

A Verdade do Constitucionalismo Clássico Está Superada?

Alexandre Coutinho Pagliarini *

Resumo: Com fulcro nas teorias semióticas acerca dos conceitos de *verdade* e *tempo*, tem o presente texto científico a intenção de fixar doutrina a respeito de uma *nova verdade* referente a um *novo tempo* em que se mostram presentes todos os pressupostos para o desenvolvimento formal do *supranacionalismo constitucional* e da Constituição Supranacional, justificando-se, assim, uma Constituição para a União Européia.

Abstract: Supported by semiotic theories about the concepts of truth and time, the present scientific text has the intention to establish doctrine about a new truth, with reference to a new time, where all the presuppositions for a formal development of the constitutional supranationalism and the Supranational Constitution are present, justifying, thus, a Constitution for the European Union.

Palavras-chave: Tempo e verdade; Constitucionalismo supranacional; Constituição Supranacional; Constituição Européia.

Key-words: Time and truth; Supranational Constitutionalism; Supranational Constitution; European Constitution.

Representantes¹ da doutrina defensora de uma espécie de constitucionalismo clássico, não apegados à *verdade* de que a Europa, para se unir, utilizou-se do único instrumento possibilitador da criação formal de norma para mais de um Estado – o tratado internacional – mostram-se pouco ou nada entusiasmados com a idéia de uma Constituição comunitária para a Europa.

Ilustre pensador de uma corrente que, por suas opiniões cétricas, pode ser considerado, comunitariamente falando, como um *constitucionalista tradicional ou clássico*,

* Doutor e Mestre em Direito do Estado (subárea Direito Constitucional) pela PUC/SP. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da Unibrasil (NUPECONST). alexpagli2000@yahoo.com.br.

¹ Por exemplo: GRIMM. *Una Costituzione per l'Europa*, p. 341 (tradução nossa): “As decisões no âmbito europeu, inclusive as de caráter legiferante, provêm do Executivo. Mesmo depois de sua revalorização pelo tratado de Maastricht, o Parlamento Europeu limita-se no exercício do direito de vetar. Assim, as espécies normativas européias ficam devedoras dos governos nacionais quanto à representação democrática.” E adiciona GRIMM na p. 48: “A Constituição (...) se alimenta de pressupostos sociais que não pode mais garantir.” E na p. 357: “A simples atividade parlamentar não garante, por si só, qualquer estrutura democrática.”

que não aceita o *tratado internacional* como um instrumento de construção democrática e comunitária, Dieter Grimm merece receber críticas aos três comentários constantes na nota abaixo, feitos na obra coletiva organizada por Gustavo Zagrebelsky, Pier Paolo Portinaro e Jörg Luther, intitulada “*O futuro da Constituição*” (*Il futuro della Costituzione*).

Se considerarmos a Carta Magna europeia como um ícone da pós-modernidade, então estaremos promovendo um verdadeiro corte na história, ressuscitando-a e alavancando-a rumo a um novo constitucionalismo. Em cenário assim, o processo de composição doutrinária – numa espécie de diálogo entre o constitucionalismo moderno e o pós-moderno – vem se intensificando. Logo, temos que saber quem é contra o ícone da pós-modernidade (a Constituição Europeia) e quais são alguns de seus argumentos. Gomes Canotilho² aponta como *inimigos* da Constituição Europeia: (i) os Estados Unidos da América, este por medo de perda da hegemonia e desejo de manutenção da unilateralidade que marca a sua atuação; (b) o Reino Unido, dando-se isto por sua tradicional aversão à Constituição escrita; (c) os estatistas hegelianos; (d) os jacobinos franceses; e (d) os comunistas.

Não podemos tentar ler a pós-modernidade com os olhos da modernidade. A UE é a representação máxima da superação da primeira e, *se isto é fato, então não merece* tal conglomerado pós-moderno ser interpretado com a mesma visão e a mesma disposição axiológica que era própria do período compreendido entre 1776 e 1945, ou entre 1789 e 1989.

As construções europeia e da idéia de *povo europeu*³ – e, em consequência deste, de nação europeia: sim, somos a favor do entendimento de que há uma “*nação europeia*” – são realidades hoje, podendo-se afirmar que à UE não restava outra saída: *se* os países europeus desejavam se reconstruir em conjunto, *então* o instrumento foi e tem sido o tratado⁴ que, por sua própria morfologia, é um instrumento dos chefes de Estado e de governo. *Se* a reconstrução econômica dependia de esforços em comum, *então* os países começaram a se juntar; *se* as instituições europeias foram criadas como representação de um contexto comunitário, *então* tal criação só podia se efetivar pela via do tratado; *se* o tratado foi o instrumento que propiciou a criação de um parlamento comunitário, *então* tal parlamento é detentor de uma representação comunitária; *se* os povos da Europa são minimamente cultos, *então* tais pessoas têm ciência do que vem se passando naquele continente, de forma institucional e comunitária, desde 1945, principalmente por ser verdade que todos os tratados comunitários são devidamente

² CANOTILHO. Palestra proferida no Teatro Guaira, em Curitiba, no dia 4.10.2004, sobre a temática “Constitucionalismos e Globalização”, no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, organizado pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

³ Friedrich Müller entende que, por meio da internacionalização dos direitos humanos, a terminologia *povo* ganha dimensões globais: “Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, o ‘povo’ permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade. Por meio da prática dos *human rights* ele se torna, em função normativa, ‘povo de um país’ (‘staatsvolk’) de uma democracia capaz de justificação – e torna-se ao mesmo tempo ‘povo’ enquanto instância de atribuição global.” MÜLLER. F.. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, pp. 63, 64.

⁴ REZEK. *Direito dos Tratados*, pp. 158-253.

publicados e deles se ocupam as mais variadas formas de comunicação social; *se o povo europeu*⁵ tem-se mostrado solidário e multicultural, *então* prova-se existente um substrato social⁶ e humanitário⁷ que justifique uma nova realidade constitucional ou um *novo constitucionalismo*, um *constitucionalismo da pós-modernidade*.⁸

⁵ Para justificar um *poder constituinte do povo*, Friedrich Müller entende que tal terminologia (povo) deve ser parte integrante dos Textos Constitucionais. No caso do Projeto de Tratado Constitucional para a UE, verificamos, no preâmbulo, a existência de expressões correlatas (ou decorrentes). Inaugurado por uma frase de Tucídides, o preâmbulo diz que “A nossa Constituição... chama-se ‘democracia’ porque o poder está nas mãos, não de uma minoria, mas do maior número de cidadãos.” “Inspirando-se nas heranças culturais, religiosas e humanistas da Europa, cujos valores, ainda presentes no seu património, enraizaram na vida da sociedade o papel central da pessoa humana e dos seus direitos invioláveis e inalienáveis, bem como o respeito pelo direito.” “Persuadidos de que os povos da Europa, continuando embora orgulhosos da sua identidade e da sua história nacional, estão decididos a ultrapassar as antigas discórdias e, unidos por laços cada vez mais estreitos, a forjar o seu destino comum.” “Gratos ao membros da Convenção Europeia por terem elaborado a presente Constituição em nome dos cidadãos e dos Estados da Europa.” (grifos nossos). In: MÜLLER, F.. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*, pp. 127, 128.

⁶ HABERMAS. *Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?*, p. 956: “Este cuadro histórico debería hacer más fácil la transición hacia dicha democracia, basada en el reconocimiento mutuo de las diferencias entre culturas nacionales fuertes y orgullosas. Además, los Estados-nación europeos comparten desafíos idénticos, a los cuales se enfrentan actualmente. Esos Estados-nación están todos en proceso de convertirse en países de inmigración y sociedades más o menos multiculturales. Todos están expuestos a los efectos de la mundialización económica y cultural que no hace conscientes de una herencia normativa compartida. Esta nueva conciencia de lo que los europeos tienen en común ha alcanzado una expresión admirable en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Los miembros de lo que se llama la ‘Convención’ han alcanzado un acuerdo sobre ese documento remarcable, en un lapso considerablemente corto.”

⁷ Neste sentido: BOBBIO. *De la ideología democrática a los procedimientos universales*, pp. 309-324. Também LUÑO. *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, p. 201: “(...) legisladores, jurisprudencia constitucional y ciencia jurídica (constitucional) constituyen en Europa un substrato jurídico común indisoluble que contiene elementos del tipo ‘Estado constitucional’, es decir, ante todo respeto a la dignidad humana, democracia pluralista, derechos humanos y libertades fundamentales, Estado de Derecho (imperio de la ley), justicia social, autogestión administrativa a nivel municipal, subsidiariedad, tolerancia y protección de minorías, regionalismo y federalismo. Cuanto mayores sean las variantes de las formas particulares y mayor asimismo el grado de diferenciación y abstracción o, en su caso, de concreción de los principios, tanto más variadas serán las formas en las que se ponga en evidencia la remisión al ‘legado común’ y a los ‘valores ético-espiritual’, pasando por los principios generales del Derecho contenidos en cada uno de las Constituciones hasta alcanzar los *standards* europeos, la homogeneidad conceptual y la categoría de ‘Estado europeo constitucional’.” E MÜLLER, L. T. D.. *Globalización y principio de jurisdicción universal: un estudio de caso*, pp. 859-879. E por fim WEILER. “*Invocatio Dei*” y la *Constitución Española*. Disponível em <http://www.abc.es/servicios_2002>. Acessado em 16.6.2004.

⁸ CANOTILHO ensina que há um constitucionalismo diferenciado do tradicional, que tem como defensores Teubner e Luhmann, chamado de *Constitucionalismo Societal*, que propugna por uma Constituição sem política, ou seja, por uma Carta que não sofra influência alguma do subsistema político. Entende Canotilho que tal *Constitucionalismo Societal* guarda em si a marca do desprezo pela parte organizatória e procedimental da Constituição. Por outro lado, informa o mesmo autor lusitano que há um *Constitucionalismo Supranacional*, tendo este como premissa básica

De fato, a existência da União Européia é a prova do “*declive del Estado-nación*”⁹ e do constitucionalismo que ensajou a positivação das Constituições modernas após a Revolução Francesa.

Após citar Matteucci, Canotilho e Loewenstein, André Ramos Tavares¹⁰ enfatiza a consideração do constitucionalismo como um *movimento*. Identifica Tavares, na história, constitucionalismos no período antigo, na Idade Média e na época *moderna*, em que se passou a sentir uma retomada da concepção constitucionalista, com o seu *revigoramento* e o *desenvolvimento de novos ideais*. Este constitucionalismo moderno, que também pode ser chamado de clássico, apresenta, para Nicola Matteucci,¹¹ base que não era verificável nos outros constitucionalismos: a eficaz primazia da lei.

A *verdade* de um constitucionalismo aplica-se ao seu *tempo* e ao seu *espaço*; e os constitucionalismos se sucedem e renovam-se... Nesta linha, se se considerar que a Constituição moderna foi fruto do vencimento do constitucionalismo da Idade Média, ou seja, que ela passou a ser a representação textual da *verdade* de seu *tempo*, o período a ser sucedido contemporaneamente é o próprio constitucionalismo moderno, pelo pós-moderno.

Para Jorge Miranda,¹² o constitucionalismo moderno é o responsável por um novo Estado, com peculiaridades próprias referentes ao mesmo período, ressaltando a consolidação do Estado nacional, laico e soberano, e sua tipicidade europeia.

transferência do paradigma da Constituição nacional, sendo tal *Constitucionalismo Supranacional* uma resposta ao *Societal* de Teubner e Luhmann. Aponta Canotilho que o *C. Societal*, apesar de desprezar a política, utiliza-se de sua roupagem. In: CANOTILHO. Palestra proferida no Teatro Guaíra, em Curitiba, no dia 4.10.2004, sobre a temática “Constitucionalismos e Globalização”, no *VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, organizado pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

⁹ TORAINE. *La Séparation de l’Etat et de la nation*, p. 22.

¹⁰ TAVARES. *Curso de Direito Constitucional*, p. 2: “Fica absolutamente nítida, pois, a apresentação do constitucionalismo como movimento que, embora de grande alcance jurídico, apresenta feições sociológicas inegáveis. O aspecto jurídico revela-se pela pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes – a Constituição. O aspecto sociológico está na movimentação social que confere a base de sustentação dessa limitação do poder, impedindo que os governantes passem a fazer valer seus próprios interesses e regras na condução do Estado.”

¹¹ MATTEUCCI. *Manual de Direito Constitucional*, p. 124: “O princípio da primazia da lei, a afirmação de que todo poder político tem de ser legalmente limitado, é a maior contribuição da Idade Média para a história do Constitucionalismo. Contudo, na Idade Média, ele foi um simples princípio, muitas vezes pouco eficaz, porque faltava um instituto legítimo que controlasse, baseando-se no direito, o exercício do poder político e garantisse aos cidadãos o respeito à lei por parte dos órgãos do Governo. A descoberta e aplicação concreta desses meios é própria, pelo contrário, do Constitucionalismo moderno.”

¹² MIRANDA. *Teoria do Estado e da Constituição*, pp. 32, 33: “E com o constitucionalismo todo o Estado ficará envolvido por regras e processos jurídicos estritos. (...) O Estado moderno de tipo europeu, para lá das características globais de qualquer Estado, apresenta, porém, ainda características muito próprias:

- *Estado nacional*: o Estado tende a corresponder a uma nação ou comunidade histórica de cultura; o factor de unificação política deixa, assim, de ser a religião, a raça, a ocupação bélica ou a vizinhança para passar a ser uma afinidade de índole nova;

- *Secularização ou laicidade*: porque – por influxo do Cristianismo e ao contrário do que sucede com o Estado islâmico – o temporal e o espiritual se afirmam esferas distintas e a comunidade já

Ícone da *modernidade* é a Constituição dos Estados Unidos da América. Mas o constitucionalismo moderno também se estende aos domínios europeus, pois foi nos países deste continente que ocorreram as lutas internas contra os absolutismos locais, lutas estas assentadas no iluminismo, no racionalismo e no individualismo, “ismos” estes que, pela mesma estrada, dirigiam os Estados de regime absolutista rumo a metas constitucionais comuns: (i) a racionalização do exercício do poder e a estruturação das instituições estatais; (ii) a proclamação e a garantia dos “Direitos Individuais”. A diferença entre europeus e norte-americanos, tomando como exemplo europeu a França, foi que neste país, devido à opressão do regime absolutista, primeiro se preocuparam em proclamar os Direitos do Homem e do Cidadão, numa cunhagem eminentemente individualista-burguesa. Nos Estados Unidos, a idéia inicial foi a de Constituição propriamente dita, para fundamentalmente positivar as bases institucionais mínimas do projeto unionista das treze antigas colônias britânicas da América do Norte. Logo, a idéia estruturante foi muito mais americana do que francesa, e isto é válido tanto para a primeira quanto para a segunda Constituição dos EUA.¹³

Neste artigo científico se discute se a verdade do constitucionalismo clássico estaria superada por uma outra verdade, a de um constitucionalismo pós-moderno. A resposta ainda não pode ser dada, pois, por constitucionalismo moderno não podemos entender somente aquele que estruturou o Estado de Direito (aquele que se submeteria

não tem por base a religião, o poder político não prossegue fins religiosos e os sacerdotes deixam de ser agentes do seu exercício.

- *Soberania*: ou poder supremo e aparentemente ilimitado, dando ao Estado não só capacidade para vencer as resistências internas à sua acção como para afirmar a sua independência em relação aos outros Estados (pois trata-se agora de Estado que, ao invés dos anteriores, tem de coexistir com outros Estados). Em suma, a ordem estatal revela-se, doravante, como um projecto racional de humanidade em volta do próprio destino terreno.

Como tem sido observado, no mundo antigo, os Estados dividiam-se em duas categorias: os impérios – grandes, mas deficientemente integrados; e unidades pequenas, mas com elevado grau de coesão – as Cidades-Estados. Os Estados europeus combinariam, em certa medida, as virtudes dos impérios e das Cidades-Estados. Seriam suficientemente vastos, mas conseguiriam envolver no processo político uma boa parte dos seus habitantes e criar um certo sentimento de identidade comum.”

¹³ TOCQUEVILLE. *A democracia na América. Leis e costumes*, livro I, p. 129: “Quando a insuficiência da primeira Constituição Federal se fez sentir, a efervescência das paixões políticas que fizera nascer a revolução estava em parte aplacada, e todos os grandes homens que ela criara ainda existiam. Foi uma dupla felicidade para a América. A assembléa pouco numerosa que se encarregou de redigir a segunda Constituição continha os mais belos espíritos e os mais nobres caracteres que apareceram no Novo Mundo. George Washington a presidia. Essa comissão nacional, após longas e maduras deliberações, ofereceu enfim à adoção do povo o corpo de leis orgânicas que ainda hoje rege a União. Todos os Estados o adotaram sucessivamente. O novo governo federal assumiu suas funções em 1789, após dois anos de interregno. A revolução da América acabou, pois, precisamente no momento em que começava a nossa. *Panorama sumário da Constituição Federal* - Divisão de poderes entre a soberania federal e a dos Estados. – O governo dos Estados fica sendo o direito comum; – o governo federal, a excepção.”

à “*rule of law*”), sendo disto que Canotilho¹⁴ dá conta quando disserta sobre a *soberania popular* e, conseqüentemente, sobre *democracia*.

Seguindo os passos de Gomes Canotilho, devemos dizer que uma coisa é estruturar o Estado e garantir os *Direitos Individuais*. Outra coisa é dispor sobre o exercício do poder político pelo povo-eleitor, isto é, sobre a *soberania popular*. Nesta esteira, é certo falar que a Carta moderna se produziu a partir da crença de que, além de o Estado ter que ser racionalmente estruturado e além de se ter que proclamar e garantir os *Direitos Individuais*, tudo deveria se efetivar num universo em que estivesse legitimado o exercício da representação e do poder político: isto quer dizer *democracia, soberania popular, direta e/ou indireta*. Neste sentido, são duvidosas as Constituições que, no decorrer do século XX, legitimaram regimes ditatoriais de governos os quais, de algum modo, com menor ou maior intensidade, afastaram o povo da capacidade de fazer parte da criação da vontade política do Estado e no Estado. Com isso, é certo incluir os Direitos Políticos no rol das *Liberdades Públicas*. Por conseguinte, não é exagero classificar as “*constituições outorgadas*”¹⁵ por ditadores como verdadeiras fraudes à modernidade pois, se por um lado é verdade que tais Constituições estruturavam o Estado, não é igualmente verdadeiro que elas tenham garantido *liberdades públicas*: assim sendo, não tendo havido, durante os regimes ditatoriais, o pleno exercício de Direitos referentes à pessoa humana e à cidadania, então não se verificou, num espectro pleno, o exercício da democracia. Exemplos de tais “*constituições*” foram a da União Soviética e aquela que justificava a rotatividade militar no poder brasileiro, entre os anos de 1964 e 1985 (“*constituição*” de 1967-1969).

O foco principal do presente texto é dar resposta às seguintes dúvidas: (i) é possível que uma Constituição seja supranacional e, assim, possa estruturar uma comunidade supranacional e faça suas normas incidir sobre os ordenamentos de Estados soberanos membros da referida comunidade? E se isto for verdade, (ii) estaria, então, o constitucionalismo clássico superado? Para responder, é aqui defendido que a Constituição supranacional seria um ícone da pós-modernidade, a representação de uma verdadeira *passagem de eras*. Tal *passagem de eras* não dá ao leitor o direito de crer que a Constituição

¹⁴ CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 100: “O Estado constitucional é ‘mais’ do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legitimação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. O Estado ‘impolítico’ do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*.”

¹⁵ Tais “*constituições*” nem merecem a regalia de, na escrita, serem iniciadas pela letra “C” maiúscula.

Social teria representado a mesma passagem de eras, diante do fato de ter inserido no corpo das Cartas, não só as antigas e já conquistadas liberdades e Direitos Individuais ou de cunhagem burguesa, mas também Direitos Sociais referentes ao trabalho, à saúde e educação públicas, etc. Na realidade, a Constituição Social (do Estado-providência) é simplesmente a segunda página do constitucionalismo moderno ou da Carta moderna, pois se refere ao mesmo contexto de Estado Democrático de Direito, com a inclusão do social, ficando assim: *Estado Democrático Nacional e Social de Direito*.

Passa então a modernidade a ter a seguinte configuração constitucional: *Estado regrado*, quer dizer, obediente à “*rule of law*” + *Estado democrático*, o da soberania popular direta e/ou indireta + *Estado-nação*, aquele possuidor de uma Carta, referente a um povo (com peculiaridades, *coincidências* em comum), um território e uma soberania + *Estado dos Direitos Fundamentais* (Individuais mais Sociais) = *Estado-Nação Democrático de Direito e de Direitos Fundamentais*.

A palavra *nação*¹⁶ pode representar um complicador na *fórmula* do parágrafo anterior, razão pela qual é bom escrever algumas linhas sobre ela, a partir da verdade de que os parlamentos do antigo regime adotam um tom crítico definindo-se como “os intérpretes da nação perante o rei”, ficando claro que são os primeiros a conferir um sentido político, até jurídico, ao termo “nação”, e que prenunciam o entusiasmo com que a burguesia acolherá essa mutação semântica. Desse modo, prepararam a primeira figura da idéia nacional. Ela se desenha, na filosofia do Iluminismo francês, como o resultado de uma racionalização do Direito Político. Os esclarecidos do século XVIII acreditam na legitimidade do Estado racional, que exprime a vontade soberana do corpo político edificado pelo contrato num procedimento matemático. Esse esquema geral é o que Sieyès, herdeiro de Rousseau sem ser adepto de suas teorias, desenvolveu ao estabelecer a equação do Estado e da nação; chega-se à paternidade do que Habermas denomina “*o patriotismo constitucional*”.

Jürgen Habermas¹⁷ faz interessantes considerações acerca do *Estado construído sobre a administração, estabelecido a partir do século XVII*, correlacionando os momentos culminantes do *Estado Nacional e do Estado Social*,

¹⁶ BURDEAU et alii. *Manuel de Droit Constitutionnel*, p. 25: “(...) la nation trouve son origine dans un sentiment attaché aux fibres les plus intimes de notre être: le sentiment d’une solidarité qui unit les individus dans leur volonté de vivre ensemble. Sans doute les éléments déterminateurs de ce sentiment sont divers: la race, la langue, la religion, les souvenirs communs, l’habitat: mais, quelle que soit leur influence, on doit comprendre que la nation relève plus de l’esprit que de la chair. Le facteur plus efficace de cette solidarité des individus d’où procède la communauté nationale, c’est la représentation qu’ils se font du but social. Évidemment les traditions, le souvenir des épreuves communes jouent un rôle important. Mais si les membres du group y sont à ce point attachés, c’est moins par le passé qu’ils évoquent que par les promesses qu’ils portent quant à l’avenir. La nation, c’est continuer à être ce que l’on a été; c’est donc, même à travers l’attachement au passé, une représentation du futur.”

¹⁷ HABERMAS. *Era das transições*, pp. 105,106: “O Estado construído sobre a administração, que se estabeleceu a partir do século XVII, tendo como base a separação funcional entre poder público e sociedade civil (inicialmente como Estado de imposto e, posteriormente, como Estado de direito), consegue satisfazer a exigência pragmática da eficácia política. A exigência da identidade

concluindo que o Estado Nacional, ao final do século XIX, conseguiu impor um simbolismo cultural do novo cidadão republicano, necessariamente mais solidário e mais participativo, qualidades estas que se completaram, um pouco mais tarde, com as benesses trazidas pelo *Estado Social* depois da segunda metade do século XX.

O envolvimento dos indivíduos nacionais num projeto comunitário é necessariamente precedido pelo Estado-nação, e podemos dizer, inclusive, que a conquista dos Direitos Sociais nas Constituições nacionais intensificou tal idéia de comunidade, internamente falando. Isto pode parecer paradoxal sob a consideração de que a Carta Magna é uma conquista burguesa da modernidade. Sim, é uma conquista burguesa, sem no entanto ter deixado a porta fechada para que passasse a agir a *nação*, que definimos, a partir dos estudos do psicanalista suíço Carl Gustav Jung,¹⁸ como uma “*psique coletiva*”. O projeto unionista europeu e, mais especificamente falando, a Constituição Européia resulta de uma semelhança cultural que os povos envolvidos neste projeto garimparam e formataram ao longo dos tempos. Portanto, não é errôneo correlacionar a Constituição Européia com as Constituições nacionais, nem a idéia de povo europeu com a realidade dos povos dos países da Europa. É verificável uma *simbiose* de influências entre os valores e princípios dos povos dos países membros da UE e da própria UE como projeto comunitário. Desse modo, esses valores europeus têm inspirado as Constituições nacionais, *assim como estas fazem o mesmo em relação ao constitucionalismo europeu*; é neste sentido que opina Susan Millns.¹⁹

Os contornos do Estado moderno se assentam sob as bases político-filosóficas do individualismo, do racionalismo, do liberalismo político e econômico e na chegada da burguesia ao poder. Conseqüentemente, a Constituição moderna é produto deste amálgama de “*ismos*”, sendo válido dizer o mesmo para o Estado moderno.

do sujeito coletivo da possível autodeterminação e auto-influenciação é preenchida pelo Estado territorial soberano do clássico direito dos povos, que fixa a nação e a ordem do poder, tomando como referência as fronteiras de uma área soberana controlada militarmente. É o Estado *nacional* que, desde o final do século XIX, produz uma forma abstrata de solidariedade entre estranhos, mediante o simbolismo cultural do povo e mediante o estatuto republicano do cidadão, que satisfaz a exigência de participação de seus membros. Finalmente, é o Estado *social* da segunda metade do século XX que atenderá à exigência de remodelação política das condições de vida da sociedade, no contexto de um crescimento econômico acelerado, que assegura um valor mais ou menos equitativo aos direitos dos cidadãos.”

¹⁸ JUNG. *Sincronicidade*, p. 3.

¹⁹ MILLNS. “National Constitutions in the light of the values, principles and objectives of the Constitution for Europe”, in ZILLER, *The Europeanisation of Constitutional Law in the light of the Constitution for Europe*, p. 99: “The debate on common European constitutional values reflects very well the symbiotic relationship which has emerged over the past half century between national and European constitutional systems that feed off one another in a constant political and judicial dialogue and exchange of legal concepts, principles and norms. The relationship is evident in the context of the discussion of common values in two ways. First, the values, principles and objectives which are being articulated at the European level are largely *inspired by* the traditions of member states and so could be said to flow from the national to the European public spheres. Secondly, assuming that not all national constitutional values are replicated in an identical manner at the EU level, the process of consolidation of these values in Europe then is set to *impact upon* national constitutions.”

A influência europeia na construção do Estado moderno foi e tem-se mostrado decisiva. A Inglaterra, de modo precoce e isolado, viu os barões forçando o rei João Sem Terra a assinar a *Magna Charta Libertatum* em 1215. A precocidade da Inglaterra chamou a atenção dos autores continentais, influenciando-os de algum modo.

Deu-se, na Alemanha, a Reforma Protestante e começou-se a clamar pela liberdade religiosa. A liberdade de comércio já se impunha, pois o *tempo* era de tirar proveito dos frutos das “descobertas” ultramarinas. A soberania real, então, já não podia mais ser considerada como a justificativa da união estatal: passou a ser *tempo* de uma outra soberania, a do povo, concepção esta abrilhantada pelo pensamento francês que adicionou ao conceito de povo a crença de que, para o exercício do *poder supremo*, não bastava um conglomerado de indivíduos sobre o mesmo território e sob o mesmo governo. Estes indivíduos deveriam guardar entre si uma espécie de *identidade* no sentido de poderem, em conjunto, expressar-se melhor: estava posto o substrato para a definição gaulesa de *nação* e, em consequência, para que a idéia de *Estado-nação*²⁰ se desenvolvesse pragmaticamente. E vieram a Revolução Francesa e Napoleão.

²⁰ Soberania, antes de tudo, significa *delimitação*. Destarte, o exercício da soberania, numa contextualização interna, fica melhor definido numa *polis* que se mostre como *Estado-nação*. Assim, delimitam-se as competências do *Estado-nação* dentro de seus contornos territoriais, exclusivamente. Por esta razão, passamos a poder definir soberania como uma espécie de poder maior, dentro de um território, e como uma marca de *independência* perante a comunidade internacional. *Independência* esta que, a partir de certo momento, torna-se verdadeiro instrumento de desestabilização internacional. Leia-se acerca desta situação paradoxal que estamos a expor também em: FERRAJOLI. *A soberania no mundo moderno*, pp. 34,35: “(...) entre o século XIX e a primeira metade do século XX, desenrola-se essa série singular de eventos político-institucionais: o *Estado-nacional e liberal-democrático* que vem se afirmando na Europa, enquanto internamente outorga para si um ordenamento complexo, fundado em princípio na limitação dos poderes do soberano e na sua sujeição à lei (nos moldes do Estado liberal de direito) e, em seguida, na representação e na participação popular (nos moldes da democracia representativa), liberta-se definitivamente, nas relações externas com os demais Estados, de qualquer vínculo e freio jurídico. Os dois processos são simultâneos e paradoxalmente conexos. O Estado de direito, internamente, e o Estado absoluto, externamente, crescem juntos como os dois lados da mesma moeda. Quanto mais se limita – e, através de seus próprios limites, se autolegitima – a soberania interna, tanto mais se absolutiza e se legitima, em relação aos outros Estados e sobretudo em relação ao mundo “incivil”, a soberania externa. Quanto mais o Estado de natureza é superado internamente, tanto mais é reproduzido e desenvolvido externamente. E, quanto mais o Estado se juridiciza como ordenamento, tanto mais se afirma como entidade auto-suficiente, identificando-se com o direito mas, ao mesmo tempo, hipostasiando-se como sujeito não-relacionado e *legibus solutus*”. Jürgen Habermas, por sua vez, define Estado-nação, basicamente, como sendo a maior formação social até aqui conhecida, centrada na gênese artificial da consciência nacional, tratando-se, portanto, de uma abstração: “(...) l’État-nation est la ‘formation social la plus grande que l’on connaisse jusqu’ici, qui ait su rendre acceptables les sacrifices liés à la redistribution’. Or, la gênese artificielle de la conscience nationale ne milite guère en faveur de l’hypothèse défaitiste selon laquelle la solidarité civique ne peut être instantanée qu’à l’intérieur des frontières d’une nation. Si cette forme d’identité collective s’affirme sous l’effet d’un mouvement d’abstraction aux multiples conséquences, allant de la conscience locale et dynastique à la conscience nationale et démocratique, pourquoi un tel processus d’apprentissage n’aurait-il pas des prolongements?” In HABERMAS. *Après l’État-nation*, p. 109. Hans Kelsen, em 1920, já dava o seu recado sobre a superação do dogma da soberania: “Com

Na mesma Europa, a insuficiência da política burguesa provocou a explosão de revoltas socializantes e, a partir delas, os Estados europeus passaram a fazer constar em suas Cartas Magnas não só Direitos de cunho individualista, mas também os sociais.

Duas guerras devastaram o continente, fora a quebra havida em virtude do “*Crash*” da Bolsa de Nova York. Desfigurados, humilhados e empobrecidos, os próprios países europeus desejaram fazer com que o Estado-nação tomasse uma feição mais agressiva e propiciasse aos seus cidadãos maior expectativa de bem-estar: foi na Europa que se delineou o *Estado do Bem-Estar Social*.

No decorrer de tantas conquistas e desgostos, cada um dos países fundadores da *Europa dos Quinze* foi inserindo, em suas Constituições, com muita similaridade, um vastíssimo espectro de Direitos de primeira, segunda e terceira gerações (ou *dimensões*, como prefere André Ramos Tavares).

Concomitantemente aos governos seguidores do modelo “*bem-estar social*”, os países europeus dotaram-se de uma vontade unionista jamais vista, marcada pela eficiência, não pelo derramamento de sangue. Encontrou-se a Europa, então, no ano de 1989, quando caiu a bipolaridade junto com o Muro de Berlim e o posterior colapso do Império Soviético. A globalização, por isso, foi marcada pelo unilateralismo dos EUA, mas mesmo assim a perspectiva unionista européia não se atolou; pelo contrário, intensificou-se, não somente na perspectiva econômica de fazer frente à única potência econômica mundial, mas sobretudo tocando adiante e intensificando, pela via política, um projeto unionista assentado numa base cultural eminentemente européia, por isto: *supranacional*. E a base jurídica para isso era confirmada, em reiteradas decisões, pela Corte de Justiça das Comunidades Européias.²¹

Uma pergunta a ser respondida era: *a verdade do constitucionalismo clássico está superada?*

A resposta é positiva, mas que não sirva para a suposição de que a Constituição nacional deva ser rasgada ou que o constitucionalismo moderno passe a ser taxado como nefasto ou inexistente; tanto isto é verdade que os países-membros da UE não

superação do dogma da soberania dos Estados singulares afirmar-se-á uma *civitas maxima*, um *ordenamento de direito internacional* ou melhor, *mundial*, que será objetivo, independentemente de qualquer reconhecimento e superior aos estados singulares.” KELSEN. “Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre”, Reimpr. da 2. ed. Aalen, Scientia Verlag, 1981, par. 65, p. 320, in BONAVIDES. *Revista latino-americana de estudos Constitucionais*, p. 142.

²¹ Apesar de haver editado obra crítica à Constituição Européia, considerando-a prematura, Ricardo Miguel Llopis Carrasco arrola neste seu livro inúmeros julgados da CJCE confirmando a existência, não só de um Direito Comunitário europeu superior aos dos países membros, mas de um verdadeiro constitucionalismo supranacional. CARRASCO. *Constitución Europea: un concepto prematuro – Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto de Carta Constitucional básica*, p. 269. No mesmo sentido, também crítico, mas sabedor da existência de um *constitucionalismo europeu*, esta obra deste autor lusitano: PITTA E CUNHA. *A Constituição Europeia. Um olhar crítico sobre o projecto*, p. 83.

terão as suas Constituições caseiras extintas pela *Supranacional Européia*. O que devemos considerar é o seguinte: (i) os tempos são outros e as condições não mais persistem como se encontravam em 1776, 1789 ou 1989; (ii) há realidades regionais que intensificam, de forma sofisticada, os processos de comunitarização, como a UE e o Mercosul, sendo a primeira o melhor exemplo; (iii) *se* na Europa o ambiente é propício à constitucionalização, *então é verdade que lá se pode positivar uma Constituição, sendo, outrossim, verdadeiro que, para a realidade sociopolítico-econômica européia, o constitucionalismo moderno está superado*; (iv) o constitucionalismo moderno ainda pode ter muito que oferecer no contexto interno dos Estados em desenvolvimento, mas, mesmo assim, considerando que o mundo está globalizado, o novo constitucionalismo também é fonte para as verdades constitucionais desses Estados.

Verdade e tempo... expressões utilizadas com alguma freqüência no presente texto. Se é verdade que, para o caso da Europa, o constitucionalismo clássico deve ter as suas bases abaladas, então seria o presente momento o *tempo* de um novo constitucionalismo, o supranacional? A resposta é *sim!*

Nada impede que uma Carta Política, em vez de reger um povo, um território e um governo, estructure uma comunidade política de 25 povos, 25 territórios e 25 governos. Do mesmo modo, assim como não há empecilho ao Estado para, através de sua Constituição, proclamar e garantir os Direitos Fundamentais, tampouco há empecilhos para que uma instituição supranacional, como a UE, representando a inclusão de 25 Estados e povos, proclame e garanta, pela via *constitucional-comunitária*, Direitos Fundamentais em seu nome próprio (em nome da UE como unidade política comunitária), de tal forma que vinculará obrigatoriamente 25 povos, 25 territórios e 25 governos. Para compreender isso basta que, ao estudar o projeto de Carta Magna para a Europa, não o façamos com as lentes oftamológicas do passado, mas com os olhos do presente pós-nacional ou supranacional.

Não poderíamos afirmar o que foi escrito nos parágrafos anteriores se o projeto unionista europeu se limitasse a inserções econômicas. Definitivamente, tal proposta de Constituição não parte do princípio econômico; sua base é político-jurídica.

É a Constituição Européia um instrumento político porque estrutura uma comunidade política chamada União Européia; é também documento jurídico porque se postará no topo de uma nova pirâmide unida politicamente chamada União Européia, tornando-se assim o substrato de validade dos ordenamentos jurídicos parciais. E para aquele que, com a leitura do presente texto, imaginar que defendemos a tese de um “super-Estado europeu”²² ou de uma federação européia, apesar de haver doutrina a favor disto, adiantamos: neste texto não defendemos posição a favor de que se estaria formando uma federação, nem um “super-Estado”. Entendemos que a União Européia se assemelha ora a uma federação, ora a uma confederação. Todavia, achamos

²² MANCINI, F. “Argomenti per uno stato europeo”, in *Sociologia del Diritto*, n° 1, 1998. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/direitocomunitariorevistasest.html> Acessado em 17.9.2004.

melhor que ela ainda seja considerada como algo *sem nome*²³ definitivo, tamanha representa a novidade de 25 países, tradicionais e antigos que, sem guerrear, conseguiram praticar a união, abrindo mão, de forma serena e madura, de grossas partes de suas “soberanias”, estando os seus cidadãos nacionais devidamente integrados à causa unionista, apesar de não serem os indivíduos *sujeitos de Direito Internacional Público*²⁴ e de terem sido os governos os responsáveis pela formação do bloco pelo instrumento do tratado internacional.

Sendo o mundo outro daquele de 1789, 1945 ou 1989, outras *verdades* foram adicionadas àquelas. *O constitucionalismo do Estado nacional, mas continua a ser constitucionalismo* e pretende mostrar-se como tal sobre as bases daquilo que Habermas denominou *cosmopolitanismo*²⁵ *solidário*, fator este que não é objetado pela voracidade do processo de globalização econômica. Pelo contrário: a Constituição supranacional não tenciona superar o constitucionalismo, mas somente as *verdades* dos tempos modernos pós-1789. Se, por um lado, não podemos negar o impulso inicial econômico do projeto unionista europeu, no momento atual o impulso econômico fica em segundo plano, pois ninguém duvida que há entre os povos europeus um substrato cultural similar vindo do greco-romanismo, do judaico-cristianismo, da economia liberal e da cultura do bem-estar *social* do Estado-providência, características estas que influenciaram os cidadãos dos países membros da UE em suas línguas, suas arquiteturas, seus credos, e acima de tudo, em sua capacidade mínima de querer participar e repartir solidariamente.

A nova *verdade* é esta: é *tempo* de Constituição supranacional; é *tempo de Constituição Européia*.

²³ Na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, a União Européia já foi classificada como “OPNI – Objeto Político Não Identificado”: VASCONCELOS. *A bela e o monstro: paradoxos do constitucionalismo europeu*, p. 2. Working paper 4/01.

²⁴ Os cidadãos europeus não participaram diretamente do processo de construção continental, mas suas participações indiretas se confirmam quando se verifica que os mesmos têm se submetido, pacificamente, às normas comunitárias e a um dinheiro comunitário, fora o fato de que os tratados europeus foram submetidos aos parlamentos nacionais, onde se encontra representação popular diretamente eleita, tendo havido mesmo alguns referendos populares através dos quais o povo se manifestou acerca do projeto comunitário para a Europa.

²⁵ CANOTILHO acha possível a defesa da tese de Habermas, a do *cosmopolitanismo*. Todavia, entende-a utópica e prefere a tese do *Constitucionalismo Supranacional*, achando-o possível no caso da União Européia. In CANOTILHO. Aula proferida sobre o tema “*Direitos fundamentais*” na Academia Brasileira de Direito Constitucional, na sede desta, em Curitiba-PR, na manhã do dia 5.10.2004.