

## UMA TEORIA SOBRE A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Ives Gandra da Silva Martins

*Professor*

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<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 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 regredir 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).

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<sup>2</sup>.

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 predominância 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.

<sup>2</sup> 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— 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).

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 3ª e 4ª. 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 poder<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> 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 descartar 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 descartar 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.

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 desenvolvimrnto 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 Euro-

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).

peu, 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<sup>4</sup>.

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.

<sup>4</sup> 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 Européia, assegurando a continuidade do acervo comunitário,
- GRATOS aos membros da Convenção Européia por terem elaborado o projecto da presente Constituição, em nome dos cidadãos e dos Estados da Europa, designaram ...”.

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 prevaletentes, das técnicas que introduz de interpretação da legislação decorrencial, da supremacia de suas normas, sempre, todavia, o elemento jurídico sendo o prevaletente<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> 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.

Sucedee, 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).

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 americano<sup>6</sup>.

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.

<sup>6</sup> 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).

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 decorréncias, 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<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Escrevi: “A essência da lei natural moral, como afirma Messner, é dirigir o homem para a plenitude de sua natureza, o que vale dizer, para o seu verdadeiro ser.

Não sendo a conduta moral para ele uma necessidade fatal, mas decorrência de sua autodenominação, pode, evidentemente, no convívio social, ordenar-se ou para a sua plena realização ou para sua gradual corrupção e extermínio.

Muito embora o livre exercício de sua vontade não decorra de uma tendência irreversível, há algo que se vincula à tendência de buscar essa plenitude e que o homem experimenta como imperativo de consciência,

Na teoria do direito constitucional moderno, todas as reflexões realizadas – como já era no passado – são decorrenciais 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, vigerá, 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<sup>8</sup>.

de tal maneira que, quando age contra esta, há um período em que sente tal violação. Mesmo quando o hábito de violentar a consciência a amortece, fazendo-a perder a sensibilidade, essa necessidade subsiste independente dos aspectos positivos ou negativos que a vão afetar. Kant afirma que “a consciência de uma livre submissão a não-violação à lei” liga-se “a uma coação inevitável”.

Messner, por essa razão, considera que tal necessidade é “simultaneamente condicional e condicionada”, porque depende da mesma forma da autodeterminação e da procura da plenitude da natureza. Para mostrar que a plenitude da natureza não tolera senão um agir conforme a lei natural, mostra como basta um homem infringir a lei natural para perder sua plenitude e agir de uma maneira infra-humana .

Por isso, a necessidade da consciência, como imanente, é uma necessidade de dever-ser e não de coação, de tal maneira que a deontologia vincula, por consequência, o homem à lei natural-moral. E, portanto, a lei natural-moral um imperativo da natureza” (Teoria da Imposição Tributária, 2ª. ed., LTR, 1998, p. 385/6).

<sup>8</sup> 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).

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 europeia, 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 enunciativas 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<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Karl Loewenstein lembra que: “Llegado a este punto, nuestro análisis del fenómeno del poder se ve confrontado con un hecho psicológico fundamental. Es evidente, y numerosas son las pruebas de ello, que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede. Rara vez, por no decir nunca, ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y comedimiento. El poder lleva en sí mismo un estigma, y sólo los santos entre los detentadores del poder —y dónde se pueden encontrar?— serían capaces de resistir a la tentación de abusar del poder. En nuestra exposición ha sido hasta ahora usado el concepto «poder» para designar un elemento objetivo del acontecer político sin ninguna cualificación ética; sin embargo, el poder incontrolado es, por su propia naturaleza, malo. El poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración. Esto quiere decir que cuando no está limitado, el poder se transforma en tiranía y en arbitrario despotismo. De ahí que el poder sin control adquiera un acento moral negativo que revela lo demoníaco en el elemento del poder y lo patológico en el proceso del poder. De esta doble faz del poder fue plenamente consciente Aristóteles cuando enfrentó las formas «puras» de gobierno a las formas «degeneradas»: las primeras están destinadas a servir al bien común de los destinatarios del poder; las segundas, al egoísta interés de los detentadores del poder. El famoso —frecuentemente mal citado— epigrama de lord Acton hace patente de manera aguda el elemento patológico inherente a todo proceso del poder: «Power tends to corrupt absolute power tends to corrupt absolutely». El poder tiende a corromper y el poder absoluto tiende a corromperse absolutamente” (Teoría de la Constitución, Ariel Derecho, Barcelona, 1986, p. 28/29).