

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS¹

UMA DIGRESSÃO PROSPECTIVA

Diogo de Figueiredo Moreira Neto*

SUMÁRIO: 1. *Uma abordagem não convencional.* 2. *A Era dos Princípios.* 3. *Qual Constituição?* 4. *Conclusões muito provisórias*

1. UMA ABORDAGEM NÃO-CONVENCIONAL

A EXPLICAÇÃO NECESSÁRIA

Entre tantas alternativas de discurso abertas pelo tema, optou-se pela que pareceu provocativa e, por isso mesmo, mais apta a suscitar a abertura de enfoques e o desdobramento de polêmicas, não apenas no Direito Constitucional, como seria de se esperar pelo título da Obra Coletiva a que se destina, mas nos campos lindantes do Direito Político, da Ciência Política e, particularmente, da Cratologia.

Com isso, dada a limitação de extensão, comum a este tipo de trabalho coletivo, adaptou-se também o método de abordagem, uma vez que para conciliar a apresentação ordenada dos tópicos propostos no Sumário com a atenção do leitor, a escolha não foi o discurso acadêmico convencional, em que preferencialmente se persegue o convencimento, mas o da resenha informativa, em que se busca transmitir informações organizadas e provocar a atenção e o debate sobre algumas questões da atualidade.

Com esse enfoque, não só se pretende evitar a embaraçosa redundância de respigar em campos trabalhados pelos especialistas de renome que aqui aportam suas contribuições ao tema, como, e de modo particular, homenageia-se o espírito inquieto, inquisitivo, criativo e multidisciplinar de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, um jurista de seu tempo, um divulgador do Direito a qualquer tempo e um amigo de todo o tempo.

VALIDADE TEMPORAL DOS TERMOS TEMÁTICOS: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

Tudo parece polêmico no mundo do Direito. Embora a Antropologia conote o seu aparecimento à busca da segurança, toda a angústia

* Procurador aposentado do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Artigo original para a obra coletiva *PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS*, coordenada por CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, ROBERTO ROSAS e ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL, em homenagem a IVES GANDRA DA SILVA MARTINS.

da incerteza humana se reflete na tarefa agônica e interminável de sua aplicação.

A indeterminação começa pela semântica, com a equivocidade dos próprios termos de que se vale a Ciência do Direito, em grande número compartilhados com o vocabulário comum, prossegue com a diversificação dos perfis sociológicos dos grupos e ainda mais se complica com a evolução cronológica dos conceitos.

Mas não termina aí: como a matéria prima do jurismo são os interesses, a toda essa indeterminação, que a Ciência se esforça por dirimir, se acrescem, no cotidiano do Direito aplicado, as perplexidades trazidas pelos infundáveis embates *in concreto* gerados pelos conflitos entre eles.

Mas não se necessita chegar a tanto, pois o conteúdo de qualquer dos termos que constituem o tema – *princípios constitucionais fundamentais* – já oferece *in abstracto* abundantes perplexidades para os juristas contemporâneos, uma vez que os três vocábulos, assim como tantos outros termos do léxico juspolítico, têm variado celeremente em seu conteúdo nesta *Era da Informação*, mais do que durante toda a História do Pensamento Ocidental.

2. A ERA DOS PRINCÍPIOS

PRINCÍPIOS FILOSÓFICOS E JURÍDICOS

A menção à *Era da Informação*, expressão introduzida por MANUEL CASTELLS², conduz ao reconhecimento de que o papel dos princípios, embora tão altamente considerados pela Filosofia e pelas Ciências Naturais, nomeadamente na Matemática, na Física, na Química e na Biologia, com o significado de *lei geral que rege um conjunto de fenômenos e verificada pela exatidão de suas conseqüências* e, por isso, fonte de premissas a partir das quais todo um sistema se desenvolve³, não logrou alcançar a mesma importância histórica para as Ciências Sociais, notadamente a Jurídica.

De início, talvez por faltar a *verificabilidade*, o que descorçoava o esforço de apresentá-los como arquivados do Direito; depois, quiçá pela inutilidade de fazê-lo em um contexto teórico em que a *validade* de uma norma passou a depender de sua positivação em um sistema formal de poder, o certo é que somente na segunda metade do Século XX, com o

² A referência é à trilogia de MANUEL CASTELLS intitulada *A Era da Informação*, no original, *Information Era*, iniciada com o volume *A Sociedade em Rede*, no original, *The Rise of Network Society*, em 1996, reputada por ANTHONY GIDDENS, Diretor da *London School of Economic*, como comparável a *Economia e Sociedade*, obra capital de Sociologia do Século XX, de lavra de MAX WEBER, e estimada por ALAIN TOURAINE, Diretor da *École Pratique des Hautes Études en Sciences Sociales*, como o melhor instrumento de análise para entender as mutações em curso.

³ Sob esse enfoque, J. ORTEGA Y GASSET, *La Idea de Principio en Leibniz*, Madrid, Revista de Occidente, 1967, Vol. I, p. 264.

reconhecimento de sua eficácia normativa própria⁴, cuidou-se de considerá-los em toda sua plenitude.

Essa plenitude, que se estende desde a acepção clássica e geral do Estagirita, de “*fonte de onde derivam o ser e a geração, ou o conhecimento*”⁵, às que hoje oferecem seus mais atuais monografistas do Direito, tem conservado uma concepção epistemológica dual da normatividade, ou seja: distingue a norma de primeiro grau, que se retira diretamente da realidade (preceitos ou regras), da norma de segundo grau, que se infere, por sua vez, da totalidade de conjuntos de normas de primeiro grau (normas de normas ou princípios).

O grande avanço metodológico aportado ao Direito no bojo da nova visão dos princípios jurídicos foi, contudo, o reconhecimento da *eficácia normativa* não apenas das regras como dos princípios, ou seja, em termos epistemológicos: de que todas as normas, indiferentemente de serem de primeiro ou de segundo grau, têm auto-aplicabilidade, salvo quando, elas próprias, a difiram.

PROSPECTIVA: O DESAFIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Indubitavelmente, aí se tem um notável avanço no conceito de proteção do Direito, pois enquanto as normas-regra, por sua própria natureza, admitem lacunas, as normas-princípio, em razão de suas características de muito maior flexibilidade aplicativa, se referem a todo o sistema. Mas essas amplitude e flexibilização, se, por um lado, reforçam a segurança das pessoas pelo avanço no conceito protetivo do Direito, por outro lado, têm suscitado alguma insegurança “*causando desconforto aos autores de índole positivista*”⁶.

É que, no mundo pós-positivista, em que legisladores não mais são ditadores absolutos da reta conduta das pessoas, as opções por valores metajurídicos já não mais se constituem em monopólio dos que fazem as leis, mas são compartilhadas com os que as aplicam, e, ainda, em que se pluralizam e se desestatizam as próprias fontes normativas que regem as sociedades humanas, a própria segurança jurídica, não tem como referencial a *lei*, mas o *Direito*.

3. QUAL CONSTITUIÇÃO?

COMO SE PÕE A QUESTÃO DO MULTICONSTITUCIONALISMO

Segue-se, na lista de perplexidades, agora parodiando BOBBIO, a indagação: *qual Constituição?* E é, no mínimo, curioso que um

⁴ Cf., dentre outros, as contribuições de N. BOBBIO, *Principi Generali del Diritto* (in *Nuovissimo Digesto Italiano*), 1966; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977 e de R. ALEXY, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, 1979.

⁵ ARISTÓTELES, *Metafísica*, I, 1,013a, 16-8.

⁶ V. RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 93.

conceito que havia ingressado com um razoável grau de univocidade nos léxicos jurídicos tenha passado a referir-se a fenômenos tão distintos como a Constituição dos *Founding Fathers*, no distante Século XVIII, e a Constituição para a Europa, apresentada em Salônica nos albores do Século XXI.

Neste caso, uma apreciação da sucessão de tipos constitucionais históricos, para enfatizar-lhes as características que inovaram, as tornaram emblemáticas e se perenizaram, parece um bom caminho para se tentar uma resposta.

A CONSTITUIÇÃO INGLESA E A SUPREMACIA DA *LAW OF THE LAND*

Na Grã-Bretanha medieval, pressionado pelos barões ingleses, João-sem-Terra, acaba chegando a um compromisso e, em 19 de junho de 1215, firma o famoso pacto político que estaria destinado a tornar-se a futura primeira referência constitucional histórica: a Magna Carta.

Em suas 63 cláusulas sobressaíam disposições de valor conjuntural e de caráter conservador, grande parte delas garantindo privilégios dos baronatos normandos e saxões. Não obstante, também nela se inseriram provisões garantindo algumas manifestações de liberdade em favor da Igreja, das Cidades, especialmente a de Londres, e, embora com redação ainda um pouco vaga, declarações sobre a devida proteção dos *direitos dos súditos e das comunidades*.

Nesses poucos e tímidos *worded statements* já se encontram a expressão de duas convicções presentes naquela sociedade: a de que o Rei (o Estado) *não pode tudo*, pois, de um lado, o seu poder também se submete a valores superiores à sua vontade e, de outro, a de que ele pode e deve *negociar* a sua vontade e os pactos resultantes precisam ser cumpridos, ou seja: afirmava-se a *supremacia da Lei da Terra* ou seja, do *Direito Comum* da sociedade de então, sobre o mais poderoso órgão de poder temporal então constituído: a realeza.⁷

A CONSTITUIÇÃO AMERICANA E SUPREMACIA DE SUAS NORMAS

A criação e o paulatino robustecimento do Parlamento inglês, que se seguiriam, que o tornariam um órgão híbrido de poder intermédio, pois que dotado, tanto de funções de representação da *sociedade* – as legislativas e de controle político da realeza, como de funções próprias de órgão de *Estado* – as governativas, como seria de se esperar, veio esmaecer a idéia-força da

⁷ A importância histórica estaria, notadamente, na lenta contribuição interpretativa que sobre tais cláusulas - como as da *instituição do júri*, do *habeas corpus* e das *limitações do poder de tributar* - faziam os juristas e as cortes inglesas, e que culminariam, destacadamente, com a doutrina parlamentarista que sobre elas construiria SIR EDWARD COKE, no Século XVII.

supremacia da Lei da Terra, desenvolvendo em seu lugar o conceito de *democracia representativa*, que justificava a entronização daquela instituição, acima do Rei e da sociedade, tornando desnecessária a existência de um pacto constitucional.⁸

Assim é que, em termos cratológicos, a grande contribuição da Constituição Americana de 1787, a primeira Carta com todas as características que se tem como essenciais a tal tipo de documento, consistiu em, de algum modo, reverter ao conceito, ainda que pálido, do primado da sociedade, que se extraía da Magna Carta, declarando, porém, não mais, exatamente, a supremacia da sua *Law of the Land* sobre os órgãos do Estado, mas, já como concessão ao estabelecido conceito de democracia representativa inglesa, a afirmação de que a fonte de seu poder estatal estava no *Povo*, tal como se afirmava nas primeiras palavras do seu Preâmbulo: “*We the People of the United States*”.⁹

Assim reafirmada a origem do poder político do Estado que se criava no povo, não mais, como se observa, o povo-sociedade, étnico e intemporal, mas o povo-censitário, político e conjuntural, mas, ainda assim, trazendo o seu Direito – sua *Law of the Land* – preexistente ao Estado, postava-se acima do que corresponderia ao Parlamento, ou seja, ao Congresso, que se situaria, por sua vez, por força dos três primeiros artigos da Constituição, em igualdade de posição com os outros dois órgãos máximos do poder estatal que se instituíam: a Presidência e a Suprema Corte.¹⁰

Assim se explica por que a democracia representativa se elegia como a solução para estruturar os dois Poderes governantes – o Congresso e a Presidência – mas se considerava inadequada para estruturar um Poder *politicamente neutro*, ao qual se cometia a responsabilidade da *garantia do novo pacto político*, ou seja, para ser o fiador da integridade da Constituição, bem como, por óbvio e implicitamente, do próprio e prístino direito de o Povo *pactuar como bem entendesse a atribuição dos poderes que lhe são iminentes*.

A solução consistia, portanto, em transfundir nas *normas constitucionais* a inviolabilidade dos poderes do Povo, ou seja: *dotá-las de supremacia*. Nascia, assim, a Constituição matriz do Ocidente civilizado. Mas o processo não pararia aí.

OS MODELOS POSITIVISTAS DE CONSTITUIÇÕES EUROPÉIAS E A SUPREMACIA DOS ESTADOS

Com efeito, não teve o mesmo curso na Europa Continental a

⁸ Até os dias de hoje, pelo menos em teoria, o Parlamento não está sujeito a norma alguma além da que ele próprio edite.

⁹ Essa fonte de poder político, por ter sido assim expressa no Preâmbulo, tem alimentado os intérpretes que advogam a concentração de poderes na União (nominadamente, *the United States*), em oposição aos defensores dos poderes reservados dos estados-membros (*states rights*).

¹⁰ Tal era a leitura dos *Founding Fathers* do conceito de *separação de poderes* retirado da obra de Montesquieu, interpretação essa que não era nem a da Inglaterra, na qual o autor se havia inspirado, nem mesmo a que se lhe daria em seu próprio País, com a Revolução Francesa.

inspiração liberal que havia ressuscitado, na Constituição Americana, o antigo conceito da supremacia das *normas espontâneas* das sociedades civis, por isso, preexistentes aos Estados, e que, por essa razão não poderiam ser derogadas pela legislação de seus respectivos parlamentos, uma vez que poderes para tanto logicamente não se conteriam nos mandados da democracia representativa, tanto quanto havia orientado uma consentânea interpretação da saudável regra da separação de poderes.

Com efeito, embora fosse comum a inspiração liberal, no Velho Continente esbarraria em uma tradição *estatista*, arraigada por longo fastígio do absolutismo e que jamais chegou a ser convenientemente erradicada, nem mesmo pela força dos ideais libertários proclamados pela Revolução Francesa.

Não obstante o conceito básico do constitucionalismo, como ato *organizador do Estado e declaratório de direitos individuais*, viesse a ser amplamente adotado, o espírito dominante era de que os direitos neles declarados não passavam de concessões, de outorgas e, até mesmo, de transigências dos Estados, porquanto prevalecia a doutrina que o postava com a realidade social dominante, o máximo de realização ética da humanidade, *justificando-se por seus próprios fins*.

Está claro que essa proposição, ora explícita, ora implícita nas Constituições Européias, que passaria depois aos outros Continentes – a de que o Estado existe para realizar *seus próprios fins*, uma idéia radical que viria a ser revivida com o conceito de Constituição dirigente – só poderia servir aos Estados autocráticos, ditatoriais e ideologizados, que, efetivamente, em seu fastígio vintecentista acabaram por conflagrar o planeta em três cruentas guerras, duas quentes e uma fria, mas esta, não menos letal.¹¹

O homem, em muitas das Constituições que foram então promulgadas conforme esse modelo, não era mais que mero instrumento da História, súdito de Estados senhores de sua vida, de seu futuro e até do conceito de felicidade que lhe serviria. Em suma: nessas Constituições, mais valia a idéia da *supremacia do Estado* que a da *supremacia da norma constitucional*, pouco importando se fosse por outorga direta de seu texto, ou por outorga indireta, que até poderia se legitimar formalmente pelo emprego do mecanismo da representação política.¹²

¹¹ Em idêntica linha, UMBERTO ALLEGRETTI caracteriza genericamente esse modelo, que denomina de *Constituição do Estado Liberal Limitado*, pelas tendências *autoritária e estatocêntrica (Amministrazione Pubblica e Costituzione*, Pádua, CEDAM, 1996, p. 4).

¹² Não por outra razão, conceitos tão vagos como os de *razões do Estado*, de *supremacia do interesse público* ou de *insindicabilidade do mérito das decisões administrativas* (para ficar apenas com estes exemplos) levaram tanto tempo para serem extirpados do Direito Público, pois os *interesses públicos* a serem perseguidos não precisavam ser consentâneos com valores pré-estatais da sociedade, bastando que fossem convenientes aos próprios “fins do Estado” que os ditava.

OS MODELOS PÓS-MODERNOS DE CONSTITUIÇÃO E A SUPREMACIA DAS PESSOAS

Chega-se ao Século XXI com a auspiciosa difusão dos modelos constitucionais pós-modernos, que incorporam a idéia de que a principal função de uma Constituição não é a de representar a vontade geral de um povo, ou de um segmento formalmente apto a expressá-la, em determinada época, mas, ao revés, a de assegurar que qualquer povo e, mais do que isso, qualquer *pessoa*, em todas as épocas, tenha os seus direitos fundamentais assegurados.¹³

A existência de *princípios fundamentais* garantidores caracteriza, como o diz ROBERT ALEXY, o modelo de *Estado Democrático de Direito*, tal como o denomina a Lei Fundamental de Bonn, e são basicamente três: o da *dignidade humana*, (art. 1.1, LF), o da *liberdade* (art. 2.1, LF) e o da *igualdade* (art. 3.1, LF), aos quais se acrescentam os que tratam da estrutura e dos fins do Estado de Direito Democrático e Social (arts. 20.1; 28.1, alínea 1, LF).¹⁴

Além disso, o mesmo autor considera, com razão, que, para que se tenha integrado o modelo, não basta a mera positividade desses direitos fundamentais, pois será necessário, ainda, que se haja instituído uma *garantia de eficácia*, atribuindo-lhes a *máxima hierarquia* e a *máxima força jurídica* nos respectivos sistemas, ou seja, que não fiquem apenas em declarações líricas e bem intencionadas, mas, isto sim, convenientemente asseguradas por um eficiente subsistema de tutela judicial.¹⁵

Igualmente, com a preocupação da *efetividade* dessas garantias, RICCARDO GUASTINI¹⁶, em lista mais extensa, arrola sete condições para que se tenha um ordenamento verdadeiramente impregnado dos princípios constitucionais fundamentais:

- 1 – a existência de uma Constituição rígida, que incorpore os direitos fundamentais;
- 2 – a garantia jurisdicional da Constituição;
- 3 – a força vinculante da Constituição (que dela faz um conjunto de normas *preceptivas* e não apenas *programáticas*);
- 4 – a sobreinterpretação da Constituição (ou seja, interpretada extensivamente, de modo a dela deduzirem-se princípios implícitos);

¹³ LUIGI FERRAJOLI, *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*, in *Neoconstitucionalismo(s)*, Madri, Ed. Trotta, 2003, p. 28.

¹⁴ ROBERT ALEXY, *Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*, in *Neoconstitucionalismo(s)*, Madri, Ed. Trotta, 2003, p. 31.

¹⁵ Para ROBERTO ALEXY, acostando o texto integral, essa caracterização levaria a quatro extremos: “os direitos fundamentais regulam com máxima hierarquia e, segundo, com máxima força jurídica, objetos, terceira, da máxima importância com, em quarto lugar, máxima indeterminação”, op cit., ps. 32 e 33.

¹⁶ RICCARDO GUASTINI, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, in *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., ps. 49 a 69.

- 5 – a aplicação direta das normas constitucionais para regular relações entre particulares (porque, afinal, como se trata de relações de poder, não podem ficar à margem da proteção);
- 6 – a interpretação das leis conforme a Constituição; e
- 7 – a aplicação direta da Constituição pelos juízes comuns.

PROSPECTIVAS: A CONSTITUIÇÃO SOCIETAL, A CONSTITUIÇÃO SEM ESTADO E A SUPREMACIA UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Esse quadro evolutivo não ficaria completo, até com o risco de frustrar o leitor que, ao cabo dessa resenha, aguarda um prometido esforço antecipatório, sem ensaiar-se um exercício de *prospectiva científica* considerando essas tendências imbricadas, ou seja: o retomar das cogitações sobre a *Constituição societal*, a apreciação da *Constituição sem Estado* e o fenômeno da *universalização dos direitos humanos*.

Cabe uma palavra de permeio sobre a *prospectiva científica*, hoje uma técnica amplamente empregada em vários ramos das atividades humanas em que seja necessário ou útil prever o curso das tendências que se apresentam como dominantes, para *antecipar-lhes os efeitos e*, se possível, *corrigi-los*, se forem maus, ou *incentivá-los*, se bons.

O possível emprego dessas técnicas de vanguarda como instrumentos de aperfeiçoamento das instituições jurídicas, notadamente no campo do Direito Público, tem sido objeto de meditação por parte do autor deste ensaio que, nessa linha, as tem advogado para essas mesmas finalidades, ou seja: *antecipar-lhes os defeitos e*, em sendo possível, *empregar os instrumentos jurídicos disponíveis para corrigi-los*, ou, pelo menos *mitigá-los*, se forem inconvenientes ou inoportunos, ou, ao revés, *incentivá-los*, se convenientes ou oportunos para o aperfeiçoamento da convivência humana.

Desde logo, a primeira tarefa consiste em *detectar uma tendência*, ainda que tênue, para determinar como vem alterando ou pode alterar a realidade, com que impacto, com que duração e com que efeitos. A segunda tarefa consiste em *avaliar a tendência*, para classificá-la como oportuna ou inoportuna e conveniente ou inconveniente e em que graus. A terceira tarefa consiste em *gerar institutos de correção ou de fomento de tendências* que sejam alternativamente adequados para responder à redução ou incentivo da tendência estudada.

Ora, o retomar das cogitações sobre a Constituição societal, a apreciação da Constituição sem Estado, bem como a universalização dos direitos humanos, poderiam ser consideradas três tendências como merecedoras de serem trabalhadas.

O certo, em suma, é que, como o *sistema jurídico* pós-moderno vem transferindo aos operadores do direito a co-responsabilidade de integrá-lo, pela interpretação e aplicação (*output*) parece conseqüente e até

mesmo imprescindível que eles co-participem também na sua avaliação social e no seu contínuo aperfeiçoamento (*feed-back*), com o que se possibilitará que retornem às fontes legitimadas para a sua produção um fluxo constante de novos dados críticos, até hoje escasso quando não inexistente, com vistas a corrigir e a aprimorar as normas vigentes (*input*).

A CONSTITUIÇÃO SOCIETAL

Por *Constituição societal* pode-se entender a máxima organização possível que pode teoricamente alcançar uma *ordem espontânea* gerada pelos grupos sociais avançados. Parte-se da realidade, de há muito observada pela Antropologia¹⁷ e trabalhada pelos jusfilósofos¹⁸, de que toda sociedade gera suas próprias normas de conduta, mesmo sem que nelas exista um Estado constituído para concentrar e monopolizar a coerção, não é difícil vislumbrar uma projeção sistêmica dessas normas produzindo um quadro coerente de direitos ou de superdireitos intimamente relacionados com cada grupo ou, progressivamente, com segmentos maiores, independentemente da existência do poder político organizado.

Já se cuidou dessa situação aqui mesmo neste ensaio, quando se apreciou a afirmação de que a *Lei da terra*, que era uma herança normativa societal comum aos saxões e normandos, acabou sendo imposta ao poder político organizado de então – o rei – com o sentido de inibi-lo de violar-lhes os antigos direitos e de estabelecer um pacto a ser respeitado, como qualquer outro.

Este tema, da constituição societal, voltou a ser posto em mesa por um distinto sociólogo norte-americano, D. SCIULLI, que, em 1992, publicou um trabalho com o sugestivo título de *Teoria do constitucionalismo social*¹⁹, em que estabelecia premissas que, então, podiam não ser mais que intuições, mas hoje, passados treze anos, se articulam extraordinariamente bem com tendências hoje bem mais consistentes e firmes como a da *globalização*, a da *desestatização*, a da *pluralização das fontes normativas*, a do crescente *consensualismo* nas relações entre as pessoas e o Estado e, não menos importante, o da *progressiva disposição do poder em rede*, um fenômeno que vem substituindo o imemorial modelo cratológico hierarquizado ou em pirâmide.

¹⁷ Efetivamente, desde os primórdios da Antropologia Jurídica, convencionalmente iniciada em 1861, com a publicação da *Ancient Law* de SUMMER MAINE, e que se afirmou como ramo destacado e cultivado por brilhantes etnólogos que sempre encontraram o direito em todas as sociedades, de todas as épocas.

¹⁸ É relevante lembrar a importância do aporte filosófico na construção da chamada *escola de direito histórica*, a qual, em termos puramente epistemológicos, opôs a *cognitio historica* (e, em conseqüência, ao reconhecimento da fonte do direito na evolução das sociedades humanas) à *cognitio rationalis* (e, como decorrência, o reconhecimento da fonte do direito no voluntarismo racionalista).

¹⁹ D. SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism*. Cambridge, Cambridge University Press, 1992, obra matriz, a que se seguiram artigos e separatas sobre o tema.

Indicações do curso dessas tendências aí estão: nas importantíssimas auto-regulações societais incidentes sobre o comércio internacional, as finanças internacionais e a informática, assim como, em manifestações mais antigas, sobre as atividades artísticas e desportivas.

Nada há a estranhar, portanto, que se vislumbre, na confluência futura dessas tendências, uma perspectiva de supranormatização em curso: um fenômeno que teria condições de reiterar, hoje em escala bem maior que no passado, uma geração espontânea de princípios e de regras de conduta para as sociedades globalizadas, em inúmeros temas que os Estados, isolada ou conjuntamente, não apresentam condições de regular ou, se as têm, carecem de instrumentos para impor suas decisões. Tudo funcionando, portanto, como uma “Lei da Terra”, quiçá planetária.²⁰

A CONSTITUIÇÃO SEM ESTADO

Ao se considerar que a Constituição, tal como tradicionalmente definida, contém em si mesma o paradoxo de ser um produto institucionalizado do que hoje se tem como a *sociedade política*, mas que se destina a reger a *totalidade da sociedade civil*, surge a indagação sobre a possibilidade da existência uma *Constituição sem Estado* ou, pelo menos, que não esteja necessariamente centrada em um Estado.

Esse debate foi alimentado pela corrente de internacionalistas, que de há muito trabalham com a possibilidade, ainda mais ambiciosa, de uma *Constituição global* estimulados pelo inegável progresso do conceito de proteção metaestatal dos direitos humanos nos últimos decênios.

Uma segunda idéia-força a nutrir a tese do constitucionalismo sem Estado lança seus fundamentos em outro conceito que emergiu vitorioso dos escombros da Segunda Guerra Mundial e, depois, do Muro de Berlim: trata-se da *democracia*, que também evoluiu, a partir de sua tradicional acepção *formal*, de manifestação eleitoral e censitária voltada à escolha de governantes, para uma acepção acrescidamente *substantiva*, relacionada à escolha de opções de governo e de administração e referenciada à eficiência da atuação governamental. Afinal, se a democracia é mais do que um processo de escolha de agentes políticos, mas se estende a quaisquer relações em que há mandantes e mandatários e em que ela deva funcionar como uma técnica social para alcançar o consenso, ela não está necessariamente ligada ao Estado.

²⁰ GUNTHER TEUBNER tem realizado conferências sobre o tema do constitucionalismo societal, destacando-se a série *Storrs Lectures*, da *Yale School of Law*, no período 2003/2004, que podem ser acessadas pelo *site* da Universidade sob o título *Societal Constitutionalism: Alternatives to State Centered Constitutional Theory*.

Finalmente, uma terceira idéia-força, que encontra no magistério de MASSIMO SEVERO GIANNINI o seu fundamento, nos seus fecundos conceitos de *policracia*²¹, de Estado como organização desagregada²² e de gestão pública híbrida, com administração de direito privado e direção de direito administrativo²³, fundamenta a possibilidade, já hoje menos teórica do que o era em 1988, da dispersão global de centros de poder decisório não-estatais.

Ora, no momento em que se considera o acelerado avanço do fenômeno da *policracia*, não mais confinado a um Estado, mas planetariamente disseminado, forçosamente há que se considerar a emergência de um *sistema normativo* que a discipline juridicamente, obviamente com a mesma natureza: *policrático, ecumênico e não-estatal*. Na mesma linha de raciocínio, chega-se facilmente ao âmago da tese em exame, que é a necessária manifestação de uma Constituição sem Estado, que apresente condições cratológicas de submeter todo esse sistema global a um conjunto de valores jurídicos de vigência universal.

Essas cogitações foram estimuladas com o fenômeno mais importante do constitucionalismo do início deste século XXI: a *Constituição para a Europa*, apresentada ao Conselho Europeu reunido em Salônica em 20 de junho de 2003.

Ora, como desde logo se constata, essa Constituição para a Europa *não cria Estado algum* e, reforçativamente, logo em seu Artigo 1º, deixa expresso que ela não deriva da mera vontade dos Estados, mas, destacadamente, “*nasce da vontade dos cidadãos*” (*sic*), nela já se encontra inequivocamente plantado primeiro exemplo de Constituição que, embora discipline também a convivência entre Estados, está muito mais dirigida a sustentar os *valores comuns das pessoas* que conformam as *comunidades européias unidas*, valores esses, por isso mesmo, destacados no Texto, logo a seguir, em seu Art. 2º, como *Valores da União*.²⁴

O êxito desse precedente influirá, por certo, no desenvolvimento do conceito, notadamente se esse êxito confirmar que a transestatização poderá efetivamente recuperar o papel garantista das Constituições nacionais contra os abusos dos direitos humanos perpetrados não só pelos próprios órgãos dos Estados como por qualquer das demais

²¹ MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Trattato de Diritto Amministrativo*, Pádua, CEDAM, 1988, Vol I, *La Amministrazione Pubblica dello Stato Contemporaneo*, p. 7.

²² *Idem*, *ibidem*, p. 81.

²³ *Idem*, *ibidem*, p. 117.

²⁴ Artigo 2. VALORES DA UNIÃO. A União se funda nos valores do respeito à *dignidade humana*, da *liberdade*, da *democracia*, da *igualdade*, do *estado de direito* e dos respeito aos *direitos humanos*”.

concentrações de poder econômico, social e mesmo o poder militar que hoje povoam o ecúmeno.²⁵

SUPREMACIA UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

O último tema dessas divagações prospectivas toca ao mais auspicioso dos progressos alcançados pelo Direito em sua trajetória multimilenar: o haver desvencilhado dos sistemas jurídicos locais um conjunto de direitos inatos e próprios da pessoa humana, conferindo-lhe supremacia e perenidade.

Como a hipocrisia é o elogio que o vício faz à virtude, o tema dos *direitos humanos* tornou-se um tabu indiscutível, não havendo, por isso, país que não proclame protegê-los, muito à semelhança do que ocorreu com a *democracia* no século XX, em que a magia da palavra invariavelmente servia para encobrir os regimes mais autocráticos e ditatoriais ou até de pretexto para mantê-los e justificá-los.

Na verdade, antes de ser uma vitória do Direito, a entronização dos direitos humanos foi uma vitória da *ética*, como nos expõe com sua habitual clareza RICARDO LOBO TORRES:

*“Os direitos humanos passam a se converter em autênticos direitos morais, no sentido de que encontram na consciência moral, no imperativo categórico e na própria dignidade do homem o seu fundamento. Os direitos humanos deixam de ser “direitos jurídicos”, ainda que a expressão possa ser considerada um pleonasma, para adquirir a sua dimensão ética e axiológica, pois o sistema do direito positivo não pode lhes dar nascimento nem existe um mundo jurídico supra-sensível do qual possam derivar.”*²⁶

Esta é, pois, a *supremacia* que pode mudar o mundo, como lenta mas efetivamente já vem ocorrendo, na medida em que cada vez mais contribui para formar a *consciência moral* das próximas gerações.

²⁵ LUIGI FERRAJOLI, o ilustre Mestre de Filosofia de Direito e Teoria Geral do Direito da Universidade de Camerino, após expor os desafios do debilitamento do papel garantista das constituições nacionais, assim sintetiza a sua visão sobre o tema:

“Frente a esses processos, a única alternativa ao ocaso do Estado de Direito é a promoção de uma integração jurídica e institucional, complemento da integração econômica e política, hoje já irreversível e, portanto, o desenvolvimento de um constitucionalismo sem Estado, à altura dos novos espaços, já não estatais senão que superestatais, aos quais se têm deslocado o poder e as decisões: por um lado, um constitucionalismo europeu e, por outro, um constitucionalismo internacional, idôneos para limitar o absolutismo dos novos poderes.” (Pasado y Futuro del Estado de Derecho, in Neoconstitucionalismo(s), op. cit., p. 24 – nossa tradução e nosso o grifo).

²⁶ RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*, Vol. III, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1999, p. 60.

É com essa dimensão, paradoxalmente *universal* por ser essencialmente *individual*, que esse conceito transcende quaisquer organizações, de qualquer natureza – política, econômica e social – e se faz apanágio comum de todas as sociedades humanas.

Também em razão da própria força imanente dessa idéia é que o constitucionalismo se transmuta para conviver com o metaconstitucionalismo, quiçá, ficando aqui a pergunta com os leitores, em suas formas mutantes apresentadas: do constitucionalismo societal e do constitucionalismo sem Estado.

4. CONCLUSÕES MUITO PROVISÓRIAS

PRINCÍPIOS: A DIMENSÃO EPISTEMOLÓGICA - VERDADE, CERTEZA, PROBABILIDADE E PROVISORIEDADE

Quanto aos *princípios*, ao que tudo indica, retornaram para se reincorporar, pelo menos por um longo tempo, ao Direito, com sua pristina vocação de iluminar conceitos, caminhos e soluções.

A vocação dos *principia* na estruturação da *Filosofia* e, posteriormente, no desenvolvimento da *Ciência*, organizando, sistematizando e harmonizando as leis do ser e do dever ser, sempre foi a de dar consistência ao *Conhecimento*.

Mas no atendimento dessa vocação, o próprio *Conhecimento* passou por sucessivas fases epistemológicas: a da *verdade*, a da *certeza*, a da *probabilidade* e a da *provisoriedade*.

A *verdade* era a busca a que se voltava o *Conhecimento* primitivo: o homem deveria descobrir o transcendental em todas as coisas, inclusive nele próprio, pois somente esta revelação platônica poderia ser tida como segura. O *Conhecimento* era, pois, a *verdade*.

Mas, como a *verdade* nem sempre era alcançada, seja porque falhasse a esperada revelação, seja porque não resistisse à observação ou à experimentação, seja porque não explicasse um grande número de fenômenos, a busca do *Conhecimento* procurou, mais modestamente, se contentar com a *certeza*, para tanto guiada apenas pela razão cartesiana. O *Conhecimento* seria, pois, a *certeza*.

Mas, como a *certeza* nem sempre se mostrasse duradoura, pois o aprimoramento da observação e da experimentação acabava demonstrando que o que pareciam conclusões certas, quase sempre dependiam de outros fatores nem sempre definidos e bem considerados, culminando por aceitar-se a indeterminação do universo heisenberguiano, chegou-se, ainda mais modestamente, à conclusão de que a busca do *Conhecimento* comportava

não mais que a afirmação de *probabilidades*, não havendo como descartar-se cabal e definitivamente nenhuma hipótese, senão dentro de um quadro definido de premissas. O Conhecimento tornava-se, então, *probabilístico*.

Mas, como a *probabilidade* levava a uma grande perda de segurança e, por vezes, à aceitação paradoxal de conclusões antinômicas, como passou a ocorrer com maior evidência e mais frequência na Física moderna, foi necessário um novo exercício de modéstia para conformar-se com a *provisoriedade*. Chegava-se à consideração popperiana, de que todo o Conhecimento tem validade até ser infirmado por uma demonstração que o substituirá por um novo Conhecimento, mas que, em vez de tornar absolutamente inútil o anterior, ao contrário, o mantém, não apenas naquilo que não veio a ser negado, mas como a própria prova de validade do novo conhecimento. O Conhecimento é hoje *provisório* e, destarte, se constrói tanto acima de validades como de invalidades.

Ora, se essas fases podem ser reconhecidas na evolução do *Conhecimento*, com idêntica razão os *princípios*, que o iluminam, também foram, sucessivamente, verdadeiros, certos, prováveis e provisórios, de modo que a conclusão desse exercício não pode ser outra: de que a imanência do que hoje possamos arrolar como *princípios fundamentais*, até mesmo por modéstia epistemológica, depende das próprias circunstâncias histórica e culturalmente consideradas.²⁷

²⁷ Demonstração desse *historicismo* e *culturalismo*, que acompanham o conceito do que seja um *direito fundamental* patenteia-se com nitidez nos dias que correm nos debates que se travam sobre a compatibilização da *Carta de Direitos Fundamentais da União Européia* com as diversas circunstâncias apresentadas pelos países da Comunidade. A propósito, GUY BRAIBANT, na dupla condição de representante da França e de jurista, na Comissão que a redigiu, indagado por jornalistas se a Carta poderia ser adotada por um país islâmico ou, por outro viés, se poderia ser subscrita pelos Estados Unidos da América, averbou brilhantemente: "*Essas questões propõem um grave problema filosófico: os direitos do homem, ou os direitos fundamentais, são verdadeiramente universais?*" e acrescentou "*A resposta, no meu entendimento, não é simples*", dando a seguinte explicação:

"Certos direitos são seguramente universais: aqueles que não se pode derogar em circunstância alguma; eles são por vezes qualificados por uma palavra pouco elegante: "inderrogáveis". É o "núcleo duro" dos direitos. Pode-se assim classificar aqueles que se referem à dignidade e à integridade da pessoa humana, bem como à interdição à tortura ou à escravidão, ou seja, os direitos que figuram no Capítulo I da Carta. O mesmo vale para a igualdade entre os sexos ou ainda para os direitos da criança, que são objeto de uma Convenção internacional específica, bem como os princípios relativos à justiça, em especial ao processo penal. Quanto aos direitos sociais, eles apresentam o valor de princípios, mas a sua atuação varia em função das circunstâncias locais e do nível de riqueza e desenvolvimento dos países." (*La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Paris, Editions du Seuil, 2001, pp. 67 e 68. Nossa tradução e nossos grifos).

CONSTITUIÇÕES: DAS PIRÂMIDES ÀS REDES

E como serão as Constituições em uma sociedade humana ecumenicamente organizada em rede? O conceito de Constituição situada no vértice da pirâmide normativa kelseniana era facilmente visualizável e confortavelmente operável. O mesmo não se pode dizer de um *constitucionalismo em rede*, qualquer que possa ser o conceito que dele se faça: nem facilmente visualizável nem, muito menos, operável nos padrões atuais.

Mas se esse será o modelo que nos reserva o futuro, como, aliás, já está ocorrendo setorialmente em inúmeras atividades humanas, como, destacadamente, as finanças internacionais e a informática, e mesmo com relação às atividades ilícitas, como o terrorismo e a degradação ambiental, como haverá de ser o constitucionalismo que afinal nos garantirá?

E mesmo que se haja resolvido o problema da *disposição* normativa na estrutura de poder em rede, restará o mais grave, da *coerção* normativa que possa ser operada nessa estrutura, pois o certo é que a toda atribuição de poder deverá corresponder um ou mais *controles*, igualmente em rede, exercido por outros poderes. Tudo deve ocorrer como nas redes intratestatais já existentes, ou seja: a cada órgão constitucionalmente autônomo que se crie deve corresponder um *sistema em rede de órgãos de controle*, cada um deles capaz de controlar eficazmente o novo órgão sob qualquer critério que se julgue importante.²⁸

FUNDAMENTOS: CENTRÍPETOS VERSUS CENTRÍFUGOS BATALHAS INGLÓRIAS SEM QUE SE DEFINAM AS CONDIÇÕES DE EFETIVIDADE

Por derradeiro, retornando ao conceito, aqui um pouco relegado, de Constituição, enquanto *carta organizativa de poder atribuído*, resulta que a dignidade ou hierarquia de *fundamental*, que se atribua a qualquer *princípio* nela inserido explícita ou implicitamente, será sempre consentânea com o conceito dominante de concentração de poder.

Ora, em termos de concentração não há alternativa entre um conceito centrípeto, ou de concentração máxima em um órgão central, diluindo-se à medida que os órgãos periféricos dele se afastem, e um conceito centrífugo, ou de desconcentração máxima em órgãos periféricos, rarefazendo-se ao mínimo a atuação do órgão central, em geral por isso reservado não mais que

²⁸ Assim, também, *ad instar*, a instituição de um Banco Central independente para gerenciar o valor da moeda nacional suscitará um quadro de *critérios de controle*, tais como os jurídicos, políticos, econômicos, gerenciais, morais, de qualificação individual e de eficiência, para lembrar alguns, que reclamam outras tantas modalidades setoriais de controle. Essa disposição deverá ser, pois, tipicamente reticulada.

para a coordenação e o controle. Inútil, porém, assumir *a priori* que esta ou aquela solução seja a melhor, como, tampouco, conformar-se por inércia com o modelo histórico.

Portanto, como o conceito buscado de *fundamental* está atrelado ao de concentração necessária de poder para realizá-lo, prioritariamente aos que não sejam assim qualificados, resulta também inútil travar a batalha da concentração ótima para os futuros modelos constitucionais sem que, *primo*, se defina o que é *fundamental*, *secundo*, sem que se estabeleçam prelações entre os princípios que se venha a qualificar como fundamentais em cada sociedade ou, se preferível, relativamente a cada segmento de uma sociedade, e *tertio*, sem que se disponham quais as garantias de *efetividade* desses princípios.

Sem tais cautelas, quaisquer políticas públicas estarão sempre sob o risco de serem, no mínimo, demagógicas, quase sempre de reduzida ou nenhuma eficiência e, na maioria das vezes, imorais.

Essa observação serve aqui à guisa de conclusão: o princípio *que se considere constitucionalmente fundamental*, e tal qualificação há de resultar dessa hierarquização, *só o será efetivamente* na medida em que a própria Carta *contenha as condições político-administrativas de sua efetiva realização*, ou seja, a *efetividade* deve estar nela plenamente garantida e não apenas declarada ou simplesmente deferida ao legislador ou ao administrador público.

Qualquer que seja o modelo constitucional que nos reserve o futuro, a lição que até agora se retira, de mais de dois séculos de constitucionalismo, é que a precariedade de que padecem inúmeras Cartas, que instabiliza regimes e tão injustamente desmerece essa iluminada instituição, tem resultado muito mais de sua *inefetividade* que de qualquer outro motivo, dos tantos que se lhes possam ser apontados.

Teresópolis, outono de 2005.