da universalidade desse esquema, infelizmente admitida por muitos teóricos do direito.

⁴⁵ Tavares, 2005, p. 476.

⁴⁶ QC 427-8, DJ 15/10/1993, Relator: Min. Moreira Alves.

⁴⁷ Grifo nosso.

⁴⁸ Ferrara, 1978, p. 20.

⁴⁹ Ibidem, p. 24.

⁵⁰ Dworkin, 1999, p. 22.

⁵¹ Ferrara, 1978, p. 34; Tavares, 2002, p. 72.

⁵² Referências em: Dimoulis, 1999, p. 12.

⁵³ Ibidem, p. 18.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Tavares, 2002, p. 69.

⁵⁶ Isso não significa que o direito não receba influências da moral dominante. O direito sempre incorpora valores morais que se encontram expressos no texto legislativo, mas isso indica que a moral é elemento externo e não interno ao direito.

⁵⁷ Ferrara, 1978, p. 38.

⁵⁸ Alexy, 2001, p. 232.

⁵⁹ Wróblewski, 1985, p. 38-39.

⁶⁰ Habeas Corpus n. 32.097, 20.08.52, DJ08.11.54, p. 3.946; 33.440, 26.01.55; 35.301, 21.10.57, RTJ 4/63, DJ 16.03.59, p. 1.140; 38.409, 31.05.61; 40.382, 11.12.63; 40.398, 18.03.64; 40.400, 18.03.64, DJ 30.07.64. Cfr. também RE 39.682, 15.07.58, RTJ 6/408, DJ 02.03.59, p. 901; RCL 473, 31.01.62; RCr 491, 15.12.23.

⁶¹ Ferrara, 1978, p. 40.

⁶² Revista de Direito Constitucional e Internacional out/dez de 2001, nº 37, p. 325 e ss.

⁶³ A Emenda Constitucional nº 45 introduziu (art. 103-A CF) a súmula vinculante que objetiva assegurar uma maior uniformidade das decisões, mas não impede a mudança de posicionamento do próprio STF, nos limites previstos no § 2º do mesmo artigo.

⁶⁴ Becker, 1999.

⁶⁵ Campilongo, 2002, p. 182.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Dimoulis, 1999, p. 26.

⁶⁸ Tavares, 2005, p. 567.

CONFERÊNCIAS E DEBATES

DESAFIOS DA CONSTITUIÇÃO EUROPEIA À TEORIA CONSTITUCIONAL*

CHALLENGES OF EUROPE CONSTITUTION TO CONSTITUTIONAL THEORY

PAULO FERREIRA DA CUNHA**

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: O projecto de “Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa”, além das suas implicações políticas, coloca alguns desafios à clássica teoria constitucional. À primeira vista, pode parecer que se coloca numa total heterodoxia face aos cânones constitucionais correntes, desde logo do poder constituinte. Contudo, uma análise mais rigorosa da história do constitucionalismo moderno, sobretudo francesa, pode levar-nos a detectar similitudes muito reveladoras entre o processo de codificação constitucional moderno, do liberalismo, e o presente da Constituição europeia. A fórmula “tratado” é também uma interpelação aos processos normais de constitucionalização. Mas mais do que um “tratado constitucional” o objecto jurídico em estudo será aqui considerado como uma verdadeira constituição, posto que sujeita a aprovação por tratado.

Palavras-chave: Constituição Europeia. Teoria da Constituição. Teoria Constitucional. Declarações de Direitos. Poder Constituinte. Tratado. Constituição.

Abstract: The project of the “Treaty that establishes a Constitution for the Europe”, beyond his political consequences, puts some challenges to the classical constitutional theory. At first sight, it seems completely heterodox towards canon constitutional tendencies, and first of all in what concerns the constituent power classical theories. However, a more rigorous analysis of the history of the modern constitutionalism and its founding texts, especially French, can lead us to detect very revealing bridges between the liberal modern constitutionalism of the XVIIIth century and the present constitution making of a codified European Constitution. The “treaty” formula that was adopted also represents a serious challenge to the normal ways of bringing constitutions to life. But more than a “constitutional treaty” it is argued that the present study object is a real constitution that used the treaty formula to attain juridical validity.

Key Words: European Constitution. Constitutional Theory. Declarations of Rights. Constituent Power. Treaty. Constitution.

1. Introdução

Uma das formas mais comuns de lidar com algo de novo ou desconhecido é pensar-se no que possa ter de comum com o velho ou conhecido. E, a partir de uma teorização do sabido, procurar-se integrar o que se não sabe ou não conhece.

Este procedimento é sem dúvida prudente, mas pode levar-nos a algumas incompreensões. É um procedimento verdadeiramente conservador. E com ele se arrisca a indagação a não prestar suficiente atenção a elementos não previsíveis (ou a uma não esperada conjugação sua), ou então, pelo contrário, pode-se sublinhar em

*Texto elaborado a partir da Conferência “A Constituição Europeia e a Teoria Constitucional”, proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a convite do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira de Constitucionalistas, em 28 de Junho de 2005.

**Professor Catedrático e Director do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Regente (entre outras) da Cadeira de Direito Comunitário II, e Coordenador da Cadeira de Direito Comunitário I, Doutor em Ciências Jurídicas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Doutor em Filosofia / História do Direito da Universidade Paris II. Agregado em Ciências Jurídicas Públicas.

excesso o choque da diferença, esquecendo que pode haver continuidade, pelo menos parcial, e não apenas ruptura.

Já o modo abissalmente oposto de encarar a novidade, o que descura as malhas interpretativas do passado e do presente, cai no exagero contrário: não cura de aproximar em nada o novo do conhecido, e em regra privilegiam-lhe diferenças que nem sempre terá.

Porém, toda a novidade normalmente tem os pés ou as raízes no passado. E por isso, um diálogo se deve estabelecer, para mais perfeito conhecimento do que se passa.

A Constituição Europeia tem sido encarada ou como uma novidade total, uma mudança radical de paradigma (aliás o próprio Direito Comunitário assim por alguns já era entendido, furtando-se – como se fora possível – a todo o demais Direito, pela sua “novidade”), ou, no pólo oposto, como uma plácida continuidade, quase sem inovação, face ao que se vinha fazendo, sobretudo depois dos tratados de Maastricht, Amesterdão e Nice.

Em ambos os casos nos parece que se está a sobrevalorizar um dos aspectos apenas da realidade, em detrimento da outra.

A Constituição Europeia codificada que se encontra em discussão tem elementos velhos e elementos novos, não apenas em relação à actual Constituição Europeia natural, não codificada, em vigor (com um núcleo escrito constituído pelo Tratado de Nice), como representa um bom momento para se avaliar da validade hodierna das teorias clássicas da Constituição e do Estado.

É, mais especificamente, dos desafios que a Constituição Europeia codificada coloca à Teoria da Constituição que curaremos de seguida, procurando passar em revista os tópicos mais correntes de uma e de outro.

2. Constituição Europeia e Teoria da Constituição

2.1. As Duas Teorias Constitucionais Clássicas

Havendo muitas definições e perspectivas sobre o que seja uma Constituição, a tradição doutrinal acabou por, directa ou indirectamente, consciente ou inconscientemente, eleger duas fórmulas que espelham, ainda que não de maneira clara nem simétrica, os dois grandes tipos de Constituição desde sempre existentes.

A primeira fórmula explicita a perspectiva e o conceito histórico-universal de Constituição. E, embora muita doutrina a tenha esquecido na prática, relativamente escassa é a que se lhe não refere, pelo menos em termos abstractos ou teóricos.

Esta perspectiva é normalmente citada na fórmula que lhe deu Lassalle, na sua célebre conferência “O que é uma Constituição Política?”, e reza, como se sabe, assim:

“Todos os países possuem, e terão de possuí-la sempre, uma constituição real e efectiva. É errado pensarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos” (LASSALE, 1976: 36).

Por esta fórmula temos logicamente de associar toda a comunidade ou sociedade política a uma constituição, e terminar com o feiticismo do constitucionalismo meramente escrito e codificado, que impregna o nosso mais superficial imaginário.

Curiosamente, este mito da identificação da Constituição com um código de direito público não consta do texto mitificador dessa outra forma de conceber a Constituição: apenas lhe está de tal forma implícito que não se viu na necessidade de o verbalizar.

A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* francesa, de 26 de Agosto de 1789 (adoptada como Preâm-

bulo da primeira Constituição francesa codificada, de 1791), no seu artigo XVI, contém a fórmula explícita (e implícita) do conceito moderno, codificado, voluntarista de Constituição. É a segunda forma de encarar a Constituição, a segunda no tempo e a mais próxima de nós, cronológica e mentalmente.

Uma e outra das perspectivas, combinadas, fazem ressaltar que há dois constitucionalismos, ou duas fases históricas do constitucionalismo: a primeira, de um constitucionalismo histórico, natural, gradual, saído de um fluir de uma história por assim dizer quase “fria”, para parafrasear Levi-Strauss; e a segunda, de um constitucionalismo voluntarista, engendrado, codificado, fruto de uma história ao rubro – fruto sobretudo das revoluções, a começar com as revoluções liberais. Como é óbvio, não encontraremos facilmente e sem muita imaginação um texto coetâneo do constitucionalismo natural ou histórico a invocar a constitucionalidade das leis fundamentais do reino, ou dos costumes, ou das praxes, etc.

2.2. A Lição da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* Francesa. Requisitos Constitucionais Modernos

Se os requisitos constitucionais tradicionais, históricos, se têm que encontrar por análise doutrinal, buscando a “fundamentalidade” em testamentos de reis, ordenações, práticas jurídicas reiteradas com consciência de juridicidade constitucional (costumes constitucionais), etc., já os requisitos constitucionais modernos pareceriam muito mais simplesmente detectáveis nesse tempo de fanerismo, exposição, lógica da escrita (GOODY, 1987).

Tal, porém, só parcialmente é certo.

Por um lado, há alguma explicitação do que é necessário haver ou ocorrer para nos encontrarmos perante uma Constitui-

ção. Mas, por outro, há elementos que continuam a faltar na prescrição escrita.

Solenemente se prescreve na Declaração francesa referida:

“Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”.^{1*}

O texto deste artigo da Declaração, em si, não nos vincularia imediatamente a um texto constitucional escrito como requisito constitucional. Em teoria, seria possível pensar numa sociedade (e é tão somente de uma sociedade que o texto cura, e não de um código que prescreva a organização da coisa pública) com garantia de direitos e determinação da separação dos poderes, mas ainda desprovida de um instrumento jurídico escrito codificado, único ou fundamental regulador dessas matérias. Ou seja, a Declaração que tem sido considerada o ponto de partida do constitucionalismo moderno poderia ainda, na sua letra, ser expressão do constitucionalismo histórico.

Mas não será bem assim, em termos práticos. Porque a garantia dos direitos de que se cura agora, neste artigo XVI, não é uma garantia qualquer, mas dos direitos iguais para todos, e não de prerrogativas ou privilégios, ou direitos localizados por grupos sociais, corporações, etc. Ora até então, até ao constitucionalismo moderno, não se tinham conhecido este tipo de direitos como grande modelo dos direitos numa sociedade. Porque, se se pôde já chamar ao poder monárquico tradicional um “poder conjugado” (BOTELHO, 1986: 38 ss.), e se em todas as sociedades há sempre equilíbrios de e entre poderes, e contrapoderes, já a separação dos poderes, com o seu sentido próprio, só nesta sociedade tem cabimento. Desde logo, e para não nos alongarmos num dos grandes esteios da teoria constitucional moderna, na medida em que passa a existir, com Montesquieu, uma

distribuição social dos poderes, em que a burguesia (então “representante” do Povo) é também contemplada, e significativamente. Jamais tinha sucedido esta repartição social, além das distribuições técnicas e funcionais que se desenvolverão até aos limites da imaginação e da *ars combinatória* doutrinal.

Tudo isto significa que a Declaração fundante em apreço, não reclamando na sua letra que sejam plasmados num código de direito político nem os direitos fundamentais, nem a separação dos poderes, na verdade acaba por pressupor ambas as coisas. Já que a vida normal de direitos fundamentais universais como os que nesses tempos liberais foram cunhados (e hoje subsistem, sob outras formas, mas sem perder tal cunho em pano de fundo), assim como a “determinação” (e esta palavra pode desde já inculcar uma ideia de fixação mais perene, logo, muito provavelmente, escrita) da separação dos poderes – ambos os requisitos fixados no artigo XVI – nos transportam para um ambiente juspolítico que imediatamente nos leva a deduzir, ou a descobrir, princípios não expressos, mas fundamentais.

Esse ambiente é-nos dado pelo momento histórico que se vivia, mas também pelo contexto geral da própria Declaração. Assim, ao esclarecer, no seu artigo IV, que os limites dos direitos naturais de todos só podem ser limitados pela lei (que, no caso, evidentemente, se pressupõe escrita) aproximamo-nos mais da ideia da necessidade de uma Constituição escrita como requisito do constitucionalismo moderno. Mas a lei emana da soberania. E esta passa a ser concebida como poder que reside pela sua própria essência na nação, desta e apenas desta derivando qualquer exercício individual de poder. Como reza o artigo III:

“Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d’auto-rité qui n’en émane expressément”.^{2*}

Além disso, o artigo VI estabelece (além de outros) os princípios da participação popular e da representação políticas, das quais emana a lei, chave do poder no constitucionalismo, ao declarar que:

“La loi est l’expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.”^{3*}

Por conseguinte, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789, não só no seu clássico artigo XVI, mas no seu conjunto, aponta para os traços marcantes do constitucionalismo moderno, que ainda hoje são faróis iluminadores da teoria constitucional. Antes de mais, a díade expressa no referido artigo: direitos fundamentais e separação dos poderes. Depois, apercebendo-nos até do suporte e contexto do texto, imediatamente surge a tríade mítica constitucional: a que aos dois primeiros itens se acrescenta a sacralidade textual (*sacred instrument*, dirão os americanos para a sua Constituição) do próprio texto constitucional codificado. E num novo passo, olhando o sistema jurídico-político traçado pelo conjunto da Declaração, ressaltam mais dois traços: a soberania popular/nacional (sendo hoje difícil uma muito cortante distinção) que tem como corolário a representação política, se não mesmo a própria democracia.

Caracteres do constitucionalismo moderno, todos eles com o seu grau de mitificação, evidentemente, são, assim: os direitos fundamentais (que se fundam nos direitos naturais e se ampliam internacionalmente nos direitos humanos – embora nem todos claramente todas estas asser-

ções admitam), a separação (e interdependência) dos poderes, a sacralidade (ainda que laica, como é óbvio) do texto constitucional codificado, a soberania nacional/popular, a representação e a democracia (ou a soberania e a democracia identificadas com a representação): eis os traços mais manifestos do constitucionalismo moderno.

2.3. Constituição Europeia, Constituição Natural e Constituição Codificada

Assim lançados os dados, não parece difícil enquadrar a Constituição Europeia.

Mas há que fazer previamente uma importante distinção. Podemos falar em várias constituições europeias, e, de acordo com a *magna divisio* estabelecida, e para o que agora mais nos importa, sobretudo entre duas. Antes do projecto da Convenção Europeia, havia uma Constituição Europeia natural, evolutiva, histórica, que se ia forjando pelos tratados, pelos costumes, pela jurisprudência, pelas constituições nacionais dos Estados-membros, etc. Com o projecto, e sendo ele aprovado, passa a haver uma Constituição Europeia de tipo moderno, voluntarista, codificado.

Interessante desafio se coloca por parte da Constituição Europeia natural, que ainda temos, à teoria constitucional. É que, ao contrário do que ainda há pouco dizíamos ser o mais natural, a Constituição Europeia presente tem direitos fundamentais, tem alguma separação dos poderes, tem alguma representatividade, democracia e “soberania” *hoc sensu* dos cidadãos europeus. Sendo não codificada, é, porém, escrita e muito escrita – dispersa em miríades de documentos.

Com o novo texto codificado fica mais clara a dimensão jurídica dos direitos fundamentais, na medida em que a Carta de Direitos europeia é integrada como parte II do texto constitucional codificado. Embora a jurisprudência, mesmo sem esta

démarche, evidentemente se não coibisse de os aplicar.

Quanto aos demais aspectos, há mudanças que a todos afectam, sendo divergentes as perspectivas. Para uns, por exemplo, passará a haver maior separação de poderes, para outros não; para uns mais representatividade, para outros não. É difícil dizê-lo de forma apodíctica e incontrovertível, na complexa teia de poderes, freios e contrapesos já existentes e previstos, e sobretudo face às tão diversas perspectivas ideológicas que apreciam de forma tão diametralmente oposta esta realidade.

Prima facie, afigura-se-nos que a separação dos poderes (*sui generis*) ganha com a nova Constituição – se o Presidente do Conselho Europeu ou o Ministro dos Negócios estrangeiros não vierem a assumir um protagonismo exagerado, que lhes não é realmente consentido pelo texto. Designadamente, a intervenção dos parlamentos nacionais no procedimento legislativo, ainda que discreta, reforça também essa distribuição de poderes, entendida em sentido lato. O Parlamento Europeu reforça-se, sobretudo, e significativamente (o que tem força simbólica pelo enfatizar da dimensão democrática), pelo novo processo legislativo, que se diria de “codecisão” necessária, ou seja, em que sempre é reclamada a participação da Comissão e do Parlamento. Uma necessidade que, em termos montesquianos, se diria de *aller de concert* (MONTESQUIEU, 1748: XI, 6).

Este mesmo reforço do Parlamento Europeu significa maior representatividade, maior extensão do que, muito anacronicamente, se poderia chamar “soberania europeia” ou dos cidadãos europeus. É certo que falar de “soberania europeia” num momento em que claramente está em crise (e fatal) o próprio conceito de soberania *tout court*, parece complicar ainda mais as coisas, mas a verdade é que, por mui-

tas formas, a nova arquitectura e a nova mecânica constitucionais apontam para um reforço da componente representativa dos povos – dando ao factor demográfico um peso que procurará talvez compensar o sempre tão criticado *deficit* democrático das instituições europeias. Ao ponto de tal ponderação poder afectar, numa medida que alguns acham perigosa, a representação dos Estados-membros e a sua “igualdade” (que é todavia, nos princípios, uma das pedras angulares da União). E aqui convergem argumentos negativos tanto dos soberanistas, eurocépticos e outros críticos do federalismo europeu, como dos próprios federalistas. Os primeiros porque, com maior ou menor envolvimento e integração, gostariam que os Estados preservassem mais, cada um de per si, os seus velhos pergaminhos soberanos. Os segundos porque não vêm nas instituições nenhuma instância verdadeiramente federal, directamente representativa da igualdade na união dos povos e estados, antes mecanismos mais ou menos matemáticos de sobreposição dos países grandes aos pequenos. Mas este já é outro problema...

A Constituição codificada europeia tem, relativamente às constituições codificadas nacionais, um problema de alguma delicadeza. Se estas podem, até certo ponto, contar com o lastro histórico por vezes de séculos e uma realidade sociológica mais ou menos identificada, até ao nível das vontades e das representações normativas, que permite aquilatar de uma “constituição material”, já aquela, como constituição supra-constitucional, não pode beber no terreno directo de uma realidade social e histórica europeia, que tem, apesar de tudo, uma pequena história de integração democrática: a do pós-II Guerra Mundial. Tal significa que se é relativamente fácil avaliar da adequação e da força normativa de uma constituição nacional codificada face à sua realidade

constitucional, propiciando-se um equilíbrio entre a constituição-balanço e a constituição-programa de acordo com um *aggiornamento* do *Volksgeist* concreto, não havendo nem povo europeu nem realidade constitucional europeia profunda suficientemente sedimentada, toda a Constituição europeia codificada representa um salto voluntarista muito mais ousado, e sacrificará muito mais ainda ao programatismo. Pelo que, sendo importante tal codificação, pela necessidade de certeza, segurança, ordem, simplificação, etc. (especialmente num tempo, como o nosso, em que o não escrito e o não publicitado tende a ser ignorado) acaba por se tornar excessivamente plástica a liberdade de conformação constitucional no caso, permitindo-se assim a coexistência e a concorrência de várias utopias. O terreno da criação de uma Constituição Europeia codificada é, assim, em grande medida, o retorno da utopia, que tanto alimentou o imaginário político no séc. XVIII, e viria a inspirar as constituições escritas concretas... Pela influência directa e pela reacção.

2.4. Constituição Europeia e Poder Constituinte

Já Alexander Hamilton (HAMILTON, 1788), escrevendo a propósito do poder judicial, se havia aproximado da ideia de poder constituinte, ainda que não da expressão:

“There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting

by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid.”

E da mesma sorte também d’Holbach, no artigo *Représentants*, da Enciclopédia, se aproxima, embora os constituintes de que fala sejam simplesmente os eleitores:

“ les représentants supposent des constituants de qui leur pouvoir est émané. ”

A idéia de representação pairava nos dois, mas apenas Sieyes a conforma como princípio dinâmico e esteio seguro do constitucionalismo moderno. Quando, no seu clássico, *Qu’est-ce que le tiers état* (escrito em 1788 e publicado no ano seguinte) o abade de Sieyes avança a ideia de poder constituinte (que alguns puristas germânicos ainda escrevem em francês – *pouvoir constituant*), não sabemos se tinha a consciência de que estava a cunhar um conceito básico do constitucionalismo moderno (quicá de todo o constitucionalismo, *mutatis mutandis*), ou se apenas tal expressão emergira da sua pena como aríete de luta, no calor da refrega política. Seja como for, recordemos as suas palavras fundadoras, que, tal como as da Declaração dos Direitos de 1789, são texto “sagrado” nesta sede:

“ La nation existe avant tout, elle est l’origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et au-dessus d’elle il n’y a que le droit naturel. Si nous voulons nous former une idée juste de la suite des lois positives qui ne peuvent émaner que de sa volonté, nous voyons en première ligne les lois constitutionnelles, qui se divisent en deux parties : les unes règlent l’organisation et les fonctions du corps législatif, les autres déterminent l’organisation et les fonctions des différents corps actifs. Ces lois sont dites fondamentales, non pas en ce sens qu’elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps

qui existent et agissent par elles ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie, la constitution n’est pas l’ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C’est en ce sens que les lois constitutionnelles sont fondamentales” (SIEYES, 1967).^{4*}

Esta ligação do poder constituinte originário à nação é não raro invocada como uma das impossibilidades de a Constituição Europeia ser uma verdadeira constituição. Há mesmo quem deixe de falar em nação, como Sieyes, para falar em Estado. Não se compreende como o Estado, que é constituído e não constituinte, poderia aqui substituir-se à Nação. Com muito mais facilidade se admitiria um poder constituinte europeu, não de uma nação mas de nações, não de um povo, mas de povos. Cremos que se pode falar em poder constituinte europeu já na Convenção. Sem dúvida maculado e imperfeito, como reconhecera o próprio Sieyes para o poder constituinte da constituinte francesa, e por isso, como ela, carecendo de ulterior legitimação. Lembremos as suas palavras:

“Les représentants de la nation française, réunis en Assemblée nationale, reconnaissent qu’ils ont par leurs mandats la charge spéciale de régénérer la Constitution de l’État.

En conséquence ils vont, à ce titre, exercer le pouvoir constituant, et pourtant, comme la représentation actuelle n’est pas rigoureusement conforme à ce qu’exige une telle nature de pouvoir, ils déclarent que la Constitution qu’ils vont donner à la nation, quoique provisoirement obligatoire pour tous, ne sera définitive, qu’après qu’un nouveau pouvoir constituant, extraordinairement convoqué pour cet unique objet, lui aura donné un consentement que réclame la rigueur des principes ” (SIEYES, 1789 / 1989 : 1005).^{5*}

Esta modéstia e rigor dos princípios contrastam, é certo, com o narcisismo dos convencionais que a si mesmos agradecem a elaboração da Constituição, no preâmbulo da mesma. Mas realmente a situação é em tudo semelhante. Os convencionais tiveram poder constituinte, mas imperfeito. Pelo que o ideal teria quiçá sido que se houvesse optado pela convocação de uma assembléia constituinte europeia, um Parlamento Europeu com poderes constituintes, cujo trabalho se submeteria depois ao equivalente constituinte de uma segunda câmara paritária dos Estados – e não a uma conferência intergovernamental. Esta solução teria poupado a crise referendária, cuja solução ainda ninguém disse muito bem qual será...

A invocação presente do “poder constituinte” pode ainda trazer no bojo uma crítica e um apelo de sublevação implícitos contra esta Constituição codificada, de muito árdua revisibilidade, aliás. Assim, *mutatis mutandis*, se recordariam as teses do mesmo Sieyes em *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*:

“il serait ridicule de supposer la nation liée elle-même par la Constitution à laquelle elle a assujetti ses mandataires. Non seulement la nation n'est pas soumise à une Constitution, mais elle ne peut pas l'être, mais elle ne doit pas l'être, ce qui équivaut encore à dire qu'elle ne l'est pas” (SIEYES, 1997:69).^{6*}

Também o artigo 28, da Constituição de 24 de Junho de 1793 afirmaria, em consonância com tais asserções:

“un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures”.^{7*}

E ainda o referido texto do Abade sobre os direitos do Homem e do Cidadão:

“(…) la Constitution d'un peuple n'est et ne peut être que la Constitution de son gouvernement, et du pouvoir chargé de

donner des lois, tant au peuple qu'au gouvernement .

Une Constitution suppose avant tout un pouvoir constituant”(SIEYES, 1789/1989: 1013).^{8*}

Manifestou-se, a nosso ver, um proto-poder constituinte europeu na Convenção Europeia. Num importante colóquio sobre a Constituição Europeia, interrogámos um dos mais destacados convencionais, sobre essa descida do Espírito-Santo na convenção. E ele não só pareceu publicamente conosco concordar, como se demorou em paralelos com a situação constituinte francesa. Esse proto-poder constituinte infirma o rigorismo que vê apenas a sua possibilidade de manifestação no caso de Nações e – surpreendentemente – de Estados. Mas cremos que necessita de uma perfeição, porque, como aliás muitas situações fundacionais do poder (vejam-se os estudos sobre a violência na génese política), nasce com alguma inquinação.

2.5. Constituição Europeia: Tratado ou Constituição?

Tratado, Constituição, ou um híbrido *tertium genus*, “tratado constitucional”? Parafraseando, *mutatis mutandis*, um belo dito atribuído a São Jerónimo, nas letras dos nomes da coisa, baila o seu destino... E não apenas na diversa designação dança o destino deste projecto, como ainda, realmente, conforme a denominação que se coloque ao *quid*, assim temos a expressão da perspectiva (e às vezes da própria formação ou profissão, designadamente académicas) dos observadores.

As críticas cruzadas são, aliás, uma eloquente manifestação desse facto.

Normalmente, quando alguém critica a “pretensa” constituição europeia, a “dita” constituição europeia, a “pseudo-“ constituição europeia, considera em geral que o que está perante nós é apenas um

projecto de um tratado, e que essa designação “Constituição” é manifestamente despropositada, procurando afinal, desde logo pela expressão rotuladora, tratar uma associação de Estados com um único Estado, federação, estado federal, ou “super-“ Estado europeu. A crítica da expressão “constituição” é sobretudo desenvolvida pelos que associam Constituição a Estado nacional e só ou sobretudo a ele, e pelos que, com maior ou menor grau de “soberanismo”, consideram que a união europeia tem de ser apenas uma associação de Estados, negando os “desvios”, ou “derivas” federalistas ou federalizantes.

Já, pelo contrário, quando se sublinha o aspecto constitucional do *novum* que apreciamos, pode, na verdade, ter-se como pano de fundo (nem sempre reconhecido e nem sempre consciente) uma qualquer perspectiva de maior integração, designadamente federalista, mas o que sobretudo se sublinha é a maior autonomia do processo de integração europeia face ao mero entendimento inter-governamental, e um grande afastamento já frente a qualquer difusa reminiscência de verdadeiro e próprio direito internacional clássico na União.

E todavia, esse mesmo direito internacional, mesmo nos tempos em que, ele próprio, não havia ainda encetado formas de maior positivação e de descoberta de “lei, juiz e polícia” (*loi, juge et gendarmerie*) que obviassem à tradicional “política da canhoneira”, pressupunha uma *Grundnorm* afinal do tipo jusnatural ou no mínimo principal geral, mesmo na perspectiva de um Hans Kelsen: *pacta sunt servanda* (KELSEN, 1976). E para Afonso Queiró essa ausência (ou insuficiência) de um *ius scriptum* sobre as fontes em direito internacional seria suprida, afinal, por uma norma “imane da comunidade internacional”, a que considera poder chamar-se “constitucional” ou “fundamental” (QUEIRÓ, 1975: 1897). A ideia geral de “constitui-

ção” prende-se, na verdade, no seu sentido mais profundo, à de essencialidade, fundamentalidade, e é por exemplo também por isso que, no plano da doutrina histórico-jurídica, a história constitucional abarca mais e menos que a história do direito constitucional: estaríamos tentado a dizer que abarca o que é, nesta, materialmente constitucional, e ainda o essencial, fundante em geral, em outros ramos do direito. Assim sendo, entre o direito internacional e o direito constitucional, mesmo aí, pode haver interessantes pontes e diálogos.

Mas a questão que ora nos ocupa é outra. Com base na já referida dicotomia de perspectivas e dualidade de experiências, tudo parece indicar que quem admita, conseqüentemente, o conceito histórico-universal de constituição, e o leve a sério, terá de, perante o indiscutivelmente recortado espaço político (ou comunidade ou sociedade política) que é a União Europeia, independentemente da sua qualificação jurídico-política, concluir que ela tem, e de há muito, uma Constituição. Essa a constituição natural da União Europeia. Perante este axioma, não se poderá fugir à ideia de que um instrumento jurídico votado a reformar, dar ordem e coerência, ao conjunto de normas dispersas sobre o poder, sua estrutura, meios e fins, no mesmo âmbito se há-de considerar material, substancialmente, nada menos que uma Constituição, mas, desta feita, uma Constituição codificada.

Pelo simples facto de que a Constituição codificada que está em discussão substituir explicitamente a constituição histórica, natural, dispersa, que temos, se pode chegar, assim, à qualificação do *quid*.

O facto de a forma jurídica ainda encontrada para a sua veiculação no mundo do Direito ser o tratado prende-se não com a natureza substancial, material, ou o conteúdo do que se aprova (que é constitucional – como aliás já eram tratados ante-

riores, embora mais lacunosos no plano da plenitude do espaço constitucional material), mas com a tradição europeia de aprofundamento da união por essa via.

Contudo, como se está a ver pela recusa da França e da Holanda, o método do tratado coloca muito mais problemas do que o método constitucionalista normal, que teria sido o da convocação de uma Convenção mais participada ou de Parlamento Europeu com poderes constituintes, que em “co-decisão” com uma segunda instância paritariamente representativa dos Estados tivessem concluído o texto da Constituição. E esse processo poderia quicá ter evitado as críticas mais puristas no plano da democraticidade do processo de aprovação do texto.

Seja como for, a forma de tratado não é vã. E implicaria, desde logo, que houvesse unanimidade dos participantes – pelo menos em princípio e para a perfeição internalística do tratado. E esse é, para já, um grande obstáculo ao processo. Porque, mesmo nos países dos próximos referendos (a havê-los), quicá mais favoráveis a uma aprovação, a opinião pública certamente se perguntará para que serve o seu voto, sobretudo o de aprovação...

Quem defende a idéia de uma Constituição Europeia não pode deixar de experimentar uma amarga desilusão perante as decisões pouco participadas da Convenção, embora supridas pelo seu *élan* constitucionalista, perante o conventículo dos acordos estritos entre os chefes de governo e de Estado, que pouco parece terem a ver com a unidade do espírito europeu, e finalmente com as obstruções nacionalistas ou egoístas de um ou outro país, nas votações referendárias ou no bloqueio dos consensos intergovernamentais. Em certo sentido, os constitucionalistas europeus são, neste processo, os mais defraudados de todos – e contudo aqueles que parece terem de manter o sorriso afivelado, tranquilizando

todos, e empurrando o trem que agora sobe lenta, pesadamente, a encosta histórica.

Tratado-constitucional. Normalmente, tal como os defensores da expressão “tratado”, *tout court*, quem utiliza a de “tratado constitucional” procura uma forma minimalista, ou sublinhando o intergovernamentalismo do procedimento (e da substância), para evitar o “federalismo”; outros dos que usam a expressão, não curando disso, e numa clave até de sentido bem diverso, parece pretenderem atenuar o efeito de choque e de estranhamento (*Verfremdungseffekt*) do *novum*: afinal seria apenas um tratado, mais um tratado; um tratado constitucional, mas não uma verdadeira constituição: “Apenas” um tratado... constitucional. Finalmente, há quem use a expressão aparentemente com uma exclusiva preocupação de purismo: pois o título do projecto não é, na verdade, “Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa” ? Porém estes purismos simples costumam nunca o serem; nestas matérias raramente há ingenuidades...

Curioso que não se tenha ainda avançado a inversa proposição: constituição tratado. Porque ao falar-se em tratado constitucional se procura um meio-termo, e sublinhando o aspecto formal, o do tratado, não se deixa de especificar do que cura o seu conteúdo: pelo menos aspectos constitucionais... Seria talvez mais adequado, ante as vicissitudes do método que se encontrou, falar em Constituição-tratado. Mas não para qualificar com rigor e com pretensão de intemporalidade a figura *sub judice*, antes para, de alguma forma com uma evocação crítica, assinalar as vicissitudes por que passa uma Constituição que se pretenda submeter aos requisitos dos tratados. A *contradictio in terminis* é, num caso como noutro, um risco evidente. Se a um “tratado constitucional” sempre poderemos contrapor que os tratados têm de ser todos constitucionais, porque confor-

mes às constituições, e, não o sendo, serão inconstitucionais, isso sim; a uma constituição-tratado também se podem levantar objecções de teoria constitucional.

No fundo, tudo se reverte ao velho déficit democrático europeu, precisamente assente em excesso de governamentalização e escassez de federalização autêntica. Pois o que resulta de uma constituição-tratado é, em grande medida, um texto fundamental que depende não dos cidadãos da sociedade política em causa, como um todo (e sem tanta dependência até da expressão numérica associada a cada Estado-membro: essa seria uma lição a tirar da idéia de *volonté générale* em Rousseau), mas dos acordos do Estados. E mesmo quando, no seguimento de toda a deficiente condução do processo, aparecem os “não” como expressão clara de descontentamento dos cidadãos, não são os cidadãos que os interpretam e deles podem tirar consequências, nem sequer o Parlamento Europeu, que mais os representa, mas de novo a simples intergovernamentalidade.

Compreende-se, porém, que seria muito delicado tratar todos e cada um dos estados europeus, senhores de uma longa e por vezes dolorosa e sangrenta história de independência, como os estados dos Estados Unidos da América, estabelecendo um processo de ratificação maioritária de uma Constituição, e assim acabando por não levar em conta a vontade popular nos Estados que porventura, em tal processo, viessem a pronunciar-se pelo “não”. O método do tratado tinha essa vantagem. E tem de compreender-se que a unanimidade é muito importante para a conformação constitucional futura.

Embora a unanimidade comporte sempre o risco do egoísmo nacional. O fracasso da cimeira de 17 de Junho de 2005, no rescaldo dos “não”, é duplo, e representa um recuo no sentido intergovernamental. Não só se mete a Constituição na ga-

veta, pura e simplesmente, num adiamento que não representa senão a incapacidade de lidar com a situação, como se não chega a acordo na distribuição de verbas, apesar da lição de europeísmo dada pelos novos estados integrantes que, um após outro, em nome da coesão, prescindiram das suas reivindicações. Se a Europa dos burocratas era um perigo, que havia de ter-se em conta, a Europa dos egoístas significa apenas negação da Europa.

3. Conclusão

Nem toda a perspectiva, opinião ou sistema sobre a Constituição e as Constituições pode considerar-se uma teoria constitucional, muito menos o sendo uma visão simplesmente estatística, arquivística, ou, de todo o modo, formalista sobre o *quid* “constituição”. Há, nas teorias da constituição, nas autênticas (e que denunciam essa humana autenticidade, por isso mesmo contingente) vínculos estimativos, valorativos, ideológicos (SALDANHA, 2000: 9), que se não podem controverter nem sofismar, sob pena de não entendermos jamais do que estamos a falar. Desde logo, o conceito ideal de constituição não pode deixar de prender-se com uma idiosincrasia e uma mundivisão burguesas (SCHMITT, 1982). E por vezes tememos que o desenvolvimento do constitucionalismo histórico, felizmente hoje já objecto de estudos mais descomprometidos, não tenha por vezes servido de argumento histórico (e assim “científico”) a posições políticas integralistas. Que o seja, não é mal – qualquer doutrina política pode e quiçá deveria beber inspiração em legados históricos que mais se lhe aproximem para se dourar de pergaminhos e aconchegar de ancestrais precursores. O problema é sempre o da deformação histórica para fazer caber o passado nas malhas que o presente lhe deseje tecer.

Ora além destas teorias da Constituição, mais antigas e mais modernas, mais clássicas e mais ousadas, afigura-se-nos poder haver hoje um núcleo teórico constitucional sobre o cerne do que é uma Constituição, uma teoria constitucional essencial ou ontológica. Foi apenas sobre esse cerne que procurámos aflorar alguns problemas. Desde logo, apartamos do nosso estudo, além das teorias empenhadas da Constituição, e das novas tendências da teoria constitucional no plano semiótico, simbólico, linguístico, literário, lógico, retórico, etc., assim como das que convocam aportações sociológicas e psicológicas, econômicas, etc., também o importante cotejo da Constituição Europeia com o problema do Estado e da sua Teoria. Essa é matéria para todo um outro estudo, autônomo. Mas é óbvio que desde logo vemos que quer os elementos tradicionais do Estado, como os seus fins clássicos se encontram postos em crise perante a novidade da Constituição Europeia.

Durante a polémica do Novo Código de direito público, na verdade até hoje uma das maiores querelas constitucionais teóricas que jamais ocorreram em Portugal, lembrou desde logo a Rainha D. Maria I, que deu impulso à reforma, ser necessário o maior cuidado nas alterações a proceder nas Ordenações Filipinas para que os muito idosos conselheiros dos Supremos Tribunais, perante a revoada de normas novas, se não sentissem ultrapassados, incapazes de se adaptar a novos métodos (ainda que reconhecidamente melhores), e quiçá viesse a cair em estrepitoso colapso todo o Desembargo do Paço (*apud* SILVA, 1828: 162 ss.). A precaução da soberana seria, aliás, motivo de crítica acerba (MELO, 1822: 96, n. 45).

Ora precisamente um dos maiores cuidados que devemos ter com a Teoria Constitucional frente a novidades normativas, ainda que *in fieri* como a Constituição

Europeia, é não cair no mesmo erro, por muito piedoso que se considere. E se coisa nociva é correr-se atrás de toda a novidade de forma acrítica e acéfala, fascinada e basbaque, como está a ser cada vez mais corrente, não queiramos porém, nós, professores, cultores da doutrina, por desmedido amor às perspectivas entronizadas, e às nossas certezas familiares, diabolizar ou desprezar sem mais o que desconhecemos, o que nos desafia e interpela, só por não caber nas nossas caixinhas apertadas de teoria.

There are more things, Horatio...

REFERÊNCIAS

- BOTELHO, Afonso. *Monarquia poder conjugado*, in *Nomos. Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado*, Lisboa, n.º 2 (Julho-Dezembro de 1986), p. 38 ss.
- GOODY, Jack. *The logic of writing and the organisation of society*, Cambridge University Press, 1986, trad. port. de Teresa Louro Pérez. *A lógica da escrita e a organização da sociedade*, Lisboa: Edições 70, 1987.
- HAMILTON, Alexander. *The Federalist*, n.º 78, de 14 de Junho de 1788.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, trad. port. de João Baptista Machado, *Teoria Pura do Direito*, 4.ª ed., Coimbra: Arménio Amado, 1976.
- LASSALE, Ferdinand. *O Que é uma Constituição Política?*, trad. port., Porto: Nova Crítica, 1976.
- MELLO, Francisco Freire de. *Discurso sobre delictos e penas*, 2.ª ed. Lisboa, 1822.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. *De l'Esprit des lois*, 1748.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Tratado*, in *Verbo – Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, XVII, Lisboa / São Paulo: Verbo, 1975.
- SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*, 2.ª ed., actualizada e ampliada, 2000.
- SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, trad. cast. de Francisco Ayala, *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza, 1982.
- SIEYES, Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, ed. crit. de Edme Champion, p. 68, *apud*

<http://visualiseur.bnf.fr/Visualiseur?Destination=Gallica&O=NUMM-M-89685>, ed. electrónica, 1997.

SIEYES, Emmanuel, *Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'Homme et du Citoyen*, 20 e 21 de Julho de 1789, in FURET. François /HALEVI, Ran (textos estabelecidos, anotados... por), *Orateurs de la Révolution française. I. Les Constituants*, Paris : Gallimard, La Pléiade, 1989.

SILVA, António Delgado da. *Collecção da Legislação Portuguesa desde a última compilação das ordenações redigida pelo desembargador...* (Legislação de 1775 a 1790), Lisboa, 1828.

NOTAS

¹ “Toda a sociedade na qual garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não há constituição”. (tradução de Yara Maria Martins Nicolau Milan)

² “O Princípio de qualquer soberania reside essencialmente na Nação. Nenhum instituto, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que não emane expressamente dela”. (tradução de Yara Maria Martins Nicolau Milan)

³ “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm direito de contribuir pessoalmente ou pelos seus representantes a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer seja para proteger, quer seja para punir. Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, são igualmente postulantes a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, de acordo com sua capacidade e sem outra distinção que não seja aquela de suas virtudes e seus talentos”. (tradução de Yara Maria Martins Nicolau Milan)

⁴ “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. A sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela há apenas o direito natural. Se queremos formar uma idéia justa da seqüência das leis positivas que não podem emanar senão de sua vontade, veremos em primeiro lugar as leis constitucionais, que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; outras determinam a organização e as funções das

diferentes das organizações ativas. Estas leis são chamadas de fundamentais, não no sentido de que possam ficar independentes da vontade nacional, mas porque as organizações que existem e agem por elas e não as podem alterar. Em cada parte, a Constituição não é a obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode alterar nada às condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais” (SIEYES, 1967). (tradução de Yara Maria Martins Nicolau Milan).

⁵ “Os representantes da nação francesa, reunidos em Assembléia nacional, reconhecem que têm pelos seus mandatos o encargo especial de regenerar a Constituição do Estado. Conseqüentemente vão, a esse respeito, exercer o poder constituinte, e, no entanto, como a representação atual não é rigorosamente conforme exige tal natureza de poder, declaram que a Constituição que vão dar à nação, embora provisoriamente obrigatória para todos, não será definitiva, sendo que, posteriormente, um novo poder constituinte, extraordinariamente convocado para este único objetivo, dar-lhe-á um estatuto que reclame o rigor dos princípios”. (SIEYES, 1789/1989:1005) (tradução de Yara Maria Martins Nicolau Milan)

⁶ “Seria ridículo supor a nação ligada por uma Constituição que sujeite seus mandatários. Não somente a nação não estará sujeita a uma Constituição, mas não pode mais ser, mas não deve mais ser, aquilo que equivale a dizer, de fato, que ela não existe” (SIEYES, 1997:69) (tradução de Yara Maria Martins Nicolau Milan)

⁷ “um povo tem sempre o direito de reexaminar, de reformar e alterar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar as suas leis as gerações futuras”. (tradução de Yara Maria Martins Nicolau Milan)

⁸ “(...) a Constituição de um povo é e não pode ser senão a Constituição de seu governo e do poder encarregado de dar leis, tanto ao povo quanto ao governo. Uma Constituição supõe, sobretudo, um poder constituinte” (SIEYES, 1789/1989:1013) (tradução de Yara Maria Martins Nicolau Milan)

NORMAS NÃO ESCRITAS ENTRE LEIS E OUTRAS CIÊNCIAS.
NOVO INSTITUCIONALISMO COMO UM PARADIGMA DE
INTERPRETAÇÃO DE NORMAS NÃO ESCRITAS*
UNWRITTEN RULES BETWEEN LAW AND OTHER SCIENCES.
NEO-INSTITUTIONALISM AS A PARADIGM OF THE
INTERPRETATION OF UNWRITTEN RULES

GIANMARIO DEMURO**

Recebido para publicação em julho de 2005

1. O papel das leis constitucionais não escritas tem sempre sido o ponto central do estudo dos princípios da lei constitucional, e para a análise do funcionamento dos órgãos constitucionais em particular. Para entender a função dos órgãos constitucionais e para manter a ordem e o respeito se tem aceitado que as soluções não podem ser encontradas em todos os casos sem a Constituição escrita e que às vezes é necessário procurá-las para além do texto escrito. Como resultado, normas não escritas são comumente baseadas nos costumes e nas convenções constitucionais, dirigidas ao funcionamento dos agentes constitucionais. Isso ocorre quando a Constituição não prevê, em definição legal um fato ou ato em particular, assim quando a norma é aplicada ao fato ou ato existente na Constituição, mas a norma escrita não está detalhada o suficiente para resolver o caso. A necessidade de interpretação nos leva a distinguir entre assuntos não regulamentados pela Constituição e assuntos já regulamentados embora sejam “casos em aberto dentro da lei”: leis que pressupõe a integração e a conclusão da Constituição através das normas não escritas de convenção natural. Há uma distinção entre convenções

que são feitas fora da Constituição escrita e as que são derivadas do texto escrito, representando uma interpretação do texto falado. As leis escritas na Constituição estabelecem as fundações das relações do governo institucional e permite outros assuntos – diferentes daqueles que produzem as leis escritas – para completar possíveis omissões. Leis constitucionais dão indicações para os órgãos constitucionais do que é determinado e do que é proibido, mas diz que há infinitas maneiras que são também determinadas ou proibidas, nem são especificamente reconhecidas – há uma área na qual os códigos e dinâmicas de lei aparecem, se não irrelevantes, pelo menos insuficientes. Partindo destes princípios entramos no domínio das normas legais extras, nas quais a necessidade de regular a relação entre assuntos independentes é satisfeita pelo estabelecimento de normas de conduta. Como tem sido eficazmente escrito “o governo da Constituição efetua o processo político, mas não pode determinar a força histórica concreta que move este processo”.

2. A tese que eu gostaria de pôr em foco é que as convenções constitucionais

*Sexto Congresso Mundial da Associação Internacional do Direito Constitucional em Santiago do Chile – 12 – 16/01/2004
Constitutionalism; Velhos Conceitos; Novos Mundos – Seminário n 12. Normas não escritas e princípios.

*Texto traduzido por Renata de Moraes Silva

**Professor Titular de Direito Constitucional – Faculdade de Direito da Universidade de Cagliari - Itália.

não têm seu próprio conceito de autonomia, e que são apenas uma pequena parte do mundo das “normas não escritas”, que compõe a maior parte da vida social. Eu pretendo, então exemplificar que elas representam nada mais que a persistência de uma relação social que tem interessado outras ciências sociais, da sociologia a economia, da filosofia as ciências políticas. Nesta perspectiva podemos partir da oposição entre a teoria de Von Hayek, da ordem espontânea e a teoria da ação racional de Mancur Olson, ambas possuem como centro de suas análises a conexão entre as normas comportamentais econômicas e as instituições. Estas teorias podem prover instrumentos hermenêuticos que os juristas podem usar para explicar a função das normas materiais no sistema jurídico com a Constituição escrita. De acordo com a teoria de Von Hayek, a ordem espontânea é criada na base da interação das normas espontâneas e das normas legais. Esta é uma interpretação que vê as normas legais, produzidas pela vontade de um indivíduo, desenvolvendo, em virtude da existência normas comuns que foram estabelecidas antes da lei escrita. As normas espontâneas que Von Hayek escreve se refere aos hábitos de pessoas comuns no dia a dia e por isso, são normas tácitas que possuem uma identidade e significado no próprio direito. De maneira semelhante, de acordo com Mancur Olson, a ordem social é automaticamente produzida por ações de interesse de indivíduos racionais. De acordo com essa teoria, os indivíduos não contribuem facilmente e espontaneamente com os bens coletivos, por este motivo as instituições e normas convencionais foram fundadas puramente no cálculo da vantagem pessoal. A sociedade, de acordo com Olson, é feita por indivíduos que trabalham visando seus próprios fins – senhores do direito, mas não pela obrigação – que regulam a relação unicamente nas bases do consen-

timento baseado na esperança do ganho recíproco. A interação e a interdependência entre estes processos são baseadas na crítica, ambas as teorias, a da escolha racional e da ordem espontânea, apresentam o “novo institucionalismo”, que afirma que as instituições nascem da necessidade de cooperação e uma vez estabelecidas, mantém juntos indivíduos que, até certo ponto, harmonizam suas preferências. Desta maneira, de acordo com Mary Douglas, os indivíduos “somente são capazes de tomar importantes decisões sem os limites das instituições criadas por eles”. Para resumir “as normas sociais coordenam o esperado resultado” e, desta forma, favorecem a mútua estabilidade destes resultados: a relação entre teoria de escolha racional e a teoria da ordem espontânea é resolvida na intrínseca natureza das normas sociais. Instituições são criadas para propor normas e não por outros propósitos, como quer fazer crer a teoria da escolha racional.

3. Com experiência em “outras ciências” podemos traçar elementos decisivos para a interpretação das normas espontâneas que caracterizam a lei constitucional. Instituições nascem das normas que nem sempre são fruto de uma intencional troca entre indivíduos para maximizar as próprias vantagens, mas surgem da necessidade de cooperação na “pré-construção” de futuras relações sem uma quantidade de normas definidas. Tudo isso acontece, não em um mundo unilateral, mas de uma forma circular: instituições fazem normas e ao mesmo tempo são construídas numa produção própria de lei. Este processo começa com o nascimento das instituições também ajudando a sustentá-las. A análise do Norte D.C., que regula o paradigma de escolha racional, reforça o papel das instituições como sistemas que reduzem a incerteza nas decisões. Normas informais são, na forma norteadora de ver, fundamentais para defi-

nir as instituições, desde que representem as bases para obter a informação, para determinar o comportamento dos participantes em áreas onde as normas formais não podem garantir informação suficiente. Resumindo, normas sociais pré-determinam a solução de conflitos de acordo com os princípios de cooperação definidos pela teoria neo-institucional, são comumente usadas na análise da interação do mundo social da perspectiva “interior” das normas espontâneas da lei constitucional. Usando estes princípios, podemos descrever as convenções constitucionais através da análise legal: normas não escritas existem e são respeitadas quando percebidas como normas de ligação que trabalham num contexto de cooperação. É pela virtude deste contexto

que as normas não escritas desenvolvem e é precisamente o contexto que representa a base e o limite das próprias normas.

REFERÊNCIAS

- M. DOUGLAS. *How Institutions Think*, Syracuse University Press, 1986.
- D.C. NORTH. *Institutions, institutional change, and economic performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- M. OLSON. *Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, 1971.
- F. VON HAYEK. *Law, legislation and liberty*, London, Routledge, 1973.
- G. ZAGREBELSKY. *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1990.

O ESTADO “COMUNITÁRIO”: UMA REVIRAVOLTA NO DIREITO CONSTITUCIONAL*

LO STATO “COMUNITARIO”: UNA SVOLTA NEL
DIRITTO COSTITUZIONALE

ANDREA MANZELLA**

Recebido para publicação em julho de 2005

1. Premissa

Em um certo momento da sua história europeia, o Estado autolimita a própria soberania. Essa autolimitação é determinada pela necessidade de criar, com outros Estados, um ordenamento, dotado de poderes maiores em relação àqueles de cada Estado associado. O seu escopo é desenvolver políticas e alcançar objetivos que a autoconsciência democrática dos Estados individuais indica como não mais obtível somente com os poderes próprios. Paradoxalmente, o Estado reconhece seus limites “com um ato de máxima e concentrada soberania, conjunto de renúncia e de construção, de exaltação da própria capacidade de criar um ordenamento em um espaço além de si mesmo”.¹

Perante o seu povo o Estado cumpre, portanto, uma operação de reenvio e transferência das demandas sociais – de governo e de políticas – excedentes os seus meios, para um outro ordenamento, caracterizado pela supra-estadualidade. E esse ordenamento supra-estadual tem efetividade em virtude dos poderes originariamente transferidos pelos individuais Estados membros. Mas que agora assumem, pelo próprio efeito da sua integração, uma autonomia de exercício e de progresso, não

reportáveis à sua somatória como originários poderes estaduais. O autônomo poder que disso resulta se impõe tanto aos Estados que em princípio constituíram o novo ordenamento, quanto, diretamente ou indiretamente, aos seus cidadãos. Esses estão agora sujeitos a dois ordenamentos: aquele estadual e aquele supra-estadual.

A autolimitação de soberania acontece de forma coletiva contratual. O *contrato de soberania* estipulado com o concurso de todos os Estados fundadores em condições de igualdade recíproca, dá vida a um ordenamento cujas normas têm, formalmente e materialmente, força superior às contidas nos ordenamentos originários estaduais. Em relação a esses se coloca como um ordenamento dotado de autonomia objetiva, mesmo reconhecendo neles o caráter de pressupostos instituidores e mesmo permanecendo a eles unidos por múltiplas relações de relevância jurídica.²

O ponto que caracteriza a efetividade desse ordenamento supra-estadual (e também o ponto de ruptura da concepção clássica de soberania estadual) é a sua indiferença territorial. Ou seja, a capacidade de realizar-se e desenvolver-se sem nenhuma consideração jurídica das fronteiras territoriais dos Estados contraentes. Esses, como os seus cidadãos, incorrem em uma situa-

* Texto traduzido por Juliana Salvetti

** Professor Universitário de Direito Constitucional. Diretor do Centro de Estudos do Parlamento da Universidade Luiss de Roma. Europarlamentar na legislatura de 1994-1999. Atualmente é Senador da República. Vice-Presidente da XIVª Comissão, Políticas da União Europeia. Membro da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa. Foi componente da Convenção que elaborou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

ção de dualidade de status. São Estados de soberania plena – e, portanto, em relações de direito internacional mesmo com outros Estados membros – nos campos estranhos ao ordenamento jurídico supra-estadual. São Estados de soberania limitada – e, portanto, em condições de direito constitucional compartilhadas pelos outros Estados membros – na alçada própria do ordenamento supra-estadual.

Essa autolimitação de soberania acontece baseada em poderes constituídos. Todas as Constituições estaduais – em sequência das precursoras cláusulas constitucionais: italiana (1948) e alemã (1949) – contêm de fato mecanismos de consenso para tal autolimitação. A autolimitação tem então uma base de legitimação individual para cada um dos Estados fundadores do novo ordenamento. Mas existem dois problemas. O primeiro é entender se a legitimação dos Estados individuais da autolimitação admite a transferência da titularidade dos poderes soberanos ou mesmo somente a transferência do seu exercício. O segundo é entender se a legitimação da autolimitação é base válida também para legitimar o ordenamento supra-estadual que assume, como foi dito, para efeito da integração, da consistência objetiva e da autonomia.

A primeira questão deve ser resolvida pela mera transferência de exercício. O conceito próprio de limitação indica de fato uma diminuição parcial no tocante a um todo que permanece qualitativamente íntegro (ainda que materialmente reduzido). Essa soberania remanescente – e, talvez, melhor dizer esse núcleo originário de soberania – é também aquela que autentica para cada Estado uma virtual cláusula resolutiva da sua aptidão ao ordenamento supra-estadual (ampara a eventual responsabilidade – internacional, nesse caso – pelo prejuízo provocado aos Estados pela ruptura de irreversíveis aquis ordinatorios).

A solução da transferência de exercício parece inevitável por duas conside-

rações. Seja pelo conceito de competência – ou seja, de permanência indefectível – da soberania no poder do povo, assim como está configurada em diversas constituições estaduais. Seja por pressupostos de efetividade do ordenamento supra-estadual; que coincidem com a constância de poderes soberanos nos Estados membros.

A segunda questão deve ser resolvida no sentido da necessidade de uma legitimação própria. A objetiva institucionalização de um ordenamento e de um poder novos e autônomos – e principalmente o seu progresso – exigem uma específica dimensão de legitimação democrática. A fonte jurídica de tal legitimação não é separável das bases de legitimação estadual, individual e múltipla, que fundamentaram o ato consensual constitutivo. A legitimação do ordenamento supra-estadual é então o resultado de uma integração de bases jurídicas; não de uma diferenciação de *costituencies*.

Substancialmente, os povos europeus exercitaram a sua soberania de duas formas distintas. Uma é a forma apropriada das suas constituições nacionais. A outra é a forma dos procedimentos decisivos próprios do ordenamento supra-estadual. Nessa segunda perspectiva realiza-se, nos relativos processos jurídicos, um exercício de soberania baseada naquela *união cada vez mais estreita entre os povos da Europa* (art. 1 TUR) que do ponto de vista jurídico, ou ainda sócio-político, constitui o povo europeu. Está nele a base de legitimação democrática de decisão, que valem para todos e para cada um dos povos associados. Seja a legitimação efetuada através do controle dos respectivos governos estaduais (pelo seu agir no ordenamento supra-estadual); seja ela efetuada mediante representação política em assembleias parlamentares supra-estaduais; seja ela concretizada ativando-se por instrumentos jurisdicionais pela tutela dos direitos na esfera supra-estadual.

Em outros termos: em um processo destinado a produzir decisões eficazes *erga omnes* no território transestadual da União – com um destinatário, assim sendo, unitário: identificável precisamente no povo europeu – existe diferentes fases de legitimação. Há uma fase de legitimação indireta, através dos parlamentos nacionais, do concurso dos Estados individuais nas decisões supra-estaduais. Há uma fase de legitimação direta, através dos representantes eleitos no parlamento europeu, das decisões supra-estaduais. Há uma fase de legitimação pela via jurisdicional – através de procedimentos coordenados de juizes estaduais e de juizes da Corte de Justiça da União – em razão da existência de uma esfera de validade supra-estadual dos direitos fundamentais.

Trata-se, como se vê, de formas diferentes de legitimação que, no final das contas, referem-se conceitualmente a um indicativo único: a soberania popular. Que se esclareça através de atos de parlamentos, que se esclareça através de atos jurisdicionais: nacionais e europeus.

Nessa perspectiva, o processo geral de decisão pública – legislativa, administrativa e jurisdicional – que se desenvolve no ordenamento supra-estadual participa de uma legitimação que não pode ser seccionada segundo as diversas fases processuais. Uma vez que, de fato, ela, não obstante, a diversidade de formas assumidas, é cada vez mais indicada conceitualmente como exercício de soberania popular, é necessário concluir que o processo total de decisão supra-estadual participa do mesmo grau e qualidade de legitimação. Na verdade verifica-se uma troca. Mas é, por outro lado, o quadro institucional singular do processo de decisão pública, propriamente do ordenamento supra-estadual, que coordena e integra as diversas formas de legitimação.

Nesse monismo de legitimação, entre o Estado e soberania autolimitada, – que

transferiu o exercício de seus poderes soberanos, – e o ordenamento supra-estadual onde tais poderes são reorganizados, podem existir fronteiras de competências, delineado empiricamente e historicamente: mas não ontologicamente estabilizadas.

Nessa visão não encontra lugar uma repartição de competências fundada ao longo de uma linha estática de *dupla soberania*, dado que o fundamento da soberania popular é idêntico: afirmando-se nos velhos procedimentos e confins territoriais estatais; ou transcendendo-os em mecanismos e âmbitos supra-estaduais.

Na União é mais que vigente – seguindo a afirmação formal de competências enumeradas pela União – o critério da *comunhão de objetivos* entre a entidade supra-estadual (a União) e os Estados membros. Essa constatação tem sua importância porque o art. 2 TUE caracteriza a União em termos de objetivos ao invés de competências.

Uma distinção entre União e Estados membros, não é possível, nem se baseando em competências *soberanas* nem em atribuição dos *objetivos*: mas talvez se baseando nas *competências procedimentais* para obtê-los. No processo de realização das finalidades comuns existem competências procedimentais *exclusivas* da União e competências procedimentais *duais* entre União e Estados membros.³

Podem-se, realmente, individuar nos Tratados, poderes procedimentais que competem exclusivamente à União, para a obtenção de determinados objetivos (de natureza *constitucional*), e poderes procedimentais que a União exercita em concorrência com os poderes, de ação dos Estados membros para a obtenção, em cooperação, de determinados objetivos (de natureza setorial).

No âmbito das competências procedimentais exclusivas da União, deve-se distinguir entre *competências integrativas* em relação aos objetivos do Tratado e competências de salvaguarda da União.

As competências exclusivas da União se configuram, portanto em poderes de ação voltados, por um lado, à auto-integração da gama procedimental disponível para a obtenção dos objetivos constitucionais da União (artigos 308 TCE; 43-44 TUE; 22, par. 2 TCE; 94 TCE; 6, par. 6 TUE). Por outro lado, como capacidade de medidas idôneas para impedir a violação dos Tratados e da esfera de cidadania comum europeia (que, na qualidade de completamento necessário da cidadania nacional, é lesada também pelas ofensas causadas a essa) (artigos 226 ss. TCE; 7 TCE). Em um caso como em outro é evidente a necessidade da sua pertinência a um órgão supranacional.

As competências de cooperação da União e dos Estados membros, referindo-se sempre aos objetivos comuns dos Tratados e às políticas setoriais com as quais tais objetivos são almejados, encontram ao contrário bases jurídicas e conformações diferenciadas nas várias políticas da União.

Naquela ampla meta material que pela sua própria vastidão, está capacitada para desmentir a tese oposta da existência de uma competência de atribuição, e de um mandado enumerado, a composição dual dos poderes da União e daqueles dos Estados membros encontra as mais diversas configurações.

A extraordinária riqueza compositiva dessas expressões duais União-Estado membros, torna-se ainda mais multiforme pela incidência do princípio constitucional de subvencionalidade.

Trata-se de uma flexibilidade bilateral: *ela permite que a ação da União seja ampliada enquanto as circunstâncias assim o exigirem e, inversamente, restrita e suspensa à medida que ela não é mais justificada.*⁴

Especialmente, a ação da União pode ser ampliada quando ela, pela sua *dimensão* e pelos seus *efeitos*, é mais *vantajosa* no tocante à ação de cada Estado mem-

bro; quando ela permite abordar *aspectos transnacionais* que não poderiam ser disciplinados por cada Estado membro; quando ela permite evitar um desencontro de ações de cada Estado membro, conflitante com as prescrições do Tratado ou nocivo aos interesses dos próprios Estados membros.

Substancialmente, a maior virtualidade de competências da União justifica-se pela sua capacidade de conferir às políticas um valor específico acrescentado de eficiência europeia. Mas não está em jogo um princípio diferenciado de legitimação democrática. Ao contrário, o critério de subvencionalidade, assumido como *grund norm* de funcionalidade do ordenamento supra-estadual (e logo transferido, pela circularidade dos processos europeus de osinose constitucional, aos ordenamentos estaduais) pode encontrar justificação lógica e fundas a própria efetividade justamente e somente com base em um monismo de legitimação dos vários níveis ordinatórios.

Nessa situação de direito objetivo, não pode ser descoberta a pedra filosofal do catálogo de competências. Mas pelas mesmas razões voltaram *ad impossibilia* – exceto por precárias sistematizações políticas – os esforços para estabelecer os limites funcionais à desestatização (ou melhor, os contra-limites às limitações de soberania).⁵

As hipóteses de funções estaduais inalienáveis, de controle social ou coercitivo, resultam, de fato, cada vez mais aquém dos confins nos quais já, com variada força e variada fragilidade, se atestou o ordenamento supra-estadual. É, pois, distinto o discurso pela soberania de instituição. A questão do limites institucionais à desestatização ou, melhor dizendo, o problema da autoconservação institucional do Estado realmente tornou-se tema central da política europeia.⁶

Mas, não obstante a instável fronteira de competências entre União e Estados, as

ameaças à conservação do Estado têm seu fundamento, mais que em hipotéticas assimilações, em um super-Estado europeu, antes nos impulsos desagregadores que surgem do seu interior. A disposição neo-medieval que vai sendo delineada em um ordenamento supra-estadual pós-westfaliano instiga, de fato, os governos locais subestaduais, simetricamente e por *aposta* na dispersão da soberania, a adotar ou reivindicar um papel de substituição ou colocar entre parênteses do Estado nos processos de decisão do ordenamento supra-estadual. São, conseqüentemente, as forças institucionais subestatais e os governos locais, que em princípio abalam a idéia de unidade que prevaleceu sobre a fragmentação medieval: com o nascimento do Estado.⁷

Por estímulo contrário, o ordenamento supra-estadual não pode renunciar, sem se desagregar, às prestações de unidade produzidas por cada ordenamento estadual nele contido (em relação às múltiplas realidades subestaduais). Cada fator desagregador dos seus componentes estaduais determina para o ordenamento supra-estadual uma crise de unitarismo e de funcionalidade.

Eis porque, contra essas tendências desagregadoras, tem lugar duas estratégias diferentes, no ordenamento supra-estadual, unificadas por um escopo. Por um lado, a ação que favorece, com claras confidências entre funções de governo supra-estaduais e funções de governo local, *omisso medio*, a vertebralidade do ordenamento supra-estadual, a sua direta radicalização no território da União e, definitivamente, a conexão dos poderes locais ao completo processo – unitário – de decisão supra-estadual. Por outro lado, a ação que privilegia, seja na função de integração que na função de conservação, a relação com os Estados, como assuntos constitutivos do ordenamento comunitário.

Como é evidente, é a segunda estratégia de natureza constitucional, que

predomina sobre a primeira, de natureza administrativa, (mesmo se conduz a resultados de unidade não irrelevantes para o ordenamento constitucional europeu).

O Estado europeu, de soberania autolimitada, revela-se conseqüentemente um Estado *fortalecido*. Porque consegue desenvolver funções excedentes às suas forças jurídicas e econômicas. Porque participa de um processo de legitimação circular mais ampla do que aquela doméstica; dirige realmente a legitimação na ação comunitária, todavia; por sua vez, recebe dela a legitimação pelos seus atos que assumem relevância extraterritorial. Porque, através do princípio de subvencionalidade, conserva os deveres que por dimensão e eficácia insistem em se recolher na sua força eficiente. Porque é *defendido* – pela sua necessidade no ordenamento supra-estadual – contra os estímulos de fragmentação, originárias das autonomias territoriais subestaduais.

Das autolimitações de soberania emerge então um Estado diferente, mas não decerto debilitado, e talvez até *fortalecido*, relativamente ao Estado de plena soberania, que nesse momento chegou ao seu declínio.

2. O Estado Comunitário

O Estado assim fortalecido deve ser, porém, radicalmente repensado, em toda sua realidade, sob o processo constitucional que o transforma: o processo de integração. Rudolf Smend teria dito que agora todos os elementos de ordem política devem ser reconsiderados no novo sistema estrutural, *como os elementos de um campo magnético que recebeu um novo pólo em uma diferente posição*.⁸

É de fato um novo Estado – que chamaremos comunitário – que toma o lugar do velho Estado. A frase: Estado *de soberania autolimitada* é útil para indicar o momento (por certo *revolucionário* na his-

tória da experiência jurídica) ausência – e quase da não necessidade para o Estado – do exercício de uma *plenitudo potestotis*. Mas agora, com a expressão *Estado Comunitário*, deve ser explicitada a evolução aquisitiva, a dimensão aberta e, portanto o novo desempenho integral que o estado alcança entrando como assunto constitutivo na ordem supra-estadual comunitária.

As transformações do velho Estado se referem tanto na ordem dos mecanismos constitucionais quanto na ordem dos valores de referência e de tutela.

a) Na ordem dos mecanismos constitucionais, o monolítico Estado soberano, torna-se Estado comunitário dualístico. Na definição que os antigos institutos, de governo e de garantia, contraem na ordem supra-estadual, uma esfera funcional acrescida, em relação àquela propriamente estatal. Governo, administração, autoridades independentes, juizes e parlamento têm agora, junto à dimensão estatal, uma dimensão comunitária das suas funções. É aquela dimensão pela qual o governo co-decide com os outros governos no Conselho dos ministros comunitários. Aquela pela qual a administração pública é, por um lado, instrumento de execução das decisões comunitárias supra-estaduais e, por outro lado, co-julgadora com as outras administrações no terreno sempre aberto dos comitês, para a execução administrativa das decisões legislativas de Comissão e Conselho europeus. Aquela pela qual as autoridades independentes, cada qual no seu campo, compreendendo a limitação do horizonte doméstico, buscam formas de coordenação operativa com as *authorities* correspondentes dos outros Estados. E distinguem no processo de unificação, os bancos centrais, entre as autoridades independentes das mais potentes, o Banco Central Europeu possível modelo de um futuro cada vez menos longínquo. Aquela pela qual os juizes nacionais, por meio

dos recursos de prejudicialidade à Corte de justiça europeia de Luxemburgo, operam, atualmente, em um sistema judiciário supra-estadual de formação progressiva, terminais periféricos de uma jurisdição de tendência unitária. Aquela pela qual os parlamentos nacionais informam a limitação do singular papel, de controle e de direção, nas confrontações dos próprios governos operantes nos momentos comunitários de decisão. E buscam, através de instrumentos e procedimentos de aliança com o Parlamento europeu, formas de participação e de influência no espaço jurídico supra-estadual, ao menos para as decisões referentes ao núcleo identitário constitucional (os direitos fundamentais, a *grundnorm* da subvencionalidade, a justiça, a defesa...)

Esse novo paradigma estatal tem o seu desenvolvimento máximo, na relação de integração entre a constituição econômica de cada Estado, e a ordem econômico-constitucional da União. Na realidade, segundo as mesmas normas do Tratado (artigos 98, 99 TCE), a política econômica dos Estados membros torna-se operacional aos objetivos comunitários. E, ainda, pode-se dizer que *os Estados atuam em função instrumental à União*.⁹ Essa necessidade compreende conseqüências profundas até nos equilíbrios internos de cada um dos Estados comunitários, entre constituição econômica e constituição política.

A constituição econômica estadual que é aquela maiormente integrada no ordenamento da União apresenta atualmente, na realidade, nas confrontações das instituições políticas, uma rigidez reforçada. Não no sentido que as instituições econômicas guiem as decisões políticas (se há uma parte do mundo onde existe uma reavaliação do poder político em relação aos poderes mercantis, essa é exatamente a União europeia). Mas na significação que as instituições políticas estaduais têm o vínculo de respeitar os princípios fundamentais euro-

peus da constituição econômica: o princípio da unidade do mercado, as liberdades de circulação, a proibição de déficit público excessivo, o equilíbrio entre gerações presentes e aquelas futuras na propriedade de despesa pública, a certeza do direito e dos processos. A moeda comum tem favorecido a *comunização* desses vínculos (há algum tempo diríamos que os internacionalizou), e a política de equilíbrio de cada um dos Estados membros da União, deve então se desenvolver segundo parâmetros de compatibilidade cuja fonte jurídica é supra-estadual. A mesma divisão de competências funcionais e territoriais, e, definitivamente, a estrutura de cada um dos Estados comunitários, está profundamente influenciada pelos vínculos da constituição econômica. Nas condições de estabilidade *externa* entre os Estados comunitários, correspondem condições de estabilidade *interna* em cada um dos Estados, entre governo central e governos territoriais. A *cultura da estabilidade*, de cânone econômico foi transformada em princípio de organização constitucional interna dos Estados comunitários.

Essas formas duais, de exercício dos poderes públicos, desenvolvem-se em um ambiente jurídico que registra a existência de tendências contrapostas. Por um lado, nele está muito nítida a distinção conceitual entre os níveis normativos: – estadual e supra-estadual –, e, mesmo, a defesa, no plano prático por parte das jurisdições constitucionais estaduais, de limites fundamentais a um monismo ordinatório. Por outro lado, verificam-se nele intensos fenômenos de contaminação de princípios constitucionais, de mútuo reconhecimento de institutos e procedimentos, de homogeneização jurisprudencial: que reduzem progressivamente as áreas de diferenciação entre ordenamento supra-estadual e ordenamento estadual. Na realidade os poderes públicos, na vasta área comunitária combatem, com dupla fi-

sionomia, um fenômeno inédito de coabitação de duas constituições. Um ordenamento constitucional supra-estadual, que se coloca como quadro constitucional comum, no tocante às múltiplas constituições nacionais.

O fenômeno não é, contudo, aquele típico, da tradicional experiência internacionalística, de justaposição e de sobreposição ordinatórias, mas aquele, bem diferente, de integração e de compenetração de tipo constitucional. A leitura das constituições individuais dos Estados comunitários é nesse momento insuficiente à compreensão do funcionamento e da estrutura própria estadual sem as referências às partes *comuns* do ordenamento constitucional supra-estadual. E esse, por sua vez, seria vazio de substância jurídica sem as suas interconexões com os ordenamentos dos estados membros.

Em uma ótica desse tipo, o problema do irredutível pluralismo jurídico da União provém não tanto das defesas identitárias década Estado individual. Ele surge, principalmente, pela impossibilidade de reduzir a uma cifra unitária as diversas combinações que resultam da coexistência de um direito constitucional geral com os vários direitos constitucionais de cada Estado membro. As Cortes constitucionais que, como aquela italiana e aquela alemã, negam a tendenciosa assimilação dos ordenamentos jurídicos estaduais no novo ordenamento comunitário têm da parte deles uma constatação realística. A constatação que a compenetração comunitária dá vida a uma categoria de cruzamento múltiplo constitucional, é tal que a *experiência comunitária* vivida por cada um dos Estados é diferente de outro. A diversidade originária, dos ordenamentos jurídicos dos Estados membros, encontra um ponto de convergência no quadro institucional único da União, e é multiplicada depois pela diferenciação de reações do acidentado processo de integração.

Essa experiência, de diversificação jurídica factual, complica um panorama já complexo pela possibilidade de verdadeiras e próprias distinções formais de status entre os Estados comunitários. Seja através do recurso de cláusulas de *opting out* que tornam inaplicáveis, a alguns Estados membros, obrigações e vínculos de políticas comunitárias. Seja através do recurso da expressão das *cooperações fortalecidas* que, para salvaguardar o ritmo de integração comunitária de lentidões ou impedimentos, permite, ao contrário, a alguns Estados de assumir obrigações e vínculos para progredir mais velozmente.¹⁰

Como se vê, inversamente a difusas opiniões, o *Estado comunitário* acrescenta, no novo quadro, os sinais de específicas caracterizações individuais. Aquilo que acontece é exatamente o contrário de processos de homogeneização. A ponto de se poder teorizar para a Comunidade, o intrínseco valor da não agregação do poder.¹¹ Quase um paradigma extra-estadual de separação dos poderes. Apreende disso que a já vivida realidade, e aquela que virá pela grande ampliação continental, indicam que o verdadeiro problema da União é o de governar atualmente diferenças, destinadas a permanecer por longo tempo, mais que processos de homologiação estadual.

É por isso que assume importância fundamental a racionalização do *quadro institucional único*; o indefectível cordão institucional que delimita a zona constitucional pela qual a Comunidade é uma comunidade.

b) Na ordem dos valores político-jurídicos, o Estado comunitário desenvolve atualmente função de *passarela* – entre a sua esfera e o ordenamento supra-estadual mediante aqueles princípios nativos próprios de cada comunidade nacional.

O Estado comunitário transforma-se em prestador – à ordem supra-estadual em que está agora inscrito – dos valores e prin-

cípios que tem cimentado a sua originária identidade.

Isso acontece sobre um plano tríplice de prestações: prestações de unidade, prestação de legitimação, prestações de cultura. Pensando bem, são esses mesmos os valores tradicionais pelo qual o Estado pôde definir-se *nacional*. A nacionalidade do Estado – diferentemente do outro seu atributo fatal: a *soberania* – não sofre transformações no Estado comunitário. Ao contrário, a sua perdurante vitalidade é um fator essencial para a duração ético-político da inteira construção comunitária. É o Estado-soberano que enfraquece no ordenamento supra-estadual, enquanto que o Estado-nação novamente encontra seu vigor.

As prestações de unidade do Estado comunitário focalizam, antes de tudo, manter a integridade daquele ordenamento em relação aos estímulos separatistas de realidade subestaduais. Trata-se de um dever tradicionalmente específico do Estado nacional que atualmente, especialmente em ordenamentos de tipo neofederalista como aquele italiano, está, de fato, estendido referencialmente *aos vínculos derivantes do ordenamento comunitário*. A natureza dessas prestações de unidade não é, entretanto, mais ideológico-formal, como na velha centralização *prefeitoral* do Estado, mas de autoridade jurídica efetiva. Como *a tutela dos níveis essenciais das prestações relativas aos direitos civis e sociais, prescindindo dos confins territoriais dos governos locais*. Como *a tutela da unidade jurídica e da unidade econômica com referência específica aos territórios com menor capacidade fiscal por habitante* (assim como na Constituição italiana os artigos 117, 119 e 120).

Garantindo a sua unidade com formas que fazem, sobretudo, apelo aos conceitos e princípios de solidariedade *nacional* (ou seja, princípios metajurídicos que têm raízes, ou pelo menos justificações, no

conceito da comunidade nacional de destino) o Estado cumpre atualmente na realidade uma missão comunitária. A mesma forma jurídica assumida historicamente pela Comunidade, com a *par condicio* de todos os Estados membros; está em radical oposição – por princípios de eficácia e de eficiência – com a idéia de um esfacelamento do ordenamento supra-estadual em uma miríade de Estados-região e microcosmos de elementos étnicos, girando em torno a uma longínqua capital européia. E é por isso que é preciso evitar um certo radicalismo teórico na separação entre *governance*, forma de governo com inclusão das entidades subestatais, e *government*: forma de governo que seria francamente negada a uma república compósita como a Comunidade.¹² É exata a figuração de uma forma européia de *government*, abrangente de poderes participativos dos governos territoriais subestatais.

Não é um caso que nos defensores da Europa das regiões, o antinacionalismo coincida com um substancial antieuropeísmo contra a Comunidade estruturada. Dirá Ralf Dahrendorf: *na realidade da Europa das regiões poderiam surgir regiões sem Europa*.¹³ Por outro lado, em uma rara deformidade de posições, que encontra, contudo, explicação na total substituição de perspectiva do Estado no ordenamento europeu: atualmente, os nacionalistas não são a mesma coisa que os soberanistas. Aqueles podem buscar a convergência, se não o fortalecimento, dos interesses nacionais com funções e finalidades do ordenamento supra-estadual. Já os soberanistas conduzem, ao invés, com a defesa da soberania estadual, à radical negação daquelas funções e daquelas finalidades, em uma contraposição conceitual mal coberta pelos véus de contingentes oportunismos políticos.

E entre esses oportunismos políticos existe, seguramente, o argumento demo-

crático. A afirmação que, com a defesa da integridade da soberania estadual, seria defendida também a integridade do único contentor possível de práticas e valores democráticos.

Não é, absolutamente, admissível, que as limitações de soberania do Estado comunitário, comportem algum acontecimento inesperado de déficit democrático no seu ordenamento interno. O contrário é fato. O nível de democracia efetiva do Estado *comunitário* deve ser adequado, se deficitário por razões internas, ao modelo ideal, atualmente, impresso no ordenamento constitucional supra-estadual. É, especialmente, aquele nível que é garantido pela circular vigilância multilateral *dos iguais*, ou seja, de todos os Estados membros (como aparece no fundamental art. 7 TUE). No trânsito da ordem fechado estatal à ordem aberta comunitária, o Estado não é que se despoje de fato dos fatores de legitimação própria que lhe chegam ao contraditório político e pelo evento eleitoral e pela capacidade de tornar efetivos os direitos fundamentais dos seus cidadãos. É por isso totalmente lógico que, aos Países de recente adesão, seja pedido um standard apurado de qualidade democrática.

Mas há mais. O Estado é atualmente prestador de valores democráticos ao ordenamento comunitário supra-estatal do qual é componente ativo e não somente constitutivo. O Estado comunitário está realmente capacitado para colocar ao dispor do ordenamento supra-estatal, as próprias reservas de espaço público, de representação política e de cidadania. Contra a obsessão de uma direta democracia européia, para completar a presunção de déficit há, em conclusão, o dado real da democratização da União através dos Estados.

Na experiência jurídica supra-estatal, os Estados que nela operam, não podem, de fato, se separar da sua legitimação democrática. E é pelo seu operar conjunto que nasce

a conexão entre as diferentes *constituencies* nacionais. Nasce pelo fato que distintas representações estaduais se integram processualmente para terminarem em indistintas decisões comuns: diversamente vinculatórias para todos os participantes do processo. Nasce da existência de um fato eleitoral comunitário, de certo modo central e resumido, no tocante aos fatos eleitorais nacionais: a eleição do parlamento europeu. Essa eleição, quaisquer que sejam as variáveis dos mecanismos eleitorais nacionais, deve ser definida pelo seu resultado: uma grande assembléia representativa, com deputados associados não por Estados, mas por grupos parlamentares políticos. Uma assembléia que não tem, por conseguinte, função de representação dos interesses nacionais, mas *à função díspar, de prover a uma forma de legitimação democrática do exercício do poder comunitário*.¹⁴ Um parlamento, além disso, capaz de oferecer um canal de representação a forças vitais sociais que não conseguem se expressar através dos parlamentares nacionais.¹⁵ A única assembléia eleita no mundo, afinal, capaz de bloquear a vontade unânime dos Estados membros de uma organização internacional...

Verifica-se, no espaço jurídico europeu, um importante fenômeno de legitimação popular para união de *constituencies*. Se for verdade que, a legitimação dos vários níveis de governo, não deriva um do outro, visto que cada nível tem um momento apropriado de legitimação (o evento eleitoral: estadual, europeu, regional, municipal...) é, no entanto, também verdade que a legitimação integral do sistema europeu é a resultante do ordenamento das suas várias legitimações parciais. A insólita *demos* europeu é na realidade um povo-de-eleitores.¹⁶

Se essa visão for exata, são evidentes dois erros teóricos recorrentes: contidos na expressão do déficit democrático e na expressão da dupla legitimação.

A expressão do déficit democrático está corrompida por um erro de atomização: no tocante àquele que com a criação de um ordenamento supra-estatal, interconectado por ordenamentos estaduais tradicionais, pelo contrário, tornou-se um sistema. A interpretação sistêmica do ordenamento comunitário impede, de fato, considerar setorialmente a questão da legitimação do ordenamento supra-estatal. Como se, ao final da sua democratização, fossem irrelevantes os ordenamentos estatais que a ele estão intimamente coligados através de modificações formais ou tácitas das respectivas constituições. É antes esse fato de mudança constitucional aquele decisivo para confirmar o fenômeno de comunicação de legitimação entre ordenamentos. Ele incide enfim no núcleo identitário dos Estados membros, através de processos que não se consegue conceber como estranhos à lógica normal democrática. E de fato não o são. Os sucessivos fatos decisórios formam o direito derivado, no tocante àquela decisão jurídica originária e dela participam pela qualidade essencial.

Justamente, pela rejeição do erro de atomização, recorrente da expressão do déficit democrático, move aquela que é considerada a mais severa análise das condições democráticas da União européia. Na sentença da Corte constitucional alemã, de 12 de outubro de 1993, o desenvolvimento do ordenamento supra-estatal dos poderes conferidos à União. Em outros termos, a limitação da soberania parlamentar de cada Estado pode ser justificada somente com a recuperação dos relativos poderes de controle democrático no ordenamento supra-estatal, em particular por obra do parlamento europeu.

Em uma espécie de teoria dos vasos comunicantes, o nível de democratização do ordenamento supra-estatal e a legitimação dos relativos poderes, colocaram-se, portanto, em relação a uma única di-

mensão de legitimação: o evento eleitoral, seja ele apurado em sede nacional ou em sede supra-estatal. Não há, em conclusão, reserva estatal de legitimação, nem reserva estatal parlamentar: já que devem ser consideradas equivalentes as prestações de legitimação do parlamento europeu e dos parlamentos nacionais. A decisão da Corte alemã, tão exigente de requisitos democráticos para o poder público na União, chega então a reconhecer a existência de um só sistema onde as prestações de legitimidade se equivalem quaisquer que sejam as *constituencies* da qual emanam.¹⁷

O que deve ser excluído é que, prestações de legitimação democrática, possam decorrer de fatores alternativos à legitimação eleitoral: como a capacidade de *problem solving* da ordem comunitária para uma legitimação tecnócrata-utilitarista¹⁸ ou o sistema de organizações de representações de interesses argutos frente ao ordenamento supra-estatal, para uma *democracia das organizações*.¹⁹ Somente o modo eleitoral, com sua referência à unidade conceitual do corpo eleitoral - independentemente das suas conformações organizativas - é o método democrático comum aos ordenamentos jurídicos territoriais, como são aqueles estatais e o comunitário.

Há aqui uma ordem de razões substancialmente homóloga que impele rejeitar a expressão da dupla legitimação na qual repousaria o ordenamento integral da União: a legitimação dos Estados, a legitimação supra-estadual. Na realidade, como já foi dito, a legitimação estatal concorre à legitimação da União e não é, nem conceitualmente, separável dela em razão da referência comum à soberania popular. E por outro lado a União, como ordenamento constituído, é fonte de legitimação para o Estado naquela dimensão ultra-estadual que lhe seria de outra forma preclusa.

O Estado comunitário é prestador de legitimação ao ordenamento supra-es-

tatal também na medida em que concorre para garantir o núcleo originário dos direitos fundamentais de cidadania. Na norma talvez mais emblemática de toda a ordem constitucional europeia está escrito que *a cidadania da União completa a cidadania nacional*.²⁰ Aqui também, há uma troca de prestações de legitimação por compenetração que, na ordem supra-estadual constituída, resulta finalmente inextricável. Como o poder estadual, assim o poder supra-estadual europeu legitima-se dando garantias - antes de tudo contra si mesmo - aos direitos fundamentais dos cidadãos. E assim como estão entrelaçados os poderes, assim, as garantias, estão intimamente enlaçadas.

O Estado *comunitário* notifica, então, as suas tradições constitucionais de reconhecimento e de defesa dos direitos, ao ordenamento supra-estadual: e esse, reunindo-as, abre-as para uma dimensão mais vasta, que se torna, portanto, também nesse aspecto essencial da teoria democrática, uma dimensão legitimada.

A unidade jurídica e social que está escrita no próprio projeto de cidadania europeia determina uma nova síntese entre as duas propriedades ordinatórias: aquela europeia e aquela nacional. Isso origina um *patriotismo constitucional distribuído* (A. Cavalli). A pátria como projeto jurídico de futuro e não como monumento do passado a quem se deve homenagear (C. Magris) e então um valor - e não o menos importante - que o Estado *comunitário* empossa no ordenamento supra-estadual. Exatamente como ligação entre a relação com o lugar *natio* do espírito e a relação com a dimensão continental de cultura e civilização.

É essa consideração que induz considerar preferível, em todo estudo sobre a realidade europeia, a expressão supra-estadual àquela supranacional. Por tudo o que foi dito, o ordenamento novo tem uma primazia jurídica que modifica a sobera-

nia estatal, mas deixa intacta – e, antes, se vangloria pela sua compactação e coesão – a dimensão nacional do Estado. O Estado comunitário torna-se um Estado nacional. Mas em uma visão contrária, renovada e exigente da nação: *realizar em proporções mínimas aquilo que o mundo não pode fazer maior*.²¹ Não se pode, em suma, construir a Europa se não começarmos pela experiência do Estado-nação, do maior artifício capaz da universalidade.²²

3. Ordenamento como Processo de Integração

Aquela que, se construiu com os Tratados fundadores da Comunidade europeia, é então uma rede jurídica de comunicação interativa. Os Estados que nela estão inseridos são entidades abertas e dinâmicas, não mônadas fechadas e estáticas. Prestadores de capacidades operativas e de valores. E não sujeitos passivos, meros destinatários das normas do ordenamento supra-estadual que com a sua adesão – originária ou sucessiva (e, conseqüentemente, com a legitimação a posteriori do *acquis comunitário*) - contribuíram para criar.

Em virtude dessas contribuições, o ordenamento supra-estatal não é, pois, (para lembrar aqui a lição de Santi Romano) a soma aritmética das várias partes estaduais, que nele e com ele se reúnem. Ele é *algo diferente daqueles particulares elementos materiais que o compõem*.²³ E essa distinta *unidade* se origina do fato que cada um dos componentes estaduais causa (lembrando aqui, ao contrário, a lição de Rudolf Smend) uma *tensão contínua que se resolve incessantemente em processos de integração*.²⁴

O sistema supra-estadual comunitário é então um ordenamento processual. E parece marcado por ela a célebre expressão de R. Smend da Constituição como *ordenamento jurídico do processo de in-*

tegração. Com a reflexão que dela deriva: não pode ser definibilidade na sistematização constitucional europeia. Ela deve ser estruturalmente abertas às ulteriores fases da integração.

Esse processo de integração desenvolve-se essencialmente ao longo de três princípios: o princípio do consenso, o princípio de coesão e o princípio de cidadania.

Dizia ainda Rudolf Smend, que a forma da integração é um *processo, e no seu centro há um consenso não uma decisão*. E, na grande polêmica com Carl Schmitt, recorria à expressão do *plebiscito cotidiano* fundador, como Renan à sua Nação.

O eco desses conceitos retorna, freqüentemente, nas análises da formação da Comunidade. A constatação da *caracterização no sentido pluralista e não majoritário do ordenamento europeu*²⁵ une-se assim àquela por cuja União europeia não é uma democracia majoritária e a modalidade votação pela maioria não joga a regra majoritária.²⁶ Deve-se, todavia, entender bem que o *princípio do consenso* tem valor nas fases constituintes ou de revisão constitucional da Comunidade: onde, de qualquer maneira, está em jogo o irredutível pluralismo comunitário. Não pode, ao contrário, valer nas fases de atuação constitucional: nas políticas ordinárias da União, que se desenvolvem, justamente, no pressuposto de uma sucedida homogeneidade no espaço jurídico comum, aquela homogeneidade que permite a aplicação da *regra dos mais*.

O *princípio de coesão* tende a diminuir durante o processo de integração, as desigualdades econômico-territoriais e jurídicas que se colocam como obstáculos prejudiciais ao decidir em comum em situação de *par condicio*. As ações desenvolvidas segundo o princípio de coesão aparecem, por conseguinte, como o aplainamento da estrada que conduz à decisão, ações positivas para colocar cada Estado membro nas mesmas condições, de igual

oportunidade, para adotar-executar decisões comuns vinculadoras para todos os Estados membros.

O princípio de coesão, régua de Corinto do ordenamento comunitário, encontra explicação em procedimentos jurídicos de muita eficácia, unificadas pelo comum escopo. A ele são, conseqüentemente, atribuídos os clássicos instrumentos de reanimação econômica territorial com fundos estruturais e fundos sociais (que conferem ao ordenamento supra-estatal também uma inédita eficácia endoestatal: ou seja, não só a força de integrar os Estados entre eles, mas também a força de integrar, através dos Estados, as regiões territoriais no espaço jurídico europeu).

A ele são atribuídos também os procedimentos imateriais, mas não por isso menos eficazes – e, antes de efeitos mais difusos – por aquela *união ordinatória* que é a Comunidade européia. Tal como a praxe do mútuo reconhecimento que é a recíproca validação de procedimentos e institutos de igual *confiabilidade* jurídica e de equivalentes garantias segundo os standard comuns europeus.²⁷ Como o procedimento da coordenação aberta, que vê a contribuição central da Comunidade em posição de imparcialidade comparativa em relação às práticas nacionais em setores estratégicos das políticas de setor. A avaliação comparada da eficácia das ações nacionais naqueles setores e a individuação das *best practices*, baseando-se nos incontestáveis parâmetros de resultado, são instrumentos de indução à coesão. Além de tudo, eles fomentam a *accountability* dos governos nacionais nas confrontações com os seus cidadãos e com os outros Estados membros, nos dados a descoberto da defrontação de eficiência da ação pública, em uma transposição do princípio de concorrência desde as empresas até os Estados.²⁸

O princípio de coesão cumpre nesse modo as precondições para que no ordena-

mento supra-estatal possa desenvolver-se uma ação efetivamente comum, sem distorções dos pontos de partida entre os Estados membros. A sua substância, incidindo na posição integral dos Estados na União, é por isso uma substância constitucional.

Mas, na Comunidade amadurecida depois do Tratado de Nice e a contemporânea proclamação da Carta dos direitos fundamentais dos europeus (2000), o fator mais relevante de integração é certamente o *princípio de cidadania*. E esse por três razões de base.

Em primeiro lugar, pela eficácia multifuncional que os direitos têm assumido no constitucionalismo moderno.²⁹ Não mais somente elementos de uma esfera individual, mas, também, de uma esfera social de liberdade, eles desenvolvem em toda constituição uma função organizatória da parte instrumental: e por isso essa resulte finalizada para eles. Então, não apenas base de legitimação dos poderes estatais, mas razão de ser e de conformação do poder público comunitário e das suas garantias. A estrutura por princípios – ou seja, por estruturas de valores – da Carta de Nice é a melhor forma que exprime a multifuncionalidade dos direitos. Dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça: os princípios de Nice são aqueles que deverão governar toda ação futura da União.³⁰

Em segundo lugar, a cidadania se coloca como meso-instituição. Instituição transversal entre Estados e Comunidade, como *passarela* entre o conjunto ordinatório Comunidade-Estados e a *união cada vez mais estreita entre os povos da Europa*. É de fato – nesse último aspecto – a instituição de coligação entre a esfera pública e a esfera coletiva. Aquela por cujo ordenamento supra-estatal não aparece como construção abstrata e longínqua das pessoas. Não é por acaso que no preâmbulo da Carta de Nice está escrito que a *União co-*

loca a pessoa no centro da sua ação instituindo a cidadania da União e criando um espaço de liberdade, segurança e justiça.

Em terceiro lugar, a cidadania é a expressão e, juntamente, a fundação de uma *koinè* comum fundada nos princípios de liberdade, democracia, respeito pelos direitos do homem e das liberdades fundamentais, e do Estado de direitos (art. 6 TUE). É uma *koinè* comum, mas autônoma em relação aos Estados individuais, e é contra eles que se prospecta a tutela política da cidadania como esfera social, nos confrontos dos Estados membros que eventualmente violem a sua essência (art. 7 TUE).

Por essa tríplice ordem de razões, a cidadania e os seus direitos são um fator pujante de integração na experiência jurídica europeia.

Como se vê, são princípios que exprimem o dinamismo interno da Comunidade. Certamente, o sistema comunitário é um ordenamento supra-estatal de ordenamentos estatais em conexão de recíproca relevância e interconexão. Mas, sobre essa definição estática, prevalece o dado processual da ação concorrente dos Estados membros que se desenvolve segundo os princípios constituídos ou que se auto-afirmaram originariamente e foram aceitos na experiência jurídica da integração.

4. Ordenamento como União de Constituições

Através das instituições próprias – ou seja, Parlamento, Comissão, Corte de Justiça – o ordenamento supra-estatal exprime-se em poderes de impulso, de regulamentação coesiva, de arbitramento, de jurisdição e de sanção. São poderes essenciais na vida jurídica e política da Comunidade: como são essenciais as instituições que os exercitam. Mas a sua autonomia não é absoluta porque não existe um poder público comunitário *em si*, independente do processo de integração dos Estados

em Comunidade. É então uma autonomia processual: funcional às dinâmicas da integração. Pode guiar e até provocar essas dinâmicas: mas não poderia alcançar os seus escopos na inércia dos Estados.

É esse mecanismo de junção entre poderes supra-estatais e poderes estaduais – um mecanismo que os coligando, também os marca, no entanto, a fundamental diversidade – que faz entender como não se possa renunciar ao ordenamento marcado pela estadualização.

Em suma, causa realmente defeito à Comunidade supra-estatal o núcleo originário da soberania. A Comunidade supra-estatal pode ser – como substancialmente é – ordenamento por competências gerais. Pode ser titular de poderes soberanos conferidos e até mesmo, como foi dito, de uma classe de soberania integralizada, pode ser titular de personalidade jurídica internacional segundo os últimos progressos constituintes. E, todavia, não pode privar-se dos Estados que a compõem. Nisso consiste o seu original federalismo: processual mais que institucional.³¹

Não tem na realidade a condição autônoma de Estado central de uma federação. Enquanto tem uma densidade constitucional que a torna incompatível com uma estrutura confederada. E é inútil buscar uma terceira via na categoria das uniões de Estados. Justamente porque a Comunidade supra-estatal não participa do resultado de estadualização do qual, de qualquer maneira, chegam às tradicionais uniões de Estados. Ela conclusivamente se realiza em uma união de ordenamentos e mais precisamente em uma “união de constituições”, segundo um contínuo processo de integração que, entretanto, não chega nunca a resultados de unificação estatal.³² Se chegássemos a esse resultado, seria como desligar os motores da Comunidade europeia.

Mas quais são as instituições de governo, antes o aparato institucional de go-

verno dessa união ordinatória, constituição de constituições? O aparato não foi feito só pelas instituições específicas do ordenamento supra-estatal, como Parlamento, Corte de Justiça e Comissão. Existem, também, as instituições de relevância comunitária dos ordenamentos estaduais, que se unem naquele supra-estatal. Ainda que se espere dar o sentido e o ritmo do movimento completo de integração para as instituições supra-estaduais. E fornecer o coágulo, jurídico e finalístico ao mesmo tempo, pela solidez do cabal ordenamento.

Essa integralização da soberania,³³ essa pluralidade de formas de distribuição do poder, conduz, às vezes, à errática pretensão de negar à Comunidade aqueles poderes unificadores, que lhe são necessários para as suas competências de integração e de autoconservação.

Distante de um centro conceitualmente unitário de imputação dos poderes, diz-se que *é na cotidianidade do exercício de competência – nas interações entre Estados, instituições da União, órgãos judiciários de Estados e União – a amplitude da esfera de autonomia da União e não decerto na identificação de um poder extremo e absoluto.*³⁴ E fala-se de um sistema político e jurídico *que opera sem vértices hierárquicos, sem focalização do poder sobre um ponto exato de modo que unidade e identidade elementos centrais do discurso político até os nossos dias, assumem uma importância totalmente secundária.*³⁵

Não há dúvidas que os tradicionais conceitos de soberania e de representação tornam-se inadequados quando a forma estatal está integrada em uma nova estrutura institucional que a modifica. Mas não existe, igualmente, dúvida, que a efetividade do ordenamento comunitário, deva ser garantido por uma disposição formal do poder de governo. Essa disposição não pode preocupar-se somente com a efetividade da supra-estrutura, como, por exem-

plo, de uma abstrata visão poderia surgir o ordenamento comunitário adotado em seu significado absoluto, destacado dos ordenamentos estatais aos quais está coligado. É, ao invés, uma disposição que deve assegurar a efetividade do conjunto supra-estatal-estatal: não podendo agora se separar das conseqüências da ação do poder público entre uma e outra dimensão. O ponto mais visível e popular de integração das políticas comunitárias oferece com clareza o melhor exemplo dessa indivisibilidade. A moeda única européia, com as suas flutuações, tem conseqüências não sobre o estado de uma economia abstrata européia, mas sobre aquele das concretas economias dos Países membros. E ao contrário: as fragilidades estruturais da economia de um único País membro podem repercutir sobre o valor absoluto da moeda comum.

É para garantir, portanto, a efetividade do ordenamento e a sua unidade na pluralidade, que a União dispõe de um quadro institucional único, que assegura a coerência e a continuidade das ações desenvolvidas pelo encaço dos seus objetivos. Assim diz o art. 3 do Tratado sobre a União. E assim revela que aquele da unidade é um bem público primário (e não secundário) naquela experiência jurídica comunitária coincidente com um processo de integração necessariamente não uniforme nos tempos e nos modos. É nesse quadro institucional único, e através dele, que se desenvolve o exercício dos poderes soberanos conferidos pelos Estados membros. Mas é ele também o centro, o magneto de todos os poderes de relevância comunitária: ou seja, daqueles exercitados pelas instituições dos Estados membros na atuação do direito comunitário (cfr. Art. 51, Carta dos direitos fundamentais da União européia).

É, então, nesse conjunto supra-estatal-estatal dos poderes e de instituições, a área de direção e de comando da Comunidade. O fato é que, esse conjunto não este-

ja ainda hierarquicamente ordenado no seu interior, se não segundo o princípio móvel de subvencionalidade, não altera a sua supremacia para o exterior: nos confrontos dos cidadãos, nos confrontos dos Estados membros ao mesmo tempo co-decisores e destinatários da vontade comunitária, nos confrontos, enfim; do mundo extracomunitário. *Um conjunto soberano que dá forma a uma existência política não mais compreendida na força de um único argumento, mas em uma multiplicidade conexas e regulada, e definitivamente uma, porque existente como novum.*³⁶

Depois de séculos de constitucionalismo europeu volta então a idéia de conjunto soberano, aquele que foi teorizado pela primeira vez na expressão *King in Parliament: Fomos informados pelos nossos juizes que nunca estivemos tão alto na nossa real dignidade, quanto no momento do parlamento, onde nós como cabeça e vós como membros, estivemos unidos e constituímos, juntos, um único corpo político (Henrique VIII, 1540).*

Desse todo trabalho de sistematização constitucional deveria dar importância, não podendo aqui ter estruturas simplificadas para situações complexas.

NOTAS

¹ B. De Giovanni. *L'ambigua potenza dell'Europa*, Nápoles, Guida, 2002, 158.

² Na opinião de S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), Florença, Sansoni, 19561, 144 ss.

³ Sobre esse tema pode-se ver A. Manzella, *La ripartizione di competenze tra Unione europea e Stati membri*, em *Cadernos Constitucionais*, 3, 2000, 531.

⁴ Assim o Protocolo sobre a aplicação dos princípios de subvencionalidade e de proporcionalidade, anexado ao Tratado de Amsterdã (1997), Sobre o tema ver o seminário *Legalidade e subvencionalidade entre direito e direito comunitário*, introduzido por O. Pinelli, em *I costituzionalisti e l'Europa*, obra de S. Panunzio, Milão, Giuffrè, 2002, 51 ss.

⁵ Cfr. A. Von Bogdandy. *L'unione sovranazionale come forma di potere politico*, em *Teoria Política*, I, 1994, 135 ss.

⁶ P. Rosanvallon. *La démocratie inachevée*, Paris, Gallimard, 2000, 419. C. Pinelli, *Il momento della scrittura*, Bolonha, Il Mulino, 2002, 127 ss.

⁷ S. Cassese. *La crisi dello Stato*, Bari-Roma, Laterza, 2002; ver também M. Cali, S. Giusti, *Le sfide dell'allargamento*, em *Europa Europe*, 2001, 44.

⁸ R. Smend, *Die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit*, em *Festschrift für U. Scheuner*, Berlim, 1973, 575 ss. Cit. de G. Zagrebélsky, em *Introduzione a R. Smend, Costituzione e Diritto costituzionale*, Milão, Giuffrè, 1988,9.

⁹ S. Cassese. *La Costituzione economica europea*, em *Rev. It. de Dir. Comunitário*, 2001, 919.

¹⁰ Sobre o tema pode-se ver A. Manzella, *Le cooperazioni rafforzate nell'Unione plurale*, em *Dall'Europa a Quindici alla Grande Europa. La sfida istituzionale*, Bolonha, Il Mulino, 2001, 241 ss.

¹¹ J. H. H. Weller, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, em *La Costituzione europea*, Anuário 1999 AIC, Pádua, Cedam, 2000, 3 ss.

¹² S. Fabbrini. *The EU governmental System: a comparative perspective*, em *Comparative Political Studies*, 2003.

¹³ R. Dahrendorf. em *La Democrazia in Europa*, Bari, Laterza, 1992, 69.

¹⁴ E. Cannizzaro. *Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione europea*, em *Diritto dell'Unione europea*, 2, 2000, 255.

¹⁵ D. Coombes. *Seven Theorems in Search of the European Parliament*, Londres, Federal Trust, 1999, 35 ss. Podem ser vistos também os atos do seminário *Parlamento europeo, legge elettorale, partiti politici*, com introdução de A. Manzella, em *I costituzionalisti e l'Europa*, cit., 403 ss.

¹⁶ G. E. Rusconi. *Il repubblicanesimo su scala europea*, em *Il Mulino*, 3, 1998, 443.

¹⁷ No âmbito da unidade institucional da União, a legitimação democrática foi conferida – em sintonia com o envolvimento do processo de integração das Nações européias – por obra do Parlamento europeu, eleito pelo cidadãos dos

Estados membros: assim a sentença do dia ¹² de outubro de 1993 do Tribunal constitucional alemão (v. em Giur. Cost., 1994, 691).

¹⁸ A. Von Bogdandy. *L'Unione sovranazionale come forma di potere politico*, cit., 146.

¹⁹ T. R. Burus, S. Andersen. *L'Unione e la politica post-parlamentare*, em Il Mulino, 3, 1998, 420.

²⁰ Art. 17 TCE

²¹ P. Rosanvallon. *La démocratie inachevée*, cit. 422.

²² B. De Giovanni. *L'ambigua potenza dell'Europa*, cit., 19.

²³ S. Romano. *L'ordinamento giuridico*, cit., 12.

²⁴ R. Smend. *Costituzione e Diritto costituzionale*, cit., 33.

²⁵ L. Torchia. *Una Costituzione senza Stato*, em Diritto pubblico, 2, 2001, 405 ss.

²⁶ F. W. Scharpf. *Verso una teoria della multi-level governance in Europa*, em Rev. It. di Politiche Pubbliche, 1, 2002, 15.

²⁷ Sobre a técnica do mútuo reconhecimento que abre lateralmente os ordenamentos jurídicos entre eles, sem ter de recorrer à harmonização (ou recorrendo a uma harmonização mínima), v. S. Cassese, *La Costituzione economica europea*, cit., 920.

²⁸ Sobre o processo de Lisboa, v. *The new Knowledge Economy in Europe*, obra de M. I. Rodrigues, Cheltenham, Reino Unido, Elgar, 2002, e idem, especialmente: M. Telò, *Governance and government in the European Union: the open method of coordination*, 242 ss.

²⁹ P. Haberle. *Europa come società costituzionale in formazione*, em *La Costituzione dei Paesi dell'Unione Europea*, obra de E. Palici di Suni Prat, Caselle, M. Comba, Pádura, Cedam, 2001, 15 ss.

³⁰ Sobre a Carta dos direitos pode ser visto - o testemunho dos membros italianos daquela primeira Convenção (A. Manzella, P. Melograni, P. Paciotti, S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bolonha, Il Mulino, 2001) como também *témoignage et commentaire* de G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2001. Entre os mais recentes trabalhos, M. Cartaria, *Allargamento e diritti fondamentali nell'Unione europea. Dimensione politica e dimensione individuale*, em *Dall'Europa a Quindici alla Grande Europa*:

la sfida istituzionale, cit., 123 ss.; De Siervo, *La difficile Costituzione europea e le scorciatoie illusorie*, em *La difficile Costituzione europea*, Bolonha, Il Mulino, 2001, 109 ss.; A. Bourlot, V. F. Parsi, *Il racconto della cittadinanza europea nella Carta dei diritti fondamentali*, em *Cittadinanza e identità costituzionale europea*, Bolonha, Il Mulino, 2001, 105 ss.; G. Azzariti, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel processo costituente europeo*, em *Rassegna di Diritto pubblico europeo*, 1-2, 2002, 9 ss.; S. Ginbonni, *Diritti sociali e mercato*, Bolonha, Il Mulino, 136 ss. Ver também - *La Carta dei diritti fondamentali, verso una Costituzione europea*, em *Cadernos Forum*, XV, 2001 (obra de B. Henry e A. Loretoni). E cfr. o comentário *L'Europa dei diritti*, obra de R. Bifulco, M. Cartaria, A. Celotto, Bolonha, Il Mulino, 2001.

³¹ Estrutura-processo, segundo a célebre definição de A. Predire, *Europeità dell'economia sociale del mercato*, em *Nuova Antologia*, 1995. De N. MacCormick, *A soberania não é necessária à existência do direito e do Estado, nem mesmo desejável enquanto uma soberania externa é conceitualmente distinta da soberania interna e pode apresentar-se ainda quando a soberania entendida no sentido próprio está ausente*, em *La sovranità in discussione* (1999), Bolonha, Il Mulino, 2003, 254-255.

³² Sobre o conceito de união de constituições pode-se ver A. Manzella, *L'identità costituzionale dell'Unione europea*, em *Studi per L. Elia*, Il Milano, Giuffrè, 1999, 945 ss. De união constitucional europeia fala I. Pernice em *I costituzionalisti e l'Europa*, cit., 14.

³³ P. Rosanvallon. *La démocratie inachevée*, cit., 409. Ver também sobre conceito de *complex sovereignty*, a doutrina cit. por S. Cassese, em *La crisi dello Stato*, cit., 14.

³⁴ E. Canozzaro. *Democrazia e sovranità*, cit., 263.

³⁵ A. Von Bogdandy. *L'Unione sopranazionale come forma di potere politico*, cit., 133-143.

³⁶ B. de Giovanni, *L'ambigua potenza dell'Europa*, cit., 167. Para N. MacCormick, *La sovranità*, cit., 269, a Europa pós-soberana é algo semelhante a um *commonwealth* legitimamente constituído.

A CONSTITUIÇÃO DA EUROPA X MERCOSUL MERCOSUL – A INTEGRAÇÃO DOS TRATADOS E A QUESTÃO DA APROXIMAÇÃO EM TERRENO EDUCACIONAL

THE EUROPE CONSTITUTION VS. MERCOSUL
MERCOSUL - THE TREATIES INTEGRATION
AND THE QUESTIONS APPROACH IN THE EDUCATIONAL FIELD

MONICA HERMAN SALEM CAGGIANO*

Recebido para publicação em agosto de 2005

1. A Constituição da Europa³ assegura: uma só ordem jurídica e personalidade jurídica

Configura uma excepcional honra e é com especial satisfação que recebi o convite para participar desta Sessão Científica, na cidade de Iasi, Romênia, que tem por missão debater a nova Europa e sua Constituição. Uma Europa regida por um Direito Comunitário que irradiou seus reflexos em todas as partes e que, à partir de maio de 2004, de forma muito especial, passou a comandar 25 (vinte e cinco) países¹, com forte influência sobre outros 3 (três), que aguardam o seu ingresso em 2007, sendo a Romênia um destes esperançosos Estados².

Ora, estamos presenciando “o espetáculo da federalização européia” e, de certo que não poderíamos deixar de nos debruçar sobre este processo tão peculiar. Criticado por muitos, aguardado com crescente expectativa por outros, “principalmente pelos países castigados por 50 anos de regime totalitário”, o anseio de uma Europa unida – se isto puder encontrar concretização no futuro – conduz a medidas inovadoras que, se ainda não se amoldam à

perfeição ao figurino federalista, na formulação pura dos pais da constituição norte-americana, encontram certamente sua base inspiradora nos princípios por eles estabelecidos, atendendo, ademais à perspectiva de aprimoramento e robustecimento da Democracia.

De fato, não nos é dado ignorar a célebre ponderação de DANIEL J. ELAZAR, um dos mais respeitados nomes da doutrina federalista, e que proclama a receita federal como uma das mais destacadas “invenções” da doutrina democrática, rotulando esta específica fórmula como um dos três pilares da democracia moderna e convocando os analistas e políticos a assistirem a “the federalist revolution”.

Pois bem, a idéia de “federalist revolution”, forte base para a Democracia, é que orientou a elaboração da Constituição para a Europa, cujo projeto⁴ trazia a seguinte observação (em grego):

“A nossa Constituição... chama-se ‘democracia’ porque o poder está nas mãos, não de uma minoria, mas do maior número de cidadãos” (Tucidides II, 37).

A verdade é que a nova Europa já busca contar com uma Constituição própria, uma ordem jurídica a assegurar o de-

*Professora Associada de Direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

envolvimento econômico, o progresso, a paz; “uma só ordem jurídica” a acomodar diversidades, a manter o equilíbrio entre unidades diversas e diversificadas culturas, tradições, línguas faladas. A nova Constituição – na verdade, um Tratado da Constituição - assegura um rosto às decisões da Comunidade Européia⁵. Preconiza um Presidente, eleito pelo Conselho, com mandato de 2 anos e meio e, mais, é prevista a existência de um Ministro de Relações Exteriores⁶.

Anova Constituição, ora em processo de aceitação pelos Estados que compõem a comunidade, outorga à União “personalidade jurídica”, nos termos do art. I-6º do novo documento constitucional.

2. O MERCOSUL - Uma realidade embrionária no cenário da integração regional

O Mercado Comum do Sul, instituído pelo Tratado de Assunção (março/1991), confirmado e consagrado pelo Protocolo de Ouro Preto em 1994, constitui, em território sul-americano, um dos mais significativos reflexos do processo de globalização, em avançado estágio, em todas as partes do mundo. Preconizado como instrumento a autorizar a integração regional, notadamente no tocante a temas macroeconômicos, em especial de cunho comercial, desde logo, porém, gerou, em seu entorno, uma expectativa de atuação de amplo espectro, deflagrando debates e impondo especial atenção.

Geneticamente o Mercosul tem por finalidade a criação de um mercado comum. Modelado com inspiração na história da comunidade européia. Encontra-se, porém, ainda, “na etapa de união aduaneira”. Preconiza a circulação de bens, pessoas, serviços, capitais e na coordenação das políticas macroeconômicas, envolvendo os Estados-partes: “Brasil, Argentina,

Paraguai e Uruguai”. Forçoso convir que, sob as lentes do direito, este novo arranjo deveria vir expresso por um ordenamento jurídico próprio, marcado pelos vetores da unidade, uniformidade e eficácia. A par disso, o processo de integração impõe a aplicação e a interpretação uniformes e simultâneas deste mesmo ordenamento.

O Mercosul “não dispõe de instituições” que expressem uma vontade jurídica distinta dos Estados-partes, nem de instituições específicas e independentes que detenham poderes conformadores da competência específica do Mercosul e que disponham de processos prévios para o exame de violações e aplicação de sanções.

O Mercosul “não detém personalidade jurídica” própria e não conta com um rosto como o conquistado pela comunidade européia, quando do advento da nova Constituição, se constituição podemos denominar o Tratado que lhe dá vida.

Com efeito, a estrutura deste bloco, como também sua base jurídica – o Tratado de Assunção – pautam-se em *standards* de “intergovernabilidade e flexibilidade”, o que acabou se revelando inoperante, produzindo resultados tímidos e regionalmente pontuais, o que, ainda, reserva ao figurino MERCOSUL uma presença meramente no papel.

Nessa esteira, é que cabe advertir para as dificuldades operacionais que obstam a efetiva integração das normas dos aludidos protocolos.

3. M e r c o s u l: Decisão política definitiva; Ausência de bases jurídicas para a implementação.

Conquanto o MERCOSUL se apresente como uma realidade, teoricamente, de cunho “definitivo quanto à decisão política de...um mercado comum- um compromisso de duração indefinida”⁷, com língua própria, tendo sido adotado o espanhol

como língua oficial, a verdade é que o Brasil, em particular, não cuidou de fixar a nível constitucional a natureza jurídica do tratado internacional e, conseqüentemente, sua postura hierárquica, afastando-se da solução acolhida pelo Paraguai em 1992 e pela Argentina em 1994.

Com efeito, embora controvertida e sinuosa a posição da doutrina e da jurisprudência, prevaleceu, entre nós, a tendência de reconhecer a primazia do direito interno, apesar das severas críticas que vem a contemplar essa posição. Nessa linha, resumida por força de célebre voto proferido pelo Ministro Leitão de Abreu, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Poder Judiciário é constitucionalmente obrigado a emprestar eficácia ao direito interno.⁸ Nesse memorável julgamento, afastando posicionamentos anteriores do mesmo Pretório Excelso, acabou-se por proclamar “a aplicação da norma interna posterior” que, diante do conflito, suspende automaticamente a convencional, a qual, no entanto, readquirirá sua plena eficácia tão logo seja revogada a lei com ela conflitante.

A assimetria no tratamento constitucional dos tratados por parte dos Estados-Partes e, mais ainda, “a ausência de norma específica, no Brasil”, a auxiliar na solução dos eventuais conflitos, fatores aos quais se deve alinhar, ainda, o controle de constitucionalidade, a que estão subordinadas as regras convencionais, e a fúria legislativa (por via de normação infra-legal) das autoridades brasileiras, vem contribuir para a fragilização dos já aludidos protocolos de autuação conjunta universitária no campo do MERCOSUL.

É verdade que por força da última Emenda Constitucional (45/2004) reconheceu-se a validade das “decisões de Tribunal Penal Internacional para cuja criação (o Brasil) tenha manifestado adesão” (art. 5º, §4º), o que irá provocar calorosas discussões sobre eventual redução da soberania

– embora esta posição tenha resultado do exercício da soberania – a qualidade das decisões a que o país deva se subordinar, a solução de eventual conflito entre o pronunciamento da Corte Internacional e a de um Tribunal interno.

É verdade, também, que no bojo desta reformulação, conferiu-se, ainda, *status* constitucional “aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”. (art. 5º, § 3º) tópico que, a seu turno, conduzirá a refletir sobre eventual possibilidade de *recepção* os acordos anteriores, em matéria de direitos humanos, com o mesmo efeito.

Tais medidas, sem dúvida, implicam em avanços na concretização do Mercosul. Não eliminam, no entanto, os problemas que persistem, autorizando a prevalência da vontade política de cada Estado-membro, o que retira do Bloco a segurança e a certeza que, de rigor, deveria envolver as decisões, resoluções e diretrizes produzidas - o ambiente necessário ao seu desenvolvimento.

4. A rivalidade global destrutiva

É certo que o fenômeno da globalização, introduzindo a ampla mobilidade do capital e, conseqüentemente, uma pressão competitiva em níveis cada vez mais acen tuados – desvendando um clima sombrio e nevrálgico, descrito com nitidez por Brecher e Costello no seu “*Global Village or Global Pillage*”⁹ - descortina para os analistas um campo complexo e polêmico de exame; uma questão controvertida, duramente atacada, até porque contemplada por sérios e graves problemas, a exemplo da indisfarçável **vocaçã**o ao pluralismo, conduzindo, portanto, a uma operação de integração muito mais difícil

e carente de parâmetros oriundos de experiências anteriores.

De fato, não há que ignorar que, no passado, o comércio e as guerras de conquista ensejavam o desenvolvimento e influências recíprocas para as diferentes civilizações e culturas. E isto atendendo a uma determinada ordem – a ordem estabelecida pelo *Império*, idéia que não mais subsiste no panorama globalizado. Neste, o mundo transformou-se numa *aldeia global*, em que todas as tribos são naturalmente incentivadas a conviver e a repartir.

E, conquanto a crítica que tem sido lançada a esse fenômeno ressalta, como resultado, o distanciamento de uma desejável *global harmony*, enfatizando-se, ao invés, a eventual possibilidade de um emergente estado de caos e de rivalidade global destrutiva¹⁰, a realidade fática nos posiciona como espectadores do avanço desse processo, impondo um debruçar sobre os temas que compõem o seu núcleo nevrálgico.

Isto implica num repensar acerca de um consenso ético a ser partilhado, acolhido tanto a nível global como, também, regional. E, mais, na reformulação do conceito de legitimidade em relação ao Estado, figura duramente atingida pela nova ordem internacional supra-estatal.

5. É necessário preparar os estudantes para enfrentar os desafios da globalização.

O quadro da globalização, pois, introduz uma série de desafios, porquanto revela a fragilidade e a precariedade dos instrumentos tradicionais.

Em verdade, as grandes questões do futuro apresentam-se globais em sua dimensão – explosão populacional, movimentos migratórios de massa, as megalópoles com níveis populacionais além de sua capacidade, a questão ambiental e sua preservação, a exigência de reformulação dos hábitos dos consumidores, a nova

configuração da delinqüência, assumindo a configuração de crime organizado em dimensões internacionais, a falência da representação política e o distanciamento dos integrantes da comunidade social dos partidos e das próprias instituições – enfraquecidas e desacreditadas, cada vez mais inaptas para cumprir sua missão e servir de canal de comunicação com o governo, constituem um rol meramente exemplificativo, mas que ilustra a relevância e o volume de itens a reclamar solução e um novo tratamento.

Esse quadro traduz um valioso indicador da necessidade de preparar os estudantes para enfrentar os desafios da globalização, com especial atenção para os que irão lidar com a lei, ou seja, com os futuros operadores do direito, pois este, parecnos, deve assumir o papel de instrumento de acomodação dos divergentes interesses presentes na esfera dos desafios globalizados que o futuro faz antever.

6. A universidade, o “locus” mais apropriado para o preparo daqueles a que estão sendo dirigidos os novos desafios.

Avulta, daí, como impositiva, uma reorientação do campo a abarcar a universidade, o “locus” mais apropriado para o preparo daqueles a que estão sendo dirigidos os novos desafios. Impõem-se novas linhas de políticas educacionais, até porque o sistema de educação de elites deu lugar a um sistema de massas e este é que deverá ser merecedor de atenção.

É verdade que a comunidade universitária, já há algum tempo, vem demonstrando sua preocupação com o futuro a trilhar e as mudanças das perspectivas sociais. A *Declaração Mundial sobre a Educação Superior no Século XXI – Visão e Ação*, documento resultante da Conferência Mundial sobre a Educação Superior, realizada em Paris, na sede da Unesco, em outubro de 1998, os estudos enfocando a

questão da conexão entre o ensino superior e o campo do trabalho a exigir das instituições universitárias uma nova postura¹¹, os inúmeros encontros, seminários e congressos organizados com o objetivo específico de debater esse tema e as ONGs – redes, associações e Grupos - que se instalaram, tendo por meta a discussão de idéias que pudessem concorrer para alicerçar a formulação de políticas educacionais aptas a projetar a ação da universidade no século XXI, denotam à exaustão essa angústia.

Em espaço latino-americano, o dilema relativo ao futuro da universidade e seu papel no processo de globalização não deixou de, a seu turno, ser objeto de debates e ações advindas de programas girando em torno de Cátedras Unesco ou direcionados ao apoio de determinados pólos específicos, a exemplo do projeto UNAMAZ (Associação das Universidades Amazônicas) ou do denominado RIMA (Rede Internacional de Mobilidade Acadêmica), ou, ainda, a rede DEUSTO, envolvendo os países do MERCOSUL, uma proposta para o aperfeiçoamento de professores de universidades católicas da América Latina,¹² ou a *Red Latinoamericana de Cooperación Universitaria*, uma fundação a envolver e incentivar o processo de aproximação das Universidades da América Latina.

A questão, no entanto, assume contornos diferenciados, na medida em que, embora a tônica seja a exigência de investimento no segmento da educação superior, com vistas à formação de dirigentes, pesquisadores e professores, a realidade deflagra um quadro de permanente tensão entre a universidade e o governo, produzindo efeitos altamente negativos no atingimento das novas metas, inclusive no tocante à cooperação internacional.

7. A ampliação das tarefas da universidade

Com efeito, avulta a universidade na sua trajetória, adentrando num novo sécu-

lo, com novas responsabilidades. Nesse sentido evidente a ampliação de suas tarefas. Como registrado por Ulrich Teichler, no documento denominado “Répondre aux exigences du monde du travail”¹³, a universidade deve voltar sua atenção ao preparo do estudante para um mercado de trabalho, hoje, largamente diversificado, além de encontrar-se de prontidão para o atendimento das aspirações de uma sociedade a exigir o estudo continuado ao longo de toda a vida.

Enfim, apresenta-se como uma instituição que deve estar apta a realizar sua missão de concorrer para o desenvolvimento da sociedade. E, no exercício dessa função, a cooperação e o intercâmbio internacional se apresentam como instrumentos decisivos para o seu adequado cumprimento.

8. Protocolos Educacionais do Mercosul

Transportada essa temática atinente à exigência de espaços para o intercâmbio de experiências institucionais, de inovações pedagógicas de interesse comum das universidades, de métodos de gestão institucional e de resultados de pesquisas educacionais, para o cenário latino-americano, no âmbito do MERCOSUL foram assinados os Protocolos: a) de *Integração Cultural do Mercosul* (Fortaleza, 17.12.96); b) de *Integração Educacional para prosseguimento de estudos de pós-graduação nas universidades dos países-membros do Mercosul* (Fortaleza, 17.12.96); c) de *Integração educacional para a formação de recursos humanos no nível de pós-graduação entre os membros do Mercosul* (Fortaleza, 17.12.96); d) de *Admissão de títulos e graus universitários para o exercício de atividades acadêmicas nos Estados-partes do Mercosul* (Assunção, 11.06.97).

Formalmente, portanto, alinhando-se a uma realidade já consagrada no Direito comunitário europeu, os Estados-Partes do

Mercosul buscam romper as barreiras burocráticas para o intercâmbio educacional; isto, porém, apenas e tão somente para fins de cursos de pós-graduação e possibilidade de atividades docentes sem necessidade de revalidação dos competentes diplomas. Contudo, recentes decisões emanadas do Ministério da Educação e a insistente posição refratária das autoridades brasileiras aos Cursos à Distância, em terreno de pós-graduação, são posturas que, respaldadas pela primazia do direito interno, em nada contribuem, de fato, para a efetiva concretização dos protocolos educacionais subscritos no âmbito do Mercosul.

9. A Integração universitária no MERCOSUL depende, também, de ações concretas por parte das IES dos Estados –partes, no sentido de compatibilização efetiva de currículos e métodos de avaliação dessas entidades.

Não há como, contudo, atribuir tão somente à lacuna constitucional, ao clima de insegurança dela decorrente e às medidas burocráticas de elevada tecnologia, o engatinhar vagaroso do incremento das relações entre as instituições do ensino superior dos países membros do Mercosul.

A verdade é que, embora incentivadas pelos já assinalados acordos tenham florescido inúmeras associações e redes internacionais de Universidades, os termos firmados afiguram-se sempre vagos, encontrando-se na dependência de real concretização. E, para tanto, é necessário avançar um pouco mais, autorizando-se mobilidade também em relação ao ensino superior.

E mais. Impõe-se a compatibilização dos currículos, pois, acolhendo registro de Agustín Escolano Benito, professor da Universidad de Valladolid, Espanha:

“No campo da interculturalidade, um dos pólos centrais encontra-se no desenho dos currículos, tanto na perspectiva de eliminar dados contrários ao reconhecimento

da diversidade, como, ainda, para inserir atitudes e conhecimento que facilitem a compreensão e a cooperação das culturas em contato, tudo a partir de um enfoque interativo para todas as etnias”¹⁴.

E, mais, ainda, é mister que se desenvolva um sistema comum e adequado de métodos de avaliação institucional, com vistas a preservar e resguardar a questão da qualidade do ensino.

Só assim, por via de um esforço comum da parte das próprias instituições, atingir-se-á a meta da internacionalização da Universidade, assegurando-se-lhe, conseqüentemente, a possibilidade de adentrar o novo século preparada a enfrentar os desafios e a cumprir sua missão, agora de amplo espectro.

Iasi, Romênia

Faculdade de Direito Mihail Kogălniceanu
Maio, 2005.

NOTAS

¹ A inserção dos 10 novos países no âmbito da UE foi sacramentada em 12.12.2002, em Copenhague, Dinamarca.

² Aos 15 Estados que hoje compõem a UE, mais 10 alinharam-se (Letônia, Lituânia, Estônia, Polônia, Hungria, República Checa, Eslováquia, Eslovênia, Malta e Chipre) e a estes 25, juntam-se, na qualidade de observadores, por ora, a Bulgária, a Turquia e a Romênia, com a expectativa de passarem a integrar a CU em 2007.

³ A Constituição da Europa - na realidade um Tratado de Constituição para a Europa - não foi objeto de aprovação, por via de *referendum*, na França e na Holanda.

⁴ Valéry Giscard d'Estaing foi o líder do grupo incumbido de elaborar um projeto de Constituição para a CE, sendo este apresentado em 20 de junho de 2003.

⁵ É de se anotar que, até mesmo após o Tratado de Nice, a União continuava não detentora de personalidade jurídica internacional e não tocava a questão da defesa.

⁶ Permanecem a Comissão (funções executivas) e o Parlamento composto por 626 membros e

que compartilha as funções legislativas com o Conselho.

⁷ NÁDIA DE ARAUJO, *Código do Mercosul, Tratados e Legislação*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE n. 80 004-SE. Rel: Min Xavier de Albuquerque. Tribunal Pleno *in* RTJ, vol. 83, p. 809.

⁹ BRECHER, Jeremy e COSTELLO, Tim, Global Village, *Economic Reconstruction From the Bottom Up*, South End Press, Cambridge, Massachusetts, 1998.

¹⁰ Op. Cit. Sup., p. 31.

¹¹ Conferência Mundial sobre o Ensino Superior, publicação Unesco.

¹² É o que se depreende das conclusões alcançadas no âmbito do SEMINÁRIO INTERNACIONAL promovido pela Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (ANDIFES), Brasil, Senado Federal, 5 de setembro de 1995.

¹³ Ulrich Teichler é membro do Centro de Pesquisas sobre o Ensino Superior e Trabalho, da Universidade de Kassel, Alemanha. Trabalho apresentado no âmbito da Conferência Mundial sobre o Ensino Superior, Unesco, Paris, 5-9 de outubro de 1998.

¹⁴ *La educacion ante los escenarios de fin de siglo*, *in* Educação Brasileira, Revista do CRUB, v.20, n.40, janeiro/julho/1998, p.11 e segs.

CONSTITUCIONALISMO E DIREITO NATURAL UMA RELAÇÃO INELIDÍVEL* CONSTITUTIONALISM AND NATURAL LAW: AN INELIGIBLE RELATIONSHIP

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO**

Recebido para publicação em novembro de 2005

I. Introdução.

1. Direito Natural e Constitucionalismo

Há entre Constitucionalismo e Direito Natural uma relação inelidível, conquanto haja quem a ignore ou, pelo menos, queira ignorar. Tal relação vem do passado, continua pelo presente e, sem dúvida, se projeta para o futuro.

Tal ligação é evidente no Constitucionalismo moderno. Este procede do Direito Natural e se desenvolve como expressão deste. É, com efeito, no plano da doutrina, a afirmação dos direitos naturais do indivíduo que inspira a instituição da Constituição; é, no plano da História, a preocupação com a garantia desses direitos uma das idéias-força que redundam na adoção em toda parte de Constituições no sentido moderno do termo.

Entretanto, tal vinculação, aparece também, embora menos visível, no Constitucionalismo antigo, seja propriamente o da Antiguidade, seja o da Idade Média. Realmente, é da concepção de que o Direito procede da natureza humana que decorre o intento de limitação do Poder.

Enfim, é ainda a proteção dos direitos fundamentais – e os direitos fundamentais

são projeção do Direito Natural - a fonte do Constitucionalismo pós-moderno. Este não visa senão a efetivação máxima de tais direitos.

2. A Lição de McIlwain Prolongada

A referência a três Constitucionalismos – o antigo, o moderno e o pós-moderno – pode causar estranheza.

De fato, McIlwain, na sua obra clássica, *Constitucionalismo antigo e Constitucionalismo moderno*¹, somente aponta as duas modalidades que menciona o título do trabalho. Registra ele, e estuda, o Constitucionalismo “antigo” (que se estende da Antiguidade propriamente dita até o século XVIII, abrangendo, portanto, a Idade Média), caracterizado essencialmente pela limitação do Poder; igualmente, o Constitucionalismo “moderno” (do século XVIII em diante), marcado essencialmente pelo estabelecimento, em documento solene e expresso, da organização – limitativa, saliente-se – do Poder. Evidentemente, não cogitou - e não havia por que – de tratar de uma terceira espécie de Constitucionalismo que somente muitos anos depois de suas lições viria a lume.

Parece cabível, porém, sem trair o pensamento desse Mestre, apontar para

*Este texto desenvolve tema de conferência proferida no Porto, em Portugal, em Colóquio Internacional realizado na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 10 de novembro de 2005.

**Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor honoris causa da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (França). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” - Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

um Constitucionalismo “pós-moderno” ou “hiper-moderno” – o da atualidade. Este se manifestaria pela reafirmação de um Direito superior ao positivo, na sua na projeção no plano do direito internacional, etc.

II. O Direito Natural e o Constitucionalismo Antigo.

3. A limitação do Poder

Na lição de McIlwain, o cerne do constitucionalismo antigo está na limitação do Poder.

No plano das idéias, na Antiguidade greco-romana, jamais se admitiu o Poder absoluto e sem peias do governante. Esta visão perdurou na Idade Média e mesmo nos tempos ditos do absolutismo, embora com diferenças de Estado para Estado e de momento para momento. Nunca, entretanto, deixou ela de existir no “Ocidente”, que, neste texto, é o “mundo” a considerar.

Tal limitação advinha essencialmente da idéia de que existiria um Direito, fruto da divindade, dos costumes, ou da razão e prudência do Legislador, o qual se imporia sobre o direito positivo e todas as autoridades. Mais. Um Direito que estes não poderiam, por mera deliberação, modificar ou revogar.

Por outro lado, o próprio sistema de freios e contrapesos – *checks and balances* – também está presente na Antigüidade.

A) Na Antigüidade

4. O Constitucionalismo nas Instituições Romanas

Merece lembrar, como o faz McIlwain², que os “freios e contrapesos” estão presentes nas instituições do período republicano.

Ela se manifesta na divisão do Poder entre Cônsules, Senado e Assembléias populares. Tal partilha impunha que a políti-

ca romana fosse dirigida *de concert*, para falar como Montesquieu.

Indo mais fundo, ela se explicita na existência de dois Cônsules que devem agir de acordo, na medida que a decisão de um poderia ser bloqueada pelo outro e, sobretudo, na instituição de verdadeiros contrapoderes como o Tribunato da plebe, cujos membros podiam paralisar a atuação dos magistrados e impedir a deliberação pelas próprias Assembléias. E que eram vários, de tal sorte que um poderia paralisar a atuação de outro. O instituto da *intercessio* é assim um instrumento de limitação do Poder, cuja efetividade se manifestou em numerosas ocasiões.

5. No pensamento político

Ademais, importante para o tema em estudo é ter aparecido, na Antigüidade, a idéia de direito natural. É o que transparece do estoicismo.

Bem conhecido é o diálogo *Das Leis, De legibus* de Cícero. Neste, certamente por inspiração de tal filosofia, reponta a vinculação entre o Direito e a natureza humana, de onde decorre a existência de um Direito Natural, medida do direito positivo.

Como todo jurista conhece – ou deve conhecer – nesse trabalho está a célebre definição: “a lei é a razão suprema, gravada em nossa natureza, que prescreve o que se deve fazer e proíbe o que se deve evitar”.³ Como nele também está, e logo adiante, a contraposição entre a lei (verdadeira) e aquilo que o vulgo chama de lei: “a regra escrita de caráter imperativo, que contém comandos ou proibições”.⁴

E este posicionamento se reafirma, quando é apontado: “Segundo a opinião dos mais sábios, a lei não é uma invenção do espírito humano, nem um decreto dos povos, mas algo eterno que governa o mundo inteiro, mostrando o que é sábio prescrever ou proibir”.⁵ São estas as ver-

dadeiras leis, pois as “leis diversas e temporárias que são prescritas para os povos, somente por benevolência tomam o nome de leis”.⁶

É verdade que a este entendimento se costuma opor a famosa frase de Ulpiano: “Quod principi placuit legis habet vigorem”.⁷ McIlwain, todavia, subscreve a tese de que esta colocação não significa senão que as *constitutiones* imperais teriam a força de *leges* e não que a vontade do príncipe pudesse ser fonte de Direito.⁸

De qualquer modo, porém, o pensamento romano conheceu a tese da existência de um Direito Natural e a idéia de sua supremacia sobre o direito positivo. E na obra de um dos grandes nomes da Antigüidade, Marco Túlio Cícero.

6. O Constitucionalismo ateniense

Mc Ilwain não se refere a este. Vale, todavia, assinalar que a existência de um Direito independente da vontade humana, superior ao direito positivo, está presente, nas instituições de Atenas no seu período áureo, o final do VI século. E está presente – insista-se – nas instituições e não apenas no pensamento e na literatura, como é cediço mencionar, repetindo as palavras de Antígona, na famosa tragédia de Sófocles.

Por outro lado, no período democrático da Atenas – e foi ele o modelo da chamada democracia antiga – era a Assembléia dos cidadãos quem tomava as deliberações capitais, podendo editar leis. Tais leis, porém, não poderiam contrariar o Direito, poderiam ser anuladas se o fizessem, e por um processo judicial.

O direito ateniense, com efeito, previa uma ação especial – a *graphe paranomon* – por meio da qual qualquer cidadão podia impugnar a validade de uma lei que contradissesse o Direito.⁹ Mais ainda, por meio dela, também se intentava punir o autor da iniciativa e o magistrado que, pre-

sidindo a Assembléia, deixasse votar esta proposta “inconstitucional”, “ilegítima”. Tal ação era julgada pelos Heliastas.

Está aí um relevante antecessor das ações de fiscalização abstrata de inconstitucionalidade, que conhece o direito contemporâneo, em geral e o brasileiro, em particular.

B) Na Idade Média

7. O Direito Natural na Europa Continental

É de se recordar que, no medievo, a Europa continental, assistiu ao florescimento da doutrina do Direito Natural. Este florescimento prepara a doutrina dos direitos naturais que vai ser, mais adiante, um dos elementos fundamentais do Constitucionalismo moderno.

Vale a este propósito seguir a magnífica síntese de Gierke, no livro *Political Theories of the Middle Age*.¹⁰

Aponta este que a doutrina medieval do Direito Natural decorre de duas contribuições. Uma, advinda do trabalho dos Legistas e Decretistas, a partir do Direito Romano e do Direito Canônico; outra, proveniente dos filósofos e teólogos no campo da Patrística e da Filosofia clássica. Teve ela a sua principal exposição na *Suma Teológica* de Tomás de Aquino.¹¹

Seus pontos fundamentais eram: 1) Provinha o Direito Natural de um Poder transcendente; 2) Consistia em normas obrigatórias. Em conseqüência: 3) Todos na terra estavam sujeitos a esse Direito, mesmo o Papa, o Imperador, os Reis e o próprio povo; e 4) Tudo o que contrariasse os princípios eternos e imutáveis do Direito Natural era sem efeito (*void* – nulo) e não obrigaria a quem quer que fosse.¹²

Esta “nulidade” colhia, mesmo, os costumes.¹³ Já as lei positivas, que também não podiam contradizer o Direito Natural,

ficavam adstritas a desenvolver os princípios do direito natural.¹⁴ Note-se que a lei positiva, embora editada pelo governante, tinha sua fonte no “consentimento da comunidade”.¹⁵

Enfim, mais adiante o jurista alemão, depois de analisar institutos como a expropriação, os contratos, a propriedade, os direitos adquiridos, afirma expressamente que “a doutrina medieval já tinha no seu seio (*was already filled with*) a idéia dos direitos naturais (*inborn*) e indestrutíveis do indivíduo”.¹⁶

8. A Magna Carta e seus Desdobramentos

O Constitucionalismo medieval se manifesta, no plano da experiência histórica, em vários Estados europeus. A limitação do Poder, a fim de resguardar os interesses dos governados, está, por exemplo, na Bula de Ouro outorgada na Hungria, em 1222.¹⁷ Entretanto, na memória ficou, essencialmente, o que se passou na Inglaterra.

Em 1215, nesse Estado, João I, João sem Terra, teve de anuir no documento que para sempre se veio a chamar de a Grande Carta, a Magna Carta.¹⁸

Esta, com suas repetidas confirmações, exprime a liberdade dos ingleses. Sim, porque não tinha a pretensão de declarar ou reconhecer direitos do Homem, mas sim direitos dos ingleses. Realmente, funda-se expressamente na “lei da terra” (*lex terrae, law of the land*). Tomada esta expressão ao pé da letra, significaria tratar-se de um registro escrito de costumes. Entretanto, assim não era, pois, incluía um aporte do direito romano “redescoberto”.¹⁹ Ora, entre as lições romanísticas, está a identificação de um *jus gentium*, que, na lição famosa de Gaio, procede da *naturalis ratio*. Ou seja, na leitura medieval, emana do direito natural.²⁰

9. A Common law segundo Coke

A Magna Carta é a base da *Common law*, que se desenvolveu pela jurisprudência dos magistrados ingleses. Ora, no início do século XVII, ao ensejo dos conflitos decorrentes da atuação de Jaime I, o famoso juiz Coke sustentou ser essa *Common law* integrada pelo Direito Natural. Por isso, ela prevaleceria sobre os atos normativos reais e aos próprios *statutes* editados com a participação do Parlamento.

Textualmente, está no caso *Calvin's*: “1) A obediência do súdito ao soberano decorre do direito natural; 2) este direito natural é parte do direito da Inglaterra; 3) O direito natural pré-existe a todo o direito existente no mundo; 4) A lei natural é imutável e não pode ser modificada.”²¹ Por esta razão é que, no caso *Dr. Bonham's* afirma ele: “Em muitos casos, a *Common law* há de controlar (*controul*)²² os atos do Parlamento e algumas vezes julgá-los inteiramente sem efeitos (*void*)”.²³

III. O Constitucionalismo moderno

10. As Duas Vertentes do Constitucionalismo Moderno

No século XVIII, a idéia de limitação do Poder, ligada à de garantia dos direitos naturais, conduziu a dois fenômenos jurídico-políticos: o das Declarações de Direitos e o da Constituição, no sentido moderno do termo. Aquele é projeção do reconhecimento de direitos subjetivos naturais do indivíduo; esta é o instrumento imaginado para garanti-los.

A) As Declarações de Direitos

11. Os Direitos Subjetivos Naturais

A primeira vertente apóia-se na versão do Direito Natural que se concretiza, doutrinariamente falando, no século XVII.

É, por isso, que Carl Friedrich acentua ser o Constitucionalismo moderno o fruto de um longo percurso histórico, centrado no Direito Natural.²⁴

Esta versão – a dos direitos do Homem – tem duas características salientes. Uma é a “laicização” do Direito Natural, visto como fundado na razão e não na divindade. É o aporte de Grócio, desenvolvido por Puffendorf e outros.

Outra é a sua “subjetivação”, pois os direitos do Homem são direitos subjetivos. É o que se torna nítido com Hobbes e, mais tarde, com Locke, um elemento novo. Desta subjetivação do direito natural, quer dizer, do reconhecimento de direitos naturais subjetivos decorre, como consequência inelutável a sua oponibilidade em face do Poder estabelecido.

Trata-se de um aporte original. Com efeito, na visão medieval, o Direito Natural é um direito objetivo. Como registra Villey, esta subjetivação do Direito Natural, ou seja, os direitos naturais encarados como direitos subjetivos, era completamente desconhecida na Antiguidade e mesmo na Idade Média²⁵.

12. A Formalização do Pacto Social

Ora, fixada no pensamento político do século XVIII a idéia de que são os homens detentores de direitos naturais, disto se extraiu a consequência de que a sociedade haveria de ser fundada num pacto entre eles. A partir disto as revoluções setecentistas entenderam revigorar ou renovar tal pacto que a história haveria deturpado. Instrumento dessa renovação foram as Declarações. É o que Sieyès iria teorizar em 1789, mas que, antes, já era convicção comum. Isto explica que, na América do Norte e na França, a edição de Declarações precedeu a elaboração de Constituições.

Assim, em 12 de junho de 1776, veio à luz a primeira das Declarações de Direi-

tos, adotada na Virgínia, dias antes da própria Declaração de Independência das colônias inglesas da América do Norte, como primeiro passo de uma institucionalização. Esta se completou, no mês seguinte, com a edição de uma Constituição.

O processo se repetiu na França, pois em 1789, a 26 de agosto, lá se adotou a mais célebre de todas as Declarações, enquanto somente em 1791 se promulgou a primeira Constituição. E devia ocorrer de novo em 1793, quando veio à luz uma nova Declaração, precedendo outra Constituição.

13. O Direito Natural como Fundamento Explícito das Declarações

É, sem dúvida, uma obviedade apontar que as Declarações do século XVIII viam exprimir o Direito Natural, tal qual era ele então concebido.

A Declaração de 1789 e a de 1793 expressamente mencionam os direitos naturais do Homem, que se propõem a enunciar. A Declaração de Independência refere-se aos direitos de que o Criador dotou o homem ao criá-lo. A Declaração da Virgínia menciona os direitos inerentes ao ser humano, segundo sua natureza. Etc.

Ainda em documentos modernos tal vinculação é expressa.

A Declaração americana dos Direitos e Deveres do Homem, promulgada em Bogotá em 1948, fundamenta-se, conforme indica o Preâmbulo, nos “atributos da pessoa humana”, ou seja, nas faculdades derivadas da natureza humana. A seu turno, a Convenção americana dos Direitos do Homem – o Pacto de São José da Costa Rica, adotado em 1969 – afirma alto e bom som reconhecer “que os direitos fundamentais do Homem não decorrem de sua vinculação a um Estado determinado, mas repousam sobre os atributos da pessoa humana”...

Asserção equivalente está no Preâmbulo da Carta africana dos Direitos do Ho-

mem e dos Povos, promulgada em Nairobi em 1981. Esta também reconhece serem “os direitos fundamentais do ser humano fundados sobre os atributos da pessoa humana”.

14. O Caso da Declaração Universal e outros Documentos

É verdade que a Declaração Universal de 1948 e outros documentos importantes, como a Convenção de Roma de 1950, procuram evitar todo vínculo com os atributos da pessoa humana. Invocam tais documentos “uma concepção comum” como fundamentação dos direitos que reconhecem.

Esta concepção não pode ser outra senão a de que os seres humanos gozam, em razão de sua natureza, de alguns direitos naturais fundamentais. Ela, entretanto, não é comum, ao menos quanto ao rol de direitos, no sentido de ser mundialmente partilhada. Isto fica patente do fato de, por exemplo, a Arábia Saudita haver-se recusado a firmar a Declaração Universal. Por outro lado, como assinala Jorge Miranda, a noção de direitos naturais não pertence a todas as civilizações que dividem o globo.²⁶ Muitas delas a ignoram ou não a valorizam. Ou até a rejeitam como inerente à civilização “cristã”.

A Carta de Direitos do Tratado que haveria de instituir uma Constituição para a Europa segue a linha da Declaração Universal. Refere-se a “valores comuns”, diversamente interpretados pelas diferentes culturas.²⁷

B) A Constituição

15. O Termo Constituição e seu Novo Sentido

A segunda das vertentes mencionadas exprime-se na Constituição. No século XVIII, este termo assumiu um sentido

particular. Veio a designar a organização superior jurídico-política do Poder. Neste sentido, parece haver sido Bolingbroke, em 1733, no trabalho *A dissertation upon parties*, o primeiro a empregar o termo no seu sentido moderno, ou seja, de estatuto jurídico superior do Estado. Segundo relata McIlwain, Bolingbroke conceitua Constituição como “complexo de leis, instituições e costumes, derivado de alguns princípios fixos e racionais, dirigido a fins de bem público e que constitui o sistema geral segundo o qual a comunidade aceitou ser governada”.²⁸ Note-se que este é o sentido em que Montesquieu emprega o termo, no livro XI do Espírito das Leis e particularmente no seu capítulo VI sobre a Constituição da Inglaterra.

O termo Constituição veio suprir a falta de uma palavra específica para indigitar tal organização. Até então, empregavam-se palavras como *commonwealth*, em inglês, *république*, em francês, etc., para nomeá-la, todavia com imprecisão e obscuridade. Sim porque tais termos abrangiam mais que a organização jurídico-política e equivaliam à palavra *politeia* – sempre traduzida como república ou constituição – usada pelos gregos, a qual compreendia também a organização social e econômica da *polis*, e mesmo a educação dos cidadãos, etc.²⁹

É certo que o termo *constitutio*, em latim (e seus derivados nas línguas latinas), era empregado há séculos, mas para designar uma espécie de lei emanada da autoridade suprema, o Imperador, o Papa.

16. A Constituição no Sentido Moderno

Na acepção setecentista, porém, o termo foi além da designação descritiva da organização superior do Poder. Recebeu aportes que lhe modificaram o perfil, sem o desvincularem do sentido de organização superior, jurídico-política – do Estado.

Um deles é o de *lei fundamental*, nos dois sentidos de fundamento e cúpula do ordenamento jurídico estatal. É a lição de Vattel (1758).³⁰ Surge assim, implicitamente, a condição de constitucionalidade, ou seja, a necessidade da adequação dos atos governamentais e especialmente das próprias leis positivas a tal lei. Isto a torna, paradoxalmente, além de base da ordem jurídica, a cúpula desta mesma ordem.

Por outro, no fogo da luta contra o absolutismo, o termo incorpora um elemento ideológico: a necessidade de ser um *instrumento de limitação do Poder*. Nisto, a Constituição se conecta com o Constitucionalismo antigo e, mais explicitamente, com a doutrina do Direito Natural reelaborada no século XVII, ou seja, com a doutrina dos direitos (subjctivos) naturais do Homem. Torna-se, assim, a Constituição, para a modernidade, uma *organização limitativa do Poder*, não uma qualquer organização do Estado. Trata-se da nota que registra Carl Schmitt, ao falar no conceito ideal de Constituição.³¹

Esta concepção foi adotada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, cujo art. 16 afirma:

“Toda sociedade na qual a garantia dos direitos (do Homem) não está assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.

Enfim, a Constituição em sentido moderno inclui necessariamente um elemento formal: deve ser **escrita**. A razão disto é análoga àquela com que a Declaração de 1789 justifica sua própria edição. Trata-se da necessidade de documentar de modo solene as regras e, portanto, os limites do Poder. Isto servirá para trazer ao conhecimento de todos, essas regras e esses limites - razão didática - e permitir que, a qualquer momento, os atos dos Poderes sejam confrontados com tais regras e tais limites - razão de controle.

Acrescente-se que a gênese revolucionária das primeiras Constituições - registros de rompimento com a organização jurídico-política anterior - impunha evidentemente a sua formulação escrita.

17. Constituição e Constitucionalismo

Em face do art. 16 da Declaração de 1789, é flagrante o vínculo entre Direito Natural e Constituição. Este artigo não poderia ser mais claro do que é para explicitar a função da Constituição: garantir os direitos naturais do Homem, as projeções subjctivas do Direito Natural. (Daí ser ela chamada de Constituição-garantia, quando confrontada a outros modelos, como o soviético, o da Constituição-balanço, etc.).

O Constitucionalismo (moderno) propôs-se a difundir pelo mundo afora essa concepção de Constituição. E teve êxito nisto, porque raríssimos são os Estados que não possuem hoje Constituições, no sentido moderno. É verdade, porém, que nem todas essas Constituições são efetivas, muitas delas são semânticas ou nominais, na observação e na terminologia de Karl Loewenstein.³²

Contudo, ao realizar esta difusão, o Constitucionalismo moderno propagou por toda a terra os direitos fundamentais do Homem. Historicamente, pode-se dizer que ele primeiro cuidou de brandir estes direitos. Fê-lo nas Declarações de Direitos, como ainda hoje o faz, na pós-modernidade, quando se alça ao plano internacional.

C) A Presença do Direito Natural no Ideário do Constitucionalismo Moderno

a) Sociedade e Direito Natural

18. O estado de natureza e suas carências

É aqui o momento de lembrar John Locke, no *Segundo Tratado do Governo Civil*.

Desnecessário é recordar que este pensador, como tantos outros de sua época, parte da hipótese do estado de natureza. Neste, os seres humanos, livres e iguais, gozariam de seus direitos naturais. Entretanto, na vida cotidiana adviriam conflitos entre eles, os quais girariam em torno da propriedade (que ele entende de modo amplo). Em vista disto, tornar-se-ia patente a necessidade de: 1) uma lei estabelecida “conhecida, recebida e aceita mediante consentimento comum, como padrão do justo e do injusto e medida comum para resolver quaisquer controvérsias entre os homens”; 2) juízes imparciais que a aplicassem, solucionando as dissensões; e 3) um poder, uma força organizada que impusesse as decisões judiciais e conseqüentemente o direito estabelecido.³³

Estão aqui as três funções do Estado consagradas na doutrina da separação dos poderes, que ainda é nisto seguida: a legiferação, a jurisdição, e, *faute de mieux*, a administração ou execução.

Para lograr estas três coisas, pactuam os homens viver em sociedade. Entretanto, no pacto social, não abrem mão de seus direitos naturais (nem se abandonam à vontade de um só como o queria Hobbes³⁴), conservam-nos, abrindo mão apenas do que é indispensável à vida em comum.

Não é outra a visão que adota a Declaração de 1789 e segue até hoje o Constitucionalismo.

b) Direito Natural e Democracia

19. O Governo da Vontade Geral

Pode-se dizer que o Constitucionalismo moderno se não adotou a democracia, e sim o governo representativo, nos seus primórdios, veio a incorporá-la a seu ideário no século XX, o mais tardar. E o fez de modo radical, afirmando-lhe o monopólio, a sua legitimidade, excludente de todas as outras

formas de governo. Vem isto do Direito Natural, ou melhor, da doutrina de Rousseau a respeito do pacto social e da vontade geral.

O cidadão de Genebra parte da hipótese do estado de natureza, no qual os homens viveriam no gozo de seus direitos naturais. A visão que tem desta vida no estado de natureza é idílica, idealizada, muito diversa da que imaginou Hobbes e mesmo sem os problemas que previu Locke. Assim sendo, os seres humanos não admitem a vida em sociedade senão para ganhar um *plus* – a colaboração – mas sem nada perder de seus direitos.

Como fazê-lo?

A resposta é a fórmula do pacto: “Cada um põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e todos recebem cada membro como parte indivisível do todo”.³⁵

Deflui da lição que somente é legítimo o governo da vontade geral. Condição essencial desta, embora não suficiente (veja-se a lição sobre a diferença entre vontade geral e vontade de todos) – é todos os homens participarem de sua edição. Daqui decorre a soberania popular, como única soberania legítima. Soberania popular significa democracia.

A legitimidade exclusiva da democracia é, pois, inerente ao contrato social na versão de Rousseau. Não se contraponha a isto a famosa afirmação: “Se houvesse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente. Um governo tão perfeito não convém aos homens”.³⁶ Sim, porque ele distingue democracia, aristocracia e monarquia quanto ao governo, ou seja, quanto ao modo de execução da vontade geral.³⁷

c) Direito Natural e Poder Constituinte

20. A Gênese da Constituição

O Direito Natural está igualmente na raiz da doutrina do Poder Constituinte,

outra das peças fundamentais do Direito Constitucional.

Foi esta doutrina criada pelo Pe. Sieyès, que a expôs no célebre panfleto *Qu'est-ce que le Tiers État?*, publicado às vésperas da Revolução francesa, no próprio ano da eclosão desta, 1789.

Este livro é a continuação de outro vibrante opúsculo *Essai sur les privilèges*, de 1788. A abolição dos privilégios de que gozavam Clero, primeiro estado, e Nobreza, segundo estado, é a reivindicação principal do Terceiro Estado, de que Sieyès é um dos porta-vozes. Isto se traduz, em fórmulas vibrantes e enérgicas, nas páginas do livrinho de 1789.

Que é o Terceiro Estado?

Nada, responde Sieyès, pois tudo são os privilegiados. Tudo, porém, se se atentar para o papel que seus membros desempenham na sociedade.

Mas o que pretende ele?

Em última análise, a abolição dos privilégios – a igualdade.

É para chegar a isto que Sieyès constrói a doutrina do Poder Constituinte. Com efeito, ele vê a concretização da igualdade por meio de uma Constituição, que somente a nação pode estabelecer.

Para responder à objeção de que a nação já tinha Constituição e esta era imutável, desenha o processo formação das sociedades políticas.

Esta passaria por duas fases. Na primeira, os indivíduos isolados – é o estado de natureza que transparece – se associam. Surge a sociedade que não prescinde de um governo.

Para organizá-lo, segunda fase, é necessária a Constituição que há de ser estabelecida pelos representantes extraordinários da nação. Estes representantes exercem o Poder Constituinte próprio à nação. Devem concretizar a Constituição, que há de adotar o princípio representati-

vo. Isto é, o governo exercido por representantes da nação.

O governo, por sua vez, é obra da Constituição, portanto, é um Poder constituído por esta. Não possui Poder Constituinte que é próprio e exclusivo da nação. Presume a sociedade política institucionalizada.

A nação possui permanentemente esse Poder Constituinte que não se esgota em qualquer de suas manifestações e pode exprimi-lo do modo que queira. Com efeito, seria ridículo – o adjetivo é por ele empregado, “supor a nação presa por formalidades ou subordinada à Constituição sujeita apenas os seus mandatários”. A vontade da nação é a “lei suprema”.

O Poder Constituinte, pelo qual se exprime a nação, pode tudo. Entretanto, expressamente ressalva Sieyès, acima dele e da nação está o direito natural. Este, portanto, impera sobre a nação e o Poder Constituinte, tese que não rejeita o direito pós-moderno.

IV. O Constitucionalismo Pós-Moderno

21. O Direito Pós-Moderno

Generaliza-se hoje a idéia de que as sociedades contemporâneas obedecem a uma “nova lógica”, o que vale também para o direito. É o que aponta, por exemplo, Jacques Chevallier num pequeno, mas substancioso livro *L'État post-moderne*³⁸. Assinala, mais, que “a pós-modernidade se apresenta tanto como uma *hyper-modernidade* como uma *anti-modernidade*”.³⁹

22. A “Hiper-Modernidade” Constitucional

É fato que o direito comparado demonstra predominarem na atualidade algumas “idéias novas” no plano do Direito Constitucional. “Novas” – não em termos absolutos *nihil novi sub sole* – mas no sen-

tido de ruptura – a “antimodernidade” – com a visão prevalecente na modernidade.

Dentre estas “novas idéias” estão “velhas idéias”, as idéias perenes do jusnaturalismo.

23. Um Direito Suprapositivo

Uma dentre estas idéias “novas” é a de existe um Direito superior ao direito positivo. Ou pelo menos, que o direito positivo não é todo o Direito.

No pensamento jurídico-político, veio a ganhar força em reação contra os totalitarismos, ao final da segunda Guerra, e cada vez mostra mais empuxo.

Ela, por exemplo, se manifesta no livro de Otto Bachoff, *Normas constitucionais inconstitucionais?*⁴⁰ Este indaga, mas incontestavelmente subscreve a tese. Mais recentemente, tal visão ganha fôlego com a teoria substancialista dos princípios, nas suas diferentes vertentes, a de Dworkin⁴¹, a de Alexy⁴², etc. E, sem dúvida, noutras como a de Teubner, com a *auto-poiese*.⁴³

Por sua vez, o próprio direito constitucional positivo já a encampou. O grande exemplo é fornecido pela Constituição alemã, a Lei Fundamental de 1949. No art. 20, alínea 3, dispõe: “O Poder Legislativo está subordinado à ordem constitucional; os Poderes Executivo e Judiciário obedecem à lei e ao Direito”.

Tal concepção foi desenvolvida pela Corte Constitucional de Karlsruhe e insinua-se na jurisprudência de outras Cortes constitucionais européias e em tribunais como o Supremo Tribunal Federal brasileiro.

24. A Supremacia dos “Direitos Humanos Fundamentais”

De muito perto ligada ao posicionamento mencionado, está a afirmação da supremacia dos, hoje chamados “direitos humanos fundamentais”, por influência da

terminologia norte-americana, os *human rights*.

Na verdade, pode-se dizer que a reafirmação da existência de um Direito superior ao direito positivo resulta da busca de um fundamento inabalável para os direitos fundamentais. No fundo, são estes a essência do Direito supraconstitucional invocado.

De qualquer forma, porém, no direito hiper-moderno, tais direitos são vistos como inerentes à própria idéia de Constituição.

Está aí um verdadeiro paradoxo. O direito pós-moderno reassume uma das idéias básicas do Constitucionalismo moderno, idéia esta que havia sido esvaziada pelo positivismo. Sim, lembre-se o art. 16 da Declaração de 1789, que recusava o *status* de Constituição ao documento que não garantisse os direitos do Homem.

25. A Supremacia do Direito Internacional

Inclui também o pensamento constitucional pós-moderno, a idéia, que igualmente não nova, da superioridade do direito internacional sobre o direito nacional. Trata-se de um aberto rompimento com a modernidade. Nesta, é dogma a afirmação da soberania do Estado, portanto de seu direito positivo.

De novo nessa idéia há, certamente, um elemento. É ela a afirmação de um novo *jus gentium*, como quer Cançado Trindade, “o direito internacional da humanidade”.⁴⁴ Este, no fundo, consiste na afirmação dos direitos fundamentais.

Cumpra lembrar que, na segunda metade do século passado, o avanço na identificação de direitos fundamentais, se deu no plano internacional, em tratados e deliberações de instituições internacionais. É o caso dos direitos de solidariedade, como o direito ao meio ambiente, direitos estes

que justificam se fale numa “terceira geração” dos direitos fundamentais. Somente depois disto, é que foram recebidos pelo direito constitucional positivo.

26. A Constitucionalização no Plano Internacional

Vale apontar que, na pós-modernidade, o Constitucionalismo se insinua na própria sociedade internacional.

Já na modernidade tornou-se freqüente a associação de Estados por meio de tratados, a fim de buscar interesses comuns. Disto, porém, não decorria de modo geral uma institucionalização de ente supra-estatal.

Após a Segunda Guerra Mundial, na Europa ocidental, surgiu algo novo que se desenvolveu de um Mercado Comum até chegar a uma “comunidade”, a União Européia, cuja estrutura não se enquadra nos modelos conhecidos, seja de confederação de Estados, seja de Estado federal.

Esta, presentemente, debate uma Constituição (ou um tratado constitucional) – lei fundamental de tal ente de natureza nova, sobre a qual os juristas ainda não lograram consenso - incontestavelmente “supranacional”. Registre-se, que, no projeto, tem lugar destacado uma declaração, ou carta, de direitos fundamentais.

Acrescente-se, por outro lado, que são muitos na atualidade os tratados que institucionalizam órgãos supra-estatais, que assumem poder sobre os próprios Estados aderentes. Passam a desempenhar um papel de controle sobre estes e mesmo em questões antes consideradas inalienáveis por um Estado independente. É o caso da jurisdição. Exemplo disto é a recente instituição de um Tribunal Penal Internacional.

Ademais, como se nota dos projetos de reforma da Organização das Nações Unidas, há forte tendência em transformá-

la num Estado mundial, fazendo de sua Carta uma verdadeira Constituição.

V. Observações Finais

27. A manifestação do Direito Natural nos Três Constitucionalismos

A presença e a influência do Direito Natural no Constitucionalismo é, como se pretende haver demonstrado, incontestável. Trata-se realmente de uma relação inelidível.

No Constitucionalismo “antigo” – sempre adotando a fase como mensurada por McIlwain - nasce a idéia de Direito Natural que particularmente se desenvolve no período medieval. No Constitucionalismo “moderno”, refulge nas declarações, leva à própria idéia de Constituição e fundamenta as principais doutrinas que formam a ossatura do direito constitucional. No Constitucionalismo “hiper-moderno” são os direitos fundamentais, progênio do Direito Natural, o seu grande objetivo, a mola mestra de seu desenvolvimento.

Tudo isto não passa despercebido a quem vai ao cerne das coisas.

Novembro de 2005.

NOTAS

¹ Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Nova Iorque, Cornell University Press, 1947, lido na tradução italiana *Costituzionalismo Antico e Moderno*, Il Mulino, Bolonha, s/ data.

² Cap. 3º.

³ Livro I, nº VI.

⁴ *Id.*, *ibid.*

⁵ Livro II, nº IV.

⁶ Livro II, nº V.

⁷ *Digesto*, I.2, 2,9.

⁸ Ob. cit., cap. 3º, p. 67.

⁹ Cf. por todos Jean Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, Sirey, Paris, 1967, p. 165, n. 4.

¹⁰ Trata-se de uma seção do terceiro volume do livro *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. Foi

este texto traduzido pelo grande historiador inglês Frederic William Maitland, que o publicou, fazendo-o preceder de uma introdução. A primeira edição se deu em Cambridge, pela Cambridge University Press, em 1900, lida em reedição de 1958, pela Beacon Press, Boston.

¹¹ Ob. cit., p. 75.

¹² *Id.*, *ibid.*

¹³ Quanto a estes, parece ter sido Graciano, num tratado escrito em Bolonha cerca de 1140, o primeiro que sustentou a prevalência do Direito Natural. Berman considera isto uma das maiores contribuições dos canonistas (Harold J. Berman, *Law and Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, p. 145).

¹⁴ Gierke, Ob. cit., p. 76.

¹⁵ *Id.*, p. 78.

¹⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 81.

¹⁷ Cf. Harold J. Berman, ob. cit., p. 293.

¹⁸ Sobre a Magna Carta, v. J.C. Holt, *Magna Carta*, Cambridge, Cambridge University Press, reedição de 1997.

¹⁹ À época da Magna Carta, o direito romano era ensinado em Oxford, aponta J.C. Holt, ob. cit., p. 87).

²⁰ *Institutas*, I. 1.

²¹ *Apud* Edward S. Corwin, *The "Higher Law" background of American constitutional law*, Ithaca, Cornell University Press, 6ª ed., 1965, p. 45.

²² No inglês da época.

²³ *Id.* p. 44.

²⁴ *La démocratie constitutionnelle*, trad. fr., PUF, Paris, 1958, p. 25.

²⁵ Michel Villey, *Le Droit et les droits de l'Homme*, PUF, Paris, 1983, p. 136.

²⁶ *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 1988, Coimbra Ed., Coimbra, p. 33 e s.

²⁷ Parte II, Preâmbulo.

²⁸ *Apud* McIlwain, ob. cit., p. 28.

²⁹ Como se vê no diálogo *Da República* de Platão, ou na *Política* de Aristóteles.

³⁰ *Apud* Carl Schmitt, *Teoria de la Constitución*, trad. esp., Ed. Nacional, México, s/data, p. 49.

³¹ Ob. cit., p. 25 e s.

³² *Political Power and the Governmental Process*, University of Chicago Press, Chicago, 2ª ed., 1965, p. 41 e s.

³³ *Segundo Tratado sobre o Governo*, cap. IX.

³⁴ Thomas Hobbes, *Léviathan*, trad. fr., Sirey, Paris, 1971, p. 177.

³⁵ *Contrato Social*, livro I, cap. VI.

³⁶ *Id.*, livro III, cap. IV.

³⁷ *Id.*, livro III, cap. III.

³⁸ L.G.D.J, Paris, 2003, p. 19.

³⁹ *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁰ Magnificamente traduzido para o português pelo eminente Prof. Dr. José Manuel Moreira Cardoso da Costa (Atlântida, Coimbra, 1977).

⁴¹ Por exemplo, em *Levando os direitos a sério*, trad. bras., Martins Fontes, São Paulo, 2002.

⁴² Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, trad. esp., Madri, 2ª reimpressão, 2001.

⁴³ Gunther Teubner, *Le droit, un système auto-poïétique*, trad. fr., PUF, Paris, 1993.

⁴⁴ Antônio Augusto Cançado Trindade, "Memorial por um novo *jus gentium*, o direito internacional da humanidade", em *Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, vol. 45, p. 17 e s.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

n. 1 - JAN/JUN - 2003

Tema central: Justiça Constitucional

Main theme: Constitutional justice

ÍNDICES
INDEX

Ensaaios

Essays

Igualdade e normas de igualdade

Equality and rules of equality

Friedrich Müller p. 11-21

A igualdade e as ações afirmativas

Equality and affirmative action

Marco Aurélio de Mello p. 23-26

Artigos

Articles

La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina

Constitutional Justice in current times. Special reference to Latin America

Pablo Perez Tremps p. 29-39

El Tribunal Constitucional como tribunal de conflictos: los conflictos constitucionales

The Constitutional Tribunal as a tribunal of conflict: constitutional conflicts

Javier García Roca p. 41-77

La Justicia Constitucional en el Ecuador: retrospectiva y futuro

Constitutional Justice in Ecuador: past and future

Hernán Salgado Pesantes p. 79-96

A Constituição e a responsabilidade civil do Estado

The Constitution and the civil liability of the State

Jorge Miranda p. 97-106

Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas

Diffuse control of constitutionality in class actions

André Ramos Tavares p. 107-126

Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador
 Constitutional Tribunal, ordinary judge and the pending debt of the legislator
Pablo Perez Tremps p. 127-146

Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional
 Human rights and international constitutional jurisdiction
Flávia Cristina Piovesan p. 147-161

O Senado e o controle da constitucionalidade
 The Senate and control of constitutionality
Sérgio Resende de Barros p. 163-180

Aspectos da definição e objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental
 Aspects of the definition and the object of the writ of Noncompliance of Fundamental clauses
José Néri da Silveira p. 181-192

Comentários Bibliográficos

Bibliographic Commentary

Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição
 Carl Schmitt, the total State and the guardian of the Constitution
Gilberto Bercovici p. 195-201

A guarda da Constituição em Hans Kelsen
 The guardianship of the Constitution according to Hans Kelsen
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima p. 203-209

Jurisprudência Comentada

Cases Commentary

Introdução do controle de constitucionalidade difuso na Grécia. Um caso de ativismo judicial na Europa do século XIX
 The Adoption of Judicial Review in Greece: Judicial Activism in Nineteenth Century's Europe
Dimitri Dimoulis p. 213-223

Legislação

Legislation

Lei Fundamental alemã: Capítulo IX – O Poder Judiciário
 German Fundamental Law: Chapter IX – The Judiciary Branch
 Tradução de *Luís Afonso Heck* p. 227-230

Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão Law on the German Federal Constitutional Tribunal Tradução de <i>Luís Afonso Heck</i>	p. 231-257
Normas para Apresentação de Textos	p. 259-260
Submission Rules.....	p. 261-262

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

n. 2 - JUL/DEZ - 2003

Tema central: **Igualdade e justiça**
Main theme: Equality and justice

ÍNDICES INDEX

Artigos

Articles

A Desobediência Civil como defesa da Constituição The Civic Disobedience as Constitutional Defense <i>Maria Garcia</i>	p. 11-28
A Igualdade. Considerações Críticas Equality. Some Critical Thoughts <i>Roberto Romano</i>	p. 29-49
A Igualdade Desigual The Unequal Equality <i>Maria Berenice Dias</i>	p. 51-68
Sobre o Estado de Direito Democrático On the Democratic Constitutional State <i>Edson Carvalho Vidigal</i>	p. 69-73
Democracia y Desigualdad. Una Visión Constitucional Democracy and Inequality. A Constitutional Perspective <i>Daniel Alberto Sabsay</i>	p. 75-83
Capacidade Contributiva: Igualdade e Justiça Contributory Ability: Equality and Justice <i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	p. 85-102

- O Novo Código Civil Brasileiro e o problema da Igualdade Material
The New Brazilian Civil Code and the Material Equality Problem
Mário Lúcio Quintão Soares e Lucas Abreu Barroso..... p. 103-111
- O Sentido Jurídico do Princípio da Igualdade: Perspectiva Luso-Brasileira
The Juridical Sense of the Equality Principle: the Portuguese-Brazilian Perspective
Guilherme Machado Dray..... p. 113-137
- Competência Concorrente em Matéria Ambiental: proteção ao Meio Ambiente e Justiça
Concurring Jurisdiction Powers in Environmental Affairs: the Environment Protection and the Judiciary
Vladimir Garcia Magalhães p. 139-163
- Processo, Igualdade e Justiça
Procedure, Equality and Justice
Pietro Lora Alarcón..... p. 165-198
- Entre a rigidez e a mudança: a Constituição no tempo
Rigidity and Flexibility: the Constitution in the long run
José Eduardo Faria p. 199-207
- O Princípio da Igualdade como Limitação à atuação do Estado
The Principle of Equality as a Constraint to the State Performance
Paulo Bonavides p. 209-223
- Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional: a garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público
The Outcome of Constitutional Court Ruling: the guarantee of legal security, equality and public interest
Vitalino Canas..... p. 225-239

Monografias

Monographs

- A “Inclusão Digital” e os direitos sociais perante a realidade da Internet: a busca da igualdade material
The “Digital Divide” and the Social Rights in the Internet: the Search for Material Equality
Marco Aurélio Serau Júnior e Victor Hugo Pereira Gonçalves p. 243-252

Jurisprudência Comentada

Case Law Comments

- A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury v. Madison (1803)
The first decision on the control of constitutionality: Marbury v. Madison (1803)
Paulo Klautau Filho p. 255-275

Para a história da fiscalização da constitucionalidade em Portugal Constitutionality Surveillance in Portugal: its history <i>Miguel Nogueira de Brito e Antonio de Araújo</i>	p. 278-286
Jurisprudência Constitucional Norte-Americana sobre Igualdade e Ações Afirmativas: Análise Evolutiva e Crítica American Constitutional Case Law on Equality and Affirmative Action: a Critical Analysis of its Development <i>André Ramos Tavares</i>	p. 287-304
Conferências e Debates	
Lectures and Debates	
Economia e Poder. Um enfoque interdisciplinar da visão de poder Economics and Power. An interdisciplinary approach to the perspective of power <i>Regina Maria Gadelha</i>	p. 307-314
A Arte de Decidir: a Virtude da <i>Prudentia</i> The Art of Deciding: the Virtue of <i>Prudentia</i> <i>Luis Jean Lauand</i>	p. 315-324
Reflexões sobre o Fundamento Prudencial da Atividade Jurídica Reflections on the Prudential Foundation of the Legal Activity <i>Mauro de Medeiros Keller</i>	p. 325-331
Relações entre a Imprensa e a Justiça no Brasil The Relationship between Press and Justice in Brazil <i>Nilson Naves</i>	p. 333-335
Direitos Duplamente Protegidos: a experiência dos Estados Unidos e suas implicações The Double Protection for Rights: The American Experience and Its Implications <i>George Alan Tarr</i>	p. 337-345
Tipos de Actos del Gobierno Types of Acts of Government <i>Luis María Díez-Picazo</i>	p. 357-371
Normas Técnicas para Apresentação	p. 372-373
Submission Rules.....	p. 374-375

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

n. 3 - JAN/JUN - 2004

Tema central: Em tempos de democracia

Main theme: In times of democracy

ÍNDICES

INDEX

Artigos

Articles

- Direito Natural e invariantes axiológicas na acepção estrutural de Miguel Reale: atualidade do tema
Natural Law in Miguel Reale's structural idea: validity of the theme
Emerson Ike Coan p. 21-35
- Polícia, Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos
The police, democracy, the rule of law and human rights
Jorge Zaverucha p. 37-54
- Formato e Papel dos Conselhos e Ouvidorias na Área de Segurança e de Justiça
The format and role of the councils and ombudsman in the internal security and justice area
Rubens Pinto Lyra p. 55-72
- Hobbes: entre os privilégios e os direitos
Hobbes: between privileges and rights
Guilherme Figueiredo Leite Gonçalves p. 73-91
- A Formação da “Democracia” Oligárquica no Brasil Imperial
The creation of oligarchic “democracy” in Imperial Brazil
Gilberto Bercovici p. 93-115
- Democracia e Consenso na Decisão de Legislar
Democracy and consensus in the decision to legislate
Carlos Blanco de Morais p. 117-187
- O Valor da Justiça
The value of justice
José Janguê Bezerra Diniz p. 189-209
- A Relação entre Democracia e Governabilidade no Brasil: Uma Breve Análise
The relationship between democracy and governability in Brazil – a brief analysis
Carolina Gabas Stuchi p. 211-233

- O Princípio da Legalidade no Estado de Bem Estar Social – Por uma abordagem dialética
The legality principle in the welfare state – a dialectic approach
Mario Gomes Schapiro p. 235-248
- Democracia e Contratualismo nas concepções de Hobbes e Rousseau – Uma abordagem histórica
Democracy and contractualism under the doctrines of Hobbes and Rousseau – a historical approach
Alexandre de Lima Paniza p. 249-267
- Do Conceito Dinâmico de Liberdade e da Democracia
The dynamic concept of freedom and democracy
Daniela Ribeiro Ikawa p. 269-282
- A Lei Brasileira sobre Acesso à Informação Ambiental como Ferramenta para a Gestão Democrática do Meio Ambiente
The Brazilian Law on Access to Environmental Information as a tool for the Democratic Management of the Environment
Rachel Biderman Furriela p. 283-290
- Mecanismos de Participação Popular no Brasil: Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular
Instruments for popular participation in Brazil: Plebiscite, Referendum and Popular Initiative
Denise Auad, João Cláudio Hernandes Pedrosa, Maria de Lourdes Martimiano e Rogério Ferrari Tanganelli..... p. 291-323
- O Paradoxo da Cultura de Massas: Democracia em Crise e Censura Disfarçada
The paradox of mass culture: democracy in crisis and disguised censorship
André Chaves de Melo Silva p. 325-334
- A Crise Política como Solução? Uma reflexão desde a perspectiva das democracias participativas
Political crisis as a solution? A reflection using the perspective of participative democracies
Alfredo Alejandro Gugliano..... p. 335-349
- Democracia e Exercício do Poder: apontamentos sobre a participação política
Democracy and the exercise of power: comments on political participation
André Ramos Tavares..... p. 351-378
- Democracia Racial Brasileira: Um Complicador para a Democracia Substancial?
Brazilian Racial Democracy: a hurdle for substantial democracy?
Juscelina Santos do Nascimento e Jardelina Bispo do Nascimento p. 379-398
- Os Desafios da Democracia
Democracy's challenges
José Fernando de Castro Farias p. 399-423

Democracia e Sigilo de Telecomunicações

Democracy and the secrecy of telecommunications

Flávio de Leão Bastos Pereira p. 425-445**Democratização da Administração Pública e O caso do Paradigma Estado Cêntrico no Brasil**

Democratisation of the Public Administration and decline of 'State centric' paradigm in Brazil

Carlos Antonio Mendes de Carvalho Buenos Ayres p. 447-469**Los Problemas de la Vice-Presidencia en el Regimen Argentino**

The problems of the Vice-Presidency in the Argentine regime

José Miguel Onaindia p. 471-477**Direito Internacional e Consolidação Democrática**

International Law and the consolidation of democracy

Fernando Fernandes da Silva p. 479-488**A Monarquia Democrática Espanhola. Exemplo Atual para Países em Transição**

The democratic Spanish monarchy. A contemporaneous example for countries in transition

Dircêo Torrecillas Ramos p. 489-515**Processo Decisório e Democracia: impasses e coalizações no Governo Lula.**

Decision-making processes and democracy: impasses and coalitions of the Lula government

Luzia Herrmann de Oliveira p. 517-538**Monografias**

Monographs

A República de Weimar e a Constituição: Lições de Limitações

The Weimar Republic and the constitution: lessons on limitations

Bruno de Souza Vichi p. 541-564**Estado Democrático: Somatório de Valores com Exigência de um Saldo Político Positivo**

Democratic State: sum of values with demand of a positive political balance

Suzana Joaquina de Oliveira p. 565-585**Jurisprudência Comentada**

Case Law Comments

Saindo do Armário, Mas (Ainda) Atrás da Porta: o estatuto jurídico-constitucional dos homossexuais e a decisão *Lawrence v. Texas*.Stepping out of the closet but remaining behind the door: the legal-constitutional homosexual statute and the decision in *Lawrence v. Texas**Antônio de Araújo* p. 589-628

Conferências e Debates

Lectures and Debates

Justiça Supranacional ou Transnacional

Supra or Trans-national Justice

José Sebastião Fagundes Cunha p. 631-657**La democracia constitucional (la consolidación de la democracia y justicia constitucionales)**

Constitutional democracy – the consolidation of constitutional and legal democracy

Javier García Roca p. 659-670**Los Derechos Sociales**

Social Rights

Germán J. Bidart Campos p. 671-678**Em Tempos de Democracia – Contradições Jurídicas**

In times of democracy – legal contradictions

Ives Gandra da Silva Martins p. 679-688**A Demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional**

The demarcation of indigenous lands and their constitutional basis

Tércio Sampaio Ferraz Júnior p. 689-699**Democracia e Inteligibilidade Radical do Ser**

Democracy and the radical intelligibility of the being

George Augusto Niaradi p. 701-705**A Polícia e o Uso da Força Letal**

The police and the use of lethal force

Hélio Bicudo p. 707-713**A Competência da Justiça Eleitoral**

The scope and powers of the electoral courts

Suzana de Camargo Gomes p. 715-721

Índices das RBDC 1 e 2 p. 723-728

Normas para Apresentação de Textos p. 729-731

Submission Rules p. 732-734

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

n. 4 - JUL/DEZ - 2004

Tema Central: **A contemporaneidade dos Direitos Fundamentais**Main Theme: **The contemporaneity of the Fundamental Rights**

ÍNDICES

INDEX

Artigos

Articles

- A Efetividade do Processo como Instrumento de Cidadania
The Effectiveness of the Process as Citizenship Instrument
José Janguié Bezerra Diniz p. 17-23
- Direitos Humanos – Aspectos Jurídicos
Human Rights – Juridical Appearance
Ives Gandra da Silva Martins..... p. 24-29
- Discriminação Racial na Educação
Racial Discrimination in Education
Daniela Ribeiro Ikawa p. 30-48
- Inovações na “Constituição Inglesa”: o Human Rights Act, 1998
Inovations in “England Constitution”: the Human Rights Act, 1998
Manoel Gonçalves Ferreira Filho p. 49-55
- A Formação da Doutrina dos Direitos Fundamentais. A Forma do Estado e a Proteção dos Direitos: Opção pelo Federalismo
The doctrines formation of the fundamental rights. Aspects from the State and the rights protection
Dircêo Torrecillas Ramos p. 56-68
- Universalismo *Versus* Relativismo Cultural. Legitimidade da Concepção Cosmopolita dos Direitos Humanos
Universalism versus Cultural Relativism. Legitimity of the Cosmopolitan Conception by the Human Rights
Paulo Klautau Filho p. 69-101
- Direitos Humanos. Proteção por Organismos Internacionais: controle e coercibilidade. Necessidade de um novo paradigma
Human Rights. Protection by the International Organisms: Control and coercibleness. Needs for a new paradigm
Antonio Galvão Peresp. 102-112
- Pobreza como violação de Direitos Humanos
Poorness as a violation of the Human Rigts
Flávia Piovesanp. 113-130
- Direitos Humanos Sociais de Segurança e o companheiro Homossexual
Social Human Rights and the homosexual partner
Wagner Balera p. 131-162

- A dos décadas de la recuperación democrática en Argentina: breve crónica de avances y retrocesos en materia de derechos humanos
Two decades from Argentina's democratic recuperation: a short chronicle of advances and setbacks of the human rights
María de las Nieves Cenicacelaya..... p. 163-190
- O Paradigma clássico inglês enquanto substrato histórico da doutrina de intervenção internacional para a defesa dos direitos fundamentais
The English Classical paradigm while substratum of the international doctrine intervention for the defense of Fundamental Rights
Alexandre de Lima Paniza p. 191-224
- Princípio da Consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem
Principle of partial consubstantiality in the fundamental rights based on the human dignity
André Ramos Tavares..... p. 225-240
- Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise
Social Fundamental Rights and the interdiction of retrocession: some notes about the challenge survival from the social rights in a crisis context
Ingo Wolfgang Sarlet p. 241-271
- A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em *terrae brasilis*
The low constitutionality and the ineffectiveness of the fundamental-social rights in *terrae brasilis*
Lenio Luiz Streck..... p. 272-308
- A Efetividade dos Direitos Humanos: o desafio contemporâneo
The effectiveness of the Human Rights: the contemporary challenge
Pietro de Jesús Lora Alarcón..... p. 309-322
- Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los marcos interno argentino e interamericano
A claim of economical, social and cultural rights of interamerican and argentinian internal mark
Víctor Bazán..... p. 323-349
- Adolescentes e sua percepção de direitos humanos
Adolescents and their human rights perception
Zélia Maria Mendes Biasoli-Alves e Maria Elide De Conti Travain p. 350-369
- Direitos Humanos: sujeições, cumplicidades e afloramentos
Human Rights: subjection, complicity and levelling
Paulo-Edgar Almeida Resende p. 370-379

- O Padre António Vieira e o Direito dos Índios
The priest Antonio Vieira and the Indigenous Right
João Viegas p. 380-401
- Dignidade da Pessoa Humana: Referenciais Metodológicos e Regime Jurídico
Human being dignity: Methodological references and judicial regime
Emerson Garcia p. 402-455
- Os Direitos Humanos e os Direitos do Consumidor
The Human Rights and the Consumer Rights
Heloisa Verri Paulino p. 456-471

Monografias

Monographs

- Evolução Social e as Normas Jurídicas – Uma História para se contar: “Direito”
Social Evolution and the Juridical Norms – A History to tell “Right”
Suzana Joaquim de Oliveira p. 473-525
- A Norma Iusfundamental
Iusfundamental Norms
Ricardo Marcondes Martins p. 526-576
- Da Proteção à liberdade de religião ou crença no direito constitucional e internacional
The Protection of Religion’s or Creed Liberty in the Constitutional International Right
Lourdes Simas Santos p. 577-618
- Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro
The International Treaties of Human Rights in the Brazilian Law
Patrícia Cobianchi Figueiredo p. 619-641

Jurisprudência Comentada

Cases Commentary

- Acórdão n. 144/2004, da 2ª Secção do Tribunal Constitucional de Lisboa
Judgement n. 144/2004, of the 2 Section of Constitutional and International Court from
Lisboa
Cons.ª Maria Fernanda Palma p. 643-651

Legislação

Legislation

- Lei do Tribunal Constitucional Austríaco de 1953
Austrian Constitutional’s Court Law 1953
Luís Afonso Heck p. 653-678

- Análise comparativa dos direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – e a Constituição Federal Brasileira de 1988
Comparative analysis of Rights due to the American Convention about the Human Rights – São Jose da Costa Rica Pact - and the Federal Brazilian Constitution of 1988
Marco Antonio Corrêa Monteiro p. 679-720

Conferências e Debates

Lectures and Debates

- Direitos Humanos e a Desvinculação das Receitas da União – DRU
Human Rights and the desentail of the Union Revenue - DRU
Fernando Facury Scaff p. 723-736

- ¿Hay que indemnizar las privaciones generales de propiedad? (En torno a la sentencia Jahn y otros c. Alemania de 22 de enero de 2004)
Would we have to compensate the general destitutions of propriety? (About the sentence of Jahn and others vs. Germany January 22 of 2004)
Luis María Díez-Picazo p. 737-747

- O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos
The future of the Inter-American Sistem of the Human Rights
Marvin Carvajal Pérez p. 748-759

- Os Direitos Fundamentais e sua Universalização
The Fundamental Rights and its Universalization
Monica Herman S. Caggiano p. 760-770

- Índices das RBDC 1, 2 e 3 p. 771-777
Index of RBDC 1, 2 and 3

- Normas para apresentação de textos p. 778-780

- Submission Rules p. 781-782

- Endereço para entrega de artigos, permutas e doações p. 783
Address for sending articles, exchange and donations

- Assinaturas p. 784
Subscription

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

n. 5 - JAN/JUN - 2005

Tema Central: **Princípios Constitucionais de Direito Privado**
Main Theme: **Constitutional priciples of the private law**

ÍNDICE
INDEX

Artigos

Articles

Proteção constitucional da privacidade e a Internet.

Constitutional's protection of the privacy and the Internet

Emerson Ike Coan p. 10-17

O Direito à Vida no Código Civil à luz da Constituição

The Right of Living in the Civil Code by the light of Constitution

Ives Gandra da Silva Martins p. 18-27

Anistia Desvirtuada

Depreciated Amnesty

Helio Bicudo p. 28-33

La dimensione statale tra integrazione europea e disarticolazione del sistema delle autonomie

The public corporation breadth among European integration and desarticulation of the autonomous nature system

Lorenzo Chieffi p. 34-41

A dimensão estatal entre integração europeia e desarticulação do sistema das autonomias

The public corporation breadth among European integration and desarticulation of the autonomous nature system

Lorenzo Chieffi p. 42-49

A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil

The Tenorial Protection inside the Constitution and in the New Civil Code

Teori Albino Zavascki p. 50-61

Que fazer com o inimigo? (Um Comentário a *Rasul v. George W. Bush, Rumsfeld v. Padilla e Hamdi v. Rumsfeld*)

What do we do with the enemy? (A comment the *Rasul v. George W. Bush, Rumsfeld v. Padilla and Hamdi v. Rumsfeld*)

José António Teles Pereira p. 62-80

Tratamento constitucional em relação à união estável e o risco da aplicação excessiva: proposta para uma teoria crítica dos princípios constitucionais no Direito Privado

Constitutional treatment in the stable union and the danger of overapplication: propose to a critical theory of the constitutionals principles in the Private Law

Frederico A. Paschoal p. 81-90

- O Interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/03)
The Interrogatory as a defense way (10.792/03 Law)
Ada Pellegrini Grinover) p. 91-99
- Limite Constitucional ao direito de propriedade pela função social
Constitutional limit to the right of property for the social function
Alvacir Alfredo Nicz e Anna Flávia Camilli Oliveira p. 100-111
- Princípio da Separação dos Poderes: os Órgãos Jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais
Fundamental Doctrine of the Powers Separation: the Jurisdictional Organisms and the concretion of the social rights
Emerson Garcia p. 112-136
- Nova leitura do processo hermenêutico dos princípios constitucionais de direito privado segundo a racionalidade do “outro”
New reading of the hermeneutic process of the constitutionals principles of the private law according to the rationality of “other”
Artur César de Souza p. 137-159
- Alimentos, sexo e afeto
Food, sex and love
Maria Berenice Dias p. 160-172
- A Recepção dos Princípios Constitucionais no Novo Direito de Família Codificado
The Reception of the Constitutionals Principles in the New Codification of Family Rights
Eduardo de Oliveira Leite p. 173-184
- Emenda Constitucional n. 45/2004
Amendment Constitutional n. 45/2004
Monica Herman Caggiano p. 185-204
- Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela
Fundamental Rights and the Relationship among Personals: notes about the judicial effectiveness theory
Wilson Antônio Steinmetz p. 205-215
- Princípios Constitucionais de Direito Privado: uma análise a partir de uma concepção jusfilosófica
Constitutional Principles of the Private Law: an analysis from the legal philosophy conception
Gisele Mascarelli Salgado p. 216-224

- O Princípio da Proteção à Propriedade Intelectual e sua Função Social na Constituição Federal de 1988
The Principle of the Intellectual Property Protection and its Social Function inside the Federal Constitution of 1988
Antonio Carlos Morato p. 225-235
- Situação Atual do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil
Current Situation of Article four of the Introduction law to the civil code
Lucas Abreu Barroso p. 236-242
- A prisão civil por dívida e os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade
The civil arrest get into debt and the constitutional principles of human being dignity and the proportionality
Ivan Aparecido Ruiz p. 243-263
- Transposições entre a Constituição do Brasil e o Novo Código Civil
The inversion between the Brazilian Constitution and the Civil Code
André Ramos Tavares..... p. 264-276
- Contributo à dinâmica da chamada *desapropriação judicial*: diálogo entre Constituição, direito e processo
The Contribution to the dynamic called *judicial dispossession*: interlocution between Constitution, rights and process
Glauco Gumerato Ramos..... p. 277-297
- Dialética da Reconciliação: a evolução do Direito Privado e do Direito Público do apogeu da ordem liberal até a consolidação do Estado Social de Direito
Dialectical Reconciliation: the evolution of the Private Law and the Public Law since the liberal order until the consolidation of the Social State of Rights.
José Carlos Evangelista Araújo..... p. 298-347
- Comentários Bibliográficos**
Bibliographic Commentary
- Direitos Fundamentais e Direito Privado, Claus-Wilhelm Canaris
Fundamental Rights and Private Law, Claus-Wilhelm Canaris
Luiz Guilherme Arcaro Conci p. 349-356
- Derecho Constitucional y Derecho Privado, Konrad Hesse
Constitutional Law and Private Law, KONRAD HESSE
Yara Maria Martins Nicolau Milan p. 357-359
- A Força Normativa da Constituição, Konrad Hesse e A Essência da Constituição, Ferdinand Lassalle
The Normative Force of Constitution, KONRAD HESSE and The essence of Constitution, Ferdinand Lassalle
Elaine Parpinelli Moreno Vessoni p. 360-366

Jurisprudência Comentada

Cases Commentary

Drittwirkung de Direitos Fundamentais e Associações Privadas*Drittwirkung* of the Fundamental Rights and Private Associations*André Rufino do Vale* p. 368-385**Legislação**

Legislation

Lei do Tribunal Constitucional Austríaco de 1953

Austrian Constitutional's Court Law 1953

Luis Afonso Heck p. 387-412**Conferências e Debates**

Lectures and Debates

Tutela Constitucional del derecho a la autodeterminación informativa en Costa Rica

Self-Determination from Costa Rica

Marvin Carvajal Pérez p. 414-428

Princípios Constitucionais do Direito de Autor

Constitutionals Principles in the rights of the author

José de Oliveira Ascensão p. 429-442

Os Efeitos das Decisões de Inconstitucionalidade: Técnicas de Decisão em Sede de Controle de Constitucionalidade

The solution's effects on the unconstitutionality: technics of decision under the seat of the constitutionality control.

Min. Gilmar Ferreira Mendes p. 443-464

Índices das RBDC 1, 2, 3 e 4

Index of RBDC 1, 2, 3 e 4 p. 443-464

Normas para apresentação de textos p. 475

Submission Rules p. 478

Endereço para entrega de artigos, permutas e doações

Address for sending articles, exchange and donations p. 480

Assinaturas

Subscription p. 481

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO

1. A Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC) admite para publicação: (a) trabalhos monográficos ou doutrinários, (b) resenhas ou comentários bibliográficos, (c) comentários sobre leis ou projetos de lei, (d) comentários sobre decisões judiciais, (e) conferências.

2. Todas as categorias de trabalhos devem ser inéditos no Brasil e na internet, além de pertinentes e relevantes para o tema escolhido para cada número de revista.

3. Os textos deverão ser enviados à sede da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) em cópia impressa devidamente rubricada pelo(s) autor(es) e na forma digital, por disquete ou e-mail (rbdc@constitucional.com.br). Os arquivos digitais devem ser enviados, de preferência, em formato RTF (Rich Text Format) ou TXT.

4. O original dos trabalhos monográficos ou doutrinários deve ser apresentado com os seguintes *elementos obrigatórios*:

4.1 *Identificação*, com as seguintes informações: (a) *título* breve, específico e descritivo, contendo as palavras representativas do seu conteúdo (na língua do original e em inglês); (b) *nota do título*, quando apresentar característica especial, como tese, relatório, tradução, edição crítica, antologia, etc; (c) *indicação do autor ou dos autores* em ordem de responsabilidade ou alfabética; (d) *qualificação do autor ou dos autores*: profissão, vínculo institucional, título acadêmico (dar preferência às identificações que qualifiquem o autor na área de conhecimento do artigo), endereço postal completo, telefone, e-mail e fax para contacto; (e) *créditos* dos adaptadores, tradutores e colaboradores, quando houver;

4.2 *Resumos* (na língua do original e em inglês): texto de até 250 palavras de natureza informativa que sintetiza os pontos principais do texto, as finalidades ou objetivos pretendidos pelo mesmo, a metodologia empregada e os resultados e conclusões alcançados;

4.3 *Palavras-chave* (na língua do original e em inglês): máximo de sete termos que indiquem o conteúdo do trabalho, evitando, quando possível, utilizar palavras que apareçam no título;

4.4 *Texto* de 20 (vinte) à 50 (cinquenta) laudas de 30 (trinta) linhas, páginas de formato A4 (21,00 x 29,70 cm), margens de 3,0 cm, sem quaisquer deslocamentos ou recuos, espaçamento 1,5 e alinhamento justificado, parágrafos separados com espaço duplo, tipo da letra *Times New Roman*, corpo tamanho 12 (doze).

4.4.1 O texto deverá estar *subdividido em seções* e subseções segundo o sistema de numeração progressiva por algarismos arábicos (ex. 1., 1.1., 1.1.1);

4.4.2 A *introdução* deve expor os fundamentos do trabalho e especifique claramente seus objetivos, bem como a metodologia empregada para alcançá-los; identificada, em geral, pela descrição das fontes, métodos e materiais utilizados na sua realização;

4.4.3 A *conclusão* deve expor claramente os *resultados* alcançados e a discussão pertinente dos mesmos;

4.4.4 As *indicações das fontes (referências)* deverão ser feitas no corpo do texto (entre parênteses), nunca remetidas para as notas, e seguir o *sistema autor-data* (sobrenome do autor, ano: número da página);

4.4.5 As *transcrições* devem ser apresentadas entre aspas, indicando-se eventuais supressões (“...”), interpolações ou comentários ([.....]), ênfases ou destaques não-originais;

4.4.6 *Destaques*: o uso de negrito deve ficar restrito aos títulos; não negritar intertítulos; o de itálico, apenas para destacar conceitos ou palavras em língua estrangeira.

4.5 *Referências*: as referências ou indicação das fontes utilizadas ou referidas no texto devem constituir uma lista única no final do artigo, em ordem alfabética por sobrenome de autor; devem ser *completas* e elaboradas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) - NBR 6.023. Modelo exemplificativo:

a) *monografias*: autor; título em itálico; edição; imprensa (local, editor e ano de publicação); descrição física (número de páginas ou volumes); série ou coleção. Exemplo:

FLORIANI, José Valdir, *Professor e pesquisador*: exemplificação apoiada na Matemática. 2. ed. Blumenau: FURB, 2000. 142 p. (Programa Publicações de apoio à Formação Inicial e Continuada de Professores).

b) *artigos em periódicos*: autor; título; nome do periódico em itálico; local onde foi publicado; nº do volume; nº do fascículo; páginas inicial e final do artigo; mês; ano. Exemplo:

GOROVITZ, Matheus. Da educação do juízo de gosto. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, Brasília, v. 79, n. 193, p. 86-94, set./dez.1998.

5. O original dos trabalhos monográficos ou doutrinários pode ser apresentado com os seguintes *elementos facultativos*:

5.1 *Sumário*: enumeração que apresente as seções e subseções do texto, na mesma ordem e grafia em que nele se sucedem;

5.2 *Notas* (de rodapé ou de final de texto): *devem ser evitadas*. No entanto, quando necessárias, poderão ser utilizadas apenas com a finalidade de: observações complementares, realizar remissões internas e externas, introduzir uma citação de reforço e fornecer a tradução de um texto;

5.3 *Tabelas, figuras, ilustrações ou quadros*: deve ser indicada, no corpo do texto, a localização desejável para estes elementos. Tal indicação deve ser composta pela palavra TABELA, ou FIGURA, ou ILUSTRAÇÃO, ou QUADRO, seguida de seu número de ordem. Estes elementos deverão ser remetidos agrupados em páginas separadas, numerados e encabeçados com títulos concisos. Qualquer comentário ou indicação de fonte deve ser acostado no pé do mesmo, após o seu fechamento;

5.4 *Apêndices ou anexos*: poderão ser acrescentados se isto se fizer necessário.

6. O original dos demais trabalhos admitidos pela RBDC deve ser apresentado com todos os elementos apontados para os trabalhos monográficos ou doutrinários que sejam compatíveis com os mesmos.

7. O processo de avaliação e aceitação dos trabalhos encaminhados, desenvolvido pelo Conselho Editorial, não ultrapassará três meses e seguirá os seguintes parâmetros principais: 1) serem inéditos no Brasil; 2) serem pertinentes e relevantes ao tema do número específico; 3) caracterizarem-se pela atualidade, cientificidade, qualidade acadêmica, literária e textual.

8. Os colaboradores da RBDC devem responsabilizar-se pelo ineditismo do texto fornecido, comprometendo-se a não publicá-lo em outro local nacional e em internet pelo prazo certo de um ano, e cedendo os direitos de exploração dos trabalhos para a ESDC. Quando pertinente, devem autorizar a tradução. Serão de inteira responsabilidade dos autores o conteúdo e as manifestações contidas nos seus respectivos artigos.

9. A Comissão de Redação da RBDC se reserva o direito de adequar os textos encaminhados aos parâmetros formais acima estabelecidos, submetendo os mesmos à revisão final do autor.

10. A ESDC veiculará os textos ou somente os títulos, resumos e palavras-chave dos mesmos, com os respectivos autores e titulações, na internet e em demais veículos de publicidade adequados.

SUBMISSION RULES

1. The *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)* accepts for publication: (a) monographic or scholarly works, (b) bibliographic reviews or commentary, (c) commentary on laws or bills of law, (d) commentary on court decisions, (e) conferences.

2. Works in any category must be unpublished and pertinent to the theme chosen for each issue.

3. Works must be sent to the head office of *Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC)* in printed form, initialed by the author(s), and in electronic form, on a diskette or by e-mail (rbdc@constitucional.com.br). Electronic files must be in RTF (Rich Text Format) or TXT (Text Format).

4. The original must be submitted with the following *obligatory elements*:

4.1 Identification, informing: (a) a brief, specific and descriptive *title* (in the original language and in English), containing words that represent its contents; (b) a *title note*, for special works such as a thesis, report, translation, critique, anthology, etc.; (c) *indication of the author(s)* in order of responsibility or in alphabetical order; (d) *qualification of the author(s)*: profession, institutional relationship, academic title (prefer identifications that qualify the author in the subject matter at hand), complete mailing address, e-mail address, and telephone and fax numbers; (e) *credit* for any adapters, translators and assistants;

4.2 Abstract (in the original language and in English): no more than 250 words summarizing the work's main points, purposes or objectives, methodology, and results and conclusions;

4.3 Key Words (in the original language and in English): up to seven terms that indicate the contents of the work, avoiding words that appear in the title whenever possible;

4.4 Text of twenty (20) to fifty (50) pages of thirty (30) lines, in A4 format (21.00 x 29.70 cm), 3.0 cm margins, no indentation, 1,5-spaced lines, justified alignment, double-spaced paragraphs, font "Times New Roman" size twelve (12);

4.4.1 The text *showing the sections and subsections*, divided according to the progressive Arabic numeral system (e.g. 1., 1.1, 1.1.1);

4.4.2 The *introduction* lay the groundwork and clearly specify the objectives and methodology used to achieve them; this generally entails a description of the sources, methods and materials used;

4.4.3 The *results* be clearly explained and discussed;

4.4.4 The *indications of sources* (references) be included in the text, between parentheses and never placed in a footnote, according to the author-date system (author's name, year and page number);

4.4.5 The *quotations* be placed in quotation marks, indicating any omissions ("..."), interjections or comments ("[]"), and emphasis or highlighting not in the original;

4.4.6 Emphasis: that bold type be restricted to titles; don't use bold type to subtitles and that italics be used for definitions or words in a foreign language.

4.5 References: (used or referred to in the text) must be listed together at the end of the article, in alphabetic order by author's last name; must be complete and drafted according to the standards of the Brazilian Association of Technical Standards (ABNT) – NBR 6.023. For example:

a) *monographs*: author; title in italics; edition; publication (place, publisher and year); physical description (number of pages or volumes); series or collection. Example:

FLORIANI, José Valdir, *Professor e pesquisador*: exemplificação apoiada na Matemática. 2nd ed. Blumenau: FURB, 2000. 142 p. (Programa Publicações de apoio à Formação Inicial e Continuada de Professores).

b) *articles in periodicals*: author; title; name of periodical in italics; place of publication; volume number; insert number; first and last page numbers of the article; month; year. Example:

GOROVITZ, Matheus. Da educação do juízo de gosto. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, Brasília, vol. 79, Nº 193, pp. 86-94, September/December 1998.

5. The original must be submitted with the following optional elements:

5.1 Table of Contents: showing only the sections and subsections of the document, it's all the same order and writing of succeeding in the document;

5.2 Notes (that footnotes and that last document) must be avoided. When necessary, they should serve as supplemental notes, references to internal and external material, introductions to a relevant quote and translations of a passage;

5.3 Tables, figures, illustrations or charts: the desired location of these elements must be indicated in the body of the text by the word TABLE or FIGURE or ILLUSTRATION or CHART, followed by its number of order. These elements must be sent on separate pages, numbered and headed with concise titles. Any commentary or indication of font must be placed in an endnote;

5.4 Appendices or attachments: may be included as necessary.

6. The original of the rest documents accepts for publication must be submitted with the compatible elements.

7. The process of evaluation of submissions and acceptance by the Editorial Board will not exceed three months and will follow certain general guidelines. The works: 1) must be unpublished in Brazil; 2) must be pertinent to the theme chosen for each issue; 3) must be current and of scientific, academic or literary quality.

8. The authors are responsible for the unedited of the articles, to commit not to publish it anywhere else in Brazil and Internet for one year and to assign the copyrights to ESDC. When applicable, to permit translations. The authors are entirely responsible for the contents of and the comments in their respective articles.

9. The Editorial Board of RBDC reserves the right to adapt submissions to the above-established formal guidelines, subject to the final review of the author.

10. ESDC will publish the texts or only titles, abstracts and key words of the sameones, along with the respective authors and their credentials, on the Internet and in other appropriate media.

PARA ENVIO DE ARTIGOS, PERMUTAS DE REVISTAS E DOAÇÕES DE OBRAS DE AUTORES E EDITORAS

TO SUBMIT ARTICLES, EXCHANGE JOURNALS, AND DONATIONS OF WORKS FROM AUTHORS OR PUBLISHING COMPANIES

PARA ENVIO DE ARTIGOS, INTERCÂMBIO DE REVISTAS OU ENVIO DE OBRAS A SEREM CREDITADAS POR ESTA REVISTA (PARA DECISÃO DO CONSELHO EDITORIAL), O ENDEREÇO É O SEGUINTE:

Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC

Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC

rbdc@rbdc.com.br

Rua Dr. Gabriel dos Santos, n. 88 – Bairro Santa Cecília - São Paulo/SP - Brasil.

CEP. 01231-010.

Site: www.rbdc.com.br

Telefone para contato: 55 (11) 3663-1908

As obras doadas devem ter sido as publicadas nos últimos quatro anos (2000, 2001, 2002 e seqüência) – enviar exemplar (ou exemplares) e carta de apresentação do próprio autor ou dos editores.

Para intercâmbio de revistas e cadernos basta enviar o(s) volume(s) com carta de apresentação do editor e solicitação de intercâmbio.

As permutas e doações são encaminhadas à Biblioteca “Maria Garcia” da Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC.

ADDRESS FOR SUBMITTING ARTICLES, EXCHANGE OF JOURNALS, AND WORKS TO BE CREDITED IN THIS JOURNAL (AT DISCRETION OF THE EDITORIAL BOARD):

Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC

Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC

rbdc@rbdc.com.br

R. Dr. Gabriel dos Santos, n. 88 – Bairro Santa Cecília - São Paulo/SP – Brasil.

CEP - 01231-010.

www.rbdc.com.br

55 (11) 3663-1908

Works donated to this journal must have been published within the last four years, and must be accompanied by a presentation letter of the author or the publisher.

For exchange of journals and publications, it is sufficient to send the issues accompanied by a presentation letter from the editor and a request for exchange.

Exchanges and donations will be forwarded to the Library “Maria Garcia” of Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC.

ASSINATURA / SUBSCRIPTION



www.esdc.com.br

Para obter informações sobre assinatura e/ou aquisição dos números da **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** já publicados, utilize essas opções:
envie e-mail para rbdc@rbdc.com.br
ou ligue: 55 (11) 3663-1908
ou visite o site: www.rbdc.com.br