

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**O TEMPO DAS RECONFIGURAÇÕES DO  
CONSTITUCIONALISMO:  
Os desafios para uma cultura cosmopolita**

**TESE DE DOUTORADO**

**Valéria Ribas do Nascimento**

**São Leopoldo, RS, Brasil  
2010**

**O TEMPO DAS RECONFIGURAÇÕES DO  
CONSTITUCIONALISMO:  
Os desafios para uma cultura cosmopolita**

**por**

**Valéria Ribas do Nascimento**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito  
na Área de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos  
como requisito parcial para a obtenção do grau de **Doutor(a) em Direito**

Orientador: Dr. José Luis Bolzan de Moraes

São Leopoldo, RS, Brasil

2010

### Ficha Catalográfica

N244t Nascimento, Valéria Ribas do  
O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita / por Valéria Ribas do Nascimento. – 2010.  
320 f. ; 30cm.

Tese (doutorado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2010.

“Orientação: Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes, Ciências Jurídicas”.

1. Direito constitucional. 2. Constitucionalismo. 3. Cultura. 4. Cosmopolitismo. I. Título.

Catálogo na Publicação:  
Bibliotecária Camila Rodrigues Quaresma - CRB 10/1790

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada “*O Tempo das Reconfigurações do Constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita*”, elaborada pela doutoranda **Valéria Ribas do Nascimento**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **DOUTOR EM DIREITO**.

São Leopoldo, 29 de junho de 2010.

Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

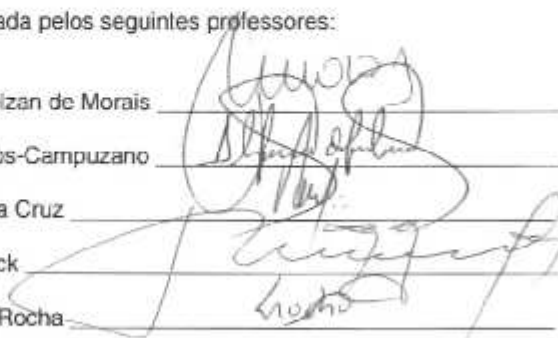
Presidente: Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes

Membro: Dr. Alfonso de Julios-Campuzano

Membro: Dr. Paulo Márcio da Cruz

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Leonel Severo Rocha



A minha família (primeira), pelo amor cultivado e renovado, sempre...  
Ao André, grata pela paciência nesta longa jornada.

## AGRADECIMENTOS

“Amor, poesia e sabedoria” (Edgar Morin)

Existe um texto de Morin que faz uma reflexão em torno do amor, da poesia e da sabedoria. Também, no decorrer da vida humana sabe-se que estas três evidências escondem intrigantes enigmas e complexidades. Segundo o autor, o amor só existe em estado de “enamoramamento”, regenerando-se a partir de si mesmo. A poesia, aquém e além do meramente literário, representa um “estado segundo”, que nos invade no fervor, no humor, na exaltação e, certamente, no amor. Já quanto à sabedoria, era entendida no mundo antigo como filosofia.

A questão formulada por Morin é a seguinte: pode haver sabedoria, atualmente? Como resposta, ele refere que falar de “homo sapiens”, do mesmo modo, implica tratar do “homo sapiens-demens” e, para tratar deste lado do homem, é indispensável a afetividade, ligando o amor e a poesia. Dentre as inúmeras interpretações que podem ser feitas a partir dessas palavras de Morin, percebe-se a importância de descobrir que a “verdadeira novidade nasce sempre de uma volta às origens”<sup>1</sup>. Entretanto, resta claro que o retorno deve ser feito em “estado segundo ou em estado poético” para poder rever o já visto. É exatamente esta a proposta da tese: trabalhar com as reconfigurações do constitucionalismo aliando a afetividade, a hospitalidade, a tolerância, o respeito, etc. – todos esses termos – relacionados aos ideais cosmopolitas. E nesta longa trajetória, é importante mencionar que mudanças aconteceram e muitas pessoas fizeram parte dessa história.

Recordo do momento em que fiz a opção pela carreira acadêmica, em meio às incertezas da juventude, ainda na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), inspirando-me nos primeiros professores, como Jânia Maria Lopes Saldanha, Deisy Ventura, Luiz Ernani Bonesso de Araújo, Marcelo Zampieri, dentre outros. Durante o mestrado em Direito Público, na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), descobri um direito mais humano, voltado aos problemas concretos, preocupado com a justiça e a solidariedade entre as pessoas. Já, no doutorado, na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), pude aprofundar esses valores, que, para além do direito, buscam compreender a realidade e os dilemas existenciais humanos.

---

<sup>1</sup> MORIN, Edgar. **Amor, poesia e sabedoria**. Tradução de Edgar de Assis Carvalho. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

Dessa forma, quando se trata de amor - nas palavras de Morin -, não há como deixar de mencionar aqueles que nos são mais próximos: a família, que está sempre e incondicionalmente nos apoiando nos melhores e nos piores momentos, de alegrias e de tristezas. Agradeço ao meu pai, João Antônio Garcia do Nascimento, pelo exemplo de trabalho, garra e ousadia; à minha mãe, Elaine Ribas do Nascimento, mesmo sendo difícil expressar em palavras tudo que devo a ela - falar em sensibilidade, carinho, incentivo, fé, credibilidade teriam pouco sentido comparado ao amor que sempre mostrou de forma irrestrita, mesmo nos momentos de maiores angústias devido aos temores da tese. Aos meus irmãos: Mario Augusto Ribas do Nascimento, pela amizade e carinho, que muitas vezes me foram expressos à distância, nestas viagens pelos caminhos da vida; José Hermes Ribas do Nascimento, pela troca de experiências e ideias, bem como pelo empréstimo do apartamento em Porto Alegre, que foi de fundamental importância aos deslocamentos necessários à UNISINOS; Marília Nascimento Engleitner, pela “irmandade amiga”, pelo sorriso sempre presente e pelas “consultas psicanalíticas” que chegaram a cruzar o Atlântico (por telefone) até “Sevilla”, em momentos de dificuldade, quando pude encontrar a sensibilidade, mesmo para além dos continentes Norte e Sul.

Agradeço, ainda, aos meus sobrinhos - “todos” - pelo abraço, e pelo sorriso amigo: Aline Canova do Nascimento, Lucas Canova do Nascimento, Nathália Flores do Nascimento, Gabriela Flores do Nascimento e Julia Nascimento Engleitner. Esta, a mais nova do “clã” Nascimento, que, com seu “jeitinho” meigo e amoroso, sempre com um palavra amiga me faz sorrir, ao vivo, on-line ou por telefone.

Um agradecimento especial à Flávio André Schadeck, pela paciência e compreensão nestes longos anos dedicados à academia. Sinto muito pelas ausências e pelos momentos de irritação inerentes em grande parcela de doutorandos.

Aos amigos da Faculdade de Direito da UFSM ou “laj(g)eanos da ATD 2002” - melhor turma que alguém poderia ter, pois mesmo de longe, irradiam alegria e entusiasmo contagiante. Aos colegas do doutorado, os quais, nos encontros semanais do primeiro ano do curso, revelaram-me laços de amizade e sinceridade: Janriê Reck, Clório Traesel, Arnaldo Bastos Santos Neto, Jeferson Dytz Marin e Bruno Heringer Junior.

Impossível não mencionar o estágio na “Universidad de Sevilla”, onde tive a alegria de encontrar pessoas maravilhosas. Por força dessa passagem, contei com os ensinamentos dos nobres professores doutores daquela Instituição: Alfonso de Julios-Campuzano, Antonio Enrique Pérez Luño, Antonio Ruiz de la Cuesta, Álvaro Sánchez Bravo, Miguel Álvares Ortega, bem como pude aprender com outros docentes doutores visitantes: Nuria Belloso

Martín, Maria Rosara Ferrarese, Pavlov Eleftheriadis, Gianluigi Palombella, Sérgio Cademartori, etc. Em especial, quero agradecer ao professor Dr. Alfonso de Julios-Campuzano, pela acolhida em sua família, pelo carinho transmitido naquela cidade maravilhosa – “de los naranjos”. Aos amigos de “Sevilla”, Fernando Mariscal e Viviane Passos Gomes, que tornaram os meus dias na capital andaluza mais coloridos e felizes.

Existem outras pessoas e instituições importantes às quais não posso deixar de dizer obrigada, pois também elas possibilitaram a realização deste trabalho. Aos meus amigos da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA), sempre compreensíveis com minhas ausências, principalmente à coordenação da graduação e pós-graduação, respectivamente aqui nominados, na pessoa da professora Luciane Padoin Dias e do professor Márcio de Souza Bernardes. Agradeço, com carinho, os cafés, jantas e almoços partilhados com os colegas e ex-colegas, Josianne Zanoto, Ângela Araújo da Silveira Espindola, Fábio Fayet, Silvio Battello, Bruno Seligman de Menezes, Jerônimo Tybusch, Carolina Eliza Suptitz, Cristine Koehler Zanella, Pâmela Marconato Marques, Clodoveo Ghidolin, Daiane Moura de Aguiar, Henrique Azevedo, Joséli Fiorin Gomes, Marícia de Azambuja Fortes Missel, Olinda Barcellos, dentre outros.

Agradeço, igualmente, aos funcionários e à direção da FADISMA, especialmente aos professores Eduardo de Assis Brasil Rocha e Ricardo Balardin, que me deram apoio em períodos marcantes para o desenvolvimento do curso.

Da mesma forma, agradeço à UNISINOS, na pessoa do coordenador Dr. André Luís Callegari, pela concessão da licença solicitada, no período de elaboração da tese. O tempo disponível foi de fundamental importância para realização desta pesquisa.

Muito obrigada, também, aos meus alunos e ex-alunos da FADISMA e UNISINOS, que estiveram comigo durante esse período. Dentre eles, Ana Carolina Seffrin, Raísa Scariot, Germana Dalberto, Cleunice Malheiros Ruviano e Rochele Vogelei.

Um agradecimento especial ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, que me proporcionou o embasamento teórico indispensável, não apenas para entender o Direito, mas a Filosofia do/no Direito, principalmente ao professor Dr. Lenio Luiz Streck, autor de obras que me acompanham desde o início da formação acadêmica. Grata, também, ao carinho das secretárias Vera Loebens e Simone Blumen.

Não posso deixar de mencionar a “Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla”, por ter me oferecido subsídio financeiro para a realização dos estudos no continente europeu. Aproveito para agradecer aos atendentes daquela biblioteca: Javier, Juan e Paco.



Entretanto, dois professores doutores merecem uma consideração especial: Dra. Jania Maria Lopes Saldanha, sincera e inesquecível professora da UFSM - nos idos anos de 1998, 1999, 2000 - da qual tive o prazer de ser aluna em Teoria Geral do Processo, Processo Civil I e II, bem como estagiária, o que me fez iniciar na prática da advocacia. Agradeço pelas “caminhadas socráticas”, cafés, almoços e jantas “poéticas e poetizantes”. Mesmo estando eu um pouco distante, agora, no período na tese, sempre estive no meu coração.

Ao meu orientador, Dr. José Luis Bolzan de Moraes, grata pelo incentivo em todos os momentos, mesmo nas ocasiões de “crise”. Com seu exemplo, aprendi muito mais do que o direito pode mostrar, enxerguei entusiasmo, coragem e determinação não só pela pesquisa e a docência, mas percebi a importância de aliar a teoria à prática, sempre lembrando que a Ciência Política e a Filosofia podem auxiliar o Direito, esta disciplina ligada às Ciências Sociais Aplicadas. Ademais, as orientações da tese possibilitaram-me sistematizar e organizar as matizes teóricas e jurisprudenciais de uma forma mais efetiva.

Vários outros agradecimentos podem ser feitos. Assim, para todas as pessoas que estiveram comigo neste período, muito obrigada.



*Guernica – 1937.*

Anécdota picassiana:  
...le visitó en su estudio un oficial de las tropas alemanas y, señalando al Guernica, le preguntó: *¿Lo ha hecho usted?*, a lo que, al parecer, Picasso contestó: *No, usted.*

## RESUMO

O tempo político-social dos Estados contemporâneos desafia que ocorram outras formas de observação do constitucionalismo, o que se pode denominar de reconfigurações do constitucionalismo. A partir disso, procura-se desenvolver a pesquisa em três partes, relacionando-as com o passado, o presente e o futuro, mas não apenas no que tange ao processo de desenvolvimento das Constituições, porque isso seria um tanto quanto complicado, devido ao movimento constitucional ser formado por tempos contínuos e descontínuos ao longo da trajetória. Não se pretende desenvolver a história do constitucionalismo, mas relacionar este movimento com outro, denominado de cosmopolitismo. Primeiramente, são traçados aspectos relacionais, demonstrando que, mesmo não havendo uma mescla ou fusão, seria possível encontrar pontos de contato, desde os cínicos até o inacabado ideal kantiano de paz e hospitalidade universal. Na segunda parte, objetiva-se verificar o vínculo entre o presente e o futuro do constitucionalismo, sem olvidar que estes períodos contemplam o auge da globalização e o aprofundamento do cosmopolitismo. Assim, questiona-se como os mencionados processos afetam as Constituições no que concerne à cidadania e aos direitos humanos ou fundamentais. Nesse contexto, parte-se para o terceiro momento do trabalho, em torno dos futuros desafios que o constitucionalismo deverá enfrentar para não perder a força de ser uma disciplina dirigente e passar a ser dirigida. É visível que as Constituições modernas, calcadas no liberalismo, não conseguiram atender efetivamente aos anseios sociais populares. Desse modo, pretende-se, com o fortalecimento do direito constitucional como cultura, seguir adiante até a formação de laços com o ideal cosmopolita e, assim, favorecer a implementação de Estados Constitucionais voltados à cooperação mútua. Destaca-se que o constitucionalismo, como movimento em defesa das Constituições, deve ser fortalecido por ser indispensável à tutela dos direitos coletivos, culturalmente internalizados e pluralmente defendidos. Ademais, vislumbra-se certos avanços e retrocessos no tocante ao direito dúctil e à teoria garantista, buscando-se com isso a recuperação do Estado e a “autonomia” do direito, como opções possíveis para se consolidar uma cultura constitucional cosmopolita.

**Palavras-chave:** constitucionalismo, reconfigurações, desafios, cultura e cosmopolitismo.

## ABSTRACT

The new political social scope of contemporary States calls for a new overview of constitutionalism, a restructure of its concept. Thus the research is divided into three parts, related to the past, the present and the future, but concerning not only the developing process of Constitutions - as that would be an intricate task, having in mind that this process has continuous and discontinuous paths. The goal is not to trace the history of constitutionalism, but rather connect it with another theory, referred to as cosmopolitanism. First, common characteristics are verified, showing that, even though there is no mixture or fusion, it would be possible to find similarities. Starting from cynic ones all the way to Kant's unfinished ideal of peace and universal hospitality. Later, we turn to the analysis of the connection between the present and the future of constitutionalism, without forgetting that these periods comprehend the peak of globalization and the growing of cosmopolitanism. In this manner, it is observed how the aforementioned processes affect Constitutions regarding citizenship and fundamental rights. It is in this context that we moved into the work's third part, the future challenges that constitutionalism must face in order to maintain its place as a driving subject and not a driven one. It is clear that modern Constitutions, molded on liberalism, didn't manage to effectively meet the needs of popular social desire. Therefore, with the strengthening of constitutional law as a culture, we tend to move until the creation of bonds with the cosmopolite ideal, promoting the building of Constitutional States focused on mutual cooperation. It should stand out that constitutionalism, as a movement for the protection of Constitutions, must be strengthened due to it being essential to the guardianship of collective rights, culturally absorbed and defended. Furthermore, we can see certain advances and setbacks in Zagrebelsky's "diritto mite" and in the theory of the Legal Guarantee, looking for the State's rehabilitation and the rule of law's autonomy as possible choices to consolidate a constitutional culture cosmopolite.

**Keywords:** constitutionalism, restructure, challenges, culture and cosmopolitanism.

## RESUMEN

El tiempo político-social de los Estados contemporáneos desafía que ocurran otras formas de observación del constitucionalismo, lo que se puede denominar de re-configuraciones del constitucionalismo. Desde este punto, se busca desarrollar la investigación en tres partes, relacionándola con el pasado, el presente y el futuro, pero no sólo en lo que concierne al proceso del desarrollo de las Constituciones, ya que eso sería demasiado complejo, dado que el movimiento constitucional es formado por tiempos continuos y discontinuos a lo largo de su trayectoria. No se pretende desplegar la historia del constitucionalismo, sino relacionar este movimiento con otro, denominado de cosmopolitismo. Primeramente, son delineados aspectos relacionales, demostrando que, aunque no ocurra una mezcla o fusión, sería posible encontrar puntos de intermediación, desde los cínicos hacia el inacabado ideal kantiano de paz y hospitalidad universal. En la segunda parte, se objetiva verificar el vínculo entre el presente y el futuro del constitucionalismo, sin olvidar que estos períodos contemplan la cumbre de la globalización y la profundización del cosmopolitismo. Así, se investiga como los mencionados procesos afectan las Constituciones y lo que concierne la ciudadanía y los derechos humanos o fundamentales. En ese contexto, se parte para el tercer momento del trabajo, en torno de los futuros desafíos que el constitucionalismo deberá enfrentar para no perder la fuerza de ser una disciplina dirigente y pasar a ser dirigida. Es visible que las Constituciones modernas, asentadas en el liberalismo, no consiguieron atender efectivamente a las ansiedades sociales populares. De ese modo se intenta, con el fortalecimiento del derecho constitucional como cultura, seguir adelante hasta la formación de lazos con el ideal cosmopolita, favoreciendo de esta forma la implementación de Estados Constitucionales vueltos a la cooperación mutua. Se destaca que el constitucionalismo, como movimiento en defensa de las Constituciones, debe ser fortalecido por ser indispensable a la tutela de los derechos colectivos, culturalmente absorbidos y pluralmente defendidos. Además, se vislumbra ciertos avances y retrocesos en el tocante al derecho dúctil y a la teoría de garantías, con la expectativa de encontrar con eso la rehabilitación del Estado y la “autonomía” del derecho, como opciones posibles para se consolidar una cultura constitucional cosmopolita.

**Palabras-clave:** constitucionalismo, re-configuraciones, desafíos, cultura y cosmopolitismo.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
 <b>PRIMEIRA PARTE</b>	
<b>DO PASSADO AO PRESENTE: AS RECONFIGURAÇÕES RELACIONAIS ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E O COSMOPOLITISMO.....</b>	<b>25</b>
<b>1 A CONSTITUIÇÃO DO PERÍODO PRÉ-MODERNO.....</b>	<b>32</b>
<b>1.1 A constituição dos antigos: prevalência da aspiração coletiva.....</b>	<b>35</b>
1.1.1 Os gregos: da “stásis” à “politeía”.....	36
1.1.2 Os romanos: da constituição mista à “res publica”.....	42
1.1.3 Os cínicos cosmopolitas, o estoicismo e o universalismo jurídico dos romanos.....	44
<b>1.2 A constituição medieval: espaço de encobrimento constitucional?.....</b>	<b>49</b>
1.2.1 Apontamentos sobre a possibilidade de um constitucionalismo medieval e de um cosmopolitismo ambíguo.....	50
1.2.2 A constituição mista do medievo: “potestas temperada”.....	53
1.2.3 A “Magna Carta de 1215” e outras.....	55
<b>2 A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS MODERNO E CONTEMPORÂNEO.....</b>	<b>61</b>
<b>2.1 A Constituição do Estado Moderno e a refundação do direito.....</b>	<b>62</b>
2.1.1 A transformação da ideia de soberania popular.....	65
2.1.2 O constitucionalismo das Revoluções Modernas.....	66
2.1.3 A Constituição dos modernos e o ideal cosmopolita como um projeto inacabado...	72
<b>2.2 A Constituição do Estado Contemporâneo e o neoconstitucionalismo .....</b>	<b>80</b>
2.2.1 Delimitações conceituais .....	80
2.2.2 Observações teóricas relativas ao neoconstitucionalismo, ao positivismo e à necessária inclusão cosmopolita.....	87
 <b>SEGUNDA PARTE</b>	
<b>DO PRESENTE AO FUTURO: AS RECONFIGURAÇÕES CONJUNTURAIS ENVOLVENDO O CONSTITUCIONALISMO, A GLOBALIZAÇÃO E O COSMOPOLITISMO.....</b>	<b>97</b>
<b>3. A CONSTITUIÇÃO SOB A INFLUÊNCIA DA GLOBALIZAÇÃO E DO COSMOPOLITISMO.....</b>	<b>100</b>
<b>3.1. Os (di)lemas da globalização e do cosmopolitismo.....</b>	<b>101</b>
3.1.1 O apogeu da globalização e suas diferentes nomenclaturas.....	103

3.1.2 Os riscos do cosmopolitismo.....	113
3.1.3 Um cosmopolitismo de espelhos.....	120
<b>3.2 O constitucionalismo e o cosmopolitismo.....</b>	<b>123</b>
3.2.1 A construção europeia e o desenvolvimento do projeto cosmopolita.....	127
<b>4 A CONSTITUIÇÃO E A CRISE EM TORNO DA CIDADANIA E DOS DIREITOS HUMANOS OU FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>137</b>
<b>4.1 A cidadania no momento cosmopolita.....</b>	<b>140</b>
4.1.1 O fim da concepção monista de cidadania: “acordes” para um patriotismo cosmopolita.....	142
4.1.2 A cidadania em um conjunto de situações diferenciadas.....	151
<b>4.2 O paradoxo dos direitos humanos ou fundamentais na era cosmopolita.....</b>	<b>162</b>
4.2.1 O universalismo frente a particularismos.....	164
4.2.2 O cosmopolitismo entre universalistas, antiuniversalistas e a questão cultural.....	169
4.2.3 O perfil de um novo paradigma espaço-temporal dos direitos humanos.....	176
 <b>TERCEIRA PARTE</b>	
<b>DOS FUTUROS DESAFIOS CONSTITUCIONAIS E O “RETORNO” AO PASSADO: AS RECONFIGURAÇÕES MULTILATERAIS DO CONSTITUCIONALISMO.....</b>	<b>183</b>
<b>5 A CONCEPÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO COMO CULTURA E O COSMOPOLITISMO.....</b>	<b>185</b>
<b>5.1 A cultura na Constituição e o direito constitucional da cultura</b>	<b>187</b>
5.1.1 O conceito aberto da Constituição cultural e Constituição como cultura.....	189
5.1.2 Objetivações culturais como meio de desenvolvimento constitucional.....	193
5.1.3 Elementos funcionais da teoria constitucional como cultura.....	196
<b>5.2 O pluralismo constitucional e o cooperativismo cosmopolita.....</b>	<b>198</b>
5.2.1 Fundamentos da Constituição à luz do pensamento possibilista.....	199
5.2.2 A Constituição pluralista e o pluralismo positivado cosmopolita.....	202
5.2.3 A Constituição como cooperação.....	205
<b>6 AVANÇOS E LIMITES DO NEOCONSTITUCIONALISMO COMO DUCTIBILIDADE E GARANTIA NA PERSPECTIVA COSMOPOLITA.....</b>	<b>212</b>
<b>6.1 O Estado Constitucional e o direito dúctil.....</b>	<b>212</b>
6.1.1 O direito dúctil e o avanço ao direito constitucional pluralista.....	214
6.1.2 Ambiguidades na aplicação dúctil dos princípios.....	218
6.1.3 Ambivalências sobre o papel do Poder Judiciário no constitucionalismo dúctil.....	222
<b>6.2 O Estado Constitucional e o garantismo.....</b>	<b>227</b>

6.2.1 O garantismo e a relação com o constitucionalismo.....	228
6.2.2 Por um constitucionalismo de direito internacional ou por um direito internacional voltado ao constitucionalismo?.....	235
6.2.3 Apontamentos sobre o constitucionalismo multinível correlato ao cosmopolitismo policêntrico.....	238
<b>7 A RECUPERAÇÃO DO ESTADO COMO CONDIÇÃO PARA O RECONHECIMENTO DE UMA CULTURA CONSTITUCIONAL COSMOPOLITA.....</b>	<b>243</b>
<b>7.1 O papel do Estado e o problema atual da “autonomia” do direito.....</b>	<b>243</b>
7.1.1 Reanálise da “autonomia” do direito e do constitucionalismo.....	244
7.1.2 Do “eu pessoal” ao “eu cosmopolita”: para emergência de uma Constituição enquanto tal.....	249
7.1.3 A importância das decisões judiciais e o cosmopolitismo.....	253
<b>7.2 A cultura constitucional e o cosmopolitismo: um modelo para consolidar.....</b>	<b>256</b>
7.2.1 Possibilidades de reconstrução do Estado e construção de uma cultura constitucional cosmopolita.....	256
7.2.2 Algumas alternativas frente ao impossível isolamento das Constituições dirigentes.....	259
7.2.3 O Brasil no tempo das reconfigurações multilaterais do constitucionalismo: a utopia do “novo” inserida em uma cultura constitucional cosmopolita.....	266
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>276</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>289</b>



## INTRODUÇÃO

Paz y cultura tienen un valor recíproco en mi vocabulario: paz es la postura del alma culta, y cultura es cultivo, es labranza de la paz.<sup>2</sup>

É chegado o tempo de se buscar possíveis reconfigurações do constitucionalismo. Para tanto, parte-se do significado do termo configuração, relacionado à conformação, conjunto de parâmetros, componentes periféricos e programas que determinam algo<sup>3</sup>. Já o termo reconfiguração relaciona-se ao sentido de configurar novamente, com um outro olhar, pleiteando outros formatos e dimensões. Pressupõe a constatação de uma desigualdade ou desproporção do que está previamente configurado. Assim, na procura por outras matizes, pretende-se encontrar semelhanças e diferenças, bem como pontos de contato e de distanciamento entre o constitucionalismo do passado, do presente e do futuro.

É desse modo que o tempo das reconfigurações do constitucionalismo será abordado. Nessa esteira, coloca-se como epígrafe da tese a imagem do quadro denominado Guernica, desenhado por Picasso em 1937. A monumental pintura do artista espanhol é o testemunho do século XX, com relação aos horrores da guerra e da dor humana. A obra foi realizada sob o efeito das notícias acerca do espantoso bombardeio da cidade de Guernica, em Vizcaya, no dia 26 de abril de 1937. Naquela época, forças aéreas alemãs destruíram em poucas horas a cidade. Tinham como objetivo apoiar o general Franco em sua luta contra o governo republicano, legalmente constituído<sup>4</sup>.

No retrato da obra, é possível observar nove figuras humanas: uma mulher com o filho morto, várias pessoas caídas, algumas com os braços levantados pedindo ajuda, ou segurando em armas e, ainda, outras inertes. Nela, existem certos animais, como o cavalo, uma pomba com a asa quebrada, um touro pronto para lutar, etc. Além disso, há outros objetos como espada, flecha, uma luz pela janela e, até mesmo, uma flor. Isso significa que Picasso quis demonstrar a dor, a morte, o medo e a destruição, mas também a esperança, simbolizada pela luz, pela flor e pela pomba<sup>5</sup>. Como um dos objetivos dessa pesquisa é revelar a necessidade de uma cultura constitucional cosmopolita, que visa à consolidação da paz, pretende-se, através da imagem de Guernica, demonstrar que, mesmo em

---

<sup>2</sup> ORTEGA Y GASSET, José. **Discursos Políticos**. Madrid: Alinza Editorial, 1990. p. 23.

<sup>3</sup> AURÉLIO. **O DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA**. 7 ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2008. p. 256.

<sup>4</sup> BUCHHOLZ, Elke Linda; ZIMMERMANN, Beate. **Pablo Picasso. Vida y obra**. Madrid: Könemann, 2005. p. 68.

<sup>5</sup> Ibid. p. 68 e 69.

momentos históricos que evidenciam guerras e conflitos armados, pode ser contemplada a luz.

Salienta-se que a materialização da Constituição depende do processo hermenêutico. É nesse espaço que ganha importância a discussão acerca das relações entre a reconstrução do constitucionalismo como cultura e a teoria hermenêutica, apta a preservar as identidades locais sem olvidar, igualmente, o contexto global.

A área de concentração do trabalho é norteada pelo “Direito Público”, apresentando relação direta com a linha de pesquisa proposta pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) – “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos” -, na medida em que traz para o debate um tema que objetiva o resgate de sentido do constitucionalismo, através da valorização da autonomia dos direitos humanos ou fundamentais, ressaltando a cultura como elemento imprescindível desse processo.

Ainda que a pesquisa indique a utilização de método de abordagem dialético<sup>6</sup> em vertentes conservadoras, não é possível a interpretação sem a compreensão, uma vez que, para interpretar, antes é preciso compreender. Por isso, opta-se por não fazer uso de métodos tradicionais, já que esses se fecham à realidade, bem como podem ser todos e nenhum com o decorrer do tempo. Assim, entende-se que a metodologia da fenomenologia é mais adequada aos objetivos desta proposta de pesquisa. Para Antônio Castanheira Neves, a metodologia jurídica é sempre metodologia de um direito codificado, de uma jurisprudência ou de um “case law”. Nessa perspectiva, o direito não deixa de sofrer as contingências histórico-culturais do universo em que se integra<sup>7</sup>.

Vale afirmar, também, que a discussão ora apresentada relaciona-se com problemáticas já trabalhadas em projetos do CNPq, no interior do Grupo de estudos “Estado e Constituição”, o qual é coordenado pelo professor Dr. José Luis Bolzan de Moraes, desenvolvido no PPGD-UNISINOS.

---

<sup>6</sup> DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1987. p. 118. Esse autor ressalta que a dialética sabe apontar o caráter contraditório e ambíguo da realidade e de si mesma. Assim, seria a metodologia mais condizente com as ciências sociais. Ressalta, também, que “em combinação com hermenêutica, a dialética realça a face subjetiva do conhecimento, sobretudo sua marca interpretativa”. Id. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 114. No tocante à utilização da fenomenologia hermenêutica, consultar: HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2002, Parte I. p. 325; GADAMER, Hans-Gerg. **Verdade e Método**. 5. ed. São Paulo: Vozes, 2003. p. 631; STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUC, 1996. p. 112.

<sup>7</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 1-23.

As pesquisas jurídicas revelam-se entidades culturalmente históricas e sublinham uma prática não vinculada à simples construção metódica, nem ao simples objeto de uma descrição analítica. Impõe-se, antes, como problema orientado à reflexão crítica que a hermenêutica fenomenológica se propõe a investigar.

Nesse sentido, o texto foi dividido em três partes: 1) Do passado ao presente, pleiteando-se as reconfigurações relacionais entre constitucionalismo e cosmopolitismo, abordando o período pré-moderno, que engloba a constituição<sup>8</sup> dos antigos – gregos e romanos – e a constituição medieval. Traça-se, também, certos aspectos esparsos do cosmopolitismo na versão dos cínicos cosmopolitas, dos estoicos e do universalismo jurídico romano. Na primeira divisão, retrabalha-se com o constitucionalismo dos Estados Modernos e Contemporâneos até o surgimento do que a doutrina denomina de neoconstitucionalismo ou neoconstitucionalismos; 2) Na segunda parte - do presente ao futuro -, argumenta-se em torno de possíveis reconfigurações conjunturais, ou seja, do constitucionalismo, mesclando-se a discussão em torno da globalização e do cosmopolitismo até atingir certos alicerces como a cidadania e os direitos humanos ou fundamentais; 3) Já, no último momento, deixa-se o futuro em aberto até um possível “retorno” a nuances passadas, ao longo dos diferentes momentos constitucionais. Aqui, são evocados, em sua maioria, doutrinadores voltados ao direito de cunho cosmopolita, como Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Antonio Enrique Pérez Luño, Alfonso de Julios-Campuzano, Javier de Lucas, José Joaquim Gomes Canotilho, dentre outros.

Não se pretende descrever a história do constitucionalismo e do cosmopolitismo, desde suas origens antigas até os tempos atuais, mesmo porque um trabalho sério sobre o tema seria extremamente complicado, devido a momentos contínuos e descontínuos que surgem pelo caminho, bem como à falta de documentos reconhecidos pela comunidade científica, no tocante ao movimento cínico, o qual iniciou o ideal cosmopolita. Além disso, não é plausível buscar uma linha histórica linear, justamente porque o movimento constitucional moderno e contemporâneo não têm origem direta na antiguidade. Pode-se aceitar certos laços de ligação, mas jamais uma continuidade ou embasamento teórico estável.

Desse modo, nos dois primeiros capítulos, linhas em que se desenvolvem as reconfigurações relacionais entre constitucionalismo e cosmopolitismo, inicia-se com o

---

<sup>8</sup> Mesmo optando-se pela utilização do termo “constituição” já na antiguidade, salienta-se a palavra em letra minúscula para diferenciar das Constituições, com “C” maiúsculo, surgidas na segunda versão do Estado Moderno, momento em que se inicia a tutela dos ideais liberais burgueses do século XVIII.

questionamento sobre a conceituação do termo Constituição. Seria possível se falar de Constituição ou de constitucionalismo - como um movimento - na antiguidade? Necessariamente esse termo estaria vinculado à existência do Estado, já que, para grande parte da doutrina, o Estado seria uma criação moderna? De fato, consoante Manuel Garcia-Pelayo, Maurizio Fioravanti, Nicola Matteucci, Charles Howard McILWAIN, José Joaquim Gomes Canotilho, Dalmo de Abreu Dallari, Gilberto Bercovi, etc; o Direito Constitucional como disciplina autônoma é criação do século XIX, mas isso não significa que antes, através de documentos que evidenciavam o poder político, não se pudessem observar estruturas de normas constitucionais, sobre outras bases, não as mesmas desenvolvidas no período moderno e no contemporâneo. Daí que opta-se pela utilização do termo Constituição ao longo do sumário e do trabalho, mesmo realçando as diferenças de sentido, inerentes a esta palavra no decorrer da história.

Da mesma forma, Fioravanti retorna a uma espécie de constitucionalismo pré-moderno, ou na visão do doutrinador italiano, “Constituição dos antigos”.<sup>9</sup> Em um tempo de profunda crise na “pólis” grega, marcada por disputas internas, foi necessária uma transformação social, o que levou ao reconhecimento dos anseios coletivos, que serviam para superar diferentes conflitos sociais. O governo passou a se basear na unidade e no equilíbrio para que os cidadãos passassem a fazer parte da política da cidade. Com “politeía”, surge a urgência de uma união política. Talvez, o erro cometido foi o afastamento desse modelo, que, rompendo com o equilíbrio, resultou na demagogia e na tirania.

No tocante aos romanos, houve algumas diferenças, pois o modelo grego se baseava em virtudes cívicas e morais. Ao contrário, a constituição romana, primeiramente, delineava a distribuição do poder com moderação e equilíbrio, até o surgimento da ideia de “res publica” – deve-se atentar que “res” do povo se relaciona apenas àqueles que detinham os mesmos interesses. No entanto, isso não nega o objetivo da “res publica”

---

<sup>9</sup> A leitura da obra foi realizada em espanhol, por isso a relevância de frisar a nota do tradutor do livro “Constitución: de la antigüedad a nuestros días”: Fioravanti utiliza “antigos” para se referir aos gregos, bem como aos romanos e “modernos”, para dirigir-se aos homens e mulheres da sociedade ocidental pós-medieval. Entretanto, esses termos em castelhano e com esse significado não são usados correntemente pela doutrina. O destaque realizado pelo tradutor Manuel Martínez Neira pode ser utilizado no Brasil, já que igualmente em português não é comum a utilização dessas expressões. Consultar: FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: da la antigüedad a nuestros días**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. Salienta-se também o livro de McILWAIN, no qual está elencado que o traço característico mais antigo, constante e duradouro do constitucionalismo continua sendo, como foi desde o começo, a limitação do governo pelo direito. McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antiguo y moderno**. Traducción de Juan Solozábal Echavarría. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1991. p. 37.

baseado no empenho coletivo e duradouro. Em síntese, a constituição dos antigos caracterizou-se por ser um grande projeto de conciliação política, disciplinando a prática da virtude.

No mesmo período antigo, surgem determinados movimentos filosóficos paralelos ao constitucionalismo, ainda que alguns autores afirmem que eles tivessem apenas um caráter aforístico ou anedótico-biográfico.<sup>10</sup> O movimento cínico desponta com a famosa frase de Diógenes respondendo à pergunta sobre sua procedência, para a qual afirma que é cidadão do cosmos e que o único e bom governo é o governo do cosmos.

Vale observar que o influente estudo sobre os cínicos de Dudley sugere três características desse movimento: a vida errante do cínico; o ataque a todos os valores estabelecidos e um “corpus” de gêneros literários. Porém, Bracht Branham argumenta que o cinismo manteve-se como a mais orientada de todas as tradições filosóficas antigas, já que seu fundadores, no século IV a.C., invariavelmente permaneceram ligados à literatura.<sup>11</sup> Com efeito, o que Diógenes queria dizer com “desfigurar a moeda” poderia ser desvincular os falsos valores da cultura dominante. Por isso, não é possível concordar com quem afirma que o cosmopolitismo era puramente um movimento contra a “pólis”. Além do cosmopolitismo ser abordado pelos cínicos, pode-se citar o movimento estoico - uma das correntes que fazia parte do helenismo e, também, o universalismo jurídico dos romanos - na “Constitutio Antoniana” de 212. Nesse período, Papiano defendeu a “oigumène ou mundo habitado”, estendendo a cidadania a todos dentro do império; porém, isso termina com sua morte. Dessa forma, pretende-se demonstrar que o viés cosmopolita se desenvolveu em paralelo com o constitucionalismo, não se confundindo com ele, mas ligando-se com alguns de seus princípios.

Quanto à constituição medieval, percebe-se nela um momento constitucional com estruturas próprias e peculiares. Como é patente, de conhecimento de historiadores e estudiosos da Idade Média (Século V até o XV), foi um período marcado pela descentralização: reinados, feudos, Igreja, mercadores, servos, vassalos e escravos. Logo, era moldado por regras consuetudinárias – daí a menção à constituição mista - baseada em

---

<sup>10</sup> NIEHUES-PRÖBSTING, Heinrich. A recepção moderna do cinismo. Diógenes no Iluminismo. In: GOULET-CAZÉ, Marie-Odile; BRANHAM, Bracht R. (Org). **Os cínicos. O movimento cínico na antigüidade e o seu legado**. Tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 360. BRANHAM, R. Bracht. Desfigurar a moeda. A retórica de Diógenes e a invenção do cinismo. In: GOULET-CAZÉ, Marie-Odile; BRANHAM, Bracht R. (Org). Op. cit. p. 96. **Os cínicos. O movimento cínico na antigüidade e o seu legado**. Tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 96.

<sup>11</sup> BRANHAM, 2007, p. 97.

processos de coalizão e conciliação. Por isso, a principal característica da constituição da Idade Média foi a de que se apresentou como um ordenamento dado, um conjunto de relações indisponíveis, formadas por muitos laços e vínculos de acordos e convenções. Assim, o constitucionalismo passa do plano do ideal, para entrar no mundo prático do direito. O documento que mais se assemelhou à Constituição do Estado Moderno foi a “Magna Carta Libertatum de 1215”, assinada pelo rei inglês João Sem Terra, onde se tutelava um conjunto de direitos que, por tradição, competia ao clero, aos vassalores e aos homens livres de Londres.

Entretanto, com o passar do tempo, ao longo dos séculos XVI, XVII e XVIII, ocorreu o declínio do caráter compositivo e plural da constituição medieval, surgindo paulatinamente os Estados Absolutistas. A obra que evidencia esse novo momento histórico é de Jean Bodin, “Los seis libros de la republica”, cujo texto mostra a dimensão inédita do conceito de soberania vinculado ao poder absoluto e perpétuo da nação<sup>12</sup>, ou seja, a natureza do poder deveria pertencer ao soberano<sup>13</sup>.

A despedida da constituição medieval inaugura um espaço de tempo denominado como Estado Absolutista, no qual o poder do Estado se concentrava na figura do rei. Posteriormente, salienta-se que grande parte da doutrina entende que o Estado de Direito surge como uma construção da segunda metade do século XIX, nascendo na Alemanha, com o “Rechtsstaat”, agregando algo mais, com certo conteúdo valorativo que protege o cidadão contra o Estado.

Acontece que o Estado Absolutista não atendeu às expectativas da classe dominante, o que levou às principais revoluções que deram início ao constitucionalismo moderno: a Revolução Americana, em 1776, e a Revolução Francesa, em 1789. Esses dois movimentos, que deram também origem às primeiras Constituições modernas, não foram homogêneos, já que evidenciaram culturas e interesses diversos. Nos Estados Unidos, os colonizados estavam imbuídos pela doutrina de John Locke e o direito de resistência, o que acarretou um sentido diferente ao constitucionalismo, do que ocorreu na França, onde este emergia seguindo a doutrina de Jean-Jacques Rousseau e a noção de vontade geral. As consequências foram claras: a) nos Estados Unidos ocorreu a prevalência do Poder Judiciário, como órgão que estaria entre o povo e os legisladores, para se fazer respeitar a

---

<sup>12</sup> BODIN, Jean. **Los seis libros de la República**. Traducción de Pedro Bravo Gala. Madrid: Tecnos, 1985. p. 47.

<sup>13</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

Constituição. Com isso, surge o famoso caso “Marbury versus Madison”, nascendo o controle difuso de constitucionalidade; b) na França, prevalece o Poder Legislativo, principalmente depois da teoria de Sieyès sobre Poder Constituinte originário, incondicionado e ilimitado. Esses dois momentos constitucionais mostram como o constitucionalismo é caracterizado pela cultura local, não podendo jamais ser imposto de cima para baixo por vencedores. São diferentes mosaicos que se reconstróem no tempo.

Segundo Simone Goyard-Fabre, surgiu no período moderno um único momento em que se ofereceu uma fórmula detalhada sobre uma Constituição segundo o direito cosmopolita, e este foi um atributo de Immanuel Kant.<sup>14</sup>

Como será demonstrado no decorrer do trabalho, Kant está limitado a seu tempo histórico. Baseando-se na razão como fio condutor de seu raciocínio, pretendeu fazer passar categorias internas ao âmbito internacional. Contudo, mesmo considerando as restrições contemporâneas de sua teoria, é preciso valorizar a relação necessária que deve existir entre o âmbito nacional e o internacional, revelada por esse estudioso, assim como a influência recíproca dos cidadãos e dos Estados, na busca de um campo universal de paz para a humanidade.

Passando-se, posteriormente, ao constitucionalismo contemporâneo, também conhecido por alguns autores como neoconstitucionalismo ou neoconstitucionalismos, vale observar alguns critérios: a) o tempo histórico Pós-Segunda Guerra Mundial; b) o papel superior das Cortes Constitucionais na interpretação das legislações infraconstitucionais ou mesmo constitucionais; c) os novos desenvolvimentos teóricos. Isso tudo em conjunto, segundo Miguel Carbonell, formam as características desse movimento.<sup>15</sup>

Ocorre que existe uma gama muito grande de doutrinadores que se dizem neoconstitucionalistas, como se assim pudessem criticar os positivistas, herdeiros da tradição mecanicista, iluminista e funcionalista do século anterior. Contudo, muitos neoconstitucionalistas acabam por se aproximar dos neopositivistas, e o contrário também ocorre. Podem-se citar alguns exemplos de autores com matrizes teóricas totalmente diversas que são classificados como neoconstitucionalistas: Robert Alexy, Ronald Dworkin, Zagrebelsky, Prieto Sanchís, Carlos Nino e o próprio Ferrajoli. É importante

---

<sup>14</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 297.

<sup>15</sup>CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 9-10.

destacar a dificuldade de caracterização entre o que retorna ao positivismo e se transforma em neopositivismo e o que, realmente, permanece como neoconstitucionalismo.

Na segunda parte da tese, discute-se sobre as reconfigurações que sofrem em conjunto o constitucionalismo, a globalização e o cosmopolitismo. Aqui, vale esclarecer que os termos globalização e cosmopolitismo são plurívocos, mas não se confundem. Geralmente, globalização é entendida por seu viés econômico, ao passo que cosmopolitismo se relaciona a um processo multidimensional, que altera de maneira irreversível a percepção sobre os Estados e os indivíduos, já que busca hospitalidade, respeito e tolerância entre as pessoas jurídicas e as pessoas físicas envolvidas.

Para Ulrich Beck, a diferença básica entre globalização e cosmopolitismo está no fato de que o cosmopolitismo abarca a ideia de patriotismo, necessitando de um solo estatal. O doutrinador alemão qualifica o cosmopolitismo como um cosmopolitismo realista<sup>16</sup>. Nessa esteira, Beck ainda traz outros adjetivos como cosmopolitismo normativo ou filosófico, cosmopolitismo analógico-empírico, cosmopolitismo institucionalizado, cosmopolitismo metodológico, cosmopolitismo real ou banal, dentre outros<sup>17</sup>. Sublinha-se, ainda, as críticas expostas por Danilo Zolo sobre o cosmopolitismo, utilizando a nomenclatura cosmopolitismo fraco<sup>18</sup>.

No que se refere, principalmente, à finalidade do cosmopolitismo, Zolo defende a ideia de que o movimento existe como subterfúgio para privilegiar os Estados mais ricos, ou, ainda, menciona como definitiva a impossibilidade de estabelecimento da paz. Na verdade, esse autor não está totalmente equivocado em seus argumentos, tendo em vista, por exemplo, a estrutura atual do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU) e, muitas vezes, a própria forma de atuar de vários organismos internacionais. Porém, não é porque um ideal ainda não foi atingido que o mesmo deve ser descartado, já que mesmo ocorrendo o desaparecimento da ONU, quiçá, seria mantida a Organização Mundial do Comércio (OMC.). Não é porque ainda não ocorreu uma diminuição considerável da violência no mundo que se tem que desistir de combatê-la.

O modelo da União Europeia, atualmente concentrado no Tratado de Lisboa, demonstra alguns avanços no que se refere à ótica cosmopolita, mas nem por isso deve ser totalmente seguido pelos demais blocos e países dos diferentes continentes. Com certeza, a

---

<sup>16</sup> BECK, Ulrich. **La mirada cosmopolita o guerra es la paz**. Traducción de Bernardo Moreno Carrillo. Paidós: Barcelona, 2005. p. 10.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>18</sup> ZOLO, Danilo. **Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial**. Traducción de Rafael Grasa y Francesc Serra. Barcelona: Paidós, 2000.



“Diretiva de Retorno” da União Europeia (Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho)<sup>19</sup> é um retrocesso, indo de encontro ao que muitos doutrinadores europeus defendem como dupla natureza jurídica da cidadania, temática abordada por Javier de Lucas<sup>20</sup> e por Ferrajoli<sup>21</sup>, sendo que este defende a própria superação do conceito. Nesse mesmo sentido, vem sendo desenvolvido o modelo cosmopolita de democracia por David Held, com programas de transformação a curto e a longo prazos<sup>22</sup>.

Quanto à vinculação entre o constitucionalismo e os direitos humanos ou fundamentais, será demonstrado que existe uma longa trajetória de atitudes políticas, exigências econômicas e sociais, para que, realmente, seja possível à utilização prática dos direitos humanos. Dessa maneira, existem muitas Organizações em diferentes continentes que dificultam a implementação e o respeito aos ideais cosmopolitas.

Na última parte do texto, no momento em que se mencionam sobre os desafios futuros e um possível “retorno” ao passado, o que se pretende deixar claro é que o tempo jamais é contínuo; logo, sempre se retorna, mesmo que sejam voltas parciais reconfiguradas, em que se aproveitam laços de determinados momentos históricos do passado.

Os desafios ligados às reconfigurações multilaterais do constitucionalismo estão estreitamente relacionados à busca pelo desenvolvimento de uma cultura constitucional cosmopolita. Por isso, primeiramente é retratada a teoria clássica de Peter Häberle, na qual se apresenta a diferença entre Direito Constitucional cultural e Direito Constitucional como cultura. Este último é como uma soma de atitudes incorporadas pela e na sociedade local<sup>23</sup>. Posteriormente, abre-se o leque ao Direito Constitucional cooperativo, através do qual, via retorno ao pluralismo, o doutrinador alemão destaca a importância de uma cooperação em

---

<sup>19</sup> EUROPA- EUR-LEX. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/Noticedo?val=485802:cs&lang=pt&list=485802:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>>. Acesso em: 09 jul. 2009.

<sup>20</sup> DE LUCAS, Javier. **El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural**. Madrid: Temas de Hoy, 1994.

<sup>21</sup> Id. **Diccionario de los derechos humanos. Universidad Internacional de Andalucía: Sede Iberoamericana de la Rábida**. 2000. p. 68.

<sup>22</sup> HELD, David. **La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita**. Traducción de Sebastián Mazzuca. Barcelona: Paidós, 1997. p. 278; Id. Cultural Diversity, Cosmopolitan Principles and the Limits of Sovereignty. In: HELD, David; MOORE, Henrietta L. **Cultural Politics in a Global Age. Uncertainty, Solidarity and Innovation**. Oxford: Oneworld, 2008. p. 159.

<sup>23</sup> HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos. 2000.

dois níveis, interno e internacional, com vistas ao ideal cosmopolita de solidariedade universal<sup>24</sup>.

É importante destacar a contribuição de Zagrebelsky e Ferrajoli, respectivamente, com a teoria sobre o direito dúctil<sup>25</sup> e a teoria garantista<sup>26</sup> -, esta vinculada, posteriormente, ao constitucionalismo multinível de cunho cosmopolita. Pontua-se, quanto às duas correntes, que existem avanços e limites, principalmente no tocante ao papel desempenhado pela jurisdição constitucional e do próprio Estado neste inevitável mundo globalizado.

Finalmente, como outro objetivo da tese, busca-se resgatar o papel da “autonomia” do direito e do próprio Estado, como agentes, imprescindíveis na arena nacional e internacional. Pretende-se demonstrar as alterações que sofreram as Constituições dirigentes no contexto atual, mas sem deixar de salientar a importância das mesmas para se fazer frente ao poderio econômico intra, inter e transnacional<sup>27</sup>. Nesse sentido, é inolvidável trazer a relevância da atuação dos Estados na defesa da “paz”<sup>28</sup>. Este, também, é um dos núcleos essenciais do constitucionalismo cosmopolita, integrando a paz e a cultura, palavras que Ortega y Gasset considera possuírem sentidos recíprocos, mesclando-se em prol de uma sociedade mais humana e solidária.

---

<sup>24</sup> HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska; Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Entretanto, neste trabalho, optou-se pela utilização da tradução em espanhol. Id. **Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional**. p. 256.

<sup>25</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. 7. Ed. Trotta: Madrid, 2007.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Teoria della democrazia**. Editori Laterza: Roma, 2007; Id. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006; Id. **Derecho y razón. Teoria del garantismo penal**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 4. ed. 2000; Id. **Epistemología Jurídica y garantismo**. México: Fontamara, 2006, dentre outros textos do mesmo autor.

<sup>27</sup> Segundo Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar, juntando o prefixo “trans” e a caracterização de Nação Jurídica, entende-se como “transnacional” os novos espaços públicos não diretamente ligados à um território específico, o que acaba por aceitar a pluralidade como premissa, possibilitando-se o exercício do poder a partir de valores axiológicos comuns, destinados a formação de um novo pacto de civilização. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado de Direito Transnacional. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (Orgs.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 61.

<sup>28</sup> Importante mencionar a obra de Eric Hobsbawm, intitulada “Globalização, Democracia e Terrorismo”, na qual o historiador afirma que o século XX foi o mais sanguinário de toda história documentada. Porém, deve ser objeto de destaque o fato de que o número de guerras internacionais diminuiu de forma paulatina desde meados da década de 1960, quando os conflitos internos passaram a ser mais comuns do que as guerras entre países. HOBBSAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução de José Viegas. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 21-35.

**PRIMEIRA PARTE**

**DO PASSADO AO PRESENTE:  
AS RECONFIGURAÇÕES RELACIONAIS  
ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E O COSMOPOLITISMO**

## DO PASSADO AO PRESENTE: AS RECONFIGURAÇÕES RELACIONAIS ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E O COSMOPOLITISMO

Certos conceitos, como constitucionalismo e cosmopolitismo, apresentam dimensões que remetem ao passado, presente e futuro. Isso converte qualquer tipo de relação entre essas palavras em um assunto “pré-nacional”, nacional e “pós-nacional”. Assim, não há como fugir da discussão em torno do tempo. Para François Ost, a história do tempo começou mal, já que “Kronos” (que, em tempos mitológicos recuados, se escrevia com K e não era ainda o Deus-tempo, Cronos), não conseguiu que o tempo e o direito estivessem a seu favor. Assim, “Kronos” iniciou negando o próprio tempo<sup>29</sup>.

De fato, originalmente, “Urano” representava o céu e “Gea”, a terra, sendo que os mesmos permaneciam enlaçados em um abraço infindável, de onde nasciam seus filhos, enviados imediatamente ao Tártaro. Um dia, “Gea”, na tentativa de salvar um deles, armou o mais novo, “Kronos”, com uma pequena foice. Com isso, o filho cortou os testículos do pai, marcando a separação entre o Céu e a Terra, o que dá início ao reinado de “Kronos”. Ademais, este, avisado pela profecia de que um de seus filhos o destronaria, costumava devorá-los logo que sua mulher, “Reia”, colocava-os no mundo, até o momento em que esta salva o último filho, “Zeus”, fazendo o real esposo engolir, no lugar do filho, uma pedra envolta em faixas. Já na idade adulta, “Zeus” pôs fim ao reinado de “Kronos”, enviando-o para o Tártaro<sup>30</sup>. Ost refere que a história que assim se inaugura é marcada pela violência e pela negação do tempo. “Kronos” coloca-se como dono do tempo, bloqueando as entradas e saídas, tanto do lado do passado como do futuro:

(...) cortar os testículos de seu pai é negar o peso do passado, é privá-lo de qualquer prolongamento possível; comer os próprios filhos e fazê-los regredir a uma posição uterina, é privar desta feita o futuro de qualquer desenvolvimento... O tempo do tirano esgota-se num presente estéril, sem memória nem projeto.<sup>31</sup>

Com efeito, o que o jurista e filósofo belga pretende demonstrar é que o mau-tempo é insustentável e sempre regressa de forma violenta. Por essa razão, os homens sempre

---

<sup>29</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 9.

<sup>30</sup> Ibid., p. 9-10.

<sup>31</sup> Ibid., p. 10.

inventaram outras figuras representantes do bom e do justo, como, por exemplo, “Eunomia”, “Diké” e “Eiréne”, que representavam a disciplina, a justiça e a paz<sup>32</sup>.

Posteriormente, Ost coloca alguns questionamentos em torno da relação entre temperança, que é a sabedoria do tempo, e justiça, que é a sabedoria do direito. Também sublinha que o tempo “é antes do mais uma construção social – e, logo, uma questão de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico”<sup>33</sup>. Dessa forma, é possível perceber a posição do referido autor contra a visão positivista que aprisiona o tempo. Ao contrário, expõe que a função do direito é a de mobilizar um tempo próprio, carregado de sentido instituinte e que busque a justiça social.

Nesse mesmo sentido, José Luis Bolzan de Moraes salienta que o tempo, em suas várias dimensões, apresenta-se como um elemento central da existência humana, “seja como demarcador de datas, seja como limite biológico, seja, ainda, como organizador de nosso cotidiano.” Daí, a necessidade de apropriação do tempo para se estabelecer uma discussão que considere a importância do seu domínio para a construção de uma sociedade democrática<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> OST, 1999, p.11. Para aprofundar o estudo sobre a mitologia, consultar: BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia. História de deuses e heróis**. 29. ed. Tradução de David Jardim. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

<sup>33</sup> Ibid., p. 12.

<sup>34</sup> No livro “A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia”, é possível perceber uma tendência transdisciplinar, que aborda para além da dogmática jurídica aspectos que levam ao sentimento e ao vir-a-ser democrático, através da música e da poesia. Igualmente, é abordada a relação entre os diversos momentos do tempo, particularmente, as relações entre tempo de trabalho e tempo livre. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1998. p. 15.

Martin Heidegger<sup>35</sup>, ao longo de sua obra, sempre buscou o sentido do ser no tempo, afirmando que, para se compreender a linguagem, é indispensável contextualizá-la em um determinado período histórico. As proposições dependem da situação cultural e do viés subjetivo, recomendando ao ser humano estabelecer-se radicalmente no nível da finitude, elaborando a própria estrutura preconceituosa como estrutura positiva e ontológica da compreensão, para perceber as próprias possibilidades a partir da situação existencial. Ele recuperou o questionamento epistemológico do historicismo, buscando um dar-se conta do ser-no-mundo ou ser-aí (“Dasein”)<sup>36</sup>.

Assim, a discussão em torno do tempo é de fundamental importância neste trabalho, já que o constitucionalismo e as próprias Constituições são elaborados com o objetivo de regular as relações sociais, políticas, jurídicas e culturais em um tempo instituído e instituinte. Entretanto, antes de abordar propriamente sobre os aspectos que envolvem a teoria constitucional contemporânea, é necessário traçar algumas reflexões em torno dos

---

<sup>35</sup> Martin Heidegger (1889-1976), um dos principais filósofos do século XX, possui uma produção bibliográfica que ultrapassa mais de cem volumes. Para Rüdiger Safranski, as obras do filósofo formam capítulos excitantes da história, falando-se dele “no bem e no mal, e além do bem e do mal”. Na verdade, o pensamento de Heidegger deve ser analisado a partir do momento histórico em que se encontrava, pois, no início do século XX, inicia-se na Europa uma espécie de desestruturação do pensamento filosófico. Depois da crise das teorias ligadas ao pensamento absoluto, principia uma espécie de desagregação do pensamento filosófico. Essa desagregação se deve em parte ao surgimento das ciências humanas, que começavam a se afirmar com autonomia. Com efeito, foi o campo ideal para a volta às teorias do conhecimento, chamadas de epistemologias. Dentre elas, duas se sobressaíram: a da lógica e a da linguagem. Essa não aceitava explicações puramente científicas, destacando-se a fenomenologia de Edmund Husserl. No momento em que Heidegger observa a fenomenologia, percebe que está diante da possibilidade do recomeço da filosofia, a qual se afasta da metafísica aprisionada ao esquema sujeito-objeto da filosofia da consciência - e visa à situação concreta do homem. SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger. Um mestre da Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2000. p. 18. Destacam-se várias obras do mestre alemão, dentre elas: HEIDEGGER, Martin. **Caminhos de Floresta**. Tradução de Irene Borges-Duarte Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2002; Id. **Carta sobre o humanismo**. Tradução de Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Editora Moraes, 1991; Id. **Heráclito: a origem do pensamento ocidental**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1998; Id. **O fim da filosofia ou a questão do pensamento**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1972; Id. **Que é metafísica?** Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1973, Coleção Os pensadores; Id. **Ser e Tempo**. Op. cit. Parte I e II, 2002, etc.

<sup>36</sup> Destaca-se que certas palavras em alemão parecem significar tudo. Uma delas é o “da”. Ela significa “lá” e “aí”. Com o prefixo de “sein”, “ser”, ela forma “dasein”, “ser-aí”, presente, disponível, existir. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução de Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002. p.29. Para Lenio Luiz Streck, a compreensão é entendida como estrutura ontológica do “Dasein” (ser-aí ou presença), não sendo esse modo uma “propriedade do ser”, mas sim o próprio ser. Logo, a teoria de Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do ser; a clarificação resulta no único ente que compreende o ser, que é o homem “(Dasein)”, o estar-aí, que é o ser-no-mundo, que é o cuidado “(sorge)”; o cuidado é temporal “(zeitlich)”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 178. Salienta-se que os caracteres do “Dasein” levam o nome de existenciais, já as categorias são determinações do ser dos entes não conformes com o “Dasein”. VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Tradução de João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 26.

ciclos históricos que envolvem a ideia de Constituição, pois sua concepção atual carrega conexões de continuidade e descontinuidade com o passado.

Adverte-se que não se pretende trazer nenhuma história das Constituições desde suas raízes antigas e medievais, justamente porque não se pode falar de um constitucionalismo<sup>37</sup> ou de apenas um movimento de estudo das Constituições, mas sim de vários momentos constitucionais. Por essa mesma razão, o objetivo é evidenciar os fatores de ruptura e de reconstrução histórica, que compõem o grande mosaico dos diferentes constitucionalismos.

Cabe ressaltar, ainda, em perspectiva mais ampla, que atualmente existem grandes discussões em torno das alterações na forma de percepção e na busca pelo sentido do próprio direito. Isso gera debates em torno de disciplinas fundamentais, como Teoria do Estado<sup>38</sup>, Teoria do Direito, Direito Constitucional, etc.

Um dos fenômenos que decisivamente mostra essas modificações é a aparição de determinadas variantes e prolongamentos de doutrinas tradicionais, com a utilização dos prefixos “pós” ou “neo”: pós-positivismo ou neoconstitucionalismo. Destaca-se a posição de Antonio Enrique Pérez Luño para o fato de que os pós-positivismos e as neodogmáticas implicam o risco de gerar doses de indeterminação conceitual incompatíveis com o rigor e a clareza exigidos pela teorização do direito. Ademais, “la pretensión de resolver problemas conceptuales como meras adjetivaciones o innovaciones terminológicas (...) pueden degenerar en una ideseable logomaquia”<sup>39</sup>.

O chamado neoconstitucionalismo abarca um movimento relativamente recente dentro do Estado Constitucional, possuindo seguidores principalmente em países como Itália e Espanha, assim como em diversos Estados da América Latina, particularmente,

---

<sup>37</sup> Para Matteucci, o termo constitucionalismo refere-se, geralmente, a certos momentos de reflexão sobre a experiência político-jurídica relativa à organização do poder. No entanto, destaca a polissemia do termo, a qual será abordada no decorrer do trabalho. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Traducción de Francisco Javier Ansúategui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 23.

<sup>38</sup> Salienta-se que este trabalho adota a concepção de Estado baseada em Heller, ou seja, que observa a necessária compreensão do Estado enquanto realidade histórica, a partir da análise da sociedade local. Dessa forma, não é admissível uma Teoria Geral do Estado, mas apenas uma Teoria do Estado, considerada em sua forma concreta. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5 ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 20. Ainda, sobre questões atinentes às transformações do Estado ao longo do tempo, cita-se do mesmo autor: **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. Ver, também, ASÍS, Rafael de. **Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho**. Madrid: Dykinson-Universidad de Jaén, 1999.

<sup>39</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho**. Sevilla: Innovación Lagares, 2003. p. 57-8.

Argentina, Colômbia, México e Brasil. Ao mesmo tempo, evidencia um fenômeno amplo que envolve, além de aspectos estritamente constitucionais, outros, de Teoria do Direito e Teoria do Estado. Dessa forma, ainda requer estudo e aprofundamento<sup>40</sup>.

Não são poucos os autores que se perguntam se existe realmente um novo constitucionalismo ou se não seria apenas uma etiqueta vazia para os problemas do passado<sup>41</sup>. No decorrer deste texto, pretende-se demonstrar em que sentido as diferentes perspectivas do constitucionalismo podem contribuir para a reconfiguração desse tema até o desdobramento de uma cultura constitucional “cosmopolita”<sup>42</sup>.

É importante destacar que a noção de constitucionalismo vem passando por diversas “crises”<sup>43</sup>, sendo muitas delas decorrentes de dilemas que abarcam a correlação entre a Teoria do Estado e do Direito Constitucional<sup>44</sup>. Desse modo, quando se discute sobre as dificuldades enfrentadas pelo Estado provenientes da globalização<sup>45</sup>, igualmente

---

<sup>40</sup> CARBONELL, 2007, p. 9.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Diferentes conceitos atribuídos à palavra cosmopolitismo serão detalhados durante o texto. Entretanto, ressalta-se que a delimitação do tema implica na opção por determinadas teorias, o que, de forma alguma, significa rejeição ao debate com as demais correntes doutrinárias.

<sup>43</sup> A respeito do tema, consultar: BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; Id., 1998. BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2006. Dessa perspectiva, é sentida a necessidade de reflexões que tenham por pressuposto o “lôcus” privilegiado do Direito e o Estado, apontando para circunstâncias peculiares ao debate, que também envolvam a filosofia “política”. Com isso, o Direito pode se apresentar como um instrumento apto a dar forma e conteúdo para um determinado modelo de sociedade humana. Ver BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A filosofia “política” no direito. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídico. A filosofia no direito e a filosofia do direito**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007. p. 112.

<sup>44</sup> Esta abordagem vem sendo discutida no âmbito do grupo de pesquisa “Estado e Constituição”, coordenada pelo professor Dr. José Luis Bolzan de Moraes. Id. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a “realização” da ordem constitucional! E o povo...In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 91-111.

<sup>45</sup> Este conceito será desenvolvido no decorrer do texto, mas desde já, adianta-se a posição de Paulo Bonavides sobre a necessidade de que, para além da globalização econômica, pense-se, também, na globalização política como um direito de quarta geração. Com a legítima globalização política, a democracia ostentará um viés universal e uma nova dimensão de liberdade e justiça social. BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. Consultar, principalmente, o capítulo 30, p. 281-6. Para Otfried Höffe, a globalização é uma palavra de ordem da filosofia política revestida de emoções contraditórias, em parte contendo esperanças e temores. Além disso, vem sendo empregada de maneira inflacionária e, ao mesmo tempo, em contornos tão tênues que se prefere evitá-la. Na sua primeira definição, apresenta “a globalização como crescimento e consolidação das relações internacionais”. HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão: São Paulo: Martins Fontes, 2005. Ainda, Zygmunt Bauman refere que a “globalização para alguns é o que se deve fazer para ser feliz; para outros, é a causa da infelicidade. Para todos, porém, globalização é o destino irremediável do mundo”. BAUMAN, Z. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 7.



se debate sobre os problemas constitucionais, pois Estado e Constituição apenas podem ser entendidos de forma interligada.

Vale observar que o fenômeno da globalização possui implicações positivas e negativas. Nesse sentido, presumir que seja irremediavelmente nefasto é um prejuízo que se deve evitar. Nas palavras de Alfonso de Julios-Campuzano, “desconocer los beneficios es tan necio como ignorar los perjuicios que un fenómeno de esta naturaleza encierra”<sup>46</sup>.

Os problemas que envolvem a globalização necessitam de novas ferramentas para tentar desenvolver Estados empenhados em efetivar os “direitos humanos e fundamentais”<sup>47</sup>. Por isso, objetiva-se lançar o ideal cosmopolita como um caminho que, de certa forma, passa pelo próprio sentido do constitucionalismo. No entanto, antes, é necessário percorrer a longa estrada de mosaicos constitucionais que, ainda, marcam o constitucionalismo do presente.

---

<sup>46</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. **La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo**. Madrid: Dykinson, 2003. p. 13.

<sup>47</sup> O debate sobre as expressões “direitos humanos” e “fundamentais” é polêmico e será abordado adiante. No momento, alude-se à explicação usual da doutrina, a qual afirma que direitos fundamentais se aplicam para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados nas Constituições de determinados Estados; ao contrário, a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por estarem relacionados ao ser humano independentemente da vinculação a qualquer tipo de Estado. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 32-3.

# 1 A CONSTITUIÇÃO DO PERÍODO PRÉ-MODERNO

A época antiga, como qualquer outro momento histórico, teve seu modo próprio de organizar a sociedade local, de expressar as necessidades históricas de uma determinada ordem política. Todavia, existem divergências sobre o fato de ter existido, realmente, a formação de Estados, ou, ainda, a possibilidade de se admitir a existência de um constitucionalismo da antiguidade.

Segundo Reinhold Zippelius, dentre as principais justificativas de formação do Estado, estão a proteção contra o egoísmo e a agressividade dos homens; a garantia da ordem; a busca pela paz e a disposição de uma ordem justa para que as pessoas pudessem atingir a formação plena de sua personalidade, tendo como objetivo o auxílio recíproco. Esses fins seriam tão importantes que fariam com que o Estado surgisse como legítimo<sup>48</sup>. Desse modo, falar de Estado significa tratar acerca das condições de possibilidade de sua compreensão desde seu nascimento até a contemporaneidade.

Para Zippelius, logo no início da história das teorias sobre o Estado teria surgido a ideia de que os indivíduos integram-se em comunidades reguladas por leis, com fins específicos de se protegerem mutuamente. Nesse sentido, cita a época antiga e as teorias de filósofos como Platão e Aristóteles<sup>49</sup>. Entretanto, o problema do nome “Estado” suscita controvérsias.

Não seria tão importante este debate se a utilização do termo não estivesse relacionada à necessidade de se encontrar um novo nome para uma realidade nova. Norberto Bobbio sustenta que é de fato opinião difusa que, para juristas, historiadores e escritores políticos, no início da Idade Moderna - no século XVI –, lançou-se a reflexão em torno de uma realidade desconhecida pelos escritores antigos, da qual a palavra nova seria um indicador, “tanto que seria oportuno falar de Estado unicamente para as formações políticas nascidas da crise da sociedade medieval, e não para os ordenamentos precedentes”<sup>50</sup>.

Da mesma forma, José Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck salientam que o surgimento do Estado foi uma experiência moderna, que se inaugurou na passagem do

---

<sup>48</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke Aires Coutinho. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997. p.150.

<sup>49</sup> Ibid., p.161.

<sup>50</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Tradução de Marco Aulério Nogueira. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 67-8.

medieval<sup>51</sup>. Nesse sentido, também, muitos constitucionalistas destacam que o termo Constituição<sup>52</sup> firmou-se no decorrer do Estado Moderno, com as Revoluções Americana de 1776/1787 e, posteriormente, com a Revolução Francesa de 1789.

Cabe pontuar a distinção realizada por Canotilho entre o conceito antigo e moderno de constitucionalismo. Aquele teria despontado no final da Idade Média, permanecendo até o século XVIII, e seria o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e restritivos do seu poder. Já o conceito moderno, que teria surgido em meados do século XVIII, seria uma teoria que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos fundamentais<sup>53</sup>. Para o professor coimbrano, o constitucionalismo surge como uma teoria normativa da política, ou, em outras palavras, uma forma de submeter o poder político ao direito, limitar suas funções, garantir o direito de liberdade aos cidadãos e estabelecer a separação dos poderes<sup>54</sup>.

Assim, o aparecimento das Constituições na época moderna, bem como sua importância para a instituição e posterior manutenção da democracia<sup>55</sup>, representou verdadeira revolução, baseada no fato de que a Constituição proporcionou afirmação da

---

<sup>51</sup> Antes do medieval, podem-se citar outras formas estatais pré-modernas, dentre elas estão: Oriental ou teocrático; “Pólis” Grega; “Civitas” Romana; etc. Sublinha-se que inúmeras teorias existem para explicar e justificar a origem do Estado. Além da vertente contratualista, podem ser mencionadas outras perspectivas, tais como a de Augusto Comte, vinculada à força do número ou da riqueza. Ademais, outras correntes psicanalíticas relatam que a origem do Estado está na morte, por homicídio do irmão ou no complexo de Édipo. Ver: BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2006, p. 23-4.

<sup>52</sup> Segundo Giovanni Sartori não tem propósito algum recuar aos gregos e aos romanos para explicar o constitucionalismo, já que o termo Constituição e a noção de constitucionalismo foram criadas no século XVIII. SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional. Como mudam as Constituições**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. p. 209. Para Carl Schmitt, o objeto próprio das Constituições modernas nasce com o Estado Moderno, em sua unidade política e ordenação social. Porém, admite que a “Magna Carta Libertatum de 1215”, na Inglaterra, pode ser a origem do modelo das Constituições Liberais. SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Traducción de Francisco Ayala. Alianza Editorial, 2003. p. 66-7.

<sup>53</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 52-55.

<sup>54</sup> Sobre a separação dos poderes, ver Montesquieu, quando refere que para não se abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder. Uma Constituição pode ser feita de tal forma que ninguém será constrangido a praticar coisas que a lei não obriga e a fazer aquelas que a lei não permite. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.164-5. Cita-se, também, WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. 11.ed. São Paulo: Ática, 2006; DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>55</sup> Existem várias definições, trabalhos e teses sobre este importante tema. Bobbio afirma que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta às formas autocráticas de governo, é pensá-la como um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos. Para verificar a teoria do doutrinador italiano, consultar: BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 29-52.

coletividade e subordinou a atuação do ente estatal. Contudo, mesmo destacando a visão de certos autores de que o Estado e o constitucionalismo seriam uma experiência moderna, é possível perceber formas de organização social na antiguidade<sup>56</sup>, e, com isso, uma espécie “constituição do antigos”<sup>57</sup>.

Nessa mesma orientação, García-Pelayo ressalta que o Direito Constitucional como disciplina autônoma e sistemática não nasce até o século XIX; todavia, isso não quer dizer que antes não existissem normas constitucionais. Cita, como exemplo, a Grécia, Roma e os sistemas dos tratadistas medievais<sup>58</sup>. Dallari expõe que, no sentido comum da palavra, “todos os povos sempre tiveram uma constituição, assim como se diz que todas as coisas formadas de diversas partes são constituídas dessas partes (...)”<sup>59</sup>.

Na mesma orientação, pontua Bercovici que o constitucionalismo diz respeito às circunstâncias históricas europeias e ocidentais, com conexões e influências de outros períodos históricos, não possuindo um momento único. Salienta que as relações de continuidade são, geralmente, enganosas. Vale observar através das palavras do autor:

Há pluralidade de experimentos e visões, cada um com sua especificidade e originalidade. Por exemplo, a idéia de constituição como lei geral da organização do Estado é posterior às revoluções liberais. Mas esta concepção conviveu, ainda, por muito tempo com a da constituição como estrutura política, como forma de organização do poder político. Isto sem mencionar que foi só no decorrer do século XIX que a visão majoritária de constituição passou a ser a de uma lei formal e hierarquicamente superior às demais, e a tradicional distinção entre constituições rígidas e flexíveis só foi consolidada por James Bryce na passagem do século XIX para o século XX<sup>60</sup>.

Com o que foi exposto até o momento, permanece a pergunta em aberto: é possível se falar de um constitucionalismo da antiguidade? Na verdade, o que se deve questionar é

---

<sup>56</sup> De acordo com Luís Roberto Barroso, o termo constitucionalismo é de uso relativamente recente, datando de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano. Entretanto, as ideias centrais abrigadas em seu conteúdo remontam à antiguidade clássica, mais especificamente ao ambiente da “polis” grega, em torno do século V a.C. BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4-5. No mesmo sentido afirma a doutrina anglo-saxônica: FRANKLIN, Daniel P; BAUN, Michael J. (editores). **Political culture and constitutionalism: a comparative approach**. New York: M. E. Sharpe, 1995; LOVELAND, Ian (editor). **Constitutional Law**. Hampshire: Ashgate Publishing, 2000, etc.

<sup>57</sup> FIORAVANTI, 2001.

<sup>58</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Obras completas**. Vol. I. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991. p. 25.

<sup>59</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p.3.

<sup>60</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quatier Latin, 2008. p.16.

sobre o sentido do constitucionalismo e sobre o alcance das normas constitucionais em cada momento histórico, mantendo-o como um conceito instável.

É extremamente complicado atribuir uma definição para Constituição, porque os diferentes movimentos constitucionais oferecem uma pluralidade de formulações. Esta polêmica, comum a todas as ciências do espírito, encontra-se acrescida pelo fato de que o constitucionalismo se relaciona com a existência política de um povo, bem como se liga a diversas esferas da vida humana, vinculando setores da realidade política, jurídica, sociológica, etc.<sup>61</sup> Dessa maneira, ciente da polêmica e das divergências quanto à época histórica do surgimento do constitucionalismo, opta-se pelo retorno aos antigos, sublinhando que não existe relação de continuidade ou qualquer traço de origem direta com o constitucionalismo dos “Estados Modernos e Contemporâneos”<sup>62</sup>.

### 1.1 A constituição dos antigos: prevalência da aspiração coletiva

Nas Cidades-Estados ou “pólis”<sup>63</sup> da Grécia antiga, onde a democracia era apenas uma entre várias formas de governo, as variantes de autoridade iam desde o reinado hereditário até a aristocracia, passando pela oligarquia e domínio do chefe, descrito como tirano. É sabido que a doutrina política daquele período viveu seu melhor momento na metade do século IV a.C., com os filósofos Platão<sup>64</sup> e Aristóteles<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup>GARCÍA-PELAYO, 1991, p. 31.

<sup>62</sup> Destaca-se que a utilização do termo Estado Contemporâneo, com “C” maiúsculo, na caracterização proposta por Cezar Pasold, refere-se à preponderância de um caráter finalístico vinculado à ideia de função social, para diferenciá-lo de Estado contemporâneo, com “c” minúsculo, o qual se relaciona às questões atinentes ao Estado nos dias atuais. Ver nota 1 e 3. BOLZAN DE MORAIS, 2002. p. 14-5.

<sup>63</sup> David Held utiliza os termos “ciudad-estado” e ocasionalmente “ciudad-república” em substituição ao termo “polis”. HELD, David. **Modelos de democracia**. Traducción de Teresa Alberó. Madrid: Alianza Editorial, 1992. A época em que se desenvolveu a “pólis” grega (500-360 a.C.) foi o momento em que o homem grego se converteu em “ser político”. Em lugar da adesão familiar da época arcaica, surge a participação política, objetivando um ideal coletivo. Para aprofundar o tema, consultar: BENGTON, Hermann. **Historia de Grecia. Desde los comienzos hasta la época imperial romana**. Traducción de Julio Calonge. Madrid: Editorial Gredos, 1986. p.102-3.

<sup>64</sup>A obra de Platão é, amplamente, discutida por diversas áreas do conhecimento humano. Dessa forma, destaca-se a dificuldade em se fazer uma síntese e, assim, realizar interpretações parciais de sua teoria. Logo, apenas objetiva-se indicar alguns traços característicos de seus textos, como, por exemplo, a preocupação pela busca do conhecimento verdadeiro e legítimo, abarcando a moral e a política. A filosofia corresponderia a um método para se atingir o ideal em todas as áreas pela superação do senso comum, estabelecendo o que deve ser aceito por todos, independentemente de origem, classe ou função. É isso que significaria a universalidade da razão. A prática filosófica envolveria, em certo sentido, o abandono do mundo sensível e a busca pelo mundo das idéias (...). MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia. Dós pré-socráticos a Wittgenstein**. 9. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 51.

Era um tempo de profunda crise, caracterizado por intensas discórdias e particularismos locais. Com isso, ocorreu a transformação da “pólis” de um lugar de exercício de direitos políticos e reconhecimento<sup>66</sup> coletivo para um local caracterizado pela economia e intercâmbio, com aumento do tráfico comercial e marítimo. Também, crescia a discórdia entre pobres e ricos. Os primeiros reivindicavam assistência pública e os segundos lutavam contra o confisco e redistribuição de terras<sup>67</sup>. A fase de decadência política levou ao aparecimento de aspirações coletivas, que serviam para superar as divisões sociais.

### 1.1.1 Os gregos: da “stásis” à “politeía”

Naquele período, havia o temor de que a “stásis”, que significava conflito, levasse o indivíduo para fora de si e assumisse características radicais, que tornassem impossível a solução dentro das instituições existentes<sup>68</sup>. Começaram a surgir teorias para salvar a unidade da “pólis” e formas de combate ao desequilíbrio social.

Ao conceito chave de “stásis” foi necessário contrapor um valor positivo, que se expressou através da “eunomia”, ou seja, uma boa ordem na coletividade. Neste conceito, estava o verdadeiro ideal do mundo clássico, de uma revolução pacífica dos conflitos, de

---

<sup>65</sup> O pensamento de Aristóteles desenvolveu-se, sobretudo, a partir de uma crítica tanto à filosofia dos pré-socráticos quanto à filosofia platônica (...), através do esforço de elaboração de uma concepção filosófica própria, que não se confundia com a de seus antecessores e, ao mesmo tempo, tentava superar o que considerava suas principais falhas e limitações. A teoria aristotélica pretendia evitar o dualismo platônico, baseando-se na concepção de realidade. Segundo Aristóteles, o que existe é uma substância individual, como matéria em concreto. MARCONDES, 2005, p. 69-72. Aqui, é importante abrir um parêntese para citar a posição de Streck, no tocante à teoria de Platão e à teoria de Aristóteles, já que o mesmo entende que tanto Platão como Aristóteles atribuíam um papel secundário à linguagem. No fundo, o sistema aristotélico seria uma releitura do pensamento platônico, uma vez que Aristóteles descobriu uma brecha na teoria de seu mestre. A linguagem não manifesta, mas significa coisas. “A palavra é (somente um) símbolo, e sua relação com a coisa não é por semelhança ou por imitação, mas (apenas) por significação (...)” Com isso, percebe-se que tanto o idealismo platônico como o essencialismo aristotélico, embora discordantes em muitos aspectos, convergem sobre a existência de uma verdade absoluta. STRECK, 2007, p. 124-8.

<sup>66</sup> A filosofia política atual vem debatendo a questão do reconhecimento. Um crescente número de pesquisadores, de diversas áreas das ciências sociais, debruça-se sobre esse conceito, desde Charles Taylor, Nancy Fraser, Axel Honneth, etc. Cada um, a sua maneira, retoma considerações propostas por Hegel para ressaltar a importância do reconhecimento intersubjetivo na auto-realização de sujeitos e na construção da justiça social. Consultar: MENDONÇA, Ricardo Fabrino. **Reconhecimento em debate: os modelos de Honnet e Fraser em sua relação com o legado habermasiano**. Disponível em: <[http://www.fafich.ufmg.br/compolitica/anais2006/Mendonca\\_2006.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/compolitica/anais2006/Mendonca_2006.pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2009. Ainda, destacam-se as seguintes obras: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo. Examinando a política do reconhecimento**. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Piaget, 1998; HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003; dentre outras.

<sup>67</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 15-6.

<sup>68</sup> Ibid., p.16.

uma convivência duradoura e, em definitivo, o problema de uma forma de governo adequada a esta finalidade<sup>69</sup>.

Para entender essa teoria, Fioranti destaca que é necessária a libertação de determinados condicionamentos ancorados no constitucionalismo moderno, baseados na distribuição de competências. É preciso pensar que a forma de governo se expressava na unidade e no equilíbrio, indispensáveis à sociedade da época. Logo, a forma de governo não pressupunha nenhuma soberania e, menos ainda, um Estado; referia-se simplesmente a um sistema de organização e de controle dos diversos componentes da sociedade, erguidos para promover a eficácia das ações coletivas, e consentir, assim, no pacífico reconhecimento de pertencimento político<sup>70</sup>.

Dessa maneira, com Clístenes, em sua reforma constitucional de 508-507, e com Péricles, em 460 a 430, a cidade de Atenas adquire uma conformação “democrática”<sup>71</sup>. Democracia significava, primazia da assembleia de cidadãos, direito de palavra, apresentação de propostas e alternância anual de governantes, ou seja, em suas pequenas e autônomas “pólis”, os cidadãos formavam o exército e arrecadavam recursos públicos<sup>72</sup>.

Nesse contexto, de reestruturação e balanço da forma de governo democrático, desenvolveu-se o conceito do “politeía”, que os modernos traduzem habitualmente como Constituição. É importante destacar certos problemas nesta tradução, porque, consultando as fontes gregas, é possível descobrir vários significados, algumas vezes interpretados de um ponto de vista subjetivo, como conjunto de cidadãos; outras vezes, de um ponto de vista objetivo, como uma organização política<sup>73</sup>.

O dilema surge, na realidade, porque geralmente se pretende adequar as fontes antigas às expectativas atuais. A “politeía” não seria mais do que um instrumento político conceitual dos gregos para sublinhar um problema central: a busca de uma forma de

---

<sup>69</sup> FIORAVANTI, 2001.

<sup>70</sup> Ibid., p. 17.

<sup>71</sup> Em Atenas, onde havia muitas riquezas, também ocorria domínio sobre as colônias com mãos-de-ferro, nas quais os escravos somavam até 100 mil habitantes, no fim do século IV a. C. Além disso, as mulheres, os escravos e os metecos (estrangeiros domiciliados em Atenas) não gozavam de nenhum dos direitos da cidadania masculina. GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 10. Assim, Held ressalta os estritos limites da democracia ateniense, chegando a referir que é questionável a legitimidade do governo da época. HELD, 1992, p. 39. No livro terceiro da obra “Política”, de Aristóteles, é possível observar claramente a restrição da participação popular, pois o filósofo grego menciona que o cidadão é apenas a pessoa que pode ser juiz e magistrado ou o homem que possui poder de participação deliberativa ou judiciária. ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 79.

<sup>72</sup> HELD, 1992, p. 37.

<sup>73</sup> FIORAVANTI, op. cit., p. 19.

governo que reforçasse a unidade da “pólis”, ameaçada por diversas crises. Com a “politeía”, pretende-se demonstrar a urgência de uma união política.<sup>74</sup>

Aristóteles destaca a metáfora do “Coro” para explicar o sentido da “politeía”, pois, para ele, o “Coro” poderia ser cômico ou trágico, inclusive formado pelos dois elementos em conjunto, que, mesmo assim, continuaria sendo cômico e trágico. Ainda, afirma que a identidade mais profunda seria o repertório, com maneiras e estilos diferenciados, interna e externamente. Por isso, o conjunto das características é que forma a união que chama de “politeía”, este é um dos sentidos que pode ser atribuído à constituição desse período histórico<sup>75</sup>. Porém, é interessante pontuar que a constituição para os antigos não está relacionada, de forma alguma, a um único documento escrito, válido em determinado território, como estabelecido no Estado Moderno.

Nas palavras de Aristóteles:

Si el Estado es efectivamente una especie de asociación; si es una asociación de ciudadanos que obedecen a una misma constitución, mudando esta constitución y modificándose en su forma, se sigue necesariamente, al parecer, que el Estado no queda idéntico; es como el coro que, al tener lugar sucesivamente en la comedia y en la tragedia, cambia para nosotros, por más que se componga de los mismos cantores. Esta observación se aplica igualmente a toda asociación, a todo sistema que se supone cambiado cuando la especie de combinación cambia también, sucede lo que con la armonía, en la que los mismos sonidos pueden dar lugar, ya al tono dórico, ya al tono frigio. Si esto es cierto, a la constitución es a la que debe atenderse para resolver sobre la identidad del Estado. Puede suceder, por otra parte, que reciba una denominación diferente, subsistiendo los mismos individuos que le componen, o que conserve su primera denominación a pesar del cambio radical de sus individuos<sup>76</sup>.

Constata-se que à ideia de constituição poderia ser assimilada a noção de política da Cidade-Estado, já que seu conceito traduziria tanto a maneira como eram escolhidos os governantes, como as condições nas quais, por meio de sua função, exerciam a autoridade. Simone Goyard-Fabre, a esse respeito, refere que a “politeía” tem efetivamente força e forma constitucional, já que a constituição “era a plataforma de princípios que, embora não escrita, servia de base para a edificação da política da Cidade-Estado”<sup>77</sup>. Pode-se concluir

---

<sup>74</sup> FIORAVANTI, 2001.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> ARISTÓTELES. **Política**. Traducción de Patricio de Azcárate. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/13561630989134941976613/index.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2009.

<sup>77</sup> GOYARD-FABRE, 2003, p. 42.



que a constituição dos antigos, longe da racionalização dos modernos, nutria-se da substância da vida.

Por outro lado, Aristóteles e Platão, em diversos textos, trazem constituição como sinônimo de governo:

Considerando-se que a palavra constituição e governo querem dizer a mesma coisa, considerando-se que governo é autoridade suprema nos Estados e que, necessariamente, tal autoridade suprema deve ficar nas mãos de um apenas, ou de diversos, ou de uma multidão, infere-se que desde que um apenas, ou muitos, ou a multidão, se sirvam da autoridade com vistas ao interesse coletivo, a constituição é pura e sadia, obrigatoriamente; em vez disso, se se governa pensando no interesse particular, quer dizer, no interesse de um apenas, ou de muitos, ou da multidão, a constituição é viciada e corrompida; pois de duas uma: é necessário declarar que os cidadãos não tomam parte do interesse geral, ou dele tomam parte.<sup>78</sup>

Dessa maneira, quer se entenda constituição como governo ou relacionada ao sentido de “politeia”, como unidade política harmônica, ainda permanece a dúvida em torno de seu papel democrático. Seria admissível uma “politeia” democrática? Caso contrário, que outra constituição seria necessária?<sup>79</sup>

É sabido que Platão não acreditava em uma constituição democrática, pois para ele, não existia uma verdadeira e estável forma de união, mas sim diferentes tipos de constituição que poderiam ser divididas em quatro. Quase com ironia afirma que as constituições democráticas seriam agradáveis, anárquicas e variadas. Com efeito, a democracia levaria à tirania, através da demagogia excessiva e ilimitada extensão do princípio da igualdade.<sup>80</sup>

Não será difícil saber. Aquelas a que me refiro têm nome, a saber: a constituição, tão elogiada por muita gente, de Creta, e da Lacedemônia; a segunda, é também elogiada em segundo lugar, a chamada oligarquia, que é um estado repleto de males sem conta; a seguir vem aquela que lhe é oposta, a democracia; e a altaneira tirania, antagônica a todas estas, que é a quarta e última das enfermidades do Estado.<sup>81</sup>

Alguns aspectos da obra de Platão podem ser considerados contraditórios. Por exemplo, quando Platão afirma que o melhor governo, no plano teórico, estaria baseado na vontade do que manda, desde que este despotismo fosse baseado em um tipo de arte

<sup>78</sup> ARISTÓTELES, 2003, p. 89-90.

<sup>79</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 20.

<sup>80</sup> PLATÃO. **A República**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 239-240.

<sup>81</sup> Ibid.

superior. Essa é a ideia em torno de um filósofo-rei, que deveria governar como um déspota. Porém, qual a resposta adequada à pergunta: Platão, politicamente, era absolutista ou constitucionalista? Isso depende da réplica a outra pergunta: pensava Platão que, realmente, poderia existir na terra algum tipo de filósofo-rei?<sup>82</sup>

McILWAIN insiste que Platão considerava o governo absoluto como o único celestial e o governo celestial como o único absoluto. Mas expõe que não existe em nenhum dos escritos do filósofo a crença na existência efetiva de um super-homem e, sem semelhante semi-deus, o despotismo se converteria na pior de todas as formas de governo. Logo, a melhor forma de poder seria o governo constitucional, pouco importando que em tal local existisse um ou muitos governantes, desde que o direito limitasse tal governo<sup>83</sup>.

Platão refere que uma boa constituição política jamais pode ser representada pela constituição dos vencedores, não possuindo uma origem violenta. Introduce o mito do “patrios politeía” ou a constituição dos antepassados e também aborda sobre um regime plural e harmônico, que combine elementos de monarquia e democracia. Com isso, precipita-se a posição mais adiante desenvolvida por Aristóteles da constituição mista<sup>84</sup>.

Aristóteles, inspirado por Platão, percebe a “politeía” como um instrumento para que, no futuro, a política pudesse traduzir-se em “politeía” ou regime constitucional estável. Entretanto, Aristóteles entende que todas as formas de governo são potencialmente justas e legítimas, o que não se pode aceitar é a degeneração das mesmas. A monarquia não deve transformar-se em tirania, a aristocracia em oligarquia e a democracia em demagogia<sup>85</sup>.

Para vencer esses perigos, deve-se revalorizar o significado político e, inclusive, ético da convivência civil. No entanto, Aristóteles não deixa de indicar a necessidade de uma forma de governo baseada em uma constituição que seja firme e duradoura. O filósofo se volta à constituição dos antepassados, “patrios politeía”, indicando a legislação de Solón, de 594-593. Através de medidas de forte relevância social, Solón criou uma constituição média, na qual todos podiam se reconhecer como seus integrantes<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> McILWAIN, 1991, p. 52.

<sup>83</sup> Ibid., p. 52-3.

<sup>84</sup> HELD, 1992, p. 48.

<sup>85</sup> ARISTÓTELES, 2003, p. 90.

<sup>86</sup> Id., **A Constituição de Atenas**. Disponível em: [http://www.consciencia.org/aristoteles\\_constituicao\\_de\\_atenas.shtml](http://www.consciencia.org/aristoteles_constituicao_de_atenas.shtml). Acesso em: 16 mar. 2009.

Sólón ratificou suas leis para que produzissem efeito durante o período de uma centúria, organizando a constituição do modo seguinte: dividiu a população em quatro classes de acordo com a propriedade. Como já tinha sido dividida anteriormente, quer dizer, em Pentacosimedimnios, Cavaleiros, Zeugitas e Thetos. As várias magistraturas, a saber: os nove Arcontes, os Tesoureiros, os Encarregados dos Contratos Públicos, ou Poletae, os Onze, e os Atuários da Fazenda, ou Colacretes, que assinavam aos Pentacosimedimnios, Cavalheiros e Zeugitas, confiando cargos a cada classe, proporcionalmente ao valor de suas propriedades<sup>87</sup>.

A título de exemplo, pode-se ressaltar que Solón promoveu a favor da classe oprimida a liberação das dívidas mais pesadas, bem como não prejudicou a aristocracia, pois afirmou que a distribuição de terras não era a solução para crise. Assim, percebe-se que Aristóteles defendia a constituição dos antepassados como o modelo de constituição média. O grande erro foi o afastamento desse modelo, ao romper com o equilíbrio, degenerando para demagogia e tirania.

Goyard-Fabre pontua que a inegável diferença entre a constituição dos antigos e a dos modernos não significa a existência de um hiato na política de duas eras do mundo. “Os antigos, muito pelo contrário, abriram, ainda que imperfeitamente, a estrada que os “modernos” percorrerão, procurando aperfeiçoar seu traçado”<sup>88</sup>.

É evidente que o sentido do constitucionalismo grego não é o mesmo que surge na Idade Moderna. Entretanto, a partir século IV, com Platão e Aristóteles, nasceu uma reflexão sobre a política que esteve fortemente atrelada aos ideais de justiça e equilíbrio coletivo, presentes no constitucionalismo atual. Dessa forma, a história demonstra a importância dos gregos para a sociedade contemporânea. Acontece que depois do apogeu da Grécia, esta foi conquistada por Roma<sup>89</sup>, iniciando um novo momento na trajetória das civilizações.

---

<sup>87</sup> ARISTÓTELES, 2009.

<sup>88</sup> GOYARD-FABRE, 2003, p. 43.

<sup>89</sup> Devido ao longo período de aperfeiçoamento da história romana, bem como à diversidade de autores que trabalham com o direito romano, importa considerar que não é objetivo deste estudo detalhar a mencionada época, mas sim apresentar pontos relacionados ao desenvolvimento do constitucionalismo. Com McILWAIN, é demonstrado que, para se entender o espírito do constitucionalismo romano, é necessário, primeiramente, colocar acima de tudo a natureza da lei. O direito romano estabeleceu a diferença entre “ius publicum” e “ius privatum”, uma separação que, até os dias de hoje, está por trás da história das garantias jurídicas dos cidadãos frente ao Estado. É interessante destacar que este doutrinador norte-americano realiza uma comparação entre o constitucionalismo romano e o britânico, chegando à conclusão de que os aparentes sistemas rivais possuem muitos aspectos em comum. Vale observar trecho literal da obra traduzida para o espanhol: “La expansión del derecho inglés por el sur de la isla británica supuso un proceso gradual de incorporación de las diversas costumbres locales en un sistema que con el tiempo se hizo, de este modo, general y común. El derecho común de Inglaterra es un *jus Pentium* inglés integrado por las múltiples piezas de las costumbres locales. De modo parecido, el *jus Pentium* de Roma consistía en los principios jurídicos comunes a los estados italianos que la expansión de Roma integraba en el sistema judicial romano.” McILWAIN, 1991, p. 75.

### 1.1.2 Os romanos: da constituição mista à “res publica”

Políbio refere que o século II a.C. marcou o momento em que a Grécia foi submetida à potência romana, sendo uma época caracterizada por total decadência política, ocasionada pela corrupção moral dos governantes. No entanto, isso não excluía a busca pela “melhor constituição”, que novamente estava baseada na “politeia”, como modelo ideal de equilíbrio e mediação entre monarquia, aristocracia e democracia<sup>90</sup>.

Nas palavras de Políbio:

De aquellos estados griegos que muchas veces fueron grandes y muchas veces experimentaron también el cambio radical en sentido opuesto, es fácil la narración de su pasado y la predicción de su futuro. Pues exponer lo ya conocido es fácil, y el predecir el futuro conjeturando a partir de lo ya sucedido es sencillo. Pero en relación con los romanos, en absoluto es fácil hacer una exposición de su situación actual por la complejidad de su constitución, ni predecir el futuro por el desconocimiento de su idiosincrasia pasada en público y en privado<sup>91</sup>.

A “melhor constituição” seria composta por todos os tipos específicos: realza, aristocracia e democracia. Porém, não se poderia considerar realza qualquer monarquia, apenas as de livre consenso; nem a aristocracia seria qualquer oligarquia, mas sim as que são presididas por eleições de homens justos. E, de maneira similar, não se poderia entender como democrático todos os lugares onde a massa do povo governa; na verdade, democracia existiria apenas quando se respeitassem as tradições e os costumes.<sup>92</sup> Em consequência disso, Políbio estabelece seis classes de constituição, que continuamente se transformariam no tempo.

Ademais, citando a legislação de Licurgo, Políbio afirma que toda espécie de constituição resulta insegura, porque com rapidez se degenera: monarquia em tirania, aristocracia em oligarquia e democracia em demagogia. Por isso, não deveria haver uma constituição uniforme, mas a reunião de todas as virtudes e traços característicos dos melhores sistemas políticos<sup>93</sup>.

Dessa maneira, começa a surgir a ideia de constituição mista. Com o passar do tempo, a carta política passa a representar uma teoria das magistraturas, estando

---

<sup>90</sup> O vocábulo grego para constituição política possuía um campo semântico mais amplo, no qual estavam implicados aspectos sociais e cívicos. POLIBIO. **Historias**. Libros V-VI. Traducción de Antonio Sancho Royo. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas: Madrid, 2008. p. 135.

<sup>91</sup> Ibid., 139.

<sup>92</sup> Ibid., p. 140.

<sup>93</sup> Ibid., p. 149.

diretamente relacionada à divisão de poder entre cônsules, composição real, senado, componentes da aristocracia e, por fim, o povo, representado por suas assembleias<sup>94</sup>. Através dessa manifestação, Políbio percebe claramente o princípio da contraposição, o que limitava e dividia os poderes estatais.

Aqui é possível a verificação de um traço de divergência com o modelo grego baseado em virtudes morais e cívicas. A constituição romana, inicialmente, alicerçava-se na distribuição de poder, sem olvidar a moderação e o equilíbrio. No entanto, vale destacar que o modelo de Aristóteles não se esgotou facilmente e, com Marco Túlio Cicerón, entre os anos 55 e 51 a.C., retorna-se, de certa forma, à inspiração grega.

Cicerón traz a ideia de “res publica” como “res” do povo, mas povo não é toda multidão de indivíduos, somente aqueles que estão reunidos sobre a base do consenso de uma comunidade de interesses<sup>95</sup>. Logo, uma “res publica” forte e viável deve basear-se no empenho coletivo, consciente e duradouro.

O referido autor evoca a palavra constituição apenas uma vez, para relacioná-la a uma particular forma de união. Com efeito, prefere a expressão “status civitatis”, no sentido da busca por um governo ideal, calcado na estabilidade e no equilíbrio. Esse último, em particular, recebe um tratamento de destaque nas reflexões de Cicerón mediante o conceito de “aequabilitas”, que significaria projeção em um plano político das virtudes de equidade e moderação<sup>96</sup>. Assim, na doutrina ciceroniana, emerge a “res publica” como um grande projeto de conciliação social e político, objetivando extremo cuidado e respeito para com a coletividade.

Pelo exposto, é possível verificar que as cidades-estados atenienses possuem traços em comum com a Roma republicana. Para David Held, ambas eram fundamentalmente sociedades que se comunicavam de boca-a-boca, culturas orais, com elementos de participação popular nos assuntos de governo. Igualmente, as duas civilizações pretenderam fomentar um profundo sentimento de dever público, tradições cívicas e de responsabilidade para com a República. Ainda, em ambas as formas de governo preponderava o bem coletivo sobre o individual<sup>97</sup>. Porém, existiam claras diferenças históricas, culturais e políticas, começando pelo fato de que Atenas permaneceu por muito tempo como uma república democrática, e Roma foi preponderantemente oligárquica.

---

<sup>94</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 26.

<sup>95</sup> CICERONIS, M. Tulli. **De re publica**. Traducción de J. V. Le Clerc. Paris: Librairie Hachette Et, 1907.

<sup>96</sup> FIORAVANTI, op. cit., p. 29.

<sup>97</sup> HELD, 1992, p. 51.

Tanto os gregos como os romanos invocam a “politeía” e a “res publica”, respectivamente, como critério de ordem e medida política de uma época. Nessa linha de raciocínio, como afirma Fioravanti, é possível admitir uma espécie de constituição dos antigos<sup>98</sup>.

Destaca-se, novamente, que o constitucionalismo da antiguidade não possui uma relação direta com o movimento gerador da Constituição dos modernos. Os antigos não tinham nenhuma soberania para limitar, muito menos haviam pensado a constituição como norma. Essa concepção somente consolida-se nos tempos modernos, como um modelo de separação dos poderes e garantia de direitos fundamentais<sup>99</sup>.

A constituição dos antigos foi se desenvolvendo primeiro no mundo grego e depois no romano, com características cada vez mais definidas, como um grande projeto de conciliação política: A “patrios politeía” dos gregos e a “res publica” dos romanos, aos poucos, foram se solidificando no curso de tempo como uma disciplina de aspirações para a prática da virtude: “de los monarcas, para que no se conviertan en tiranos; pero también de la aristocracia, para que no se transforme em oligarquías cerradas; y también del pueblo, para que no oiga la voz de los demagogos.”<sup>100</sup>

O constitucionalismo antigo deixa como herança a necessidade de um ideal ético e político a ser perseguido. Jamais, nesse período histórico, uma constituição deveria ser elaborada unilateralmente por um vencedor ou por um princípio absoluto, porque assim se romperia o equilíbrio e a pacificação social. Destaca-se, novamente, que não se pretende encontrar aí as raízes do constitucionalismo moderno ou contemporâneo, mas sim evidenciar certas singularidades que acabaram por influenciar o neoconstitucionalismo. E, nesse sentido, merecem atenção, igualmente, certos movimentos filosóficos da antiguidade.

### 1.1.3 Os cínicos cosmopolitas, o estoicismo e o universalismo jurídico dos romanos

Os movimentos sociais, políticos e jurídicos que aparecem no decorrer da história das civilizações, geralmente, recebem críticas. E justamente no período grego e romano, ciclo que marcou a história do constitucionalismo antigo, é que desponta a ramificação mais original e influente da tradição socrática da antiguidade: o cinismo. Essa corrente

---

<sup>98</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 29.

<sup>99</sup> Ibid., p. 29-30.

<sup>100</sup> Ibid., p. 31.

também é conhecida por dela ter surgido a palavra cosmopolita, que perpassa a temática deste trabalho.

O termo teria surgido depois que Diógenes respondeu à pergunta “De onde você é?” com a afirmação “Eu sou cidadão do cosmos”, ou, quando ele escreveu “O único bom governo é o do cosmos”<sup>101</sup>. Na verdade, nascem outros questionamentos sobre estas frases: Diógenes queria dizer apenas o que expressou literalmente? Ele não tinha nenhuma “pólis” e rejeitava a “pólis” como sendo contra natureza?<sup>102</sup> Pode-se entender como sendo uma oposição ao próprio constitucionalismo daquele período histórico? Antes de responder propriamente a essas perguntas, ressalta-se que a origem da palavra cinismo remete ao cão ou à maneira de um cão.

Existem duas explicações para a referida alusão. A primeira é de que a palavra procede do nome do ginásio em que Antístenes<sup>103</sup> costumava ensinar, o Cinosarges, que pode ser entendido como cão branco. Tal etimologia faz de Antístenes o primeiro “Cão”. A segunda é mais aceita e remonta à piada que comparava Antístenes ou Diógenes a cães, devido ao modo de vida assemelhado ao de um cão. De maneira que os cínicos eram conhecidos não somente pela sinceridade, mas também por “latir” como cães, indiferentes às normas sociais estabelecidas<sup>104</sup>.

As razões pelas quais uma nova ideologia surge em um determinado momento e lugar possuem raízes complexas e obscuras. No entanto, admite-se que o cinismo surge na época grega e romana devido à necessidade de cada indivíduo buscar sua própria felicidade, em uma época que não era incomum ser enviado para o exílio, levado por piratas ou vendido como escravo<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> MOLES L., John. Cosmopolitismo cínico. In: GOULET-CAZÉ, Marie-Odile; BRANHAM, Bracht R. (Org). **Os cínicos. O movimento cínico na antiguidade e o seu legado**. Tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 123. Cita-se a tradução em português da obra de Diógenes Laércio, considerada como fonte de informação sobre o cinismo. LAËRCIO, Diógenes. **Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres**. Tradução de Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

<sup>102</sup> Ibid., p. 123.

<sup>103</sup> Existem opiniões divergentes sobre a pergunta “quem foi o primeiro cínico?”. As opiniões dividem-se entre Antístenes e Diógenes de Sinope. Aquele era ateniense, porém afirmam que não era puro de sangue ático. Ao mesmo tempo, ele mostrava desprezo pelos que se vangloriavam por serem autóctones e afirmava que “não eram mais nobres que os caracóis e gafanhotos”. Antístenes costumava caminhar para ouvir Sócrates e, com os ensinamentos deste, aprendeu a resistência e a impassibilidade. Quando lhe perguntaram qual a vantagem que havia tirado da filosofia, sua resposta foi: “Poder falar comigo mesmo (...)”. Já Diógenes nasceu em Sinope e foi chamado por Platão de um “Sócrates Demente”. Interrogado sobre o papel da filosofia, respondeu: “No mínimo, estar preparado para enfrentar todas as vicissitudes da sorte”. E sobre a finalidade da pátria, contestou: Sou um cidadão do mundo. LAËRCIO, op. cit., p. 153-174.

<sup>104</sup> GOULET-CAZÉ; BRANHAM, 2007. p. 15.

<sup>105</sup> Ibid.

Ainda, pontua-se sobre a dificuldade que circunda uma noção exata desse movimento, já que vários materiais de pesquisa são fragmentados e outros se expressam de forma paradoxal. Mesmo assim, é possível o combate a uma visão negativa do cosmopolitismo cínico, para assim observar que a “desfiguração” da moeda – metáfora utilizada pelos cínicos - pode não ser entendida em seu sentido literal.

Ocorre que os cínicos não se abalavam diante das críticas que recebiam e sua concepção filosófica era definida como o ato de desfigurar. Com efeito, o que Diógenes queria dizer com “desfigurar” a moeda era a desfiguração dos valores falsos da cultura dominante. Daí que muitos cínicos consideravam a “pólis” como “contra a natureza”. Contudo, isso não torna o cosmopolitismo um movimento puramente contra a “pólis” e a ideia de constitucionalismo.

Nessa linha de orientação, John L. Moles traz cinco provas das implicações positivas do cosmopolitismo. Primeiro, Diógenes não disse “Eu não tenho “pólis”, mas sim “Eu sou um cidadão do cosmos”; nem escreveu “Não há nenhum bom governo”, disse que “O único bom governo é o governo do cosmos”. Logo, suas formulações eram formalmente positivas. Em segundo lugar, Diógenes não pode ser interpretado no vácuo, desvinculado de sua história e tempo, devendo ser reavaliado em prol de um ideal internacional ou cosmopolita. Terceiro, a rivalidade com Aristipo, já que enquanto este se considera estrangeiro, Diógenes era um cidadão, e enquanto Aristipo operava entre todos os seres humanos, Diógenes operava no cosmos<sup>106</sup>. Dessa forma, a atitude de Diógenes é mais positiva que a de Aristipo.

Como quarta prova está a busca de um sentido em termos de oposições polares ou, em outras palavras, buscar-se um significado nos absurdos aparentes. “Como pode um cidadão, um membro de um grupo tão pequeno como uma “pólis”, ser um cidadão do cosmos, o maior organismo imaginável?”. Ou, ainda, outra pergunta: “Como pode o único e verdadeiro governo, uma só pequena entidade, ser coextensiva com o cosmos? Esta seria a definitiva desfiguração da moeda política”<sup>107</sup>.

Já a quinta demonstração positiva do cosmopolitismo relaciona-se à quarta, ou seja, os sentimentos paradoxais que decorrem das leituras. Como é possível um crítico da

---

<sup>106</sup>MOLES L., John. Cosmopolitismo cínico. In: GOULET-CAZÉ, Marie-Odile; BRANHAM, Bracht R. (Org). **Os cínicos. O movimento cínico na antiguidade e o seu legado**. Tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 125.

<sup>107</sup>Ibid., p. 126.



“pólis” defender o “kosmos” político?<sup>108</sup> Dessa maneira, existem muitas razões para considerar o conteúdo positivo do cosmopolitismo cínico. Ademais, o cosmos se refere ainda à terra e ao céu, à natureza animada e inanimada, a seres humanos e a animais, a gregos, bárbaros, escravos, homens e mulheres, bem como a diversas possibilidades de interpretação religiosa.

Moles destaca outros pontos positivos do cosmopolitismo cínico, como suas virtudes e modos de vida. “A politeia cínica”, o “Estado cínico não é nada mais do que um estado moral: ou seja, o estado de ser um cínico (...) afirmava-se com frequência que é possível viver a vida cínica em qualquer lugar da terra”. Isso demonstra que o lar do cínico é toda terra e o sentido de pertencimento à humanidade<sup>109</sup>.

Por outro lado, Danilo Marcondes afirma:

O significado do termo *kosmos* para os gregos desse período liga-se diretamente às idéias de ordem, harmonia e mesmo beleza (já que a beleza resulta da harmonia das formas; daí, aliás, o nosso termo cosmético). O cosmo é assim o mundo natural, bem como o espaço celeste, enquanto realidade ordenada de acordo com certos princípios racionais. A idéia básica de cosmo é, portanto, a de uma ordenação racional, uma ordem hierárquica, em que certos elementos são mais básicos, e que se constitui de forma determinada, tendo a causalidade como lei principal. O cosmo, entendido assim como ordem, opõe-se ao *caos*, que seria precisamente a falta de ordem, o estado da matéria anterior à sua organização.<sup>110</sup>

Pelo que foi citado, percebe-se que certos doutrinadores compreendem que o cosmopolitismo está relacionado a uma certa racionalidade, significando exatamente a ligação com princípios e leis. E, justamente por isso, não se poderia afirmar que o cosmopolitismo nega o constitucionalismo, mas, ao contrário, busca aperfeiçoá-lo.

Como já foi mencionado anteriormente, um dos grandes problemas à recepção do cinismo é o problema das fontes, o que leva Heinrich Niehues-Pröbsting a afirmar que o cinismo não produziu teorias, possuindo basicamente um caráter aforístico e anedótico-biográfico<sup>111</sup>. Mesmo assim, o citado autor escreve que a recepção moderna do cinismo pelos filósofos iluministas levou à inspiração de diversos princípios, como, por exemplo, o da autonomia do indivíduo, liberdade para criticar autoridades seculares, separação da moralidade de restrições religiosas e a filantropia universal<sup>112</sup>. Importa destacar que o

<sup>108</sup>MOLES, 2007, p. 126.

<sup>109</sup> Ibid., p. 127.

<sup>110</sup> MARCONDES, 2005, p. 26.

<sup>111</sup> NIEHUES-PRÖBSTING, 2007, p. 360.

<sup>112</sup> Ibid.

cosmopolitismo foi discutido por outros movimentos na antiguidade, antes de ser utilizado no século das luzes.

Nesse sentido, pode-se citar o estoicismo - uma das correntes que forma o “helenismo”<sup>113</sup>. Zenão de Cício, em torno do ano 300 a.C., reprovava “não só os elementos municipalistas típicos da história grega, como também a distinção mais ampla entre gregos e bárbaros”<sup>114</sup>. Zenão aceitava que os homens deveriam estar sob uma lei comum.

O estoicismo relacionava duas ideias-chave ao cosmopolitismo: a ideia de uma razão universal que regula todas as coisas segundo uma ordem necessária e a consciência de que a razão fornece ao homem normas infalíveis de ação que formam o direito natural. Para os romanos, pode-se perceber que a presença de uma doutrina cosmopolita estava relacionada à crise da cultura política republicana e aos vínculos com o mundo grego e helenístico<sup>115</sup>.

O estoicismo dos romanos resultou apropriado também para muitos intelectuais cristãos, uma vez que o cristianismo passou a ser a religião do Império Romano. Fazem, ainda, eco os escritos de São Paulo: “no hay judío ni griego; ni esclavo ni libre; ni hombre ni mujer, yo que todos vosotros sois uno en Cristo Jesus”<sup>116</sup>.

A última manifestação das aspirações cosmopolitas dos estoicos está ligada aos juristas que prepararam a “Constitutio Antoniniana” de 212, que acabava definitivamente com a distinção entre os cidadãos romanos e outros, defendendo a igualdade de todos os homens perante a lei. Papiniano, prefeito do pretório de 203 a 212, ao estender a cidadania a todos dentro do império, estava prevendo a “oikumèn”, ou mundo habitado, pregado pelos estoicos. Porém, a sua morte, naquela época, decretou a insuficiência desse modelo<sup>117</sup>. Destaca-se que a influência do cosmopolitismo estoico sobre o direito romano - principalmente depois da complexa codificação de Justiniano (“Corpus juris civilis”) - foi responsável por torná-lo mais próximo do direito natural.

---

<sup>113</sup> O termo helenismo é derivado da obra do historiador alemão J. G. Droysen *Hellenismus* (1836-43) e designa a influência da cultura grega em toda a região do Mediterrâneo oriental, bem como do Oriente próximo desde as conquistas de Alexandre (332 a.C.), do estabelecimento do seu império e dos reinos criados após a sua morte (323 a.C.) por seus sucessores (sobretudo Ptolomeu, no Egito, e Seleuco, na Síria e na Mesopotâmia), até a conquista romana do Egito em 30 a.C. As principais correntes do helenismo são: estoicismo, epicurismo e ceticismo. MARCONDES, 2005, p. 84.

<sup>114</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. Vol. 1. 12. ed. Brasília: UnB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. p. 293.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 293-4.

<sup>116</sup> APPIAH, Kwame Anthony. **Cosmopolitismo. La ética en un mundo de extraños**. Traducción de Lilia Mosconi. Buenos Aires, Madrid: Katz Editores, 2007. p. 17.

<sup>117</sup> BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, op. cit., p. 294.

Isso demonstra que a perspectiva cosmopolita na antiguidade se desenvolveu paralelamente à própria história do constitucionalismo – não se confundido com ele, sendo que a “desfiguração” da moeda e a crítica mordaz dos cínicos, poderiam estar vinculadas a um novo tipo de estruturação social e não simplesmente à destruição do ideal da “pólis” grega ou da “res publica” romana. Depois da passagem pelo período antigo, chega-se ao período medieval, e, assim, a outros sentidos para o constitucionalismo.

## **1.2 A constituição medieval: espaço de encobrimento constitucional?**

A Idade Média compreende dez séculos, um longo período que se estende do século V até o XV<sup>118</sup>. Certamente, nessa trajetória, surgiram diversas formas de poder; mesmo assim, para muitos autores, foi a idade do encobrimento constitucional ou da abertura de um longo parêntese na história do constitucionalismo.

Durante muito tempo, a Idade Média foi conhecida como Idade das Trevas, marcada pelo atraso econômico e político do feudalismo, igualmente por guerras religiosas, pela peste negra e pelo monopólio restritivo da Igreja nos campos da educação e da cultura. No entanto, a arte gótica, com suas catedrais, a poesia lírica dos trovadores e a obra de filósofos de grande originalidade, como Pedro Abelardo, Tomás de Aquino e Guilherme de Ockham, mostram que esta imagem pode estar completamente equivocada<sup>119</sup>. É possível que essa ideia tenha surgido do poeta italiano Francesco Petrarca (1304-1374), quando o mesmo introduziu a expressão período médio, ou de transição, entre o clássico e os novos tempos que se anunciavam.

Para o constitucionalismo, geralmente se percebe a mesma visão negativa. Porém, conforme Fioravanti, é possível afastar a tese de um hiato constitucional na Idade Média e, na verdade, demonstrar que as características daquele período evidenciaram o aparecimento de um movimento constitucional com estruturas próprias e peculiares<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> Para Marcondes, a época medieval corresponde ao longo período histórico que vai do final do helenismo (sécs IV-V) até o Renascimento e o início do pensamento moderno (final do séc. XV e séc. XVI), aproximadamente dez séculos. Na verdade, entretanto, da maior parte da produção filosófica da Idade Média, o que realmente se conhece como filosofia medieval, está concentrada entre os séculos XII e XIV, período do surgimento da escolástica. MARCONDES, 2005, p. 103.

<sup>119</sup> Ibid.

<sup>120</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 33.

### 1.2.1 Apontamentos sobre a possibilidade de um constitucionalismo medieval e de um cosmopolitismo ambíguo

A queda do Império Romano foi causada por uma série de fatores, como o gradual declínio da economia, a crescente inflação com a desvalorização da moeda corrente, enfraquecimentos das condições financeiras e falta de escravos. Da mesma forma, a lucratividade entrou em um processo decadente e a população migrou da cidade para o campo, na tentativa de suprir as necessidades básicas de alimentação e moradia.

Esse fenômeno acarretou o que se chamou de sistema feudal primitivo e facilitou a invasão pelos bárbaros. Também, é possível citar a diversificação cultural com a naturalização dos bárbaros e a mudança no perfil do exército, que passou a exigir maior remuneração. Tudo isso contribuiu para o enfraquecimento do império e para a descentralização de poder.

Com efeito, existiam poderes distintos, como a Igreja, a nobreza e os senhores feudais, todos eles autônomos. Surgia a primeira característica geral da constituição medieval: “la intrínseca limitación de los poderes públicos”, que demonstrava a falta de uma norma geral, positiva e escrita. Na verdade, ocorria uma limitação de fato, que se desenvolveu ainda mais a partir do século V, depois da derrota política romana. Desaparecia um centro de poder e surgiam os ordenamentos particulares<sup>121</sup>.

Foi um período em que se aperfeiçoaram regras consuetudinárias, baseadas em poderes de coalisão e autonomia dos particulares. Isso ocorreu não por medo de sanção, mas porque os titulares se habituaram ao modelo no curso dos séculos. Outra característica da constituição medieval era a de que se apresentava como um ordenamento dado, ou melhor, um conjunto de relações substancialmente indisponíveis por parte dos poderes públicos, estruturado por mil vínculos e convenções tão concretas que provocava extrema fragmentação e amplo particularismo. Assim, apareceu a separação entre a constituição dos antigos e a constituição medieval. Aquela pressupunha um poder político ideal a preservar em momentos de crise; esta, apresentava-se como uma ordem jurídica dada, vinculada pelos homens e pelas forças agentes da sociedade medieval. Ademais,

mientras en la Edad Antigua el discurso sobre la constitución, sobre la *pólis*, sobre la *res publica*, está dirigido a la construcción de la unidad política, de la ciudadanía común, en la Edad Media el discurso sobre la constitución, sobre el

---

<sup>121</sup> Ibid., p. 35-6.

límite más allá del cual el príncipe se convierte en tirano, sobre el ejercicio del derecho de resistencia, sobre las leyes fundamentales, está dirigido a la defensa y la tutela del orden jurídico dado. Mientras en el tiempo histórico antiguo el primer enemigo de la constitución es el espíritu de facción, es decir, todo aquello que divide a la comunidad política, que debilita el sentido político de común pertenencia sobre el cual se funda la *pólis* y la *res publica*, en el tiempo medieval el principal enemigo de la constitución es el arbitrio, es decir, toda posible e desmedida pretensión de dominio sobre la complejidad de la realidad jurídicamente ordenada. Mientras los antiguos pensaban en el mundo de los bienes, de las riquezas, de las tierras, como el lugar en el que podía producirse el conflicto entre ricos e pobres, que constituía la primera amenaza para la comunidad política, y así en la ciudadanía política como el lugar en el que los hombres se redimían de sus tendencias egoístas, en el Medievo aquel mundo de las relaciones económicas y patrimoniales era precisamente sobre el cual se ponían las primeras y decisivas piedras, que estaban en la base del edificio político y constitucional medieval. Mientras la constitución de los antiguos empujaba a los hombres a ejercitar la práctica de la virtud, de la dedicación a la cosa pública, la constitución medieval habituaba a los hombres a gozar de sus libertades concretas, aquellas que se establecieron directamente en la práctica social, según el lugar y la función que a cada uno correspondía en el ámbito del orden jurídico dado<sup>122</sup>.

Pode-se perceber que na Idade Média a constituição passa do plano ideal, vinculado ao campo político e moral, para entrar no mundo prático do direito. Assim, tratar de um constitucionalismo medieval implica tratar de limites, pactos, contratos e equilíbrio de forças.

É vislumbrada a divisão de poder entre diferentes territórios, príncipes, Igrejas, cavaleiros e cidades. No medievo, podiam-se encontrar “muitas vezes frente a frente, dois Estados no Estado, um aparelho do príncipe e um aparelho estamental”, ou, em outros termos, “príncipe e estamentos têm tropas, autoridades, tesouros, representações diplomáticas próprias. Governar é agora um negociar contínuo de compromisso em compromisso”<sup>123</sup>.

Na civilização medieval, a ordem jurídica era uma realidade ôntica, ou seja, escrita na natureza das coisas, realidade radical, já que brotava da força social e, por isso, estava identificada com os costumes. A dimensão histórica se formava na complexidade, transformava-se fora da influência de um único poder político<sup>124</sup>.

Na concepção de Nicola Matteucci, o constitucionalismo medieval apresenta-se como “una herencia que no es ni romana, ni germanica, ni cristiana, sino una síntesis original de la historia europea”. Como consequência, as fontes do direito seriam três: “la

<sup>122</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 38.

<sup>123</sup> ZIPPELIUS, 1997, p. 72.

<sup>124</sup> GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 29.

lex naturae, las consuetudines y, por último, los statuta o constitutiones”. A lei natural seria algo vago, relacionando-se com o direito divino e com os próprios costumes; as “consuetudines” seriam os costumes em segunda ordem, que viriam de um consenso, e a lei em sentido estrito seria a própria “constitutione” ou ordenanças. Devido à sacralidade da propriedade privada, o rei não poderia impor taxas sem o consentimento dos estamentos do reino e as práticas jurídicas envolviam relações entre rei e vassalos, sendo que a concessão de fundos e a reparação das injustiças vinham juntas<sup>125</sup>.

Vale observar que o ordenamento político e jurídico medieval desenvolve-se com maior profundidade a partir do final de século XI, em um tempo marcado por grandes transformações. A economia deixa de ser apenas fundiária, sobretudo devido ao aparecimento das cidades, dotadas de regimes políticos diferenciados. Também ocorre o surgimento de centros educacionais de Teologia, Filosofia, Direito, etc. Além disso, no século XIII, inicia-se a releitura de Aristóteles.

Antes de abordar sobre o retorno a Aristóteles, importa vislumbrar que o inglês Juan de Salisbury (1115-1180) diferenciou na constituição medieval: rei, príncipe e tirano. É lógico que o príncipe era “legibus solutus”, determinando sozinho o que era lei. Entretanto, quando o rei agia com equidade, atuando para manter a paz e a concórdia, convertia-se em príncipe. Ao contrário, quando não observava a figura da equidade agia como tirano. Tomás de Aquino repetia o que afirmava Juan de Salisbury, equacionando o príncipe justo com um estudo sobre as formas de governo<sup>126</sup>.

Tomás de Aquino não se limitava à contraposição “tirano” e “príncipe justo”, situava-se num plano diferenciado, abarcando a forma ideal de governo que seria a monarquia. Aqui aparece a grande metáfora organicista, segundo a qual todas as articulações do corpo, natural ou político, somente estão em harmonia quando existe um coração saudável, como único centro motor para todo organismo<sup>127</sup>.

Da diferença entre rei e tirano, entre pessoa temente a Deus ou ao Diabo, é que se fundam as teorias medievais sobre o tiranicídio, destacando-se a famosa afirmação de Isidoro de Sevilla “serás rey si te comportas con justicia, si no, no lo serás”. Isto é um elemento importante do constitucionalismo medieval<sup>128</sup>. Com certeza, para Tomás de

---

<sup>125</sup> MATTEUCCI, 1998, p. 37-8.

<sup>126</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 39-42.

<sup>127</sup> AQUINO, Tomás de. **La monarquía**. Traducción de Laureano Robles y Ángel Chueca. 4. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. p. 14.

<sup>128</sup> MATTEUCCI, op. cit., p. 39.

Aquino, a monarquia também pode converter-se em tirania, mas isso aconteceria mais facilmente com a democracia, entendida apenas como poder de números.

Cabe pontuar que, na Idade Média, surgiram poucas informações sobre os movimentos filosóficos relacionados ao cosmopolitismo. De fato, não era peculiar uma atitude favorável com relação ao cinismo - movimento citado anteriormente -, chegando a ocorrer uma retração ao cosmopolitismo inspirado em Diógenes, pois, em regra, as obras medievais primavam pela filosofia moral clássica.

Sylvain Matton explica que no anônimo “De Divisione et Laude Philosophiae ad Mores Pertinet”, os cínicos são chamados de seita execrável. Entretanto, também é possível perceber um caráter ambivalente, como é mostrado por São Jerônimo, em seu “Adversus Jovinianum”, no qual os cínicos aparecem como pessoas dotadas de virtudes. Para Santo Agostinho, os cínicos deveriam ser reprovados por sua falta de “verecúndia”, decência e modéstia, mas seria possível aceitar o seu estilo de vida, excetuando-se a parte claramente indecente<sup>129</sup>.

Ainda no âmbito dos argumentos favoráveis, Guilherme de Conches entende que a filosofia cínica seria um modelo secular para rejeição ao materialismo dessa vida, sendo possível citar o exemplo de Crates, que lançou seus bens terrenos ao mar e de Diógenes, que se contentava em viver num barril, recusando toda e qualquer oferta. Por outro lado, Giovanni Dominici refere que os filósofos desse movimento não conseguiam nem mesmo controlar os afazeres mundanos como deveriam, assim, considerava-os como estúpidos e depravados<sup>130</sup>. Em meio a essa discussão filosófica sobre o cinismo da Idade Média, é possível perceber um período histórico dividido, também, na política e no direito.

### 1.2.2 A constituição mista do medievo: “potestas temperada”

Tomás de Aquino ressalta que a Constituição mista do medievo não estava direcionada propriamente ao equilíbrio. Existia uma “potestas”: a monarquia dentro de uma forma ampla de governo que valorizava, também, o elemento aristocrático e democrático.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> MATTON, Sylvain. Cinismo e cristianismo da Idade Média ao Renascimento. In: GOULET-CAZÉ, Marie-Odile; BRANHAM, Bracht R. (Org). **Os cínicos. O movimento cínico na antigüidade e o seu legado**. Tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 268.

<sup>130</sup> Ibid., p. 268- 290.

<sup>131</sup> MATTEUCCI, 1998, p. 39.

Logicamente, não se pode perceber esse filósofo medieval como um defensor dos direitos do povo, mas, com ele surge a ideia, cada vez mais forte no século XIII, de que a constituição medieval abarcaria não somente um centro ordenador na figura do príncipe, mas teria uma capacidade de representação complexa, formada por magistrados, oficiais do reino, senhores feudais, etc.

Fioravanti é contundente em afirmar que o fio condutor da constituição medieval é a rede de laços e relações, de homens e bens, existentes em um território concreto. Daí que quando essa realidade é ameaçada, todos são chamados para tentar solucionar o problema, o que demonstra que a força da monarquia, como governo ideal, depende do conjunto de toda comunidade<sup>132</sup>. Dessa forma, o que emerge é a figura da “potestas temperada”, de um poder que, inevitavelmente, possui limites e regras, rodeado por auxiliares que formam o parlamento. Esse, cada vez mais, envolve-se nos problemas concretos da sociedade da época.

É possível se retornar à metáfora organicista da figura do príncipe como coração, representando o membro que dá vida ao corpo social. No curso do século XIII, é percebida uma alteração, o rei permanece como parte superior a todas as singularidades, consideradas isoladamente, assim como acontece com o coração no corpo humano, relacionando-se com os outros membros, porém inferior ao conjunto das partes. Este constitui a “universitas”, a comunidade política em função da qual existe o rei<sup>133</sup>.

Nas palavras de Matteucci, a constituição medieval se caracterizava por ser:

un gobierno absoluto, pero limitado, al que correspondía una compleja estructura de gobierno que lo hacía constitucional o *policum* además de regio. El poder del rey era indivisible y todo procedía de él, pero el rey debía gobernar *par très conseil*, es decir, después de oír el parecer de órganos institucionales con funciones específicas que lo informaban sobre el estado del reino y través de una administración de oficiales reclutados en los distintos estamentos que, actuando en nombre del rey, estaban vinculados a límites legales.<sup>134</sup>

Surge assim a supremacia da comunidade política na Idade Média: a supremacia do todo sobre as partes, ou seja, a supremacia do rei, que também dependia da soma das partes componentes da sociedade. Do conjunto das relações de poder nascia a constituição.

---

<sup>132</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 45.

<sup>133</sup> Ibid., p. 46.

<sup>134</sup> MATTEUCCI, 1998, p. 40.



### 1.2.3 A “Magna Carta de 1215” e outras

A evidência mais clara do que foi exposto anteriormente é o caso inglês, pois já no século XIII, são encontradas fontes escritas que demonstram a evolução constitucional. A “Magna Carta Libertatum” foi assinada em 1215, pelo Rei João Sem Terra, com o objetivo de proteger um conjunto de direitos que, por tradição, competiam ao clero, aos vassallos, aos mercadores e a todos os homens livres da cidade de Londres.

É sabido que a limitação de algumas prerrogativas reais relacionava-se, principalmente, a certos condicionamentos para imposição de tributos. Igualmente, a partir da “Magna Carta”, o rei não poderia mais decidir por si mesmo sobre a existência de estado de necessidade, situações extraordinárias, ou impor novas cargas tributárias.

Com efeito, ocorre a representação em conjunto da comunidade política da época. Destaca-se, ainda, a criação de um espaço institucional que, para Henry Bracton, representa a lei, juntamente, com a autoridade do rei, mais o consentimento dos magnatas e o solene compromisso da comunidade política<sup>135</sup>. É fácil perceber em Bracton o esquema da constituição mista ou a lei como colaboração dos elementos: monárquico, aristocrático e democrático.

O solene compromisso, ou “sposio”, não estava relacionado com o elemento democrático da Idade Média, mas sim com um compromisso que objetivava todo o espaço público em seu conjunto, para assim se tornar costume<sup>136</sup>. O poder do rei era considerado “potestas iuris”, vinculado ao direito e à lei.

É imperioso ressaltar que não se deve pensar no rei pela perspectiva moderna, reduzido apenas à uma dimensão dos poderes de Estado. Bracton reafirma a superioridade do rei sobre qualquer outro sujeito, mas essa superioridade existe para manter a paz e a ordem na comunidade. Assim, a lei fundamental da época era o conjunto dos costumes solenemente aprovados pelo rei e pelo consenso dos magnatas do reino.

O caso inglês não está isolado na época medieval, pois, junto com a “Magna Carta de 1215”, pode-se citar a “Bula de Oro Húngara de 1222”; “o Privilégio Geral Aragonês de 1283”; até os “Contratos entre senhores e estamentos no território alemão”, como o

---

<sup>135</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 49.

<sup>136</sup> BRACON. Henry de. **Cum privilegio regali.** Disponível em: <[http://fama.us.es/search~S5\\*s?spi?/abracton/abracton/1%2C1%2C3%2CB/frameset&FF=abracton+henry+de+m+1268&1%2C%2C3/indexsort](http://fama.us.es/search~S5*s?spi?/abracton/abracton/1%2C1%2C3%2CB/frameset&FF=abracton+henry+de+m+1268&1%2C%2C3/indexsort)>. Acesso em: 07 fev. 2009.

“Tratado de Tubinga de 1514”. Ainda, podem-se relacionar os “Estados Gerais da França”, as “Cortes da Península Ibérica” e as “Assembleias Territoriais na Alemanha”<sup>137</sup>.

Nesse sentido, destaca-se que o ideal da constituição mista surgiu com os antigos, em momentos de turbulência e dissolução da comunidade política, como um ponto médio de conciliação social e política. Com ela, objetivava-se a estabilidade e a duração; no entanto, não havia uma instauração formal, a mesma se formava no tempo, como constituição dos antepassados, “patrios politeía” para os gregos ou “res publica” para os romanos.

No medievo, a constituição mista contemplava os elementos: monárquico, na figura do rei; aristocrático, na figura dos “lords” e os “commons”, como expressão da democracia. Porém, não se podia falar em um ideal político, como havia na Grécia, porque o medievo apresentava um caráter plural, composto da sociedade e de seus poderes. Em resumo, a constituição dos antigos legitimava os poderes públicos, e a Constituição medieval limitava esses poderes. Entretanto, com o passar do tempo, surgiram problemas.

Ao longo dos séculos XVI, XVII e XVIII, ocorre o declínio do caráter plural e compositivo do constitucionalismo medieval, nascendo paulatinamente os Estados Absolutistas. Sublinha-se que no início do curso desses séculos, as características medievais permaneceram vivas, evitando um centro único de poder e de domínio no plano político.

A constituição, como tradição histórica da comunidade, ordenada segundo um ponto médio de equilíbrio permanecia orientando a população para um direito de resistência às ordens dos soberanos.

Com Juan Altusio<sup>138</sup>, surge a defesa de um pacto harmônico e independente de contratos e acordos, que ele denomina de lei fundamental da comunidade política. Essa sociedade, tomando a denominação de Cicerón de “consociatio symbiotica” é um passo prévio até o objetivo final da organização, que é a formação do Estado. Pode-se perceber, a

---

<sup>137</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 51.

<sup>138</sup> Este autor alemão do século XVI, em sua grande obra, intitulada “Política”, retorna às fontes do conhecimento para apresentar uma crítica ao falso argumento de autoridade, como era da tradição escolástica, amparando-se em um forte realismo político. Ressalta-se, também, que estão presentes dados bíblicos, já que o filósofo não negava sua formação calvinista. Altusio contrapõe o modelo de Estado monárquico, absolutista e centralizador, impulsionado de cima para um modelo distinto, abarcando a sociedade através de associações humanas e atos de consenso, como uma pirâmide de agrupamentos, configurando-se o Estado como Estado Federado. Obviamente, considerando a época em que estava esta federação, era uma forma de descentralização de poder entre grupos políticos. Em tal Estado, o poder político era um poder moderado e limitado, submetido à lei. Consultar: ALTUSIO, Juan. **La política. Metodicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados e profanos**. Traducción del latín Primitivo Mariño. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

partir desse pacto de alianças, as bases de um futuro Estado Federal<sup>139</sup>. Segundo Altusio, o direito ao entendimento universal do corpo político pertence aos membros do reino<sup>140</sup>.

Em outras palavras, a compreensão de Estado para Altusio, baseada no sistema de corporações, obteve sua inspiração na Idade Média, já que a constituição medieval mista retratava a realidade política e social, composta de uma pluralidade de pactos, acordos e ordens distintas, totalmente oposta à uniformização.

No início do século XVII, a constituição mista da Inglaterra indica a presença de um regime político capaz de associar o princípio monárquico radicado na supremacia da comunidade política, com um parlamento representado por distintos componentes territoriais do reino.

Ademais, por influência de Edward Coke, a lei fundamental emerge com a qualidade da “common law”, capaz de estabelecer mediante a obra dos juízes a mesma força das leis parlamentares. Conforme Coke, se o parlamento trai a natureza constitucional, é tarefa dos juízes reconduzir a mesma lei, através da interpretação, para um significado conforme os antigos costumes do reino<sup>141</sup>. Observa-se o destaque de Coke, a constituição mista. Para ele, esta se baseia na história da comunidade política, nos costumes, pactos e acordos entre os distintos componentes do reino, que em seu conjunto formaria a lei fundamental ou a “common law”.

Naquela época, para muitos juristas britânicos, os juízes representavam os “leões de baixo do trono”, e, com isso, não podiam obstaculizar nenhuma função do soberano. Ao contrário, para Coke, os juízes eram os “leões que deviam garantir, frente ao rei, o direito dos cidadãos: para defender os direitos dos ingleses, com frequência negou os direitos do rei”<sup>142</sup>.

Não se tratava somente de uma batalha política, em realidade era uma nova proposta constitucional:

---

<sup>139</sup> MARIÑO, 1990, p. XXXVII.

<sup>140</sup> Ibid., p. 228.

<sup>141</sup> Não há como deixar de mencionar a obra de Thomas Hobbes, “Diálogo entre um filósofo e um jurista”, em que ele se opõe ao exame crítico sobre o papel da “common law”, defendida por Sir Edward Coke, jurista de renome durante os reinados de Jaime I e Carlos I, da Inglaterra (século XVII), e que se tornara um adversário da Coroa. Hobbes não admite a “common law”, pois defende que lei é o que o soberano edita. Os juízes dependiam do poder soberano, logo não poderiam contrariá-lo. Para Hobbes, somente investindo todo o poder em um só lugar, e não o dividindo de forma alguma, é que seria possível enfrentar a guerra de todos contra todos. HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Leandro Konder. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 198.

<sup>142</sup> MATTEUCCI, 1998, p. 89.

(...) A la Sagrada Escritura, Coke contrapuso el *common law*, por el cual el rey no podía juzgar caso alguno e todo debía ser decidido en un tribunal de justicia, según la ley e las costumbres de Inglaterra, existiendo un Estatuto de Enrique IV que habia transmitido el poder judicial del rey a los diversos tribunales. El rey se ofendió al oír que estaba sometido a la ley, y afirmó que era una traición sostener algo así; pero Coke inamovible, se refirió a Bractos y al principio de que el rey estaba *sub Deo et lege*<sup>143</sup>.

Segundo Matteucci, observa-se que foi a partir daí que surgiram as bases da moderna teoria da independência do Poder Judiciário, inspirador do controle difuso da constitucionalidade norte-americana. Com efeito, o caso Bonham, considerado insignificante pela história em si, foi o que fundou o controle de constitucionalidade das leis por parte do Judiciário. Para Coke, a “common law” regula e controla os atos do parlamento e, em certas ocasiões, pode julgar nula uma lei, ou mesmo sem eficácia. Em síntese, seu projeto era claro: de um lado, estabelecer a autonomia do Poder Judiciário frente ao Executivo, e, de outro, manter tanto o rei como o parlamento sob a proteção legal<sup>144</sup>.

Toda essa construção histórica começa a decair na metade do século XVII na Inglaterra. É o período da guerra civil, que culmina com a Revolução Republicana, em 1649: o rei é condenado à morte e ocorre o fechamento da Câmara dos Lordes, desaparecendo as raízes da constituição mista.

Nos anos subsequentes, surge por pouco tempo uma espécie de constituição escrita para proteger o direito originário dos cidadãos ingleses. Em 1653, celebra-se o “Instrument of government”, obra de Oliver Cromwell. Entretanto, deve-se reconhecer que seu governo estava de acordo com as linhas diretivas da política absolutista:

basta pensar en la unificación a través de las armas de las islas británicas, gracias a la cual diputados escoceses e irlandeses entraron en el parlamento en 1653; en la expansión colonial y en la política imperial; en el reforzamiento del poder ejecutivo que, por primera vez en la historia inglesa, disponía libremente de un ejército disciplinado y gobernaba el país a través de catorce generales mayores.<sup>145</sup>

Na verdade, no período de Cromwell, existia uma mera aparência de legalidade, com um parlamento desacreditado. Entretanto, mesmo assim, com um governo ditatorial, Cromwell impediu várias revoltas, administrando conjuntamente Inglaterra, Escócia e Irlanda. Com sua morte em 1658 e a transferência do poder para seu filho, as agitações

<sup>143</sup> MATTEUCCI, 1998, p. 90.

<sup>144</sup> Ibid, p. 91.

<sup>145</sup> Ibid., 108-9.

políticas aumentaram, o que levou à renúncia de Ricardo. A sucessão dos novos reis até a posse de Jaime II marcou um período de turbulência política e religiosa, sendo o fato desse último rei ser católico aprofundar as desavenças entre os dois partidos, “tories”-conservadores, e “whigs”, liberais.

Ao final, líderes políticos dos dois partidos se unem para passar o poder à filha de Jaime II, Maria, e seu marido, Guilherme de Orange, ambos protestantes. A Revolução Gloriosa, evento histórico que ocorreu entre 1689 e 1701, representou um dos eventos mais importantes na longa evolução dos poderes do parlamento e da coroa inglesa.

Na base do novo governo, estava o famoso “Bill of rights”, que pode ser considerado quase uma antecipação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. A lei permaneceu com o título de Declaração de Direitos, mais para contentar o conservadorismo dos “tories”<sup>146</sup>. Dessa forma, percebe-se que a história do constitucionalismo inglês foi uma lenta construção baseada nas tradições, o que manteve o regime monárquico, mas limitou a atuação do rei à soberania parlamentar.

Mesmo afirmando que o “rule of law” inglês tenha sido, talvez, a primeira experiência de um Estado de Direito<sup>147</sup>, esse modelo não será objeto de aprofundamento, pois permaneceu ligado à “common law” e à constituição não escrita ou consuetudinária<sup>148</sup> - caracterizada por não possuir um documento único e formal que a represente.

---

<sup>146</sup> MATTEUCCI, 1998, p. 144.

<sup>147</sup> Para Canotilho, “Estado de direito” é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. “Estado de não direito” seria, ao contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegido pelo direito. O autor coimbrano refere que o Estado de direito sedimentou-se, primeiramente, na Inglaterra, através da “rule of Law”, que significa quatro coisas: a adoção de um processo justo; a prevalência das leis e costumes perante a discricionariedade do poder real; a sujeição de todos os atos do poder executivo à soberania dos representantes do povo (parlamento) e a igualdade de acesso aos tribunais. Além do processo inglês, podem-se citar outras formas de Estado domesticado pelo direito: na França, o Estado de legalidade; nos Estados Unidos, o Estado Constitucional; na Alemanha, o Estado de Direito (“Rechtsstaat”). Para aprofundar o tema, consultar: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999. p.11-26. Ainda, alude-se à posição de Luigi Ferrajoli, já que o autor italiano diferencia Estado Constitucional de Direito e Estado de Direito em sentido forte. Este indicaria que a produção jurídica deve estar subordinada a princípios normativos, como as liberdades fundamentais e a divisão de poder. Logicamente, isso pode acontecer também na ausência de uma Constituição escrita, como ocorre na Inglaterra. Por outro lado, o Estado Constitucional de Direito estaria ligado à idéia de Constituições rígidas, que subordinam aqueles princípios aos poderes públicos, inclusive estabelecendo o controle de constitucionalidade quando houver violação dos mesmos. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, M. (ed). **Neconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 14.

<sup>148</sup> Conforme Bonavides, atualmente, podem existir Constituições parcialmente costumeiras, como por exemplo, a da Inglaterra, cujas leis abrangem o direito estatutário (“statute law”), o direito casuístico ou jurisprudencial (“case law”), o costume, principalmente o de natureza parlamentar (“parliamentary custom”) e as convenções constitucionais (“constitutional conventions”). BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 84.

Dessa forma, como a grande maioria dos sistemas políticos contemporâneos se caracteriza por uma Constituição escrita, ou seja, aquela solenemente elaborada pelos representantes do Estado, não se objetiva detalhar o sistema inglês, mas sim discutir aspectos do constitucionalismo, baseados em uma Constituição escrita. Contudo, antes de abordar propriamente as primeiras Revoluções Liberais, é necessário trazer alguns aspectos do período absolutista, primeira versão do Estado Moderno.

## 2 A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS MODERNO E CONTEMPORÂNEO

Como se observou, a época medieval caracterizou-se por uma constituição mista, na qual prevalecia a “potestas temperada” como manifestação de distintas estruturas de forças sociais. Porém, os vários centros de poder, que levavam à permanente pluralidade de acordos, acabaram por gerar muitos conflitos e o fim da ideia de constituição mista.

A obra que marca o início de um novo momento histórico, conhecido como Estado Absolutista, é de Jean Bodin, “Los seis libros de la republica”. É corrente o entendimento de que esse texto evidencia a dimensão inédita do conceito de soberania, relacionando-o ao significado de “poder absoluto y perpetuo de uma república”<sup>149</sup>. Na verdade, a novidade consiste no fato de que, pela via da síntese, Bodin busca descobrir a natureza dos poderes que pertencem ao soberano, ou seja, o rei não é soberano porque é titular de muitos poderes, mas porque nele existe um caráter particular de soberania perpétua e absoluta.

Em outras palavras:

Dado que, después de Dios, nada de mayor sobre la tierra que los príncipes soberanos, instituidos por Él como sus lugares tenientes para mandar a los demás hombres, es preciso prestar atención a su condición para, así, respetar y reverenciar su majestad con la sumisión debida, y pensar y hablar de ellos dignamente, ya que quien menosprecia a su príncipe soberano, menosprecia a Dios, del cual es su imagen sobre la tierra... A fin de que pueda reconocerse quién es tal príncipe soberano, es necesario conocer los atributos que no comparte con los súbditos, puesto que si se tratase de atributos comunes, no podría hablarse de príncipe soberano<sup>150</sup>.

Bodin polemiza com a tradição medieval, pois, naquela época, o rei teria recebido o poder da comunidade. Já no início do século XVI, apresenta-se como um poder fixo, por seu caráter intrínseco e perpétuo. O poder do rei não deriva de outros poderes, escapando à ideia de controle e de contrapeso, mas, ao mesmo tempo, isso não significa que esteja ausente de quaisquer limites. O rei jamais poderia mudar as regras de sucessão no trono e alienar bens públicos ou interferir em bens particulares.

Mesmo assim, destaca-se que, naquele momento histórico:

---

<sup>149</sup>BODIN, 1985, p. 47.

<sup>150</sup> Ibid., p. 72.

El primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular (...). Si el rey no puede hacer leyes sin el consentimiento de un superior a él, es en realidad súbdito; si de un igual, tiene un asociado, y si de los súbditos, sea del senado o del pueblo, no es soberano. Los hombres de los señores que se ponen en los edictos no son añadidos para dar fuerza a la ley, sino dar testimonio y peso que la haga más aceptable (...). Cuando digo que el primer atributo de la soberanía es dar leyes a todos en general y a cada uno en particular, estas últimas palabras implican los privilegios, los cuales corresponden a los príncipes soberanos, con exclusión de todos los demás (...).<sup>151</sup>

Dessa forma, a primeira expressão do Estado Moderno, alicerçada na soberania, acaba por gerar a concentração de poderes nas mãos do monarca, o que vai originar as chamadas monarquias absolutistas e a possibilidade de se personificar o Estado na figura do rei, permanecendo na história a famosa frase de Luiz XIV, o Rei Sol: “O Estado sou eu”.<sup>152</sup>

Com tal postura, os reis surgem como senhores do Estado, tal como os senhores feudais do medievo. Essa estratégia serve para assegurar a unidade dos reinos e sustentar um dos elementos fundamentais do Estado Moderno: o território. Percebe-se que Bodin defendia um núcleo rígido de poder político, entretanto compete a Hobbes<sup>153</sup> o atributo de buscar uma fundamentação para essa soberania.

## 2.1 A Constituição do Estado Moderno e a refundação do direito

No século XVII, Hobbes publica “Leviatã”, imediatamente após eventos dramáticos como a morte do rei, a abolição da Câmara dos Lordes e a derrocada da tradicional constituição mista inglesa. Nessa obra, está claramente presente a ideia de que

<sup>151</sup> BODIN, 1985, p. 73.

<sup>152</sup> BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2006, p. 45.

<sup>153</sup> Para aprofundar o estudo sobre Hobbes, salienta-se o livro “Ao leitor sem medo”, de Renato Janine Ribeiro, em que é proposta uma leitura original, partindo do medo, esta paixão civilizatória que conduziu os homens a abandonar o estado natural de guerra para buscar o conforto no Estado, que lhe garantiria o direito à vida. Mas Ribeiro vai além, para mostrar que, uma vez constituído o Estado, surge outro medo, o medo interior. Dessa forma, há outro Hobbes, não apenas como pensador da burguesia, mas alguém com esperança e que buscava a verdadeira função do soberano na vida política e sua relação com o poder religioso. RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999. Além dessa obra, cita-se importante trabalho de Giacomo Marramao, o qual ultrapassa modelos clássicos de interpretação para trazer Hobbes à contemporaneidade. Marramao afirma que “il simbolo del Leviatano, che per ter secoli ha segnato il destino della modernità, ha oggi irrevocabilmente esaurito la sua efficacia”. MARRAMAIO, Giacomo. **Dopo el Leviatano. Individuo e comunità**. Torino: Bollati Borinlhieri, 2000. p. 15. Destaca-se, também, o entendimento do princípio da liberdade para Hobbes na obra DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. **La dinámica de la libertad. Tras las huellas del liberalismo**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997.



para sair da crise de uma guerra civil era necessário individualizar um sujeito, titular irrevogável dos poderes soberanos.

Em passagem da obra ora referida, verifica-se a diferença entre lei fundamental e não fundamental:

A lei fundamental é aquela em que o Estado é destruído e irremediavelmente dissolvido, como um edifício cujos alicerces se arruinam. Isso em todo Estado. Lei fundamental, portanto, é aquela pela qual os súditos são obrigados a sustentar qualquer poder que seja conferido ao soberano, quer se trate de um monarca ou de uma assembléia soberana, sem o qual o Estado não poderia subsistir, como é o caso do poder da guerra e da paz, o da judicatura, o da designação dos funcionários e o de fazer o que considerar necessário para o bem público. Lei não fundamental é aquela cuja revogação não acarreta a dissolução do Estado, como é o caso das leis relativas às controvérsias entre súditos. Quanto à divisão das leis, é tudo<sup>154</sup>.

É a despedida da constituição medieval, com a substituição de uma pluralidade de leis por uma única carta fundamental, que exige a preservação da integridade dos poderes e sua concentração na mão do soberano. Hobbes afirma de maneira clara que sem soberania não existe esperança para a ordem política.

Ferrajoli sublinha que com a teoria de Hobbes, ocorre a refundação do direito sobre o princípio da legalidade, como garantia de certeza jurídica<sup>155</sup>. Para o autor italiano, existiriam dois modelos diferentes de Estado: o modelo paleo-iuspositivista do Estado Legislativo de Direito (ou Estado Legal), que teria surgido com o nascimento do Estado Moderno, com o monopólio da produção jurídica, e o modelo neo-juspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), surgido depois da Segunda Guerra Mundial, baseado em Constituições rígidas e no controle de constitucionalidade<sup>156</sup>. Deve-se registrar que a mencionada classificação não é utilizada pela doutrina majoritária<sup>157</sup>.

Um grande número de autores entende que o Estado de Direito surge como uma construção da segunda metade do século XIX<sup>158</sup>, nascendo na Alemanha, como

<sup>154</sup> HOBBS, 2003, p. 213.

<sup>155</sup> FERRAJOLI, 2005, p. 16.

<sup>156</sup> Ibid., p. 14. Destaca-se a versão original do livro em italiano: FERRAJOLI, 2007, p. 29-40.

<sup>157</sup> Conforme Streck e Bolzan de Moraes a passagem da forma estatal medieval para o Estado Absolutista representou um certo avanço para as relações sociais e de poder, já que, como assinala Max Weber, a versão absolutista calcava-se na burocracia e no exército. Isso significaria afirmar que “o modelo de dominação carismática soçobra diante do modelo de dominação legal-racional”. BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2006, p. 46.

<sup>158</sup> CANOTILHO, 1999; DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. **Estado constitucional y ciencia del derecho. Perfiles de um nuevo paradigma.** In: JORNADAS INTERNACIONALES - NUEVAS PERSPECTIVAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. Facultad de Derecho de Sevilla, 08 y 09 de enero de 2009. BOLZAN DE MORAIS; STRECK, op. cit.; dentre outros.

“Rechtsstaat”. Este tipo de Estado representa algo mais, que irá se explicitar através da sua matéria. Na verdade, não se apresenta apenas como forma jurídica, mas agrega também um conteúdo valorativo que protege o cidadão contra as arbitrariedades do Estado<sup>159</sup>.

É possível perceber que o princípio da legalidade surge já na primeira versão do Estado Moderno, como critério exclusivo de identificação do direito válido, independentemente da crença no justo. Graças a esse princípio, uma norma jurídica é válida não por ser justa, mas exclusivamente por ser posta por uma autoridade dotada de competência normativa<sup>160</sup>.

Assim, aparece uma alteração na ciência jurídica, porque antes – no período medieval - o juízo de verificação do que havia sido estabelecido pela lei estava submetido à verificação da verdade pela jurisdição, na manifestação tradicional de que “*veritas auctoritas facit iudicium*”. No entanto, depois de Hobbes e do princípio da legalidade, apenas a lei previamente estabelecida é que poderia dar fundamento a todo o complexo de garantias: “desde la certeza del Derecho a la igualdad ante la ley y la libertad frente a la arbitrariedad, de la independencia del juez a la carga de la prueba para la acusación y a los derechos de la defensa”<sup>161</sup>.

De fato, o que muda é o título de legitimação que passa a ser a lei, no que pode ser denominado: “*autoritas, non veritas facit legem*”. Este é o princípio convencional do positivismo jurídico<sup>162</sup>.

Deve-se pontuar que, para Hobbes, a interpretação da lei natural deveria ser feita pelo juiz. Todavia, este se subordinava à autoridade soberana, devendo apenas aplicar a lei ao caso concreto<sup>163</sup>. Em síntese, a autoridade suprema era o soberano, representante de determinado Estado. Porém, essa teoria recebe várias críticas, e, em meados do século XVIII, Rousseau atribui o poder soberano ao povo, não ao rei.

### 2.1.1 A transformação da ideia de soberania popular

No que tange ao entendimento do conceito de soberania, ocorre o que se poderia denominar ressignificação. Para Rousseau, os documentos fundamentais dos Estados

---

<sup>159</sup> BOLZAN DE MORAIS; STRECK, op. cit., p. 92.

<sup>160</sup> FERRAJOLI, 2005, p. 16.

<sup>161</sup> Ibid.

<sup>162</sup> Ibid., p. 17.

<sup>163</sup> HOBBS, 2003, p. 205.

deveriam estar subordinados à vontade da população, ou seja, a única lei fundamental seria aquela que obriga a preservação da integridade do poder popular.

A primeira e mais importante consequência dos princípios até aqui fundamentados é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, o bem comum, pois, e a discordância dos interesses particulares tornou necessária a fundação das sociedades, a harmonia desses interesses a possibilitou. Eis o que há de comum nos diversos interesses que formam o laço social, e não existiria sociedade alguma a não haver ponto em que os interesses concordem. Ora, é somente nesse comum interesse que deve ser governada a sociedade. Digo, portanto, que não sendo a soberania mais que o exercício da vontade geral, nunca pode alienar-se; e o soberano, que é unicamente um ser coletivo, só por si mesmo se pode representar<sup>164</sup>.

Nessa linha de orientação, é relevante trazer a obra de Locke, do século XVIII, onde está claramente disposta a distinção entre poder absoluto e poder moderado. O primeiro é aquele em que um único sujeito, seja rei ou assembléia, tem o Poder Legislativo e Executivo; o segundo é aquele em que os dois poderes são distintos e pertencem a sujeitos diferentes<sup>165</sup>. “Podemos, pois, afirmar que a comunidade, nesse aspecto, é ela mesma o poder supremo, mas não considerada sob qualquer forma de governo, uma vez que este poder do povo só se manifesta quando se dissolve o governo”<sup>166</sup>.

Em suma, quem tem o poder de fazer leis, não pode dispor dos recursos do governo, e quem dispõe destes não pode elaborar leis abstratas de alcance geral. Essa, para Locke, era a maior evidência de proteção aos direitos dos indivíduos.

Em meados do século XVIII, evidenciavam-se duas tendências: por um lado, a tradição de um poder monárquico, teoricamente limitado e, por outro lado, a aspiração nascente de Rousseau de soberania popular. Sublinha-se que a tradição do constitucionalismo condenava a idéia nascente de soberania popular, em que se produzia a ruptura com a ordem constitucional, enquanto que os defensores de uma refundação das instituições políticas entendiam que a Constituição era uma ficção criada para manter as estruturas de dominação.

Assim, as Revoluções Americana e Francesa do final do século XVIII acabaram por representar um momento decisivo na história do constitucionalismo moderno, pois colocam em primeiro plano um novo conceito e uma nova prática da oposição entre a

<sup>164</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social** Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 39.

<sup>165</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 109-115.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 109.

tradição do constitucionalismo, baseado na monarquia e na ideia de soberania popular. É o surgimento da ideia de poder constituinte.

### 2.1.2 O constitucionalismo das Revoluções Modernas

Sem a menor dúvida, as Revoluções do final de século XVIII, a Americana e a Francesa, representaram um momento decisivo na história do constitucionalismo, visto que colocaram em discussão o sentido da Constituição e da soberania popular. Primeiramente, os americanos, em 1776, com o objetivo de declarar a independência da Inglaterra e de promulgar a Constituição de 1787; em seguida, a França, em 1789, com a finalidade de acabar com o antigo regime e de gerar uma nova forma de governo.

As grandes inovações foram a associação entre a vontade soberana e Constituição, bem como a compreensão dos constituintes norte-americanos de que eram necessários também a atuação conjunta do senado e o poder de veto do presidente<sup>167</sup>. Assim, uma autêntica Constituição republicana não deveria possuir uma abstrata separação de poderes, mas sim um concreto equilíbrio, para que se obtivesse o resultado conjunto de um governo limitado.

Para James Madison e Alexander Hamilton, o poder mais temível para a Constituição Republicana é o Poder Legislativo, porque reúne a função de fazer lei e impor tributos. Os referidos autores trabalharam com a importância da subordinação às leis, pois a função legislativa deriva do poder constituinte e, por isso, somente é legitimado e autorizado em certos casos<sup>168</sup>.

Dessa maneira, a importância da descentralização do poder estaria evidente no desenvolvimento do conceito de federalismo<sup>169</sup>, caracterizado como uma forma de organização política, na qual as atividades de governo estão divididas entre governos regionais e um governo central, que engloba a todos. O poder estaria distribuído de tal forma que cada tipo de governo possuiria algumas atribuições. Ao mesmo tempo, a

---

<sup>167</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

<sup>168</sup> LOPEZ-ARANGUREN, Eduardo. **El federalismo americano: las relaciones entre poderes en los Estados Unidos**. Instituto de Estudios de Administración Local: Madrid, 1987. p. 37.

<sup>169</sup> O conceito de federalismo, primeiramente, foi desenvolvido em "The Federalist". O conjunto de 85 artigos escritos por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay é, habitualmente, considerado um dos quatro documentos fundamentais da tradição política americana, juntamente com a Declaração de Independência, a Constituição e o "Bill of Rights". LOPEZ-ARANGUREN, 1987, p. 37.

maneira como se distribuiria o poder protegeria a existência e a autoridade tanto do poder central como dos poderes regionais<sup>170</sup>.

É importante destacar que a maneira como se articularam as características da federação norte-americana é diferente da que, posteriormente, predominou nos demais países do continente. O pensamento norte-americano estava longe da ulterior teoria alemã que influenciou muitos Estados, referente à noção de Estado-membro detentor de autonomia. Nos EUA, os Estados-membros conservavam parte da soberania que ostentavam antes da construção da Federação<sup>171</sup>.

Quando se reuniram os redatores da Constituição de 1787, esses não eram conscientes que estavam criando uma nova forma política. Paloma Biglino Campos afirma que, em realidade, os “Founders” apenas pretendiam superar as grandes limitações que afetavam o país, formando um poder mais forte, capaz de se impor sobre os interesses dos particulares e dos distintos Estados<sup>172</sup>.

Aqui é importante destacar que, no século XVIII, longe de conduzir o poder dos Estados-membros à noção de autonomia, os norte-americanos reconheceram que os Estados-membros conservavam parte da soberania que ostentavam antes da construção da federação.

Já com relação à soberania popular, sublinha-se que esta implicou a noção de Constituição como pacto, que se impôs sobre todos os poderes constituídos, tanto da Federação como dos Estados-membros:

Este pacto entrañaba la creación de un nuevo poder común, al que se le atribuían un conjunto de poderes, amplios, pero tasados. La necesidad de estrechar los vínculos de unión inspira, además, la cláusula de supremacía contenida en el artículo VI de la Constitución norteamericana, en virtud de la cual no sólo la Norma fundamental, sino también el Derecho federal elaborado conforme a la misma debía prevalecer sobre el Derecho de los Estados miembros<sup>173</sup>.

Entretanto, o fator mais inovador foi a ideia de um Poder Judiciário independente, com jurisdição sobre todos os casos que surgissem como consequência do desrespeito à Constituição. Através desse ponto de partida, surge o controle difuso de

---

<sup>170</sup> Ibid., p. 36. Consultar: EUA. **The Constitution of the United States**. Philadelphia: National Constitution Center, 2004.

<sup>171</sup> BIGLINO CAMPOS, Paloma. **Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2007. p. 60

<sup>172</sup> Ibid., p. 59.

<sup>173</sup> BIGLINO CAMPOS, 2007, p. 60.

constitucionalidade como tentativa de conciliação entre constitucionalismo e soberania popular.

Um Poder Judiciário independente está na base do famoso julgado, envolvendo o controle difuso de constitucionalidade, denominado caso “Marbury versus Madison”<sup>174</sup>, em que os juízes aparecem como guardiões da Constituição. Através da citada decisão, nasceu o sistema difuso de constitucionalidade das leis, também denominado atualmente “via de defesa”, “incidental”, “concreto”, “aberto” ou “subjetivo”, ou seja, aquele poder de controle pertencente a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência.

Em suma, o objetivo inicial do constitucionalismo moderno americano era evitar que os representantes do povo terminassem por confundir sua vontade com vontade da Lei Fundamental, ou seja, recordar que a Constituição é superior a maiorias circunstanciais eleitas por um período de governo.

Para garantir que isso acontecesse, os juízes, ao invalidarem uma lei, não estariam afirmando sua superioridade com relação ao legislativo, mas sim agindo como instrumento da Constituição, atitude indispensável não apenas para a proteção dos direitos dos indivíduos e das minorias, mas também para evitar o arbítrio desmedido e disforme das relações de poder. Assim, surge a ideia de conciliação entre a tradição do constitucionalismo com a novidade da soberania popular.

Já do outro lado do Atlântico, com relação à Revolução Francesa de 1789, é detectada uma situação em essência distinta. O Poder Legislativo, órgão representativo do povo, não poderia ser considerado apenas como origem e fundamento da Constituição, mas, ao contrário, sustentaria o processo revolucionário.

---

<sup>174</sup> Resumidamente, este caso envolve um conturbado período político norte-americano, estabelecido entre 1797 e 1801. Naquela época, estava no poder o Partido Federalista e, na presidência, John Adams. Porém, o Partido Democrata Republicano estava prestes a ganhar as próximas eleições, o que levou Adams, ciente da derrota, a iniciar uma enxurrada de nomeações para o único Poder que restaria aos Federalistas: o Judiciário. Foram os chamados “midnight judges”, por terem sido nomeados no apagar das luzes da administração do governo. Willian Marbury, autor da ação em voga, não estava entre os “midnight judges”, sendo nomeado ainda mais tarde, menos de uma semana antes do fim do mandato de Adams. Ocorre que nem todos os juízes conseguiram tomar posse durante o governo de Adams. Então, o novo Presidente, Thomas Jefferson, recusou as nomeações por considerá-las nulas. Marbury e alguns colegas, desapontados, decidiram ir diretamente à Suprema Corte, visando compelir o Secretário de Estado de Jefferson, James Madison, a lhes dar posse, mas a Suprema Corte somente apreciou o pedido em 24 de fevereiro de 1803. Marshall não nomeou Marbury, pois a Constituição previa que a Suprema Corte não tinha competência originária, mas somente recursal. E, se a lei infraconstitucional não tem respaldo na Constituição, ela não pode ser aplicada. Para aprofundar a discussão, ver: MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

Por essa razão, Emmanuel-Joseph Sieyès, em seu ensaio publicado em português, com o título “A constituinte burguesa”, sublinha a ideia de poder constituinte, com consequências bastante distintas das existentes na revolução norte-americana. Para Sieyès, igualmente, deveria haver limites aos poderes constituídos, estes baseados na Constituição; no entanto, o poder constituinte originário seria ilimitado, pois a nação, que seria o sujeito soberano não deveria estar limitada a nenhuma espécie de norma<sup>175</sup>.

Sieyès inicia o livro dizendo que o plano do trabalho é muito simples. Na verdade, quer responder a apenas três perguntas: o que é o Terceiro Estado? Tudo. O que tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada. O que ele pode? Ser alguma coisa.<sup>176</sup> É importante destacar que, enquanto os americanos resolveram o problema da representação política, limitando a atuação do legislativo, autorizado a atuar nos moldes permitidos pela Constituição, os franceses vincularam ao Poder Legislativo a força originária da Constituição, ou melhor, os representantes do povo possuíam a força que excedia a dimensão meramente de um poder constituído.

O poder de fazer leis possuiria uma natureza própria, distinta dos poderes meramente constituídos, por isso não deveria possuir limites constitucionais, mas políticos ligados à noção de povo soberano. Disso decorre que a Constituição de 1791 foi construída completamente em torno da primazia do legislativo, privada quase que totalmente de autênticos contrapesos.

Ademais, há que se destacar que, seguindo a orientação de Sieyès, a Lei Fundamental da época previa a figura de cidadãos ativos, com direito de voto. Em realidade, se tratava de um limite censitário modesto, sendo que os cidadãos não elegiam os deputados, mas os eleitores dos deputados. Dessa forma, a Constituição francesa temia a força imediata do povo evidenciando, nas palavras de Fioravanti, uma democracia imperfeita<sup>177</sup>.

Por isso, nos anos posteriores foi inevitável o surgimento de outra Constituição, a qual introduziu o sufrágio universal e direto, bem como colocou uma nova declaração de direitos, que substituiu a soberania da nação pela soberania do povo, entendido agora como universalidade de cidadãos. Entretanto, a nova Constituição manteve continuidade com

---

<sup>175</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **A constituição burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?**. Tradução de Norma Azevedo. 3. ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>176</sup> Ibid., p. li.

<sup>177</sup> SIEYÈS, 2001, p. 116.

relação a anterior, pois permaneceu a estrutura monista, ou seja, a tendência de supremacia de uma das funções do Estado, que não poderia ser outra que não o Legislativo.

De acordo com alguns aspectos da teoria de Rousseau, aos representantes ou mandatários do povo cabia definir a vontade geral e não a funcionários administrativos ou judiciais. Como se sabe, a França não podia ser o país dos contrapesos na mesma linha da tradição britânica, nem seguir a mesma trajetória do Estados Unidos, permanecendo sempre a diferença de origem, de ter sido realizada para acabar com o antigo regime.

Impossível deixar de mencionar que tratar sobre poder constituinte, necessariamente, implica tratar do debate em torno da democracia. Na época moderna, os dois conceitos foram, geralmente, correspondentes e, com a proximidade do século XX, acabaram por se identificar ainda mais. Para Antonio Negri, atualmente, o poder constituinte não pode ser considerado apenas como fonte onipotente, de onde emanam as normas constitucionais, mas também deve ser sujeito dessa produção, identificando-se com o conceito de política<sup>178</sup>. Para o filósofo e cientista político italiano, qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte implica transcender o conceito tradicional, este passando a ordenar o que ele denomina de “desutopia constitutiva”, isto é, a potência do povo ou da multidão torna-se Constituição de potência<sup>179</sup>.

De fato, para Negri, o poder constituinte possui uma natureza híbrida, ao mesmo tempo em que se instaura uma nova ordem, oferece-se uma resistência à constitucionalização, permanecendo sempre estranho ao direito<sup>180</sup>. Pode-se vislumbrar que a crítica ora apontada busca ultrapassar os estritos limites de um poder constituinte ilimitado e incondicionado, para entendê-lo como imanência de potência democrática, aproximando a multidão do processo político. Esta é uma compreensão diferenciada da natureza e prática do que é entendido por poder constituinte.

---

<sup>178</sup> NEGRI, Antonio. **O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro, 2002. p. 7.

<sup>179</sup> É interessante observar que Negri traz esta forma política que denomina de “desutopia constitutiva” como sinônimo de democracia, logicamente entendida como expressão integral da multidão, radical imanência de potência, exclusão de toda definição externa – seja ela transcendente ou transcendental (...). O referido autor critica o movimento constitucional moderno ao afirmar que o constitucionalismo é um aparato que nega o poder constituinte e a democracia. Esta seria a razão de definições formalistas que fazem naufragar o constitucionalismo. *Ibid.*, p. 444-5.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 7-8.



Assim, fazendo-se uma releitura do conceito de poder constituinte, pode ocorrer uma maior abertura política –“que não nega a crise, mas a torna interior ao conceito. Isso permite observar o poder constituinte como respiração incessante de uma práxis”<sup>181</sup>.

Destaca-se que as modificações históricas, políticas e sociais em torno da ideia de Constituição, ocorrem simultaneamente a outras alterações relacionadas a categorias essenciais ao próprio movimento constitucional, como, por exemplo, a democracia, a participação popular, o controle de constitucionalidade, a separação de poderes, etc. De modo que esses conceitos, interligam-se continuamente dentro do próprio constitucionalismo.

É possível perceber, até o momento, que as experiências constitucionais estão ligadas às respectivas tradições e culturas locais. O constitucionalismo inglês é caracterizado pela permanente e paulatina modificação com base na tradição e sem revoluções traumáticas; o constitucionalismo americano possui características de proteção aos direitos individuais e limitação dos poderes com base na supremacia do Judiciário; e o constitucionalismo francês apresenta características em que predomina a função legislativa. Esses três braços do constitucionalismo influenciaram grande parte dos Estados ocidentais.

Porém, mesmo mencionando o fato de o constitucionalismo estar diretamente vinculado aos Estados, com suas respectivas culturas e tradições, foi de Immanuel Kant a ideia de criar um plano mais geral, relacionado aos direitos humanos e menos ligado a um país em particular.<sup>182</sup>

Foi também Kant, chamado por Goyard-Fabre de “oráculo” do direito<sup>183</sup>, que ofereceu à humanidade uma fórmula detalhada para a construção do cosmopolitismo. Essa temática, contemporaneamente, ressurgiu como um potente discurso político-jurídico e reúne diversas abordagens sob o enfoque de temáticas transversais, de regra vinculadas ao humanismo<sup>184</sup>. O constitucionalismo e o cosmopolitismo aparecem explicitamente na obra do filósofo alemão.

---

<sup>181</sup> NEGRI, 2002, p. 440.

<sup>182</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 113.

<sup>183</sup> GOYARD-FABRE, 2002, p. 297.

<sup>184</sup> VENTURA, Deisy. Hiato da transnacionalização na nova gramática do direito em rede: um esboço da conjugação entre estatualismo e cosmopolitismo. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis [et al] (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2008. p. 226.

### 2.1.3 A Constituição dos modernos e o ideal cosmopolita como um projeto inacabado

No século XVIII, a teoria kantiana desenvolveu a perspectiva de uma Carta Republicana como Lei Fundamental do futuro, a mesma a que o governo deveria ser submetido de uma forma gradual. Assim, a Constituição dos Estados Liberais seria, antes de tudo, um conjunto de princípios: a livre busca pela felicidade por parte de todas as pessoas e a igualdade de todos sob a mesma lei.

A Constituição Jurídica, para o filósofo alemão, deveria conter:

1. Uma Constituição segundo o direito político dos homens num povo (*ius civitatis*);
2. Segundo o direito das gentes dos Estados nas suas relações recíprocas (*ius gentium*);
3. Uma Constituição segundo o direito cosmopolita, enquanto importa considerar os homens e os Estados, na sua relação externa de influência recíproca, como cidadãos de um estado universal da humanidade (*ius cosmopoliticum*). Esta divisão não é arbitrária, mas necessária em relação à idéia de paz perpétua. Pois, se um destes Estados numa relação de influência física com os outros estivesse em estado da natureza implicaria a estado de guerra, de que é justamente nosso propósito libertar-se<sup>185</sup>.

Pode-se perceber que o constitucionalismo deveria envolver a concepção política de um povo dentro de um território, o direito das gentes ou dos Estados em suas relações internacionais e o “direito cosmopolita”<sup>186</sup>, que abarcaria a influência mútua dos homens e

---

<sup>185</sup> KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 127. Destaca-se, ainda, do mesmo autor: **Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Tradução de Rodrigo Navas. Martins Fontes, 2003.

<sup>186</sup> Sobre essa terminologia, vale referir que tanto na França como nos países de língua inglesa está ocorrendo o uso das duas versões: “direito cosmopolita” ou “direito cosmopolítico”. Também, na Itália, Espanha e Brasil. Ver nota 21. VENTURA, 2008, p. 227.

dos Estados em prol de um estado universal de humanidade. Esses requisitos seriam necessários para efetivação da idéia de “paz perpétua”<sup>187</sup>.

Kant busca a todo momento negar o caráter utópico da “paz perpétua” e do cosmopolitismo através da utilização da razão. Resumidamente, destacam-se as seguintes proposições:

- a primeira: todas as disposições naturais do homem podem desenvolver-se no tempo, de modo completo<sup>188</sup>;
- a segunda: o homem, como única criatura racional, avança de modo gradual suas aptidões<sup>189</sup>;
- a terceira: através da razão o homem tira totalmente de si tudo o que ultrapassa o arranjo mecânico<sup>190</sup>;
- a quarta: a “insaciável sociabilidade do homem” pode levá-lo tanto se associar como se isolar, o que termina por estimular o florescimento de todos os talentos<sup>191</sup>;
- a quinta: “o maior problema do gênero humano, a cuja solução a Natureza o força, é a consecução de uma sociedade civil que administre o direito em geral”. Nessa quinta proposição, importa ressaltar que quanto maior a liberdade, mais podem aparecer conflitos de um antagonismo geral entre os homens; logo, são necessários os limites dessa liberdade através “de uma constituição civil perfeitamente justa, que deve constituir para o gênero humano a mais elevada tarefa da Natureza”. Destaca-se que o problema de uma constituição civil perfeita depende também da relação externa entre Estados<sup>192</sup>.

---

<sup>187</sup> Kant recupera de modo sistemático a idéia de Abé de Saint-Pierre, publicada em 1713; contudo, pontua seu pensamento em sentido diverso, tanto do referido francês, como de Jean-Jacques Rousseau, que havia elaborado dois textos sobre as reflexões de Saint-Pierre - primeiro, um resumo e, em seguida, uma crítica radical à obra. É possível perceber o realismo de Rousseau quanto às relações internacionais, pois o mesmo se mostra conformado em aceitar que a guerra marcará para sempre a vida dos homens na sociedade de Estados. Ao contrário, Kant não se limita a criticar a utopia de Saint-Pierre, mas nela penetra para buscar sua aplicabilidade por meio da razão. Ver: SAINT-PIERRE, Abbé de. **Projeto para tornar perpétua a paz na Europa**. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003; ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau e as relações internacionais**. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo, 2003; KANT, 2004. Ainda importa destacar a obra de John Rawls, intitulada “O direito dos povos”, em que ele propõe uma “utopia realista”, desenvolvida a partir do liberalismo político e correspondente ao direito da sociedade dos povos. Este termo, “peoples”, possui um sentido próprio, diverso do que se poderia expressar com os termos “nações” e “Estados”; ele é utilizado para enfatizar aspectos singulares dos povos, diferentes dos Estados como tradicionalmente concebidos. Essa utilização, igualmente, foge à acepção contida na locução direito das gentes. Destaca-se, particularmente, a Parte I da obra, que trata da “utopia realista”. Consultar: RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 15-75.

<sup>188</sup> KANT, op. cit., p. 23.

<sup>189</sup> Ibid.

<sup>190</sup> Ibid., p. 24

<sup>191</sup> Ibid., p. 25.

<sup>192</sup> Ibid.

- A sexta e a sétima: referem-se à sociabilidade anti-social que atinge os indivíduos e que os obrigou a entrar em um estado civil conforme as leis. Tal sociabilidade alcança também os Estados, ou seja, estes devem esperar os mesmos males que oprimiam os indivíduos. Para repelir a “liberdade bárbara”, que arma uns contra os outros, é preciso sair do Estado sem leis e ingressar em uma liga dos povos, o que o autor denomina de “grande federação”<sup>193</sup> de nações. Nesse sentido, vale transcrever a menção de Kant às obras de Saint-Pierre e Rousseau:

(...) Embora esta idéia pareça ser fantasiosa e tenha sido objeto de escárnio num *Abbe de St. Pierre* ou num *Rousseau* (talvez porque acreditaram na sua iminente realização), nem por isso deixa de ser a inevitável saída da necessidade em que os homens se colocam reciprocamente, que deve forçar os Estados à decisão (por muito duro que lhes seja consentir), à qual também o homem selvagem se viu de mal-grado compelido, a saber: renunciar à sua liberdade brutal e buscar a tranqüilidade e a segurança numa constituição legal<sup>194</sup>.

- A oitava e a nova: tratam da Constituição pensada em dimensão mundial, como sendo um plano da natureza<sup>195</sup>. Note-se que, para Kant, não há como fugir da alusão à Constituição como um “imperativo categórico”<sup>196</sup>, ou seja, o cosmopolitismo não seria uma ordem normativa, na qual se pudesse questionar sua efetividade, mas sim um princípio regulador das relações de reconhecimento recíprocos, proveniente de um vínculo jurídico entre os homens submetidos às leis.

Desse modo, ainda menciona que:

(...) Sem dúvida, apreciará as épocas mais antigas, cujos documentos já há muito terão desaparecido, somente a partir do ponto de vista do que lhe interessa, a saber, o que os povos e os governos fizeram ou não com o propósito cosmopolita. Mas tomar isto em consideração, juntamente com a ânsia de glória dos chefes de Estado e dos seus servidores, para os encaminhar em direção ao único meio que lhes pode assegurar a recordação gloriosa no tempo futuro, pode

<sup>193</sup> Simone Goyard-Fabre destaca que é inócuo debater sobre o uso das expressões federação e confederação em Kant, visto que seus diferentes sentidos surgem somente no século XIX. GOYARD-FABRE, Simone. **Kant et le problème du droit**. Paris: J. Vrin, 1975.

<sup>194</sup> KANT, 2004, p. 30.

<sup>195</sup> Ibid., p. 33.

<sup>196</sup> Destaca-se que não se aprofundará neste trabalho o desenvolvimento em torno do imperativo categórico kantiano, conceito extremamente complicado e debatido no âmbito filosófico. Entretanto, cita-se a fórmula em que esse se baseia: proceda apenas segundo aquela máxima, em virtude da qual podes querer o que se torne lei universal. Ainda, cita-se a resposta dada pelo filósofo ao questionamento de como é possível um imperativo categórico: “el ser racional se cuenta como inteligencia en el mundo inteligible y, como una causa eficiente que pertenece a ese mundo, denominada voluntad a su causalidad”. KANT, Immanuel. **Fundamentación para metafísica de los costumbres**. 3. ed. Traducción de Roberto Rodríguez Aramayo, 2008. p. 150.

proporcionar-nos ainda um pequeno motivo para intentar semelhante história filosófica<sup>197</sup>.

Nessa linha de orientação, Deisy Ventura traz certas demarcações acerca do cosmopolitismo kantiano: o Estado cosmopolita não significa direito das gentes, pois, mesmo com o reconhecimento de Kant de que os tratados sobre a guerra seriam maus costumes, reputa que as regras humanitárias seriam uma expressão de um “traçado secreto” da natureza. Daí a importância de complementar o direito internacional com o cosmopolita, que não seria nem um direito político entre os indivíduos, nem o direito das gentes. Em síntese, “não é direito internacional, ou inter-estatal, ou intergovernamental porque, mais do que reconhecer o indivíduo como sujeito de direito, o situa no fulcro semântico da categoria, como razão de ser e de dever-ser”<sup>198</sup>.

Outra delimitação é sobre o conteúdo de direito cosmopolita, que “deve restringir-se às condições de hospitalidade universal, com a ressalva de que não se trata de filantropia, mas de direito”. Assim, Kant não concorda com a colonização do novo mundo e do primado do comércio nas relações internacionais, reputando como inospitaleira a conduta das potências européias<sup>199</sup>.

Soraya Nour refere que a idéia kantiana de cosmopolitismo é, na verdade, uma severa crítica à atitude dos europeus em relação a povos de outros continentes. Denuncia os procedimentos de colonização, em que os colonizadores se apropriaram de muitas terras pela força<sup>200</sup>. Kant considera apenas a possibilidade de invasão se o povo que já se encontra naquele local concorde com o ato.

Por último, como baliza do cosmopolitismo, está a correspondência irrenunciável entre a “pólis” e a “cosmopólis”, que pode estar refletida na forma de associação, na qual os Estados não estariam um acima do outro, mas no mesmo nível, entre iguais<sup>201</sup>.

Passando por tais alicerces, é possível vislumbrar nas palavras de Kant o prenúncio do que mais tarde aconteceu, no século XX, com várias instituições internacionais<sup>202</sup>. Entretanto, o engajamento dos Estados nessas organizações ainda precisa ser mais trabalhado e efetivamente buscado como ideal do direito contemporâneo.

---

<sup>197</sup> KANT, 2004, p. 37.

<sup>198</sup> VENTURA, 2008, p. 231-2.

<sup>199</sup> Ibid., p. 232.

<sup>200</sup> NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant. Filosofia do direito internacional e das relações internacionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 57.

<sup>201</sup> VENTURA, op. cit., p. 232.

<sup>202</sup> Ibid., p. 233.

Pelo que foi exposto, é possível perceber que Kant foi um dos primeiros filósofos a separar o problema do direito da ética<sup>203</sup>. Na verdade, Kant observa que a ordem exigida pelo direito somente é possível sob a autoridade incondicionada da Constituição.

No período em que se consolida a teoria iluminista ou a teoria com base na razão iluminada das luzes, o direito surge como ciência apta a limitar uma razão política desmedida sobre o espaço das relações civis e políticas. Surge daí, com Gerg Wilhelm Friedrich Hegel, uma das respostas do final do século XVIII e início do século XIX à indicação de um núcleo fundamental estável: a Constituição estatal.

Para Hegel, a Alemanha da época possuía uma Constituição jurídica, estabelecida contratualmente nos moldes da Idade Média e, como tal, exigida nos Tribunais, mas não detinha uma Constituição estatal que abordasse a existência de um Estado, de um princípio comum dotado de autoridade própria. Ao contrário da França, que era formada por uma administração, um sistema financeiro e tributário, um exército, ou seja, tudo que faltava na Alemanha. Assim, para Hegel, a França possuía um Estado e buscava através da revolução uma Constituição; já a Alemanha tinha uma Constituição, mas necessitava existir politicamente através da formação de um Estado<sup>204</sup>.

Nessa orientação, a grande inovação que Hegel desenvolveu foi a relação da Constituição estatal com a soberania do Estado. Isso tornou impensável a soberania de qualquer sujeito político fora da Constituição, seja do monarca ou mesmo do povo. Falar de Constituição era precisamente expressar a necessidade de ordem, para oferecer uma resposta adequada à necessidade de um núcleo estável de convivência civil.

A teoria de Hegel sobre a certeza e a verdade com base na razão é desenvolvida na obra “Fenomenología del Espíritu”, onde se pode perceber claramente a influência iluminista e mecanicista do século das luzes.

Su verdad es aquello que en el silogismo, en el que los extremos aparecían absolutamente disociados, se manifestaba como el término medio que anuncia a la conciencia inmutable que lo singular ha renunciado a sí y a lo singular que lo inmutable no es ya un extremo para él, sino que se ha reconciliado con él. Este término medio es la unidad que encierra un saber inmediato de ambos y los relaciona entre sí y la conciencia de su unidad que anuncia a la conciencia, y con ello se anuncia a sí misma la certeza de ser toda verdad<sup>205</sup>.

<sup>203</sup> Fichte, no tocante a esse ponto, precedeu Kant, em algumas semanas. GOYARD-FABRE, 2002. p. 128.

<sup>204</sup> HEGEL, Gerg Wilhelm Friedrich. **La Constitución de Alemania**. Traducción de Dalmacio Negro Pavón. Madrid: Aguilar, 1972.

<sup>205</sup> Id., **Fenomenología del Espíritu**. Traducción de Wenceslao Roces. Fondo de Cultura Económica: México-Buenos Aires, 1966. p. 143.

Grande parte das Constituições Liberais do século XIX evidenciava a soberania do Estado, para evitar dois extremos: tanto a soberania do monarca, como a soberania do povo, permitindo uma interpretação dogmática das Constituições vigentes. Entretanto, essa soberania estatal, em realidade, no início do século XX, acabou por sublinhar a ausência de democracia, já que, mesmo reconhecendo-se o sufrágio universal e a primazia dos representantes do povo, existiam muitos limites à participação coletiva.

Dessa forma, Bolzan de Moraes e Streck expressam que é de fundamental importância perceber que a primeira metade do século XX traz um duplo desafio: “primeiro proveniente do surgimento dos regimes totalitários<sup>206</sup>, nos quais a ordem jurídica não se apoiava em nenhum valor subjacente ao Estado de Direito e, por outro lado, proveniente da construção do Estado de Bem-Estar, que modificou profundamente o substrato liberal sobre o qual se fundava o ideário do Estado de Direito”<sup>207</sup>. Ambas as colocações contribuem com o surgimento da concepção substancial de Estado de Direito.

Como já foi mencionado anteriormente, existe uma diferença entre Estado Legal e Estado de Direito. Aquele está restrito à forma da legalidade, enquanto este incorpora à própria lei determinados conteúdos. “Pode-se pensar, no interior deste último, uma tripartição expressa por Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito”<sup>208</sup>.

Dentro do Estado Liberal de Direito, há primazia das liberdades, através de uma regulação restritiva da atividade estatal. No Estado Social, ou no chamado também Estado de Bem-Estar, vem à tona os problemas próprios ao desenvolvimento das relações de produção e aos novos conflitos emergentes do modelo de produção fabril. Nesse momento, é possível perceber o caráter prestacional do Estado.

---

<sup>206</sup> De fato, é possível dizer que o positivismo, influenciado pelos ideais iluministas, foi uma das correntes que influenciou o desenvolvimento do Estado de Exceção e dos regimes totalitários. Giorgio Agamben expõe que no decorrer do século XX, presencia-se um fenômeno que foi definido como “guerra civil legal”. Para exemplificar, cita o caso do Estado nazista, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar referentes às liberdades individuais. Este decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser entendido como um Estado de Exceção, que durou doze anos. Conforme o doutrinador italiano: “o totalitarismo moderno pode ser definido (...) como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados Estados democráticos.” Ademais, de acordo com Agamben, os regimes de urgência acabaram por se tornar a regra, surgindo mais como técnica de governo, do que como uma medida excepcional. AGAMEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 13.

<sup>207</sup> BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2006, p. 102.

<sup>208</sup> Ibid., p. 102.

Por fim, o Estado Democrático de Direito, ao lado da questão social, agrega a questão da igualdade como conteúdo próprio a ser buscado através da garantia de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Mesmo que tal problemática tenha sido abordada no modelo anterior, no Estado Democrático existe uma redefinição que lhe dá novos contornos, principalmente voltados para a solidariedade.

A atuação do Estado passa a ter um conteúdo de transformação do *status quo*, a lei aparecendo como um instrumento de transformação por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade. Dessa forma, os mecanismos utilizados aprofundam paroxisticamente seu papel promocional, mutando-o em transformador das relações comunitárias. O ator principal passa a ser coletividades a partir da compreensão da partilha comum de destinos<sup>209</sup>.

Observa-se, através disso, bem mais do que a continuidade ao modelo anterior; o novo Estado Democrático de Direito revela, além dos aspectos formais, a materialidade dos compromissos assumidos pelo Estado a partir de textos compromissórios. É o momento em que surgem os textos constitucionais carregados de programaticidade, objetivando a concretização e a igualização social a longo prazo.

Não se pretendeu aqui realizar uma retrospectiva dos modelos de Estado, mas o que se torna importante de sublinhar é que, ao mesmo tempo em que se modificam os modelos de Estado, igualmente se alteram os modelos constitucionais e, com isso, o constitucionalismo.

Canotilho apresenta interessante posicionamento sobre os qualificativos que seguem o Estado:

Basta um breve relance de olhos pela vasta literatura jurídica, política e económica relacionada com o Estado para verificarmos esta intriga: o Estado não está só. Tem sempre o acompanhamento de adjetivos. À guisa de um curto inventário, apresentamos algumas adjectivações: “estado subsidiário”, “estado sobrecarregado”, “estado dispensador de serviços”, “estado activo”, “estado económico”, “estado-arena”, “estado desobediente”, “estado aberto”, “estado cooperativo”, “estado protector”, “estado garantidor”, “estado desfronteirizado”, “estado internacional”, “estado cosmopolítico”, “estado ponderador”, “estado cooperativo”, “estado ecológico”, “estado argumento”, etc. Pela lista assim esboçada, poderemos ver que nem sequer a sobrecarregámos com adjectivos tradicionais, como “estado de direito”, “estado democrático”, “estado autoritário”, “estado social”, “estado liberal”, “estado intervencionista”, “estado

---

<sup>209</sup> BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2006, p. 104.



socialista”, “estado unitário”, “estado regional”, “estado federal”, “estado republicano”, “estado nação”<sup>210</sup>.

Percebe-se que, atualmente, surgem novos adjetivos para dar atributos diferenciados aos Estados Contemporâneos. Muitos deles permitem uma variedade de interpretações que, por vezes, levam os espectadores em geral, inclusive os juristas, a certas dúvidas sobre seu sentido e sobre se ainda persiste algo do Estado em sua concepção moderna.

Assim, como novas peculiaridades caracterizam o Estado, igualmente acontece ao constitucionalismo:

O que acaba de ser dito em relação ao Estado talvez possa também afirmar-se a respeito da Constituição. Vejamos: “constituição potável”, “constituição culinária”, “constituição programa”, “constituição-carta”, “constituição fechada”, “constituição-código”, “constituição dirigente”, “constituição compromissória”, “constituição-cidadã”, “constituição-processo”<sup>211</sup>.

Dessa forma, em meio à imbricação entre Estado e Constituição, Canotilho termina por concluir que ambos se amparam um no outro, o que leva ao intenso questionamento se, ainda, no Pós-Guerra, com a intensificação da globalização, seria possível se falar em um constitucionalismo determinante do agir político estatal.

Pelo que foi exposto, pode-se inferir que os Estados Contemporâneos ainda não conseguiram atender efetivamente às expectativas sociais, permanecendo inacabadas as propostas e em aberto as dúvidas atinentes aos meios de se suprimir essas deficiências. Daí que surgem muitas perguntas e interrogações, não apenas relacionadas ao movimento constitucional, mas também ligadas à Teoria do Estado e à Teoria do Direito, como será demonstrado a seguir.

---

<sup>210</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **O Estado adjetivado e a Teoria da Constituição**. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/canotilhonn.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/canotilhonn.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2009.

<sup>211</sup> Idid., 2009.

## 2.2 A Constituição do Estado Contemporâneo e o neoconstitucionalismo

O constitucionalismo contemporâneo – do Estado Democrático de Direito - estabeleceu seus principais traços característicos nos últimos cinquenta anos, sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial. Com isso, ocorreram transformações significativas nas Constituições, principalmente nos textos fundamentais da Itália, em 1947; da Alemanha, em 1949; de Portugal, em 1976; da Espanha, em 1978. Também, em diversos países da América Latina, como na Argentina, com as respectivas reformas de 1957 e de 1994; na Colômbia, de 1991; e, logicamente, no Brasil, com a Carta de 1988 <sup>212</sup>.

Como já foi exposto no início desse trabalho, não são poucos os autores que se perguntam se, realmente, surge um novo constitucionalismo - neoconstitucionalismo – ou apenas se trata de uma nova roupagem para os mesmos problemas do passado.

Nesse sentido, recorrendo à posição de Miguel Carbonell, acredita-se que, como explicação para a complexidade de fenômenos jurídicos, é possível admitir essa nova nomenclatura na teoria e na prática do Estado Constitucional. Talvez, ainda, para além de neoconstitucionalismo, igualmente se projete o termo neoconstitucionalismos, no plural, dependendo do enfoque abordado<sup>213</sup>. Convém ter presente que, quando se fala de neoconstitucionalismo, é necessário observar um processo complexo de questões, as quais podem ser experimentadas em separado, dificultando ainda mais a atribuição de uma definição.

### 2.2.1 Delimitações conceituais

Constata-se que são muitas as variações terminológicas que costumam ser encontradas para o referido fenômeno, tais como constitucionalismo do Pós-Guerra, pós-positivismo, neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, sendo que todas remetem a diferentes relações entre os poderes estatais e ao grau de importância dos valores existentes nos ordenamentos jurídicos.

Carbonell acredita que existem três distintos níveis a serem analisados ao tratar de neoconstitucionalismo. Dentre eles está a época histórica, pois este novo movimento constitucional pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que surgem depois

---

<sup>212</sup> CARBONELL, 2007, p. 9.

<sup>213</sup> Ibid.

da Segunda Guerra Mundial, mais particularmente a partir dos anos setenta do século XX. Nas palavras do jurista, são Constituições que não se limitam à disposição de competências ou à separação dos poderes públicos, mas, para além disso, contêm um alto nível de normas materiais ou substantivas que condicionam o Estado por meio de fins e objetivos.<sup>214</sup>

Em segundo lugar, estão as práticas jurisprudenciais, que exigem dos juízes novos parâmetros interpretativos. Aqui, entram em jogo técnicas hermenêuticas apoiadas em princípios constitucionais e em diferentes teorias, como a da ponderação, a da proporcionalidade, a da razoabilidade, a da maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, dentre outras<sup>215</sup>.

Isso leva os juízes a trabalharem com valores constitucionalizados, mas muitas vezes de difícil aplicação, o que pode acarretar em decisões disfarçadas de real poder constituinte<sup>216</sup>. A partir do que foi mencionado, é perceptível a dificuldade de se manter o equilíbrio das três funções estatais.

O terceiro e último nível para tratar do neoconstitucionalismo está ligado a novos desenvolvimentos teóricos, que partem do sentido material de textos constitucionais para tentar explicar os fenômenos jurídicos. Podem-se citar várias doutrinas, como por exemplo, a de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Carlos Nino e

---

<sup>214</sup> MIGUEL, Carbonell. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 9-10.

<sup>215</sup> Sublinham-se as obras brasileiras de Lenio Luiz Streck, na quais aparece uma posição firme ao diferenciar o novo constitucionalismo (compromissário, principiológico e dirigente) do positivismo em suas mais variadas formas. “Qualquer postura que, de algum modo, se enquadre nas características ou teses que sustentam o positivismo, entra em linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo.” Assim, compactuando com a teoria ora apresentada, marcada pela viragem da hermenêutica filosófica, acredita-se que o neoconstitucionalismo deve ser entendido como superação e não mera continuidade do modelo anterior. Ademais, Streck é contra toda forma de discricionariedade judicial, uma vez que a discricionariedade está ligada a subjetivismo (esquema sujeito-objeto), avesso ao Estado Democrático de Direito. Com base na hermenêutica da faticidade, no que denomina de Crítica Hermenêutica do Direito (Nova Crítica do Direito), recoloca-se a discussão do enfretamento do positivismo e da indeterminabilidade do direito no contexto, não da simples dicotomia texto e norma, mas sim a partir da filosofia da diferença, que é ontológica entre texto e sentido do texto. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 7 e 8. Cita-se ainda, do mesmo autor: STRECK, **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; Id. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. LXXXII, 2006. p. 213-237; Concretização de direitos e interpretação da Constituição. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. LXXXI, 2005. p. 291-323. É importante deixar claro que o novo constitucionalismo é um movimento em construção e, por isso, existem muitas divergências doutrinárias sobre o que propriamente pode ser considerado como neoconstitucionalismo.

<sup>216</sup> CARBONELL, 2007, p. 9.

Luis Prieto Sanchís, para provar que diferentes âmbitos culturais têm contribuído não apenas para compreender as Constituições e práticas jurisprudenciais, mas também para ajudar a criá-las. Nessa linha de orientação, é possível encontrar referência aos autores ora mencionados, nas Cortes Constitucionais de Colômbia, México, Brasil e vários outros países<sup>217</sup>.

Para Streck, a invasão da filosofia pela linguagem, em uma era da pós-metafísica objetiva a (re)inclusão da faticidade, que principalmente depois da década de cinquenta atravessa o esquema sujeito-objeto para abarcar a “circularidade”<sup>218</sup> da compreensão<sup>219</sup>.

Cabe lembrar que o direito se rege pela palavra. É interpretando a palavra escrita na lei que se faz a justiça do caso concreto. Por isso, a necessidade da retomada da filosofia pelo direito, na denominação de Streck, de “filosofia no direito”<sup>220</sup> e não do direito. Atualmente, os operadores jurídicos permanecem reféns da metafísica, o que leva ao distanciamento entre fato e legislação, entre necessidade de aplicação dos direitos fundamentais e a Constituição<sup>221</sup>.

Nesse contexto, verifica-se que o neoconstitucionalismo é um termo que entrou na linguagem jurídica há pouco tempo e que, mesmo não possuindo um significado unívoco, adquiriu grande aceitação. Geralmente, é empregado para indicar uma perspectiva jusfilosófica que se caracteriza por ser um constitucionalismo antipositivista.

---

<sup>217</sup> CARBONELL, 2007, p. 9.

<sup>218</sup> Considerando a teoria desenvolvida por Heidegger de radicalização da fenomenologia, em que o mesmo liga hermenêutica e faticidade, recoloca-se a questão da ontologia, mas não para abandoná-la, e sim, para buscar uma ontologia fundamental do ser, como filosofia hermenêutica, abrangendo a circularidade. “(...) Superada estava, assim, a idéia da fundamentação na consciência e na representação da humanidade.” Ernildo Stein dispõe que, com isso, introduziu-se uma dupla estrutura na fenomenologia. “A compreensão de ser sempre se dá no modo prático de ser do ser-aí, enquanto este se explicita (interpreta, compreende), e só a partir daí podemos dominar a lógica dos entes.” STEIN, Ernildo. Breves considerações históricas sobre as origens da filosofia no direito. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. A filosofia no direito e a filosofia do direito**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007. p. 105. Ocorre que a hermenêutica deve ser observada a partir dos dois teoremas fundamentais: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica, vale dizer através da existência de um “logos” que se bifurca, “o logos da compreensão da linguagem, que comunica e o “logos” no qual se dá o sentido que sustenta a linguagem. Heidegger depois irá chamar esse primeiro “logos” da compreensão de uma proposição, do “logos apofântico”, o logos que se manifesta na linguagem. E o outro “logos”, aquele que se dá praticamente no compreender enquanto somos um modo de compreender, irá chamar do “logos hermenêutico”. Estes dois elementos, o “logos apofântico” e o “logos hermenêutico” irão constituir a distinção que dará material para que se possa depois falar numa hermenêutica filosófica”. STEIN, 1996, p. 27.

<sup>219</sup> STRECK, 2008, p. 9.

<sup>220</sup> Ibid., p. 97-110. A importância da filosofia no direito reside no fato de que somente pelo viés filosófico, baseado em uma visão ciente da temporalidade e finitude, é que o direito poderá construir seu devido sentido dentre de uma ordem constitucional democrática. Sobre o tema, consultar ainda: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. A filosofia no direito e a filosofia do direito**. Vol 1., n. 5. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007.

<sup>221</sup> STRECK, op. cit.

Entretanto, com Streck, percebe-se que:

(...) em face da complexidade/dificuldade para definir as diversas posturas positivistas, não parece desarrazoada a opção por uma classificação que poderia ser denominada *a contrario sensu*, a partir das características das posturas consideradas e autodeterminadas pós-positivistas, entendidas como as teorias contemporâneas que privilegiam o enfoque dos problemas da indeterminação do direito e as relações entre o direito, a moral e a política (teorias da argumentação, a hermenêutica, as teorias discursivas, etc.) Ou seja, é mais fácil compreender o positivismo a partir das posturas que o superam (...)<sup>222</sup>.

Streck critica as teses discursivo-procedimentais habermasianas, bem como as teorias da argumentação baseadas em Alexy; ambas, segundo Carbonell, podem ser também classificadas sob o prisma do neoconstitucionalismo. Observa-se que mesmo sob enfoques diversos é importante a reflexão em torno de diferentes posicionamentos para tentar melhor compreender o mosaico de fenômenos que abarcam o constitucionalismo contemporâneo.

Não será objeto do presente trabalho a investigação exaustiva do debate em torno das diferentes correntes neoconstitucionalistas, mas sim trazer alguns aspectos pontuais destas teorias para relacioná-los ao cosmopolitismo, já que estes movimentos têm alterado o paradigma constitucional em diversos Estados, incluindo o Brasil, depois da Carta Maior de 1988.

Ao concluir os três distintos níveis de observação do neoconstitucionalismo, Carbonell acredita que a novidade consista no conjunto, não tanto em seus aspectos isolados, mas quando analisados no mesmo tempo e no mesmo espaço<sup>223</sup>. Igualmente, Prieto Sanchís afirma que o constitucionalismo europeu do Pós-Guerra adquiriu uma singularidade tão grande que alguns autores não somente vislumbram uma nova e peculiar forma política do continente, mas inclusive o surgimento de uma nova cultura jurídica. Assim, vale a pena citar alguns alcances do neoconstitucionalismo:

(...) no cabe la menor duda de que ese constitucionalismo ha propiciado el alumbramiento de una teoría del Derecho en muchos aspectos distintas y hasta contradictoria con la teoría positivista que sirvió de marco conceptual y fecundas consecuencias: constitucionalismo de los derechos o, si se prefiere, Constituciones materiales y garantizadas. Que una Constitución es material significa aquí que presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices) pero de un idéntico sentido, que es decirle también qué es lo que puede e incluso, a veces,

---

<sup>222</sup> STRECK, 2008, p. 5.

<sup>223</sup> CARBONELL, 2007, p. 11.

qué es lo que debe decidir. Constitución material se opone así a Constitución formal o meramente procedimental. Que una Constitución se halla garantizada significa sencillamente que, como ocurre con cualquier otra norma primaria, su protección o efectividad se encomienda a los jueces; o si se prefiere, que en el sistema existen normas secundarias, de organización y procedimiento, destinadas a depurar o sancionar la infracción de las normas sustantivas o relativas a derechos.<sup>224</sup>

O novo constitucionalismo de direitos ou essa supremacia material da Constituição funciona como uma diretiva fundamental a orientar as três funções estatais, servindo, ao mesmo tempo, como limite e garantia do Estado Democrático de Direito.

As colocações, já apresentadas, marcam a dificuldade da abordagem em torno do neoconstitucionalismo ou neoconstitucionalismos, pois o termo engloba debates constitucionais polêmicos desde o significado e o papel da Constituição na hierarquia das normas até a interferência entre as funções estatais, o que Francisco J. Laporta chama de “fluxo e refluxo das marés”<sup>225</sup>. A discussão é de tal monta que levou Laporta a trazer a metáfora ora mencionada para indicar que, atualmente, o avanço da lei implica o retrocesso da Constituição, e o protagonismo da Constituição leva a uma desvalorização da lei.

Com efeito, Laporta insiste em uma postura que busque a reinvenção da lei como fonte de direito. Não se poderia esquecer que, para conseguir uma articulação satisfatória da sociedade com um sistema de cooperação, seria necessário, como componente principal do ordenamento jurídico, um corpo firme de leis, entendido como veículo normativo, razoavelmente estável, o qual comporia a alma do funcionamento da máquina jurídica estatal<sup>226</sup>.

Pode-se inferir que o autor espanhol, ao acentuar o protagonismo da lei, combate o papel da “força normativa”<sup>227</sup> das Constituições contemporâneas. Não critica somente a

---

<sup>224</sup> PRIETRO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Núm. 71. Mayo-Agosto, 2004, p. 47-8. O mesmo texto foi publicado em uma coletânea de artigos sobre neoconstitucionalismo, organizada por Miguel Carbonell, publicada em 2005.

<sup>225</sup> A referência ao “fluxo e refluxo das marés” foi utilizada como uma metáfora, no mesmo sentido, por Victor Dias, para descrever as modificações entre Estado e sociedade civil. LAPORTA, Francisco J. **El imperio de la ley. Una visión actual**. Nota de rodapé n. 2. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 220.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 219.

<sup>227</sup> Konrad Hesse, em seu livro *A força normativa da Constituição*, contrapõe-se à tese defendida por Ferdinand Lassalle, em 1863, para intelectuais e operadores da antiga Prússia. Hesse pretende demonstrar que o desfecho entre fatores reais de Poder e a Constituição não há de verificar-se em desfavor desta. Para ele, a Constituição não é apenas uma folha de papel, mas força normativa, através da qual se busca a vontade de Constituição, ou seja, o desenvolvimento de uma consciência geral que a conceba como Lei Fundamental do Estado, como padrão jurídico superior das relações sociais. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 34; LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 40. É possível perceber nos textos de Hesse e nos de Lassalle a influência do

real função que estas exercem em sociedade, mas também os pilares do constitucionalismo, dentre eles, o princípio da supremacia da Constituição, a rigidez e o controle de constitucionalidade.

Outras críticas ao papel primordial da Constituição como sistema de interpretação legislativa podem ser encontradas nas leituras de Ernest Forsthoff, quando o mesmo refere que a Constituição tem funcionado como “um Grande ovo de Colombo Jurídico do qual tudo surge, desde o código penal até a lei sobre a fabricação de termômetros”<sup>228</sup>.

O discípulo de Carl Schmitt, ao mesmo tempo em que começa sua obra “El Estado de la sociedad industrial”, com uma evocação sobre o papel do Estado, afirma que a Constituição não deve ser um supermercado onde se pode satisfazer todos os desejos. Ademais,

Todos los esfuerzos de habilitarla para ello chocan con la lógica de la constitución – si acaso aún significa algo la lógica -, hacen incierto el contenido constitucional, de lo que no faltan ejemplos, y contituyen el final de la certeza de la libertad en el marco de la ley en la medida en que transforman la constitución en una masa de arcilla en manos de los ideólogos.<sup>229</sup>

Mesmo concordando com o autor no que se refere à negação de uma interpretação ampliativa da Constituição, que permita compará-la a um supermercado, onde se possa conseguir tudo que se quiser, importa acrescentar que não é possível aquiescer com as três ideias fundamentais presentes na sua obra: quais sejam, a Constituição seria apenas uma garantia do “status quo” econômico e social; a teoria da Constituição em busca de um “Estado perdido”; ou, finalmente, de um Estado de Direito meramente formal.

As mencionadas características não atendem às expectativas do movimento neoconstitucional, em qualquer de suas versões, pois comprometem a própria estrutura do Estado Social e Democrático, compreendido como socializante e comprometido com a igualdade material.

O neoconstitucionalismo, mesmo apresentando diferentes perspectivas, principalmente sobre o alcance das fontes do direito ou da atuação do Poder Judiciário,

---

tempo em que esses se encontravam. Hesse já estava no século XX e vislumbrava um momento em que era necessária a defesa dos direitos fundamentais, através de um documento forte e vinculado à democracia.

<sup>228</sup> FORSTHOFF, Ernest. **El Estado de la sociedad industrial. El modelo de la República Federal de Alemania**. Traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 242.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 124-5.

demonstra um consenso ao afirmar a contrariedade com relação ao papel meramente formal da Constituição.

É possível trazer, ainda, a posição de Ricardo Guastini, que apresenta a constitucionalização do ordenamento jurídico, como uma transformação na qual existe uma Constituição extremamente invasora, capaz de condicionar tanto a legislação, quanto a jurisprudência e o estilo da doutrina, bem como os atores políticos e sociais<sup>230</sup>. Para precisar este conceito, apresenta uma lista de condições de constitucionalização, de forma que, quanto mais estejam satisfeitos estes critérios, mais o ordenamento caracteriza-se como constitucional.

Dentre os requisitos estão: uma Constituição rígida (aquela que depende de um processo solene e complexo para ser alterada); a garantia de uma jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade das leis); a força vinculante da Constituição (cultura jurídica de respeito às normas constitucionais); a sobreinterpretação (a Constituição mesma como vinculante); a aplicação direta das normas constitucionais (efeito imediato de seus artigos, independentemente da classificação); a interpretação conforme (possibilidade de interpretação adequada à Constituição) e a influência da Constituição nas relações políticas (dependendo de diversos elementos como a postura dos juízes, dos órgãos e atores políticos)<sup>231</sup>.

Pode-se perceber que o neoconstitucionalismo ainda é um movimento que está para ser consolidado. Entretanto, já existe a certeza de que se vincula ao aprofundamento teórico do direito como um todo, não sendo mais possível uma percepção isolada da teoria do direito e do direito constitucional.

Com a ressalva de não cair em um exagerado otimismo ou pessimismo, Ferrajoli afirma que não existe outra resposta à crise do direito que não seja o direito mesmo. “Este é o único caminho para responder à complexidade social e para salvar, com o futuro do direito, também o futuro da democracia<sup>232</sup>.” Por isso, a importância de se contemplar determinados aspectos do neoconstitucionalismo e do positivismo, sem descuidar da inclusão de um olhar cosmopolita, na busca pela coexistência harmônica entre valores e princípios dos diferentes continentes e países.

---

<sup>230</sup> GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, M. (ed). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 49.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 50-8.

<sup>232</sup> FERRAJOLI, Luigi. 2006, p. 34.



## 2.2.2 Observações teóricas relativas ao neoconstitucionalismo, ao positivismo e à necessária inclusão cosmopolita

As expressões constitucionalismo<sup>233</sup> e positivismo jurídico<sup>234</sup> não são certamente unívocas, possuindo variados significados, dependendo do sentido que se pretende dar a elas, sendo discutível até mesmo a época do surgimento de cada uma.

Prieto Sanchís sublinha que, enquanto o constitucionalismo representa um fenômeno cultural e político próprio do mundo moderno, o positivismo evidencia uma forma de aproximação ao conhecimento do direito ou uma maneira de conceber o próprio direito<sup>235</sup>. Assim, o constitucionalismo refere-se a um estudo científico da Constituição, a um modo de organização jurídica ou opção política, enquanto o positivismo representa uma concepção do próprio direito.

Para tentar melhor delimitar o âmbito dessa discussão, apresentam-se, em linhas gerais, as três acepções de positivismo jurídico – teórico, ideológico, metodológico - formuladas por Bobbio<sup>236</sup>, relacionando-as ao neoconstitucionalismo. Sublinha-se que essa

---

<sup>233</sup> O termo constitucionalismo está sendo trabalhado no decorrer de todo texto, demonstrando a evolução e os diferentes enfoques realizados ao longo do tempo.

<sup>234</sup> Para Pérez Luño, a expressão direito positivo “designa el derecho puesto o impuesto por quien ejerce el poder en una determinada sociedad y, por ello, válido en su ámbito”. Ressalta-se que a identificação da noção geral de direito com o direito positivo preconizada pela concepção positivista - negando o caráter jurídico do direito natural - deu origem ao positivismo jurídico, que pode ser considerado a partir de três planos diferentes que não se implicam necessariamente. “1) En el plano gnoseológico o metodológico se manifiesta como un modo de conocimiento del derecho tal como es, prescindiendo de como debería ser, contribuyendo a una concepción de la ciencia jurídica que describa, complemente y sistematice el ordenamiento jurídico positivo. Así pues, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, el objeto de la misma debe limitarse estrictamente al propio derecho tal como viene impuesto, esto es, a la norma jurídico-positiva, efectuando un análisis interno de la misma para poder deducir, a través de un proceso de investigación puramente lógico-formal, la aplicación de esa norma formulada con carácter general a un caso o situación concretos. 2. En el plano ontológico o de la teoría de derecho, tiende a definir las normas en función de su coactividad, de la posibilidad de asegurar su cumplimiento a través del recurso a la fuerza monopolizada por el Estado, de la supremacía de la ley como fuente del derecho y de la concepción mecánica de su interpretación y aplicación. 3) Por último, en el plano deontológico o ético-político supone, en algunas de sus versiones, la defensa de la separación entre moral y derecho, así como una ideología de la justicia en virtud de la cual debe pretarse obediencia a las normas jurídico-positivas con independencia de su contenido.” Para aprofundar o assunto, consultar: PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique; CARRERA, Carlos Alarcón; GONZÁLES-TABLAS, Rafael; RUIZ DE LA CUESTA, Antonio. **Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 80. Sublinha-se, conforme Bobbio, que o positivismo jurídico nasce “cuando o direito natural y derecho positivo no son ya considerados como derecho en el mismo sentido, sino que solo se considera derecho en sentido estricto al positivismo”. BOBBIO, Norberto. **El positivismo jurídico**. Traducción de Rafael de Asís y Andréa Greppi. Madrid: Editorial Debate, 1993. p. 44.

<sup>235</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Fontamara, 1997. p. 7.

<sup>236</sup> BOBBIO, 1993. É possível encontrar a versão em português da obra: **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

analogia, um pouco forçada, foi realizada por Paolo Comanducci, em artigo elaborado para tratar das diferentes formas de neoconstitucionalismo<sup>237</sup>.

O positivismo jurídico como teoria ou modo de entender o direito compreende uma série de teses independentes, destacando-se principalmente a concepção de norma jurídica, a teoria das fontes e a teoria da interpretação. Sobre as discussões em torno da norma jurídica, são patentes as divergências doutrinárias em torno da conceituação e da aplicabilidade das regras e princípios. Hans Kelsen<sup>238</sup> argumenta que os princípios resultam indesejáveis já que, dada sua imprecisão, abririam as portas ao decisionismo. Entretanto, atualmente, os princípios ganharam força, mesmo carecendo de determinação fática e jurídica.

No tocante às fontes do direito, percebe-se claramente a alteração que o constitucionalismo acarretou na tese mais profunda do positivismo jurídico: a supremacia absoluta da lei como expressão da soberania parlamentar. No século XIX, vigorava o paradigma “*auctoritas non veritas facit legem*”, atualmente, a lei segue sendo expressão de uma autoridade, mas uma autoridade submetida à verdade<sup>239</sup>. Assim, constata-se uma das perspectivas desse novo enfoque trazido pelo constitucionalismo contemporâneo, ou seja, a existência de normas substanciais que limitam a discricionariedade dos órgãos públicos para efetivação dos princípios que melhor atendam aos interesses sociais. Logicamente, essa atuação deve ser pautada pelos limites constitucionais.

Quanto à teoria da interpretação, é possível afirmar que o positivismo defendeu visões contraditórias: uma dizia que o sistema de direito é pleno, resultando ao intérprete o papel mecânico de subsunção; já a outra afirmava que o direito pode apresentar lacunas e paradoxos. Na verdade, o constitucionalismo, ainda que pareça contraditório, oferece argumentos contra as duas teses<sup>240</sup>. Sublinha-se que não se pretende aqui trazer uma análise detalhada das distintas teorias argumentativas, mas sim demonstrar que o novo constitucionalismo pretende limitar a subsunção e a discricionariedade com base em

---

<sup>237</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, M. (ed). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 82.

<sup>238</sup> Kelsen busca desenvolver uma teoria jurídica pura, ou seja, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural. Nas palavras do jurista: “Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela pode garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1.

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 37-8.

critérios materiais, baseando-se na fundamentação como exigência da própria legitimidade do ordenamento posto.

Destaca-se que Comanducci traz os argumentos de Luigi Ferrajoli e Gustavo Zagrebelsky como variantes do neoconstitucionalismo teórico, pois os referidos autores elaboram uma reconstrução do “status” e das tarefas da própria teoria do direito<sup>241</sup>. Mesmo que Ferrajoli e Zagrebelsky apresentem desenvolvimentos teóricos distintos, comungam da opinião sobre a importância da ciência jurídica e sobre a necessidade de abandonar um papel puramente descritivo do direito, atentando para o sentido cosmopolita que deve estar presente dentro do próprio constitucionalismo.

Enquanto Zagrebelsky defende um esgotamento do positivismo jurídico, afirmando inclusive que ele não seria muito útil nos atuais contextos constitucionais<sup>242</sup>, Ferrajoli reconhece laços de reconstrução de um Estado Constitucional que ponham limites ao poder das maiorias<sup>243</sup>.

Zagrebelsky constata, observando os modelos de Estados Europeus, que é notória a perda da posição hierarquizada da Constituição e, para visualizar isso, coloca a imagem do direito constitucional como um conjunto de materiais de construção, considerando que o edifício concreto não seria obra da Constituição enquanto tal, mas de uma política constitucional que estabelece possíveis combinações de materiais<sup>244</sup>.

A metáfora ora mencionada, relacionando o constitucionalismo a uma espécie de laço ou integração através de valores e procedimentos comunicativos, tem recebido vários adeptos, em diversos locais do mundo. Pode-se citar, a título de exemplificação, Canotilho em Portugal, que trata da interconstitucionalidade ou rede de constitucionalismos<sup>245</sup>. Nesta

<sup>241</sup> COMANDUCCI, 2005, p. 88. A obra deste autor será desenvolvida, adiante, no capítulo seis.

<sup>242</sup> Nas palavras de Zagrebelsky: “(...) la afirmación histórica de um individuo, de una fuerza, de una nación, y también de la ciencia del derecho consiste justamente en el abandono activo a esta corriente que todo domina y que a todos arrastra.” In: ZAGREBELSKY, Gustavo. **História y Constitución**. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 63.

<sup>243</sup> Dentre as contribuições mais relevantes de Ferrajoli à teoria do direito, está a reconstrução teórica do garantismo. E, em meio aos diversos sentidos da expressão, Ferrajoli se interessa principalmente pelas referências que seguem abaixo: 1) o Estado de direito e seus níveis de deslegitimação; 2) a teoria do direito e a crítica jurídica; 3) a filosofia do direito e a crítica da política. Sublinha-se que a concepção de garantismo, para Ferrajoli, possui um alcance teórico e filosófico diferenciado, não se aplicando somente ao direito penal. Consultar: FERRAJOLI, **Derecho y razón**, 2000; e Id. **Epistemología Jurídica y garantismo**, 2006.

<sup>244</sup> ZAGREBELSKY, 2007, p. 13.

<sup>245</sup> A teoria desenvolvida por Canotilho será trabalhada no subcapítulo 7.2.2. Desde já, citam-se as seguintes obras: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, prefácio; Id., **“Brancos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; Id., O Estado Garantidor. Claros – Escuros de um Conceito. In:

seara, como o nome indica, ocorre a concorrência, convergência ou justaposição de várias Constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político.

Pode-se inferir que Canotilho tem recuperado algumas categorias trabalhadas por Niklas Luhmann, que, para ele, possibilitam “uma leitura constitucional progressiva”, que responde a ruídos, perturbações e irritações aos processos de diferenciação funcional dos diferentes sistemas<sup>246</sup>. Aqui, abre-se um parêntese para destacar que a leitura procedimentalista luhmaniana é severamente criticada por determinados doutrinadores<sup>247</sup>, já que leva à perda da substantividade presente no texto constitucional e a um considerável enfraquecimento dos valores fundamentais.

Na Espanha, evidencia-se sob outra perspectiva de viés substancialista, a proposta de Pérez Luño, que apresenta a imagem da Constituição não com uma estrutura piramidal baseada na teoria kelseniana, mas como “abóbada”. Essa estrutura implicaria na confluência ou interação de um conjunto de arcos esféricos que fechariam os espaços compreendidos entre muros e colunas<sup>248</sup>. Assim, infere-se que os atuais deslocamentos, da unidade ao pluralismo e da plenitude à abertura, exigem uma nova postura do constitucionalismo.

Pérez Luño ainda refere que o jurista do presente, acostumado à teoria pura do direito, deve encaixar o positivismo jurídico em um novo significado de ordenamento normativo<sup>249</sup>. Se, até o momento, houve um excesso de concentração em um ponto único e hierárquico, atualmente, devem-se acomodar os olhares para ordenamentos policêntricos.

Por outro lado, o positivismo como ideologia aborda um certo ponto de vista acerca da justiça do direito e da obrigação moral de obediência. Com efeito, em sua versão extrema, o positivismo ideológico mostra-se em contradição com o constitucionalismo, porque aquele supõe que o direito posto, somente por estar positivado, é justo; já o constitucionalismo justamente busca a limitação de poder baseando-se na legitimação. No entanto, ainda há que se mencionar a relação entre constitucionalismo e positivismo ético

---

NUNES, A. J. Avelãs; COUTINHO, Jacinto de Miranda. **O direito e o futuro. O futuro do direito.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 571-6.

<sup>246</sup> CANOTILHO, 2006, p. 189.

<sup>247</sup> Luhmann desenvolve a teoria dos sistemas, onde trabalha com variadas instituições sociais dispostas em diferentes subsistemas, o que leva a perda da dimensão reivindicativa e emancipatória desempenhada pelos direitos fundamentais. Isso acaba por desvalorizar o papel dos mesmos e percebê-los como meros componentes de uma organização já estabelecida. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 63.

<sup>248</sup> Id. Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional. In: **Teoría y realidad constitucional.** N. 20. Universidad Nacional de Educación a distancia. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007. p. 510.

<sup>249</sup> ZAGREBELSKY, 2007, p. 13.

em sua versão moderada. Este pressupõe que o direito realiza sempre, em alguma medida, valores moralmente apreciáveis, como a segurança, a previsibilidade das decisões, a busca pela paz, etc., não havendo a menor dúvida de que o constitucionalismo contribui para fortalecer a dimensão moral do direito<sup>250</sup>.

Os autores que criticam o neoconstitucionalismo ideológico afirmam que este coloca em primeiro plano a garantia dos valores constitucionais, chegando a pôr em perigo a certeza e a segurança jurídicas, alicerces do direito moderno. Basendo-se na técnica da ponderação dos princípios constitucionais e da interpretação moral da Constituição, autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin, entendem que os ordenamentos democráticos e constitucionalizados produzem uma necessária conexão entre direito e moral. Comanducci critica essas correntes afirmando que o neoconstitucionalismo ideológico pode ser considerado como uma moderna variante do positivismo ideológico do século XIX, que estabelecia a obrigação moral de obedecer a lei<sup>251</sup>.

Para Alexy, o conceito de normas alcançaria as regras e os princípios, mas a grande discussão envolvendo o neoconstitucionalismo encontra-se nos mecanismos de aplicação das normas principiológicas. O autor alemão admite como ponto de partida, que o termo “princípio” não se contrapõe à “norma”, mas à “regra”, porque norma é o significado de um enunciado que diz que algo deve ser, e como tanto as regras quanto os princípios expressam que algo deve (juridicamente) ser, ambos precisam ser entendidos como tipos de normas jurídicas. Assim, para o autor, a diferença entre princípios e regras não é quantitativa (não é a maior ou a menor generalidade/abstração que diferencia ambas as categorias), mas qualitativa<sup>252</sup>.

É por isso que Alexy propõe a seguinte definição, diferenciadora de princípios e regras:

El punto para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandados de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los

<sup>250</sup> PRIETO SANCHÍS, 1997, p. 25-6.

<sup>251</sup> COMANDUCCI, 2005, p. 86.

<sup>252</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; Traducción de Ernesto Garzón Valdés. 1997. p. 81-115. Ver, do mesmo doutrinador: **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.<sup>253</sup>

Assim, princípios seriam normas de otimização, que poderiam ser obedecidas em diferentes graus, ao passo que regras seriam normas que só poderiam ser cumpridas ou não. Consequentemente, os princípios não conteriam mandados definitivos, mas somente “prima facie”. Pelo fato de se afirmar que um princípio valeria para um caso, não se concluiria que o mesmo resultado valesse para outro. Distinto seria o caso das regras, pois elas exigiriam que se fizesse exatamente como nelas estivesse ordenado.

No fundo, na era pós-positivista, com a utilização da(s) teoria(s) da argumentação jurídica, os “hard cases” passam a ser resolvidos a partir da ponderação de princípios. O problema é saber como é feita essa “escolha”, já que ela pode ser pautada por critérios totalmente subjetivos. Observa-se que a ponderação, de fato, evidencia o retorno ao decisionismo e ao positivismo clássico da era iluminista.<sup>254</sup>

Em perspectiva diversa, Ronald Dworkin - também citado como adepto do constitucionalismo ideológico - mostra-se totalmente contrário a procedimentalismos que levam a arbitrariedades, afirmando que a garantia contra decisionismos está no acesso à moralidade institucional<sup>255</sup>.

Antes de sustentar que a distinção entre regras e princípios para Dworkin está no fato de que a regra se define na base do “tudo ou nada”, deve-se perceber que ele está inserido na “common law” e desenvolve a teoria da resposta correta. Mais ainda, Dworkin não faz a cisão entre interpretar e aplicar, tampouco admite dedutivismos; logo não se pode colocá-lo na mesma seara das teorias procedimentalistas, nem na argumentativa, de Alexy, nem na discursiva, de Jürgen Habermas.

Sobre a complexa teoria sobre a resposta correta de Dworkin, o autor refere:

A questão, portanto, de se existem casos sem nenhuma resposta certa em um determinado sistema jurídico, e se tais casos são raros ou numerosos- não é uma

<sup>253</sup> ALEXY, Robert, 1997, p. 86-7.

<sup>254</sup> STRECK, 2008, p. 180.

<sup>255</sup> Para aprofundar o tema, consultar: DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes; 1999; **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001; **A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

questão empírica comum. Acredito que tais casos, se é que existem, devem ser extremamente raros nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha. Alguém que conteste isso não pode, se os argumentos deste ensaio estão certos, fundamentar seu argumento valendo-se simplesmente da tese da demonstrabilidade (...). E nem provavelmente terá êxito se tentar encontrar exemplos efetivos de casos sem nenhuma resposta certa numa investigação, caso a caso dos relatos jurídicos<sup>256</sup>.

Dworkin apresenta que é no mínimo improvável que duas teses sejam tão diferentes a ponto de exigirem respostas contrárias em um mesmo caso. Para comprovar sua teoria, cita vários exemplos e coloca muitas perguntas: é verdade que a troca de promessas constitui ou não um contrato válido? Alguém processado por um delito pode ou não ser responsável por danos? O acusado de um crime é ou não culpado? Se isso tudo é verdade, então, os casos em que essas questões são dispositivas têm uma resposta certa. Atente-se para o fato de que Dworkin cria os chamados “conceitos dispositivos”, relativos ao fato de que, se existir um conceito válido em determinadas situações, os juízes devem decidir em certo sentido, mas, se não é válido, os juízes devem decidir em sentido oposto<sup>257</sup>.

Dessa maneira, reagindo contra o positivismo clássico, o qual observa na norma jurídica o esgotamento do direito, Dworkin entende que, ao lado dela, co-existem políticas e princípios ético-jurídicos. Assim, observa-se que esse autor apresenta-se como defensor da teoria hermenêutica, por assumir a conexão entre a prática do direito e a atividade de interpretação.

Igualmente, através da tese da resposta correta, contesta a textura aberta apresentada por Herbert L. A. Hart. Este, ao contrário de Hans Kelsen, propõe discutir moral e política, juntamente com o direito<sup>258</sup>. Hart também traz observações sobre a atuação do Poder Judiciário na resolução do que ele denomina de casos fáceis e difíceis.

O debate em torno desse poder discricionário do Judiciário levou Dworkin a concluir pela relativa e não total abertura do sistema. Para o jurista americano, os princípios estão à disposição do juiz na realização da interpretação. Socorre-se com a literatura, mais especificamente com a mitologia, ao defender a atuação de um juiz Hércules – chamado método Hércules, que considera a intenção legislativa (intenção do autor) e a intenção do locutor (do juiz)<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> DWORKIN, 2001, p. 215.

<sup>257</sup> Ibid., p. 176.

<sup>258</sup> HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 138-161.

<sup>259</sup> DWORKIN, 1999, p. 377-424

Note-se que Hércules não se fixa nas questões que procuram descobrir a intenção do autor, nem mesmo em quem pode ser considerado como tal. A intenção do autor é dada por uma noção de integridade percebida pelo juiz, evidenciada em todo conjunto circundante ao momento da sentença.

Nas próprias palavras do jurista:

(...) O método de Hércules não leva em conta o importante princípio, firmemente enraizado em nossa prática jurídica, de que as leis devem ser interpretadas não de acordo com o que os juízes acreditam que iria torná-las melhores, mas de acordo com o que pretendiam os legisladores que realmente as adotaram (...).<sup>260</sup>

Para além da integridade, a equidade possui particular destaque na concepção do magistrado. Em casos complexos, como a necessidade de fechamento de uma represa para salvar peixes em extinção, o juiz deveria atentar para dois âmbitos: primeiro, o da necessidade política da manutenção do fechamento da empresa e, segundo, o de um convencimento pessoal a respeito da proteção aos animais. Entretanto, o motor de sua decisão será dado pela ideia de decisão justa e equânime, ou seja, as convicções de Hércules a respeito do que possa ser considerado como equidade. Tudo isso, influenciado por princípios políticos.

O referido modelo pode ser contestado, mas a proposta segue dando frutos. Nesse sentido, inspirado em Dworkin, Ost propõe uma classificação mitológica para os juízes, na qual o Deus Júpiter estaria baseado no modelo kelseniano tradicional, sendo as normas impostas pela escalonagem hierárquica dada pelo ordenamento jurídico, a partir da noção de Constituição como topo do ordenamento.<sup>261</sup> Neste sentido, o juiz é “escravo” do direito. O outro modelo de juiz é o do magistrado Hércules. Este, “como es bien sabido, es castigado con la maldición de Hera, él no deja de expiar el infanticidio que ella le ha incitado a cometer. Su actividad desbordante determina el perdón de esta falta”<sup>262</sup>.

O juiz Hércules é semelhante a um semideus, devido a sua força, já que passa a chamar para si o trabalho de transformação da realidade social. Destaca-se que Ost não concorda com a figura deste juiz. A sociedade atual multidimensional necessita de outras

---

<sup>260</sup> DWORKIN, 1999, p. 378.

<sup>261</sup> OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. In: **DOXA Cuadernos de filosofía del derecho**. N. 4, Alicante: España, 1993. p. 169-194.

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 173.



estruturas e níveis de poder. Assim, Ost sugere o juiz Hermes – Deus da comunicação e circulação –, que se preocupa com a dinâmica e interdependência social.

Dessas alusões americanas de Dworkin e belgas de Ost, surgem diferentes interpretações, ocorrendo além de imbricações recíprocas entre os autores, novos desdobramentos que levam a campos diversos, o que influencia diretamente a sociedade. Em que pese essas diferentes perspectivas, no tocante à relação entre o positivismo ideológico e o constitucionalismo, é possível perceber o difícil debate em torno do direito, dos valores ou das questões relacionadas a sua interpretação pelos órgãos públicos.

O positivismo jurídico como metodologia ou forma de aproximação ao direito, segundo Prieto Sanchís, pode ser resumido na tese que questiona a separação entre direito e moral. Através dessa premissa, vislumbra-se a relação com o constitucionalismo, na medida em que as Constituições contemporâneas incorporaram um grande número de princípios morais que representam “o núcleo do que se pode chamar de ética da modernidade: democracia e soberania popular, igualdade e direitos fundamentais, etc”<sup>263</sup>.

Comanducci afirma que o neoconstitucionalismo metodológico trata dos princípios constitucionais como ponto de contato entre o direito e a moral. A referência é, obviamente, a autores como Alexy e Dworkin (que também trabalham com o neoconstitucionalismo como ideologia). As críticas referem-se a alguns postulados, como, por exemplo, não existir homogeneidade moral na sociedade ou como definir com segurança a melhor norma moral a ser aplicada<sup>264</sup>.

Em que pese ter sido pontuada a classificação do positivismo e da sua relação com o neoconstitucionalismo através da divisão em ideológico, teórico ou metodológico, concorda-se com a posição de Streck de que o neoconstitucionalismo é a um só tempo as três coisas: ideológico, porque alça a Constituição a “elo contudístico” que liga a política e o direito; teórico, porque estabelece as condições de possibilidade da leitura do modelo de constitucionalismo e dos mecanismos para superação do positivismo; metodológico, porque ultrapassa a distinção positivista entre descrever e prescrever o direito, já que para isso reestabelece a ligação entre direito e moral<sup>265</sup>.

Sendo assim, é possível dizer que frente ao (pre)domínio do positivismo, que sobrevive ainda na contemporaneidade, é necessária a busca pelo sentido da Constituição, levando-a a sério! Então, Streck, partindo da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e

---

<sup>263</sup> PRIETO SANCHÍS, 1997, p. 33.

<sup>264</sup> COMANDUCCI, 2005, p. 93-7.

<sup>265</sup> STRECK, 2008, p. 6-7.

da hermenêutica filosófica de Hans-Gerg Gadamer, desenvolve a busca pela resposta correta - como uma metáfora -, partindo de uma “simbiose entre a teoria integrativa de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica)”<sup>266</sup>.

A metáfora permite uma aproximação entre o dito e o fenômeno já compreendido, “uma vez que nela encerra (...) um grau de objetificação minimamente necessário. A metáfora é entendida, assim, como a possibilidade, a partir da diferença ontológica, de “ligar” significantes e significados”<sup>267</sup>.

Ocorre que o intérprete, ao se colocar no mundo, estabelece previamente uma convicção, um desde-já-sempre (existencial) que conforma seu compromisso minimamente objetificador. Em todo processo compreensivo o desafio é levar os fenômenos à expressão na linguagem, ao que se chama de objetificação.

Na hermenêutica filosófica, existe uma antecipação de sentido que se dá na aplicação, porque não há cisão entre interpretar e aplicar. Trata-se de trazer a resposta correta como a verdadeira, no sentido hermenêutico, como condição de possibilidade a partir da qual é possível desenvolver a ideia do que significa fundamentar e justificar<sup>268</sup>.

Não há como se vislumbrar um Estado Democrático sem o resgate do sentido material do constitucionalismo, baseado em decisões conteudísticas que resgatem a efetividade dos direitos fundamentais do cidadão. E este vir-à-fala traz o sentido da metáfora da resposta correta, porque é na aplicação que se leva a sério a Constituição.

Depois de apontar em linhas gerais os conceitos que giram em torno do neoconstitucionalismo e sua relação com os diferentes positivismos, destaca-se que não é possível perceber o constitucionalismo contemporâneo afastado do ideal cosmopolita. No entanto, objetiva-se apresentar que todo este processo ocorre em meio a globalização, sem se confundir com a mesma.

---

<sup>266</sup> STRECK, 2008, p. 188.

<sup>267</sup> Ibid., p. 345.

<sup>268</sup> Ibid., p. 412.

## **SEGUNDA PARTE**

### **DO PRESENTE AO FUTURO: AS RECONFIGURAÇÕES CONJUNTURAIS ENVOLVENDO O CONSTITUCIONALISMO, A GLOBALIZAÇÃO E O COSMOPOLISMO**

## **DO PRESENTE AO FUTURO: AS RECONFIGURAÇÕES CONJUNTURAIS ENVOLVENDO O CONSTITUCIONALISMO, A GLOBALIZAÇÃO E O COSMOPOLISMO**

Os dilemas relacionados ao futuro do constitucionalismo não deixam de remeter ao passado e ao presente. Por isso, Ost expõe que o direito é sincrônico, coleção de instantâneos momentos sucessivos, em que nenhum cenário permite compreender nada a não ser a soberania de uma vontade onipresente<sup>269</sup>.

Ademais, pode-se até mesmo falar em tempo híbrido, simultaneamente móvel e estabilizado, destituente e instituinte. Como o rio de Heráclito, ele não pára de correr, mas, preso aos valores fundadores, tenta balizar o seu curso com pontos e referências, canalizando o seu fluxo<sup>270</sup>. Assim, quando se fala em passado, presente e futuro do constitucionalismo, são perceptíveis contornos conjunturais de encadeamentos no decorrer do tempo.

No tempo presente, é possível observar os Estados através da metáfora de Liliput<sup>271</sup>. Na história ora mencionada, Gulliver, personagem principal, depois de um naufrágio em alto mar, acorda em uma praia preso por infinitas correntes e, quando olha com cuidado ao redor, percebe minúsculas criaturas – os liliputianos- assustadas observando-o com espanto. Em outras palavras, os entes estatais, com o fenômeno global, são imobilizados por outras instituições, ou seja, possuem dificuldades de atuação frente às Organizações e Organismos Nacionais, Internacionais ou Transnacionais<sup>272</sup>. Isso ocorre por vários motivos, dentre eles, o fator econômico, a necessidade de investimentos, de recursos externos, etc.

---

<sup>269</sup> OST, 1999, p. 205.

<sup>270</sup> Ibid., p. 205-6.

<sup>271</sup> O livro “As viagens de Gulliver” apareceu pela primeira vez em 1726 e permanece até hoje como um clássico da literatura mundial. Nesta obra, Jonathan Swift (1667-1745) conta as fantásticas aventuras de Lemuel Gulliver, um médico que costumava frequentemente viajar de navio para conhecer outros lugares e culturas e, com isso, acabava por cair em terras estranhas. Na parte I, Gulliver, com o naufrágio do barco, nada até um local chamado Liliput, deparando-se com minúsculas pessoas, quando se percebe como um gigante. Na parte II, em Brobdingnag, ocorre o contrário, ele é pequeno perto de nativos gigantes. Depois, na parte III, através de uma ilha voadora, acaba conhecendo Laputa, lugar em que os habitantes ocupam-se em conspirações, enquanto o país passa por problemas graves. Finalmente, na parte IV, depara-se com os Houyhnhnms, cavalos que comandam o próprio Estado, e com os yahoos, seres bestiais que se parecem com os humanos. SWIFT, Jonathan. **As viagens de Gulliver**. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch. Porto Alegre: L&PM, 2007.

<sup>272</sup> BECK, Ulrich. **O que é globalização. Equívocos do globalismo - respostas à globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 133-4.

Com efeito, devido principalmente à globalização econômica, ocorre uma mescla entre interesses particulares e públicos e, como consequência, muitas dúvidas sobre o papel do Estado neste conjunto de sistemas. No entanto, citando novamente a obra literária, é possível verificar que Gulliver, depois de adaptado à nova ilha, consegue se comunicar com os liliputianos e, através disso, também adquire liberdade, inclusive ganhando um título de destaque pelo rei de Liliput.

Ademais, ao olhar para o futuro, ainda trazendo o livro de Swift, Gulliver, em sua próxima viagem no tempo chega a Brobdingnag, cidade composta por nativos gigantes. Naquela ilha, ele constata que “nada é grande ou pequeno, a não ser comparativamente”<sup>273</sup>. Gulliver, quando era um gigante, muitas vezes foi preso e perseguido e, quando percebeu que era pequeno, teve de encontrar outras formas de superar os obstáculos no povoado de Brobdingnag. Da mesma forma, o Estado, frente às crises que assolam a contemporaneidade pode encontrar maneiras de transpô-las, e uma delas pode ser uma nova forma de perceber o constitucionalismo.

Mesmo com a globalização, não há como negar a importância dos Estados e das suas Constituições, porque é justamente no âmbito interno que se manifesta as peculiaridades das diferentes tradições e culturas. Quando se busca a relação com o cosmopolitismo, de forma alguma se objetiva a flexibilização do constitucionalismo ou o enfraquecimento dos poderes estatais.

---

<sup>273</sup>SWIFT, 2007, p. 124.

### 3 A CONSTITUIÇÃO SOB A INFLUÊNCIA DA GLOBALIZAÇÃO E DO COSMOPOLITISMO

Vários discursos teóricos, com frequência, apresentam novos termos e expressões tanto para as ciências sociais e econômicas, como também para as ciências jurídicas. Outras vezes, usam palavras antigas com novos sentidos, o que demonstra o perigo de declarações vazias e retóricas.

Conforme refere Ulrich Beck, hoje, a realidade tornou-se global e cosmopolita, basta citar o perigo terrorista que se tornou sem fronteiras. O mesmo pode-se dizer dos protestos contra as guerras, pois a humanidade vem participando diretamente, através dos meios de comunicação, manifestações e debates<sup>274</sup>.

Ainda, de maneira mais geral:

por paradójico que pueda parecer, la resistencia misma contra la globalización produce globalización política, algo que se observa cada vez más. La globalización de la política, la economía, el derecho, las culturas, las redes de comunicación e interacción excita los ánimos, y la opinión pública internacional se mantiene constantemente inflamada por el pavor que producen los *riesgos globales*.<sup>275</sup>

Como já foi mencionado, as palavras globalização e cosmopolitismo são plurívocas, possuindo vários significados, mas de forma alguma podem ser confundidas. Para se ter uma ideia das diferenças terminológicas, é possível se começar sublinhando que, no discurso político, globalização é uma palavra da moda, geralmente identificada com globalização econômica. Ao contrário, o cosmopolitismo relaciona-se a um processo multidimensional, que visa modificar a natureza histórica dos mundos sociais e a importância dos Estados nestes contextos<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup> BECK, 2005, p. 10.

<sup>275</sup> Ibid. Beck desenvolve a tese de uma sociedade de risco. À diferença das épocas anteriores, incluindo a sociedade industrial, é que, atualmente, existe uma carência: “la imposibilidad de prever externamente las situaciones de peligro (...). Los riesgos son el producto histórico, la imagen refleja de las acciones humanas y de sus omisiones, son la expresión del gran desarrollo de las fuerzas productivas. De modo que, con la sociedad del riesgo, la autoproducción de las condiciones de vida social se convierte en el problema y tema (en primera instancia, de modo negativo, por la exigencia de evitación de los peligros). En aquellos aspectos en que los riesgos preocupan a los hombres ya no se da un peligro cuyo origen quepa atribuirlo a lo externo, a lo ajeno, a lo extrahumano, sino a la capacidad adquirida históricamente por los hombres de autotransformar, de autoconfigurar y de autodestruir las condiciones de reproducción de toda la vida sobre la tierra”. Na verdade, é destacado que a época atual passa pela era do perigo que suprime todas as zonas protegidas e todas as diferenciações da modernidade. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad**. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006. p. 303.

<sup>276</sup> BECK, 2005, p. 19.

O cosmopolitismo supõe o surgimento de múltiplas lealdades, assim como o aumento de variadas formas de vida “transnacionais”<sup>277</sup>, o acesso de atores políticos não estatais (como a Anistia Internacional e a Organização Mundial do Comércio) e o auge de movimentos de protestos globais contra a globalização econômica. Além disso, com o cosmopolitismo, busca-se o reconhecimento internacional dos direitos humanos, o direito do trabalho, a proteção do meio ambiente, a supressão da pobreza, etc<sup>278</sup>.

Para Beck, a globalização diferencia-se do cosmopolitismo porque, segundo ele, o cosmopolitismo não deve substituir o nacionalismo. Ao contrário, a ideia de direitos humanos e democracia necessita de um solo estatal. Um olhar cosmopolita quer dizer: “en un mundo de crisis globales y de peligros derivados de la civilización, pierden su obligatoriedad las viejas diferenciaciones entre dentro e fuera, nacional e internacional (...).”<sup>279</sup> De fato, é preciso o que o autor denomina de realismo cosmopolita<sup>280</sup> ou, em outras palavras, de um cosmopolitismo adequado a um mundo que está aí para ser constantemente reconstruído.

### 3.1 Os (di)lemas da globalização e do cosmopolitismo

A globalização - termo de origem anglo-saxônica - ou mundialização - de origem francesa<sup>281</sup> - tem surgido como chave explicativa para muitos acontecimentos na

---

<sup>277</sup> Conforme Cruz e Bodnar “o Direito Transnacional – assim como o Estado Transnacional – seria matizado pela necessidade da emergência de novos espaços públicos, que tornariam concretas as estratégias transnacionais de governança, regulação e intervenção, e que resultariam em proteção a direitos transnacionais baseados em pauta axiológica comum, em especial os difusos, impossíveis de serem alcançados pelos direitos nacional, comunitário e internacional hoje existentes.” CRUZ; BODNAR, 2010, p. 66. Ainda, cita-se: CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. A crise financeira mundial, o Estado e a democracia econômica. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTC)** I (2), julho-dezembro, 2009. p. 46-56.

<sup>278</sup> BECK, 2005, p. 19.

<sup>279</sup> Ibid.

<sup>280</sup> É interessante pontuar o fato de ter Beck afirmado que o cosmopolitismo recebe vários qualificativos: cosmopolitismo normativo ou filosófico, cosmopolitismo analógico-empírico, cosmopolitismo institucionalizado, cosmopolitismo metodológico, cosmopolitismo real ou banal, dentre outros, incluindo o cosmopolitismo de riscos. Esse último abarca a dimensão excepcional de interdependência cosmopolita como seqüela de conflitos e elementos comuns transnacionais da opinião pública mundial. Ibid., p. 52.

<sup>281</sup> Ao discorrer sobre esse tema, Mireille Delmas-Marty expõe que, com frequência, o termo mundialização é confundido com globalização, enquanto o universalismo é delas distinto. Para evidenciar tal afirmação expõe um exemplo de Philippe Petit: “Dizer-se que Coca-Cola é bebida mundial, global ou universal é rigorosamente a mesma coisa”. Ao contrário, quando se passa dos objetos aos produtos, ou das técnicas a alguns valores, o sentido do “universal” e do “mundial” costuma divergir. “A mundialização remete à difusão espacial de um produto, de técnica ou de uma idéia. A universalização implica em um partilhar de sentidos.” Daí que a autora opta por usar o termo globalização para economia, estando vinculado à “difusão espacial”, e

atualidade. Ocorre que essa palavra se apresenta como um fenômeno que engloba uma rede complexa de interações e influências, possuindo uma imagem poliédrica. Para Antony Giddens, a modernidade é inerentemente globalizante e, como definição, é referido que:

A globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção inversa às relações muito distanciadas que os modelam<sup>282</sup>.

O resultado são mútuas transformações entre o local e o global. As cidades, os países e os continentes são influenciados não apenas por aspectos internos ou por seus vizinhos, mas também pelo dinheiro mundial, mercado de bens e organizações internacionais. E, devido a essa circunstância, de uma globalização acelerada, o Estado torna-se “muito pequeno para os grandes problemas da vida, e muito grande para os pequenos problemas da vida”<sup>283</sup>.

---

universalização para direitos do homem, ligando-se ao “compartilhar de sentidos”, deixando o termo mundialização como neutro, o que permite relacioná-lo com a economia e com direitos humanos. Ainda aponta um questionamento: “Se a lei do mais forte se impõe na economia como prática incontornável, e se os direitos do homem não são nada além de um discurso ideológico explosivo, fundado sobre uma humanidade na qual cada comunidade pretende deter seu segredo, como conceber um direito mundial que se fundaria por sua vez sobre a economia e sobre os direitos do homem?” Delmas-Marty coloca a importância de se renunciar a posições simplistas, as quais parecem esquecer parte da ideologia em economia e o pragmatismo dos direitos do homem. Ademais, em que pesem ainda muitas resistências, os direitos econômicos e sociais fazem parte dos direitos do homem; logo, os direitos do homem se tornam oponíveis à economia. Assim, a partir dessa constatação, não se poderia pensar um sem o outro. DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um Direito Mundial**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 7-38.

<sup>282</sup> Para Anthony Giddens, as discussões sobre globalização tendem a aparecer em duas correntes da literatura. Uma é a literatura das relações internacionais; outra a da teoria do “sistema mundial”, particularmente associada à obra de Immanuel Wallerstein, que se situa próximo a uma visão marxista. Os teóricos das relações internacionais caracterizam-se basicamente por focar o desenvolvimento do sistema de Estados-nação, analisando suas origens na Europa e sua ulterior disseminação em escala mundial. Então, os Estados-nação são tratados como atores de uma ordem internacional, envolvendo-se com outras organizações do tipo transnacionais (organizações intergovernamentais ou atores não-estatais). Ainda, os defensores desta teoria afirmam que os Estados estão perdendo, cada vez mais, a soberania, embora poucos vislumbrem a possibilidade de um Estado mundial. A crítica que Giddens faz é relativa à limitação dos atores envolvidos, já que existem outras conexões, tanto internas como externas. Quanto aos defensores da teoria do “sistema mundo”, está posto que não há como negar a contribuição de Wallerstein no sentido de que, realmente, o sistema capitalista foi desde o começo um assunto da economia mundial e dos Estados. Entretanto, critica a excessiva restrição aos motivos financeiros na obra do escritor. Ver: GIDDENS, Anthony. **As consequências (sic) da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 69-70.

<sup>283</sup> BELL, David, apud. GIDDENS, 1991, p. 42.



Para Octavio Ianni, a globalização representa um novo ciclo da expansão do capitalismo moderno, como modo de produção e processo civilizatório de alcance mundial<sup>284</sup>. O mesmo autor sublinha que:

A globalização do mundo pode ser vista como um processo histórico-social de vastas proporções, abalando mais ou menos drasticamente os quadros sociais e mentais de referência de indivíduos e coletividades. Rompe e recria o mapa do mundo, inaugurando outros processos, outras estruturas e outras formas de sociabilidade, que se articulam e se impõem aos povos, tribos, nações e nacionalidades. Muito do que parecia estabelecido em termos de conceitos, categorias ou interpretações, relativos aos mais diversos aspectos da realidade social, parece perder significado, tornar-se anacrônico ou adquirir outros sentidos. Os territórios e as fronteiras, os regimes políticos e os estilos de vida, as culturas e as civilizações parecem mesclar-se, tensionar-se e dinamizar-se em outras modalidades, direções ou possibilidades. As coisas, as gentes e as idéias movem-se em múltiplas direções, desenraizam-se, tornam-se volantes ou simplesmente desterritorializam-se. Alteram-se as sensações e as noções de próximo e distante, lento e rápido, instantâneo e ubíquo, passado e presente, atual e remoto, visível e invisível, singular e universal<sup>285</sup>.

Ocorre que o fenômeno da globalização se transformou com o tempo; logo, atualmente, não possui as mesmas características da época do seu surgimento. É o que se abordará a seguir.

### 3.1.1 A apogeu da globalização e suas diferentes nomenclaturas

---

<sup>284</sup> IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p.11.

<sup>285</sup> IANNI, Octavio. **As ciências sociais na época da globalização**. Disponível em: <<http://www.billreidfoundation.org/banknote/spirit.htm>> . Acesso em: 19 mai. 2009.

Alguns autores destacam que a globalização não é um fenômeno novo<sup>286</sup>. Em determinada perspectiva ela já existia, por exemplo, nos antigos impérios, provocando sucessivas modernizações econômicas, culturais e jurídicas. Na era moderna, foi impulsionada pela interação entre a expansão da cartografia e das navegações pelos povos ibéricos e pela própria evolução do conhecimento científico<sup>287</sup>.

Para Immanuel Wallerstein, a história do capitalismo e da globalização apresenta-se em três momentos principais. O primeiro em torno de 1450 e 1650, quando o mundo moderno passou a incluir a maior parte da Europa e uma parte da América. O segundo foi o da grande expansão de 1750 a 1850, quando incorpora o Império Russo, o Império Otomano, a Ásia meridional e partes da Ásia do Sudeste, grandes parcelas da África ocidental e o restante das Américas. A terceira e última expansão ocorreu no período de 1850 a 1900: a Ásia, mas também várias outras zonas da África, o restante do Sudeste asiático e a Oceania foram trazidos para dentro da divisão do trabalho<sup>288</sup>. Assim, tanto a tendência à autonomia nacional quanto à globalização estão profundamente enraizadas na modernidade.

Stuart Hall expõe que, mesmo constatando tendências contraditórias no interior da globalização, geralmente concorda-se que, desde a década de setenta, tanto o alcance como

---

<sup>286</sup> No mesmo sentido: “A lo largo de la historia que se ha documentado, hombres y mujeres de todas las regiones del mundo han viajado enormes distancias – en busca de intercambios comerciales, poder, conocimientos o esclavos – y han modelado la mente y la vida de los pueblos de otras regiones con objetivos e ideas traídos de lejos. El imperio de Alejandro Magno moldeó no sólo la política sino la escultura de Egipto y del norte de la India; los mongoles moldearon tanto la economía como la arquitectura de grandes extensiones de Asia; las migraciones de los bantúes poblaron la mitad del continente africano, aportando su idioma y su religión pero también su forma de trabajar el hierro y nuevas técnicas agrícolas. Los efectos son evidentes en la religión: los países islámicos se extienden desde Marruecos hasta Indonesia; el cristianismo tiene fuerza en todos los continentes, a donde a menudo llegó llevado por misioneros que llegaron tras la ocupación imperial, mientras el judaísmo ha viajado a todos los continentes sin dar muchos indicios de evangelización; y el budismo, que emigró tiempo atrás de la India a gran parte del este y sudeste de Asia, se encuentra hoy en Europa, África y América (...). Sin embargo, en nuestro siglo el equilibrio ha cambiado. La proporción de lo que está asentado respecto a lo que ha viajado ha cambiado en todas partes. Ahora, las ideas, objetos y personas de fuera están cada vez más presentes de manera obvia en todo lugar de lo que nunca habían estado. Está muy bien que llamemos a este proceso globalización, como a hacemos a menudo, pero eso nos dice muy poco sobre lo que tiene de nuevo o sobre su importancia. Pues, como he sugerido, se podría describir la historia de la humanidad como un proceso de globalización: la globalización, por así decirlo, de la longue durée. De hecho, de la más larga durée humana posible: del periodo en que hemos sido completamente humanos.” Consultar: APPIAH, Kwame Anthony. Ciudadanos del mundo. In: GIBNEY, Matthew J. (Edición). **La globalización de los derechos humanos**. Traducción de Helena Recassens Pons. Barcelona: Crítica, 2003. p. 198-200.

<sup>287</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 60.

<sup>288</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. **O fim do mundo como o concebemos**. Ciência social para o século XXI. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 92.

o ritmo da integração global aumentaram enormemente, acelerando os fluxos e os laços entre os Estados<sup>289</sup>.

As alterações na economia provocaram um conjunto de reações - muitas vezes independentes da vontade dos sujeitos envolvidos - que vão desde a diminuição da capacidade regulamentar dos governos à aparição de novas configurações geopolíticas, como o deslocamento de matérias primas, serviços, bens, recursos financeiros, informações, conhecimentos especializados, etc. Por isso, é possível perceber certas inovações no fenômeno da globalização.

Também José Eduardo Faria destaca a globalização atual vinculada à “mercantilização”, tanto do conhecimento, como da eficiência, da tecnologia, da competitividade, da produtividade e do dinheiro. “Trata-se, portanto, de uma integração que entra em conflito com a integração social”<sup>290</sup>. Esta, por sua vez, é fundada em valores comprometidos e envoltos pelo significado do próprio Estado Democrático de Direito.

Em outras palavras:

O que é realmente novo na globalização é sua aplicação a um inédito processo de superação das restrições de espaço pela minimização das limitações de tempo, graças ao vertiginoso aumento da capacidade de tratamento instantâneo de um gigantesco número de informações; a um fenômeno complexo e intenso de interações transnacionais, onde a empresa privada progressivamente substitui o Estado como ator principal, criando algo qualitativamente diferenciado de quase tudo o que se teve até agora em matéria de ordenação sócio-econômica e de regulação político-jurídica; à avassaladora dimensão alcançada pelos movimentos transnacionais de capital, especialmente o financeiro; e à formação de uma hierarquia dinâmica de acesso e trocas desiguais entre os fatores de produção, com amplitude mundial.<sup>291</sup>

Na verdade, a inovação pode ser percebida em algumas perspectivas de espaço e tempo. Primeiro, tudo acontece muito mais rápido; segundo, ocorre a substituição do Estado como ator principal das relações econômicas, sociais e mesmo jurídicas; terceiro, a inserção dos movimentos transnacionais de capital; quarto, as trocas desiguais de produção.

Como motivo dessas alterações, nas dimensões da globalização, Faria, afirma:

Esse processo, esse fenômeno e essa hipertrofia da dimensão financeira são resultantes da convergência de distintas e importantes transformações

---

<sup>289</sup> HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva; Gracira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2006. p. 68-9.

<sup>290</sup> FARIA, 2004, p. 52.

<sup>291</sup> FARIA, 2004, p. 61-2.

institucionais, políticas, organizacionais, comerciais, financeiras e tecnológicas ocorridas ao longo da década de 70, 80, e 90.

(...)

Essas transformações foram deflagradas por diversos fatores convergentes, dos quais pelo menos dois merecem particular destaque (...). O primeiro desses fatores foi a crise do padrão monetário mundial, surgida com o fim do *gold exchange standard*, decidido unilateralmente pelo governo norte-americano. Iniciada em 1971 com a insustentabilidade da paridade dólar-euro e com a subsequente erosão do dólar como moeda reserva internacional estável, essa crise levou à flutuação do câmbio, abriu caminho para a progressiva desorganização do sistema de regulação criado na metade dos anos 40 pelo acordo Bretton Woods e possibilitou a abertura dos mercados internos das economias desenvolvidas aos produtos industrializados oriundos do Terceiro Mundo. O segundo fator foram os choques do petróleo de 1973/1974 e 1978/1979. Resultando, pela acumulação dos seus efeitos, num aumento de cinco vezes o valor real do barril, eles desnivelaram subitamente os preços relativos dos bens e serviços (...)<sup>292</sup>

Com o impacto da instabilidade do padrão monetário internacional e com os dois choques consecutivos do petróleo, aconteceu a diminuição do potencial de crescimento do modelo financeiro, produtivo, industrial e comercial então vigente. Como consequência eram necessárias respostas rápidas, o que levou à progressiva desregulamentação dos mercados financeiros, o fim dos monopólios estatais e à veloz abertura no comércio mundial de serviços e informações.

Por tudo isso, a globalização econômica é um fenômeno altamente contraditório e paradoxal. A crescente flexibilização e desregulamentação acabaram por gerar um complexo de relações que romperam com os esquemas tradicionais da ordem estatal. O salto qualitativo na expansão do capitalismo leva a um capitalismo desvinculado do modelo econômico estatal, convertendo-o em apátrida, um capitalismo sem raízes e sem território, que busca apenas seu próprio benefício<sup>293</sup>.

Daí que o capitalismo vem aumentando em um ritmo vertiginoso, os intercâmbios se multiplicam, o dinheiro move-se em circuitos virtuais e telemáticos, bem como surgem novos fluxos financeiros que fogem a todo tipo de controle. Neste cenário, o Estado perde a capacidade de regulação e controle.

De Julios-Campuzano sublinha que a paz tem um preço, mas ninguém poderia imaginar a sua amplitude:

---

<sup>292</sup> Ibid., p. 62-3. Nessa mesma linha de orientação, Paulo Bonavides alerta sobre o perigo de a globalização levar ao retorno do neocolonialismo. Menciona o autor que, no Brasil, durante muito tempo o Poder Executivo tem atuado como senhor absoluto do poder, ignorando as leis e a Constituição, governando através de medidas provisórias, que, muitas vezes, revelam o interesses das grandes potências ou de instituições internacionais. Ver: BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao neocolonial**. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 19-31.

<sup>293</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2003, p. 21.

la conversión del Estado en aliado del capitalismo transnacional, el arrinconamiento de los contenidos sociales del programa keynesiano, el vaciamiento de la democracia y la instrumentalización de los derechos humanos, cuya precariedad constituye una de las grandes incertidumbres de nuestro tiempo.<sup>294</sup>

É possível verificar que, se a lógica da globalização é entendida como liberação econômica em nível supranacional e nacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos, ela entra em colisão com a lógica democrática e dos direitos humanos.

Por isso, Faria destaca que a globalização jamais pode “ser tomada como sinônimo de universalização no que se refere, por exemplo à partilha equitativa de seus resultados materiais e ao acesso comum a todos”<sup>295</sup>. A ideologia do capitalismo global atua justamente no sentido de ocultar a realidade, exaltando a própria capacidade do sistema para corrigir os seus desequilíbrios, como se toda intervenção consistisse em uma distorção inadmissível<sup>296</sup>.

Vale, no entanto, advertir que o sistema econômico desafiador das suas próprias exigências de legitimidade coloca-se contra os direitos fundamentais e a democracia. As diversas desregulações provocam crescentes crises, que atingem também a questão do trabalho. E, quando o “capitalismo global de los países más desarrollados destruye el nervio vital de la sociedad de trabajo, se resquebraja también la alianza histórica entre capitalismo, Estado asistencial y democracia”<sup>297</sup>. Destaca-se que essa ameaça aos direitos dos trabalhadores, igualmente afeta a liberdade política e democrática, pois somente homens com as mínimas condições para assegurar a qualidade de vida podem construir um país livre e democrático.

Argumenta De Julios-Campuzano que a nova era apresenta um capitalismo desordenado, mas cuja desestruturação é somente aparente, visto que encobre todo um emaranhado normativo sobreposto aos ordenamentos jurídicos estatais e que condiciona drasticamente a efetividade e alcance dos legisladores internos<sup>298</sup>. Dessa linha de orientação, pode-se constatar que o evidente enfraquecimento dos Estados ante aos

---

<sup>294</sup> Ibid., p. 22.

<sup>295</sup> FARIA, 2004, p. 52.

<sup>296</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2003, p. 23.

<sup>297</sup> BECK, Ulrich **¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización.** Traducción de Bernardo Moreno, Ma Rosa Borrás. Paidós: Barcelona, 1998. p. 97.

<sup>298</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, op. cit., p. 24.

processos sócio-econômicos globais constitui um sólido aliado para a expansão ainda maior do capitalismo. A violência da globalização está em uma relação direta com o enfraquecimento das estruturas institucionais do modelo estatal que se vê forçado a ceder à lógica do capital.

Isso provoca a debilidade das funções do Estado que acaba por renunciar às suas atribuições tradicionais de um modelo social e democrático, para se tornar apenas gerenciador do sistema político.<sup>299</sup> Com efeito, a globalização acirra as disputas econômicas, em detrimento da justiça social, valor constitucional, inserido em praticamente todas as Constituições dos Estados ocidentais contemporâneos.

Pode-se vislumbrar que a globalização dos mercados não foi acompanhada por um processo simultâneo de caráter global, nos âmbitos jurídicos e políticos. Assim, o desajuste estrutural entre a globalização do mercado e das instituições locais do Estado resulta alarmante<sup>300</sup>. Daí a urgência de um conjunto de transformações em diferentes sentidos, que impliquem na ressignificação de projetos nacionais e internacionais, para abarcar a sociedade em seus diferentes aspectos social, político, econômico e cultural.

Com Bolzan de Moraes é verificável que “(...) se os sucessos do Estado Social fossem incontestáveis e não contrastáveis, não se enfrentaria o dilema de sua realização nos termos postos pelo constitucionalismo contemporâneo”.<sup>301</sup> Ou seja, se das garantias constitucionais emergisse a certeza das satisfações sociais, esse debate não seria colocado e tudo se resolveria por políticas públicas.

As colocações ora apresentadas remetem a Beck, quando o mesmo afirma que “antes de se atirar da torre Eiffel deve-se ir ao médico (...). O tom cinzento que toma conta do mundo... talvez encontre sua razão de ser em um emboloramento das palavras.” Aquilo que aparentemente é uma decadência poderia ser transformado no anúncio da “segunda

---

<sup>299</sup> Ibid., p. 25.

<sup>300</sup> Ibid.

<sup>301</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A Jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito II. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis; BARRETO, Vicente de Paulo... [et al.]. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009, p. 44. Cita-se, ainda, do mesmo autor: A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010, p. 101-119.

modernidade”<sup>302</sup>. De fato, o autor não se posiciona totalmente contra a globalização, mas apenas contra alguns sentidos atribuídos a ela. Por isso, estabelece a distinção entre, de um lado, o globalismo e, de outro, a globalidade ou globalização<sup>303</sup>. Esta diferenciação serviria para romper com a segmentação territorial da política e da sociedade iniciada com o projeto do Estado Moderno, que foi estabelecido em termos absolutos.

O “globalismo”<sup>304</sup> significa a concepção de que o mercado substitui ou acaba com a ação política, incorporando totalmente a ideologia do neoliberalismo, restringindo-se ao aspecto econômico. Dessa forma, é pensado sob a forma linear, deixando de lado a ecologia, a cultura, a política e a sociedade civil. A essência do globalismo é o fim de uma distinção que existia na primeira modernidade entre economia e política. Naquela época, a política consistia na delimitação e no estabelecimento de condições para o funcionamento dos espaços jurídicos, sociais e ecológicos, dos quais dependia a atuação da economia para tornar-se legítima. Já, agora, no globalismo, ocorre o imperialismo da economia, em que as empresas impõem as condições para se instalarem nos Estados<sup>305</sup>.

Ademais, não existe apenas o globalismo de afirmação, há também o de negação, consciente da inevitabilidade do domínio do mercado e que acaba por se refugiar em diversas formas de protecionismo:

---

<sup>302</sup> Sobre o termo segunda modernidade, ver nota 8 do livro de BECK, Ulrich. 1999, p. 26. Ocorre que surge na imprensa uma discussão sobre a paternidade desta expressão. Entretanto, é disposto que a “ausência de leitura ou a impossibilidade de ter sido mencionada não representam argumentos convincentes para que se reclame qualquer originalidade – ou desprezo”. Na continuação, Beck termina por dizer que se há de fato algum parentesco conceitual que seja com a expressão criada por Habermas: modernidade inacabada, fenômeno Pós-Segunda Guerra Mundial.

<sup>303</sup> No tocante a estas diferenças, Otfried Höffe argumenta que globalistas, como Beitz, Nielsen, Horn, têm razão ao partirem de um estado de natureza global que também deverá ser superado globalmente. Contudo, o globalismo dos teóricos do Estado exige, adicionalmente, que o imperativo jurídico universal seja realizado imediatamente, o que remete a um “cosmopolitismo indiferenciado” ou “simplificado” que aludia o estoico Zenão de Cício. Höffe se posiciona a favor da globalidade, afirmando que “à semelhança do Estado nacional, a República Mundial também deverá ser um poder eminente a serviço da paz e do Direito.” Mas não pode sê-lo de uma maneira absoluta, como era o Leviatã de Hobbes, devendo seguir delimitações e atuações específicas. Dessa maneira, importa ocorrer um fortalecimento dos princípios da subsidiaridade global, do federalismo e do nível continental intermediário, ocorrendo, também, prevenção contra uma interpretação expansiva das competências, uma opinião pública mundial eficaz e direitos estatais garantidos de forma clara e efetiva. HÖFFE, 2005, p. 356-359.

<sup>304</sup> Vale registrar que existem muitos manifestos contra a globalização, entendida como globalismo. No dia 04 de julho de 2009, mais de 3000 ativistas se opuseram à ampliação de uma base americana na Itália e entraram em choque com a política na cidade de Vicenza. Igualmente, esta grande multidão iniciou o primeiro protesto contra a cúpula do G8 – os sete países mais desenvolvidos (França, Alemanha, Itália, Japão, Reino Unido, Estados Unidos, Canadá) e Rússia – que marcou importante reunião nos dias 08, 09 e 10 de julho de 2009. Participaram do protesto pacifistas, ativistas antiglobalização e militantes da esquerda radical. O povo afirmava: “Não queremos armas em nossa região (...). Somos cidadãos e não súditos de Roma ou Washington (...).” Consultar: Manifestantes anti-G8 entram em choque com a polícia italiana. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u590778.shtml>>. Acesso em: 08 jul. 2009.

<sup>305</sup> BECK, 1999, p. 27-8.

*Protecionistas pretos* lamentam a decadência dos valores e a perda de significado do nacional, mas contraditoriamente praticam a destruição neoliberal do Estado nacional.

*Protecionistas verdes* identificam o Estado nacional como um biotipo político ameaçado de extinção, protegendo o *stantard* ambiental contra a opressão do mercado mundial e são, assim como a natureza ameaçada, dignos de proteção.

*Protecionistas vermelhos* tiram o pó das vestimentas da luta de classes para todas as ocasiões; a globalização é para eles uma variante da expressão “tínhamos razão”. Festefam o renascimento do marxismo. No entanto, trata-se apenas de uma teimosia cega e utópica.<sup>306</sup>

A globalidade pode ser entendida como um complexo de fatores que enlaça a economia, a cultura, a política e tudo aquilo que estiver relacionado com essas áreas. “É por essa razão que a sociedade mundial significa o conjunto das relações sociais, que não estão integradas à política do Estado nacional ou que não são determinadas (determináveis) por ela.”<sup>307</sup> A globalidade traduz a interdependência entre os diferentes sistemas sociais.

Já a globalização é entendida como o próprio conjunto de processos, em cujo andamento os Estados nacionais se encontram, pois esses têm atingido sua soberania, identidade, redes de comunicação, sendo que as oportunidades de manifestação de poder sofrem a interferência cruzada dos atores transnacionais<sup>308</sup>.

Beck traz como traço distintivo entre a primeira e a segunda modernidade a irreversibilidade do surgimento da globalização. Ainda, apresenta uma aposta de que a globalização vai abrir espaço novamente para inserção da política, fragilizada pelo globalismo. Desse modo, são oito os fatores que demonstram a continuidade desse processo: 1) o crescimento do comércio internacional e a conexão com os mercados financeiros e companhias transnacionais; 2) a revolução dos meios tecnológicos de informação e comunicação; 3) a valorização dos direitos humanos; 4) as correntes da indústria cultural global; 5) a política mundial com atores transnacionais – companhias, organizações não governamentais, uniões nacionais; 6) a pobreza mundial; 7) a necessidade de proteção ao meio ambiente; 8) os conflitos transculturais localizados<sup>309</sup>.

Com efeito, para Beck, não é a globalização que produz os efeitos nocivos, mas estes devem ser atribuídos ao globalismo. Em síntese, pode-se dizer que a interdependência é uma realidade irreversível, não se caracterizando por ser necessariamente negativa.

---

<sup>306</sup> Ibid., p. 28-9.

<sup>307</sup> Ibid., p. 29.

<sup>308</sup> BECK, 1999, p. 30.

<sup>309</sup> Ibid., p. 30 e 31.



Corroborando com o entendimento exposto acima, Giddens parafraseia a célebre obra de Dworkin. Este afirma que se devem levar os direitos a sério, e aquele diz que é de suma importância tomar a sério, também, a globalização. O doutrinador britânico não concorda com a afirmação de Keniche Ohmae, guru dos negócios, de que o Estado tornou-se uma “ficção” e de que os políticos perderam seu poder efetivo, mas sim refere que o formato de Estado vem sendo alterado<sup>310</sup>.

A globalização, em suma, é uma complexa variedade de processos, movidos por uma mistura de influências políticas e econômicas. Ela está mudando a vida do dia-a-dia, particularmente nos países desenvolvidos, ao mesmo tempo em que está criando novos sistemas e forças transnacionais. Ela é mais que o mero pano de fundo para políticas contemporâneas: tomada como um todo, a globalização está transformando as instituições das sociedades em que vivemos. É com certeza diretamente relevante para a ascensão do “novo individualismo” que figurou com tanto destaque em debates socialdemocráticos.<sup>311</sup>

No mesmo sentido, ou seja, buscando uma ressignificação dos ideais do pensamento moderno, De Julios-Campuzano, sugere que é possível uma aproximação com os princípios modernos: “consciente de sus logros y conecedor de sus conquistas, pero también cabal y juicioso, sin desconocer sus carencias, sin ocultar sus vergüenzas.”<sup>312</sup> Por isso, é possível recuperar alguns princípios da modernidade, mesmo reconhecendo suas limitações e contingências implicadas pelo racionalismo iluminista.

Pode-se dizer que se baseando nestes novos tempos de globalização, ainda em construção, está o sentido do cosmopolitismo. Veja-se que podem ser conceitos interligados, mas de forma alguma se apresentam como sinônimos.

Como já foi tratado anteriormente, o termo cosmopolitismo não é sinônimo de globalização, já que este movimento é entendido principalmente relacionado ao viés econômico. Um exemplo de ato cosmopolita pode ser percebido pela atuação do “Greenpeace” em 1995. Naquela época, a multinacional Shell pretendia afundar uma

---

<sup>310</sup> Para Anthony Giddens existem cinco dilemas básicos que envolvem a globalização atual, dentre eles: O que é e em que consiste este fenômeno? Em que sentido as sociedades modernas estão se tornando individualistas? O que se deve fazer diante da afirmação de que a direita e esquerda não têm mais sentido? Está a política, também, migrando para fora dos mecanismos ortodoxos da democracia? Para responder a tudo isso, Giddens constrói uma definição coerente e persuasiva da terceira via. Porém, o que é mais importante, ele não destrói nenhuma das categorias conhecidas anteriormente, mas sim estabelece uma renovação, em vez de estar acima da direita e da esquerda, a terceira via tenta recriar a social-democracia. GIDDENS, Anthony. **A terceira via, reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social democracia**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 39.

<sup>311</sup> GIDDENS, 1999, p. 43.

<sup>312</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. **En las encrucijadas de la modernidad. Política, Derecho y Justicia**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2000. p. 18.

plataforma petrolífera no Oceano Atlântico e, em vez disso, manifestações do “Greenpeace” terminaram por obrigar a desmontá-la em terra firme. Depois disso, a companhia multinacional pôs publicamente contra a parede o presidente francês Chirac, acusando-o de ter violado acordos internacionais, porque pretendia retomar testes atômicos<sup>313</sup>.

Desses acontecimentos, surgem muitos questionamentos. As regras internacionais não teriam sido violadas, na medida em que uma pessoa não autorizada como o “Greenpeace” põe em prática suas próprias convicções? Posteriormente, não podem surgir novas seitas ou organizações privadas com a mesma intenção? Entretanto, existe um grande equívoco, pois não foi o “Greenpeace” quem conseguiu a vitória contra a companhia petrolífera e sim o apoio maciço e expressivo dos cidadãos, divulgado por todo mundo em denúncias veiculadas pela televisão. O “Greenpeace” apenas tornou visível um vácuo de poder e legitimação do sistema político<sup>314</sup>.

Outro exemplo, pode ser colhido analisando o abastecimento de carros. Muitos motoristas têm se manifestado contra a indústria do petróleo e a favor de combustíveis alternativos, mesmo que isso acarrete um maior custo, em prol da justiça ecológica. Para Beck, a novidade política não é a vitória de Davi sobre Golias, é a associação entre Davi e Golias, ou seja, uma associação global, que se volta ora contra uma companhia internacional, ora contra um governo nacional e sua política<sup>315</sup>.

Na continuação, argumenta:

As atuações das companhias internacionais e dos governos nacionais sofrem a pressão de um espaço público mundial. A participação individual-coletiva no contexto global é por esta razão decisiva e notável: *o cidadão identifica no consumo a senha* que autoriza a intervir politicamente em qualquer hora ou local. No boicote se reuniram e se associaram a sociedade ativa de consumo e a democracia direta - em todo planeta.<sup>316</sup>

É precisamente nessa seleção de interesses que se apresenta um quadro novo em torno do cosmopolitismo, aproximado ao modelo elaborado por Kant, desenvolvido no livro “A paz perpétua”, em que se formula a utopia de uma Constituição segundo o direito cosmopolita. Vale dizer, um constitucionalismo que valoriza os homens, os Estados, as

---

<sup>313</sup> BECK, 1999., p. 128.

<sup>314</sup> Ibid.

<sup>315</sup> BECK, 1999, p. 129.

<sup>316</sup> Ibid., p. 130.

Organizações, os Organismos e as instituições em uma relação de interferência mútua, simplesmente por comporem em conjunto o retrato do universo humano.

Mesmo afirmando que as ideias de Kant devem ser analisadas com cuidado e, em certa medida, alteradas para adequá-las à contemporaneidade, não é possível desconsiderar a noção de Constituição jurídica proposta pelo filósofo, já que é cristalina a confirmação de que o homem é um ser político e, por isso, a Lei Maior deve ser pensada na perspectiva interna. Da mesma forma, devem-se considerar as relações recíprocas entre os Estados e a busca por condições de hospitalidade universal.

Atualmente, os perigos ecológicos planetários produzem um horizonte de solidariedade percebido por todos: indivíduos, Estados e demais organizações. A apreensão do mundo leva ao constante surgimento de “mocinhos e bandidos” e, nesta tragicomédia mundial, “a economia permanece livre para escolher o papel de mago que produz a poção venenosa ou mergulhar no papel de herói ou salvador”<sup>317</sup>. Mas não há como negar que, no emaranhado de interesses conflitantes, as instituições que defendem a paz permanecem com o apoio da população em geral.

“No dia em que a Anistia Internacional adquirir fuzis ou mesmo uma bomba atômica ela perderá toda a influência e o respeito que possui” e as empresas ou instituições que defenderem o uso de canhões, na prática, terão vozes menos influentes e menos convincentes. Acontece que, até o momento, a vida humana foi determinada pelas ações estatais, mas em termos morais os governos sempre estiveram sujeito a críticas externas. Entretanto, estas críticas levam a ações e represálias de organismos nacionais e supranacionais, não podendo ser ignoradas nem mesmo pelas superpotências<sup>318</sup>.

Nessa linha de orientação, como já foi referido, é possível encontrar a imagem de Liliput, criada por Jonathan Swift. Atualmente, a autoridade moral da Anistia Internacional é tão grande precisamente por ela ser uma instituição liliputiana<sup>319</sup>.

Ademais, “Organizações liliputianas não são capazes de obrigar governos imorais a pedir perdão de joelhos (...); mas deixam governantes de visão estreita numa posição extremamente negativa (...)” Para finalizar, Beck refere que se o Leviatã foi o símbolo da política moderna, então a posição moral dos “poderes nacionais” e das superpotências será reproduzida pela imagem de Lemuel Gulliver, que após um inocente cochilo se vê

---

<sup>317</sup> Ibid., p. 132-3.

<sup>318</sup> BECK, 1999, p. 133.

<sup>319</sup> Ibid.

amarrado a um sem-número de finíssimas correntes<sup>320</sup>. Isso quer dizer que, somente através da cooperação e da procura por conexões de interesses nacionais, internacionais e transnacionais será possível avançar na própria busca pelo sentido do constitucionalismo contemporâneo. Pelo que foi exposto, percebe-se a diferença entre o cosmopolitismo e a globalização – esta está voltada sobremaneira ao capital econômico -, mas, da mesma forma, possui um sentido plurívoco, o que pode levar a diferentes posicionamentos e críticas.

### 3.1.2 Os riscos do cosmopolitismo

A gama de conceitos atribuídos à globalização e ao cosmopolitismo levou Appiah a dizer que “no obstante, si bien hay amigos del cosmopolitismo que me ponen nervioso, también me complace oírme a sus más ruidosos enemigos”<sup>321</sup>. Assim, se alguns aspectos defendidos por certos autores “cosmopolitas” podem ser exageradamente utópicos, outros mostram-se como prejudiciais às características básicas do próprio cosmopolitismo. Por isso, concordando com Appiah, infere-se que não é preciso tomar partido por um nacionalismo que abandona a todos os estrangeiros, nem por um cosmopolitismo incondicional que contemple amigos e compatriotas com fria imparcialidade.

Além dos defensores de teses cosmopolitas, como os anglossaxões David Held e Richard Falk, existem alguns opositores parciais, e outros que se intitulam anticosmopolitas, como é o caso de Danilo Zolo. Em seu livro “Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial”, o autor italiano pretende apresentar basicamente três problemas que giram em torno da ótica cosmopolita<sup>322</sup>.

Em primeiro lugar, o cosmopolitismo contemporâneo apresentaria de maneira distorcida os processos de globalização que têm lugar em diversas áreas da vida internacional, apresentando-se em um sentido lockeano, como uma tendência até a substituição do sistema dos Estados e a formação de uma crescente sociedade civil global. Em segundo lugar, o pacifismo cosmopolita estaria subestimando a influência dos fatores econômicos e financeiros na dinâmica dos conflitos internacionais, sem ser consciente da crescente diferenciação dos ritmos do desenvolvimento humano, que muitas vezes é favorecida pelos processos de globalização da economia internacional. Em terceiro lugar,

---

<sup>320</sup> Ibid., p. 133-4.

<sup>321</sup> APPIAH, 2003, p. 19.

<sup>322</sup> ZOLO, 2000.

do ponto de vista pacifista, seria impossível um projeto cosmopolita, pois a agressividade e a reconciliação (conflito e pacificação) são constantes evolutivas da espécie humana<sup>323</sup>. Assim, Zolo defende a ideia de um “pacifismo débil”.

É interessante destacar que Zolo, em alguns momentos, mostra-se totalmente contrário a certos preceitos kantianos, defendidos pelos defensores do cosmopolitismo. Porém, mesmo que ele não refira explicitamente, existem ideais cosmopolitas em sua tese, como por exemplo a noção de coordenação e de negociação<sup>324</sup>, que necessariamente remetem à tolerância e ao direito a uma hospitalidade universal cosmopolita.

Sobre o primeiro ponto relacionado a uma sociedade civil global e à percepção lockeana dessa mesma sociedade, sublinha o doutrinador italiano que a posição de Locke era baseada na crença de um conjunto de cidadãos como núcleo central de exigências de liberdades individuais e econômicas contra o poder formal do Estado. A pergunta que ele faz é se esta referência à sociedade civil pode ser transposta ao plano internacional? Como resposta, posiciona-se negativamente. Mesmo considerando legítima a analogia apresentada, afirma que se pode refutar o cosmopolitismo contratualista, simplesmente porque não seria possível a unificação política do planeta sob a proteção de um “Leviatã Constitucional”<sup>325</sup>.

Para Zolo, um “Leviatã Constitucional” exigiria: 1) que se produzisse uma deslegitimação das entidades políticas existentes, essencialmente dos Estados, com a importante variante regional da União Europeia e a correspondente legitimação das atuais instituições internacionais em uma genuína expressão que correspondesse à “sociedade civil global”; 2) uma tendência à homogeneização cultural do planeta; 3) uma atenuação dos conflitos e desigualdades que existem devido, justamente, aos processos globais<sup>326</sup>.

De fato, concorda-se com Zolo sobre a dificuldade, ou mesmo, inverossimilhança de um “Leviatã Constitucional”, justamente pelas razões ora enumeradas. Porém, é difícil compactuar com a sua descrença na formação de uma sociedade civil mundial, que não é o mesmo que um Estado “Leviatã”.

---

<sup>323</sup> Ibid., p.178.

<sup>324</sup> Seguindo a identificação das três tradições distintas da filosofia europeia do internacionalismo – a hobbesiana-maquiaveliana, a grociana e a kantiana – Zolo se coloca, particularmente, próximo da primeira por não encontrar valor prático algum na ideia de uma unidade espiritual do gênero humano que estaria no cerne da posição kantiana e, igualmente, em certa medida na grociana. Dessa forma, o realismo maquiaveliano estaria mais relacionado com suas experiências políticas. Ibid.. p. 24.

<sup>325</sup> ZOLO, 2000. p. 178-181.

<sup>326</sup> Ibid., p. 181.

Segundo Held, partidário de um modelo cosmopolita de democracia, são inferidas muitas razões para duvidar de bases teóricas e empíricas defensoras do desaparecimento dos Estados. Pensa-se sim, em modificações de funções estatais, já que os Estados deixam de ser os únicos centros de poder legítimos dentro de suas próprias fronteiras, devendo estar articulados sob o arco de um direito democrático global. “Dentro de este marco, las leyes del Estado-nación serán sólo un foco más del desarrollo legal, la reflexión política y la movilización”<sup>327</sup>.

O cosmopolitismo contemporâneo não nega a importância dos Estados, assim demonstra Held:

Comoquiera se conciba, el modelo cosmopolita está basado en el reconocimiento de que la democracia de una comunidad particular y las relaciones democráticas entre las comunidades están concadenadas y son absolutamente inseparables y en la comprobación de que es preciso crear nuevos mecanismos organizativos y vinculantes para que la democracia pueda prosperar en las décadas venidas.<sup>328</sup>

Ainda, sobre a segunda crítica de Zolo ao cosmopolitismo, referente ao fato dessa corrente desconsiderar os fatores econômicos e as diferenças entre os variados países, Held demonstra sua preocupação e apresenta sugestões:

(...) Pero, por cierto existe el peligro (que la *subsidiariedad* en Europa en 1992-1993 puso de relieve) de que la autoridad política y la capacidad de decisión sean *chupados*, desde arriba en los nuevos contextos democráticos transfronteirizos (...). Para evitar este problema, es necesario aclarar e tener presente los principios adecuados para regir los diferentes niveles de decisión<sup>329</sup>.

Para não ocorrer o domínio apenas de alguns países, traz algumas sugestões de divisões por assunto. Por exemplo, as questões e os temas políticos que legitimamente pertencem aos níveis da comunidade local, lugar de trabalho ou dilemas característicos que envolvem diretamente os cidadãos “– la red de problemas y cuestiones públicas, desde el servicio postal hasta los parques de entretenimiento, que las afecta de forma inmediata”. Assim, os níveis nacionais de governo deveriam ocupar-se dos problemas coletivos e das questões políticas que afetam a população em particular. Ao contrário, as questões que envolvem assuntos transfronteirizos, exigiriam outras conexões além das estatais, isso

<sup>327</sup> HELD, 1997, p. 278. Cita-se, também: HELD; MOORE, 2008.

<sup>328</sup> HELD, 1997, p. 280.

<sup>329</sup> Ibid.

ocorreria “cuando los niveles inferiores de toma de decisiones no puedan manejar y resolver satisfactoriamente cuestiones políticas transnacionales e internacionales”<sup>330</sup>.

Los problemas ambientales ofrecen un obvio ejemplo de la necesidad de fundar un gobierno democrático en estos distintos niveles. Por ejemplo, las fábricas que emiten diversas formas de residuos tóxicos pueden ser supervisadas y denunciadas a nivel local, reguladas y supervisadas nacionalmente, controladas por agencias regionales en materia de normas y peligros transnacionales y evaluadas globalmente a la luz de su impacto sobre la salud, el bienestar y las oportunidades económicas del conjunto de la población (...).<sup>331</sup>

Os problemas envolvendo a proteção do meio ambiente são uma boa lição para mostrar que a perspectiva cosmopolita visa tanto à mobilização local, como global. Com isso, aceita-se o temor apresentado por Zolo e pelas demais correntes antic cosmopolitas de que um “Leviatã Constitucional” ou um único centro de poder mundial poderia se tornar um problema social de amplas proporções. Somente é possível a democracia com divisão de funções e competências nos diferentes níveis da política.

Nesse momento, vale refutar a terceira objeção de Zolo ao cosmopolitismo sobre o ponto de vista pacifista. Inicia o autor italiano afirmando que desde muitos séculos os vencedores das guerras anteriores vêm defendendo a manutenção da paz. No entanto, o resultado não foi a redução dos arsenais militares, mas, ao contrário, a fabricação e compra de mais armamento<sup>332</sup>. A crítica que se apresenta, inicialmente, é de certa forma simples: não é porque não se atingiu um objetivo que se desiste de almejá-lo.

Na verdade, o autor ironiza essa busca pela paz já no título do livro ora comentado, também no primeiro capítulo, com a opção pelos termos “Cosmópolis” e “modelo cosmopolita da Santa Aliança”<sup>333</sup>. Aquele é baseado na obra de Stephen Toulmin – *Cosmopolis: The Agenda of Modernity* – que traz a origem estoica do termo e a estreita relação entre a harmonia do universo (cosmos) com a ordem política da comunidade humana (“pólis”). O segundo termo está relacionado à formação de uma entidade política

<sup>330</sup> Ibid., p. 280-1.

<sup>331</sup> Ibid., p. 281.

<sup>332</sup> ZOLO, 2000, p. 29.

<sup>333</sup> Com o fim das guerras napoleônicas, as grandes potências se reuniram no Congresso de Viena para reorganizar o mapa político daquele período histórico. Surgiu a Santa Aliança, com o objetivo de encontrar um objetivo pacífico para a anarquia e a guerra. Durante 1814 e 1815, Áustria, Grã Bretanha, Prússia e Rússia criaram “um governo congressual”. Segundo Zolo, “al cabo de muy poco tiempo, la Santa Alianza aglutinó a todos los Estados europeos, de cualquier tamaño e importancia (...) sin que ninguno de ellos pretendiera en ningún momento discutir las decisiones que ya habían sido tomadas por las superpotencias. En consecuencia, por primera vez en la historia europea y mundial quedaba a promover la paz, abierta a todos los Estados pero bajo el control efectivo de las principales potencias europeas.” Ibid., p. 32.

com aspirações de ser universal, pacífica, hierárquica, monocêntrica e centrada no Ocidente<sup>334</sup>.

Em síntese - pontuado sobre o cuidado que se deve ter em estabelecer uma interpretação reducionista e parcial de sua teoria -, a ironia consistiria no fato de que é sabido historicamente que a Santa Aliança era apenas um instrumento utilizado para restauração da monarquia; logo, o atual modelo cosmopolita também poderia ser considerado um instrumento de poder, no caso, de dominação das grandes potências mundiais.

Novamente, tem-se que concordar com Zolo com relação a muitos de seus temores, principalmente, relacionados à força de alguns organismos, países e ao domínio do Ocidente. Todavia, estes temores são, também, objeto de crítica de muitos defensores do cosmopolismo.

Desde o tempo da Paz de Vestfália, tratado concluído em 1648, que pôs fim à chamada Guerra dos Trinta Anos, com o surgimento do direito internacional – na sua acepção clássica – a ideia de soberania ganha novas configurações, passando a estar fundada na obrigação de não intervenção de um Estado em outro. Afirma-se o postulado da igualdade jurídica entre as soberanias<sup>335</sup>. Entretanto, as guerras napoleônicas acabaram com o equilíbrio da Europa, que foi novamente buscado através da Santa Aliança.

Zolo refere que o modelo de paz desenhado pela Santa Aliança, posteriormente, é buscado pela Sociedade das Nações<sup>336</sup> - criada depois da Primeira Guerra Mundial - e, por fim, pelas Nações Unidas<sup>337</sup> - ulterior à Segunda Guerra Mundial. Justamente esse modelo de paz seria a chave para se entender porque a violência interna e internacional permanece<sup>338</sup>.

Dessa forma, existiriam algumas características marcantes desse processo: 1) a confiança em um poder central para manter a paz - ocorre que, na prática, esse modelo está baseado no Conselho de Segurança da ONU, centrado em uma estrutura hierarquizada de

---

<sup>334</sup> Ibid., p. 30.

<sup>335</sup> SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **Introdução ao direito internacional público**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>336</sup> Ao terminar a Primeira Guerra Mundial, as potências vencedoras – Grã-Bretanha, França, Itália e Japão criaram a Sociedade das Nações, formando o segundo grande projeto para assegurar a paz. ZOLO, 2000, p.33.

<sup>337</sup> Em 25 de abril de 1945, realizou-se em São Francisco a Conferência das Nações Unidas, para aprovar a Carta da Nova Organização. O desenho básico se estruturou: a Assembléia Geral, o Conselho de Segurança, o Secretariado e o Tribunal de Justiça. A ressalva que deve ser feita é de que a Assembléia Geral das Nações Unidas não possui uma força vinculante e limita-se a dar recomendações. Significativamente, o poder se concentra no Conselho de Segurança. Ibid., p. 36 e 37.

<sup>338</sup> Ibid., p. 45.



subordinação dos países periféricos; 2) o modelo federativo, próprio de estruturas cosmopolitas, acaba por se reduzir a decisões sobre o uso da força militar; 3) a debilidade do laço federativo; 4) uma noção rudimentar de cosmópolis, em que a ideia de paz se opõe não somente à de guerra, mas de modo implícito, a de outras trocas sociais; 5) em que pese haver inúmeros direitos humanos, não existe formulações teóricas detalhadas para se manter a paz ou para se evitar a guerra; 6) não há nenhuma base filosófica e política às instituições jurídicas<sup>339</sup>.

Zolo ainda destaca que poucas semanas depois do dia 26 de junho de 1945, data em que foi aprovada a Constituição das Nações Unidas, termina a Segunda Guerra Mundial, com o bombardeio atômico a Hiroshima e Nagasaki pelos Estados Unidos da América, nos dias 06 e 09 de agosto de 1945<sup>340</sup>.

Resta constatado como é complexa a instauração - para usar a terminologia de Zolo - de uma “Cosmópolis” contemporânea. Na verdade, não há como negar que o novo milênio herdou uma gama de crises, entre as quais está a disparidade entre os Estados do hemisfério Norte e do hemisfério Sul, mas não apenas entre os países, igualmente entre as Organizações e Blocos Econômicos.

As relações fortemente assimétricas entre distintos países e blocos acarretam duas consequências: 1) a esfera de cooperação internacional, que consiste em um conjunto de ajuda tecnológica, econômica e humanitária, promovida por vários Estados do Norte e pelas Organizações Internacionais por eles mesmos fundadas; 2) a esfera das relações comerciais entre os países “ricos do Norte”, chamados de “desenvolvidos” ou “industrializados”, e as economias “empobrecidas do Sul”, chamadas de “em via de desenvolvimento ou subdesenvolvidas”<sup>341</sup>.

Nesse viés, sustenta-se que não é o critério geográfico, mas sim o nível de desenvolvimento dos Estados que constitui a diferenciação entre Norte e Sul. Esse é o motivo pelo qual, mesmo sob uma aparência universalista, o conceito de desenvolvimento é muitas vezes denunciado como um motor de ocidentalização ensandecida, um instrumento de colonização dos subdesenvolvidos pelos desenvolvidos<sup>342</sup>.

Independentemente do significado atribuído à palavra desenvolvimento, é inegável que existem muitas desigualdades entre os países do “Norte” e do “Sul”, não apenas

<sup>339</sup> Ibid., p. 42-5.

<sup>340</sup> Nota de rodapé n. 19 do primeiro capítulo. Ibid., p. 47.

<sup>341</sup> VENTURA, Deisy. **As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia: os desafios de uma associação inter-regional**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. XXVII.

<sup>342</sup> Ibid.

relacionadas à economia. O quadro dessas distinções é histórico, geográfico, antropológico, cultural, social; enfim, um mosaico de peculiaridades que torna praticamente impossível a ideia de homogeneização ou de um Estado mundial.

O cosmopolitismo deve ser entendido à luz de princípios fundamentais e não de apenas um princípio universal. A importância atribuída às diferenças é erigida como fio condutor da própria análise cosmopolita. Aqui, é possível apresentar a metáfora de Appiah, do “espejo hecho añicos”<sup>343</sup>.

### 3.1.3 Um cosmopolitismo de espelhos

Não há como negar que se vive na diversidade, mas não é por essa razão admissível o relativismo. “Si no podemos aprender unos de otros qué es correcto pensar, sentir y hacer la conversación entre nosotros carecería de sentido”. Essa classe de relativismo seria uma razão para o silêncio.<sup>344</sup>

A partir dessa constatação destaca-se a necessidade de uma reconfiguração plural do cosmopolitismo ou, utilizando a metáfora do espelho, um cosmopolitismo de espelhos que sugere ser um erro resistir ao discurso de valores objetivos, já que o próprio espelho representa este padrão de possíveis identificações.

Assevera Appiah:

En ausencia de una ciencia natural de lo correcto y lo incorrecto, alguien cuyo modelo de conocimiento sea la física o la biología se inclinará por la conclusión de que los valores no son reales; o de todos modos, no tan reales como los átomos y las nebulosas. Ante tal tentación, quisiera aferrarme, como mínimo, a un aspecto importante de la objetividad de los valores: que hay algunos valores que son – y deberían ser – universales, de la misma manera en que hay muchos valores que son – y deben ser – locales<sup>345</sup>.

Não é possível se chegar a um consenso quanto à forma de ordenar esses valores ou determinar seus graus de importância. Isso, novamente, levaria ao relativismo. O que se pretende é a existência de certos parâmetros – espelhos – para que, a partir deles, possa-se

---

<sup>343</sup> APPIAH, 2007, p. 27.

<sup>344</sup> Ibid., p. 62.

<sup>345</sup> Ibid., p. 26.

retomar o diálogo e a busca pelo reconhecimento cultural local, dentro do próprio universalismo.

Appiah relata uma história para mostrar como pode ser complexa a questão da diversidade. Uma médica resolve inscrever-se como missionária e vai para um lugar remoto. Nesta localidade, contempla que as pessoas bebiam água de um poço, sem nenhum tratamento. Posteriormente, fica sabendo que as crianças contraíam diarreia regularmente e muitas chegavam a morrer. Dessa forma, a missionária tenta explicar que, ainda que a água pareça limpa ela contém bactérias invisíveis que fazem mal à saúde. Termina por pedir que ferver a água para matar essas criaturas. Regressando, depois de um mês, percebe que a doença continuava e que não estavam seguindo suas recomendações. As pessoas da região, na verdade, pensavam que era bruxaria e haviam matado um cordeiro para solucionar o problema. Então, a médica teve outra ideia. Buscou um pouco de água para ferver e mostrar à comunidade. No momento da fervura, ao ver a água borbulhando diz às pessoas que existem espíritos na água e, com o fogo, os espíritos iriam embora. As bolhas de água seriam os espíritos, que adoecem as crianças, indo para longe. Nesse momento, o ato de ferver a água passou a ter sentido e os bebês não morreram mais. “Cuando se trata de creencias, al igual que con todo lo demás, cada uno de nosotros debe partir de donde se encuentra”.<sup>346</sup>

Outro exemplo, trabalhado por Appiah, passa-se em Manhattan. Neste local, muitas pessoas estão adoecendo por atuação de um vírus ou de bactérias. E o engraçado é que o discurso para explicá-los se parece com a fundamentação baseada na crença. A resposta dos habitantes da cidade sobre o motivo da existência de vírus era também baseada em uma afirmação de autoridade: a ciência assim demonstra. Ou então, os argumentos seriam em torno de fenômenos naturais, como a disseminação do vírus, etc.<sup>347</sup>

De maneira parecida, os habitantes de um povoado distante, que acreditam em magia, apelariam à autoridade dos antepassados, e em seguida relatariam casos que foram vivenciados pelos habitantes do local<sup>348</sup>. O que se vive influencia no que se crê. Logo, quando se enfrenta uma experiência particular, o que parece razoável crer depende das ideias que já se observam refletidas no espelho ou das pré-compreensões e vivências do próprio ser.

---

<sup>346</sup> APPIAH, 2007, p. 68.

<sup>347</sup> Ibid., p. 69.

<sup>348</sup> Ibid.

Nesse momento, vale retomar a questão colocada por Heidegger, sobre a estrutura prévia da compreensão, e, por Gadamer, sobre a historicidade da compreensão com relação aos textos. Embora possa ser tolerado, o círculo hermenêutico não pode ser degradado a círculo vicioso. O conhecimento originário somente será compreendido de modo adequado quando ficar claro que a interpretação não permite que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia (“Vorhabe”, “Vorsicht”, “Vorbegriff”) lhe sejam impostas por intuições ou noções populares<sup>349</sup>.

Para Gadamer, “a reflexão hermenêutica de Heidegger tem o seu ponto mais alto não no fato de demonstrar que aqui preza um círculo, mas que este círculo tem um sentido ontológico positivo”. Argumenta ainda:

Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para *as coisas elas mesmas* (que para os filósofos são textos como sentido, que tratam, por sua vez, de coisas).<sup>350</sup>

Quem quiser compreender um texto tem que se projetar, mas este “projetar-se” depende de condições prévias de sentido, que devem ser constantemente revistas conforme se realiza a penetração do sentido. Veja-se que o papel do direito e das normas jurídicas é justamente determinar um sentido, esse sentido pode ser representado por valores objetivos ou valores cosmopolitas.

A aceitação de qualquer tipo de relativismo dá margem a um círculo fechado das próprias opiniões prévias como sendo as únicas verdadeiras. Gadamer posiciona-se contra todo tipo de arbitrariedade.

Da mesma forma que não é possível manter por muito tempo uma compreensão incorreta de um hábito na linguagem, sem que se destrua o sentido do todo, tampouco se podem manter, às cegas, as próprias opiniões prévias sobre as coisas, quando se busca compreender a opinião de um outro. Quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto<sup>351</sup>.

Para se compreender tanto um diálogo entre as pessoas como um texto, é necessário deixar que falem por si mesmos. “Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente

---

<sup>349</sup> GADAMER, 2003, p. 355. Cita-se, também, **Verdade e Método II. Complementos e índice**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

<sup>350</sup> GADAMER, 2003, p. 355.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p. 358.

deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto”<sup>352</sup>. Trazendo a metáfora de Appiah, pode-se realizar outra interpretação, ou seja, vislumbrar que não exista um “espejo hecho añicos”, existem muitos espelhos, muitas diferenças refletidas em determinados direitos fundamentais que se constroem no tempo.

Nesse sentido, o constitucionalismo contemporâneo, denominado por alguns autores como neoconstitucionalismo - mesmo com as críticas recebidas -, justamente vem ao encontro desse viés cosmopolita que respeita a cultura local, mas jamais esquece que cada ser humano tem responsabilidade com relação às demais pessoas do globo terrestre.

### 3.2 O constitucionalismo e o cosmopolitismo

As insuficiências apresentadas no tocante a certos aspectos do constitucionalismo contemporâneo levaram Canotilho a fazer uma comparação com “o riso da mulher trácia”. Afirma o professor coimbrano que os atuais textos constitucionais, carregados de normas-tarefa, também conhecidas como normas programáticas - desde a velha Constituição mexicana de 1918, até a Constituição brasileira de 1988 – estão em um “fosso” sob o olhar inquietante e muitos mal-dizeres<sup>353</sup>.

A referência ora mencionada remete a uma narrativa de Platão sobre Tales de Mileto. Este filósofo pré-socrático, enquanto caminhava e olhava o céu, questionando-se sobre o sentido da vida e das coisas, não viu um poço à sua frente, caindo dentro dele. Naquele momento, uma escrava de Trácia que se encontrava por perto, riu da forma como ele contestava as coisas do universo, mas não podia perceber as que estavam na sua frente<sup>354</sup>.

Os adeptos do “dirigismo constitucional”<sup>355</sup>, hoje, são vítimas dos mesmos risos irônicos semelhantes ao da mulher-serva. A pergunta que se faz é se, mesmo na descrença

<sup>352</sup> Ibid.

<sup>353</sup> CANOTILHO, 2006, p. 104.

<sup>354</sup> O significado do episódio vem exposto no livro: BLUMEMBERG, Hans. **O riso da mulher de Trácia. Uma pré-história da teoria**. Tradução de Maria Adélia Silva e Melo; Sabine Urban. Lisboa: Difel, 1994.

<sup>355</sup> Ao tratar do dirigismo constitucional, salienta Canotilho que, em rigor, “não estamos perante normas-tarefa ou normas-fim, mas perante um tipo de normas que ao mesmo tempo que consagram direitos de igualdade impunham um dever constitucional ao legislador no sentido de este dar concretização aos direitos de igualdade”. O recorte da Constituição dirigente foi feito em termos jurídicos-dogmáticos por Peter Lerch, na clássica monografia “Übermass und Verbot”, na qual o autor tinha em mente, sobretudo, o princípio e o direito de igualdade. É por essa razão que a generalidade da doutrina relaciona o dirigismo constitucional com as normas-tarefas estabelecidas nas Constituições programáticas dos chamados Estados Sociais Democráticos de Direito. CANOTILHO, op. cit., p. 214.

em que se encontram as Constituições, estas podem continuar a “ter e ser história?”<sup>356</sup> Para responder a essa pergunta, é necessário ter em mente que a construção histórica é formada por movimentos contínuos e descontínuos a serem feitos e refeitos com o passar do tempo. Logo, pode-se vislumbrar não uma história, mas novas possibilidades a serem testadas e reconfiguradas cotidianamente.

É fato notório que, a partir do século passado, com a difusão da globalização, constitucionalistas de diversas tradições teóricas e de diferentes países passaram a preocupar-se com os novos desafios do direito constitucional que ultrapassam as fronteiras dos respectivos Estados. Nesse sentido, Marcelo da Costa Pinto Neves traz alguns exemplos de juristas que têm trabalhado com essa temática:

(...) nos Estados Unidos, Bruce Ackerman, reconhecendo o *provincialismo enfático da teoria e prática americana*, sublinhou que *nós devemos resistir à tentação do particularismo provincial*. Por sua vez, Mark Tushnet, mais recentemente, em palestra no Instituto de Direito Internacional da Haia, sustentou a *inegável globalização do direito constitucional*, esclarecendo que não estava a tratar da existência da chamada Constituição global ou internacional, mas sim da globalização do direito constitucional doméstico. Do outro lado do Atlântico, Canotilho, com base em Lucas Pires, refere-se à interconstitucionalidade, restringindo-se, porém, à relação da ordem jurídica da União Europeia com as ordens constitucionais dos seus Estados-membros. Por seu turno, na Alemanha, Pernice, também tendo em vista especialmente a experiência europeia, desenvolveu o modelo de um constitucionalismo de níveis múltiplos<sup>357</sup>.

É importante destacar que embora a citação de Neves evidencie que Canotilho restringe-se à União Europeia, quando aborda sobre interconstitucionalidade, na obra do autor coimbrano, está claramente citado o Mercosul como organização que tem recebido considerável aumento de atribuições políticas e jurídicas antes destinadas aos entes estatais. Registra-se, assim, as palavras do autor:

(...) Eis aqui uma primeira nota da presente récita discursiva: o direito constitucional é um direito de restos. Direito do resto do Estado, depois da transferência de competências e atribuições deste a favor de organizações supranacionais (União Europeia, Mercosul). Direito de resto do *nacionalismo jurídico* depois das consistentes e persistentes internacionalização e globalização terem reduzido o Estado a um simples *herói do local*. *Direito dos restos da autoregulação*, depois de os esquemas reguláticos haverem mostrado a eficácia superior da autoregulação privada e corporativa relativamente à programática estatal. *Direito dos restos das regionalizações* depois das várias

<sup>356</sup>Ibid., p. 345.

<sup>357</sup> NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**. Tese apresentada ao concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular na área de direito constitucional, junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. p. XIII e XIV.

manifestações dos *estados complexos* (federais, regionais) exigirem a *inclusão* de outros entes quase soberanos nos espaços unitarizantes da soberania estatal<sup>358</sup>.

Em outro momento de sua obra:

*A internacionalização e a europeização, no caso português, e a internacionalização e a marcosulização no contexto do Brasil, tornam evidentes a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de leis fundamentais regionais.*<sup>359</sup>

Ademais, cabe pontuar que, em 06 de dezembro de 2006, foi legalmente constituído o Parlamento do Mercosul (Parlasul), órgão de representação civil composto por integrantes dos países membros do Mercosul: Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela. O documento formal de instauração confere ao Parlamento posição meramente consultiva nos assuntos regionais, não prevendo a participação decisiva do órgão em processos legislativos e controle sobre os atos do Executivo. Atualmente, o Parlamento é composto por representantes do Estados integrantes do bloco, indicados de forma indireta por seus próprios Congressos.<sup>360</sup> No entanto, caberá aos políticos eleitos em 2010 a tarefa de construir um parlamento atuante e que corresponda aos interesses da população.

Segundo Clarissa Franzoi Dri, parece paradoxal a situação das assembleias frente aos processos de integração, já que as funções tradicionalmente atribuídas à antiga Comissão Parlamentar Conjunta (CPC) - que se transformou em Assembleia Regional - possuíam e assim permanecem possuindo caráter consultivo, deliberativo e de formulação de propostas, sem caráter decisório ou de influência sobre aspectos centrais. Daí que surge a pergunta: para que então criar um parlamento do Mercosul? Na verdade, aparecem dois motivos principais. Primeiramente, surge como um local de debates, inclusive com a possibilidade de reformas no decorrer do seu trajeto até o desenvolvimento de uma democracia semidireta; em segundo lugar, contribuirá para o reforço do bloco, levando à criação de discussões ou à formação de novos órgãos que abordem temáticas de

---

<sup>358</sup> CANOTILHO, 2006, p. 185.

<sup>359</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>360</sup> Para aprofundar o tema, consultar: PARLAMENTO DO MERCOSUL. Disponível <em [http://www.parlamentodelmercosur.org/index1\\_portugues.asp#](http://www.parlamentodelmercosur.org/index1_portugues.asp#)>. Acesso em 08 mai. 2010.

alargamento sobre políticas de integração.<sup>361</sup> Ressalta-se que é urgente a utilização de novas práticas pelas instituições, para que se possa tentar enfrentar a diversidade de crises existentes na realidade contemporânea.

Com as citações ora apresentadas, é indiscutível que os problemas centrais do constitucionalismo, como proteção aos direitos fundamentais, bem como a limitação de poderes do Estado, atualmente, estão fugindo à competência de uma única instância estatal, passando a exigir “redefinições”<sup>362</sup> e âmbitos de diálogo entre diferentes agentes internos e externos. O constitucionalismo, embora originado do Estado e dependente deste, precisa se adaptar ao contexto global e cosmopolita. Assim, sublinha-se o exemplo europeu.

---

<sup>361</sup> DRI, Clarissa Franzoi. As funções do parlamento entre o Estado-nação e a integração regional: esgotamento orgânico ou adaptação institucional? **Revista de Ciências Humanas**. N. 39, abril de 2006, Florianópolis, EDUFSC. p. 83-98. Disponível em: <[http://www.cfh.ufsc.br/~revista/rch39/RCH39\\_artigo\\_4.pdf](http://www.cfh.ufsc.br/~revista/rch39/RCH39_artigo_4.pdf)>. Acesso em: 08 jul. 2009.

<sup>362</sup> Neves afirma que essa nova situação pode ser denominada de transconstitucionalismo. Observa-se que não se trata de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. (...) “O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução. Para tratar do transconstitucionalismo, recorro ao conceito de razão transversal de Wolfgang Welsch, mas me afasto um tanto desse ambicioso conceito, para analisar os limites e possibilidades da existência de racionalidades transversais parciais (pontes de transição) quanto entre ordens jurídicas no interior do direito como sistema funcional da sociedade mundial. (...)” NEVES, 2009, p. XV e XVI. Do mesmo autor, cita-se ainda: **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006; **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Mesmo não sendo objeto do presente trabalho abordar do constitucionalismo sob a perspectiva sistêmica, vale destacar a obra de Neves, que realiza importante pesquisa no Brasil, relacionando o constitucionalismo com a teoria luhmanniana, bem como com alguns aspectos trabalhados por Habermas. Ademais, o direito é tratado como um sistema alopoiético. Derivada etimologicamente do grego “állos” (um outro, diferente) mais “poíses” (produção, criação), a palavra significa a (re)produção do sistema por critérios, programas e códigos do seu ambiente. O sistema é caracterizado por injunções diretas no mundo exterior, perdendo em significado a própria diferença entre sistema e ambiente. A crítica à teoria de Luhmann desenvolveu-se principalmente entre os autores vinculados à concepção pós-moderna do direito, dentre eles estão Teubner e Willke, sendo que de outro ponto de vista, ainda, pode-se citar Ost e Rosenfeld. Ver nota 87, do último livro mencionado. *Ibid.*, p. 140-148.



### 3.2.1 A construção europeia e o desenvolvimento do projeto cosmopolita

Apesar das inúmeras críticas a respeito da União Europeia<sup>363</sup>, é incontestável que sua construção alcançou grandes avanços<sup>364</sup>. Nessa linha de orientação, foi assinado em Niza, no dia 7 de dezembro de 2000, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (UE), que constituiu o embrião de um marco jurídico mais amplo. Alguns doutrinadores traçaram um paralelo com o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais que, assinado no âmbito do Conselho da Europa em 4 de novembro de 1950 se converteu, por via jurisprudencial, no texto de referência da União Europeia em matéria de direitos humanos<sup>365</sup>.

De Julios-Campuzano sublinha que:

Hay que resaltar, sin embargo, que el logro principal de la Carta no consiste, justamente, en consagrar una serie de derechos ya instalados en el acervo jurídico comunitario, sino en avanzar en el establecimiento de un nexo inmediato entre marco institucional de la Unión Europea y el reconocimiento expreso de un soporte axiológico constitutivo de la propia identidad, cuyo

---

<sup>363</sup>Em 18 de abril de 1951, foi criada a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), integrada por Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos, que passaram a ser chamados de “pequena Europa”. A partir daí, nasceram as bases de um futuro mercado comum europeu. O Tratado de Roma, assinado em 25 de março de 1957, consagrou o acordo entre os países antes mencionados. A partir dele surgiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE), um organismo com eminente finalidade econômica, porém que introduziu as bases para a Europa social. Em que pese as hesitações iniciais, a CEE foi se afirmando com o passar do tempo, ocorrendo a primeira ampliação em 1973, com o ingresso de Dinamarca, Irlanda e Reino Unido. A segunda ampliação ocorreu em 1981, tendo a Grécia como protagonista. A terceira adesão foi realizada por Portugal e Espanha, em 1986, e a quarta por Áustria, Finlândia e Suécia, em 1995. O quinto alargamento ocorreu em primeiro de maio de 2004, com o ingresso da República Checa, Chipre, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta e Polônia. Por fim, em primeiro de janeiro de 2007, houve a inclusão da Bulgária e da Romênia. Vale destacar que o Tratado de Maastricht, também conhecido como Tratado da União Europeia (TUE), firmado em 7 de fevereiro de 1992, caracterizou-se ser um marco significativo no processo de unificação, fixando que à integração econômica, até então existente, se somaria uma unificação política, tendo como resultado a substituição da denominação Comunidade Europeia pelo termo União Europeia. Atualmente, esse bloco é uma união supranacional econômica e política, formada por 27 Estados-membros. Destaca-se que a Noruega assinou o tratado, mas a população rejeitou a adesão através de referendo. Já, Croácia, Turquia e Macedônia, mesmo sendo Estados candidatos, ainda não foram aceitos no bloco europeu. Consultar: EUROPA. O portal da União Europeia. Disponível em: <[http://europa.eu/lisbon\\_treaty/index\\_pt.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/index_pt.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2009. Para aprofundar o tema: VENTURA, 2003; VIEIRA, José Ribas (Org.). **A Constituição europeia. O projeto de uma nova teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Ainda, citam-se documentos oficiais da União Europeia, como Registros de Documentos, Tratados, etc. EUROPA. O portal da União Europeia. **Legislação e Tratados**. Disponível em: <[http://europa.eu/lisbon\\_treaty/full\\_text/index\\_pt.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/full_text/index_pt.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2010.

<sup>364</sup> Destaca-se que recentemente, no início de 2010, uma grande crise financeira aconteceu na Grécia, o que pode ter profundas implicações para o futuro da União Europeia, inclusive há receio de que o agravamento do problema se expanda até atingir países como Portugal, Itália, Espanha e Irlanda. FOLHA DE SÃO PAULO. Entenda a crise na Grécia. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u731283.shtml>>. Acesso em: 08 mai. 2010.

<sup>365</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2003, p. 149.

contenido es extensivo a toda persona en el ámbito territorial de la Unión, excepción hecha de los derechos vinculados a la condición de ciudadano<sup>366</sup>.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia revela a formação de vontades convergentes para o desenvolvimento de uma identidade comum entre os Estados-partes. Igualmente manifesta a ideia de que o bloco transcende objetivos puramente econômicos.

Daí que De Julios-Campuzano lança os seguintes questionamentos: “¿Seria lícito sostener en consecuencia que la Carta de Derechos Fundamentales es la primera fase de um proceso constituyente ya iniciado?”<sup>367</sup> É provável que assim seja, ainda que o caminho apresente algumas dificuldades, como por exemplo, o fato de que, após a ratificação do “projeto de Constituição Europeia”<sup>368</sup> pelo parlamento da Eslovênia e da Grécia, bem como da aprovação pelo referendo da Espanha em 29 de maio de 2005, os eleitores na França não concordaram com o texto. Logo depois, o mesmo aconteceu nos Países Baixos, o que levou à reavaliação do projeto inicial, finalmente culminando com a assinatura do Tratado de Lisboa<sup>369</sup>, em 13 de dezembro de 2007.

Ao analisar o Tratado de Lisboa, Francisco Balguer Callejón revela que, por um lado, o documento demonstra um claro retrocesso em relação ao projeto anterior, denominado de Tratado Constitucional, mas, por outra perspectiva, destaca a incorporação de um conteúdo substancialmente constitucional no direito europeu. Nesse sentido, enfatiza a entrada em vigor da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia como forma de contribuição para o desenvolvimento de uma autêntica comunidade política europeia<sup>370</sup>.

É interessante ressaltar, conforme Callejón, que o Tratado não apresenta nem passado, nem futuro.

<sup>366</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2003, p. 149 e 150.

<sup>367</sup> Ibid., p. 150.

<sup>368</sup> A Convenção Europeia, responsável pela elaboração do projeto de Constituição europeia, desenvolveu-se em sessões conjuntas durante um ano e meio e teve a participação de 105 representantes, dos 15 Estados-membros e dos 10 que passaram a integrar o bloco mais tarde. Sublinha-se que a Constituição a ser promulgada foi elaborada sob a denominação de “Constituição-tratado”, demonstrando a sua dupla inserção: como resultado da vontade dos Estados integrantes e, também, como uma comunidade político-jurídica. VIEIRA, 2004, p. 104-9.

<sup>369</sup> O Tratado de Lisboa entrou em vigor, recentemente, em 01 de dezembro de 2009, conferindo à União Europeia instituições modernas e metodologias de trabalho eficientes que lhe permitirão dar respostas mais concretas aos desafios atuais. Num mundo em rápida mutação, os europeus contam com a União Europeia para tratar de questões como a globalização, as alterações climáticas, a segurança e a energia. Consultar, texto integral do Tratado de Lisboa. EUROPA. O portal da União Europeia. **Legislação e Tratados**. Disponível em: <[http://europa.eu/lisbon\\_treaty/full\\_text/index\\_pt.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/full_text/index_pt.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2010.

<sup>370</sup> CALLEJÓN, Francisco Balaguer. El Tratado de Lisboa en el Diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid. Núm. 83, mayo-agosto, 2008. p. 57-92.

Carece de pasado porque para comprender el alcance de sus preceptos (a excepción de las muy escasas aportaciones que se han incorporado al molde previo del Tratado Constitucional) no vamos a encontrar debates previos en el proceso de su elaboración ni antecedentes de ningún tipo que nos puedan ser de utilidad. Como el Tratado de Lisboa se ha formado sobre la doble operación de *rebautizar* el Tratado Constitucional, si queremos comprender el alcance de las novedades que incorpora en relación con el Derecho europeo, tenemos que analizar los documentos de la Convención Europea y de sus diferentes Grupos de Trabajo, así como los debates doctrinales que se generaron en relación con el proceso de elaboración del Tratado Constitucional. Por otro lado, al seguir el modelo de la revisión de los Tratados, que ha sido utilizado hasta ahora en el marco interestatal de desarrollo del proceso de integración, el Tratado de Lisboa también carece de futuro porque, como es sabido, dejará de existir en el ordenamiento jurídico en el mismo momento en que entre en vigor, dando lugar al reformado Tratado de la Unión Europea y al renovado (y formalmente rebautizado) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>371</sup>.

Atualmente, estaria ocorrendo uma clara hipertrofia do direito internacional, para um viés claramente constitucional; mas, mesmo assim a principal força motriz desse tratado foi o temor de perder os possíveis avanços do Tratado Constitucional e de criar um super-Estado europeu<sup>372</sup>. Desse conjunto de incertezas, surgiu o Tratado de Lisboa.

Ao mesmo tempo em que se pretende negar o caráter de Estado, a União Europeia pretende manter o caráter constitucional. Cabe interrogar se é possível, realmente, diluir a constitucionalidade com um certo grau de estatalidade<sup>373</sup>. Com efeito, observa-se que o Tratado de Lisboa não pretendeu anular os avanços constitucionais advindos do projeto anterior, mas, ao contrário, de maneira expressa, quer manter os benefícios, com uma desestruturação formal dos conteúdos que passam a pertencer a diversos instrumentos jurídicos.

Essa nova articulação tornou possível que o Tratado Constitucional rebatizado não seja, novamente, submetido a referendo na França, país em que o Presidente da República havia se comprometido a apoiar um minitratado ou um Tratado simplificado. Apesar disso, deve-se registrar que o Tratado de Lisboa não é um minitratado, porque contém basicamente tudo que continha o anterior e ainda novas regras, como por exemplo a criação do cargo de Presidente, com mandato de dois anos e meio e possibilidade de uma reeleição<sup>374</sup>. Com efeito, pretende-se evitar o processo de referendo pela incorporação de um processo de reforço ao papel dos Parlamentos Nacionais.

---

<sup>371</sup> CALLEJÓN, 2008, p. 58.

<sup>372</sup> Ibid., p. 59.

<sup>373</sup> Ibid., p. 60-1.

<sup>374</sup> Ibid., p. 61.

Ainda, vale observar que as modificações realizadas, como a eliminação aos símbolos da União Europeia ou a substituição do Ministro de Assuntos Exteriores por outro nome – “Alto representante da UE para a Política Externa e de Segurança” - não deixam de existir por não estarem no tratado. De fato, estas modificações expressam o medo de alguns setores de que a UE avance no processo de integração incorporando um marco de ordenação constitucional que adquira uma significação estatal. É claramente percebido que “no se ha renunciado en realidad a esa ordenación constitucional sino que se ha pretendido tan solo esconderla o negarla ritualmente”<sup>375</sup>.

O temor quanto ao surgimento de um Estado europeu é evidenciado na proliferação de protocolos e declarações através dos quais se tentam recompor as posições perdidas na negativa ou justificativa das atuações defensivas dos países membros. Como exemplo, cita-se:

*la Declaración de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ya mencionada, en la Declaración de la República de Polonia relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o en la Declaración de la República de Polonia relativa al Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la Polonia y al Reino Unido (...)*<sup>376</sup>.

Resulta claro que a UE não logrou maior rigor na ordenação do sistema jurídico europeu, muito menos em projeção internacional frente ao restante do mundo. Na verdade, segundo Callejón

(...) Los responsables políticos de democracias consolidadas le han dicho a su ciudadanía en el plazo de tres años que los mismos contenidos que antes eran *Constitución* y no lo son. Han intentado convencerla primero de que el Tratado Constitucional era *una Constitución para Europa* y después de que el Tratado de Lisboa, con el mismo contenido que el Tratado Constitucional, ya no era una *Constitución*<sup>377</sup>.

É necessário concordar com o jurista espanhol, no sentido de que, mesmo considerando alguns aspectos desnecessários e contraditórios no Tratado de Lisboa, o mesmo demonstrou o temor ao surgimento de um Estado europeu.

As objeções à estatalidade da União Europeia legitimaram-se em parte recorrendo ao medo em relação ao surgimento de uma única cidadania frente à criação de um super-

<sup>375</sup> CALLEJÓN, 2008, p. 62.

<sup>376</sup> Ibid., 62-3.

<sup>377</sup> Ibid., p. 63.

Estado europeu. Conforme Luis María Díez-Picazo, essa é uma afirmação surpreendente, já que o plano puramente técnico-jurídico é claro: a cidadania europeia é somente cidadania em um primeiro sentido, pois não se aspira apenas a um “status”, estando relacionada a um conjunto de direitos. Assim, se deduz inequivocadamente que a cidadania europeia será complementar e não substitutiva da cidadania nacional<sup>378</sup>.

Em realidade, a grande questão a ser desenvolvida é a percepção de que ao se aceitar uma Constituição para Europa não se estará admitindo mais estatalidade, mas sim a manutenção do que já se possui, incluindo um caráter mais democrático e plural às suas regras. Mesmo defendendo a importância do reconhecimento do processo de construção da União Europeia, deve-se elencar que existem posições divergentes e que levam a variadas atitudes frente à transnacionalização.

Pode-se citar quatro tipos de postura quanto ao sistema jurídico e político desenvolvido no continente europeu:

a) los *euroescéticos*, que manifiestan una indisimulada reticencia al proceso de unión monetaria por considerarlo inconveniente o, cuanto menos prematuro; b) los *européus partidarios del mercado*, fieles seguidores de la integración económica pero desconfiados con cualquier tentativa de integración política; c) los *eurofederalistas*, que aspiran a una integración política de carácter federal y de base democrática que salve los déficits de legitimidad que tradicionalmente han afectado a las instituciones europeas; d) los *representantes de la posición cosmopolita*, que apuestan por la integración política europea como primer paso la construcción de un futuro régimen político mundial<sup>379</sup>.

Concordando com essa última postura, Habermas defende que os processos de integração representam muito mais do que o conjunto de esforços isolados de um grupo de países em recuperar um certo protagonismo no contexto internacional e reafirma sua esperança numa ordem cosmopolita, regida por princípios de solidariedade dirigida a todos os Estados. Sublinha que a globalização traz inúmeros desafios ao desenvolvimento de uma constelação pós-nacional, que pode vir a surgir de um desafio político-institucional laçado a partir da ideia de Estado Moderno, mas com a intenção de superá-lo<sup>380</sup>.

O filósofo alemão apresenta a globalização como a descrição de um processo, não um estado final. Ademais, menciona que é um conceito que caracteriza a quantidade cada

<sup>378</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Constitucionalismo de la Unión Europea**. Madrid: Civitas Ediciones, 2002. p. 60-6.

<sup>379</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2003, p. 152-3.

<sup>380</sup> HABERMAS, 2001, p. 79.

vez maior e a intensificação das relações de troca, de comunicação e de trânsito para fora das fronteiras nacionais.<sup>381</sup>

Ao analisar a teoria habermasiana é possível a verificação de que a mesma segue o perfil cosmopolita. Ele afirma que nem os eurocéticos, que julgam que apenas o Estado nacional possui a força para desenvolver uma política modeladora, nem os europeus partidários de uma teoria pró-mercado parecem ter razão:

O futuro da política social europeia não depende da necessidade de institucionalização do mercado interno europeu..., depende antes de se saber se a Europa como sistema político pode levantar os recursos políticos necessários para impor obrigações redistributivas aos participantes fortes do mercado.<sup>382</sup>

O que Habermas pretende demonstrar é que mesmo que exista um campo de manobra econômica para Europa capaz de fazê-la agir e reagir em termos políticos e econômicos, a sua transformação em Estado federativo depende de uma outra condição: “Um fortalecimento da capacidade de governo das instituições europeias não é pensável sem o aumento da sua base de legitimação fortemente democrática.”<sup>383</sup> Entretanto, nas próprias palavras do filósofo alemão existe uma falta de cultura política da sociedade mundial que atenda à dimensão ético-política comum que seria necessária para tal construção de uma comunidade e de identidades globais.

Ultrapassar os desafios de respeito ao pluralismo, com os olhos voltados para as diferenças e os riscos de uma sociedade em constante mutação, sem descuidar do fortalecimento do regime democrático e do patrimônio histórico-cultural das comunidades, parece ser o dilema que norteia a cosmopolitismo. Essa é a imagem do “kosmos politês”, do cidadão do mundo, que Diógenes defendia e que os estoicos desenvolveram para refletir a dupla dimensão identitária do sujeito. Significa o pertencimento ao local, do qual surge seu devir vital e sua inclusão, também em uma comunidade mais ampla e universal, em que todas as diferenças se reduzem ao sentimento de unidade da espécie humana: “lo local que no excluye lo universal y lo universal que no ignora la particularidad.”<sup>384</sup>

Assim, percebe-se o cosmopolitismo como expressão de um humanismo comprometido com a universalidade dos valores se consolidou na tradição filosófica da ilustração, dentro das fronteiras do Estado Moderno, como foi demonstrado no decorrer

---

<sup>381</sup> HABERMAS, 2001, p. 84.

<sup>382</sup> Ibid., p. 124.

<sup>383</sup> Ibid., p. 125.

<sup>384</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2003, p. 157.

desta pesquisa. No entanto, com a globalização, ocorreram várias alterações na concepção clássica, o que acarretou a necessidade de desconstrução e reconstrução do modelo originário apresentado ao longo dos séculos XVIII e XIX.

Objetiva-se demonstrar a importância de uma desconstrução do modelo estatal fechado, baseado unicamente nos interesses econômicos, financeiros, sociais e culturais internos - apenas para citar alguns exemplos -, para reconstruí-lo em atenção ao ideal universal cosmopolita. Advirta-se que o projeto cosmopolita não deve se confundir com um empenho unificador forçado, insensível às diferenças e alheio às culturas.

O cosmopolitismo não significa desapego às raízes, nem muito menos subestimação ou depreciação das tradições, ao contrário, valoriza-as, mas sem hiperdimensionar dogmas irracionais. A partir disso, Appiah propõe um cosmopolitismo adjetivado: liberal, parcial ou sustentável. O primeiro seria definido da seguinte maneira:

(...) valoramos las diversas formas humanas de vida social e cultural; no queremos que nadie se convierta en la parte de una cultura global homogénea, y sabemos que ello significa que también existirán diferencias locales (dentro de los Estados y también entre ellos) en el ámbito moral. En la medida en que estas diferencias cumplan determinadas constricciones éticas generales – concretamente, en la medida en que las instituciones políticas respeten los derechos humanos básicos – los cosmopolitas nos congratulamos de su existencia.<sup>385</sup>

O cosmopolitismo parcial estaria relacionado com o liberal, que igualmente valoriza a diferença.

Y si hay una idea que comparten todos los cosmopolitas es la que no hay lealtad local que justifique olvidar que cada ser humano tiene responsabilidades respecto de todos los demás. Por fortuna, no necesitamos tomar partido por el nacionalista que abandona a todos los extranjeros ni por el cosmopolita incondicional que contempla a sus amigos y a sus compatriotas congelada imparcialidad. La posición que vale la pena defender podría denominarse, en ambos sentidos, “cosmopolitismo parcial”.<sup>386</sup>

Ainda, na mesma obra, utiliza o termo cosmopolitismo sustentável.

Un cosmopolitismo sostenible tempera el respecto por la diferencia con el respecto por los seres humanos actuales, y con un sentimiento que ha sido captado de la mejor manera por el credo – antes cómico, ahora lugar común (...) Que quiero saber por mi bien o que quiero aconsejarlo a usted: piense lo

<sup>385</sup> APPIAH, Kwame Anthony. Patriotas cosmopolitas. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial.** Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 38.

<sup>386</sup> Id., 2007, p. 20.

que más le guste. Si usted tiene razón, yo haré lo que usted haga. Si se equivoca, lo pondré en el camino correcto.<sup>387</sup>

Na integração com o local e o internacional, está a importância da ressignificação do modelo estatal moderno até a reconstrução de uma comunidade de Estados cosmopolitas. Para ser cidadão do mundo, não é crível que se renuncie às identidades locais, que constituem, indubitavelmente, fonte de riqueza e vitalidade para as comunidades.

A proposta de Höffe destaca o cosmopolitismo graduado:

Hagamos un balance: el Estado mundial que, como consecuencia del imperativo jurídico y político universal está encomendado a la humanidad en sentido jurídico-moral, ha de ser instaurado como una república mundial complementaria, subsidiaria y, además, federal. Dentro de ella seremos ciudadanos del mundo, mas no en sentido exclusivo sino complementario. El concepto exclusivo responde a aquel cosmopolitismo que (...) nos fija a estar frente a la vida política concreta; y, por lo regular con un sentimiento de superioridad moral, dice él que no es alemán, francés o italiano, sino únicamente ciudadano del mundo. Aquí aparece un Estado mundial ocupando el lugar de los Estados particulares, y el derecho cosmopolita viene a sustituir al derecho civil nacional; en ese Estado mundial homogéneo, globalista, se es ciudadano del mundo en lugar de ciudadano de un Estado<sup>388</sup>.

Ao mesmo tempo em que Höffe percebe uma República mundial não deixa de mencionar o caráter complementar, um direito civil mundial não substituiria o nacional. Em certo sentido, seria o desenvolvimento de uma cidadania múltipla, ou de graus: primeiro a pessoa seria cidadão de um determinado Estado, depois, do bloco regional e, posteriormente, do mundo: “ciudadano de la república mundial subsidiária e federal.”<sup>389</sup>

Na Espanha, essa mesma linha de orientação tem sido proposta por Fernández García, com apoio de Javier de Lucas, que traz a dupla natureza jurídica da cidadania.

La nueva idea de ciudadanía no tiene nada de descabellada puesto que los derechos humanos fundamentales no tienen ni patria ni país sino que son universales. Su valor moral, en todo caso, es superior a los derechos proclamados en la Constitución de su país, pensando en sus ciudadanos. La idea que pretendo defender, en las líneas que siguen es que la concepción de ciudadano del mundo no sustituye a la de ciudadano de un país, sino que debe convivir con ella y en el caso de ciertos derechos, los más fundamentales o básicos, la debe preceder. Javier de Lucas, insistiendo en que hoy los derechos humanos representan *la expresión histórica de la idea de justicia* y que la lucha a favor de la justicia es también la lucha contra la exclusión en los derechos

<sup>387</sup> APPIAH, 2007, p. 156.

<sup>388</sup> HÖFFE, Offried. **Derecho Intercultural**. Traducción de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 247-8.

<sup>389</sup> *Ibid.*, 248.



humanos traslada al orden internacional, se ha hecho eco especialmente de la defensa del concepto de ciudadanía cosmopolita.<sup>390</sup>

A questão que se coloca é que mesmo se pensando o cosmopolitismo como uma utopia, ele apresenta-se como uma possibilidade frente aos tempos atuais, na medida em que seus princípios são inerentes à própria natureza humana. O reconhecimento da alteridade, da dignidade e solidariedade, com certeza apresentam-se como fundamentais ao futuro da humanidade.

Na mesma orientação, têm seguido as pesquisas realizadas por Held, que trazem a ideia da construção de um projeto de democracia cosmopolita, cujos objetivos centrais podem ser definidos através da percepção do direito como um meio para transformar o direito nacional e o internacional em um direito público da humanidade, transcendendo as pretensões dos indivíduos e dos Estados e se estendendo a todos os membros da comunidade universal. Nas palavras do doutrinador inglês:

Es posible hacer frente a los peligros de un *nuevo medievalismo*, si sus componentes fundamentales promulgan y acatan las reglas que requiere *una estructura común de acción política*. Para labrar un futuro político democrático, los Estados y las organizaciones y corporaciones internacionales pueden optar por formar parte de esta estructura. Denomino a esta posibilidad *modelo cosmopolita de democracia* o modelo cosmopolita de autonomía democrática”; con estas expresiones me refiero, ante todo, a un sistema de gobierno democrático que se organiza a partir de las diversas condiciones e interconexiones de las diferentes naciones y poblaciones y que se adapta a ellas.<sup>391</sup>

A teoria de Held é coerente quando diz que apesar da decadência do modelo estatal a era do Estado não está esgotada. Não se busca a desapareição do ente estatal, mas sua reformulação, para assim efetivar as novas demandas de um contexto global.

Ainda, o doutrinador britânico na coletânea de artigos “Cultural Politics in a Global Age” mostra que o cosmopolitismo de valores pode ser expresso formalmente através de oito princípios:

(...)(1). equal worth and dignity; (2) active agency; (3) personal responsibility and accountability; (4) consent; (5) collective decision-making about public

<sup>390</sup> FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio. **Dignidad Humana y ciudadanía cosmopolita**. Madrid: Dykinson, 2001. p. 108.

<sup>391</sup> HELD, 1997, p. 174.

matters through voting procedures; (6) inclusiveness and subsidiarity; (7) avoidance of serious harm; and (8) sustainability.<sup>392</sup>

Esses oito princípios poderiam ser colocados em três grupos: os primeiros ligados às características do cosmopolitismo como uma moral universal (do 1 ao 3); os segundos formados por iniciativas individuais e coletivas (do 4 ao 6); e finalmente, os últimos relacionados à conservação e preservação da espécie humana<sup>393</sup>. O que se pretende deixar claro é que o cosmopolitismo não nega a realidade dos diferentes valores e identidades espalhados pelos diversos continentes, ao contrário, baseia-se no diálogo para o estabelecimento da liberdade e da igualdade.

Nesse sentido, vale observar transcrição literal da obra do referido autor:

The elaboration of cosmopolitan principles is not an exercise in seeking a general and universal understanding on a wide spectrum of issues concerning the broad conditions of life or diverse ethical matters (for example, abortion, the conditions for genetic research and public goods provision). This is not how a modern cosmopolitan project should be understood (...) It is important to emphasize that this exercise is constructed on the assumption that ground rules for communication, dialogue and dispute settlement are not only desirable but also essential –precisely because all people are of equal moral value and their views on a wide range of moral-political questions will conflict.<sup>394</sup>

Não há como se pensar o cosmopolitismo sem relacioná-lo com a respeitabilidade e a pluralidade das diversas formas de vida. Por isso, há a necessidade de formas institucionalizadas nacionais, internacionais e transnacionais para debate e participação democrática.

Os problemas implicados na tarefa de desenvolver uma concepção adequada ao cosmopolitismo contemporâneo são numerosos. Mesmo conhecendo todas essas questões, pretende-se delimitar a pesquisa em torno de certos fundamentos do neoconstitucionalismo, como forma adequada de tutela e preservação dos ideais cosmopolitas. Nesse sentido, é importante tratar também das crises relacionadas a dois dilemas diretamente ligados ao constitucionalismo: a cidadania e os direitos fundamentais.

---

<sup>392</sup> HELD; MOORE, 2008, p. 159. Cita-se, também, do mesmo doutrinador: HELD, David; MCGREW, Anthony. **Globalization/Anti-Globalization. Beyond the Great Divide**. 2.ed. Cambridge: Polity, 2007.

<sup>393</sup> HELD; MOORE, op. cit., 159-160.

<sup>394</sup> HELD, David; MCGREW, op. cit., p. 160.

## 4 A CONSTITUIÇÃO E A CRISE EM TORNO DA CIDADANIA E DOS DIREITOS HUMANOS OU FUNDAMENTAIS

Dentre os direitos fundamentais mais relevantes da modernidade está a “cidadania”<sup>395</sup>. Este conceito, entendido como direito a ter direitos, foi desenvolvido e aprofundado no interior das fronteiras políticas do próprio Estado no auge do modelo estatal iluminista. Era uma luta política nacional e o cidadão que surgia era também nacional.<sup>396</sup> Dessa forma, a cidadania, em sua concepção moderna, desenvolveu-se, juntamente com a luta pelos direitos individuais burgueses do século XVIII, como uma forma de garantia e proteção contra um poder desmedido e disforme, em determinado espaço territorial.

Ocorre que com a globalização surge, igualmente, uma crise em torno da cidadania. Esta agora condensa tendências contraditórias que expressam o paradoxo da globalização. Ao mesmo tempo em que exporta o capitalismo, impondo pautas de organização econômica, social e política, converte os direitos fundamentais em simulacros, condicionados à limitação do sistema, que se apresenta em dois sentidos: 1) enfraquecimento dos “direitos sociais”<sup>397</sup> nos Estados; 2) pela ação dos Estados do

---

<sup>395</sup> Em sentido etimológico, a palavra cidadão deriva da noção de pessoas que habitam a cidade. Como já mencionado no primeiro capítulo, a Grécia, que representava a “pólis” clássica, caracterizava-se pela cidadania extremamente restritiva, pois somente os homens maiores de 21 anos, que não fossem imigrantes, possuíam aquele “status”. A categoria mais marginalizada era a dos escravos. HELD, 1992, p. 38.

<sup>396</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 12.

<sup>397</sup> Dentre os direitos sociais, não há como deixar de mencionar os direitos trabalhistas; nesse sentido, destaca-se o dilema em torno do desemprego, que, atualmente, atinge também a Europa, sendo possível aferir alguns dados estatísticos, que seguem. Segundo o jornal “El país”, da Espanha: “La recesión eleva el paro a 3,1 millones, número de desempleados aumenta en casi un millón durante 2008, hasta alcanzar un récord histórico – Casi una tercera parte no recibe ninguna prestación.” EL PAÍS. Disponível em: <[http://www.elpais.com/articulo/economia/recesion/eleva/paro/31/millones/elpepico/20090109elpepico\\_1/Tes/](http://www.elpais.com/articulo/economia/recesion/eleva/paro/31/millones/elpepico/20090109elpepico_1/Tes/)> Acesso em 09 jul. 2009. Cita-se, ainda: “España encabezaré el ranking del desempleo de la UE durante los años 2009 y 2012, con tasas del 18% y del 20%, respectivamente, según datos del Instituto de la Economía Mundial de Kiel, recogidos por el Instituto de Estudios Económicos (IEE), que a la vista de estas cifras no ve atisbos de brotes verdes. Así, España casi duplicará las tasas medias de la UE, ya que se prevén variaciones positivas del desempleo de 9,5% en 2009 y del 10,8% en 2010 de media para el conjunto de estos países. Hasta igualarse con dicho promedio, los países que seguirán la estela española con los peores registros en 2009 serán Letonia, con una tasa del 17,5%, seguida de Lituania (16,5%), Irlanda (13%), Estonia (12,8%), Eslovaquia (11%) y Portugal (9,7%). Por debajo de la media europea, se situarán Finlandia (9%), Francia (9,3%), Hungría (9,4%), Bélgica (8,3%), Italia (8,8%), Grecia (9,3%), Alemania (8%), Reino Unido (7,7%), Suecia (8,5%), Polonia (8,3%) y Bulgaria (7,5%). Completan la lista, Malta (7,1%), Rumanía (7,5%), Luxemburgo (6,6%), Austria (5,7%), Eslovenia (6,3%), República Checa (6,2%), Chipre (4,7%), Dinamarca (5,2%) y Países Bajos (4%).” Consultar: INTERECONOMÍA. España seguirá liderando el paro en Europa entre 2009 y 2010. Disponível em: <[http://www.intereconomia.com/es/informacion\\_financiera/macro/200906265112-paro-iee-espana-europa.html](http://www.intereconomia.com/es/informacion_financiera/macro/200906265112-paro-iee-espana-europa.html)>. Acesso em: 09 jul. 2009.

“Norte”, que tentam proteger seu nível de desenvolvimento restringindo o fluxo migratório<sup>398</sup>.

Sobre este último, vale observar que o estabelecimento de amplos contingentes de população de imigrantes na Europa levou a várias interrogações sobre o futuro da cidadania europeia. Segundo De Julios-Campuzano:

Los datos revelan que, efectivamente, estamos ante una situación nueva por su configuración y características, no sólo porque se ha invertido la tendencia migratoria imperante en otras épocas (del Norte hacia el Sur), sino también porque se trata de migraciones estables y heterogéneas, lo cual significa básicamente dos cosas: a) en primer lugar, que no nos estamos refiriendo a una transparencia temporal de mano de obra, sino que nos enfrentamos a un desplazamiento de poblaciones con carácter duradero. Se trata, como puede percibirse, de un desplazamiento que está modificando profundamente la estructura social de los países receptores; b) en segundo lugar, que la extracción social de los inmigrantes es también diversa. Ya no emigran solamente las masas de desposeídos, los parias, los desheredados, los refugiados. Ahora vienen también en tropel inmigrantes de *cuello blanco*, multitudes de técnicos, de profesionales liberales, fascinados por la abundancia y el bienestar de los países más desarrollados<sup>399</sup>.

Como explicação para o fenômeno migratório, apontam-se três chaves argumentativas: os efeitos da globalização da economia; a falta de oferta de trabalho nos países de terceiro mundo; o efeito homogeneizador da expansão cultural “way of life” ocidental.<sup>400</sup> Isso tudo leva à tomada de medidas restritivas do fluxo migratório, que vão desde a limitação do direito de “asilo político”<sup>401</sup> a complexas medidas legislativas, como,

<sup>398</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2003, p. 90.

<sup>399</sup> Ibid., p. 84.

<sup>400</sup> Ibid., p. 85.

<sup>401</sup> Resumidamente, o asilo é um instituto humanitário que visa dar acolhimento a estrangeiro perseguido por dissidência política, delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram infringência ao direito penal comum. Já, para concessão de refúgio, a necessidade de proteção atinge um número elevado de pessoas e a perseguição tem aspecto mais generalizado. Segundo Jacques Derrida, o direito de asilo político está sendo cada vez menos respeitado na França e na Europa, falando-se recentemente em anos negros de asilo político. Ver: DERRIDA, Jacques. **Cosmopolitas de todos os países, mais um esforço**. Tradução de Fernanda Bernardo. Coimbra: Minerva Coimbra, 2001. p. 28-9. Recentemente, no Brasil, discutiram-se esses conceitos em dois importantes julgados: o “Caso Battisti” e o “Caso Cordero”. Sobre o primeiro, depois que o Ministro da Justiça Tarso Genro concedeu o “status” de refugiado político a Cesare Battisti, a defesa entrou com recurso no Supremo Tribunal Federal (STF) para libertar o italiano, que está preso em território brasileiro desde 2007. Por outro lado, a Itália entrou com pedido de extradição. O ex-ativista do grupo PAC (Proletários Armados pelo Comunismo) foi condenado à prisão perpétua na Itália por quatro homicídios. A discussão sobre o caso Battisti, igualmente, envolve a interdependência do Poder Executivo e do Poder Judiciário. No dia 18 de novembro de 2009, o STF considerou ilegal o refúgio concedido a Battisti e autorizou sua extradição. Contudo, determinou que a palavra final sobre o caso será do Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, mantendo posição já balizada pela Corte, de que o chefe de Estado e de governo possui poder discricionário sobre a matéria. No entanto, até o momento Lula não se posicionou sobre o assunto. O segundo, trata de Juan Manuel Cordero Piacentini, coronel da reserva do exército uruguaio e notório torturador da Operação Condor. Sua detenção se

por exemplo, a recente “Diretiva de retorno”<sup>402</sup> da União Europeia: Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

Com essa medida, a partir de 2010, imigrantes considerados ilegais nos países da União Europeia poderão permanecer presos em centros especiais de detenção por até um ano e meio, bem como responder a julgamentos, até que sejam deportados. Segundo a Diretiva n. 115, os imigrantes ilegais passarão por procedimentos comuns: uma vez identificados, receberão por escrito a decisão administrativa ou judicial para sua deportação e terão prazo de sete a trinta dias para saírem voluntariamente. Depois desse período, as autoridades emitirão por ordem de remoção. Ademais, se o imigrante não sair voluntariamente, a decisão de deportação será acompanhada de uma proibição de ingresso aos países da União Europeia por até cinco anos<sup>403</sup>.

Pelo exposto, é possível perceber que os Estados europeus, ao mesmo tempo em que defendem o cosmopolitismo, com esta diretiva estabelecem restrições aos seus princípios. A Diretiva de Retorno recebeu a denominação de “Diretiva da Vergonha”<sup>404</sup>, suscitando uma série de perguntas: a mesma iniciativa deve ter tomada pelos demais Blocos (MERCOSUL, ALADI, NAFTA, ALCA, Tigres Asiático, etc.)? Essa iniciativa não dará ensejo ao retorno do protecionismo e à exclusão?

deu no Rio Grande do Sul em 26 de fevereiro de 2007. Uma das causas da captura é o pedido de extradição expedido pelas Justiças do Uruguai e da Argentina. Pairam sobre Cordero algumas acusações como: desaparecimento forçada, sequestro, roubo seguido de morte e tortura. Em 06 de agosto de 2009, o STF autorizou por seis votos a dois, o pedido de extradição feito pela Argentina contra o major Cordero Piacentini. A importância dessa decisão transcende os limites de um simples processo, pelo fato de ter ido contra a “teoria dos dois demônios.” Nesta hipótese absurda, inspirada na transição e perdão do franquismo na Espanha (conhecido como Pacto de Moncloa), os excessos cometidos pelos dois lados seriam perdoados para vivermos em democracia representativa. A Lei de Anistia brasileira infelizmente se inspira nisso, assim como a Lei de Obediência Devida (Argentina) e a de Caducidade (Uruguai). Com a devida vênia aos que possuem posições contrárias, admitir essa teoria apenas corrobora com os anseios de histeria ao invés de políticas de direitos humanos consolidadas. CMI BRASIL – Centro de mídia independente. A extradição do coronel Cordero. Disponível em: <<http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2009/03/443490.shtml>>. Acesso em: 09 jul. 2009; FOLHA DE SÃO PAULO. STF julga poder do governo no caso Battisti. Disponível em: <[http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u4970\\_08.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u4970_08.shtml)>. Acesso em: 09 jul. 2009. FOLHA DE SÃO PAULO. Uruguai, que teria participado da Operação Condor, é acusado de sequestro (sic). Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/inde07082009>>. Acesso em: 07 ago. 2009. Para consultar as decisões na íntegra, ver site do Supremo Tribunal Federal: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança n. 27875. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 09 jul. 2009; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Extradição n. 974. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 11 ago. 2009.

<sup>402</sup> EUROPA- EUR-LEX. Op. cit.

<sup>403</sup> Ibid.

<sup>404</sup> Nomenclatura utilizada por vários doutrinadores e jornalistas. Cita-se como exemplo: DEMOCRACIA E POLÍTICA. Disponível em: <<http://democraciapolitica.blogspot.com/2008/06/imigracao-na-europa-diretiva-da-vergonha.html>> Acesso em: 09 jul. 2009; CMI BRASIL – Centro de mídia independente. A Diretiva de retorno instaura o fascismo na Europa. Disponível em: <<http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2008/06/422612.shtml>>. Acesso em: 09 jul. 2009, dentre outros.

Na verdade, não apenas a Europa, mas todos os blocos e países possuem um grande desafio, que é o de conciliar os direitos cívicos com o princípio universalista que norteia o ideal cosmopolita. Para que isso aconteça, é necessária uma reconstrução dos pilares clássicos que envolvem a ideia de cidadania.

#### 4.1 A cidadania no momento cosmopolita

A concepção de cidadania tem se prestado a diversas interpretações. Entre elas, tornou-se clássica a concepção de T. H. Marshall que, analisando o caso inglês, generalizou a noção de cidadania e de seus elementos constitutivos<sup>405</sup>.

Marshall desenvolveu a distinção entre as dimensões da cidadania civil, política e social e, ao mesmo tempo, defendeu uma interdependência necessária entre os três tipos. A cidadania civil teria sido conquistada no século XVIII, e seria constituída pelos direitos individuais necessários ao exercício da liberdade, igualdade, propriedade, de ir e vir, direito à vida, segurança, etc. São os direitos que embasam o liberalismo. A cidadania política, alcançada no século XIX, compreenderia o direito de participar do poder político tanto diretamente, pelo governo, quanto indiretamente pelo voto. Já a cidadania social foi conquistada no século XX, a partir das lutas do movimento operário e sindical. São os direitos a trabalho, saúde, educação, aposentadoria, seguro-desemprego, ou seja, à garantia de acesso aos meios de vida e bem-estar social.<sup>406</sup>

Vale consignar que não se trata de uma sequência cronológica, mas lógica. Foi com base no exercício dos direitos civis que os ingleses reivindicaram o direito de votar, de participar do governo de seu país. A participação permitiu a eleição de operários e a criação do partido trabalhista, que foi responsável pela introdução dos direitos sociais<sup>407</sup>.

O percurso inglês foi apenas um exemplo, dentre vários outros Estados. A França, a Alemanha, os Estados Unidos, cada país seguiu seu próprio caminho. E, o Brasil não foi exceção, ocorrendo variações importantes, de maior ênfase à cidadania social e à alteração

---

<sup>405</sup>VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org). **O Público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 213.

<sup>406</sup>MARSHALL, T. H., apud ROBERTS, Bryan. A dimensão social da cidadania. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. N. 33, ano 12, fev. 1997. p. 6.

<sup>407</sup>Ibid.

na sequência em que os direitos foram adquiridos, pois o social antecedeu os outros<sup>408</sup>. Assim, quando se fala de um cidadão inglês, ou norte-americano, e de um “cidadão brasileiro”<sup>409</sup>, não se fala exatamente com o mesmo sentido.

A partir do modelo racionalista de um Estado de Direito, o princípio da legalidade e da igualdade formal evidenciou a cidadania pelo aspecto monista, que a concebia como unidade orgânica, indiferenciada e simétrica, ou seja, uma redução artificial da igualdade.<sup>410</sup> Basicamente, a concepção monista vincula-se aos direitos fundamentais formais adquiridos por um indivíduo em um determinado Estado.

Com o passar do tempo, como já foi demonstrado no decorrer desse trabalho, o Estado foi passando por modificações, muitas delas decorrentes das próprias deficiências internas em oferecer a tutela desses direitos aos cidadãos.

De Julios-Campuzano refere que o estatuto monista e o intenso processo global em que o mundo se encontra, atualmente, acabaram por levar ao esvaziamento do Estado. Suas

---

<sup>408</sup> CARVALHO, 2001, p. 11-4.

<sup>409</sup> O Brasil nos seus três primeiros séculos de existência (1500-1822), consolidou uma unidade territorial, linguística, cultural e religiosa, mas manteve uma população analfabeta e uma sociedade escravocrata. A independência do Brasil, em 1822, não se realizou com a participação popular. Ademais, manteve a escravidão, o que evidencia grandes limitações aos direitos civis. A Constituição outorgada de 1824, que regeu o país até o fim da monarquia, regulou os direitos políticos, definindo quem teria direito de votar e de ser votado. Todavia, naquela época, o voto era mercadoria a ser vendida pelo melhor preço. Do ponto de vista da representação política, a proclamação da República, em 1889, não significou grandes mudanças, já que a Primeira República (1889-1930) ficou conhecida como “república dos coronéis” e a Constituição Republicana, de 1891, permanece com enormes barreiras para uma maior participação na política do país. A partir de 1930, o país entrou em fase de instabilidade, alternando-se em ditaduras e regimes democráticos, sendo que uma fase propriamente revolucionária permanece até 1934, quando uma Assembléia Constituinte votou nova Constituição e elegeu Getúlio Vargas como presidente. Em 1937, o golpe de Vargas, apoiado pelos militares, inaugurou um período ditatorial, com uma nova Constituição, que durou até 1945. Neste ano, nova intervenção militar derrubou Vargas e deu início à primeira experiência do país que se poderá chamar de democrática. Com a Constituição de 1946, foi estabelecida a liberdade de imprensa e de organização política. A experiência terminou em 1964, quando os militares intervieram mais uma vez e implantaram a ditadura. Relewa anotar que o período de 1930 a 1945 foi o momento da legislação social, incluindo a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943. Assim, ocorreu uma inversão na ordem dos direitos, colocando os sociais à frente dos políticos e civis. Com a ditadura implantada pelos militares em 1964, houve necessidade de uma nova Constituição, aprovada em 1967, sob o pretexto de devolver a democracia ao Estado brasileiro. O período de 1964 até 1985 caracterizou-se por repetir a tática do Estado Novo, ampliar os direitos sociais e restringir os direitos políticos. Foi somente com a Constituição de 1988 que os direitos civis, políticos e sociais foram protegidos. Por isso, ela ficou conhecida como Constituição Cidadã. Entretanto, ainda existiam e permanecem existindo intensos problemas sociais a serem tutelados pelo Estado, como forma de suplantar as desigualdades sociais. Consultar: NASCIMENTO, Valéria Ribas; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A cidadania e a Constituição. Uma necessária relação simbólica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ana 44; n. 175, julho/setembro – 2007. p. 165-7; Id. **Constitucionalismo e Cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

<sup>410</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2003, p. 40. Ver, ainda, do mesmo autor: Globalización y modernidad. La vía del constitucionalismo cosmopolita. In: **Anuario de filosofía del derecho**. Tomo XIX. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos: Madrid, 2002.

estruturas modernas não conseguem mais articular mecanismos de resposta em quantidade e com a rapidez requerida pela complexidade das relações humanas<sup>411</sup>.

Dessa forma, o Estado se enfraquece permitindo o aparecimento de uma série de organismos, instituições ou micropoderes, o que acarreta o risco de anulação da cidadania, e com ela também a anulação dos direitos humanos ou fundamentais. É preciso, portanto, encontrar meios de resgatar a cidadania, ainda que modificada.

#### 4.1.1 O fim da concepção monista de cidadania: “acordes” para um patriotismo cosmopolita

É inegável que a globalização afeta as premissas em que se funda o modelo tradicional de Estado. Nesse sentido, igualmente atinge o conceito de cidadania. Atualmente, muitos autores propõem um novo modelo, que seria o de “cidadania mundial” ou “cidadania cosmopolita”<sup>412</sup>.

A nova ideia de cidadania é admissível, até porque os direitos humanos não têm nem pátria, nem país, mas, pelo contrário, caracterizam-se pela universalidade. O que se pretende apresentar é que a concepção de cidadania mundial não substitui a de cidadão de um país, mas deve conviver com ela, no que se pode denominar de dupla natureza jurídica da cidadania<sup>413</sup>.

Antes de abordar sobre os “acordes” ou possíveis - sons simultâneos - de um patriotismo e de um cosmopolitismo que possam caminhar na mesma direção, é importante referir que a discussão em torno da cidadania mundial está pautada basicamente em duas

---

<sup>411</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2003, p. 40.

<sup>412</sup> Otfried Höffe traz a diferença entre três graus de cidadania mundial: “(...) Considera-se cidadão mundial ou cosmopolita aquele que não se atém a fronteiras, que se desloca por todo o mundo, porém que se sente – mais ou menos – em casa em todas as partes por onde anda. Na medida em que conserva sua língua, sua cultura e seus costumes, mas se deixa levar pela língua franca (antigamente era o grego, hoje em dia é o inglês), não passa de um cosmopolita de primeiro grau: viajante mundial, que, mesmo no estrangeiro, não abre mão de seus vínculos locais e nacionais. Só virá a ser um cidadão mundial mais sofisticado, um cosmopolita de segundo grau, se alcançar aquela abertura para o mundo que o faça perceber o estrangeiro, reconhecendo-o com igualdade de valor. Em um sentido mais intenso, cidadão mundial é aquele que leva sua própria cultura a um outro país, mas se deixa marcar pela nova cultura e não abdica das novas características após o retorno a sua terra natal. A título de exemplo, pode-se citar um professor de Filosofia alemão, Eugen Herrigel (1948), que ensinava Filosofia grega e alemã no Japão, todavia aprendia a alta arte do arco e flecha com um mestre zen-budista e continuou a praticá-la mais tarde na Alemanha. No entanto, mesmo este cosmopolita de terceiro grau permaneceu cidadão mundial em um sentido pré-político. Por outro lado, no entendimento político, o cidadão mundial é membro de um Estado que abrange todos os seres juridicamente capazes no mundo inteiro (...)”. HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão: São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 394.

<sup>413</sup> FERNÁNDEZ GARCIA, 2001. p. 108.



correntes: os neokantianos, ativos defensores da ética formal, racional e individual e os neohegelianos, partidários da doutrina de “Sittlichkeit” (segundo a qual a moral adquire a sua plenitude no seio da comunidade). Têm sido muitos os debates travados entre liberais e comunitários, modernos e pós-modernos, universalistas e particularistas, com as filosofias kantiana e hegeliana como pano de fundo<sup>414</sup>.

Tratar, especificamente, das duas correntes seria abandonar o objetivo desta pesquisa. No entanto, certos aspectos dessa polêmica serão abordados no decorrer deste subcapítulo e do próximo, o qual discutirá a influência do cosmopolitismo na percepção dos direitos humanos ou fundamentais.

Com relação à dupla natureza da cidadania, a doutrina de Javier de Lucas insiste que o conceito tradicional de cidadania não se sustenta, sendo necessário que se abra, realmente, a todas as nacionalidades. Nessa linha de orientação, os direitos humanos representariam a expressão do ideal de justiça e luta contra a exclusão, no plano internacional<sup>415</sup>.

Ainda, em uma posição mais radical sobre a abertura do conceito de cidadania, Ferrajoli chega a afirmar que “si queremos tomar en serio los derechos, debemos desvincularlos de la condición de ciudadanía, una categoría a superar.”<sup>416</sup> Particularmente, entende-se que a proposta de Ferrajoli, em que pese o fato de ser bastante ousada, desconsidera a relevância dos vínculos locais, questão perfeitamente harmonizável com a ótica cosmopolita.

Dessa forma, partindo das premissas dos doutrinadores espanhóis Eusébio Fernández García<sup>417</sup> e Fernando H. LLano Alonso<sup>418</sup>, vislumbra-se a conexão de uma cidadania cosmopolita com a cidadania local. Nessa proposta está, em um primeiro momento, o destaque à visão cosmopolita; entretanto, isso não nega a importância das comunidades nacionais, no que poderia se denominar de “acordes” para um patriotismo cosmopolita.

“Patriotismo” e “Nacionalismo” não são sinônimos, ainda que, dessa maneira, geralmente, sejam utilizados. Maurizio Viroli sustenta que os ideais do patriotismo têm sido empregados através dos séculos para fortalecer ou invocar o amor às instituições

---

<sup>414</sup> LLANO ALONSO, Fernando H. **El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant**. Madrid: Dykinson, 2002. p. 152.

<sup>415</sup> Consultar: DE LUCAS, 1994, p. 68.

<sup>416</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>417</sup> FERNÁNDEZ GARCIA, 2001, p. 110.

<sup>418</sup> LLANO ALONSO, 2002, p. 175.

políticas e a determinadas formas de vida que defendem a liberdade comum para todas as pessoas, estando relacionados à questão republicana. Ao contrário, o nacionalismo desenvolveu-se no final do século XVIII, na Europa, para defender e reforçar uma unidade cultural, linguística e étnica de um “povo”<sup>419 420</sup>.

Além disso, Virole coloca:

mientras que los enemigos del patriotismo republicano son la tiranía, el despotismo y la corrupción, los enemigos del nacionalismo son la contaminación cultural, la heterogeneidad, la impureza racial, y la desunión social, política e intelectual<sup>421</sup>.

Por outro lado, é importante considerar o posicionamento de Bobbio e Matteucci sobre a evolução do conceito de nacionalidade. Para esses autores, no início da teoria sobre a vinculação nacional - nação e humanidade – não eram termos contraditórios, mas sim complementares. Daí que a organização da Europa e do mundo, em Estados nacionais, deveria se tornar um instrumento de solidariedade entre os homens e fraternidade entre os povos. Porém, a realidade foi transformando o conceito. Ainda, durante as Revoluções Americana e Francesa utilizou-se da guerra para “exportar” a liberdade, ou seja, apesar das transformações do Estado Absoluto em Estado Democrático, manteve-se a violência como uma tendência crescente no âmbito internacional. Bobbio e Matteucci são taxativos ao afirmar que “os direitos do homem e do cidadão, afirmados no plano nacional são negados no plano internacional”<sup>422</sup>.

Para denunciar o caráter de intolerância presente na idéia de nação na prática da política jacobina, o abade Barruel em um escrito de 1798 (*Mémoires pour servir*

<sup>419</sup> Segundo Pérez Luño, existem palavras que são utilizadas para designar realidades diversas ou momentos diversos de uma mesma realidade. Por isso, resulta conveniente não limitar a análise linguística, nem oferecer respostas provisórias, para não correr o risco de se dizer tantas coisas e não se dizer nada. “Se advierte así que el término pueblo puede evocar: el plethos o plenum, esto es, la totalidad de los ciudadanos; o bien, a los muchos, hoy polloi; o bien, a la mayoría, hoy pleiones; e incluso a la masa, la acholos (...)”. Assim, o autor chega a distinguir quatro sentidos diferentes para o mesmo termos: 1) *Povo* no sentido filosófico, entendido como totalidade orgânica; 2) *Povo* em sentido jurídico, como âmbito de validade do ordenamento jurídico estatal; 3) *Povo* concebido como categoria sociológica, referindo-se à coletividade de pessoas físicas de um Estado; 4) *Povo* como ideologia, ou seja, aquelas pessoas ou grupos que, por defenderem certas ideias majoritárias, qualificam-se como tal. PEREZ LUÑO, 2005. p. 197-8.

<sup>420</sup> VIROLI, Maurizio. **Por amor a la pátria. Un ensayo sobre el patriotismo y el nacionalismo.** Traducción de Patrick Alfada. Madrid: Acento, 1997. p. 15. Llano Alonso, no capítulo V do seu livro *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, faz uma distinção aprofundada entre patriotismo e cosmopolitismo. Este autor refere que o próprio Virole denuncia um caso flagrante de confusão entre patriotismo e nacionalismo na obra de Eric Hobsbawm. In: **Nations and Nationalism since 1870. Programme, myth, reality.** Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

<sup>421</sup> VIROLI, op.cit., p. 16.

<sup>422</sup> BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2002, p. 802-3.

à l'histoire du jacobinisme) utiliza a palavra Nacionalismo. É a primeira vez que o uso deste termo é registrado. *O nacionalismo*, escreve o abade Barruel, ocupou o lugar do amor geral... Foi, assim, permitido desprezar os estrangeiros, enganá-los e ofendê-los<sup>423</sup>.

Na verdade, o nacionalismo entendido como sentimento de ligação de um cidadão a um determinado Estado acabou por surgir do princípio da soberania, na medida em que os Estados tiveram que se impor através da força para garantir a segurança nacional.

É possível explicar de outra maneira, tomando como exemplo o desenvolvimento do nacionalismo na Alemanha, antes da Primeira Guerra Mundial. Ocorre que, após afirmar-se como maior potência do continente, os alemães entraram em luta contra a Grã-Bretanha, na busca pelo predomínio naval e comercial. Assim, foi necessária a utilização do protecionismo. Essa prática, aliada ao imperialismo, se estendeu aos demais países europeus, descaracterizando aos poucos o mercado mundial, que, até o momento, evidenciava a hegemonia britânica nos mares. Primeiramente, o objetivo da luta entre as potências europeias é representado pela repartição das colônias; mais tarde, a disputa passa a ser para alcançar uma posição de hegemonia na Europa; até o seu ponto final, com a Primeira Guerra Mundial<sup>424</sup>.

Ademais, vale esclarecer que o desenvolvimento da revolução industrial, cujo resultado tinha sido possibilitar a participação das massas na vida política, permitiu que a ideia de Estado entrasse na vida comum de todos, de tal forma que a cidadania e a vontade da população somente poderiam ser garantidas pela existência de um Estado forte<sup>425</sup>. Em suma, as tensões internacionais e o próprio desenvolvimento do Estado Social contribuíram para que o nacionalismo adquirisse outro significado com o passar do tempo.

Com Bobbio e Matteucci, vislumbra-se que o nacionalismo, como explicação “da divisão “natural” do gênero humano, colocou-se conscientemente em contraste com os valores universais da religião cristã e das ideologias liberal, democrática e socialista”<sup>426</sup>. Desse modo, ele terminou por romper com as ideologias democráticas de sua origem.

Tanto o movimento nacionalista do francês Charles Maurras, como o alemão, fundado por Alfred Hugenberg, ou o italiano, dirigido por Enrico Corradini, caracterizavam-se por oposições aos governos democráticos. Aqui é colhida a semente das

---

<sup>423</sup> BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2002, p. 803.

<sup>424</sup> Ibid.

<sup>425</sup> Ibid., p. 804.

<sup>426</sup> Ibid.

tendências imperialistas e autoritárias de Estado nacional, prelúdio do nazismo e do fascismo. Em outras palavras:

Existe uma relação muito estreita entre o programa político do movimento nacionalista e o fascismo e do nazismo. O Nacionalismo é um componente essencial das ideologias fascista e nazista. Porém, o movimento nacionalista nunca chegou a ser, diferentemente do fascista e do nazista um movimento de massa. O nazifascismo como manifestação da fase máxima de degeneração do Estado Nacional, foi uma tentativa para ir contra a linha evolutiva da história, foi a expressão da vontade de sobrevivência do Estado nacional numa conjuntura histórico-social nova, que favorecia a ascensão, na condução da política mundial, das potências de dimensão continental (Estados Unidos, União Soviética e em perspectiva China)<sup>427</sup>.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, surgiram duas grandes potências mundiais, os Estados Unidos e a União Soviética, o que terminou por levar à reestruturação dos demais países, incluindo os Estados europeus e, também, os chamados países do Sul ou “em via de desenvolvimento”.

A crise histórica do Estado nacional se constitui na base da unificação da União Europeia. Fez surgir formas cada mais estreitas de cooperação política e econômica, o que levou a substituição da busca pela segurança individual de cada Estado à alvorada de uma nova época alicerçada na ideia de colaboração.<sup>428</sup>

Essa evolução, trabalhada na concepção de nacionalismo, possibilitou observar que, particularmente depois da Segunda Guerra Mundial, a complexidade trazida pela globalização interferiu diretamente em seu significado. Nessa linha de orientação e partindo da teoria de Kant, sublinha-se a diferença entre a nacionalidade e o patriotismo. Aquela seria o vínculo formal que une determinado cidadão, comprometido em respeitar leis e costumes a um determinado Estado. Já a pátria representa o âmbito de validade territorial do ordenamento jurídico estatal, relacionado aos ideais republicanos.<sup>429</sup>

Llano Alfonso afirma que Kant defende uma dupla pátria: uma natural e outra legal “(...), la existencia de la patria no es más que un hecho contingente en la historia de la humanidad y en (...) su continuo progreso hacia lo mejor”. E, ainda que não seja por ele afirmado expressamente, é possível verificar uma terceira acepção kantiana de pátria: “la patria en sentido cosmopolita, es decir, ni más ni menos que el mundo”.<sup>430</sup>

---

<sup>427</sup> BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2002, p. 805.

<sup>428</sup> Ibid.

<sup>429</sup> LLANO ALONSO, 2002, p. 148.

<sup>430</sup> Ibid.

Ainda, mencionando a doutrina kantiana, destaca-se que o autor alemão jamais abandonou o universalismo. Do ponto de vista antropológico, sempre contemplou a existência de diversos grupos culturais e, inclusive, de minorias nacionais, chegando a defender a preservação do idioma polonês nas províncias orientais da Prússia, mas isso não implicou que Kant apoiasse a divisão do gênero humano em compartimentos estanques, como defendem os relativistas. Sua ideia é reconhecer a pluralidade dentro da universalidade, e isso é defendido pelo humanismo-cosmopolita.<sup>431</sup>

Como foi sustentado anteriormente, a cidadania mundial é um ideal moral que pode ser mantido através da perspectiva cosmopolita, ou seja, baseada em valores universais. Porém, cabe destacar que a crença na universalidade e na defesa do reconhecimento da igualdade entre todos os cidadãos pode ser percebida de forma moderada, como é a pretensão de quem defende um patriotismo cosmopolita.<sup>432</sup>

Aqui é importante lembrar que existem autores que possuem posições radicais em prol do cosmopolitismo, bem como outros que se colocam ao lado do patriotismo. Este debate deu lugar, nos Estados Unidos, a um conjunto de réplicas referentes ao posicionamento de Marta C. Nussbaum, autora que afirma ser a identidade nacional uma categoria irrelevante.<sup>433</sup> Logo, a filósofa americana reivindica uma cidadania mundial, baseada em um conceito de educação que denomina de educação cosmopolita.

Antes de iniciar as colocações sobre patriotismo e cosmopolitismo, é preciso expor que, dependendo do significado atribuído a essas palavras, tanto o patriotismo pode apresentar patologias, como também, o cosmopolitismo. O que se necessita são formas de desenvolvimento das comunidades locais e de um patriotismo cívico saudável.<sup>434</sup> Esta proposta apontada por Benjamin Barber pode crescer e ir, mais além, até o patriotismo cosmopolita.

Poucos doutrinadores discordam de Nussbaum quando ela sustenta a necessidade de ocorrer uma maior compreensão, no tocante à cooperação que ultrapassa as fronteiras nacionais, pois a sociedade deve encontrar respostas coletivas para determinados fatores que atingem toda humanidade, como, por exemplo, os problemas ligados ao meio

---

<sup>431</sup> LLANO ALONSO, 2002, p. 144-5.

<sup>432</sup> FERNÁNDEZ GARCIA, 2001, p. 110-1.

<sup>433</sup> NUSSBAUM, Martha. Patriotismo y cosmopolitismo. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial.** Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós. 1999, p. 17.

<sup>434</sup> BARBER, Benjamin R. Fe constitucional. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial.** Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 43.

ambiente. Da mesma forma, poucos se opõem ao fato de que as crianças devam aprender na escola não apenas sobre sua própria cultura, mas também sobre o resto do mundo.

Entretanto, existem algumas afirmações extremamente polêmicas como a desconsideração das identidades nacionais, em prol de uma cidadania mundial exclusiva e a defesa explícita de um Estado mundial. Vale pontuar que estas colocações de Nussbaum não são aceitas por inúmeros cosmopolitas.

Falk afirma que um dos defeitos dessa postura é polarizar exageradamente a tensão entre consciência nacional e cosmopolita – ou isto ou aquilo<sup>435</sup>. Nessa linha de orientação, a crítica de Appiah está no fato de que não há como desconsiderar a diversidade cultural existente na contemporaneidade, e esta depende impreterivelmente da existência dos diversos Estados, já que o ser humano se desenvolve primeiramente em ordens mais restritas, como a família, escola, amigos e a comunidade local. Por isso, não resta outra opção que a defesa e proteção do Estado<sup>436</sup>. Dessa forma, não há como concordar com a filósofa americana, quando ela afirma que a nacionalidade deveria ser desconsiderada.

É possível verificar uma contradição no ensaio da autora quando ela mesma traz, citando os estoicos, a teoria dos círculos concêntricos. O primeiro seria o eu; o segundo a família; o terceiro os vizinhos e os grupos locais; posteriormente citam-se os concidadãos e os compatriotas, até a formação de círculos maiores envolvendo a humanidade inteira<sup>437</sup>.

Não existe razão para deslegitimar o espaço interno e as peculiaridades de cada Estado. Segundo Sissela Bok, ambas as perspectivas, a universalista e a restritiva, são importantes para a sobrevivência da humanidade.

Así, las obligaciones hacia la familia que menciona son las que, en cierta forma, reconoce toda sociedad y toda tradición moral: sin algún tipo de ayuda y leatad interna ningún grupo, por pequeño que sea, puede sobrevivir. Los partidarios de ambas perspectivas pueden coincidir en el valor que tiene para la supervivencia algunas de estas obligaciones, aunque sobre la medida en que las obligaciones restringidas pueden entrar en conflicto con las que tienen que ver con la humanidad en general<sup>438</sup>.

---

<sup>435</sup> FALK, Richard. Una revisión del cosmopolitismo. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial**. Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 67.

<sup>436</sup> APPIAH, 1999, p. 40.

<sup>437</sup> NUSSBAUM, 1999, p. 19-20.

<sup>438</sup> BOK, Sissela. De las partes al todo. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial**. Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 53-4.

Analisando as perspectivas de Nussbaum e Sissela, o economista Amartya Sen afirma que as duas análises não são inconciliáveis, já que ele entende que a primeira não nega a importância das identidades locais<sup>439</sup>. Sen é partidário da ideia cosmopolita da defesa de valores compartilhados pela humanidade. Nessa orientação, cita trecho da obra de Adam Smith:

Si al día siguiente va a perder su dedo meñique, el hombre pasará la noche en vela; sin embargo, como nunca ha visto, la ruina de ciento de millones de sus hermanos no le impedirá roncar tranquilamente, ya que simplemente la destrucción de esta inmensa multitud le parece en asunto más baladí que su propio infortunio. Sin embargo, para evitarse tan mísero infortunio, ¿estaría dispuesto el hombre a sacrificar las vidas de cientos de millones de sus hermanos, ya que jamás llegó a verlos?<sup>440</sup>

A resposta a essa pergunta é negativa, já que o homem naturalmente considera-se cidadão do mundo e preocupa-se com o semelhante. Sen refere que a ênfase de Nussbaum é de que “ninguna persona quede excluida de nuestra incumbencia moral”. Essa é uma afirmação transcendental, plenamente justificável na sociedade atual<sup>441</sup>.

Na réplica de Nussbaum às diversas críticas apresentadas, é posto que:

Considerar a las personas como moralmente iguales es tratar la nacionalidad, la etnia, la clase, la raza y el género como moralmente irrelevantes: irrelevantes en lo que se refiere a esta posición igual. Naturalmente, éstos son unos factores a tener en cuenta en otras muchas deliberaciones. Pero el accidente de haber nacido en Sri Lanka, o judío, o mujer, o afroamericano, o pobre, no es más que esto, algo accidental con lo que nos encontramos al nacer<sup>442</sup>.

Pelo que foi exposto, corretamente, é pontuado pela autora americana a necessidade da prevalência do valor moral e da percepção da sociedade pelo viés coletivo. Entretanto, é estranho observar sua reação ao patriotismo. O patriotismo significaria a supremacia do princípio “servir y venerar mi país”, enquanto o cosmopolitismo proclamaria um compromisso moral pessoal com toda humanidade<sup>443</sup>.

---

<sup>439</sup> SEN, Amartya. Humanidad y ciudadanía. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial**. Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 136.

<sup>440</sup> Ibid., p. 137.

<sup>441</sup> Ibid., p. 140.

<sup>442</sup> NUSSBAUM, 1999, p. 161.

<sup>443</sup> Ibid., p. 14.

Nas respostas a Nussbaum, com uma visão moderada, autores como Charles Taylor<sup>444</sup> e Hilary Putnam<sup>445</sup> defendem um patriotismo aberto à solidariedade universal. Llano Alonso destaca que não é verdade que os seres humanos devam escolher entre serem bons patriotas ou serem cidadãos do mundo, já que ambas as categorias são perfeitamente harmonizáveis<sup>446</sup>. A democracia necessita do patriotismo constitucional da mesma forma que a humanidade precisa da democracia, e nenhum projeto cosmopolita pode ignorar essa circunstância.

Immanuel Wallerstein refere que a atuação como cidadão do mundo varia segundo diversas situações de tempo e espaço. Porém, antes de perceber se a resposta remete a um patriotismo interessado ou a um cosmopolitismo satisfeito em si mesmo, o adequado seria apoiar as forças que buscam o fim das desigualdades existentes, para, assim, visualizar-se o mundo democrático e igualitário<sup>447</sup>. Ainda, afirma:

Lo que se necesita, desde el punto de vista de la educación, no es aprender que somos ciudadanos del mundo, sino que ocupamos un nicho particular en un mundo desigual, y que ser desinteresado y global por una parte y defender los propios estrechos intereses por otra no son posturas opuestas, sino posturas que combinan de formas muy complicadas. Algunas combinaciones son deseables, otras no. Algunas son deseables aquí pero no allá; ahora pero no después. Una vez hayamos aprendido esto, podremos empezar a hacer frente intelectualmente a nuestra realidad social<sup>448</sup>.

A posição de Wallerstein deixa clara a importância da luta por um mundo mais humano. Dessa forma, a busca pelos ideais de um patriotismo cosmopolita que não deixa de considerar o plano interno e o internacional, apresenta-se como possibilidade de sensibilização humanitária tanto para os países desenvolvidos, como para os países “em via de desenvolvimento”. No entanto, toda essa discussão que foi colocada sobre a cidadania

---

<sup>444</sup> TAYLOR, Charles. Por qué la democracia necesita del patriotismo. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial**. Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 145-8. Ainda citando Taylor, observa-se que “alguns aspectos da política actual estimulam a necessidade, ou, por vezes, a exigência, de reconhecimento. Pode-se dizer que a necessidade é, no âmbito da política, uma das forças motrizes dos movimentos nacionalistas. E a exigência faz-se sentir, na política de hoje, de determinadas formas, em nome de grupos minoritários ou subalternos, em algumas manifestações de feminismo e naquilo que agora, na política, se designa por multiculturalismo”. Ibid. p. 45.

<sup>445</sup> PUTNAM, Hilary. ¿Debemos escoger entre el patriotismo y la razón universal? In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial**. Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 113-120.

<sup>446</sup> LLANO ALONSO, 2002, p. 175.

<sup>447</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. Ni patriotismo ni cosmopolitismo; SEN, Amartya. Humanidad y ciudadanía. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial**. Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 151.

<sup>448</sup> Ibid.



não pode estar desvinculada do problema que gira em torno da globalização econômica e da mercantilização da vida humana.

#### 4.1.2 A cidadania em um conjunto de situações diferenciadas

A antiga concepção homogênea de cidadania como um “status” único dos membros de um Estado, situada sob o princípio da igualdade formal, acabou por gerar muitas desigualdades que se traduziram na necessidade de revisão das posturas adotadas. Simultaneamente, percebe-se que os direitos de cidadania perdem valor frente a novas redes transnacionais de poder que acabam por atrair as competências tradicionalmente atribuídas aos Estados.<sup>449</sup>

Esta situação adquire contornos particularmente alarmantes nos países do Sul ou “em vias de desenvolvimento”<sup>450</sup>, na medida em que o Estado se enfraquece com a globalização e suas estruturas se esvaziam por obra do impacto das instâncias transnacionais. Em outros termos:

(...) En los casos extremos, la ciudadanía se convierte en un *status* formal, cuyos contenidos se evaporan: la ciudadanía se fragmenta y se disuelve, incapaz de satisfacer expectativas y de cubrir las apariencias. Y cuanto más se acrecientan los problemas de la miseria, la carestía y el endeudamiento, más se debilita el propio Estado y más intangible y etérea resulta la ciudadanía<sup>451</sup>.

Assim, a cidadania deixa de ser um conceito singular para abarcar um conjunto de situações diferenciadas. O que ocorre é que, com a intensificação dos fluxos comerciais e a crescente dependência dos Estados das Organizações Internacionais, bem como de grandes instâncias econômicas, enfraquece-se a capacidade de autorregulamentação. Tudo isso leva à redução da participação do cidadão em assuntos atinentes ao interesse coletivo.

Considerando esse aspecto da globalização, vale dispor sobre o comentário realizado por Habermas à teoria kantiana referente ao fato de que uma crescente

<sup>449</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2003, p. 44.

<sup>450</sup> Destaca-se a obra de Jesse Souza, na qual o sociólogo afirma que é no âmbito das sociedades periféricas que a desigualdade social, em todas as suas dimensões assume proporções e formas particularmente virulentas, desenvolvendo-se o que ele denomina de subcidadania. Consultar, principalmente, o capítulo 3 da sua obra. In: SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania. Para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. p. 153-188.

<sup>451</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, op. cit., p. 44.

interdependência das sociedades favoreceria a implementação da paz no mundo<sup>452</sup>. Na época em que Kant escreveu sua obra sobre “A paz perpétua”, ainda não havia se desenvolvido a estrutura capitalista que resultou no crescente conflito de classes sociais, ameaça constante, que permanece na sociedade atual. Por isso, Habermas afirma que algumas premissas kantianas, trabalhadas no século XVIII, encontrariam dificuldades conceituais; logo, necessitariam de certas reformulações.

Certamente, Kant ainda não havia compreendido que o desenvolvimento das relações econômicas em torno do capital resultaria em um conflito social que ameaça duplamente a paz e a presumível disposição para a paz, demonstrada justamente pelas sociedades políticas liberais.

Conforme afirma Habermas:

Kant não pôde antever tampouco que as tensões sociais, fortalecidas em primeiro momento no decorrer de uma industrialização capitalista acelerada, iriam onerar a política interna com lutas de classes e direcionar a política externa às vias de um imperialismo belicoso. Ao longo do século XIX e da primeira metade do século XX, os governos europeus serviram-se reiteradamente da força propulsora proporcionada pelo nacionalismo, a fim de desviar os conflitos sociais para fora e neutralizá-los por meio de êxitos na política externa. Só após a catástrofe da Segunda Guerra Mundial, quando se esgotam as fontes de energia do nacionalismo integral, uma pacificação bem-sucedida do antagonismo de classes, promovida pelo Estado Social, modifica a situação interna das sociedades desenvolvidas, a ponto de o entrelaçamento econômico mútuo entre as economias nacionais – ao menos no universo da OECD - poder levar a uma espécie de *economização da política internacional*<sup>453</sup>.

Hoje em dia, os meios de comunicação, redes e sistemas em geral compelem a um adensamento das relações sociais e simbólicas em nível global, que tem consequências recíprocas, tanto em níveis locais, como em lugares muito distantes. “Esses processos de globalização deixam cada vez mais vulneráveis as sociedades complexas, com sua infraestrutura tecnicamente debilitada”. Ademais, Habermas expõe que tem crescido abertamente o número de conflitos locais, com número de vítimas assustador, o que leva a sérios questionamentos sobre a forma de pensar o direito público internacional em sua forma clássica – “a soberania dos Estados e as separações agudas entre política interna e externa”<sup>454</sup>.

---

<sup>452</sup> HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro. Estudos de teoria política.** Tradução de Gerge Sperber; Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Motta. 3.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 202.

<sup>453</sup> Ibid., p. 202-3.

<sup>454</sup> Ibid., p. 203.

Pode-se perceber que Habermas, partindo do cosmopolitismo kantiano, pretende reformular algumas noções deste, em direção a um interesse prático, que permita contemplar o universalismo à luz do atual estado de coisas no mundo. Nesse sentido, o próprio autor utiliza a expressão “constelação pós-nacional”, como um desafio a ser enfrentado<sup>455</sup>. Além dessa expressão, costuma defender uma postura que se volte para além do Estado nacional<sup>456</sup>. Com efeito, o que ele propõe é uma democracia universal sobre a base de uma percepção cosmopolita.

Habermas parte da simples constatação de que não há como escapar da globalização. Atualmente, agentes não-estatais, como empresas transnacionais e bancos privados com influência internacional, enfraquecem a soberania dos Estados nacionais que eles mesmos acatam de um ponto de vista formal. Como exemplo, apresenta alguns dados: “cada uma das trinta maiores empresas do mundo em operação movimenta uma receita maior que o produto nacional bruto de noventa países representados na ONU (...)”<sup>457</sup>.

O filósofo alemão refere que mesmo os governos economicamente mais fortes percebem, hoje, o abismo que existe entre a economia interna e a internacional; as relações que se manifestam não são sequer relações comerciais, mas condições de produção integradas em rede global<sup>458</sup>. Nessa linha de orientação, igualmente é possível perceber a inegável diferença entre os países desenvolvidos e os que estão “em via de desenvolvimento”.

O processo de paulatina submissão dos Estados “em via de desenvolvimento” ao poder econômico transnacional gera uma rede de mecanismos externos de controle que atinge diretamente a esfera interna. É fácil perceber as relações assimétricas que tais negociações estabelecem: “(...) los Estados económicamente más débiles se ven arrastrados, de manera inexorable, por las decisiones que los países más poderosos imponen democráticamente en los procesos decisorios.”<sup>459</sup>

---

<sup>455</sup> HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional. Ensaios políticos.** Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

<sup>456</sup> Id., **Más allá del Estado Nacional.** Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

<sup>457</sup> Id., 2007, p. 203.

<sup>458</sup> Ibid. Neste mesmo sentido, da busca por uma maior integração social, vem Jeremy Rifkin, no livro “La civilización Empática”, onde questiona a antiga crença de que o homem é naturalmente agressivo, materialista, utilitarista e interessado apenas na sua própria natureza. Rifkin afirma que o ser humano possui uma natureza empática que necessita ser recuperada. Para aprofundar o tema, consultar: RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática.** Traducción de Genís Sánchez Barberán y Vanesa Casanova. Barcelona: Paidós, 2010. Destaca-se, principalmente o capítulo cinco da primeira parte: “Replantear el significado del periplo humano”. p. 137-175.

<sup>459</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2003, p. 47.

Desse modo, os países menos desenvolvidos se vêem obrigados a aceitar determinadas imposições a partir de duas premissas:

1) el escaso peso de estos países en la esfera internacional y su posibilidad extraordinariamente limitada de intervenir de forma relevante en los procesos decisorios supranacionales; 2) la ayuda económica de las instancias financieras globales cuya concesión queda supeditada a la aceptación y desarrollo de los programas de ajuste económico elaborados por los burócratas del capitalismo transnacional.<sup>460</sup>

Destaca-se, ainda, que, nessa complexa rede de instâncias e organismos, participam não apenas instituições oficiais, mas também órgãos informais que geram uma reordenação da economia mundial.

(...) Ejemplo de lo primero son el Banco Mundial (B.M.), el Fondo Monetario Internacional (F.M.I.), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (O.C.D.E.), el Banco Central Europeo (B.C.E.) o la Organización Mundial del Comercio (O.M.C.) que es la institucionalización con carácter permanente de los diversas rondas de Acuerdos Generales sobre Aranceles Y Comercio. En el segundo grupo podemos citar, sin ánimo de exhaustividad, los encuentros periódicos de los países más industrializados del planeta (G-7) e de su versión ampliada tras la incorporación de la Federación Rusa (G-8), el foro económico mundial y los encuentros periódicos de los líderes de Bancos Centrales.<sup>461</sup>

Um exemplo da importância dessas forças econômicas pode ser percebido quando se analisa a Organização Mundial do Comércio (OMC). Essa organização nasceu de um projeto que objetivava a criação de uma Organização Internacional de Comércio (OIC) – a reunião aconteceu em Havana, em novembro de 1947 - previsto para ser, como tantos outros, um órgão especializado das Nações Unidas. Entretanto, o objetivo inicial não se concretizou.<sup>462</sup>

Com a impossibilidade da materialização da OIC, o grupo de países que redigia o acordo inicial consegue as assinaturas necessárias para um “Acordo Geral de Tarifas e Comércio (General Agreement of Tariffs and Trade – GATT)”, subscrito por 23 países. O GATT. foi considerado um acordo comercial multilateral dinâmico. Por um lado, estabeleceu um rol de normas procedimentais sobre as relações comerciais entre os

<sup>460</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2003, p. 47.

<sup>461</sup> Ibid., p. 47.

<sup>462</sup> Para aprofundar o tema, consultar a obra de Evandro Menezes de Carvalho. Ressalta-se principalmente o capítulo sete. CARVALHO, Evandro Menezes de. **Organização Mundial do Comércio. Cultura Jurídica, Tradução e Interpretação**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 169-184. Ainda, cita-se o site oficial da citada Organização. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMÉRCIO. Entender la OMC. Disponível em: <[http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/fact1\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm)>. Acesso em 10 mai. 2010.

Estados-parte; e por outro, formou um fórum de negociação comercial, que procura aproximar os Estados-parte. O nome Organização Mundial do Comércio substituiu o GATT em 1994, durante a Conferência de Marrakesh, depois de complexas negociações na Rodada Uruguai.<sup>463</sup>

Nos dias de hoje, a forma mais eficaz de dirimir um conflito de natureza comercial é acionar o seu sistema de solução de controvérsias. Para solucionar o problema, os Estados-partes, num suposto litígio são obrigados a proceder consultas com vista ao esclarecimento dos fatos e à busca de uma solução. Caso isso não aconteça, pode ser proposta uma medição ou arbitragem. Se, mesmo depois de tudo, não for alcançado um acordo, será necessário submeter-se ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), também conhecido como “panel”<sup>464</sup>. Todavia, as regras estabelecidas significam tão-somente o primeiro passo da liberalização do comércio mundial, que deverá ser progressivo.

Ocorre que a OMC enfrenta certas questões fundamentais, que condicionam a sua consolidação como ordenadora do comércio internacional. Em primeiro lugar, não está clara a proibição da tomada de medidas de retorsão de forma unilateral; em segundo lugar, os países menos desenvolvidos continuam a reclamar um tratamento diferenciado no que diz respeito às tarifas de mercado e ao acesso aos países desenvolvidos; em terceiro lugar, o desemprego generalizado induz os Estados-partes à adoção de medidas protecionistas; e por último, os processos de integração econômica, como, por exemplo a União Europeia e o Mercosul, continuam dificultando a liberação tarifária<sup>465</sup>.

Na condição de principais potências comerciais, os países membros da União Europeia, os Estados Unidos e o Japão costumam utilizar com mais habitualidade a OSC da OMC. O Brasil tem participado como requerente, requerido ou parte interessada em diversos litígios. Nesse sentido, foi o caso envolvendo duas grandes empresas fabricantes mundiais de aviões, para voos regionais: a brasileira Embraer e a empresa Bombardier do Canadá, no início de 1998 e meados de 2003. Em disputa para conquistar o mercado mundial de aeronaves de porte médio, utilizadas em voos regionais, as duas empresas travaram, por meio de seus governos uma dura batalha na OMC<sup>466</sup>.

---

<sup>463</sup> CARVALHO, 2006, p. 182.

<sup>464</sup> Ibid., 185-200.

<sup>465</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMÉRCIO. Los principios del sistema de comercio. Disponível em: <[http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/fact1\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm)>. Acesso em 10 mai. 2010.

<sup>466</sup> Id. Brasil y la OMC. Disponível em: <[http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/countries\\_s/brazil\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/countries_s/brazil_s.htm)>. Acesso em 10 mai. 2010.

Como resultado, o Brasil foi obrigado a reformular sua política de incentivos às exportações do Programa de Financiamento às Exportações e o Canadá foi condenado em razão da concessão de subsídios ilegais à Bombardier. Além desse exemplo, existem muitos outros, em que o Brasil discute as regras estabelecidas pela OMC.<sup>467</sup>

Pelo exposto, é possível observar que os fluxos econômicos, financeiros e comerciais da economia globalizada acarretam modificações na própria estrutura de Estado. A interconexão e interdependência estão além da interferência das Organizações Internacionais, abarcando também grandes influências transnacionais. Estas podem ser definidas como “complejas estructuras empresariales con gran capacidad de gestión y adaptación a las demandas cambiantes de los mercados”.<sup>468</sup>

As corporações transnacionais tornam-se importantes atores no cenário nacional e internacional. Porém, o que torna o fato alarmante é que, em muitas ocasiões, as decisões internas acabam sendo tomadas por uma rede de influências externas e por coalizões eventuais que se forjam ao abrigo da economia. Como consequência desse fato, é inegável o desgaste material da cidadania, que acaba por ser reduzida à mera expressão eleitoral.

Na verdade, o que se observa, como afirma André-Noël Roth, é que os Estados estão no rumo de uma regulação social neofeudal. Esse caráter reside em parte numa

---

<sup>467</sup> Nesse sentido, cita-se importante caso envolvendo direito interno e internacional sobre a importação de pneus usados, reformados ou remoldados. O Presidente da República propôs por intermédio da Advocacia Geral da União, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 101, visando com esta ação impedir a importação de pneus usados, reformados ou remoldados, já que muitos juízes em sentenças individuais vinham permitindo estes atos. Vale mencionar que existe legislação internacional que estabelece essa vedação: portarias, resoluções, decretos e até mesmo o Tratado de Assunção. Na ADPF n.º 101, foi proposto que essas resoluções, decretos e portarias devem ser consideradas como norma constitucional, ou seja, devem ser analisados em consonância com a Carta Maior, circunstância que foi deferida na presente ação. Esse entendimento vem ao encontro do que é determinado como política de desenvolvimento sustentável pelo fato de que esse princípio propõe a proteção ao meio ambiente e ao direito à saúde. O acórdão foi parcialmente procedente já que - no momento - existe uma decisão do Tribunal Arbitral “ad hoc” do Mercado Comum do Sul (Mercosul), que obriga o país a abrir uma exceção à proibição de importação de pneus remoldados dos Estados originários de países do bloco. Conclui-se que, mesmo depois do julgamento da ADPF n.º 101, a discussão ainda permanece em aberto, já que a Organização Mundial do Comércio (OMC) - em debate travado no plano internacional - parece não aceitar que o Brasil vede a importação de pneus usados ou remoldados da União Europeia (UE), mas permita a importação pelos países do Mercosul. A discussão é extremamente complicada e exige solução interna o mais rápido possível, para que não ocorra retaliação externa. Consultar: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n.º 101. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=101&processo=101>>. Acesso em: 16 jan. 2010; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Brasil. Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados. Disponível em: <[http://search.wto.org/search/q=cache:Soi4IPAfCUJ:www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/332abr\\_s.doc++brasil+e+pneus&access=p&output=xml\\_no\\_dtd&ie=UTF-8&client=spanish\\_frontend&num=10&site=Spanish\\_website&proxystylesheet=spanish\\_frontend&oe=UTF-8](http://search.wto.org/search/q=cache:Soi4IPAfCUJ:www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/332abr_s.doc++brasil+e+pneus&access=p&output=xml_no_dtd&ie=UTF-8&client=spanish_frontend&num=10&site=Spanish_website&proxystylesheet=spanish_frontend&oe=UTF-8)> Acesso em 16 de janeiro de 2010.

<sup>468</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2003, p. 48.

leitura pessimista da forma decisória, baseada na infinidade de foros de negociação descentralizados, sugeridos pelo direito reflexivo. Segundo Roth:

(...) Negociar a um nível institucional inferior poderia favorecer uma participação social mais ampla e uma menor conformidade entre as regras e os fatos. Porém, não impede, inclusive podendo até favorecer, os processos de dominação local e setorial por algum “barão”. Deve-se recordar que o Estado Moderno foi constituído em oposição às periferias dominadas pelo feudalismo (...) <sup>469</sup>.

Seguramente, o que acontece é que as empresas transnacionais surgem como instituições legítimas, capazes de monopolizar um poder de coação jurídica efetiva em nível nacional e internacional. É o retorno à descentralização de poder da Idade Média e, com isso, percebe-se que a legislação tradicionalmente aplicada pelo Estado torna-se imprevisível e dominada por poderes, muitas vezes, invisíveis de Organizações e Corporações Internacionais.

Essa configuração apresentada demonstra que a única saída é a elaboração de novos espaços para da cidadania. Aqui é importante pontuar que um direito adaptável a outros subsistemas, como por exemplo, a economia ou a sociologia, foi antecipado por Niklas Luhmann <sup>470</sup> e Gunther Teubner <sup>471</sup> através a concepção sistêmica da sociedade. Evidentemente que esta perspectiva – como já foi mencionado - enfraquece a legitimação democrática baseada na supremacia e na valorização dos direitos humanos e fundamentais.

Por tudo que foi exposto, vislumbra-se que as novas relações globais e a velocidade com que as mudanças acontecem - impelidas por fatores externos e internos – acabam por gerar uma fragmentação ainda maior na cidadania, o que exige novas articulações e tentativas de solução para o problema.

Nessa linha de raciocínio e atentando para o cuidado que se deve ter para não cair em visão polarizada (ou isto ou aquilo) da tensão entre uma consciência nacional ou cosmopolita, Richard Falk apresenta duas propostas. Primeiramente, as expectativas relativas à educação e as considerações éticas, que devem ser reestruturadas para evitar uma escolha polarizada e parcial entre o patriotismo e o cosmopolitismo. Tal

<sup>469</sup> ROTH, André-Noël. O Direito em crise: fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 25-6.

<sup>470</sup> Ver: LUHMANN, Niklas, **El derecho de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana/Colección Teoría Social. 2005; **Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas**. In: ECKERT, Clarissa; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: UFRGS, 1997. p. 49-59.

<sup>471</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Tradução de Brunela Vieira de Vincenzi e outros. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

ressignificação supõe um diálogo político ininterrupto com a finalidade de inclusão<sup>472</sup>. A ordem mundial já não se reduz ao diálogo entre Estados, já que os processos transnacionais, entre os quais se encontram organizações voluntárias de cidadãos, geralmente comprometem-se em diversas formas de ação.

Essa atuação é o que se denomina de “globalização de baixo para cima”, concebida em função das necessidades das pessoas de determinado local, que se distingue da “globalização de cima para baixo” dirigida pelo capital e eticamente neutra. Falk considera que a consciência que se cria a partir de forças transnacionais pode ser denominada de “neocosmopolitismo”<sup>473</sup>.

A segunda proposta está centrada no âmbito da participação política derivada desse tipo de transnacionalismo ético. O patriotismo, tradicionalmente, concebe o Estado como agente moral. Ocorre que, com o seu desgaste, erosiona também a cidadania<sup>474</sup>. Para descrever com mais detalhes essa perspectiva e uma tendência globalizadora de baixo para cima, apresentam-se algumas premissas, desenvolvidas por Held sobre a democracia cosmopolita.

Com o surgimento de novas formas de conexão em âmbitos nacionais, regionais e internacionais, surgem formas de administração que vão além do Estado nacional. Acontece que, mesmo com o aparecimento de Organizações Não-Governamentais, tais como “Worldwide Fund for Nature”, “Greenpeace” ou “Amnesty Internacional”, essas estão compreendidas como rede de instâncias reguladoras informais, carecendo de legitimação interna. Daí que surge a necessidade de outras formas democráticas de atuação.

Para Held, o modelo cosmopolita de democracia, na verdade, apresenta um programa de transformações possíveis que possuem implicações a curto e a longo prazos. “No plantea una elección del tipo “todo o nada”, sino que señala una dirección de cambio con puntos de orientación claros”<sup>475</sup>. Deve-se esclarecer que na obra do autor inglês, de forma alguma, está prevista a defesa da democracia centrada unicamente no plano internacional.

As últimas conferências globais organizadas sob a tutela da Organização das Nações Unidas têm abordado temas relacionados à situação das mulheres, ao desenvolvimento, à população e ao meio ambiente, que se apresentam como claros

---

<sup>472</sup> FALK, 1999, p. 72.

<sup>473</sup> FALK, 1999, p. 72.

<sup>474</sup> Ibid., p. 73.

<sup>475</sup> HELD, 1997, p. 329.



exemplos da perspectiva denominada por Held como democracia cosmopolita, que imprime maior dinamismo às formas de interação entre as pessoas e as estruturas de poder. No entanto, essas conferências não manifestam por si mesmas um governo cosmopolita, mas apresentam-se como possibilidades e experimentos que sugerem novos estilos e potencialidades de participação<sup>476</sup>.

Basicamente, Held coloca que o modelo cosmopolita está baseado no reconhecimento de que a democracia dentro de uma sociedade particular deve estar relacionada às demais sociedades democráticas. Por isso, é urgente a criação de mecanismos organizativos e vinculantes<sup>477</sup>. Aqui se abre um parêntese para destacar que Held também se preocupa com a crítica formulada por Zolo sobre o perigo de que países ou organizações dos Estados do Sul ou “em via de desenvolvimento” sejam engolidos por novos contextos transfronteiriços.

Para evitar tal fato, afirma que é necessário aclarar e ter presente os princípios adequados para se organizar os diversos âmbitos de decisão, sendo que níveis nacionais deveriam se ocupar de temas e problemas específicos de suas próprias regiões e de questões políticas que afetam diretamente a população local. Observa-se que se refere a temáticas culturalmente definidas.

En contraste, las cuestiones que legítimamente pertenecen a los niveles regionales de gobierno son aquellas que exigen mediación transnacional a causa de la interconexión de las decisiones y las consecuencias nacionales, y porque las naciones en estas circunstancias suelen encontrar que son incapaces de alcanzar sus objetivos sin la colaboración transfronteriza<sup>478</sup>.

Assim, os assuntos de interesse regional exigirão uma resposta global, pois implicarão graus de interconexão e interdependência que serão melhor solucionados de forma coletiva. Os centros de decisão localizados fora dos Estados somente seriam legítimos quando os níveis locais não conseguissem manejar satisfatoriamente as questões políticas transnacionais.

Os problemas ambientais forneceriam um bom exemplo da necessidade de formação de um governo democrático composto por distintos níveis. Como exemplo, podem-se citar as fábricas que emitem diversas formas de resíduos tóxicos. Elas podem ser supervisionadas e denunciadas em nível local, controladas por agências regionais em

---

<sup>476</sup> FALK, 1999, p. 73.

<sup>477</sup> HELD, 1997, p. 280.

<sup>478</sup> Ibid., p. 281.

matéria de normas e perigos transnacionais, e avaliadas globalmente à luz dos impactos sobre a saúde, bem-estar e oportunidades econômicas para o conjunto da população. Outro exemplo é o controle sobre a emissão de resíduos tóxicos e o aquecimento global. Essas temáticas são evidências claras de que são necessárias respostas locais com soluções globais<sup>479</sup>.

Held ainda propõe três provas para filtrar o tema e guiar os diferentes níveis de governo:

las pruebas de la extensión, la intensidad y la eficiencia comparada. El test de la extensión examina el espectro de poblaciones dentro y a través de las fronteras territoriales que se ven afectadas de forma significativa por una cuestión política o un problema colectivo. El test de la intensidad evalúa el grado en que el problema en cuestión incide sobre una población o un grupo de poblaciones y, en consecuencia, en qué medida se justifica la legislación nacional, regional o global u otro tipo de intervención. El tercer test, la evaluación de la eficiencia comparada, determina si los objetivos que las iniciativas nacionales, regionales o globales pretenden cumplir no puede ser alcanzados de forma adecuado por las agencias que operan en niveles inferiores del proceso de toma de decisiones<sup>480</sup>.

O sentido de uma democracia cosmopolita somente pode ser consolidado se ocorrer a divisão de poderes e de competência entre os diferentes níveis de interconexão e ação política. Isso deve ocorrer com a devida interação entre os interesses locais e globais.

Segundo Falk, as manifestações de uma democracia cosmopolita sugerem uma possível reconciliação entre o patriotismo e o cosmopolitismo. Em outros termos, se as estruturas de governo global do tipo econômico são reorientadas para expressar um tipo de equilíbrio entre a globalização de cima para baixo e a globalização de baixo para cima, seria possível a recriação do espaço político que permita o ressurgimento do “Estado humano”<sup>481</sup>.

Destaca-se que Falk chama de “Estado humano”, o Estado Social Democrático surgido depois do século XIX, com o aparecimento das legislações protetoras dos direitos dos trabalhadores, dos sindicatos, das greves, assim como do salário mínimo e das regras de seguridade social. Na atualidade, o doutrinador inglês expressa que existe um Estado neurótico, amarrado pelos compromissos assumidos pela regulação social e com as novas dinâmicas do globalismo econômico totalmente desreguladas<sup>482</sup>. Em síntese, pode-se ver

---

<sup>479</sup> HELD, 1997, p. 280.

<sup>480</sup> Ibid., p. 281-2.

<sup>481</sup> FALK, 1999, p. 74.

<sup>482</sup> Ibid.

que, na atualidade, os cidadãos têm a possibilidade de reconfigurar a antiga dicotomia entre um patriotismo indiferente e o cosmopolitismo.

A ideia de “paz perpétua”, estabelecida por Kant como uma força atrativa à ideia de condição cosmopolita, é ultrapassada, na concepção de Habermas, quando o autor alemão apresenta três propostas para uma maior participação do cidadão.

Em síntese, em primeiro lugar, é apresentada a necessidade do estabelecimento de um parlamento mundial que faça com que as Nações Unidas deixem de ser concebidas como “um congresso permanente de Estados”, ou seja, que sua Assembleia Geral não seja uma simples Assembleia de delegações governamentais e se converta em uma espécie de Conselho Federal, cujas competências sejam divididas entre as Câmaras. Nas palavras de Habermas:

Nesse parlamento os povos estariam representados como totalidade dos cidadãos do mundo, mas não por seus governos, e sim por representantes eleitos. Países que se neguem a permitir a eleição de deputados segundo procedimentos democráticos (e levando em consideração suas minorias étnicas) poderiam ser representados provisoriamente por organizações não estatais designadas pelo próprio Parlamento Mundial como representantes das populações oprimidas<sup>483</sup>.

Na proposta de Habermas, observa-se mais protagonismo dedicado ao cidadão do que ao Estado. Isso ocorre, também, devido à modificação do perfil da soberania estatal, que não é a mesma que a do século XVIII.

Uma segunda proposta é a criação de uma Corte Internacional com jurisdição em todo o mundo e com capacidade de editar sentenças vinculantes, diferentemente do que acontece, atualmente, com o Tribunal Internacional de Haia, já que esse é limitado à função de mero tribunal arbitral. “A jurisdição penal, que até hoje só se instalou “ad hoc” para processos específicos de crimes de guerra, teria de institucionalizar-se de forma permanente”<sup>484</sup>.

---

<sup>483</sup> HABERMAS, 2007, p. 218.

<sup>484</sup> Para se aumentarem as competências de um Tribunal Internacional seria necessário retomar o debate sugerido por Kelsen, quando em 1944, o jurista austríaco trouxe a importância da teoria monista, com a supremacia do direito internacional. Kelsen enfrenta Schmitt e tantos outros pensadores que negaram a juridicidade à ordem normativa supraestatal, fazendo renascer o debate de Vitória e Kant sobre a ordem cosmopolita. Nas palavras do autor: “El derecho es, en realidad, un orden para promover la paz, en el sentido de que prohíbe a los miembros de una comunidad del uso de la fuerza en sus relaciones mutuas (...)”. Consultar: KELSEN, Hans. **Derecho y paz en las relaciones internacionales**. Traducción de Florencio Acosta. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 33. Menciona-se, também, do mesmo jurista: The Law of the United Nations. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=yQk8-JyWvPUC&pg=PR23&lpg=PR23&dq=Book+online+Kelsen+The+Law+of+the+United+Nations&source=bl&ots=s>>

Em terceiro lugar, está uma adaptação do Conselho de Segurança, que depois de cinco décadas, exige alterações em sua estrutura. Tais alterações devem retratar de forma igualitária as relações efetivas do cenário internacional. Propõe a aceitação de novos membros permanentes, como a Alemanha e o Japão, bem como, ao lado das potências mundiais, voto privilegiado a regimes regionais (como a União Europeia). Habermas, igualmente, afirma que se deve suprimir a obrigatoriedade de voto unânime entre os membros permanentes e substituí-la por regulamentações de maioria<sup>485</sup>.

Uma vez postas estas três sugestões, Habermas adverte que estes elementos devem estar de acordo com os elementos organizativos das Constituições estatais, colocando claramente que o direito cosmopolita é uma consequência lógica “da idéia de Estado de direito. Só com ele é que se constrói uma simetria entre a ordenação jurídica do trânsito social e político, para além e para aquém das fronteiras do Estado”<sup>486</sup>.

Deve-se registrar que o cosmopolitismo não se desvincula da importância dos Estados e do constitucionalismo como um movimento que luta pela implementação dos direitos do cidadão, inclusive, por essa razão, o autor alemão defende, enfaticamente, o universalismo, como característica básica dos direitos humanos.

#### **4.2. O paradoxo dos direitos humanos ou fundamentais na era cosmopolita**

É sabido que a análise sobre a origem e a evolução dos direitos humanos ou fundamentais envolve categorias históricas, surgidas com o passar do tempo, através de um processo lento de muitas disputas e enfrentamentos. O objetivo deste trabalho é bem mais modesto, já que a intenção é referir alguns aspectos relevantes da matéria, os quais influenciaram a concepção atual de constitucionalismo, inserida em um contexto global e cosmopolita.

Primeiramente, vale tratar da expressão terminológica, já que são largamente utilizadas expressões como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, somente para referir algumas das mais importantes.

---

*XE - EC8TXZ&sig =XsoGicosXP0rJ82QYrra4f18Iqc&hl=pt BR&ei= hjzFSuXLE4m0uAfErLzqDg&sa = X&oi= book\_ result&ct= result&resnum = 3#v=onepage&q= &f= false>.* Acesso em: 12 jul. 2009.

<sup>485</sup>HABERMAS, 2007, p. 218.

<sup>486</sup>Ibid., p. 232.

Ingo Wolfgang Sarlet argumenta que a moderna teoria constitucional contemporânea tem rechaçado progressivamente a utilização de termos como “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais” e “direitos públicos subjetivos”, bem como “direitos naturais” ou “direitos civis”. Isso porque, ao menos genericamente, seriam expressões dissonantes do atual estágio em que se encontram, em âmbito estatal. Nesse sentido, o debate mais interessante acabou sendo entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”<sup>487</sup>.

Como já foi mencionado anteriormente, vale repisar que a explicação usual da doutrina baseia-se no entendimento de que os “direitos fundamentais” se aplicam àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados nas Constituições dos Estados; ao contrário, a expressão “direitos humanos” relaciona-se aos direitos tutelados por documentos internacionais, como tratados ou convenções, por estarem ligados ao ser humano, independentemente de sua vinculação a qualquer tipo de Estado<sup>488</sup>.

A partir dessas premissas, opta-se pela definição de Pérez Luño, para quem os direitos humanos aparecem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, representam as exigências de dignidade, de liberdade e de igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos<sup>489</sup>. Destaca-se a ressalva de que o autor espanhol, com essa limitação, argumenta que não se pretende dar uma resposta satisfatória a toda uma série de problemas que os direitos humanos podem suscitar; mas sim conjugar as grandes dimensões que integram a noção geral de direitos humanos, ou seja, a exigência jusnaturalista de fundamentação e de técnicas de positivação e proteção.

No tocante à evolução do processo de positivação dos direitos humanos, a título de contextualização, delinea-se a sua divisão em três etapas: a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que se desenvolve no período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações dos novos Estados americanos<sup>490</sup>.

Como é possível perceber, ao longo da história, esse nunca foi um assunto pacífico. Como assevera De Julios-Campuzano:

---

<sup>487</sup> SARLET, 2001, p. 32-3.

<sup>488</sup> Ibid., p. 33. Essa distinção também é adotada por: CANOTILHO, 2002; PÉREZ LUÑO, 2005, dentre outros.

<sup>489</sup> PEREZ LUÑO, 2005, p. 50.

<sup>490</sup> SARLET, op. cit., p. 39.

(...) la conquista de los derechos humanos está jalonada por un rosario de estragos, persecuciones, revueltas, luchas y revoluciones. Siempre hubo, además, quien trató de manipularlos para satisfacer torticeras apetencias, sórdidas y mesquinas ambiciones personales o de grupo. Desde quienes el tiempo que los pisoteaban, a quienes, como iluminados de una nueva era aún no amanecida, los utilizaron para combatir infatigablemente sus propios fundamentos<sup>491</sup>.

Ocorre que, atualmente, na era da globalização, os direitos humanos são algumas vezes manipulados, outras vezes usados como bandeira para esconder diversos fundamentalismos extremistas, o que acaba por levá-los a constituírem-se como paradoxos, significando diferentes posições. Certos doutrinadores afirmam que a postura universalista seria uma inequívoca imposição cultural, ofendendo o direito essencial à diferença. Esse debate será pontuado a seguir:

#### 4.2.1 O universalismo frente a particularismos

Atualmente, existe uma polêmica e complicada discussão que está sendo travada entre os defensores do universalismo e os partidários do relativismo cultural. Acontece que este debate parte, muitas vezes, de um preconceito, baseado no exagero das reivindicações particulares e na conseqüente marginalização da luta pela satisfação de necessidades gerais.

Fernando Savater tem aludido que, na prática, existe uma confusão ao identificar a universalidade com a uniformidade castradora e o particular com a defesa da diversidade e do pluralismo cultural<sup>492</sup>. Na verdade, o assunto é deveras complicado.

Para combater essa distinção, Savater traz outras nomenclaturas como cultura e civilização. Cada cultura seria um conjunto de objetivos, usos, saberes e formas de vida que divide determinada coletividade humana para se distinguir das demais. Ainda, existe o reforço sobre o sentimento de pertença de cada um dos membros do grupo comum, a identificação com outros sócios, assim como a diferenciação frente a estranhos. Por outro lado, a civilização abrange uma perspectiva mais ampla, já que os homens, geralmente, parecem-se mais do que se pode imaginar<sup>493</sup>.

---

<sup>491</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2003, 108-9.

<sup>492</sup> SAVATER, Fernando. La universalidad y sus enemigos. In: **CLAVES**. N. 49, enero-febrero, 1995. p. 11-2.

<sup>493</sup> Ibid., p.11-2.

Com efeito, Savater faz a conexão entre a ideia de humanidade e de civilização. A humanidade não seria um grupo de identificação como os outros, mas sim a noção filosófica do mínimo comum entre as diferentes agremiações<sup>494</sup>. Daí que a defesa por valores humanos seria o pressuposto essencial que possibilita levar a sério os direitos humanos e fundamentais. A civilização, de forma alguma, nega a importância das culturas, mas pode relativizar a dimensão dos pesos.

Essa discussão tão polêmica sobre o universalismo de base kantiana e o relativismo hegeliano levou Schmitt a posicionar-se – de forma bastante confusa - em defesa da última proposta. O que, logicamente, foi rebatido por Habermas. Schmitt confere à frase “quem fala em humanidade tem a intenção de enganar”, ou ainda, refere que a humanidade é bestializante. Segundo essa concepção:

o logro do humanismo tem suas raízes na hipocrisia de um pacifismo jurídico que pretende fazer *guerras justas* sob o signo da paz e do direito cosmopolita: Se o Estado combate seu inimigo em nome da humanidade, não se trata aí de uma guerra da humanidade, mas sim de uma guerra em que determinado Estado, diante de seu opositor bélico, tenta ocupar um conceito universal, de forma semelhante a quando se tenta abusar de conceitos como paz, justiça, progresso e civilização, a fim de requisitá-los para si e subtraí-los ao inimigo. Humanidade é um instrumento ideológico particularmente útil (...) <sup>495</sup>.

Na visão de Schmitt, a política de uma organização mundial que se inspira na ideia kantiana de paz perpétua e que objetiva construir uma condição cosmopolita levaria ao pan-intervencionismo e à pancriminalização e, com isso, à perversão dos seus projetos iniciais.

Nas palavras de Habermas, as duas questões-chave combatidas por Schmitt seriam: primeiro, a política dos direitos humanos ocasiona guerras que, muitas vezes, estão disfarçadas de ações políticas e que assumem qualidades morais; segundo, a moralização classifica opositores como inimigos, de modo que a criminalização oferece rédeas largas à desumanidade<sup>496</sup>.

Ademais, depois da Segunda Guerra Mundial, Schmitt afirma que toda guerra é justa, ou, dito de outra maneira, uma guerra é justa no sentido material, pela concordância com as estruturas das formações políticas. Metaforicamente, o duelo não é justo porque sempre obtém a vitória na causa justa, mas porque a observação da forma inclui

---

<sup>494</sup> SAVATER, 1995, p. 13.

<sup>495</sup> HABERMAS, 2007, p. 220.

<sup>496</sup> Ibid.

determinadas garantias<sup>497</sup>. Este jurista alemão inverte a concepção da comunidade internacional como um “estado ajurídico” e como o reino da insegurança. Para ele, é propriamente o estado de natureza, esse coexistir de pequenos e grandes Leviatãs, que gera o equilíbrio, que promove a igualdade entre os Estados, a humanização da guerra e, em definitivo, um Direito Internacional racional<sup>498</sup>. Pelos argumentos transcritos, é possível observar que Schmitt legitima a guerra entre Estados.

Nas palavras de Habermas:

(...) O que o anti-humanismo de Schmitt pretende validar (em conjunto com o Hegel de Mussolini e de Lênin) não é o gado de abate, mas o combate – a mesa de abate dos povos, segundo Hegel, a honra da guerra, já que mais adiante se afirma: A humanidade não pode travar guerra alguma... O conceito de humanidade exclui o conceito de inimigo. Para Carl Schmitt, portanto, é essa a ordem natural do que é político, ou seja, a distinção supostamente inevitável entre amigo e inimigo, da qual a moral da humanidade abstrai, de maneira errônea<sup>499</sup>.

A recepção desse argumento moral crítico, alimentado pelo conceito amigo-inimigo - já que para Schmitt “política é a capacidade e vontade de um povo de reconhecer o inimigo e de se afirmar contra a negação da própria existência pela diversidade do estrangeiro”<sup>500</sup> - restou condenada. O verdadeiro cerne da questão consiste em que uma moralização imediata do direito e da política faz romper as zonas de defesa. “É errônea (...) a suposição de que só se poderia evitar essa moralização caso se mantivesse a política internacional isenta ou purificada do direito”<sup>501</sup>.

Habermas, com prudência, expressa que, sob as premissas de Estado de Direito, a legitimação democrática deve garantir que o direito esteja em sintonia com as proposições morais fundamentais já reconhecidas. Além disso, diferentemente da moral, o código jurídico não exige de forma alguma uma valoração moral imediata segundo critérios “bom ou mau”<sup>502</sup>. Como dissera Kant, o direito e a moral distinguem-se por qualidades formais de legalidade. Não se pode evitar um fundamentalismo dos direitos humanos por meio da sua renúncia, mas apenas por meio de uma transformação cosmopolita entre os Estados.

<sup>497</sup> SCHMITT, Carl. **El nombre de la Tierra en el Derecho de Gentes del ius publicum europeum**. Traducción de D. Schilling Thon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1974. p. 161.

<sup>498</sup> PASCUAL, Cristina García. Orden jurídico cosmopolita y Estado mundial en Hans Kelsen. In: **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**. N. 2, 1999. Disponível em: <<http://www.uv.es/CEFD/2/pascual.html>>. Acesso em: 26 mai. 2009.

<sup>499</sup> HABERMAS, 2007, p. 231-2.

<sup>500</sup> Ibid., p. 229.

<sup>501</sup> Ibid., p. 232.

<sup>502</sup> Ibid., p. 234.



Depois de 11 de setembro de 2001, ocorreu um debate ainda maior sobre as diferenças entre Ocidente e Oriente e, novamente, retornou o debate sobre o universalismo como sendo uma política somente ocidental. Com Appiah, é possível perceber que essa perspectiva costuma dar uma visão de mundo na qual os conflitos surgem como consequências do tipo de valores adotados: “eso es lo que nosotros consideramos bueno; eso es lo que ellos consideran bueno”<sup>503</sup>. No entanto, essa discussão tem raízes mais profundas do que isso.

O que se pretende demonstrar é que existem determinados valores que são, ou deveriam ser, universais, da mesma maneira que outros são, ou deveriam ser, locais. Appiah afirma que não se pode aspirar alcançar um consenso definitivo sobre qual a maneira de ordenar estes valores, por isso a importância do diálogo entre os diferentes modos de vida<sup>504</sup>.

Geralmente, os antropólogos defendem a posição contrária ao discurso de uma moralidade universal e buscam a não intervenção de um Estado em outro. Uma das causas desse ceticismo é de índole histórica, pois muitas intervenções bem intencionadas sufocaram os povos que viviam no local. Como exemplo, podem-se citar os impérios: persa, macedônio, romano, mongol, otomano, britânico, estadunidense, etc. Também, o desconhecimento a respeito de determinada cultura pode levar a sua rejeição, sem nem ao menos haver a tentativa de aceitá-la e entendê-la<sup>505</sup>.

Appiah elenca alguns casos de diferenças culturais:

Nosotros creemos que la circuncisión femenina, o la ablación genital femenina – como prefieren llamarla muchos antropólogos – es una repugnante mutilación que priva las mujeres de experimentar un placer sexual completo. Los antropólogos conocen mujeres jóvenes que aguardan con impaciencia someterse ao rito, creen que les permitirá demostrar valentía, declaran que la circuncisión embellece sus órganos sexuales, e insisten en que disfrutan enormemente del sexo.<sup>506</sup>

Outro exemplo é um caso retratado sobre o canibalismo entre os índios ou a não aceitação – pelos mesmos - de crianças com problemas físicos e mentais<sup>507</sup>. No entanto, mesmo colocando algumas ponderações sobre o relativismo, Appiah não defende esta corrente, pois entende que, se fosse admissível, os homens teriam sempre que começar

---

<sup>503</sup> APPIAH, 2007, p. 24.

<sup>504</sup> Ibid., p. 26.

<sup>505</sup> Ibid.

<sup>506</sup> Ibid., p. 43.

<sup>507</sup> Ibid., p. 45.

qualquer discussão dizendo: “desde mi punto de vista, tengo razón. Desde su punto de vista usted, tiene razón. Y no habría nada más que decir”.<sup>508</sup>

Ao contrário, o ser humano é dotado de inteligência e sentimentos comuns e tem um mundo a dividir. Com frequência, recomenda-se o relativismo porque se acredita que isso leva à tolerância; mas, na verdade, deve-se ter em mente que, sem o aprendizado mútuo, a própria vida humana perderia o sentido.

Retornando à discussão atinente ao islamismo, Ayaan Hirsi Ali, escritora nascida na Somália e que fugiu à Holanda para escapar de um casamento arranjado pela família, defende ardorosamente o universalismo dos direitos humanos, afirmando que não somente as mulheres dos povos muçulmanos acabam sofrendo com o extremismo, mas toda a população, já que as crianças veem suas mães mentirem todos os dias<sup>509</sup>.

(...) Se uma mulher admitisse ter saído sozinha, sua sogra e marido ficariam aborrecidos; então, ela mente. Enganar e mentir tornam-se coisas triviais (...). As crianças aprendem com a mãe que a mentira compensa. Se não quiserem ser castigadas devem inventar histórias.<sup>510</sup>

Hirsi Ali afirma que “a jaula das virgens” tem consequências para as mulheres, mas também para os homens e crianças.

Esta jaula é, na verdade, uma dupla prisão. As mulheres e meninas estão trancadas na jaula interior, mas, à volta há uma jaula maior, na qual toda a cultura islâmica foi aprisionada. Enjaular as mulheres a fim de proteger sua virgindade provoca não apenas frustração e violência para as pessoas diretamente envolvidas, mas também atraso socioeconômico para toda humanidade<sup>511</sup>.

Isso demonstra que as mulheres enjauladas exercem sobre as crianças uma influência nociva, especialmente sobre os meninos, levando ao círculo vicioso da ignorância de geração em geração. “O relatório das Nações Unidas reconhece que a aquisição sistemática de conhecimento não é valorizada nos países árabes”.<sup>512</sup>

---

<sup>508</sup> APPIAH, 2007, p. 62.

<sup>509</sup> HIRSI ALI, Ayaan. **A virgem na jaula: um apelo à razão**. Tradução de Ivan Weiz Kuck. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 48.

<sup>510</sup> Ibid., p. 48.

<sup>511</sup> Ibid., p. 48 e 49.

<sup>512</sup> Ibid., p. 59.

Quanto à “circuncisão feminina”<sup>513</sup>, a escritora sublinha que é de longe o método mais brutal de preservação da virgindade.

O processo envolve a ablação do clitóris e dos lábios maiores e menores, bem como a raspagem das paredes da vagina com um objeto afiado – um caco de vidro, lâmina de barbear ou faca de cozinha. Em seguida, as pernas são atadas até que as paredes da vagina cicatrizem e se fechem. Isso ocorre em trinta países, incluindo o Egito, a Somália e o Sudão<sup>514</sup>.

Como foi exposto, essa cultura de discriminação contra as mulheres acaba por influenciar não apenas elas mesmas, mas toda a coletividade muçulmana. A postura radical de Hirsi Ali demonstra que o mundo islâmico enfrenta uma grave crise, que constitui também uma ameaça ao Ocidente, não apenas pelo terrorismo, mas pelos fluxos migratórios e pelas guerras civis no Oriente Médio.

Esta é uma discussão pontual em que é possível observar a dificuldade do debate: defensores do universalismo contra defensores do relativismo cultural. Porém, com Appiah, retira-se uma crítica contra a obrigação de definir mundos hermeticamente isolados, fechados um para o outro. Ele argumenta que o dano causado pela circuncisão masculina involuntária é muito pequeno para ser comparado com a mutilação feminina. Ainda, refere que as consequências desta última são muito onerosas para qualquer tipo de justificação<sup>515</sup>. A proposta do autor é por um universalismo sensível às formas em que o contexto histórico se possa modelar ao significado de uma prática moral própria de cada sociedade.

#### 4.2.2 O cosmopolitismo entre universalistas, antiuniversalistas e a questão cultural

Deve-se considerar que os impulsos que induzem ao respeito às diferenças entre as sociedades ou comunidades levam à afirmação do mesmo direito, para que sejam respeitadas as diversidades no interior de um mesmo Estado. Por isso, o cosmopolitismo completa-se com uma forma de multiculturalismo do Estado Moderno. Dessa noção, poderia-se construir uma cosmópolis multicultural. Appiah refere que o respeito às

---

<sup>513</sup> Esse termo é criticado por Hirsi Ali por fazer alusão à certa semelhança com a circuncisão masculina. Se circuncidar um menino significasse remover a glande e os testículos e costurar o que sobrou do pênis à bolsa escrotal vazia, a comparação seria válida. Não é válida. “Circuncisão” é um termo que dá a entender que a prática é aceitável. Ela não é aceitável. E também não é culturalmente “desculpável”. HIRSI ALI, 2008, p. 146.

<sup>514</sup> Ibid., p. 45

<sup>515</sup> APPIAH, 2003, p. 208-9.

diferenças é, na verdade, uma necessidade quando se trata de um debate moral que ultrapasse as fronteiras entre as nações<sup>516</sup>.

Também, é importante sublinhar que já se pode ser cidadão do mundo, inclusive sem grandes alterações das instituições políticas.

En cada nación hay su pro y su contra. En todas partes hay un equilibrio entre el bien y el mal, y sólo el reconocimiento de este hecho puede libertar a la mitad del mundo de las prevenciones contrarias de la otra mitad. La ventaja de los viajes, por cuanto al *savir vivre* se refiere, está precisamente en que permiten ver una gran cantidad de casos y costumbres, y así enseñan la tolerancia mutua. Y la mutua tolerancia – concluyó con insinuante cortesía – nos enseña, a su vez, la estimación mutua<sup>517</sup>.

Essa colocação em torno do conhecimento dos outros através da atenção às diferenças, conduziria à tolerância e, talvez, ao respeito mútuo. Mas, igualmente, desenvolveria um outro problema, por reconhecer a segmentação bem e mal. Não seria necessário defender somente o bem e procurar a erradicação do mal? Se assim ocorrer, não se estará caminhando para um mundo uniforme?<sup>518</sup>

Appiah defende outra classe de cosmopolitismo. Não seria o mesmo que se aplicaria “a un diálogo entre culturas cerradas y estáticas, que por dentro son homogéneas y diferentes de las otras; no como un canto a la belleza de una colección de cajas cerradas”. O que faz com que a experiência cosmopolita seja possível não são as crenças ou valores adquiridos pela capacidade de raciocinar, mas sim a capacidade de assimilação e aceitação do diferente, que serve de base para o compartilhamento. Nas palavras do autor: a compreensão de uma lógica narrativa permite ao homem construir o mundo e reagir frente à própria imaginação. “La capacidad puede encontrarse tanto en las tierras bañadas por los ríos Amazonas, Mississippi, Congo, Indo y Amarillo, como a orillas del Avon o del Dordoña”.<sup>519</sup>

Reitera-se que não é uma negação ao universal, mas a necessidade da concordância sobre o particular e a imaginação narrativa, ou seja, somente se pode aprender com as histórias dos outros se existe uma partilha de capacidades e formas de observar o mundo.

El cosmopolitismo imagina un mundo en el que las personas, las telenovelas, la música, las películas y las filosofías viajan a lugares en los cuales se entienden

---

<sup>516</sup> APPIAH, 2003, p. 206.

<sup>517</sup> Ibid., p. 207.

<sup>518</sup> Ibid.

<sup>519</sup> Ibid., p. 215-6.

de manera diferente, porque las personas son diferentes y está bien que lo sean. El cosmopolitismo puede funcionar porque puede haber conversaciones comunes sobre las ideas y objetos que se comparten (...) <sup>520</sup>.

O cosmopolitismo se centra no diálogo entre diferentes lugares: cidades, regiões, classes, gêneros, raças e orientação sexual em todas as dimensões da diferença. A postura defendida por Appiah, de certa forma, coloca-se entre os impulsos universalistas e antiuniversalistas. Na visão do filósofo, a pergunta-chave não é se o homem pode compartilhar valores diversos, porque é lógico que pode. A questão é de quais direitos humanos ou fundamentais se trata.

(...) Contemplamos un mundo en el que las personas se encaran unas a otras con ideas diferentes acerca de lo que es importante en la vida humana y en que las influencias se transmiten a través de los medios de comunicación, de la cultura popular, de la evangelización y, sin duda, de muchas otras formas. Pero para tener las ideas claras acerca de lo que está en juego es importante tener en claro qué clase de derechos estamos ratificando <sup>521</sup>.

Com efeito, o que Appiah tenta demonstrar é um quadro de direitos ajustado ao cosmopolitismo, posto que combina o universal e o particular no mundo dos valores. Existiriam ao lado do direito à liberdade um rol de outros princípios baseados no fato de o ser humano constituir, inevitavelmente, um ser social, o que levaria à preocupação com o coletivo.

Citando o liberalismo multicultural de Taylor, Appiah discute a questão da identidade para referir-se às características de uma pessoa, raça, origem étnica, nacionalidade, gênero ou orientação sexual. O uso desse termo reflete o indivíduo vinculado por algum laço a uma coletividade. Em outras palavras:

La identidad tiene por lo menos dos dimensiones. Existe una dimensión colectiva, que es la intersección de los tipos de identidad de los cuales hemos hablando; pero además existe lo que podríamos llamar una dimensión personal, compuesta de otros rasgos importantes de la persona des el punto de vista social – la inteligencia, el encanto, el ingenio, la codicia – que no contituyen por sí mismos la base de formas de identidad colectiva <sup>522</sup>.

A questão da identificação remete não apenas ao individualismo, mas à interação com as demais pessoas, o que pode ser denominado de valores morais mais amplos.

---

<sup>520</sup> APPIAH, 2003, p. 217.

<sup>521</sup> Ibid., p. 218.

<sup>522</sup> Ibid., p. 221-3.

Existem diferentes maneiras pelas quais a identidade pode se apresentar como fonte de valores extrínsecos. Para uma pessoa, pode ser bom ajudar outra que está infectada pelo vírus HIV, porque é um compatriota ou porque é homossexual como ele. Ou dar dinheiro à Cruz Vermelha, depois de um furacão na Flórida, como ato de solidariedade com outros americanos<sup>523</sup>. Ademais, além da questão relacionada à identificação como padrão valorativo cosmopolita, Appiah traz o princípio da dignidade humana, como base de respeito para todos os demais cidadãos do mundo<sup>524</sup>.

Trazendo Joseph de Maistre, pode-se discutir a respeito da seguinte frase: “A lo largo de mi vida he visto franceses, italianos, rusos, etc.; incluso he sabido, gracias a Montesquieu, que se puede ser persa; pero nunca he conocido a un hombre.” Ao fazer a interpretação sobre a frase, Appiah sugere que realmente nunca se conhece ninguém como ser humano, porque cada pessoa se apresenta como francesa, ou persa, ou com alguma identidade mais específica. Justamente, o que o cosmopolitismo objetiva é que sejam colocadas na mesa as diferenças e se discuta sobre elas<sup>525</sup>.

Com o exposto, pretendeu-se apresentar a ideia defendida por Appiah de cosmopolitismo parcial. De fato, trata-se de uma possibilidade ao cosmopolitismo sem a exagerada crença na possibilidade da criação de um Estado mundial. Entretanto, não se concorda com o autor quanto ao ceticismo apresentado ao utilizar a palavra “cultura”.

Segundo Appiah, atualmente, a expressão “diversidade cultural” é a favorita de diretores corporativos, administradores educativos, políticos e especialistas. Mas, ao mesmo tempo em que muitos teóricos falam sobre ela, poucos esclarecem o que significa<sup>526</sup>. Na visão desse autor, a palavra expressa apenas um éter luminoso da física do século XIX, não significando muita coisa<sup>527</sup>. É estranho observar essa concepção do autor, porque, inclusive, no mesmo texto, ele defende a importância da preservação das identidades como fundamento do cosmopolitismo e, posteriormente, retoma a o debate sobre a cultura<sup>528</sup>. Talvez, o sentido que ele queira transmitir é o de que a cultura - como gênero que engloba crenças, artes, moral, leis, costumes ou usos sociais - deve ser observada por uma perspectiva mais restrita quando ligada ao viés cosmopolita.

---

<sup>523</sup> APPIAH, 2003, p. 227.

<sup>524</sup> Ibid., p. 231.

<sup>525</sup> Ibid., p. 232.

<sup>526</sup> Id., **La ética de la identidad**. Traducción de Lilia Moscón. Buenos Aires: Katz, 2007. p. 179.

<sup>527</sup> APPIAH, op. cit., p. 215.

<sup>528</sup> Ibid., p. 232.

Por outro lado, James Tully traz diretamente a questão cultural para o cerne de sua proposta relacionada ao constitucionalismo na época pós-colonial. O autor canadense acredita que a ampla reflexão teórica acerca da diversidade cultural que surgiu nas últimas décadas vincula-se a seis movimentos ou grupos diferentes, mas relacionados: associações supranacionais, grupos nacionalistas, movimentos feministas, minorias linguísticas e étnicas, cidadãos interculturais e grupos aborígenes<sup>529</sup>.

Daniel Bonilla Maldonado interpretando a obra de Tully refere que estes seis movimentos, mesmo quando ocasionalmente se enfrentam, buscam o justo reconhecimento político e jurídico de suas próprias formas de autodeterminação. Também compartilham a ideia de que o direito e o constitucionalismo moderno são injustos, na medida em que não reconhecem o pluralismo cultural<sup>530</sup>.

Tully, primeiramente, apresenta sete características do constitucionalismo moderno e que são dirigidas a eliminar a diversidade cultural. Primeira, as Constituições identificam soberania popular com uma comunidade de pessoas ou grupo homogêneo, o que leva à segunda característica que é a uniformização progressiva da história humana. A terceira, igualmente, decorre das anteriores, é a centralização das estruturas políticas e jurídicas que a defendem<sup>531</sup>.

A quarta característica do constitucionalismo moderno que coloca em perigo o pluralismo cultural é a maneira como sua teoria reconhece o costume, colocando algumas entidades como superiores a todas as demais. Como quinta, está a ideia de desenvolvimento europeu centrado em específicas instituições políticas e jurídicas. Já como sexta característica, coloca-se a identificação do Estado como nação, o que leva apenas a uma comunidade imaginária e um sentido de pertencimento. A sétima e última é a noção de um poder constituinte fundacional, intocável, como marco e desenvolvimento das Constituições<sup>532</sup>.

Assim, a síntese apresentada por Tully é a de que o constitucionalismo moderno exclui e suprime as diferenças culturais criando uma Constituição estática, voltada para

---

<sup>529</sup> TULLY, James. **Strange Multiplicity. Constitucionalism in age of diversity**. 7. th. printing. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

<sup>530</sup> MALDONADO, Daniel Bonilla. **La Constitución multicultural**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes - Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2006. p. 81.

<sup>531</sup> Ibid., p. 84-5.

<sup>532</sup> Ibid., p. 85-6.

grupos homogêneos. Isso leva ao desconhecimento da diversidade cultural; logo, deve ocorrer uma refundação do constitucionalismo.

Tully propõe três convenções, baseadas no mútuo reconhecimento, consentimento e continuidade<sup>533</sup>.

Estas tres convenciones constituyen los criterios normativos fundamentales del constitucionalismo de derecho consuetudinario. La convención del mutuo reconocimiento exige que las partes de un debate constitucional se consideren reciprocamente iguales en el proceso común de diseñar las instituciones políticas y jurídicas que han de regir su vida. El consentimiento requiere que todas las decisiones adoptadas en el diálogo constitucional sean producto del libre albedrío. La continuidad ordena que, si no se llega a un acuerdo, no deben transformarse las culturas de quienes participan en las conversaciones constitucionales. Para el constitucionalismo de derecho consuetudinario, moldeado por los encuentros interculturales entre europeos y pueblos aborígenes, no hay una metanarrativa que pueda suplantar a las narrativas de cada una de las culturas que sostienen un diálogo constitucional (...). El progreso, entonces, se obtiene cuando se celebran efectivamente diálogos interculturales, y cuando éstos crean, reconocen y acomodan la diversidad cultural<sup>534</sup>.

O que o autor canadense pretende demonstrar é que as diferentes culturas devem se cruzar no constitucionalismo e contribuir para a construção de identificações e não de uniformidades. No entanto, a proposta ora apresentada tem recebido diversas críticas.

Os nacionalistas e os comunitaristas sustentam que a teoria de Tully pode destruir a integridade da nação e/ou levar à purificação cultural da comunidade. Os liberais sustentam que pode se constituir em um grave obstáculo para a proteção da liberdade individual e da dignidade humana, o que pode ser utilizado para eliminar o dissenso dentro das próprias culturas, o que protege as elites tradicionais<sup>535</sup>.

Com efeito, é possível observar certas limitações na teoria de Tully, principalmente quanto à utilização prática das três convenções, já que defende sua aplicabilidade não apenas para os grupos, mas também para as pessoas. Logo, parece transformar-se em uma teoria liberal.

Na conclusão da obra de Tully, está posto que:

Finally, the philosophy and practice of contemporary constitutionalism offers a mediated peace. In both theory and practice this is seen as second best relative to just peace. A just peace is constitutional settlement in accordance with the

<sup>533</sup> *Examples of the three conventions: the Aboriginal and common-law system and the conventions of mutual recognition and consent.* TULLY, 2006, p. 103-116.

<sup>534</sup> MALDONADO, 2006, p. 88.

<sup>535</sup> *Ibid.*, p. 89.



comprehensive theory of justice. The argument of these lectures is that this is the most destructive illusion of our age. The just peace of the theorists and dogmatists is neither justice nor peace. It is always a limited and partial description of justice which, when imposed, galls the necks of others and leads to discord. On the contrary, a mediated peace is a just peace: just as a constitutional settlement in accord with the constitution is accommodated to the diverse necks of those who agree to it. If this view of constitutionalism came to be accepted, the allegedly irreconcilable conflicts of the present would not have to be the tragic history of our future<sup>536</sup>.

No trecho selecionado, é possível perceber a importância que o autor dedica às convenções antes referidas. Ele afirma que seria somente através delas que a Constituição poderia ser acomodada à diversidade atual.

Dessa forma, mesmo destacando a importância da teoria de Tully sobre o reconhecimento da diversidade cultural, não se pode concordar com o autor quando o mesmo afirma que os passageiros da canoa - representados na escultura designada por “O espírito de Haida Gwaii”<sup>537</sup> – estão de acordo com as três convenções<sup>538</sup>. Em outro entendimento, os passageiros poderiam estar representados sempre com o olhar na mesma

---

<sup>536</sup> TULLY, 2006, p. 211.

<sup>537</sup> A mencionada escultura foi elaborada por Bill Reid e, atualmente, encontra-se em frente à embaixada canadense em Washington, possuindo seis metros de comprimento e quase quatro metros de altura. Ela é construída sobre uma canoa preta contendo treze passageiros da mitologia Haida. “Xuuwaji”, a mãe, que é parte humana, está sustentando o pai e cuidando de seu filho; “Ttsaang”, o castor apresentando-se em posição agressiva; “Qqaaxhadajaat”, mulher “dogfish”; “Qaganjaat”, mulher “mouse”, tímida, mas bonita; “Ghuuts”, o lobo brincalhão; “Ghuut”, a águia que parece atacar outro animal em retaliação a uma agressão anterior; “Hlkkyaan qqusttaan”, o sapo que simboliza a habilidade de cruzar fronteiras entre dois mundos; mais abaixo um ancião conscrito; “Xuuya”, o legendário corvo, que mostra a transformação em múltiplas identidades e, finalmente, no centro, “Kilstlaai”, o chefe. O escultor Reid coloca na embarcação diferentes personagens, homens, animais e mesclas mitológicas de “animais-homens” para evocar um senso de maravilhamento pela diversidade que existe em um mundo sem fronteiras. Essa “strange multiplicity” pode evocar várias significações e interpretações. Nesse sentido, Tully questiona: que tipo de diálogo Reid pretende convidar a humanidade a realizar? Como pode uma pessoa não aborígine pretender descobrir o Espírito de Haida Gwaii? Em resposta a estes questionamentos são colocados alguns dados históricos sobre o verdadeiro massacre sofrido pelos índios e, no caso específico, o povo Haida. Segundo o doutrinador canadense, em 138 anos de contato com a população europeia a população indígena foi reduzida em 90%, sendo que os motivos foram desde doenças, como a catapora, até o deslocamento de culturas e assassinatos. Ademais, é exposto que muitos outros povos indígenas, que possuíam língua, religião, governo e tradição foram brutalmente classificados como civilizações de estágio primitivo. As pessoas de Haida foram obrigadas a aceitar e assimilar uma cultura estrangeira e, quando as técnicas de dominação falharam, foram colocadas em minúsculas áreas de terras poluídas e desmatadas. Assim, Haida e outras nações indígenas precisaram de muita força para não sucumbir totalmente ao domínio ocidental, resistiram à escravidão e buscaram sempre a manutenção da sua cultura. Por isso, a escultura “O espírito de Haida Gwaii” é um símbolo de luta e perseverança. Reid traz a esperança ao apresentar os remos na mesma direção e pelo olhar do chefe, que está ao centro, ele parece ter uma visão ao longe, do que está por vir. Todavia, reluta em revelar “O espírito de Haida Gwaii”, apresentando-se como um companheiro de viagem ou mediador. Dessa maneira, Tully interpreta que “O espírito de Haida Gwaii” relacionado ao constitucionalismo moderno não consiste em reconhecer o já familiar, mas ao invés disso, requer o reconhecimento de algo em seus próprios termos e tradições. Ou seja, como a cultura quer ser ou como ela se apresenta. *Ibid.*, p. 17-22; REID, Bill. Bill Reid Foundation. Disponível em: <<http://www.billreidfoundation.org/banknote/spirit.htm>> . Acesso em: 16 abr. 2009.

<sup>538</sup> *Ibid.*, p. 212.

direção, por acreditarem no ideal cosmopolita de base kantiana que, mesmo em um mundo globalizado, pode ser readaptado.

#### 4.2.3 O perfil de um novo paradigma espaço-temporal dos direitos humanos

Devido às diversas crises enfrentadas pelo Estado Contemporâneo e à irrupção da ideia de globalização econômica, é necessário que se observem os direitos humanos por uma outra perspectiva de espaço e tempo. Com De Julios-Campuzano destaca-se a urgência da compreensão global dos direitos humanos de alcance planetário e sua abertura até o futuro, mediante instrumentos de garantia desses interesses<sup>539</sup>.

Nesse mesmo sentido, Delmas-Marty busca a viabilidade de um direito comum pluralista, capaz de ordenar a multiplicidade e a diversidade entre distintos Estados, culturas, identidades, enfim, entre diferentes particularidades, tendo como paradigma um espaço e um tempo, que são atuais, mas ao mesmo tempo direcionados ao futuro<sup>540</sup>.

A autora destaca que a internacionalização do direito, tema central de sua matéria no Collège de France, não é uma categoria jurídica como o direito interno ou internacional, mas sim “um movimento que os transforma, um no outro, um pelo outro, criando uma espécie de tensão entre o relativo e o universal”, partindo sempre do universalismo jurídico. Por isso, a recomposição passa pela renovação do formalismo jurídico, o que denomina de pluralismo ordenado, expressão que significa mais um processo de ordenação do que um modelo de ordem já estabilizado<sup>541</sup>.

Para corroborar esta afirmação, pode-se visualizar a redação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão:

A universalidade não é concebida senão no conjunto dos direitos enunciados e garantidos, o que deve excluir toda possibilidade de invocar um em apoio à violação dos outros. Por isso é necessário ler o último artigo da Declaração: Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como implicando a um Estado ou um indivíduo um direito qualquer de se livrar de

<sup>539</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2003, p. 118.

<sup>540</sup> DELMAS-MARTY, 2003; Id. **Por um direito comum**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Ademais, destacam-se algumas obras na versão francesa: Id. **Les forces imaginates du droit. Le relatif et l'universel**. Paris: Éditions du Seuil, 2004; Id. **Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné**. Paris: Éditions du Seuil, 2006; Id. **Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs**. Paris: Éditions du Seuil, 2007.

<sup>541</sup> Id. Entrevista com Mireille Delmas-Marty. Texto trabalhado no grupo de estudos da UNISINOS, baseado em Lettre Du Collège de France, n. 22, fevereiro de 2008.

uma atividade ou de praticar um ato visando à destruição dos direitos e liberdade (sic.) aqui enunciados<sup>542</sup>.

Na verdade, não existiria uma cronologia a respeitar sob a desculpa de que uns direitos viriam antes de outros, o que remete à necessidade de que os direitos humanos devam ser respeitados e aplicados como um conjunto coerente e indivisível<sup>543</sup>.

Segundo Delmas-Marty, grande parte da doutrina faz uma bipartição do ponto de vista teórico entre o direito colocado contra o Estado, como a exigência de proteção aos direitos civis e políticos, e os exigidos do Estado, como, por exemplo, os sociais e culturais. Posteriormente, ela explica que essa distinção não é segura, pois, se o primeiro grupo é relativamente homogêneo, o segundo é bem mais complexo, tanto que é muito complicado separar os direitos ditos econômicos dos direitos sociais, enquanto os direitos culturais apareceriam como provenientes de um conjunto de direitos que exprimem todos eles<sup>544</sup>. O que parece estar evidente é a necessidade de um outro critério para essa classificação.

Mesmo que as proposições variem, deve-se considerar que cada direito é determinado por cinco outras relações: uma relação civil, de reconhecimento jurídico como cidadão; política, de participação ativa no Estado; econômica, de reciprocidade de troca; social, de integração à sociedade democrática; e cultural, de pertença a uma comunidade<sup>545</sup>.

Essas interligações devem se realizar sob o princípio da separação de poderes e articulação com a sociedade civil. Na verdade, o princípio da indivisibilidade implicaria o reconhecimento das relações não apenas civis e políticas, mas também econômicas, sociais e culturais. No entanto, ainda que teoricamente defendido, o princípio da indivisibilidade permanece na sua essência, carente de aplicação prática. Por isso, há a relevância de acordos e parcerias entre os diferentes Estados e organizações internacionais.

Arraigados na cultura ocidental, os direitos do homem marcam o esquecimento da solidariedade, na prevalência do individualismo que o fundou. Porém, o dever de fraternidade está inscrito no início da Declaração Universal: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Eles são dotados de razão e do conhecimento e devem agir uns em relação aos outros com espírito de fraternidade”. A

---

<sup>542</sup> DELMAS-MARTY, 2003, p. 39.

<sup>543</sup> Ibid., p. 40.

<sup>544</sup> Ibid., p. 42.

<sup>545</sup> Ibid. p. 43.

declaração traz ao lado dos direitos civis e políticos (arts. 2 a 21) os econômicos, sociais e culturais (arts. 22 a 27). Vale ainda observar que existem dois pactos internacionais, adotados pela ONU em 1966, considerados como complementares, reconhecendo os “direitos econômicos, sociais e culturais” (PIDESC) e os “direitos civis e políticos” (PIDCP)<sup>546</sup>.

O problema surgiu mais tarde. De um lado, no momento de ratificação dos pactos, os Estados Unidos não respeitaram o engajamento inicial de ratificar e de aplicar simultaneamente os dois textos, escolhendo apenas o pacto sobre direitos civis e políticos. Por outro lado, a China privilegiou o outro pacto, versando a respeito dos direitos econômicos, sociais e culturais. Além da política reticente de vários Estados, outras dificuldades permanecem para serem resolvidas:

a natureza das violações havidas contra os direitos que, na sua maior parte, são direitos coletivos; a vontade de alargar o direito de apresentar as comunicações não apenas as vítimas, mas também a *toda pessoa ou grupo de pessoas, toda entidade não governamental e legalmente reconhecida*, enfim, as dificuldades ligadas aos autores das violações, com frequência cometidas em co-responsabilidade com os estados, os organismos internacionais, as sociedades transnacionais e/ou terceiros estados que, com suas decisões, contribuem com essas violações. A empreitada é árdua e a assimetria corre o risco de se prolongar por mais tempo do que seria necessário.<sup>547</sup>

A questão relacionada ao respeito aos direitos humanos abrange uma série de medidas internacionais, não limitadas apenas à Europa, atingindo outras regiões, como a América (Convenção Americana de 1969), a África (Convenção Africana dos Direitos do Homem e dos Povos de 1981) e os Estados da Liga Árabe (Convenção Árabe dos Direitos do Homem de 1994)<sup>548</sup>. Porém, em que pesem certos textos realizarem uma adesão sem reservas à Declaração de 1948, outros mantêm certa resistência.

A Convenção Europeia e a Convenção Americana reconhecem que os direitos fundamentais do homem não decorrem do fato de se pertencer a um determinado Estado, mas repousam sobre os atributos da pessoa humana, o que por si só justifica a proteção internacional. Em contrapartida, a Convenção da África insiste em seu preâmbulo na necessidade de se observarem as especificidades do povo africano. Delmas-Marty refere que estas especificidades não são, em si, incompatíveis com o universalismo, mas, pelo contrário, alimentam-se da lembrança da história e da dignidade do povo africano.

---

<sup>546</sup> DELMAS-MARTY, 2003, p. 22.

<sup>547</sup> Ibid., p. 25.

<sup>548</sup> Id., 2004, p. 48.

Diferentes são as ressalvas da Convenção Árabe, redigida em forma de autocelebração e contra toda forma de opressão. No preâmbulo da Convenção Árabe, consta claramente a inspiração religiosa: “Proclamando a vez da nação árabe na dignidade humana, vez que Deus privilegiou esta nação fazendo do mundo árabe um berço das revelações divinas e lugar das civilizações”<sup>549</sup>. Com efeito, é complicado aos Estados da Liga Árabe concordarem com a concepção laica e igualitária dos demais textos.

No tocante aos direitos enunciados nas convenções é possível observar certas dissociações. Os direitos econômicos, sociais e, às vezes, culturais, são integrados com precisão variada nas Convenções Africana e Árabe, bem como na Convenção Americana. Já na Convenção Europeia ocorre a limitação dos direitos civis e políticos, remetendo os outros direitos à convenção social europeia, revisada em 1961<sup>550</sup>.

A autora francesa fala em racionalizar as razões de Estado, e, como forma de realização, cita o direito de ser julgado por um “tribunal independente e imparcial”. A aceitação desse tribunal é formalizada na Convenção Europeia e na Convenção Americana. Já a Convenção Africana apenas invoca a imparcialidade e não a independência dos juízes, e a Convenção Árabe limita-se a afirmar o princípio da igualdade entre os submetidos a juízo. Porém, a grande inovação do período Pós-Guerra foi a possibilidade de recurso individual contra o Estado em caso de violação a direitos fundamentais<sup>551</sup>. Isto fez com que os direitos humanos entrassem no campo jurídico, para além do simplesmente político.

Porém, o tipo de recurso varia de um texto para outro.

O princípio adotado pela Corte Europeia é de que a mesma pode ser acionada pela reclamação de toda pessoa física, toda organização não-governamental ou todo grupo de particulares que se diz vítima de violação, com o pressuposto de que se trate dos direitos garantidos pela convenção e pelos protocolos adicionais e de que a violação tenha sido cometida por um Estado que seja “parte na Convenção”, isto é, que não apenas a tenha ratificado, mas que admita o princípio do recurso individual. A Corte não apenas constata a violação, mas sim pode condenar o Estado ao pagamento de uma reparação à vítima<sup>552</sup>. É, dessa forma, que os juízes europeus têm atuado em uma crescente busca de um direito comum.

---

<sup>549</sup> DELMAS-MARTY, 2003, p. 27.

<sup>550</sup> Ibid., p. 28.

<sup>551</sup> Ibid., p. 29.

<sup>552</sup> Ibid., p. 30-1.

O sistema americano é semelhante ao europeu, mas ainda mais amplo, já que a reclamação da vítima pode ser agregada, ou substituída, por pessoas não-vítimas. A extensão se explica sem dúvida pela amplitude de violações e pela gravidade, principalmente na América Latina, em que ocorreram casos de tortura e desaparecimento forçado<sup>553</sup>.

Para exemplificar, é possível trazer à baila um julgado de 17 de agosto de 2006, em que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). O julgamento foi chamado de “Caso Damião Ximenes Lopes”, sendo considerado inédito, porque, pela primeira vez, a Corte decidiu sobre um caso brasileiro, bem como por se tratar do primeiro pronunciamento da Corte<sup>554</sup> sobre violações de direitos humanos de portadores de transtornos mentais.

No caso em voga, o Brasil foi condenado pela morte violenta de Damião Ximenes Lopes, ocorrida no dia 4 de outubro de 1999, na Clínica de Repouso Guararapes, localizada no município de Sobral, interior do Ceará. A Corte Interamericana declara em sua sentença que o Brasil violou sua obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos; infringiu o direito à integridade pessoal de Damião e de sua família e violou o direito à proteção judicial a que têm direito seus familiares. Como medida de reparação à família de Damião Ximenes, a Corte condenou o Brasil a pagar no prazo de um ano, por danos materiais e imateriais mais de U\$ 130 mil<sup>555</sup>.

Nessa sentença condenatória, a Corte deixa claro que os países têm responsabilidade internacional por descumprir seu dever de cuidar e de prevenir a vulneração da vida e da integridade pessoal, bem como tem o dever de regulamentar e fiscalizar o atendimento médico de saúde. A Corte também concluiu “que o Estado não proporcionou aos familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação e identificação”.<sup>556</sup> A

---

<sup>553</sup> DELMAS-MARTY, 2003, p. 32.

<sup>554</sup> O Brasil já foi requerido em quatro processos na Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs. Brasil; Caso Nogueira de Carvalho e outro vs. Brasil; Caso Escher e outros vs. Brasil e Caso Garibaldi vs. Brasil. Consultar site oficial: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.doc)>. Acesso em: 10 jul. 2009; Id.. Caso Nogueira de Carvalho y outro vs. Brasil. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_161\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_esp1.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2009; Id..Caso Escher y otros vs. Brasil. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_199\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_199_esp.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2009; Id. Garibaldi vs. Brasil. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_203\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_esp.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2010.

<sup>555</sup> JUSTIÇA GLOBAL. Disponível em: <<http://www.global.org.br/portuguese/damiaoximenes.html>>. Acesso em: 15 out. 2007.

<sup>556</sup> Ibid.

condenação do Brasil pela mais alta Corte de Direitos Humanos do continente americano é, sobretudo, uma repreensão internacional pela sua incapacidade e falta de vontade política de enfrentar as graves e sistemáticas violações e de combater a impunidade.

Amplamente admitidos pelos pactos internacionais, esses julgamentos permanecem excepcionais por razões principalmente políticas. Mas, as organizações não governamentais esforçam-se para que os cidadãos conheçam e saibam, também, exigir seus direitos em âmbito internacional<sup>557</sup>. Mesmo com esse obstáculo, permanece outra fraqueza de ordem política, já que o texto não foi ratificado pelos Estados Unidos.

A Convenção Africana, ratificada por quase todos os Estados Africanos, instituiu uma Comissão Africana de direitos do homem e dos povos. Entretanto, pela própria composição depende estreitamente dos Estados-membros da organização, e a ausência de uma Corte, como a europeia ou americana, limita consideravelmente o impacto das decisões<sup>558</sup>. Na verdade, apresentam-se como simples relatórios que não levam a nenhuma possibilidade de condenação.

Já a Convenção Árabe, ainda não ratificada, é ainda menos efetiva, pois ela nem mesmo prevê uma comissão à qual as vítimas possam se dirigir. Apenas um comitê de especialistas em direitos do homem foi instituído para examinar os relatórios apresentados pelos Estados e endereçar à comissão permanente dos direitos do homem da Liga Árabe um relatório contendo certas observações<sup>559</sup>.

Com certeza, os particularismos ligados à regionalização e nacionalização dos direitos humanos são multiformes. Por isso, além de considerar os pactos e acordos internacionais é importante a valorização do constitucionalismo e de políticas internas que visem à proteção dos direitos fundamentais. Assim, o que se quer demonstrar é que através de uma nova postura do constitucionalismo, vinculado ao cosmopolitismo, pode-se otimizar a efetivação de princípios essenciais à espécie humana e, com isso, evitar as delongas de processos internacionais, que necessariamente, envolvem um número muito maior de pessoas e instrumentos jurídicos.

O “projeto perpétuo” da “paz eterna”, trazido por Kant, deve encontrar o seu ponto crucial na interminável luta pelo Estado Constitucional e seus fundamentos. Nas palavras de Häberle, “direito internacional, na qualidade de direito constitucional da humanidade,

---

<sup>557</sup> A Justiça Global é uma organização não-governamental de direitos humanos que trabalha com a proteção e promoção dos direitos humanos e o fortalecimento da sociedade civil e da democracia – deu incansável apoio à família da Damião Ximenes Lopes no caso ora apresentado. JUSTIÇA GLOBAL, 2007.

<sup>558</sup> DELMAS-MARTY, 2003, p. 32-3.

<sup>559</sup> Ibid., p. 33.

necessita do Estado Constitucional como garantia e do espaço público mundial como fórum”<sup>560</sup>. Nesse sentido - da busca por uma associação temporal cosmopolita -, é possível voltar-se, ainda, para antes de Kant, ou um passado mais remoto. É o tempo que sempre retorna, retoma e renova.

---

<sup>560</sup> HÄBERLE, Peter. **Os problemas da verdade no Estado Constitucional**. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 9.



## **TERCEIRA PARTE**

### **DOS FUTUROS DESAFIOS CONSTITUCIONAIS E O “RETORNO” AO PASSADO: AS RECONFIGURAÇÕES MULTILATERAIS DO CONSTITUCIONALISMO**

## **DOS FUTUROS DESAFIOS CONSTITUCIONAIS E O “RETORNO” AO PASSADO: AS RECONFIGURAÇÕES MULTILATERAIS DO CONSTITUCIONALISMO**

É importante recordar que, muitas vezes, o presente, o passado e o futuro mesclam-se em momentos simultâneos, não sendo possível saber quando termina um e quando começa o outro. Por isso, os prefixos neo e pós – neoconstitucionalismo e pós-positivismo – indicam apenas certos traços característicos de determinado momento histórico, não se esgotando em nenhum espaço e tempo.

O neoconstitucionalismo, surgido no período Pós-Guerra, possui particularidades específicas que o diferenciam do constitucionalismo moderno. No entanto, como é um movimento, está sujeito constantemente a novos desafios e reconfigurações. Atualmente, vive-se uma época marcada pela globalização, ou seja, convive-se com um grande conjunto de significações, podendo ser positivas ou negativas.

Para se enfrentar a perspectiva negativista que engloba esse processo, é preciso se pensar formas de combater a força desenfreada do capital e do poder econômico que, muitas vezes, prejudica a efetividade dos direitos humanos e fundamentais em diversos Estados. Mesmo os países conhecidos como de “Primeiro Mundo”, ou Estados do “Norte”, sofrem, por exemplo, com o desrespeito aos direitos difusos, ataques terroristas - motivados por complexas razões históricas, políticas, sociais e culturais. Ademais, constata-se problemas relativos à implementação dos direitos sociais e, até mesmo, crises econômicas, como aconteceu recentemente – ainda em 2010 - na União Europeia.

O que se pretende apresentar, nesta parte da pesquisa, é a necessidade de fortalecimento do constitucionalismo, como forma de se tutelar e de fazer respeitar os direitos humanos e fundamentais. Logicamente, este constitucionalismo deve abarcar percepções multilaterais, voltadas principalmente à defesa da perspectiva cosmopolita. O “retorno” ao passado pode ser percebido quando se regressa, de certa forma, a determinadas matizes abordadas na antiguidade - como o “ideal coletivo” defendido pelos gregos, a importância da “res publica” para os romanos -, à noção de ordenamento dado e descentralizado de poder do período medieval e o viés cosmopolita desenvolvido desde Diógenes até o ideal kantiano, que acompanhou paralelamente o próprio desenvolvimento do constitucionalismo.

## 5 A CONCEPÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO COMO CULTURA E O COSMOPOLITISMO

Como já foi referido anteriormente, o neoconstitucionalismo caracteriza-se principalmente por três aspectos, quais sejam: o período Pós-45, quando ocorreu o resgate da materialidade dos princípios inseridos no corpo das Constituições; a atuação das Cortes Constitucionais, onde os juízes passaram a desenvolver papéis de verdadeiros efetivadores da materialidade constitucional; e as novas correntes doutrinárias que passaram a influenciar de diversas formas a atuação dos Poderes Públicos. De acordo com Carbonell, é possível verificar que, como explicação desse conjunto de fatores, pode-se utilizar a expressão ora mencionada, mesmo que, individualmente, alguns aspectos sejam mais antigos<sup>561</sup>.

Também, a leitura sobre a doutrina de Häberle remete à reflexão sobre o Estado Constitucional sobre outras bases. Ao escrever-se sobre a teoria constitucional como ciência da cultura ou Estado Constitucional Cooperativo, observa-se o constitucionalismo por uma perspectiva pluralista<sup>562</sup>, abarcando um processo de abertura às diferentes tradições, costumes e identidades, sem olvidar das características locais.

Gilmar Ferreira Mendes sublinha que Häberle é um dos maiores expoentes europeus da teoria institucional dos direitos fundamentais e é pioneiro em ideias que remetem a uma universidade europeia do futuro. Dedicou toda sua vida profissional à docência universitária, baseando sua obra científica no pluralismo, ou seja, na ideia de integração tendo como ponto de partida a defesa “do novo Estado Constitucional do século XXI- o Estado Constitucional Cooperativo”<sup>563</sup>.

Caracterizando-se pela tolerância como elemento inafastável de uma teoria constitucional promotora de um novo milênio, Häberle busca o fortalecimento do Estado Constitucional, inclusive em países em transição democrática. Sua contribuição ultrapassa as fronteiras europeias, fazendo eco na América Latina, ao desenvolver a concepção de um “direito constitucional comum americano”. Isso implicaria a identificação de elementos

---

<sup>561</sup> CARBONELL, 2007, p. 9-12.

<sup>562</sup> Segundo Gisele Cittadino, o pluralismo possui pelo menos duas significações distintas: ou o utilizamos para descrever a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna ou para assinalar a multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico. Para aprofundar o tema, consultar: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000. p. 1.

<sup>563</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: VALADEZ, Diego. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Tradução, do espanhol, por Carlos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. XI.

culturais comuns das Constituições , com vistas ao fortalecimento do continente como uma comunidade cultural e política<sup>564</sup>. Pontua-se aqui que os elementos comuns podem ser norteados pelo ideal cosmopolita.

Mendes, ainda, afirma que, no Brasil, a contribuição da teoria häberliana tem sido inestimável. Nesse sentido:

(...) São muitos os doutrinadores brasileiros de renome que defendem a necessidade de consolidação da idéia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, formulada por Häberle. Segundo essa concepção, o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais do processo de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos que, de uma forma ou de outra, vivem a realidade constitucional<sup>565</sup>.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, cita-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n.º 2.777, que aborda a possibilidade de sustentação oral de terceiros, admitidos no processo como “amicus curiae”. O Ministro Celso de Mello, seguindo a orientação do doutrinador alemão, “não só defende a existência de instrumentos de defesa das minorias, como também propõe a abertura hermenêutica que possibilite a essa minoria o oferecimento de alternativas constitucionais”<sup>566</sup>. Quanto às legislações, vale citar as leis n.º 9.868/99 e 9.882/99, que trouxeram a figura do “amicus curiae”, iniciando a abertura pluralista no processo brasileiro de interpretação constitucional.

Embora a concepção de Mendes sustente que o Brasil já incorporou definitivamente as bases teóricas desenvolvidas por Häberle, não é possível concordar inteiramente com essa afirmação, já que o autor alemão está ancorado em uma realidade político-cultural totalmente diversa da brasileira. Mesmo assim, é verificável que as referências de Häberle podem ser pensadas no presente, para contribuir com o futuro do constitucionalismo brasileiro.

Rafael Caiado do Amaral, quando apresenta elementos sobre a possibilidade da aplicação da teoria häberliana no Brasil, refere que a cultura constitucional alemã possui muitos elementos diferentes, iniciando pela denominação de sua Constituição. Os alemães não se referem à Lei de 1949 como Constituição da República Federal Alemã, mas como “Grundgesetz”, ou seja, a “Lei Fundamental” da República Federal da Alemanha e dos

---

<sup>564</sup> MENDES, 2009, p.XI.

<sup>565</sup> Ibid.

<sup>566</sup> Ibid., p. XI-XII.

alemães<sup>567</sup>. Essa designação possui forte carga simbólica que significa um verdadeiro pacto social, fonte de esperanças e desejos dos alemães após um período de intenso autoritarismo.

Outro elemento que formou o início do novo constitucionalismo alemão foi a formação política e educacional para a cidadania:

Após a Segunda Grande Guerra, a Alemanha foi dividida em quatro zonas de ocupação militar, nas quais havia programas de formação política dos alemães. Esse programa na zona americana foi denominado *reeducation*, o qual pregava que o único e melhor instrumento para se chegar à democracia na Alemanha é a educação. O povo alemão teria que ser re-educado moral e politicamente. A democracia não era entendida apenas como uma forma de governo, mas antes de qualquer coisa como uma forma de vida, que deveria ser vivida, assim como, a Lei Fundamental<sup>568</sup>.

Através dessa citação, observa-se como a questão do desenvolvimento de uma cultura constitucional foi sentida paulatinamente pela população alemã. Não se pode dizer o mesmo quando se pensa no Estado brasileiro, já que até o momento ainda não se consolidou nele uma cultura constitucional. A maioria da população não sabe o que significa uma Constituição, nem mesmo sabe que nela estão dispostos os direitos e garantias fundamentais que carregam seus desejos e esperanças. Não obstante, não é porque a cultura constitucional ainda não se afirmou no país que não possa ser pensada e desenvolvida ao longo do tempo.

A seguir, serão tratados os principais pontos defendidos por Häberle, relacionados à referência cosmopolita kantiana. Segundo este autor, o mais importante não é o que distingue uma cultura jurídica da outra, mas seus possíveis elementos comuns, ou melhor, busca-se a aproximação intercultural, sem ter de renunciar às próprias raízes e identificações.

## 5.1 A cultura na Constituição e o direito constitucional da cultura

É necessário ter em mente que a história é formada por movimentos contínuos e descontínuos a serem feitos e refeitos com o passar do tempo. Logo, pode-se vislumbrar

---

<sup>567</sup> AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a hermenêutica constitucional. Alcance doutrinário.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 152-3.

<sup>568</sup> *Ibid.*, p. 160.

não uma história, mas novas possibilidades a serem testadas e reconfiguradas cotidianamente. Nessa linha de orientação, Häberle apresenta o programa de um direito constitucional cultural e uma teoria da Constituição como cultura.

Geralmente, a ciência juspublicista parte de um sentido restrito de cultura. Isso significa que se relacionam o Estado e a cultura em três níveis: educação ou formação, ciência e criação artística. Porém, não se pode inferir um conceito central de cultura, jurídico ou estatal, mas, ao contrário, a ideia de cultura deve ser adequada a partir de dados e definições sociológicas e antropológicas<sup>569</sup>.

Dentre as definições apontadas pelo autor, cita-se a cultura como um conjunto complexo de conhecimentos, crenças, artes, moral, leis, costumes e usos sociais que o ser humano adquire como membro de uma sociedade. Ou, ainda, a cultura é entendida como legado social, um conjunto de tradições<sup>570</sup>. A ampla gama conceitual deixa a certeza da subdivisão interna de definições em muitos níveis e em muitos sentidos, como, por exemplo, cultura popular, cultura de castas, culturas parasitárias, etc.

Assim, para Häberle, o conceito central de cultura gira em torno de valores selecionados e transmitidos historicamente. Por um lado, é compreendida como o produto de certas ações, com elementos condicionantes às posteriores atitudes. Junto com as definições meramente descritivas dos respectivos âmbitos de estudo das culturas, citando Kroeber e Kluckhohn, o doutrinador alemão expõe alguns elementos essenciais<sup>571</sup>.

(...) Primero, a nivel histórico, en cuanto a su tradición y legados sociales; segundo, a nivel normativo, como reglas y usos sociales, incluyendo cada uno de los respectivos valores e ideales de conducta; tercero, a nivel psicológico, como adaptación superadora de problemas, como procesos de aprendizaje o como conjunto de costumbres seculares; cuarto, a nivel estructural, entendido éste como conjunto de modelos de organización de la propia cultura, o bien a nivel genético, entendido éste en el sentido de cultura como producto, como ideas o como símbolos (...) <sup>572</sup>.

Além desses elementos, apresentam-se outros três aspectos concretos para definir “Estado Cultural”: 1) cultura é a mediação de um aspecto tradicional; 2) cultura é o posterior desenvolvimento de um aspecto social, como inovação; 3) cultura não deve significar apenas o sinônimo de cultura em sentido restrito, mas também alcançar a aceitação de diferentes grupos em um pluralismo. Então, os três aspectos podem ser

<sup>569</sup> HÄBERLE, 2000. p. 24.

<sup>570</sup> Ibid.

<sup>571</sup> Ibid., p. 25.

<sup>572</sup> Ibid.

resumidos em “tradicción, innovación y pluralismo – léa-se aperturismo”<sup>573</sup>. Em síntese, no processo de abertura baseado no modelo de sociedade aberta de Popper é onde se deve encontrar todo horizonte da dogmática em torno do direito constitucional cultural ou de toda a teoria da Constituição como ciência da cultura.

### 5.1.1 O conceito aberto da Constituição cultural e Constituição como cultura

O horizonte aberto é uma possível alternativa ao pensamento constitucional clássico desenvolvido no século XIX - preferencialmente rígido e inflexível -, pois inverte a concepção de direito e cultura, passando a considerar o próprio termo direito como fruto da cultura e não vice-versa, como a ficção moderna obstinadamente defendeu<sup>574</sup>.

A teoria da Constituição como cultura deve ser compreendida em nível mais amplo, distinguindo-se várias formas e múltiplas orientações jurídicas para seu desenvolvimento. Pode-se dizer que essa teoria se compõe do contexto de todo texto legal e de toda ação relevante juridicamente significativa do Estado Constitucional.

O ideal de uma sociedade pluralista é intrínseco ao conceito de cultura, porque ela não é produzida apenas por um grupo, mas por todos. “A cultura é de todos e para todos, ou seja, abarca tanto a cultura tradicional como a popular, as culturas alternativas, as subculturas”. Essa multiplicidade existe nos textos constitucionais como princípios<sup>575</sup>.

Häberle alerta para o perigo de que uma simples definição de cultura pode se tornar vazia ou, mesmo, formar “um conceito em branco”. Daí a necessidade de comprovação ou refundação substancial que o autor apresenta, como a manifestação da proteção à cultura no interior das Constituições estatais. Isso seria o direito constitucional cultural: as formas técnico-jurídicas de sua manifestação, como as cláusulas gerais e específicas de direito público tratando sobre cultura, os objetivos educacionais e de formação, as disposições sobre competências da Federação, as regras relativas a direitos fundamentais ou mesmo os preâmbulos, como documentos de intenções dos Estados, dentre outros<sup>576</sup>.

No Brasil, a Constituição atual, de 1988, expõe o direito constitucional cultural como uma espécie do gênero direito social, já que no Título VIII (arts. 193 a 232) consta a ordem social subdividida em: Disposições gerais; Da Seguridade Social; Da Educação, Da

---

<sup>573</sup> HÄBERLE, 2000, p. 26.

<sup>574</sup> Id., **Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 44.

<sup>575</sup> AMARAL, 2004, p. 143-4.

<sup>576</sup> HÄBERLE, op. cit., p. 27-9.

Cultura e Do Desporto; Da Ciência e Tecnologia; Da Comunicação Social; Do Meio Ambiente; Da Família, Da Criança, Do Adolescente e Idoso, Dos Índios. Como a presente Carta caracteriza-se por ser analítica, além destes dispositivos, verificam-se outros ao longo do texto, possuindo ainda elementos implícitos.

Destacando-se a importância e defesa da valorização dos Estados, em seu âmbito interno, para realização de uma cultura constitucional, vale mencionar a posição de Pablo Lucas Verdú, que costuma afirmar que, para além de se ter direito, é necessário estar em um Estado de Direito. Na verdade, não basta a existência de Constituições dirigentes e democráticas, é preciso que seus pressupostos e valores se realizem e se justifiquem na prática<sup>577</sup>.

Verdú comenta a necessidade do desenvolvimento do sentimento constitucional como modo de integração política. Este sentir constitucional não se coaduna com o constitucionalismo moderno e racional das primeiras revoluções. Antes, o fato de estar vigente um ordenamento constitucional explicitado e aplicado mediante categorias lógicas parecia bastar: “o ordenamento constitucional pensa, logo existe” (o pensado era refletido por seus intérpretes lógicos e isso bastava). Atualmente, para quem pretende desenvolver a efetividade constitucional e, sobretudo, a adesão da sociedade civil, a questão deveria apresentar-se assim: “A Constituição é sentida, logo existe”.<sup>578</sup>

Vale observar algumas ressalvas apontadas pelo autor espanhol:

Está claro que é inaceitável um reducionismo sentimental da Constituição. Isso significaria retornar ao pensamento contra-revolucionário e à tese de uma Constituição natural não escrita, não articulada, nem codificada, que se identifica com o avanço da história nacional e com algumas das instituições que nela considera-se veneráveis. As condições ideológicas e socioeconômicas atuais o dificultam. E, não obstante a *Constituição inglesa* perdura, de forma ainda mais admirável, entre razão e *pathos*, entre racionalidade e sentir constitucionais. Aqui, faz tempo que o sentimento constitucional se racionalizou. E as normações preexistentes, incorporadas no decorrer de um processo histórico que chega até nossos dias, são profundamente sentidas<sup>579</sup>.

De fato, a conceitualização, a racionalização e a sistematização do direito são indispensáveis e supõem um inegável progresso jurídico, caso contrário o direito não existiria. Mas ele não se esgota na razão humana. Assim, Verdú diz que o direito e o

<sup>577</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. **Teoría de la Constitución como ciencia cultural**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998, p. 142-3.

<sup>578</sup> Id., **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 4.

<sup>579</sup> Ibid.



constitucionalismo devem ser sentidos para serem compreendidos. O sentimento jurídico brota da convicção de que determinadas normas são convenientes e justas para a convivência. “Graças ao sentimento jurídico, a normatividade jurídica penetra profundamente na sociedade e sua efetividade é alcançada mais adequadamente”<sup>580</sup>.

Em certa medida, Verdú explica o sentimento constitucional em níveis:

(...) no suposto ideal, identificar a vigência das prescrições constitucionais e seu contato com a realidade jurídico-constitucional, reduzindo a distância entre elas, de modo que o ordenamento jurídico vigente, em nível ordinário e fundamental, esteja em harmonia com as realidades que lhe são subjacentes. Isso não significa que a efetividade de um ordenamento vigente dependa exclusivamente de uma compreensão e intenção emotivas<sup>581</sup>.

O sentimento constitucional não seria apenas a causa da efetividade da Constituição, seria a demonstração da consonância entre realidade e norma, teoria já desenvolvida por Hesse e implícita na necessidade de “vontade de Constituição”<sup>582</sup>. A adesão da sociedade faz a Constituição passar da perspectiva formal para um ordenamento com sentido material.

Toda política constitucional repousa não somente em “ter e estar em Constituição, senão também senti-la como algo próprio, estimado por sua forma originária e em seus desenvolvimentos expressos e tácitos”<sup>583</sup>. Com efeito, para uma Constituição ser efetivada, deve ser respeitada e aceita pelos cidadãos. Esta aceitação deve fazer parte da cultura, uma cultura constitucional.

Ademais, ainda, sobre o conceito de direito constitucional cultural, Häberle refere que este poderia ser estruturado pelas diferenças dos aspectos jurídico-individual, como proteção individual à liberdade artística e científica; aspectos jurídico-institucionais, no sentido da proteção às instituições e dias festivos; os direitos de participação cultural, em eventos e práticas desportivas<sup>584</sup>.

Com isso, deduz-se que o conceito básico de direito constitucional cultural é um conceito aberto. Esta abertura, de forma alguma, pode ser confundida como algo exclusivo

---

<sup>580</sup> VERDÚ, 1998, p. 5.

<sup>581</sup> Ibid., p. 6.

<sup>582</sup> Hesse usa a terminologia “Constituição real e Constituição jurídica” (já utilizada por Lassalle) para registrar que as duas devem estar em uma relação de coordenação, condicionando-se mutuamente, mas não dependendo pura e simplesmente uma da outra. Mesmo que não de forma absoluta, a Constituição jurídica possuiria um significado próprio, adquirindo força normativa na medida em que consegue realizar a pretensão de eficácia. HESSE, 1991, p. 15-6.

<sup>583</sup> VERDÚ, op.cit., p. 139.

<sup>584</sup> HÄBERLE, 2000, p. 30.

dos cidadãos mais instruídos, pois abrange a generalidade de grupos, sendo a cultura de todos.

Em outras palavras: “Este amplio, múltiple y abierto concepto de cultura abarca tanto la cultura educacional tradicional ciudadana como la popular, incluyendo aquí otras, como las llamadas cultura alternativa y anticultura o subcultura”<sup>585</sup>.

Vale observar que, mesmo considerando o conceito de direito constitucional cultural como um conceito amplo, por outro lado, ele pode ser entendido em um sentido mais restrito, reduzindo-se a normas de proteção e conservação de culturas múltiplas internalizadas. Diferente é a percepção da teoria da Constituição como cultura, que é formada de elementos reais e ideais, estatais e sociais, localizados no seio do Estado Constitucional de forma simultânea, com o objetivo de atingir o nível de desenvolvimento mais adequado possível e com vistas a um ótimo dever-ser<sup>586</sup>.

Os elementos dessa teoria são: a dignidade humana, que deriva da cultura de todo um povo e dos direitos humanos universais; o princípio da soberania popular, entendida como fórmula identificadora da colaboração que se renova de forma aberta e responsável; a Constituição como pacto de valores necessários; o princípio da divisão de poderes; o Estado de Direito; o Estado Social de Direito e as demais garantias fundamentais. Todos esses elementos se encaixam na democracia constitucional baseando-se no pluralismo como princípio<sup>587</sup>.

É importante destacar que a mera transcrição de textos ou normas jurídicas é irrelevante para se compreender a Constituição como cultura que apresenta a realidade jurídica de todo um Estado Constitucional. Por isso a Constituição escrita é apenas uma parte da Constituição como cultura.

(...) Dicho con otras palabras: la realidad jurídica de todo Estado constitucional es tan sólo un fragmento de la realidad de toda Constitución viva, que a lo largo y ancho de su texto y contexto no es sino una de sus formas culturales. De ahí que los propios textos de la Constitucional deban ser literalmente cultivados (la voz cultura como sustantivo procede del verbo latino cultivare) para que devengan auténtica Constitución<sup>588</sup>.

Desse modo, uma cultura constitucional manifesta-se através da soma de atitudes e de ideias, de experiências subjetivas, escala de valores e expectativas subjetivas, e das

---

<sup>585</sup> HÄBERLE, 2000, p. 31.

<sup>586</sup> Ibid., p. 32-3.

<sup>587</sup> Ibid., p. 33-4.

<sup>588</sup> Ibid., p. 35.

correspondentes ações objetivas tanto em nível pessoal, como de associações e organismos estatais e não estatais.<sup>589</sup> Por isso, afirma-se que os textos constitucionais devem ser continuamente cultivados. É claro que isso requer tempo, devendo ser iniciado esse difícil caminho por uma Constituição positivada.

Ao mesmo tempo em que, atualmente, é perceptível no Brasil o direito constitucional cultural (diferente de cultura constitucional), pois existem dispositivos relacionados à cultura, é importante destacar a crítica de Paulo Bonavides ao método “contretista da Constituição aberta” ou “Constituição como cultura” atribuído a Häberle.

Ocorre que, quando se trata de Constituição aberta, surge a ideia de um sólido consenso democrático, com bases sociais estáveis, pressupostos institucionais firmes e de culturas políticas consolidadas, fatores difíceis de se encontrar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, como é o caso brasileiro. O doutrinador chega a afirmar que a metodologia de Häberle apresenta uma flexibilidade que pode enganar à primeira vista<sup>590</sup>.

Mesmo em países desenvolvidos, a Constituição aberta possuiria um potencial de risco manifesto. Isso aconteceria porque ocorre o enfraquecimento de fundamentos jurídicos específicos, com preponderância de elementos fáticos e ideológicos em proporções imprevisíveis, que podem levar à competição de interesses e repressão de ideias<sup>591</sup>.

Apesar da crítica apresentada, Bonavides destaca a contribuição de Häberle, referindo que, sem a teoria material da Constituição, o constitucionalismo não teria realizado os avanços e progressos apresentados na contemporaneidade<sup>592</sup>. De fato, a teoria häberliana ainda está em processo de construção e depende do não-afrouxamento da normatividade pelas autoridades públicas, principalmente dos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

### 5.1.2 Objetivações culturais como meio de desenvolvimento constitucional

O desenvolvimento de cultura constitucional produz-se de forma permanente e contínua no seio do que Häberle denomina “cristalizações culturais poliédricas”, ou seja,

---

<sup>589</sup> HÄBERLE, 2000, p. 36-7.

<sup>590</sup> BONAVIDES, 2003, p. 516.

<sup>591</sup> Ibid.

<sup>592</sup> Ibid.

objetivações que determinam o processo de exegese constitucional. Essa interpretação é realizada pelos agentes que compõem as funções do Estado, quais sejam, o Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como pelas decisões vinculantes dos Tribunais Constitucionais<sup>593</sup>.

Vale observar que, em entrevista concedida a um jornal brasileiro, Häberle afirma que a questão referente à “judicialização da política”<sup>594</sup> e da “politização do direito” é bem antiga, não sendo matéria apenas da justiça brasileira. Termina por defender a atuação da jurisdição constitucional, sublinhando que, hoje, esta se tornou universal e tão bem sucedida como o Estado Constitucional<sup>595</sup>.

Quando se menciona a expressão jurisdição constitucional não há como deixar de referir sobre a importância da questão hermenêutica. Nesse sentido, deve-se cuidar para não se cair em simplificações pela busca de um consenso. O doutrinador alemão é claro ao dizer que o “consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Assim, direito constitucional é direito de conflito e compromisso”<sup>596</sup>.

O direito constitucional materialmente vivo é exercido pelas diversas funções estatais. Dessa maneira, Häberle enfatiza a importância de uma interpretação “procedimental” da Constituição, referindo-se a cada órgão individualmente e a seus procedimentos adotados<sup>597</sup>. Esclareça-se que a mencionada teoria procedimental de forma alguma se afasta das necessárias materialidade e efetividade dos direitos fundamentais.

Nessa linha de orientação, a teoria häberliana apresenta o direito comparado como quinto método de interpretação, depois dos quatro desenvolvidos por Savigny, quais sejam:

---

<sup>593</sup> HÄBERLE, 2000, p. 39.

<sup>594</sup> Em recente reportagem da revista “Consulex”, Streck responde a pergunta sobre a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial. Transcreve-se a resposta do constitucionalista brasileiro: “Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia!!). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso – constituição analítica, falta de políticas públicas e de amplo acesso à justiça – com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por juízos próprios, subjetivos ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas!!). No Brasil, esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de princípios, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos.” Ver: STRECK, Lenio Luiz. O direito sob o olhar de um jusfilósofo. In: **Revista Consulex**. Ano XIII. N. 299, 30 de junho de 2009. p. 7.

<sup>595</sup> HÄBERLE, Peter. Entrevista disponibilizada em 16 de julho de 2009. Direito Administrativo em debate. Disponível em: <<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com/2008/11/21/entrevista-peter-haberle/>> . Acesso em: 16 jul. 2009.

<sup>596</sup> Id., **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: construção para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 51.

<sup>597</sup> HÄBERLE, 2000, p. 52.

métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico<sup>598</sup>. Isso ocorre devido à necessidade de se levar em consideração toda regulação do direito positivo de outros Estados Constitucionais, já que, implicitamente, existe uma convergência prática nos julgamentos em matéria constitucional.

Zagrebelsky afirma que, nos últimos tempos, o intercâmbio de experiências tem sido focado como um problema geral de direito constitucional, baseando-se na controvérsia da utilização de citações de Cortes constitucionais externas. Apresenta dois extremos desta situação. O primeiro exemplo é da Constituição da República da África do Sul, de 1996, que estabelece a possibilidade do Tribunal Constitucional levar em consideração, no momento da interpretação, o direito internacional e o direito estrangeiro. E, em total oposição, existe outra baliza que defende a necessidade de manutenção das características originais da Constituição, caso contrário poderia surgir um constitucionalismo genérico sem fronteiras. Esta última crítica parte de uma reação contra o “nascente cosmopolitismo judicial” bem representado por um projeto de lei proposto nos Estados Unidos, em 2004, intitulado “Constitution Restoration Act”<sup>599</sup>.

O projeto visa inibir os juízes de interpretarem a Constituição levando em consideração documentos distintos dos nacionais, incluindo logicamente a proibição de decisões de Cortes Constitucionais de outros Estados ou de Tribunais Internacionais de direitos humanos<sup>600</sup>. Tal medida é defendida, supostamente, para manter a identidade da Constituição nacional. Isso não acontece, geralmente, nos Tribunais Europeus, que costumam utilizar o método comparativo como forma de interpretação.

Com efeito, o que de fato está em jogo refere-se, diretamente, à legitimidade da participação das jurisdições constitucionais nacionais na construção de perspectivas jurídicas e tendencialmente universais, com bases cosmopolitas. Novamente, está em discussão o neoconstitucionalismo e o papel da jurisprudência.

Outra forma de objetivação ou cristalização cultural como meio de eficácia constitucional é a real participação dos cidadãos na busca pelo acesso à justiça. Ademais, como manifestações pluralistas de direito público, citam-se: posturas políticas, por exemplo, de partidos políticos, associações ou federações, Igrejas e ações de iniciativa

---

<sup>598</sup> LANDA, César. Entrevista. O papel dos Tribunais constitucionais diante dos desafios contemporâneos. In: VALADEZ, Diego. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Tradução de Carlos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9-11.

<sup>599</sup> ZAGREBELSKY, 2007, p. 92-3.

<sup>600</sup> Ibid., p. 93.

popular; posturas culturais, que podem incluir toda obra ou colaboração resultante de diferentes identidades locais, vinculadas à arte, ciência ou religião<sup>601</sup>.

A importância de todos esses elementos que correspondem à sociedade aberta de intérpretes da Constituição demonstra a sua difícil aplicabilidade prática. Por isso, dever-se-ia obter uma forma de ordenação do múltiplo, abarcando a ideia de “recensiones críticas”, quer dizer, comentários ou resenhas críticas sobre a atuação dos poderes na efetivação da Constituição. Em outras palavras:

(...) El atento reconocimiento de la relevancia que adquieren la (sic) manifestaciones críticas por parte de las iglesias, asociaciones y grupos sociales, así como de cualesquiera otros colectivos de ciudadanos para la defensa de sus derechos fundamentales, es que pertenece a un marco pluralista de carácter general, tanto como el rol vanguardista del legislador, ya que dicho reconocimiento prejuzga de múltiples modos la propia interpretación de la Constitución al preparar todo un material prejuzgable en forma de ley que a la larga no sólo irradiará al vértice más elevado de la propia Constitución, sino que podrá incluso a convertirse en impulso inicial de cualquier modificación constitucional ulterior<sup>602</sup>.

O que Häberle quer transmitir é a importância das diversas formas de participação do processo de efetivação da Constituição, não apenas pelos órgãos legitimados, mas por toda a coletividade. Daí, surge a ideia de elementos funcionais de desenvolvimento constitucional.

### 5.1.3 Elementos funcionais da teoria constitucional como cultura

Dentre esses níveis estão: a interpretação constitucional; as modificações constitucionais e o entorno constitucional. A primeira referência significa que a tarefa de exegese constitucional pode se realizar através de simples textos normativos, mas não somente com eles. Na verdade, para ocorrer a aplicabilidade constitucional, é necessário vincular a interpretação à cultura local. O autor alemão traz um exemplo:

El aseto de R. Smend, de 1951, de que *cuando dos leyes fundamentales dicen lo mismo, ello no significa que sea lo mismo* nos lleva a cuestionar cómo es posible justificar al hecho de que los mismos textos jurídicos que aparecen tanto en los llamados *pactos sobre derechos humanos* entre el Este y el Oeste, como

---

<sup>601</sup> HÄBERLE, 2000, p. 40-2.

<sup>602</sup> Ibid., p. 43.

en las respectivas Constituciones occidentales, pueden y de hecho deban ser interpretados en el tiempo y en el espacio de formas diferentes<sup>603</sup>.

O pano de fundo é que o mesmo texto constitucional pode abarcar culturas diferenciadas, além de tempo e espaços distintos. Assim, quando se trata da relatividade de conteúdos constitucionais, deve-se considerá-la como um fator de condicionamento da própria matéria. “Este tipo de exégesis constitucional en función de su propia especificidad cultural suele seguir con preferencia las huellas de su propia época.”<sup>604</sup>

Também não se deve pensar que essa “flexibilização” apontada por Häberle constituiria uma “varita mágica que resuelva en un abrir y cerrar de ojos cualesquiera problemas hermenéuticos”<sup>605</sup>. De forma alguma, ocorre qualquer relativização da força do direito e da Constituição simplesmente porque o próprio direito é um fator de expressão cultural e deve ser disciplinado e regado como tal.

Além da interpretação como fator de desenvolvimento constitucional, a segunda referência é relativa às modificações constitucionais. Dentre elas, estão tanto as reformas totais como as parciais, ocasionadas por elementos anexos, como são a política constitucional, os programas de partidos políticos, as propostas científicas e, até mesmo, as sugestões e exemplos individuais de grandes personalidades dos Estados<sup>606</sup>.

Häberle traz como exemplo de modificação da Constituição alemã, de 1949, a substituição da educação escolar confessional pela laica no final dos anos sessenta, depois de notáveis transformações da opinião pública cultural do país. Cita o exemplo da Federação, precisamente, como a que produz o maior desenvolvimento alternativo, refletindo as alterações para a adaptação dos diversos Estados-membros, o que demonstra, mais uma vez, o cunho pluralista desenvolvido na Alemanha atual<sup>607</sup>. Pelo que foi exposto, a teoria da Constituição como cultura não somente interfere nos processos culturais básicos em termos de conteúdo, mas igualmente abrange diversas formas de influência mútua nos distintos aspectos da Federação.

Finalmente, existe o entorno constitucional que, para além do texto, forma a cultura jurídica constitucional. Do ponto de vista material, encontram-se textos clássicos, programas de partidos políticos ou de instituições, federações, confederações em nível

---

<sup>603</sup> HÄBERLE, 2000, p. 45.

<sup>604</sup> Ibid., p. 46.

<sup>605</sup> Ibid., p. 47.

<sup>606</sup> Ibid., p. 47.

<sup>607</sup> Ibid., p. 48.

nacional e internacional, além de propostas científicas, projetos de lei e, inclusive, fragmentos anteriores às Constituições contemporâneas internas ou alienígenas<sup>608</sup>.

Dessa forma, é possível se observar um condicionamento mútuo, ou seja, um complexo plural de influências procedimentais e materiais, proposto pelos diversos atores constitucionais, baseando-se principalmente nos textos desenhados pela própria ciência juspublicista, mas não apenas nela, já que a cultura está dentro, fora e no próprio entorno da Constituição.

## 5.2 O pluralismo constitucional e o cooperativismo cosmopolita

O pluralismo pode ter mais de uma dimensão. No entanto, na obra de Häberle, o conceito aparece como pressuposto filosófico jurídico básico da democracia constitucional ou como axiologia de toda Constituição democrática, estando estreitamente relacionado com a ideia de Constituição como cultura<sup>609</sup>. Também aparece como multiplicidade de ideias e interesses no seio de determinada comunidade política<sup>610</sup>.

Tanto a doutrina como qualquer ação baseada em um Estado Constitucional deve estar sempre submetida à revisão e à reflexão; por isso o constitucionalista alemão submete sua teoria à tríade: possibilidade, necessidade e realidade. De fato, ele afirma que o pensamento possibilista, entendido como problema de teoria constitucional, costuma ser desconhecido; enquanto o pensamento realista, ao contrário, é quase popular. Portanto, urge assumir uma posição intermediária, ou melhor, um pensamento necessário<sup>611</sup>. Consequentemente, todas essas teorias apresentam-se como importantes ao debate sobre o Estado Constitucional.

Segundo Häberle:

(...) el primero de ellos, o posibilista, se muestra como *normativo*, ya incluso desde el ámbito constitucional pero siempre en la medida y en cuanto se mantenga abierto (de espíritu) en el sentido filosófico popperiano del término *apertura de espíritu*, de modo que este tipo de filosofía, junto con los otros dos restantes (necesarista y realista), sirva como mediador entre la teoría y la praxis de la siguiente forma, a saber: entre la teoría, de modo específico, y entre la praxis ante todo, de manera un tanto difusa de entrada - como así se demuestra

<sup>608</sup> HÄBERLE, 2000, p. 50-1.

<sup>609</sup> Id., 2002, p. 13.

<sup>610</sup> Ibid., p. 103.

<sup>611</sup> Ibid., p. 60.



en toda una multitud de ejemplos tomados de la legislación y de la realidad administrativa y jurisprudencial cotidiana<sup>612</sup>.

Pode-se deprender dessa citação que a tríade cognitiva permanece sempre aberta ao tempo e à constante exegese constitucional, realizada tanto pelos políticos quanto pelos juristas, que, algumas vezes, podem se enfrentar e, outras, colaborar mutuamente. Destaca-se que jamais se defende o automatismo ou qualquer tipo de formalismo na busca pela efetividade das normas constitucionais.

Diante disso, percebe-se que às três categorias desenvolvidas por Häberle – a realidade, a possibilidade, a necessidade –, indispensáveis ao Estado Constitucional, poderia ser acrescentada outra, a viabilidade, já que possibilidade não necessariamente é sinônimo de viabilidade<sup>613</sup>, que pressupõe a exequibilidade, através do cumprimento das condições legais para a realização de determinado ato.

### 5.2.1 Fundamentos da Constituição à luz do pensamento possibilista

A teoria de Häberle traz o pensamento possibilista como uma forma de pensar “em” e “desde” outras alternativas. Porém, não adota a denominação de pensamento alternativo para tentar evitar o perigo da associação com conceitos antitéticos “ou-ou”, ou seja, “ou um ou outro”, que são mutuamente excludentes. Essa reflexão possibilista parte de uma potencialidade intrínseca que existe em qualquer tipo de questionamento, ou melhor, busca a luz que permita o desenvolvimento das próprias possibilidades. Resumidamente: “¿Qué otra cosa podría también ser en lugar de lo que es lo que parece ser?”<sup>614</sup>

Na verdade, “el pensamiento posibilista – léase, si se quiere pluralista alternativo amplia el horizonte visual para dar cabida en su seno a otras nuevas realidades”.<sup>615</sup> Adverte-se que esse modo de reflexão não é melhor que o anterior simplesmente por ser inovador, mas pretende aprimorar com mais nitidez determinadas categorias constitucionais, como tolerância, direito das minorias, pluralismo, dentre outros.

---

<sup>612</sup> HÄBERLE, 2002, p. 61.

<sup>613</sup> Distinções terminológicas entre possível e viável. Esta última palavra significa exequível e realizável, enquanto aquela simplesmente, um caminho que pode acontecer. **DICCIONÁRIO CONTEMPORÂNEO DA LINGUAGEM PORTUGUESA**. 4. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1958, consideravelmente aumentado e adaptado ao uso no Brasil. Vol. 4., p. 4022. Vol 5., p. 5.028.

<sup>614</sup> HÄBERLE, op. cit., p. 63.

<sup>615</sup> Ibid.

Há que se concordar com Häberle, quando cita Ernest Bloch e seu famoso princípio esperança: “somente ao se abandonar o conceito fechado e imóvel do ser surge a real dimensão da esperança”<sup>616</sup>. Assim, o pensamento possibilista vincula-se à esperança de um futuro Estado de respeito aos direitos fundamentais.

Entretanto, essa esperança é de cunho realista, apontando para possibilidades. “El proyecto posibilista no se produce ni importándolo desde fuera, ni elevándolo a la cúspide más alta de la Constitución”. O amplo e múltiplo elenco de possíveis Constituições é precisamente o fator que permite relacionar o constitucionalismo com disciplinas como direito constitucional comparado, comparativismo, etc. Tudo isso preconiza pensamentos alternativos, projeções até o futuro, sem olvidar do passado e do presente<sup>617</sup>.

Considerando a perspectiva histórica, os textos constitucionais mantêm o direito constitucional vivo. Dessa forma, a teoria da Constituição e a ciência do direito “devienen por vía de los textos ciencia de la realidad. Los textos forman en ese sentido materiales fiables con potencialidad testimonial de la evolución cultural”.<sup>618</sup>

A manutenção de possibilidades como fator sempre aberto nos ordenamentos constitucionais atuais está em estreita relação com a democracia, o que Hesse definiu como pluralismo de iniciativas e de alternativas. Inclusive, o sistema representativo de eleições políticas pressupõe a existência de opções<sup>619</sup>.

Da mesma forma que a questão política, os direitos fundamentais apresentam-se como veículos de alternativas e inovações para o pluralismo democrático. Nas palavras do autor:

De este modo, los derechos fundamentales típicos que nos indican las alternativas a que nos referimos aparecen como garantes del sistema de elecciones democráticas, la libertad de sufragio, la de elección de oficio, carrera o profesión, la de libertad de elegir lugar de trabajo y de formación profesional, la de igualdad de oportunidades en acceso a la formación e incluso el de libertad de elección del lugar de residencia<sup>620</sup>.

Liberdade significa, sobretudo, possibilidade ou alternativa para realização de escolhas. Nesse sentido, quando se pensa em Estado Social ou Estado de Bem-Estar Social, fala-se de criação de possibilidades em matéria de direitos fundamentais, não na criação

---

<sup>616</sup> BLOCH, Ernest. **O princípio esperança**. Tradução de Nélio Schneider. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005. p. 28.

<sup>617</sup> HÄBERLE, 2002, p. 65-6.

<sup>618</sup> Id., 1998, p. 22.

<sup>619</sup> Id. Op. cit., p. 67.

<sup>620</sup> Ibid., p. 69.

imediate dessas realidades, algo que, na verdade, somente existe de forma limitada<sup>621</sup>. Com efeito, a liberdade a que Häberle se refere pressupõe a imprescindibilidade democrática e o reconhecimento de liberdade como um projeto constitucional de tolerância.

Esses espaços de busca por alternativas constitucionais são facilmente perceptíveis no âmbito legislativo, já que os parlamentares, juntamente com seus assessores políticos, têm ampla gama de opções, tanto para elaboração de leis infraconstitucionais, como para realização de reformas na própria Carta Fundamental. A mesma constatação ocorre no âmbito administrativo, no momento em que são definidas as tarefas da administração pública. E, quanto ao Poder Judiciário, de igual maneira, o processo hermenêutico leva à produção de interpretações e, muitas vezes, à alteração de sentido dos textos legais<sup>622</sup>. Pontua-se, aqui, que esta última análise é uma das marcas do neoconstitucionalismo.

Antes de tratar de algumas críticas e limitações do pensamento do autor, insta trazer suas palavras sobre a ideia de Constituição aberta:

(...) el pensamiento posibilista y la alternativa plural (o pluralista, si se quiere) que en el presente ensayo preconizamos en modo alguno representa fines en sí mismos, sino tan sólo medios para conservar y recrear continuamente condiciones de libertad para todos los ciudadanos en vistas a la consecución de un justo y razonable equilibrio de intereses, así como para la salvaguarda de la Constitución a través de los tiempos y para poder desarrollar los bienes públicos de todo ser humano en su propio bien y en beneficio de la comunidad<sup>623</sup>.

Com efeito, Häberle pretende afastar sua teoria de uma postura simplesmente utópica. Afirma que é uma ideia baseada na evolução, em um racionalismo crítico expressado linguisticamente pelos termos “ou isto, ou aquilo”, jamais em termos de exclusão.

Vale observar que o mencionado constitucionalista também pensa em termos supranacionais e afirma que o pensamento posibilista vale para qualquer tipo de “Santa Aliança” que no futuro seja adotada. Uma sociedade aberta estaria necessariamente vinculada à filosofia da existência de alternativas<sup>624</sup>. Justamente, nesta contínua margem de possibilidades, é que se encontra uma das principais críticas à sua teoria.

---

<sup>621</sup> HÄBERLE, 2002, p. 69.

<sup>622</sup> Ibid., p. 71-4.

<sup>623</sup> Ibid., p. 74.

<sup>624</sup> Ibid., p. 76.

Assim, surge a pergunta: a grande margem de atores, intérpretes e agentes imbuídos em tornar a Constituição viva não levaria à perda da própria força normativa do direito e, principalmente, da Constituição?

Para responder a essas críticas, Häberle refere-se ao famoso lema de Pascal: “quien quiere parecerse a un ángel suele parecerse a un diablo”. Para que isso não aconteça, é necessário que todas as questões envolvendo alternatividade sempre permaneçam sob o sistema que as criou, ou seja, deve-se obedecer aos requisitos necessários, tanto formais como materiais<sup>625</sup>. A realidade substancial permanece sendo a observância ao direito e ao sentido do direito em determinada cultura. Por tudo que foi exposto, infere-se que, junto à tríade häberliana - necessidade, possibilidade, realidade - deve-se anexar viabilidade, já que o respeito ao direito e à Constituição positivada não devem ser esquecidos.

### 5.2.2 A Constituição pluralista e o pluralismo positivado cosmopolita

Com o passar do tempo, cada geração observa-se a partir de outra, ou seja, a partir do passado. Isso leva Häberle a dizer que, em certa medida, o constitucionalismo é percebido como uma espécie de “câmara do tesouro”, buscando o apoio em algo já dado e consolidado. No entanto, a teoria que pressupõe abertura leva à necessária projeção ao futuro - sem esquecer o passado e o presente – para a construção do amanhã<sup>626</sup>.

De modo algum essa recuperação do passado com vistas ao futuro possibilista é contraditória, não devendo ser considerada uma espécie de “Ícaro Jurídico”<sup>627</sup>. Não se pode admitir que a ideia de pluralismo acarrete o enfraquecimento do constitucionalismo, já que a Constituição pluralista, como pluralismo constitucional, deve ser observada sob quatro âmbitos específicos:

1. El que sería el ámbito político de lo público, tomado en sentido amplio.

<sup>625</sup> HÄBERLE, 2002, p. 77.

<sup>626</sup> Ibid., p. 104-5.

<sup>627</sup> Na mitologia grega, Ícaro era filho de Dédalo – artífice habilidosíssimo -, sendo que este foi o responsável pela construção de um famoso labirinto, que possuía inúmeros corredores tortuosos que davam uns para os outros e que pareciam não ter começo nem fim. Dédalo construiu o labirinto para Minos, porém, mais tarde se torna inimigo do mencionado rei que termina por aprisioná-lo em sua própria invenção. Para fugir do labirinto e da ilha que era rodeada pelo mar por todos os lados, pôs-se a fabricar asas com o auxílio de cera, para si mesmo e para seu filho Ícaro. Com isso, poderiam voar para longe, vencendo a terra e o mar. Entretanto, antes de iniciar a viagem, Dédalo disse a seu filho para não se aproximar muito do sol durante a trajetória. Sem escutar o conselho do pai, o menino, encantado com o voo, abandona a direção correta e eleva-se para alcançar o céu. A proximidade com o sol derreteu a cera que prendia as penas e o jovem acabou por morrer nas águas do mar. Para aprofundar a história de Ícaro, ver: BULFINCH, 2003, p. 191-4.

2. El ámbito cultural en las vertientes científicas y artística.
3. El ámbito económico.
4. El estrictamente estatal<sup>628</sup>.

Esses parâmetros estruturados de maneiras diferenciadas, mas relacionadas, juntamente com a esfera privada, evidenciam o pluralismo em liberdade, através do qual a Constituição aparece como uma “superley” de cunho pluralista. Entretanto, existem algumas zonas que podem oferecer perigo ou riscos, como, por exemplo, a proteção à arte e à liberdade de expressão. Algumas pessoas podem utilizar esses princípios como um modelo de pluralismo antes de estarem incorporados na cultura local<sup>629</sup>.

Na verdade, Häberle defende o pluralismo positivado, ou seja, um tipo de pluralismo que aparece no seio do ordenamento jurídico – interior à Constituição positivada -, mas também abrange mais do que isso, surgindo na doutrina constitucional pluralista, sobretudo em sua projeção sobre a norma constitucional<sup>630</sup>. Em outras palavras, o pluralismo normativo seria toda interpretação e política constitucional feita dia a dia, de forma dinâmica e plural.

É de se destacar que, para o constitucionalista, é importante que se respeitem as normas do jogo, ou melhor, o normativismo ostenta um mínimo de conteúdo da matéria e dos procedimentos que devem ser adotados por todos os participantes. Isso é que mantém o povo unido dentro dos parâmetros do pluralismo.

Para o jurista alemão:

(...) El pluralismo consiste y se nutre de contenidos y procedimientos irrenunciables que son a su vez condiciones y requisitos previamente consensuados, como los de libertad humana, información y opinión, libertad de investigación científica, de creación de partidos políticos y de oposición, de democracia, de poderes públicos, de opinión pública, de Estado social y cultural, de división de poderes en todos sus sentidos, y también de independencia de la judicatura. Dichos requisitos marco posibilitan que la sociedad pueda disponer de una integración social y estatal autónoma y una representación igualmente similar, al tiempo que de una proyección como grupo o de los grupos internos que la componen, en asociaciones (en Alemania) la inserción y estructuración de los propios *Länder* federados junto con los respectivos municipios y las restantes corporaciones estatalmente organizadas – incluso en régimen de administración autónoma (...) <sup>631</sup>.

---

<sup>628</sup> HÄBERLE, 2002, p. 106.

<sup>629</sup> Ibid.

<sup>630</sup> Ibid., p. 107.

<sup>631</sup> Ibid., p. 107-8.

Esses requisitos possibilitam que a sociedade disponha de meios de integração social e estatal autônomos, bem como de formas de representação e projeção de grupos populares<sup>632</sup>, como partidos, sindicatos, Igrejas, comunidades, organizações, etc. A Constituição da liberdade é sempre a Constituição do pluralismo.

Para Häberle, resumidamente e de forma panorâmica, toda democracia deveria pressupor uma teoria social realista, assim como toda a teoria que se repute científica “(científica en cuanto a su proyección más realista en materia de derechos fundamentales)” deveria se encontrar dentro do âmbito do pluralismo<sup>633</sup>. Para finalizar, com relação aos passos sobre o pluralismo häberliano, é imprescindível mencionar os elementos que esse autor define como mais imediatos para esse possibilismo constitucional, que é o traço marcante do cosmopolitismo em seu raciocínio.

Em suas linhas, está posto que certos elementos se configuram como mais urgentes para que se identifique uma doutrina constitucional de cunho pluralista positivado em nível jurídico-político:

- a) El posibilismo filosófico próprio del pensamiento alternativo pluralista (...);
- b) La estrutura pluralista del próprio entorno constitucional, incluido el del ámbito cultural.
- c) La faceta netamente plural, que sirve para fundamentar libertad y soberania;
- d) Los componentes plurales de la libertad de conciencia, la comprensión plural como proyección de las normas jurídicas de los medios de comunicación radio-televisión.
- e) La idea de una división de poderes de base pluralista como garante de la libertad de todas las fuerzas sociales en sí plurales, exigiendo al mismo tiempo disciplina de autolimitación de las mismas<sup>634</sup>.

Consequentemente, o possibilismo filosófico, aliado à questão da viabilidade e do entorno constitucional, incluindo o âmbito cultural, tendo como paradigma o fundamento

---

<sup>632</sup> Em torno do povo é que se constitui o poder político moderno sob a fórmula da democracia representativa, e através desta é que se busca legitimar o poder estatal, pois o povo é constantemente evocado nos documentos constitucionais. Para Friedrich Müller, o conceito de democracia estaria relacionando, de forma aparente, dois componentes: povo e dominação. Na introdução da obra desse autor, Ralph Christensen refere que existe uma diferença entre povo enquanto fonte de legitimação e povo como objeto de dominação. O povo “enquanto totalidade não possui nenhum corpo unitário e não constitui nenhuma vontade unitária. Assim, a vontade que lhe é imposta (...) pelas estruturas de dominação necessariamente só pode ser uma vontade particular.” Isso leva à conclusão de que o ponto de partida para derivações legitimadoras, identificando a vontade do povo com a da nação, evidencia uma ficção. Não é mais possível imaginar transformações estatais que não discutam a questão de uma real participação popular e se desvencilhem da falsa ideia da “democracia feita pela regra da maioria ou da democracia feita pelo voto nas urnas”. MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000. p. 37.

<sup>633</sup> HÄBERLE, 2002, p. 110.

<sup>634</sup> Ibid., p. 114.

da liberdade e da soberania, pode contribuir com uma maior observância do princípio da divisão de poderes, também de base pluralista. Essas características, juntamente com a ideia de tolerância cosmopolita, são visualizadas no Estado Constitucional Cooperativo.

### 5.2.3 A Constituição como cooperação

Atualmente, segundo Häberle, as Constituições carecem de efetivação de seus dons proféticos, mas o constitucionalismo do século XXI continua buscando, cada vez mais, a paz e a tutela dos direitos humanos e fundamentais. Registra-se que, também, em certo sentido, as Constituições europeias consideradas individualmente estão perdendo força ante o processo de europeização<sup>635</sup>. Essa perda de força não significa a fragilização do constitucionalismo, mas a exigência de uma nova forma de percepção. Ele traz um exemplo:

(...) Na Alemanha, a Constituição foi tradicionalmente desenhada para o Estado, só concerne ao Estado. Por isso, alguns de meus colegas falam, inclusive hoje em dia, do estatismo pré-constitucional. Estes estão para restos monárquicos na teoria alemã sobre o Estado que não deveriam ocorrer quando desejamos construir o cidadão a partir do Estado Constitucional<sup>636</sup>.

O que Häberle quer enfatizar é sobre a necessidade de se libertar o conceito da Constituição de seus referenciais unicamente estatais. A Europa não seria um Estado, mas, segundo ele, já possuiria uma Constituição. Por isso, propõe que se diga que a Europa é uma comunidade constitucional, uma articulação de distintas partes de diferentes Constituições<sup>637</sup>.

Ocorre que os elementos que norteiam o Estado Constitucional encontram-se em constante interação com fatores externos, principalmente, devido à globalização, fenômeno esse que, mesmo sendo criticado, é claramente constatado em todas as partes do mundo. Levando em consideração esse fato, Häberle indica que o Estado-Nação ou Estado

<sup>635</sup> KURIKI, H. Entrevista. In: VALADEZ, Diego. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Tradução, do espanhol, por Carlos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 117.

<sup>636</sup> POSAVEC, Zvonko. Entrevista. In: VALADEZ, Diego. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Tradução, do espanhol, por Carlos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 138.

<sup>637</sup> Ibid.

Constitucional, individualmente considerado, depende do direito internacional ou, se assim se preferir, o direito internacional está implicado com ele<sup>638</sup>.

A proposta häberliana de Estado Constitucional Cooperativo direciona-se ao que o autor já desenvolve quando trata de pluralismo ou de estrutura aberta, tanto indo do interior ao exterior, como vice-versa. Frente a todas estas características, está o ideal kantiano do projeto cosmopolita.

Dessa forma, em sua proposta, vê-se o constitucionalismo cooperativo desenvolvido pelos Estados possuidores de uma identidade - nacional e internacional - aberta ao complexo de relações inter e supranacionais, assim como pelos Estados que tomarem consciência da necessidade de colaboração internacional<sup>639</sup>.

O Estado Constitucional Cooperativo não se caracteriza somente por ser uma forma dentre outros modelos de Estado, mas ostenta uma tendência a configurar a realidade, “por lo que sobre todo es una forma necesaria de la estatalidad legítima del mañana<sup>640</sup>. Debido à dificuldade em se desenvolver uma doutrina constitucional, Häberle, afirma que se busca apenas esboçar, a grosso modo e em grandes traços um novo Estado Constitucional Cooperativo. Aqui, vale abrir um parêntese para registrar que inúmeras vezes ele faz a referência de que os doutrinadores atuais são “anões montados nos ombros de gigantes”<sup>641</sup>.

Como definição, pode-se inferir que:

El Estado constitucional cooperativo es aquel Estado que de forma activa se ocupa de los demás Estados, se ocupa también de las demás instituciones nacionales e supranacionales, así como igualmente de los ciudadanos de sus respectivos países, ciudadanos que ya no le son en modo alguno “extraños”, del mismo modo en que su apertura a todo lo relativo al medio ambiente se convierte en apertura al mundo<sup>642</sup>.

Nesse contexto, a cooperação possui um aspecto interno, quando relacionada ao bem-estar dos cidadãos, organizações ou instituições, e um aspecto externo, vinculado aos

---

<sup>638</sup> Destaca-se que, recentemente, foi publicada no Brasil, a tradução em português de “Rech und Gesellschaft” e, também, da coletânea “Verfassung als öffentlicher Prozess”. HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska; Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Entretanto, neste trabalho, optou-se pela utilização da tradução em espanhol. HÄBERLE, 2002, p. 256.

<sup>639</sup> Ibid., p. 257-8.

<sup>640</sup> Ibid., p. 258.

<sup>641</sup> POSAVEC, Zvonko. Entrevista. In: VALADEZ, Diego. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Tradução, do espanhol, por Carlos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136.

<sup>642</sup> HÄBERLE, op. cit., p. 259.



demais Estados ou organismos internacionais. O modelo de Estado Constitucional Cooperativo, de certa forma, equivale a um tipo de direito internacional cooperativo.

Porém, nem tudo são boas notícias. Lamentavelmente, conforme o autor, existem Estados egoístas, alheios a qualquer ideia de cooperação. São países fechados sobre si mesmos e agressivos com qualquer atitude que venha de encontro aos seus interesses<sup>643</sup>.

Häberle chega a dizer que alguns se apresentam, às vezes, apenas pró-forma como constitucionais. Cita, como exemplo do que seriam sociedades fechadas, as que existiam, anteriormente, na antiga URSS e no Chile. Igualmente, menciona Uganda como modelo de Estado selvagem<sup>644</sup>.

Há de se destacar que, em muitos aspectos, o Estado Constitucional Cooperativo, carece de procedimentos, tarefas e competências que, na prática, têm se manifestado como simples atuações fragmentárias, o que acarreta o perigo de precarização na sua efetivação. Nessa linha de orientação, deve-se concordar com Häberle quando menciona que a existência de obstáculos deve ser um estímulo para prosseguir na tarefa de consolidar o que se poderia chamar de “o futuro modelo de Estado Constitucional Cooperativo”<sup>645</sup>.

Esse modelo está sujeito a muitos perigos, tanto pela rejeição dos Estados antidemocráticos, como pelas diversas críticas recebidas à teoria ora exposta. Cita-se, principalmente, o enfraquecimento da teoria do direito e do próprio constitucionalismo, pelo processo de abertura e pela expansão de um ideal muitas vezes rechaçado por diferentes culturas, dentre elas, por exemplo, a cultura oriental.

As críticas são combatidas porque cooperação vincula-se à clareza constitucional, não somente na prática cotidiana, mas nos próprios termos positivados pela Constituição. Uma comparação dentre vários Estados constitucionais mostra que, em realidade, existe toda uma gama de diferentes níveis de cooperação entre eles. Ademais,

El susodicho tipo de Estado constitucional cooperativo es aquel Estado cuya identidad se perfila a través del Derecho internacional, de las múltiples relaciones entabladas a nivel suprarregional e internacional, en la colaboración que presta a nivel internacional, en su nivel de responsabilidad y, finalmente, en el grado de predisponibilidad con que se encuentra listo para practicar la solidaridad acudiendo cada vez que existan situaciones que hagan peligrar la paz mundial<sup>646</sup>.

---

<sup>643</sup> HÄBERLE, 2002, p. 259-260.

<sup>644</sup> Ibid., p. 260.

<sup>645</sup> Ibid.

<sup>646</sup> Ibid., p. 261.

Quando se trata de uma abertura ao internacionalismo, é possível citar o exemplo brasileiro que se caracteriza pela antiga tradição de vincular-se a tratados de direito internacional. Ainda em meados do século XIX, o país aderiu a cerca de “cinquenta tratados multilaterais relacionados à proteção de pessoas e bens durante conflito armado ou ao controle ou à proibição de armas convencionais de destruição em massa”<sup>647</sup>.

A postura do Brasil, mesmo com a incidência de alguns conflitos internos no continente americano e a participação na Segunda Guerra Mundial, é de defender a paz. Assim, sempre apoiou essa ideia nos fóruns mundiais de tratados da área, inclusive a atual Carta dispõe, em seu art. 4º, inc. VII, que a República Federativa do Brasil<sup>648</sup> busca a solução pacífica dos conflitos. A título de demonstração, evidencia-se que, até 2005, o Brasil vinculou-se, por assinatura seguida de ratificação ou adesão, a quarenta e cinco tratados de desarmamento e correlatos, em geral sem reservas<sup>649</sup>.

Percebe-se que o país possui significativa predisposição aos preceitos de direito internacional, possuindo uma cláusula de abertura no § 2º do art. 5º da atual Carta Constitucional: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”<sup>650</sup>.

Seguindo a orientação de Häberle sobre os elementos que compõem o Estado Cooperativo, é possível perceber o esboço de uma conjugação em território brasileiro, não

---

<sup>647</sup> JARDIM, Tarciso Dal Maso. **O Brasil e o direito internacional dos conflitos armados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 21.

<sup>648</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 42. Atualizada e ampliada. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2.

<sup>649</sup> Ibid., p. 23-6.

<sup>650</sup> Ibid., p. 11. O tema relacionado à incorporação de tratados pelo Estado brasileiro será desenvolvido no subcapítulo 7.2.3.

apenas através da cláusula de abertura acima referida, como também através das missões de paz enviadas ao Haiti<sup>651</sup>, recentemente, em 2008 e 2010.

A teoria häberliana mostra, ainda, a alternativa de um Estado cooperativo comum, que não teria o predomínio do direito internacional, nem do Constitucional, mas a busca por relações conjuntas do direito internacional e dos ordenamentos nacionais internos, até o extremo de que parte do direito interno e do direito internacional terminem por fundirem-se em uma unidade. “El Estado constitucional abierto o bien sólo puede ser cooperativo a largo plazo, o bien, dejará de ser constitucional”<sup>652</sup>. Ocorre que abertura ao exterior significa cooperação. Desse modo, as Constituições dos Estados estarão cada vez mais com princípios comuns a todos os países.

El Estado constitucional se transforma al igual que lo hace hoy comúnmente el Derecho internacional. El Derecho constitucional, por tanto, no empieza allí donde acaba el internacional, sino que lo que sucede es justamente lo contrario, es decir, que el Derecho internacional no termina allí donde empieza el Derecho constitucional, de modo que las mutuas limitaciones que se producen respecto de ambos tipos de Derecho son tan intensas que sólo pueden producir su complementariedad respecto del modelo de Estado cooperativo que representan: de ahí que podamos afirmar que surge una especie de *Derecho común de cooperación*<sup>653</sup>.

As formas como se manifesta a cooperação são as mais variadas, indo desde maneiras mais suaves, como relações diplomáticas de consenso, até mais complexas, como a realização e cumprimento de tarefas comunitárias comuns ou mediante a fundação de instituições supranacionais. Muitas manifestações acontecem de forma latente em torno de

---

<sup>651</sup> “Desde 2004, o país caribenho sofre intervenção das Organizações das Nações Unidas (ONU) devido ao seu instável e grave estado sociopolítico. O Haiti, segundo o documento de estratégia nacional para o crescimento e redução da pobreza (2008 a 2010), apresenta uma séria situação nutricional e sanitária, com um terço das crianças com menos de cinco anos com carência em vitamina A e uma política alimentar fragilizada, onde a produção nacional oscila nos 45% e as importações dobraram entre os anos de 2001 e 2004. Além disso, há uma acelerada deterioração do meio ambiente, que está diretamente relacionada ao crescimento da pobreza no país. Aliado a isso, o Haiti está situado em uma zona sísmica e ameaçado por ciclones tropicais. O relatório mundial sobre a redução dos riscos e desastres publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), em 2004, forneceu ao Haiti um índice de risco para catástrofes dentre os mais elevados do mundo”. Um novo olhar sobre um novo Haiti. Revista eletrônica Brasil & Haiti. Disponível em: <<http://www.brasilhaiti.com/conteudoimprensa.asp?id=21>>. Acesso em: 05 jan. 2009. Recentemente, no dia 12 de janeiro de 2010, um grande terremoto, novamente, atingiu o Haiti causando muitas mortes e ferimentos na população do local. Com isso, o ministro da Defesa brasileiro, Nelson Jobin, afirma que o Brasil estenderá a missão militar por mais cinco anos. Brasil e Haiti. Folha de São Paulo. São Paulo, 17 jan. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/>>. Acesso em: 17 jan. 2010.

<sup>652</sup> HÄBERLE, 2002, p. 263.

<sup>653</sup> Ibid.

conceitos vagos como “soft law”<sup>654</sup>, conhecido no mundo anglosaxônico. No entanto, a rica estratificação de possíveis instrumentos coloca em jogo a relação entre o direito interno e internacional, na busca por meios de cooperação<sup>655</sup>.

Ainda, sobre o Estado Constitucional Cooperativo, destacam-se seis manifestações de sua concretização: mediante o reconhecimento em favor da abertura mundial através da solidariedade, que denote um grau de corresponsabilidade; mediante formas específicas de cooperação, estabelecidas nas próprias Constituições; através da assinatura de declarações universais de direitos humanos; ou de disposições específicas em matéria de direitos fundamentais; mediante a aplicação escalonada do direito internacional e, também, globalmente, mediante a tematização de tarefas comunitárias, dentre elas “ayuda al desarrollo, al medio ambiente, aporte de materias primas, lucha antiterrorista, o adoptar medidas de seguridad de la paz mundial”<sup>656</sup>. A discussão em torno do conceito de paz mundial, novamente, aponta a base kantiana sobre o ideal cosmopolita.

Todas essas informações levam a crer que o estritamente cooperativo do Estado Constitucional não se deixa transparecer em textos exaustivos, nem surge da mesma forma em diferentes tipos de Constituições, justamente porque a abertura demonstra a modificabilidade e a sujeição ao tempo. Como um projeto, a proposta está aí para ser consolidada, sem esquecer de mencionar a necessidade de questionamento constante sobre conceitos tradicionais do direito, como soberania, interior-exterior ou o próprio conceito de fontes do direito<sup>657</sup>. Deve-se esclarecer que a mencionada teoria não nega a importância dos Estados e do constitucionalismo, sugerindo, na verdade, uma adaptação sujeita a limites e ameaças externas e internas.

Vale observar o que diz Häberle:

---

<sup>654</sup> Para Salem Hilkmatt Nasser, soft law significa, fundamentalmente, normas “soft”. O tema trata de instrumentos cujo pertencimento ao mundo do direito e ao rol de fontes é questionável, já que as normas que esses instrumentos porventura contenham possuem características de imprecisão e fraqueza. Geralmente, costumes, tratados e princípios gerais são considerados como o centro do que a tradição chama de fontes do direito internacional. Resta indagar sobre o papel de vários outros tipos de documentos que podem se aproximar suficientemente de tratados, mas que permanecem sem a certeza desta qualificação. Alguns desses documentos são os chamados instrumentos da “soft Law”. Citam-se como exemplos: “Gentlemen’s agreements”; memorandos de entendimento; declarações; atas finais; agendas e programas de ação; recomendações, etc. O autor brasileiro termina por diferenciar o direito do fenômeno “soft law”; entretanto, afirma que é necessário reconhecer em ambos os termos os objetos necessários de estudo e instrumentos úteis à organização do mundo. NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional. Um estudo sobre a soft law**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 97-161.

<sup>655</sup> HÄBERLE, 2002, p. 264.

<sup>656</sup> Ibid. 265.

<sup>657</sup> Ibid., p. 266-7.

Es evidente que las relaciones económicas mundiales *exteriores* del Estado constitucional representan tan sólo una mínima parte de sus relaciones interiores, por lo que habrá que reflexionar adecuadamente para establecer de qué manera el Estado constitucional cooperativo, más que ningún otro, podrá desarrollar posteriormente todas sus propias implicaciones incluso desde el mero análisis tipológico, algo que podría hacerse, por ejemplo, al atribuirles nuevos contenidos o procedimientos en materias propias de derecho público - así como en todo lo demás que esté relacionado directa o indirectamente con *lo público*- mediante la creación de nuevos órganos, como es el caso de los consejos asesores y consultivos en asuntos mercantiles, o bien de otros homólogos similares que eviten pérdidas de competencia parlamentaria quizás mediante el estricto cumplimiento de la actividad informativa en pro de la ciudadanía sin mediatizaciones de ningún tipo<sup>658</sup>.

Em suma, é possível verificar que o Estado Constitucional Cooperativo não é um objetivo já alcançado, ele está “a caminho”. Em sua busca, atenta-se para a realidade, a possibilidade, a necessidade e, acrescenta-se, a viabilidade. Tratar de potencial constitucional ativo significa estar o constitucionalismo voltado ao objetivo de realização das necessidades internas, mas que atente também para os dilemas relacionadas à humanidade e à solidariedade estatal de prestação, que se vinculam à disposição de assistências às pessoas carentes, proteção ao meio ambiente, combate aos terroristas, etc.

Häberle refere que o Estado Constitucional Cooperativo deve se colocar no lugar do Estado Constitucional Nacional<sup>659</sup>. Entretanto, esta posição pode ser um pouco excessiva. Talvez, não seja necessário substituir um modelo por outro, uma vez que o direito comum de cooperação pode mesclar-se ao Estado Constitucional em um processo de integração. Principalmente nos países conhecidos como “em via de desenvolvimento ou Estados do Sul”, as diferentes identidades e particularismos dificultam a substituição de um modelo por outro, o que não impede a complementação. Esta crítica, realizada à posição radical de Häberle, também pode ser direcionada ao modelo baseado no direito dúctil de Zagrebelsky ou no garantista de Ferrajoli. Em que pese a enorme contribuição destes autores para o neoconstitucionalismo, podem-se perceber alguns pontos ambíguos, como se demonstrará, a seguir.

---

<sup>658</sup> HÄBERLE, 2002, p. 267.

<sup>659</sup> Ibid., 294.

## **6 AVANÇOS E LIMITES DO NEOCONSTITUCIONALISMO COMO DUCTIBILIDADE E GARANTIA NA PERSPECTIVA COSMOPOLITA**

Dentre as teorias que formam o neoconstitucionalismo com enfoque cosmopolita, está a teoria de Gustavo Zagrebelsky, sobre o direito dúctil, e a de Luigi Ferrajoli, relativa à perspectiva garantista. Desde já, destaca-se que as duas propostas são extremamente complexas, por isso não se pretende tratá-las no conjunto da obra dos referidos doutrinadores, mas enfatizar alguns aspectos específicos passíveis de relação com o constitucionalismo contemporâneo sob o viés cosmopolita.

### **6.1 O Estado Constitucional e o direito dúctil**

Zagrebelsky sublinha que um dos elementos caracterizadores do atual Estado Constitucional é a perda da posição de algumas categorias. Por exemplo, o Estado não deve mais observar a Constituição como algo que está acima, mas como algo que deve ser projetado<sup>660</sup>. A imagem da pirâmide e da Constituição no topo deveria ser redimensionada. “No considerar la constitución como algo que está arriba sino algo que está debajo.” Tal noção pressupõe um outro tipo de desenho. Imaginá-la como “norma fundamental”, precisamente porque coloca os fundamentos garantindo os direitos que fundam o processo político democrático, a lealdade da comunicação política, etc. Em outras palavras, trata-se de localizar a Constituição abaixo, ou seja, “de concebirla no como constitución sovrana sino como constitución sottana, aunque tal vez sea inútil inventar palabras nuevas”<sup>661</sup>. Com isso, a Constituição seria a base de uma convivência pluralista.

Vale pontuar que a sociedade pluralista, na visão do referido doutrinador, quer dizer:

las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido pasado, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto determinado de vida en común, sino realizar las condiciones de posibilidad de la misma<sup>662</sup>.

---

<sup>660</sup> ZAGREBELSKY, 2007, p. 13.

<sup>661</sup> Id., 1999, p. 14.

<sup>662</sup> Id., op. cit., p. 13.

A interpretação sobre o sentido da soberania constitucional seria alterada para conceber a Constituição como plataforma de partida para a garantia da legitimidade de cada um e de todos os setores sociais. Através dessas modificações, Zagrebelsky entende que é possível superar a ideia de Constituição nacional. Segundo ele, “(..) si hay un campo del derecho donde el nacionalismo ha experimentado su máxima expansión ése ha sido el derecho constitucional”. Nesse sentido, traz alguns exemplos referindo que o direito civil sempre esteve aberto à influência da “lex mercatoria”, ao contrário do direito constitucional, vinculado ao poder político, o qual necessariamente esteve moldado ao território nacional, um direito que, ao invés de unir, dividia<sup>663</sup>.

Zagrebelsky argumenta que um dos grandes objetivos do direito constitucional atual é superar a ideia de que o poder político e sua Constituição estão vinculados ao território. Isso seria possível através de uma visão da Constituição de baixo para cima, o que provavelmente conduzirá à necessidade de revisar todas as outras convicções vinculadas à hierarquia das fontes<sup>664</sup>. É importante frisar que, talvez, não fosse preciso a superação da ideia de poder político e território, já que todos os seres humanos se sentem vinculados por laços sanguíneos, de cultura e de tradição a determinado espaço e tempo, mas sim pensar em uma harmonização entre o Estado e os ideais kantianos, presentes na ótica cosmopolita.

Igualmente, poder-se-ia entender como um retrocesso ao Estado dos séculos XVIII e XIX, a defesa da Constituição “sottana”. Não é necessário que o constitucionalismo se enfraqueça para que englobe os “novos direitos”<sup>665</sup> e as exigências da sociedade contemporânea.

Como não se objetiva destacar as proposições do autor em sua totalidade, no discurso que segue, serão tratadas três ordens: a proposta antipositivista do direito dúctil, revelando

---

<sup>663</sup> ZAGREBELSKY, 1999, p. 14.

<sup>664</sup> Ibid., p. 14-5.

<sup>665</sup> Bobbio mostra como tem se acelerado o processo de multiplicação dos direitos e o fundamenta com base em três razões principais: primeiramente, porque existe um aumento de bens a serem tutelados; em segundo lugar, porque teria aumentado o número de sujeitos de direito; e, em terceiro, porque teria havido também uma ampliação do tipo de status dos sujeitos. Para melhor se compreender a evolução histórica e sucessiva de direitos, cita-se a teoria das gerações de direito. Na 1ª Geração estão os direitos individuais, que pressupõe a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente; na 2ª Geração, os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto inserido em uma determinada sociedade, em uma perspectiva concreta, por exemplo, os direitos do trabalhador; na 3ª Geração os direitos transindividuais, também chamados de direitos coletivos e difusos, como o direito ambiental e as relações de consumo; na 4ª Geração, os direitos à manipulação genética, ligados à biotecnologia e bioengenharia e que trabalham com questões sobre a vida e a morte; na 5ª Geração, os relacionados com a chamada realidade virtual, englobando a cibernética e o conhecimento da internet. Para aprofundar o tema, ver: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992; OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, principalmente o capítulo VII, p. 83-108.

uma abertura ao pluralismo; a doutrina dos princípios relacionada ao cosmopolitismo e o papel do Poder Judiciário.

### 6.1.1 O direito dúctil e o avanço ao direito constitucional pluralista

Imagina-se que uma das primeiras dificuldades de Marina Gascón - tradutora da língua italiana para o espanhol, no livro “Il diritto mite”, de Zagrebelsky – foi com o próprio título, que em castelhano ficou “El derecho dúctil”<sup>666</sup>. O termo, na sua origem, alude a uma riqueza de significados, como mansidão, paciência, indulgência, ductibilidade, moderação de certas situações, etc. Alfonso Ruiz Miguel enfatiza que essas ambivalências valorativas dificilmente são encontradas no idioma espanhol. Por isso, o termo “dúctil”, mesmo unindo a ideia de maleabilidade e condescendência, tem uma carga mais inclinada ao polo negativo do que ao positivo da língua original<sup>667</sup>. A tradução para o português, direito dúctil, engloba o mesmo sentido semântico do idioma espanhol<sup>668</sup>.

Na verdade, menciona-se essa referência ao nome da obra justamente porque se concorda com Ruiz Miguel, quando ele acentua que o título é uma feliz condensação do seu conteúdo<sup>669</sup>. É tratado pelo próprio Zagrebelsky que: “si, mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductibilidad”<sup>670</sup>.

Segundo Zagrebelsky, não se pode mais observar o direito como um sistema absoluto. O único “metavalor” é observável no duplo imperativo do pluralismo de valores. Porém, o autor deixa claro que o direito dúctil não é uma teoria geral do direito, pois é uma reflexão de um jurista sobre o que acontece com as sociedades pluralistas, não partindo de um pensamento filosófico e teórico sobre o direito. Portanto, é uma teoria sobre o direito atual

---

<sup>666</sup> Nota 11 do primeiro capítulo da obra de Zagrebelsky: “En italiano mite se predica de aquello que es manso, tranquilo, apacible. Se ofrecen por ello varias posibilidades para su traducción, entre las que se encuentran, además de las ya citadas, las de sosegado, dulce, calmoso, comprensivo. He escogido, sin embargo, el término ductibilidad para traducir el original italiano miteza. Dúctil, en la lengua castellana, además de su significado original, se utiliza en sentido figurado para indicar que algo o alguien es acomodadizo, dócil, condescendiente, por lo que me parece que se ajusta bien al significado que el autor ha querido transmitir con el termo mite, aunque también sea consciente de lo llamativo que puede resultar. Desde luego, la elección no es incontestable, pues no deja de ser heterodoxo en el contexto jurídico llamar dúctil al derecho, pero lo mismo sucede con la utilización del término mite en la cultura jurídica italiana”. ZAGREBELSKY, 2007, p. 19.

<sup>667</sup> RUIZ MIGUEL, Alfonso de. Del dúctil derecho y la virtuosa necesidad. In: **Anuario de filosofía del derecho**. Nueva época Tomos XIII-XIV, 1996-1997. p. 159 e 160.

<sup>668</sup> Dúctil significa: que pode ser batido ou comprimido, elástico, flexível, que pode ser estirado, que se pode modelar, etc. **DICCIONÁRIO CONTEMPORÂNEO DA LINGÜA (SIC) PORTUGUESA**. 4. ed., Vol. 2. Rio de Janeiro: Delta, 1958, consideravelmente aumentado e adaptado ao uso no Brasil, p. 1580.

<sup>669</sup> RUIZ MIGUEL, op.cit., p. 160.

<sup>670</sup> ZAGREBELSKY, op. cit., p. 14.



inaplicável a outros contextos, não tendo pretensão de ser útil em qualquer tempo e lugar. “No es una teoría pura, sino, al contrario, impura”<sup>671</sup>. Está claramente exposto que o direito se relaciona com a prática que pode se desenvolver apenas em um determinado tipo de sociedade.

A ductibilidade constitucional vem associada à convivência e ao compromisso. Assim, a visão da política implicada na obra de Zagrebelsky vai de encontro a qualquer tipo de exclusão e imposição pela força, no sentido amigo-inimigo hobbesiano e schmittiano. De fato, busca a adaptação através de uma rede de valores e procedimentos. Nessa linha de orientação, ele afirma que talvez a contribuição da Europa - ao resto do mundo, depois de séculos de guerras e divisões, bem como de massacres contra povos e culturas – seja mostrar o mérito da integração<sup>672</sup>. Aqui está claramente presente o viés cosmopolita, pois já afirmava Kant, uma “constituição segundo o direito cosmopolita” considera os homens e os Estados, em uma relação externa de influência recíproca, como cidadãos de um Estado universal da humanidade, denominado de “*ius cosmopolitanum*”.

O professor de Turin é, totalmente, contrário a qualquer tipo de dominação:

La visión que muchos tienen en este período final del siglo es la de una gran desolación de ideales, ideologías y esperanzas truncadas que, en buena lógica, ya debería dar paso a un mortífero compuesto: en el plano económico, la competición ilimitada en el mercado de las cosas, de las ideas, de la política e incluso de los hombres y, en el plano cultural, la rivalidad destructora de las pequeñas identidades colectivas. Si así fuera, estaríamos dando un gran paso atrás. La historia política europea de este siglo y los frutos que hubieran podido madurar, incluidos los constitucionales, se estarían dejando de lado. En tal caso, todo cuanto está escrito en este libro no sería más que una celebración *ex post factum* de una época muerta. Y, sin embargo, quizás sean justamente los rasgos de esta época los que puedan mostrar una vía de salida adecuada al carácter político que es, y que se quiere que sea, propio de Europa: una convivencia *dúctil*, construida sobre el pluralismo y las interdependencias y enemiga de cualquier ideal de imposición por la fuerza<sup>673</sup>.

Essa convivência dúctil pode, também, ser percebida pela referência à dogmática líquida ou fluida, que contém os elementos do direito constitucional de forma heterogênea e, ao mesmo tempo, agrupa-os em uma construção não rígida, possibilitando novas combinações que derivam não propriamente do direito constitucional, mas de uma política constitucional. “La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten – los conceptos – mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos (...)”<sup>674</sup>.

<sup>671</sup> ZAGREBELSKY, 2007, p. 16.

<sup>672</sup> Ibid., p. 15.

<sup>673</sup> Ibid., p. 15.

<sup>674</sup> Ibid., p. 17.

Dessa forma, os elementos formadores do constitucionalismo convivem sem prejudicar ou eliminar qualquer um de seus componentes.

De Julios-Campuzano traz a citação de Zagrebelsky vinculada ao pluralismo social e político em nível interno e internacional, bem como a formação de espaços alternativos em âmbito supraestatal, que operem no campo econômico, político, cultural, religioso. Ademais, menciona sobre a progressiva institucionalização de contextos que integram os poderes estatais, subtraindo, muitas vezes, a participação dos Estados, isoladamente<sup>675</sup>.

O tempo atual exige que as Constituições reconheçam os direitos fundamentais aos indivíduos, mas não apenas no sentido formal, deve-se atentar para que as condições materiais se efetivem. Por isso, Zagrebelsky defende não apenas a instituição estatal, mas as demais instituições sociais como parte integrante do novo constitucionalismo.

In sintesi, possiamo dire così: nessuna società evoluta potrebbe reggersi stabilmente soltanto su regole formate dall'intreccio di spontanee azioni e reazioni interindividuali. Gli esempi di relazioni esclusivamente convenzionali riguardano sempre e solo situazioni sociali estremamente semplici, addirittura rudimentali e sempre esposte a rischio. Tra società e istituzioni c'è un rapporto di implicazione poiché solo le istituzioni possono apportare alla vita in comune quel tanto di stabilità, prevedibilità e garanzia che il gioco spontaneo delle reciproche aspettative non è in grado di assicurare<sup>676</sup>.

Pela citação, é possível acreditar que o constitucionalismo contemporâneo não deve deixar de observar o papel das demais instituições com vistas ao pluralismo. Da mesma forma, Zagrebelsky cita o modo de pensar possibilista desenvolvido por Häberle como particularmente adequado ao direito atual. “Esta actitud mental posibilista representa para el pensamiento lo que la concordancia práctica representa para la acción”<sup>677</sup>.

Com certeza, vislumbra-se a necessidade de uma linguagem que atenda aos novos interesses da atualidade, como, por exemplo, a defesa da natureza frente ao consumo incontrolado de recursos ou a tutela do valor à vida e o aperfeiçoamento das pesquisas genéticas. Tudo isso leva a certos questionamentos em torno da justiça e dos princípios que a determinam. É um tema que consiste no âmbito dos “novos direitos ou direitos de quarta geração”, incluindo, obviamente, a discussão em torno da paz e do meio ambiente<sup>678</sup>. Não existem dúvidas sobre a necessidade de proteção desses novos direitos, mas sim sobre a

<sup>675</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes; Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre, 2009, p. 92-98.

<sup>676</sup> ZAGREBELSKY, 2005, p. 15-6.

<sup>677</sup> Id., 2007, p. 17.

<sup>678</sup> Ibid., p. 88-9.

valoração de aspectos quanto ao déficit de efetividade e às dificuldades de políticas públicas em setores estratégicos para tutela dos interesses coletivos.

Em muitos aspectos da obra de Zagrebelsky, é perceptível a modificação do papel desempenhado pelas Constituições do Estado Contemporâneo:

La consecuencia es ésta: ha caído la presunción absoluta de legitimidad de la constitución. Su valor ya no es un *a priori* de la vida política y social. Se ha operado un derribo que no condena necesariamente a la constitución, pero que le impone una conversión: ya no es desde la constitución desde donde se puede mirar la realidad, sino que es desde la realidad desde donde se debe mirar la constitución (...)<sup>679</sup>.

Como afirma Guastini sobre a doutrina de Zagrebelsky, o direito dúctil está envolvido em uma atmosfera antipositivista, quando não abertamente jusnaturalista<sup>680</sup>. De fato, Zagrebelsky é claramente contrário ao positivismo como teoria do direito e insinua que as Constituições atuais são uma espécie de direito natural. Segundo as próprias palavras do autor:

En suma, para volver a nuestro tema, se podría incluso decir que las Constituciones reflejan al *orden natural* histórico-concreta de las sociedades secularizadas y pluralistas, en las que, precisamente por ello, no podría proponerse de nuevo un derecho natural con fundamento teológico ni racionalista.<sup>681</sup>

Segundo Zagrebelsky, a concepção do direito própria do Estado de Direito do século XVIII e XIX trouxe o que se denominou de positivismo jurídico, como ciência de uma legislação positiva, cujo significado supõe a redução de tudo o que pertence ao mundo do direito ao disposto na lei. Para ele, a consequência disso foi devastadora: “(...) una ciencia del derecho reducida a esto no habría podido reivindicar ningún valor autónomo”. Para concluir, assevera que o positivismo é um resíduo histórico, que deve passar por uma verdadeira transformação genética<sup>682</sup>.

Como já foi mencionado na primeira parte deste trabalho, tratar do positivismo jurídico é extremamente difícil. Dessa forma, percebe-se a complexidade em trazer definições simplistas, como a identificação do direito apenas com a lei e da justiça somente com a aplicação da lei<sup>683</sup>.

<sup>679</sup> ZAGREBELSKY, 2007, p. 87.

<sup>680</sup> GUASTINI, 1996-1997, p. 111.

<sup>681</sup> Mais adiante, na mesma obra que versa sobre ductibilidade, Zagrebelsky sublinha que os princípios expressam valores; assim, o direito acaba por funcionar como o direito natural. ZAGREBELSKY, 2007, p. 115-9.

<sup>682</sup> Ibid., p. 33.

<sup>683</sup> Ibid., p. 96.

Registra-se que, quando se trata de positivismo jurídico, podem-se acentuar algumas teses centrais que o caracterizam. Conforme Streck, destacam-se: a) as fontes sociais do direito, marcadas pela existência (vigência e validade) do direito em uma dada sociedade e a prática de seus membros; b) a separação entre direito e moral (secularização), cujo debate central reside no papel desempenhado pela razão prática no contexto da teoria do direito; c) o fato de haver “casos difíceis” não solucionáveis pelas normas existentes, daí o recurso à discricionariedade. Neste ponto, o positivismo liga-se umbilicalmente ao sujeito solipsista da modernidade. “Tais questões, de um modo ou de outro, estão presentes em Kelsen e Hart, que constituem, assim, o “ovo da serpente do positivismo contemporâneo” (...)”<sup>684</sup>.

Em tempos de pós-positivismo(s), deve-se cuidar para não cair no retorno à metafísica e em arbitrariedades, pois, ao mesmo tempo em que o constitucionalismo busca a efetivação de direitos fundamentais, ele não está à disposição do intérprete. Com Zagrebelsky e o direito dúctil, percebem-se certos avanços com relação aos princípios ligados ao cosmopolitismo, mas também se constata algumas partes ambíguas, quando o autor trata da aplicação dos princípios e do papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

### 6.1.2 Ambiguidades na aplicação dúctil dos princípios

É sabido que existem muitas divergências na conceituação da palavra “princípio”<sup>685</sup>. Dependendo da função que se coloca, o termo é invocado para se referir a âmbitos distintos de atuação. Streck argumenta que muitos autores pesquisadores da teoria do direito usam o princípio com um significado puramente epistemológico. “Este é o caso do princípio da imputação na Teoria Pura do Direito”. Igualmente, através da matriz epistemológica, constroem-se os princípios processuais, do direito administrativo, penal, etc. Porém, permanece o questionamento: “qual é o significado prático de tais princípios?”<sup>686</sup>

---

<sup>684</sup> STRECK, 2009, p. 5-6.

<sup>685</sup> Interessante observar a distinção promovida por Bonavides, no tocante às fases pelas quais passaram os princípios: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na primeira, mais antiga, os princípios possuíam basicamente uma normatividade nula, dominando a dogmática por um longo tempo, até o advento da Escola Histórica do Direito. Na segunda fase, do século XIX até a primeira metade do século XX, ocorre o ingresso dos princípios nos Códigos como fonte normativa subsidiária. E, na terceira fase, com o pós-positivismo, os princípios passam a ser tratados como direito. BONAVIDES, 2003, p. 555-295. Vale destacar o trabalho de Rafael Tomaz de Oliveira, que aborda o tema da decisão judicial e do conceito de princípio, procurando confrontar elementos teóricos e práticos que envolvem o conceito de mandado de otimização de Alexy e da (única) resposta correta de Dworkin, com a hermenêutica filosófica de base heideggeriana-gadameriana. Assim, o conceito de princípio não é colocado abstratamente, mas sim concretamente, manifestando-se no momento da decisão judicial. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

<sup>686</sup> STRECK, 2009, p. 497.

Nesse sentido, responde à pergunta dizendo que nem os chamados princípios gerais do direito, nem os princípios epistemológicos esgotam tal questionamento, porque estão impregnados por uma concepções de justiça e moral influenciadas, ainda, pela modernidade, marcadas pela filosofia da consciência<sup>687</sup>. Com o Pós-Guerra e o movimento que se denominou neoconstitucionalismo, vislumbra-se um novo horizonte para a teoria dos princípios, mas deve-se atentar para não se cair em armadilhas, na medida em que, dependendo da teoria a ser aplicada, na verdade, pode ocorrer uma ampla margem de interpretações, as quais podem levar a arbitrariedades.

Quando Guastini expõe algumas críticas à teoria sobre o direito dúctil de Zagrebelsky, chamando-a de direito incerto, justamente se refere à abertura do processo interpretativo judicial, quando este poder atua citando predominantemente princípios constitucionais. Nas palavras do doutrinador, a ductibilidade acarretaria certas dificuldades conceituais<sup>688</sup>. Tem-se que concordar com Guastini, justamente, porque as definições proferidas por Zagrebelsky, realmente, expressam algumas contradições.

Para diferenciar regras e princípios, muitos juristas partem da distinção proposta pela teoria argumentativa de Alexy, inserida na obra “Teoría de los derechos fundamentales”. Zagrebelsky, por sua vez, tem alguns pontos em comum com o doutrinador alemão, principalmente quando menciona a necessidade de ponderação e de otimização dos princípios, mesmo sublinhando a prudência na utilização da ponderação<sup>689</sup>. Dessa maneira, oferece quatro caracterizações para diferenciar princípios de regras.<sup>690</sup>

a) Inicia dizendo que, sendo o direito atual composto de princípios e regras, as normas legislativas são predominantemente compostas por regras, enquanto que as normas constitucionais sobre direito e sobre justiça são prevalentemente compostas por princípios. “Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”<sup>691</sup>.

Para exemplificar, refere:

Cuando la ley establece que los trabajadores en huelga deben garantizar en todo caso determinadas prestaciones en los servicios públicos esenciales estamos en presencia de reglas, pero cuando la Constitución dice que la huelga es un derecho estamos ante un principio. Las Constituciones, a su vez, también contienen reglas, además de principios. Cuando se afirma que la detención debe ser confirmada por el

<sup>687</sup> STRECK, 2009, p. 497.

<sup>688</sup> GUASTINI, 1996-1997, p. 117.

<sup>689</sup> ZAGREBELSKY, 2007, p. 125.

<sup>690</sup> Ibid., p. 109-127.

<sup>691</sup> Ibid., p. 109-110.

juez en el plazo de cuarenta y ocho horas estamos en presencia de una regla, pero cuando se dice que la libertad personal es inviolable, estamos ante un principio.<sup>692</sup>

Logo, os princípios orientam atitudes, não se caracterizando por serem regras de conduta:

- b) Em segundo lugar, os princípios não poderiam ser aplicados mediante um processo de subsunção ou “maquinização”, somente sendo possível fazê-los aparecer diante do caso concreto. “Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance”<sup>693</sup>;
- c) Em terceiro lugar, os princípios estão relacionados à identidade axiológica do ordenamento;
- d) Em quarto lugar, os princípios devem ser analisados no caso concreto, não se prestando a interpretações abstratas.

Pelo que foi exposto, concorda-se com Guastini quando afirma que o esforço definitório de Zagrebelsky é admirável, mas ele não atinge seu objetivo. Na continuação, afirma que essa constatação não é motivo para censurar o autor italiano, já que a dificuldade para definir princípio é um problema de grande parte da teoria do direito contemporâneo<sup>694</sup>.

Registra-se que a abordagem sobre a principiologia, ora apresentada, parte do pós-positivismo, seguindo a matriz hermenêutica heideggeriana-gadameriana, em que se baseia a Nova Crítica do Direito (NCD) ou Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Nesse sentido, vale apontar algumas questões abordadas por Streck:

Como sou pós-positivista tenho a convicção de que, primeiro, as fontes sociais são superadas pelo caráter prospectivo da Constituição; segundo, a moral agora está institucionalizada no direito (portanto, ela não corrige o direito) e, terceiro, os juízes não possuem discricionariedade. Discricionariedade e positivismo são irmãos siameses (...) <sup>695</sup>.

De fato, o Estado Contemporâneo transformou a concepção de princípios e regras. Na acepção de Bonavides, as novas Constituições do Pós-Guerra “acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”<sup>696</sup>.

Atualmente, os princípios devem ser percebidos pela perspectiva da “descontinuidade”. Eles institucionalizam o mundo prático, destroem os dualismos presentes

<sup>692</sup> ZAGREBELSKY, 2007, p. 110.

<sup>693</sup> Ibid., p. 11.

<sup>694</sup> GUASTINI, 1996-1997, p. 117.

<sup>695</sup> STRECK, 2009, p. 6-8.

<sup>696</sup> BONAVIDES, 2003, p. 264.

nas tradições anteriores e instauram um novo modo para se pensar o significado do termo princípio.” O que a NCD ou CHD pretende é comprovar a “relação entre princípio-moral-decisão. Para ser mais específico, a decisão judicial se estrutura e se legitima numa co-originária relação entre princípio e moral”<sup>697</sup>.

Nessa linha de discurso, Dworkin argumenta que o princípio tem seu significado originado da própria condição humana. Por isso, as Constituições fundem questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade da lei dependa da resposta a problemas morais complexos<sup>698</sup>. Ocorre que, para a filosofia hermenêutica, o homem e o mundo não estão separados, mas unidos pela circularidade. Essa circularidade demonstra que não há conhecimento dos entes disponíveis sem uma interpretação prévia.

Streck destaca que os princípios são indícios formais que mostram o caminho para a formação do direito. As distinções entre regra e princípio são fenômenos que povoam o ambiente jurídico por diferentes formas argumentativas. O problema surge no momento em que existe uma banalização dos princípios. Ademais, através da ponderação, deixa-se uma margem muito grande ao intérprete, o que leva a discricionariedades e arbitrariedades<sup>699</sup>.

Por isso, propõe-se a “diferença – e não distinção/cisão – entre regras e princípios”. Essa categoria é defendida com base na descoberta, que tem suas raízes na teoria integrativa dworkiana do caráter unificador dos princípios:

(...) eles são o marco da institucionalização da autonomia do direito. As regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam como determinantes para a concretização do direito e em todo o caso concreto eles devem conduzir para determinação da resposta adequada. A resposta adequada/correta está diretamente ligada aos princípios<sup>700</sup>.

Em outras palavras, a regra existe junto com o princípio. “Ela encobre o princípio pela proposição dedutiva”. Esses dois níveis de encobrimento do princípio ocorrem, por um lado, pela explicação causal e pela má compreensão do princípio, porque se acredita em uma relação explicativa, quando, na verdade, ele já aconteceu pela pré-compreensão ou processo compreensivo<sup>701</sup>. Dessa forma, o princípio somente efetiva-se a partir da regra.

Justamente por esse motivo, não se pode concordar com o enunciado de que os princípios abrem a interpretação, pois é a regra que possibilita a abertura, exatamente pelo

<sup>697</sup> STRECK, 2009, p. 498.

<sup>698</sup> DWORKIN, 2002, p. 285.

<sup>699</sup> STRECK, op. cit., p. 502.

<sup>700</sup> Ibid., p. 517.

<sup>701</sup> Ibid., p. 523.

motivo de ser panorama universalizante, que pretende abarcar todos os casos, sendo, ao final, deficitária porque, sem a cobertura densificatória dos princípios, não logra atingir o mundo prático<sup>702</sup>. E, quando se menciona sobre a necessidade de uma aplicação adequada dos princípios constitucionais, emerge a questão do próprio sentido da jurisdição constitucional.

Zagrebelsky, atualmente juiz constitucional na Itália, tem uma posição firme no tocante à defesa de um papel efetivo do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais constitucionais. Marina Gascón Abellán chega a referir que o sentido do direito dúctil é conjugar duas ideias tendencialmente contraditórias: o respeito ao legislador e a possibilidade de os juízes - ao resolverem os casos – distanciarem-se das leis. Para Abellán, esse é o problema que gera as maiores críticas contra Zagrebelsky, já que não se discute a necessidade de se colocar a Constituição em contato com a realidade e com a cultura. O que se debate é a perspectiva de retirar o legislador dessa função, atribuindo ao juiz a última palavra sobre a solução constitucional do caso concreto<sup>703</sup>.

Essa polêmica, realmente, implica o enfrentamento de um grande tema envolvendo o constitucionalismo, já que a Constituição nasce através do Poder Constituinte, representado na Assembleia Legislativa popular; mas, posteriormente, o Poder Judiciário pode controlar a constitucionalidade das leis utilizando a jurisdição constitucional.

### 6.1.3 Ambivalências sobre o papel do Poder Judiciário no constitucionalismo dúctil

Quando se trata de constitucionalismo no Estado Contemporâneo, não há como fugir da discussão em torno da atuação do Poder Judiciário, mesmo porque essa é uma das características que marca o neoconstitucionalismo. Werner Kági, em conhecida citação, refere: “Diz-me a tua opinião sobre a jurisdição constitucional e eu te direi que conceito tens da Constituição.” Em reflexão sobre essa citação, Streck sublinha que, enquanto a Constituição é o fundamento de validade do ordenamento jurídico e a base para consolidação da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito<sup>704</sup>.

Deve-se esclarecer que contrapor democracia a constitucionalismo é um perigoso reducionismo, claramente perceptível na constatação de que democracia pode significar muito mais do que prevalência da regra da maioria. Dworkin traz alguns sentidos para democracia:

<sup>702</sup> STRECK, 2009, p. 519.

<sup>703</sup> ABELLÁN, Marina Gascón. Presentación: la concepción del Derecho en “El Derecho Dúctil”. In: **Anuario de filosofía del derecho**. Nueva época Tomos XIII-XIV, 1996-1997. p. 19.

<sup>704</sup> STRECK, 2004, p. 14.



(...) A teoria da democracia celebrada nas *democracias populares*, por exemplo, supõe que nenhuma sociedade é democrática se a sua distribuição de renda é desigual. Winston Churchill, valendo-se de uma idéia muito diferente, disse certa vez que democracia significa que uma batida na porta logo cedo é do leiteiro. Outras teorias insistem em que a democracia é um processo para tomar decisões políticas, um processo que deve ser definido independentemente de qualquer descrição das decisões efetivamente tomadas. Definem a democracia como um conjunto de processos sobre votar, falar, fazer petições e exercer pressão – e esses processos não incluem nenhuma restrição quanto ao que funcionários democraticamente eleitos podem fazer ou as razões que têm para fazê-lo. Mesmo aceitando essa visão (ela só é plausível, poderia acrescentar, se tivermos uma visão muito generosa do processo), resta a questão de como decidir quais processos constituem a melhor concepção de democracia<sup>705</sup>.

Frise-se que é possível contrapor a democracia constitucional à democracia majoritária. Aquela pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham por fim apresentar freios e limites às maiorias eventuais<sup>706</sup>. Desse modo, a regra contramajoritária consolidada na jurisdição constitucional vai além dos limites formais às denominadas maiorias eventuais, representando a materialidade da Constituição, principalmente nos países “em via de desenvolvimento”, onde os fatores políticos e econômicos geralmente têm força para debilitar ainda mais os direitos fundamentais inseridos nas Cartas Constitucionais.

Entretanto, alerta-se para o que E. W. Böckendörf denomina de “gigantismo ou politização do Judiciário”, surgido no período Pós-Guerra. Essa atuação do Poder Judiciário, buscando a materialidade da Constituição, somada à difundida teoria da argumentação partidária da ponderação de princípios, pode acarretar um grande perigo ao próprio constitucionalismo, já que leva a abusos referentes ao que Streck denominou em “*terrae brasilis*<sup>707</sup> de panprincipiologismo”<sup>708</sup>. Justamente, esta é uma das ambiguidades presentes na obra de Zagrebelsky.

Guastini sintetiza em duas principais críticas a tese do doutrinador italiano quanto à interpretação pelo Poder Judiciário:

---

<sup>705</sup> DWORKIN, 2001, p. 83.

<sup>706</sup> *Ibid.*, p. 80-103.

<sup>707</sup> Destacam-se, no Brasil, importantes reflexões sobre o papel do Poder Judiciário: STRECK, 2004; *Id.* 2009, p. 502; SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; BARROSO, 2009; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2.ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2002; *Id.* **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008; AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007; TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; dentre outras.

<sup>708</sup> Consultar nova edição do livro *Verdade e Consenso*. STRECK, 2009, p. 502.

- (i) Por interpretación debe entenderse la búsqueda de la regla adecuada al caso;
- (ii) El caso determina la interpretación del derecho, o bien: el significado de los textos normativos depende de las *exigencias del caso concreto*. En otras palabras, el intérprete debe proceder del caso a la norma, y no a la inversa: primero debe dar un *sentido* o valor al caso, luego buscar la norma adecuada.<sup>709</sup>

Primeiramente, comentam-se as críticas de Guastini, para, posteriormente, retornar à Zagrebelsky. Guastini afirma que as duas teses, ora apresentadas, causam perplexidade, pois a busca pela resposta adequada constitui uma indevida redução da interpretação, em geral a interpretação especificamente judicial, e isso levaria a uma total desvalorização da interpretação em abstrato. Ademais, a adaptação dos textos ao caso concreto poderia acarretar a transformação do texto legal, levando inclusive à transformação da vontade do legislador<sup>710</sup>.

Percebe-se que Guastini é radicalmente contra a busca da norma adequada ao caso concreto. Veja-se, nesse sentido, a transcrição a seguir:

En cuanto doctrina de la interpretación, esta concepción desacredita radicalmente el valor liberal de la estabilidad de la interpretación y de la uniformidad jurisprudencial. Según esta doctrina, el significado de los textos normativos no debe ser constante, determinado de una vez para siempre por una jurisprudencia constante y uniforme, sino que, por el contrario, debe ser flexible, cambiante, en concordancia con las cambiantes exigencias de justicia: con evidente menoscabo del principio constitucional de igualdad.

En cuanto doctrina de la decisión judicial, esta concepción subordina el valor liberal de la certeza y previsibilidad de las decisiones al valor de justicia en el caso concreto<sup>711</sup>.

Pelo exposto, observa-se que Guastini é contrário a diversos princípios defendidos por autores adeptos do neoconstitucionalismo ou dos neoconstitucionalismos e, de certa forma, inverte alguns dos parâmetros trabalhados pelo próprio neoconstitucionalismo. A busca pela norma correta ao caso não é uma redução da interpretação em geral, nem muito menos uma desvalorização da interpretação em abstrato, já que ela não desconstitui a norma em abstrato que permanece em vigor, apenas conforma a mesma a realidade.

Quanto ao outro comentário sobre a necessidade da justiça substantiva do caso, independente da letra da lei, deve-se fazer a defesa de Zagrebelsky, pois o mesmo é claro ao afirmar que hoje não existem “senhores” do direito, como eram vistos os legisladores no século XIX e início do século XX. Os juízes protegem a complexidade estrutural do direito no Estado Constitucional; em outras palavras, funcionam como garantidores da necessária e

<sup>709</sup> GUASTINI, 1996-1997, p. 122.

<sup>710</sup> Ibid., p. 122-3.

<sup>711</sup> Ibid., p. 123.

dúctil coexistência entre lei, direito e justiça. Ainda refere que entre Estado Constitucional e qualquer outro “‘señor del derecho’ hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto, propiedad de un, sino que debe ser objeto del cuidado de todos”<sup>712</sup>.

Dessa forma, a doutrina de Zagrebelsky é extremamente útil nesse momento da história do constitucionalismo, justamente porque defende o posicionamento de que a legitimidade da Constituição depende da capacidade de oferecimento de respostas adequadas aos tempos atuais<sup>713</sup>. Além disso, apresenta elementos cosmopolitas que possibilitam a abertura do direito constitucional ao universalismo dos direitos humanos.

Entretanto, é necessário pontuar algumas vicissitudes em sua teoria. A primeira delas é que acaba por cair no problema anteriormente apontado, dos defensores da teoria argumentativa, ou seja, ao defender a “prudência na ponderação”<sup>714</sup> acaba por cair no procedimentalismo, na separação entre texto e norma, fundamentação e aplicação, casos fáceis e casos difíceis. A hermenêutica filosófica é contrária à distinção/cisão, simplesmente porque as regras não acontecem sem os princípios e porque a norma é produto da interpretação. Isso é explicado pelas categorias hermenêuticas como “a dobra da linguagem, diferença ontológica e a circularidade”<sup>715</sup>.

Nas palavras de Streck:

Como princípios garantidores da igualdade e da equanimidade da *applicatio*, a coerência e a integridade (que, não esqueçamos, aplicam-se também à legislação) estabelecem um padrão do que devemos entender por decisão adequada, a partir da doutrina e da jurisprudência. Caso jurídico, caso concreto, decisão, validade: tudo isso está umbilicalmente ligado e dependente da integridade e da coerência, que se constituem na condição de possibilidade do significado da jurisprudência e da doutrina em um Estado Democrático de Direito. Decidir adequadamente é tarefa da *jurisdictio*; apontar o modo adequado de decidir é tarefa da doutrina. Não há jurisprudência sem doutrina e a doutrina tem a tarefa de censura significativa das decisões<sup>716</sup>.

Os princípios sempre atuam como determinantes na interpretação do direito; assim não há como concordar com a forma de divisão entre regra e princípios propostas por Zagrebelsky, também por Alexy e outros autores procedimentalistas. Outra ambiguidade detectada na obra do doutrinador italiano é a dificuldade de constatação da dimensão do poder concedido aos juízes, como defensores dos princípios constitucionais. Em determinados momentos de sua obra, Zagrebelsky afirma que a Constituição não está disponível ao

<sup>712</sup> ZAGREBELSKY, 2007, p. 153.

<sup>713</sup> *Ib.*, 2005, p. 88.

<sup>714</sup> ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 125.

<sup>715</sup> Estes conceitos foram mencionados no subcapítulo 2.2.1.

<sup>716</sup> STRECK, 2009, p. 502.

intérprete, mas em outros explicita que “la constitución no dice, somos nosotros los que la hacemos decir”<sup>717</sup>. O pronome “nosotros” refere-se, logicamente, à jurisprudência. Ademais, afirma que:

En un momento como éste, habrá que subrayar suficientemente las responsabilidades de la ciencia constitucional – comprendida suficientemente las responsabilidades de la ciencia constitucional – comprendida en ella esa ciencia en acción que es la jurisprudencia constitucional en el mantenimiento de un mínimo de caracterización de la época presente.

Es la revolución hermenéutica aplicada a la constitución. Y es en este marco donde deben ser nuevamente propuestos todos los temas metodológicos del derecho constitucional como ciencia, incluido el objeto de este estudio: constitución e historia<sup>718</sup>.

É precisa a informação de Zagrebelsky com relação à responsabilidade da ciência constitucional com os compromissos sociais do Estado Democrático de Direito. Deve-se deixar claro que a Constituição não está disponível ao intérprete, e a hermenêutica não admite qualquer tipo de relativismo. Como Streck refere “(...) são antes os adversários da hermenêutica que conjuram o fantasma do relativismo (...)”<sup>719</sup>.

No mesmo sentido, os americanos Laurence Tribe e Michael Dorf afirmam que “há o constante perigo de os juízes lançarem mão de disfarces perigosos e desta forma possam distorcer aquilo que realmente está em questão”<sup>720</sup>. Na verdade, os referidos autores afirmam que um olhar atencioso para história protege as Constituições de serem entendidas como bolas de cristal para se visualizar qualquer coisa dentro dela<sup>721</sup>. Daí que a proposta de Streck pela resposta correta mostra-se como alternativa ao poder discricionário que está sendo atribuído aos juízes na instauração de uma “supra-hermenêutica” ou início de um “neo-absolutismo hermenêutico”<sup>722</sup>.

A resposta correta, sugerida por Streck, parte de uma simbiose entre a teoria integrativa de Dworkin e a fenomenologia (que abrange a hermenêutica filosófica), e deve ser

<sup>717</sup> ZAGREBELSKY, 2005, p. 88.

<sup>718</sup> Ibid.

<sup>719</sup> STRECK, 2009, p. 161.

<sup>720</sup> Id., Apresentação. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. Um manifesto de Laurence Tribe e Michel Dorf da proteção substantiva dos direitos fundamentais. In: **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarílis de Souza Bichal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. xv.

<sup>721</sup> TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarílis de Souza Bichal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 17.

<sup>722</sup> STRECK, op. cit., p. 341-2.

compreendida como uma metáfora<sup>723</sup>. Essa relação permite uma aproximação com um fenômeno já assimilado, ou seja, encerra um “grau de objetivação minimamente necessário” que não permite arbitrariedades no momento da aplicação de determinada legislação. “A metáfora é entendida, assim, como a possibilidade, a partir da diferença ontológica, de ‘ligar’ significantes e significados. A metáfora significa a impossibilidade de sinônimas ‘perfeitas’”<sup>724</sup>.

Pelo exposto, pode-se argumentar que a Constituição não é um sistema livre para dele ser retirado qualquer tipo de interpretação. Ela não está à disposição do intérprete para premissas arbitrárias e resultados igualmente arbitrários, que muitas vezes são proferidos através da manifestação de juízos próprios e inautênticos.

Mesmo que existam alguns pontos polêmicos na obra de Zagrebelsky, como o grande poder conferido aos juízes na utilização da prudência da ponderação, certamente existe uma contribuição profícua ao neoconstitucionalismo, na medida em que propugna pela alteração das dimensões desta ciência, que, na atualidade, deve estar aberta ao diálogo, objetivando o universalismo dos direitos humanos. Além da proposta do referido autor italiano, é importante destacar a teoria proposta por Ferrajoli, que será exposta a seguir, ressaltando-se que a exposição é limitada apenas aos aspectos referentes ao constitucionalismo cosmopolita.

## **6.2 O Estado Constitucional e o garantismo**

O Estado Democrático de Direito do século XX, chamado por Ferrajoli de Estado Constitucional, concebido como parâmetro de racionalidade, de justiça, de legitimidade em intervenções punitivas, encontra-se muitas vezes inefetivo. Isso pode ser constatado, por exemplo, quando se aplica a legislação ordinária, bem como práticas administrativas, sem o devido olhar sob a Constituição. A divergência entre a normatividade do modelo em nível constitucional e sua ausência de eficácia nos diversos níveis de poderes estatais comporta o risco de fazer das Leis Fundamentais simples fachadas, com meras funções de “mistificación

---

<sup>723</sup> Vale transcrever a nota explicativa n. 66, inserida no livro do referido autor: “Parece despidiendo referir que a resposta correta não é, jamais, uma resposta definitiva. Do mesmo modo, a pretensão de se buscar a resposta correta não possui condições de garanti-la. Corre-se o risco de se produzir uma resposta incorreta. Mas o fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequação de pré-juízos advindos da tradição, já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição (...)”. STRECK, 2009, p. 339.

<sup>724</sup> Ibid., 339-340.

ideológica del conjunto”<sup>725</sup>. Justamente com o intuito de responder a esses problemas, Ferrajoli elaborou a teoria que leva o nome de “garantismo”, nascida no direito penal como uma constatação ao já mencionado desrespeito aos direitos humanos e fundamentais<sup>726</sup>.

### 6.2.1 O garantismo e a relação com o constitucionalismo

A teoria garantista pode ser percebida através de três acepções, diversas, mas relacionadas entre si: “modelo normativo de direito; teoria do direito e crítica do direito; filosofia do direito e crítica da política”. Segundo a primeira, o garantismo designa um modelo normativo do direito, precisamente porque ligado ao direito penal, no que toca a estrita legalidade, princípio basilar do Estado de Direito que, no plano epistemológico, se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; no plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade; no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos à vontade punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. “En consecuencia, es *garantista* todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva”<sup>727</sup>.

Mas, essa acepção, apontada por Ferrajoli, deve ser observada a partir de graus, ou seja, segundo ele “al tratarse de um modelo límite, será preciso hablar, más que de sistemas de garantistas o antigarantistas tout court, de grados de garantismo (...)”. Isso quer dizer que, se os princípios constitucionais são efetivamente implementados, existe um grau alto de garantismo, enquanto que, se não são respeitados, ocorre um baixíssimo grau de garantismo. Ademais, pode-se medir a bondade de um sistema constitucional mediante os mecanismos de invalidação e reparação idôneos para assegurar a normatividade dos mencionados direitos. Daí que é mencionada uma máxima: “una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel se carece de técnicas coercitivas (...)”<sup>728</sup>. Isso significa a necessidade de garantias que permitam o controle e a neutralidade das funções estatais em busca de um direito legítimo. Em outro sentido, o grau de garantismo é medido pelo grau de efetividade das normas constitucionais.

A segunda acepção que trata da teoria e crítica do direito designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não somente entre si, mas também com relação à existência ou vigência das normas. Nessa linha de orientação, a palavra garantismo

<sup>725</sup> FERRAJOLI, 2000, p. 851.

<sup>726</sup> Ibid.

<sup>727</sup> Ibid., p. 851-2.

<sup>728</sup> Ibid., p. 852.

expressa uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito, incluindo uma questão teórica central, baseada na divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos e práticas operativas<sup>729</sup>.

Sergio Cademartori refere que, nesta segunda abordagem, “garantismo” direciona-se às teorias da validade, da efetividade e da vigência normativa, compreendidas como diferentes entre si. Isto é que permite a percepção da diferença entre “ser” e “dever-ser” no direito, verificando-se a dissonância existente entre os modelos normativos (tendencialmente garantistas) e as práticas efetivas (tendencialmente antigarantistas) como seu problema central. Quanto aos primeiros, pode-se dizer que são válidos, mas ineficazes e, quanto às práticas, são inválidas, porém eficazes. Assim, Ferrajoli apresenta redefinições dos conceitos tradicionais de vigência, validade, legitimidade e eficácia<sup>730</sup>.

É sabido que existem diferentes conceitos para vigência, validade e eficácia, mas, para muitos dos mais reputados autores, a noção de validade corresponde à noção simplista de existência jurídica, ou seja, é fruto de um procedimento previsto em norma superior<sup>731</sup>. Porém, esse critério não leva em consideração o fato de que o Estado Constitucional incorpora princípios ético-políticos que exigem uma redefinição com base em critérios de legitimidade internos. Assim, o garantismo estabelece uma importante distinção entre quatro predicados que podem se imputar às normas: justiça, vigência, validade e eficácia (efetividade):

- a) uma norma é *justa* quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo, extrajurídico);
- b) uma norma é *vigente* quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito;
- c) uma norma é *válida* quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior;
- d) uma norma é *eficaz* quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação)<sup>732</sup>.

Segundo Cademartori, a relevância dessa distinção está no fato de que as qualidades apresentadas são totalmente dissociadas entre si, sendo a finalidade da distinção justamente salientar a diferença entre vigência e validade. “Por exemplo, uma norma pode ser justa e no entanto não observada (não eficaz) e vice-versa, uma norma pode ser observada embora

<sup>729</sup> FERRAJOLI, 2000, p. 851.

<sup>730</sup> CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade – Uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006. p. 97-8.

<sup>731</sup> KELSEN, 1998; HART, 2007; BOBBIO, 1993.

<sup>732</sup> CADEMARTORI, op. cit., p. 101-2.

injusta.” Para Ferrajoli, “ainda pode acontecer que uma norma seja vigente e eficaz mesmo sendo inválida, como pode acontecer que uma norma seja válida mas nem por isso eficaz”<sup>733</sup>.

Já a terceira acepção se liga à filosofia do direito e da política. Logo, o garantismo designa uma filosofia política que desperta no direito uma carga de justificação externa conforme os bens e interesses cuja tutela e garantia constitui precisamente a finalidade de ambos. Com efeito, neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre um ponto de vista interno e outro externo, quer dizer, entre ser e dever ser<sup>734</sup>.

Pelo que foi exposto, é possível verificar que Ferrajoli não nega um certo viés positivista, denominado de positivismo crítico. Essa posição é diversa daquela concebida por Zagrebelsky, como foi apontado anteriormente, que negava a contribuição iluminista ao movimento que hoje se denomina neoconstitucionalismo.

Ao contrário, o garantismo de Ferrajoli caracteriza-se por ser uma crítica do direito positivo vigente, não meramente no panorama externo, mas também no interno, posto que ataca aspectos relacionados à efetividade e à validade. Como afirma o próprio autor:

Este planteamiento, que bien podemos llamar *positivismo crítico*, se refleja en el modo de concebir el trabajo del juez e del jurista, y pone en cuestión dos dogmas del positivismo dogmático: la fidelidad del juez a la ley y la función meramente descriptiva y avalorativa del jurista en relación con el derecho positivo vigente<sup>735</sup>.

Ainda, para deixar clara a extensão do termo garantismo, vale citar trecho da obra:

Una teoría garantista del derecho – no solamente penal – parte en cambio de la distinción de la vigencia de las normas tanto de su validez como de su efectividad. Esta distinción como se ha visto a su tiempo, es esencial para comprender la estructura normativa del estado de derecho, caracterizada: a) por la pertenencia de las normas vigentes a niveles diversos y jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior y como fáctico en relación con el superior; b) por la incorporación a las normas superiores de obligaciones y prohibiciones que disciplinan la producción de las normas inferiores y cuya observancia es condición de la efectividad de las primeras y de la validez de las segundas; c) por las antinomias producidas por las violaciones de las normas superiores por parte de las inferiores y por la simultánea vigencia de unas, aun cuando inefectivas, y de las otras, no obstante su invalidez; d) por la consiguiente ilegitimidad jurídica que en alguna medida afecta siempre a los poderes normativos, legislativos y judicial y que es tanto mayor cuanto más amplia pero inefectiva resulte la incorporación limitativa de los deberes a los niveles más altos del ordenamiento.

<sup>733</sup> CADEMARTORI, 2006, p. 102.

<sup>734</sup> FERRAJOLI, 2000, p. 853.

<sup>735</sup> Ibid., p. 872.



A partir das reflexões apontadas, a estrutura garantista consiste em incluir valores como limites ou deveres em níveis mais altos do ordenamento constitucional, com a finalidade de limitar os demais poderes do Estado. Mas, uma vez incorporados aos níveis mais altos, os valores são confiados aos órgãos judiciais para apreciação.

De fato, o poder de disposição através de valorações livres, que no Estado Absoluto era admitido desde baixo pelos fatos, no Estado de Direito encontra-se excluído desde baixo, mas deve ser admitido a partir de cima. “En todos casos, con los valores no caben exorcismos: si se expulsan por la puerta, entran de nuevo por la ventana. Y en el fondo está bien que así sea”<sup>736</sup>. Ferrajoli quer dizer que estas aporias do garantismo não têm nada de surpreendentes; apenas exigem que se criem distâncias entre as promessas normativas e as práticas efetivas do ordenamento.

Quanto à legitimidade de quem detém o poder para dizer o direito, insta observar a relação com a metáfora de Hobbes:

(...)- son palabras de Hobbes – *Como se crea ese gran Leviatán que llamamos república o estado, en latín civitas, y que no es otra cosa que un hombre artificial. Es éste de mayor estatura y fuerza que el natural, para cuya protección y defensa fue concebido; de modo que vale en tanto en cuanto sirva a los hombres naturales que con su acuerdo lo produjeron y no vale nada y deberá incluso ser transformado, remodelado y si más: aquél es de por sí un desvalor, es decir, un mal menor sometido como tal a la carga de la justificación externa y a posteriori. Lo que quiere decir que sus poderes no se conciben como justos sólo según quien los detente, sino sobre todo según el por qué, el cuándo e el cómo sean o no a su vez ejercidos. No es, en suma, la fuente o la forma de las normas, sino sus contenidos concretos los que justifican o no justifican políticamente su producción*<sup>737</sup>.

Essa reinterpretação do contratualismo clássico, funciona como um esquema de justificação do Estado, enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais. Nesse sentido, para Ferrajoli, as diversas crises pelas quais passa o Estado, como por exemplo a crise do princípio da legalidade, da própria estrutura do Estado de Bem-Estar Social e do próprio Estado Nacional, não podem dar margem a nenhum tipo de descodificação, deslegislação ou de desregulamentação, mas, ao contrário, deve ocorrer uma aproximação do direito ao concreto funcionamento das instituições jurídicas. Por isso, o direito relaciona-se com uma realidade – não natural, mas artificial - construída através dos homens, os quais têm responsabilidade com a humanidade<sup>738</sup>.

<sup>736</sup> FERRAJOLI, 2000, p. 877-8.

<sup>737</sup> Ibid., p. 883.

<sup>738</sup> Id., 2006, p. 15-20.

A alteração em diversos planos do modelo positivista clássico, proposta por Ferrajoli, além de abarcar a teoria do direito, em que propõe uma revisão aos planos da existência, validade e eficácia, como foi ora demonstrado, abarca também o plano da teoria política, em que há uma revisão da concepção puramente procedimental da democracia e o reconhecimento da dimensão substancial.

Para Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori e Sergio Cademartori quando se trata da relação entre Estado de Direito e Democracia deve-se ter sempre presente a associação realizada por Norberto Bobbio e Luigi Ferrajoli, sendo que a natureza de tal vínculo diz respeito ao alcance do conceito de democracia. Bobbio considera que é preciso não confundir Estado de Direito e democracia. Em que pese um juízo a respeito da segunda, dever sempre considerar a existência ou não da primeira. Para Ferrajoli, que trabalha a partir das noções de Bobbio, ocorre a ampliação do conceito de Estado de Direito cruzando todos os poderes à tutela substancial de direitos: “o Estado de direito não surge só historicamente antes do democrático (...), mais do que isto, este Estado é axiologicamente anterior ao Estado democrático”<sup>739</sup>. Na verdade, os juristas brasileiros estão chamando a atenção para o aspecto substancial da democracia, defendido por Ferrajoli.

Se comprende (...) que una tal dimensión substancial del Estado de derecho se traduce en dimensión sustancial de la propia democracia. En efecto, los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad *en droits*, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos, a empezar por el de propiedad: sobre todo su universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales, que son derechos *excludendi alios*, de los que un sujeto puede ser o no titular y de los que cada uno es titular con exclusión de los demás; en segundo lugar, su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto activa como pasiva, que los sustrae al mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra y vinculándola a su tutela y satisfacción<sup>740</sup>.

Dessa forma, a constitucionalização dos direitos fundamentais serve para injetar uma dimensão não apenas formal, mas substancial no próprio direito - como ciência social - e na democracia. Ferrajoli traz algumas redefinições para soberania popular: “una ridefinizione della sovranità popolare: a) come garanzia negativa; b) come somma dei diritti fondamentali”<sup>741</sup>. É patente a superação da democracia apenas em sua perspectiva

<sup>739</sup> CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio. A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli. In: **Seqüência**. N. 53 – Curso de Pós-graduação em Direito - UFSC, dez. 2006, p. 145. Cita-se, também, dos mesmos autores: O corpus iuris civilis e a mudança no fundamento de validade do direito. In: **Novos Estudos Jurídicos**. NEJ - Vol. 11 - n. 1. Jan-jun, 2006, p. 75-101.

<sup>740</sup> FERRAJOLI, 2006, p. 23.

<sup>741</sup> Id., 2007, p. 9.

representativa pelo voto nas urnas; assim, mesmo referindo o primeiro significado como representativo da democracia política, surge o segundo significado compatível com o paradigma democrático constitucional que está associado ao direitos fundamentais. Para Ferrajoli:

(...) La formula *la sovranità appartiene al popolo* vuole quindi dire, cioè di tutte le persone di cui il popolo si compone: appartiene, in brevi, a tutti e a ciascun cittadino, in quanto equivale alla somma di quei poteri e contro-poteri di tutti – i diritti politici, i diritti civili, i diritti de libertà e i diritti sociali – che sono i diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti (...)<sup>742</sup>.

Esses direitos fundamentais não estão total disposição dos cidadãos, mas justamente devem ser analisados no caso concreto. E, precisamente, porque estão previstos na Constituição, podem ser usados também pelo mercado e pela política, formando “la ‘esfera de lo indecible que’ y de lo ‘indecible que no’”; atuando como fatores não somente de legitimação, mas também e, sobretudo, como fatores de deslegitimação das decisões e das não decisões<sup>743</sup>. Aqui entra, novamente, a discussão em torno do papel dos juízes e da sua legitimação democrática.

Para Ferrajoli, atualmente, a sujeição do juiz à lei já não é como no Estado Legislativo, baseado no velho paradigma positivista. Ao contrário, a jurisdição constitucional deve ser pautada pela lei válida ou coerente com a Constituição. Ademais, esta legitimação do Poder Judiciário não tem nada a ver com a democracia política, ligada à representação. “No deriva da la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión”. O fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais<sup>744</sup>. Essa pertinente colocação quer dizer que a legitimação democrática dos juízes deriva da própria função de garantidor dos direitos fundamentais, em que se baseia a ideia de democracia substancial.

Nessa linha de orientação, os princípios da igualdade e da legalidade se unem - “como la otra faz de la misma medalla – con el segundo fundamento político de la independencia del juez: su función de averiguación de la verdad procesal, según las garantías del justo proceso”<sup>745</sup>.

Há que se concordar com o autor quando se refere ao importante papel dos juízes nas democracias constitucionais contemporâneas, principalmente nos países “em via de desenvolvimento”, em que o processo político eleitoral é muitas vezes dominado por fatores

<sup>742</sup> FERRAJOLI, 2007, p. 11.

<sup>743</sup> Id., 2006, p. 24.

<sup>744</sup> Ibid., p. 27.

<sup>745</sup> Ibid.

econômicos e pela mídia, nem sempre neutra e imparcial. Observa-se que Ferrajoli, mesmo estando inserido em um contexto cultural diferenciado, em um continente já em franco processo de integração, critica as doutrinas procedimentalistas e consensualistas. Veja-se longa transcrição da obra:

Aquí, de nuevo, no juega el principio de mayoría. Es más, no sólo resulta extraño, sino que está en contradicción con el fundamento específico de la legitimación del poder judicial. Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas. Por eso me parecen inaceptables y peligrosas para las garantías del justo proceso y, sobre todo, del proceso penal las doctrinas *consensualistas* y *discursivas* de la verdad que – nacidas en el contexto de disciplinas muy diferentes, como la filosofía de las ciencias naturales (Kuhn), o la filosofía moral o política (Habermas) – algunos penalistas y procesalistas querían importar ahora en el proceso penal, quizá para justificación de esas instituciones aberrantes que son las negociaciones sobre la pena. En efecto, ningún consenso – ni el de la mayoría, ni el del imputado – puede valer como criterio de formación de la prueba. Las garantías de los derechos no son derogables ni disponibles. Aquí, en el proceso penal, no valen otros criterios que los ofrecidos por la lógica de la inducción: la pluralidad o no de las pruebas o confirmaciones, la ausencia o presencia de contrapruebas, la refutación o no de las hipótesis a la de la acusación.<sup>746</sup>

É necessário deixar claro que as divergências entre as posturas substancialistas (que abrangem as questões de Estado voltadas aos conteúdos materiais da Constituição, atentando à mudança no “status quo” da sociedade, defendendo o papel da justiça constitucional na efetivação dos direitos fundamentais) e procedimentalistas (que acoplam a noção de democracia procedimental, baseada em Habermas e no ideal do consenso) não devem ser entendidas como oposições radicais, a ponto de se pensar que o substancialismo não é pluralista ou que o procedimentalismo é baseado em formalismos. “Também não se pode pensar que uma é democrática, e a outra não, ou que os procedimentalistas não estão preocupados com a concretização dos direitos fundamentais e com a preservação da Constituição”. Na verdade, como Streck argumenta, os caminhos é que são diferentes, porque calcados em paradigmas filosóficos distintos.<sup>747</sup>

Partindo dessa postura substancialista, Ferrajoli, igualmente, refere que o modelo garantista está sendo continuamente atacado; primeiro, pela própria incoerência e falta de plenitude gerada pelas constantes violações a direitos fundamentais; segundo porque o Estado Democrático de Direito, não consegue dar conta das demandas por direitos sociais, difusos e coletivos; e por último, pela alteração no sistema de fontes do direito, já que existe o ingresso

<sup>746</sup> FERRAJOLI, 2006, p. 27-8.

<sup>747</sup> STRECK, 2009, p. 35-6.

de legislações internacionais nos ordenamentos internos<sup>748</sup>. Pelo exposto, percebe-se que estão ocorrendo importantes alterações na estrutura do constitucionalismo que está na base da função mesma do direito, como sistema de garantias<sup>749</sup>. Por isso, é urgente que a cultura jurídica avance, para um processo de integração, mas com a devida atenção aos pilares constitucionais.

#### 6.2.2 Por um constitucionalismo de direito internacional ou por um direito internacional voltado ao constitucionalismo?

É sabido que o paradigma constitucional nasceu e permaneceu, até o momento, atrelado à forma do Estado Moderno. No entanto, segundo Ferrajoli, esta ligação entre Estados, Constituição e garantia de proteção aos direitos fundamentais é totalmente contingente e não reflete nenhuma necessidade teórica<sup>750</sup>.

Naturalmente, como já foi mencionado neste trabalho, a globalização acarretou a urgência de se pensar novos padrões para enfrentar as diferentes crises pelas quais passa o Estado e o constitucionalismo. Nessa perspectiva, Ventura expressa que, atualmente, existe uma “caixa de ressonância de eventos no plano global”. Sabe-se que os governos condicionam-se mutuamente pelas organizações internacionais e, além disso, pela atuação das corporações transnacionais. Da mesma forma, os indivíduos reagem a fatos e gestos, devido à facilitação da comunicação pelos meios tecnológicos, principalmente à internet. Os movimentos sociais participam em redes cada vez mais amplas. Assim, o papel do direito internacional atua justamente na busca por uma passagem da “opinião pública” para a “esfera pública”, ou seja, na produção de uma tecnologia jurídica capaz de dotar de maior legitimidade o processo de tomada de decisões na esfera mundial<sup>751</sup>.

Da mesma forma, Ferrajoli expõe certos motivos para se desenvolver um constitucionalismo de direito internacional, já que, para ele, as crises do Estado podem ser superadas em sentido progressivo, com uma despotencialização e deslocamento para o plano internacional das bases do constitucionalismo: “não apenas as sedes da enunciação dos

---

<sup>748</sup> FERRAJOLI, 2006, p. 30.

<sup>749</sup> Ibid.

<sup>750</sup> Id., **A soberania no mundo de hoje. Nascimento e crise do Estado Nacional**. Tradução de Carlo Coccioli; Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 53.

<sup>751</sup> VENTURA, Deisy. Uma caixa de ressonância de eventos no plano global. In: **Prisma Jur.**, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun., 2009. p. 18.

princípios, como já aconteceu com a Carta da ONU e com as Declarações e Convenções sobre direitos humanos, mas também de suas garantias concretas”<sup>752</sup>.

Para corroborar suas afirmações, Ferrajoli coloca alguns argumentos de Francisco de Vitoria, como a hipótese do “totus orbis” (mundo inteiro) – a humanidade, no lugar dos Estados, como referencial unificador do direito. Para o jusfilósofo contemporâneo esta possibilidade hoje pode ser realizada por meio da elaboração de um constitucionalismo mundial, apto a oferecer a tutela das várias Cartas de direitos fundamentais. Estes documentos devem ser levados a sério como cultura jurídica e política, cuja garantia deve ser feita pela ONU e pelos Estados que dela fazem parte<sup>753</sup>. É interessante pontuar que Ferrajoli destaca a necessidade de despotencialização dos Estados para que o direito internacional se fortifique. A questão que se apresenta é se não seria vantagem, em curto prazo, a fortificação dos Estados e o desenvolvimento do direito internacional sob o viés neoconstitucional, ou seja, atentando pela primazia dos direitos e das garantias substanciais inseridas nas próprias Constituições estatais.

Ferrajoli reitera que não se está pensando de forma alguma num improvável governo mundial. Mas, simplesmente, imagina-se a perspectiva indicada há mais de cinquenta anos por Kelsen, em seu livro “La paz por medio del derecho”, no qual se desenvolveu uma limitação efetiva da soberania dos Estados através dos instrumentos de garantias jurisdicionais contra violações à paz e aos direitos humanos ou fundamentais<sup>754</sup>.

Segundo as bases kantianas, Ferrajoli defende a antinomia entre o direito e a guerra, chegando a dizer que há uma contradição de bases terminológicas:

(...) La guerra può essere giustificata con ragioni extra-giuriche, di tipo economico, o politico o perfino morale. Ma non può mai essere qualificata *legale*, per la contraddizione che non lo consente tra diritto e guerra. Il diritto, infatti, è regolazione dell’uso della forza, laddove la guerra – al pari della criminalità omicida e di ogni altra form di violenza selaggia – è violenza sregolata. Per questo, poiché la sola foza qui potulata come permessa dal diritto è quella sottoposta a regole, la guerra, in quanto uso sregolato della forza, è, all’interno di qualsiasi ordinamento giuridico, vietata<sup>755</sup>.

Assim, o direito é um instrumento de busca pela paz, isto é, deve ser uma técnica para solução pacífica das controvérsias. Porém, obviamente que ainda existe um longo caminho pela frente para que realmente essa paz se efetive.

<sup>752</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 53.

<sup>753</sup> Ibid., p. 54.

<sup>754</sup> Ibid., p. 53.

<sup>755</sup> Id, 2007, p. 499.

Vale observar a seguinte citação de Vitoria: “sendo uma república parte do mundo inteiro..., acredito que, se a guerra for útil a uma só província ou república, mas danosa para o mundo ou para a cristandade, por isso mesmo tal guerra é injusta”<sup>756</sup>.

Ferrajoli sublinha quatro sugestões pontuais, começando por uma reforma da Corte Internacional de Justiça de Haia, atualmente, com uma atuação de pouquíssima relevância. Dentre as propostas estão: a) aumento de competência que gira apenas em torno das controvérsias entre Estados, sendo que a extensão deve abarcar também os julgamentos de responsabilidade em matéria de guerras, ameaças à paz e violações dos direitos fundamentais; b) obrigatoriedade da sua jurisdição, hoje ainda subordinada à aceitação preventiva dos Estados; c) reconhecimento, também, aos cidadãos da capacidade postulatória perante a Corte; d) introdução da possibilidade de responsabilização pessoal dos governantes por crimes de direito internacional<sup>757</sup>.

Cita, ainda, a necessidade de um paulatino desarmamento dos Estados e a proibição de armas como bens lícitos. Indica outra afirmação de Vitoria sobre os direitos dos povos, que no passado foram enunciados em benefício dos conquistadores e que deveriam hoje ser reconhecidos como forma de ressarcimento dos povoados aborígenes depredados no passado. Registra-se a citação do doutrinador italiano:

*o ius migrandi* para nossos países ricos e de neles adquirir cidadania por força do simples título, proclamado por Vitoria, de todos nós sermos homens, e *ergo videtur quod amicitia inter homines sit de iure naturali, et contra naturam est vitare consortium hominum innoxiorum* (é, portanto, evidente que a amizade dos homens faz parte do direito natural, e que é contra a natureza evitar o consórcio dos homens probos)<sup>758</sup>.

É possível verificar uma fina ironia no texto de Ferrajoli, ao relatar que os direitos naturais, em que foram baseados os direitos humanos das primeiras declarações dos Estados Modernos, eram reconhecidos a todos os seres humanos (com exceção dos direitos políticos). Naquele tempo, em que foram prometidos a todos, não se imaginava que os homens e mulheres do Terceiro Mundo pudessem chegar à Europa e pedir para serem levados a sério em nome da reciprocidade<sup>759</sup>. Hoje, depois de terem se aproveitado dos benefícios, é difícil aos Estados revisitarem seus conceitos para, a partir deles, exercer a tolerância e a aceitação do outro e do diferente, simplesmente por pertencer à espécie humana. Está completamente

---

<sup>756</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 56.

<sup>757</sup> Ibid., p. 53.

<sup>758</sup> Ibid., p. 57

<sup>759</sup> Ibid.

correto Ferrajoli quando afirma a urgência de reconhecer o caráter supra-estatal dos direitos humanos e garanti-los não apenas dentro, mas também fora e contra os Estados, mas isso não retira a importância do constitucionalismo interno desenvolvido por cada país.

Nesse sentido, merece destaque a dimensão normativa da ciência jurídica. Ferrajoli diz-se positivista crítico, porque, mesmo reprovando o racionalismo iluminista não desconsidera os benefícios da razão. Até, por esse motivo, ressalta que, graças à manutenção da racionalidade nas formas de direito internacional positivo, já se tem, em outras palavras, “uma Constituição embrionária no mundo”<sup>760</sup>. O que isso quer dizer? Significa simplesmente que os valores cosmopolitas como proibição à guerra, direitos dos homens e dos povos, que inicialmente surgiram ligados aos valores burgueses, formais, do Estado Moderno, depois da Segunda Guerra Mundial adquirem nova conotação, impondo-se como horizonte axiológico e deontológico nas Constituições contemporâneas.

É mais fácil a procura pelo relacionamento harmônico entre o direito internacional e o direito constitucional com vistas à efetividade e ao fortalecimento dos instrumentos internos de proteção aos direitos fundamentais, do que a busca por um novo Leviatã internacional.

### 6.2.3 Apontamentos sobre o constitucionalismo multinível correlato ao cosmopolitismo policêntrico

Contra a ideia de um globalismo jurídico unicêntrico, Ferrajoli propõe um cosmopolitismo jurídico policêntrico e pluralístico, baseado principalmente nas distinções entre as funções governo e a legitimidade de representação política, asseguradas sobretudo através das instituições estatais, infraestatais e supraestatais. Ele afirma que esse é um modelo bem distante da atual estrutura da ONU, que corresponde, na verdade, a um frágil modelo confederado<sup>761</sup>.

Percebe-se que a proposta apresentada não é apenas uma referência utópica, já que a correspondência com a realidade está exposta em seu texto:

(...) Oggi, di fatto, le funzioni di governo mondiale sono detenute ed esercitate soprattutto da un governo locale, quello della superpotenza statunitense; laddove le funzioni di garanzia – ove riguardino aggressioni globali a diritti e beni fondamentali come la pace, la sicurezza, la sussistenza e la salvaguardia dell’ambiente – sono di fatto impossibili a livello locale e sono d’altro canto prive, a livello internazionale, delle corrispondenti istituzioni di garanzia<sup>762</sup>.

<sup>760</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 60-61.

<sup>761</sup> Id., 2007, p. 553.

<sup>762</sup> Ibid.



Com isso, é factível a aplicação de sua teoria. Vive-se um período em que algumas superpotências, como os Estados Unidos, exercem um poder muito grande sobre o restante dos países, o que leva a agressões globais de diferentes dimensões, sem a correspondente proteção internacional. Até mesmo a ONU apresenta, em determinados momentos, posições parciais, tendo em vista os interesses, mesmo que de forma indireta, dos Estados que formam o Conselho de Segurança.

Assim, ocorre que os Estados e a própria sociedade deparam-se com um tipo de “anarquia planetária”. Mas como enfrentar o dilemas que envolvem o embate entre diferentes espécies de Leviatãs? Ferrajoli apresenta uma alternativa a essa regressão da ordem internacional à guerra global infinita, que seria a transformação gradual do modelo confederado ao modelo federado<sup>763</sup>.

Tratar-se-ia de uma necessidade jurídica de fechar as lacunas que existem quanto à proteção dos direitos e garantias fundamentais:

(...) Si tratta di un obbligo non solo universale (*omniu*) in capo a tutti gli Stati e alle Nazioni Unite, ma anche assoluto (*erga omnes*), dato che vincola gli Stati non solo nei confronti dei loro popoli e dei loro cittadini, ma di tutti popoli e di tutti gli esseri umani del mondo: di un principio, quindi, di solidarietà insieme attiva e passiva, consistente nei doveri assoluti de garanzia cui sono tenuti i primi, correlativamente ai diritti universali di cui sono titolari i secondi (...).<sup>764</sup>

Na defesa do universalismo dos direitos humanos ou fundamentais e na busca pela paz, devem atuar tanto os constitucionalistas como os internacionalistas. Por isso, a sugestão é que se reconstrua uma “esfera pública global”, onde o sentido do público seja diverso do atual, para efetivação desses direitos, já que isso dificilmente iniciará pela esfera privada, onde opera mais fortemente a economia. Para Ferrajoli: “la esfera pubblica è infatti una esfera eteronoma, e può essere prodotta solo dalla politica e dalla sua capacità di regolare e governare l’economia invertendo l’attuale suditanza della prima alla seconda”<sup>765</sup>.

Hoje, a esfera pública edificada sobre os tradicionais Estados e depois sobre as instituições internacionais e supranacionais consiste numa rede intrincada e confusa, que edifica um “labirinto” formado por sucessivas acumulações e estratificações. Essa desagregação é percebida, igualmente, na falência da estrutura hierárquica e piramidal em que se baseavam os Estados. A antiga estrutura é substituída por um desenho fragmentado, desorganizado e heterogêneo de organizações públicas e parapúblicas, supra, inter ou

<sup>763</sup> FERRAJOLI, 2007, p. 554.

<sup>764</sup> Ibid.

<sup>765</sup> Ibid., p. 555.

transnacionais, caracterizadas de forma puntiforme e reticular e, obviamente, incapazes de dar conta de um sistema econômico e social desterritorializado, composto, ainda, por muitas empresas multinacionais<sup>766</sup>.

Há que se concordar com o autor quando afirma que a atual globalização configura-se pela regressão às formas pré-modernas:

Il pluralismo degli ordinamenti, la loro concorrenza, la confusione e l'anarchia delle fonti che caratterizzano l'attuale assetto dei rapporti tra Stati, istituzioni sovranazionali e istituzioni internazionali ricordano gli analoghi fenomeni che caratterizzarono i sistemi giuridici premoderni, parimenti contrassegnati dalla convivenza in un medesimo territorio e dalla soggezione delle medesime persone a più ordinamenti: la Chiesa, l'Impero, i principati, le municipalità, le corporazioni e simili<sup>767</sup>.

Como foi possível verificar, existe um infindável número de forças concorrentes, o que leva à descentralização de poder como acontecia na Idade Média. A diferença é que, hoje, a ordem internacional dispõe do que Ferrajoli denomina de Constituições embrionárias – a Carta da ONU e as diversas Cartas de direitos –, que evidenciam normativamente o paradigma de um constitucionalismo global<sup>768</sup>.

A formação de uma nova esfera pública e de uma democracia global deve ser buscada pelo lado oposto àquele que foi seguido na construção da democracia constitucional dos ordenamentos nacionais. Não se deve observar o Estado Constitucional sob o prisma Estado Legislativo de Direito, mas sim pleitear a refundação do direito internacional através de vínculos entre legislações que estabelecem repartições em diferentes níveis – multinível – de fontes de competência. Ademais, deve-se buscar a separação entre instituições de governo e instituições de garantia; bem como a necessária reabilitação do princípio da legalidade como limite e vínculo a todos os poderes, sejam públicos ou privados<sup>769</sup>. Obviamente, que esse projeto universalístico apresenta enormes dificuldades jurídicas, políticas, sociais e culturais.

Dentre os obstáculos ao constitucionalismo multinível, Ferrajoli cita a indisponibilidade das grandes potências e dos grandes impérios multinacionais em submeterem-se a limitações de qualquer tipo. Por outro lado, sobre o plano teórico, refere que o principal problema é o da correspondência entre a natureza dos dilemas e os níveis de competência para solucioná-los em seus diversos planos de atuação. É claro que os assuntos ligados à paz, ao desarmamento e à proteção do equilíbrio ecológico do planeta, bem como à

---

<sup>766</sup> FERRAJOLI, 2007, p. 555.

<sup>767</sup> Ibid., p. 556.

<sup>768</sup> Ibid.

<sup>769</sup> Ibid.

implementação dos direitos sociais, são questões de nível global, o que leva à exigência de instrumentos de proteção globais, mas também locais<sup>770</sup>. Pelo que foi exposto até o momento, é verificável que Ferrajoli mantém as atribuições do Estado como sendo de fundamental importância para o desenvolvimento do constitucionalismo multinível.

Nesse sentido, conforme redação literal da obra do referido autor:

La costruzione di una sfera pubblica globale secondo el paradigma federale costringe perciò a ripensare sia lo Stato che l'ordine internazionale. Essa non implica affatto una riduzione del ruolo garantista degli Stati, ma al contrario la sua integrazione ai livelli sovrastatali, ove quel ruolo sia negato o violato o impedito o indebolito dagli odieni processi di globalizzazione<sup>771</sup>.

Ferrajoli não está flexibilizando a teoria garantista, já que mantém a importância dos Estados como agentes fundamentais na implementação dos direitos fundamentais, apenas refere que, se não o fizeram, poderão ocorrer intervenções supranacionais.

Em suma, o declínio da antiga soberania estatal é “un colollario di qualunque ordinamento internazionale, tanto più se modellato nelle forme garantiste della democrazia costituzionale”. Isto significa que é preciso a refundação interna das democracias ocidentais, assim como a fundação de uma democracia da ordem internacional. Aqui está a chave da ideia de Ferrajoli, ou seja, é importante uma refundação que comporte um aumento da esfera pública, através de múltiplas combinações – “di sussidiarietà, di divisione, di separazione” – e através de diversos níveis de instituições, buscando o alargamento do direito internacional ao paradigma da democracia constitucional<sup>772</sup>. Assim, conforme Ferrajoli, a necessidade de múltiplos níveis de repartição de poder não enfraquece as bases constitucionais, já que é mantida a importância da teoria garantista.

A crítica que se faz a Ferrajoli, ou melhor, a dúvida que se elabora é sobre a progressiva sugestão colocada por ele, de um “constitucionalismo multilivello senza Stato”<sup>773</sup>. Não existe dúvida sobre a correta exposição do autor de que a construção de uma esfera pública global supõe o reconhecimento do pluralismo dos ordenamentos. Por isso, é difícil concordar com a teoria de um constitucionalismo sem Estado, o papel do Estado sempre existirá no constitucionalismo, mesmo que seja em diferentes níveis, como quer Ferrajoli.

Mesmo não concordando com a terminologia “constitucionalismo sem Estado”, expõem-se os cinco elementos, apresentados pelo doutrinador italiano, para estruturação desta

<sup>770</sup> FERRAJOLI, 2007, p. 556-7.

<sup>771</sup> Ibid., p. 557.

<sup>772</sup> Ibid.

<sup>773</sup> Ibid., p. 558.

proposta: o primeiro é que deve existir um espaço autônomo, reservado à Constituição; o segundo, derivado do primeiro, se refere aos direitos fundamentais, de caráter individual ou social, bem como o princípio em defesa da paz, que deve possuir caráter universal; o terceiro é a manutenção dos princípios da legalidade e de submissão ao direito; o quarto elemento conexo com os outros três, relaciona-se ao funcionamento de governo, atentando, para importância da efetivação das garantias; já o quinto elemento liga-se ao modelo federado.

Essa articulação busca a perspectiva multinível da esfera pública e dos poderes, a qual vai acrescentar à tradicional separação horizontal entre funções de governo e funções de garantia a divisão e/ou a separação vertical entre níveis federais e estatais<sup>774</sup>. Com a multiplicação dos centros de poder, Ferrajoli pretende lançar um antídoto para a involução monocrática da democracia em nível nacional e internacional.

Ainda, vale mencionar outras duas condições inseridas na referida obra “*Principia iuris*”, que são necessárias para o desenvolvimento do paradigma federalista transferido para as relações internacionais. A primeira é que não se deve imaginar a mesma estrutura estadista própria do Estado federal, já que este é apenas uma variante do velho Estado nacional soberano. O novo modelo se caracteriza por uma rede de relações entre ordenamentos federados, o qual possui um grau de divisão e separação de poder em diferentes níveis. A segunda condição está na base social da federação<sup>775</sup>.

Pelo que foi exposto, constata-se que o complicado modelo proposto por Ferrajoli está, realmente, inserido na complexa sociedade atual, em que o tempo já não é mais o mesmo da Antiguidade, da Idade Média e da Modernidade, para usar a terminologia histórica comumente utilizada. Certamente, é uma proposta profícua e que renderá muitos desdobramentos. A crítica que se faz é sobre a posição do ente estatal neste contexto, já que Ferrajoli não quer flexibilizar o garantismo, mas, ao mesmo tempo, menciona a possibilidade de um constitucionalismo sem Estado. Particularmente, quiçá em curto prazo o mais plausível seja a recuperação do Estado como pressuposto para o próprio desenvolvimento de um constitucionalismo sob o viés cosmopolita.

---

<sup>774</sup> FERRAJOLI, 2007, p. 560

<sup>775</sup> Ibid., p. 561-2.

## **7 A RECUPERAÇÃO DO ESTADO COMO CONDIÇÃO PARA O RECONHECIMENTO DE UMA CULTURA CONSTITUCIONAL COSMOPOLITA**

O que se pretende demonstrar é que o primeiro passo para o reconhecimento de uma cultura constitucional sob o viés cosmopolita é a reabilitação do próprio Estado e o fortalecimento do direito. Nesse sentido, Gerardo Pisarello afirma que, apesar das leituras pessimistas do globalismo, o Estado segue sendo, a partir de uma leitura realista, o ator político por excelência, possuindo um espaço concreto para garantir a liberdade e a igualdade entre as pessoas<sup>776</sup>.

Ademais, sob a influência das pressões desenfreadas pela globalização, os Estados se convertem com frequência em agentes ativos encarregados de adequar as sociedades em função dos grandes poderes privados internacionais<sup>777</sup>. Por isso, é urgente a valorização do espaço público.

Vale mencionar que muitos países ainda permanecem reféns de um tipo de colonização por poderes burocráticos e mercantis, fundados em pressupostos beligerantes e na antiga soberania do Estado Moderno, que leva ao rechaço dos demais e ao imperialismo da “catalocidad”, no sentido da teologia política de Carlo Schmitt<sup>778</sup>. Daí a importância da recuperação do princípio democrático dentro das fronteiras internas de cada país.

### **7.1 O papel do Estado e o problema atual da “autonomia” do direito**

A reconstrução do papel do Estado deve ocorrer em distintas frentes: a) em e desde o Estado, na medida em que ele é o agente insubstituível para disciplinar as principais funções relacionadas aos poderes estatais nacionais e, muitas vezes, aos internacionais, bem como promovedor de âmbitos genuínos de participação institucional, colocando em marcha os direitos fundamentais; b) fora do Estado, e mesmo em alguns momentos contra ele, com o objetivo de neutralizar tendências paternalistas, repressivas e ilegitimamente

---

<sup>776</sup> PISARELLO, Gerardo. Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 168.

<sup>777</sup> Ibid.

<sup>778</sup> Ibid.

centralizadoras, também impulsionando os espaços públicos não estatais e âmbitos específicos para estimular a cidadania; c) mais além do Estado, impelindo o constitucionalismo a um viés de alargamento externo<sup>779</sup>.

Com efeito, a noção do Estado fechado em suas próprias fronteiras não atende mais às expectativas de um mundo globalizado, mas também não há como fugir da sua enorme importância no momento histórico contemporâneo. Resultaria mais razoável pensar em um processo gradual de abertura, mas sem perder de vista a necessária “autonomia” estatal e do direito em sua perspectiva interna - atentando principalmente para o papel da Constituição -, já que através dela é possível garantir de forma mais rápida e simples os meios jurídicos aptos a proteger os direitos humanos e fundamentais.

#### 7.1.1 Reanálise da “autonomia” do direito e do constitucionalismo

Com Castanheira Neves, observa-se o destaque ao problema fulcral da “autonomia” do direito. Em sua obra sobre esta temática, está disposto que o significado da “autonomia” é, no todo ou em parte, fruto da realidade histórico-cultural e humano-social dos tempos atuais. Ademais, “nesse problema convergem todos os outros decisivos – imediatamente o do sentido da normatividade jurídica, mediamente o sentido do próprio direito (...)”<sup>780</sup>. Na verdade, faz-se a correlação entre sentido e “autonomia”.

Por isso, surgem duas perspectivas: a da sociedade, sendo o direito interrogado na intencionalidade global e prévia da sociedade, e a do direito questionado na intencionalidade da prática concreta<sup>781</sup>. De modo mais explícito, parte-se de uma perspectiva macroscópica, na qual percebe-se a lei pelo aspecto funcional, com suas exigências jurídico-formais, e de uma análise microscópica, onde o homem é convocado pelo juízo prático, pela busca ou postulação de uma pretensão.

Por outro lado, Castanheira Neves, ao escrever sobre “autonomia”, trata da auto-subsistência de sentido e das especificidades de seus fundamentos, sem excluir a necessária integração no global universo prático. É colocado que “se o direito foi aí autónomo, no seu

---

<sup>779</sup> CARBONELL, 2007, p. 169.

<sup>780</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 7.

<sup>781</sup> Ibid., p. 19.

sentido e na sua manifestação, nem por isso deixará de ser obviamente elemento desse universo”<sup>782</sup>.

Como é sabido, a “autonomia” do direito surge pela primeira vez em Roma, para diferenciar-se do holismo ético-político dos gregos. Reestruturada no pensamento medieval, com a reelaboração hermenêutico-dogmática - também através do “*ius commune*” - teve seu apogeu no normativismo moderno iluminista<sup>783</sup>.

Neste último momento, com o normativismo, o direito é entendido na própria “autonomia objetiva de um sistema de normas, subsistente, numa racionalidade auto-racional normativamente, abstratamente, determinável e prévia à sua realização concreta”<sup>784</sup>. Vale destacar que o pensamento jurídico normativista, geralmente, é de fácil compreensão para os operadores do direito, porque tem sido a corrente dominante desde o início do Estado Moderno.

Nas palavras do professor coimbrano:

Trata-se de um tipo de pensamento jurídico que naturalmente se sincronizou com a dimensão predominantemente teórica e sistemático-especulativa do pensamento europeu a partir da baixa Idade Média, quando a racionalidade do prático e prudencial, que sempre tinha vivido num precário equilíbrio com a teoria especulativa desde a cultura clássica, cedeu a sua legitimidade a uma unidade de pensamento de índole já só teórico-sistemática, que o neoplatonismo e o idealismo humanistas corroboraram e o pensamento moderno definitivamente fundamentaria e consagraria - a razão moderna<sup>785</sup>.

A partir do normativismo, o pensamento jurídico passa a ser entendido como uma estrutura lógica, de coerência conceitual e sistemática, a ponto de revelar-se tão abstrato que acaba ficando alheio às exigências do mundo jurídico prático. O auge do normativismo foi, também, o da convocação do silogismo e o da subsunção enquanto esquemas de aplicação das regras desenvolvidas pelo direito.

Ocorre que esse tipo de “autonomia” baseada nas normas, resultado de um poderoso e empenhado esforço intelectual de reduzir a juridicidade à razão teórica, acabou por se revelar um erro. De fato, corretamente, Castanheira Neves argumenta que tal “autonomia” se construía sobre uma dogmática fechada sobre si própria, em um sistema formal. Por isso mesmo, tal normatividade era alienada da realidade social que evoluía e

---

<sup>782</sup> CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 21.

<sup>783</sup> Ibid., p. 23.

<sup>784</sup> Ibid., p. 23-4.

<sup>785</sup> Ibid., p. 24-5.

assim se furtava não só dos compromissos políticos, sociais, econômicos, etc., mas, sobretudo, dos problemas que a nova realidade exigia<sup>786</sup>.

Ainda, menciona que, no auge do Estado Moderno, o sistema normativo postulava direitos como a liberdade, igualdade, segurança, dentre outros, mas apenas no plano formal<sup>787</sup>. Daí a manifestação explícita da crise de sentido do direito.

O aspecto relacionado ao formalismo, igualmente, é uma manifestação do funcionalismo jurídico da contemporaneidade. Para Castanheira Neves, na linha do funcionalismo, o direito deixa de possuir autossustentação de sentido e de normatividade para passar a ser um instrumento: “um finalístico instrumento e um meio a serviço de teleologias que de fora o convocam e condicionadamente o submetem”<sup>788</sup>.

Na mesma orientação, Ovídio A. Baptista da Silva, referindo-se especificamente sobre o processo, argumenta que especialmente o direito da tradição romano-canônica, vem assumindo paulatinamente compromissos cada vez mais profundos com a política e a economia, o que evidencia a sua funcionalização<sup>789</sup>. Esta estaria relacionada propriamente a interesses alheios à justiça e estranhos à juridicidade, o que formaria uma espécie de superestrutura, a qual comandaria a direção do próprio direito. Assim, a pergunta constante é: para que serve o direito? Diminuindo-se a preocupação com o que é o direito.

Vale apontar a diferença elaborada pelo professor coimbrano entre o funcionalismo político, social e o sistêmico. O primeiro se ocuparia de uma prática humano-social exclusivamente política, baseando-se em uma sociedade apolítica. O segundo, nas duas dimensões - tecnológica estrita e econômica -, estaria relacionado ao pensamento jurídico como uma estratégia finalística, convencionalmente racional, baseando-se nos critérios-regras regulativos e de controle, transformando as decisões judiciais em estratégias táticas. Já a dimensão econômica funda-se na estrutura de mercado ou no direito submetido ao princípio da otimização global de resultados. O terceiro, por sua vez, dirige-se à estabilização de expectativas. E partindo-se da teoria luhmanniana, o funcionalismo sistêmico apresenta uma organização estruturalmente invariante e de intencionalidade

---

<sup>786</sup> CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 29.

<sup>787</sup> Ibid., p. 30.

<sup>788</sup> Ibid., p. 30-1.

<sup>789</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. VIII. Cita-se, também, do mesmo autor: **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004; **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



auto-referente, seguindo um código binário lícito/ilícito, legal/ilegal, que reduziria a complexidade<sup>790</sup>.

Nas palavras de Castanheira Neves:

Pois bem - compreendido o sentido do funcionalismo jurídico e tendo passado pelas diversas modalidades, a conclusão quanto à autonomia do direito, é avassaladora. Submetido a uma radical instrumentalidade, o que vemos é que o direito é afinal puramente política ou uma jurídico-política no funcionalismo político, simplesmente uma jurídico-tecnologia sociológica ou jurídico-administração social no funcionalismo social tecnológico, não mais do que uma jurídico-economia no funcionalismo social econômico<sup>791</sup>.

Observando todas estas formas de dominação, questiona-se: ainda é possível se pensar em uma nova “autonomia” para o direito no contexto cultural e histórico-social contemporâneo?<sup>792</sup> Igualmente, pergunta-se sobre a realização e implementação de sentido do próprio constitucionalismo, como movimento apto a defender os valores cosmopolitas.

Como resposta, está a criação de um “tertium genus” estabelecido em uma autopressuposição axiológico-normativa fundamental e regulativamente constitutiva<sup>793</sup>. De fato, Castanheira Neves refere que tanto o jusnaturalismo como o positivismo jurídico não devem ser observados como uma alternativas absolutas, já que histórico-culturalmente o jusnaturalismo foi superado pelo positivismo e, nesta última expressão, o normativismo aprisionado ao funcionalismo<sup>794</sup>. Por isso, o direito exige uma resposta culturalmente humana ao problema também humano da convivência em sociedade. Isso será possível através da busca pela historicidade e do condicionamento histórico-social de toda cultura, ou melhor:

(...) não é descoberto em termos de objetividade essencial pela *razão teórica* e no domínio da filosofia especulativa ou teórica, é constituído por exigências humano-sociais particulares explicitadas pela *razão prática* e imputado à responsabilidade poética dessa mesma razão prática. Se contra o jusnaturalismo se pode dizer isto, também contra o positivismo jurídico se terá de negar que o direito seja tão-só o resultado normativo de uma voluntas simplesmente orientada por um finalismo de oportunidade ou mera expressão da contingência política e dos compromissos estratégico-sociais<sup>795</sup>.

<sup>790</sup> CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 41-7.

<sup>791</sup> Ibid.

<sup>792</sup> Ibid., p. 53.

<sup>793</sup> Ibid., p. 56.

<sup>794</sup> Ibid., p. 53.

<sup>795</sup> Ibid., p. 54.

A prática humana histórico-cultural e de coexistência em sociedade convoca o direito a implementar valores e certos princípios normativos que pertencem ao “ethos” fundamental de determinada época. Diante disso, a base para a interrogação de um sentido autônomo para o direito é possível através da experiência microscópica – judicativo-decisória – a partir da controvérsia e verificação de “casos concretos”<sup>796</sup>. Ademais, com a recuperação da intencionalidade material específica da juridicidade, apresenta-se um novo sentido à constituição normativa do sistema jurídico<sup>797</sup>.

Deve-se substituir a unidimensionalidade por uma pluridimensionalidade de elementos normativos, pois seu caráter virtualmente fechado, postulado também pelo normativismo, opõe abertura a uma espiral regressiva reconstrutiva determinada pela sua própria e contínua realização<sup>798</sup>. Pelo que foi exposto, verifica-se que o direito na contemporaneidade tem se afirmado como disciplina autônoma na sua especificidade intencional e constitutiva, incidindo sobre a realidade prática. Registra-se que não se trataria de uma “autonomia” normativista, mas sim axiológica-normativista e deontológica-normativista que se dinamiza em um contínuo diálogo com os casos concretos e a prática decisória.

Nessa perspectiva, seria na aplicação dos princípios que se encontraria “a intenção essencial do direito”, constituindo o direito como direito<sup>799</sup>. A pergunta que fica é: que valores radicam na aplicação de princípios? Castanheira Neves apresenta como resposta a compreensão e assunção do homem-pessoa e a sua dignidade como pressuposto decisivo para a inteligibilidade da presente época. Obviamente, na dimensão de ser pessoa está simultaneamente um ser social e a inserção cosmopolita<sup>800</sup>. A humanidade vive um tempo

---

<sup>796</sup> Sobre a importância da verificação dos casos jurídicos em concreto, vale ressaltar trecho do livro *Questão-de-facto. Questão-de-direito*: “(...) E a sua decisão, não a mera soma lógica do direito mais o facto, ambos já dados puramente em si e permanecendo separados um do outro como grandezas correspectivamente abstratas, mas a constituída juridicidade de uma situação histórica concreta – juridicidade constituída por referência e em função de uma situação concreta, que é também a situação de um certo caso ou problema jurídico, e que como tal apenas se determina. Não o direito e o facto, mas, e simultâneamente, o direito do facto e o facto do direito, pois – segundo a fórmula exacta de SFORZA – o facto e o direito existem enquanto coexistem. Oferecendo-se um com o outro e um para o outro de tal modo, que assim como KIERKEGAARD pode dizer contra HEGEL que também a existência faz parte do problema do Ser, poderemos nós igualmente afirmar o facto a fazer parte do problema do direito”. CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Questão-de-facto. Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade. Ensaio de uma reposição crítica**. Almedina: Coimbra, 1967, páginas iniciais.

<sup>797</sup> Id., 2002, p. 57-60.

<sup>798</sup> Ibid., p. 60.

<sup>799</sup> Ibid., p. 64.

<sup>800</sup> Ibid., p. 68-9.

de profundas transformações e o direito, enquanto prática social, da mesma forma sofre alterações.

### 7.1.2 Do “eu pessoal” ao “eu cosmopolita”: para emergência de uma Constituição enquanto tal

Seguindo com Castanheira Neves, verifica-se que as condições mundana e antropológico-existencial não são suficientes para se indagar sobre a condição do direito enquanto direito. É preciso agregar-lhe a condição ética, uma vez que a pessoa humana somente existe no mundo como mundo de pessoa<sup>801</sup>. Dessa forma, é inimaginável pensar a condição humana sem a ideia de coexistência.

Nessa mesma perspectiva, Jânia Maria Lopes Saldanha citando o mencionado doutrinador português, recupera duas dimensões básicas que dão conformidade à condição ética em que o direito está inscrito: a primeira é a de que o homem é um sujeito ético, o que é verificável por duas notas essenciais, a liberdade e a condição de pessoa; a segunda é a de que o próprio direito está submetido ao imperativo ético. Neste último sentido, a ética deve impor-se ao direito, o que remete a Kant e à noção de pensar pondo-se no lugar de um outro, ou seja, pensar exercendo a co-responsabilidade<sup>802</sup>.

O “eu pessoal” depara-se com um horizonte dialético, com o “eu social” ou comunitário, sem que um e outro se reduzam, também à própria comunidade<sup>803</sup>. Neste sentido, percebe-se o fundamento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais de cunho individual e social.

Na reciprocidade intencional entre os interesses próprios e comuns, reconhece-se a identidade dialética, o que Max Müller relaciona com o sentido ontológico verdadeiro da paz<sup>804</sup>. Quando Castanheira Neves se refere à paz e à dimensão comunitária, é possível a identificação com o ideal cosmopolita, o que ocorre, da mesma maneira, quando ele pensa as condições constitutivas do direito enquanto tal.

---

<sup>801</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: MOURA RAMOS, Manuel (Org.). **Estudos em homenagem à professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**. Coimbra: Almedina, 2002, II. p. 837-871.

<sup>802</sup> SALDANHA, Jânia Maria. A “mentalidade alargada” da justiça (Têmis) para compreender a transnacionalização do direito (Marco Pólo), no esforço de construir o cosmopolitismo (Barão nas árvores). In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. LXXXIII, 2007. p. 354-5.

<sup>803</sup> CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 69 e 70.

<sup>804</sup> Ibid., p. 70

As condições são três: 1) uma “condição mundano-social”, ou seja, a construção do direito revelada pela pluralidade humana na unicidade do mundo que se comunica através das relações sociais; 2) uma “condição humano-existencial”, que se manifesta na constante dialética da personalidade e da comunidade; 3) uma “condição ética”, manifesta no reconhecimento do direito como direito. Este direito postula a cada homem a dignidade de sujeito ético e, assim, simultaneamente, de sujeito detentor de direito e de obrigações, gerando responsabilidade própria e, igualmente, para com a coletividade<sup>805</sup>.

Em outros termos:

(...) justamente pelo sentido desta terceira condição em que a pessoa e a sua axiologia são determinantes, de se poderem referir alternativas para o próprio direito, uma vez pensado ele nesses termos – desde logo as alternativas já políticas, já científico-tecnológicas e funcionais. As alternativas que, abstraindo da pessoa e da sua axiologia, preferam uma *ordem de finalidade* ou uma *ordem de possibilidade* a uma *ordem de validade*, com o sentido que temos tentado conferir a estas categorias. Nesse caso, a terceira condição não seria já uma condição ética, mas uma condição estratégica. A sociedade teria o seu decisivo operador regulativo numa planificação e institucionalização funcionalmente estratégicas (...)<sup>806</sup>.

Assim, apresenta-se a questão ética como condição estratégica para “autonomia” do direito. O autor cita, mesmo que de certa forma descontextualizada, uma afirmação de Hegel, onde está posto que “o imperativo do direito é este: sê pessoa e respeita os outros como pessoa”. Alude ainda à afirmação de que a “autonomia” do direito é um absoluto indispensável e, trazendo Hannah Arendt, acaba por dizer que “o último e verdadeiramente fundamental direito hoje do homem é afinal o direito ao direito”<sup>807</sup>. Da mesma forma do “eu pessoal ao eu cosmopolita”, para emergência de uma Constituição enquanto tal, está a necessidade de respeito e consideração aos outros como pessoas, em dimensões individuais e sociais, simultaneamente.

---

<sup>805</sup> CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 71-2.

<sup>806</sup> Ibid., p. 73.

<sup>807</sup> Ibid.

Nessa linha de orientação, Michel Rosenfeld traz a necessidade de desenvolvimento da “identidade do sujeito constitucional”<sup>808</sup>, através de uma reconstrução entre o “eu” - “(self)”- e o “outro”. Ocorre que a identidade constitucional pode até se distanciar o suficiente das outras identidades relevantes, contra as quais ela precisa forjar sua própria imagem, mas, ao mesmo tempo, incorporar elementos suficientes dessas identidades para continuar viável no interior de seu próprio ambiente sociopolítico.

A questão do sujeito emerge do confronto com o outro. Por isso Rosenfeld expõe:

O constitucionalismo moderno (...) não pode evitar o contraste entre o *eu (self)* e o outro como consequência do pluralismo que lhe é inerente. Em um nível, o *eu (self)* constitucional pluralista se enfrenta com o seu outro que é a tradição que mantinha integrada a ordem sociopolítica pré-moderna. Pode-se referir a esse outro como *outro externo*. Em outro nível, o pluralismo constitucional requer que um grupo que se constitua em um *eu (self)* coletivo reconheça grupos similarmente posicionados como outros *selves*, e/ou que cada *eu* individual (*individual self*) trate os demais indivíduos como outros *eu*, como outras pessoas (*selves*). Em contraste com o outro externo, este último, precisamente por integrar a comunidade política constitucional (*constitucional polity*), pode ser denominado de outro interno<sup>809</sup>.

O constitucionalista demonstra a urgência de um compromisso, ao mesmo tempo, com a democracia e com o pluralismo em uma perspectiva universalizante. Ademais, trata da necessidade de densificação institucional vivenciada nas complexas formas da vida cotidiana, dos distintos Estados e ordens constitucionais concretas. Por isso, cita Dworkin e a teoria da integridade do direito, entendida como possibilidade de realização da justiça, principalmente quando refere sobre a aceitação de determinados princípios deontológicos, tal como o direito de cada pessoa a igual respeito e dignidade.

Observa-se que, diferentemente de uma identidade fechada em si mesma, para Rosenfeld, a identidade do sujeito constitucional surge no vazio ou na ausência. Argumenta com base na ideia de que o sujeito constitucional somente pode adquirir identidade no domínio intersubjetivo circunscrito pelo discurso constitucional<sup>810</sup>.

Dessa forma, pontua:

---

<sup>808</sup> Está posto que a identidade do sujeito constitucional é tão evasiva quanto de difícil conceituação com fundamentos incontroversos para os regimes constitucionais contemporâneos. Na verdade, a própria ideia de “constitucional subject” é ambígua, pois no idioma inglês, “subject” tanto pode se referir àqueles que se sujeitam à Constituição, como à ideia aos elaboradores da Constituição ou à matéria objeto da mesma. Daí que não se trata apenas da dificuldade decorrente de uma identidade constitucional que pode ser alterada no tempo, mas sim de uma complexa e confusa rede de identidades relevantes, tais como identidades nacionais, étnicas e culturais. ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 17.

<sup>809</sup> Ibid., p. 29-30.

<sup>810</sup> Ibid., p. 36-48.

(...) Nem os constituintes, nem os intérpretes da Constituição, nem os que se encontram sujeitos às suas prescrições são propriamente o sujeito constitucional. Todos eles formam parte do sujeito constitucional e pertencem a ele, mas o sujeito constitucional enquanto tal só pode ser apreendido mediante expressão de auto-identidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelo conjunto de normas constitucionais. A expressão plena da auto-identidade constitucional (*constitutional self-identity*) só é concebível mediante um exercício imaginário que envolve uma extrema compreensão de todas as épocas e uma simultânea apreensão de todas as variáveis interpretativas possíveis, combinadas com a habilidade de destilar, condensar tudo isso em uma narrativa coerente e confiável<sup>811</sup>.

Pelo que foi exposto, é possível verificar a manifestação convergente à defesa da teoria discursiva. Entretanto, mesmo pecando por esse aspecto excessivamente procedimental, não há como tirar o mérito do autor. Principalmente pela contrariedade a uma tutela exclusivamente paternalista e pela defesa do diálogo como forma de assegurar a democracia. Não há espaço público sem respeito aos direitos privados à diferença, nem direitos privados sem respeito público às peculiaridades individuais e coletivas na vida social como um todo. A igualdade só pode existir no direito de ser diferente, e essa diferença manifesta-se nas distintas religiões, cores de pele, opções sexuais ou culturais. No entanto, essas diversidades convergem ao pertencimento à espécie humana.

Para ordenar esse constante mundo plural, não há como fugir do direito, do constitucionalismo e do próprio Estado como agente pulverizador da igualdade, em uma perspectiva universal, mas atentando também para liberdade como forma de evitar totalitarismos.

Nessa reconstrução da “autonomia” do direito, Castanheira Neves percebe como condições indispensáveis: uma institucional, outra existencialmente cultural. A primeira manifesta-se na conjugação de atividades desenvolvidas pelos tribunais e pelas faculdades de direito. Mas, salienta-se que não é qualquer tribunal, mas os que não cedem à funcionalização burocrática, ao contrário, os que defendem a realização do Estado de Direito, levando a sério o papel da Constituição. Já as faculdades de direito têm a missão de expor a dimensão reflexiva e crítica do direito<sup>812</sup>.

---

<sup>811</sup> ROSENFELD, 2003, p. 40. Quando se refere ao discurso constitucional, Rosenfeld sublinha que esse é empregado para justificar ou criticar as ordens constitucionais vigentes. Nesse sentido, ele opera essencialmente por intermédio de um instrumental básico: a negação, a metáfora e a metonímia. Destaca-se o capítulo três da obra ora mencionada. Ibid, p. 49-107.

<sup>812</sup> CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 74-5.

A segunda condição para a “autonomia” do direito, relacionada à condição existencialmente cultural, estaria mais propriamente ligada à exigência de virtude. Ou melhor:

Que o homem não se compreenda apenas como destinatário do direito e titular de direitos, mas autenticamente como o sujeito do próprio direito e assim não apenas beneficiário dele mas comprometido com ele – o direito não reivindicado no cálculo e sim assumido na existência, e então não como uma externalidade apenas referida pelos seus efeitos, sancionatórios ou outros, mas como uma responsabilidade vivida no seu sentido. O direito só concorrerá para epifania da pessoa se o homem lograr culturalmente a virtude desse compromisso<sup>813</sup>.

Dessa forma, o questionamento sobre o sentido e “autonomia” do direito é de fundamental importância para que o mesmo seja entendido através da responsabilidade vivida ou sentida pelos atores responsáveis por sua implementação. Agora, quando se questiona sobre como realizar esta “autonomia” há que se trazer, novamente, o debate ao retorno do papel dos juízes, o qual o próprio Castanheira Neves elenca como condição indispensável à “autonomia” do direito.

### 7.1.3 A importância das decisões judiciais e o cosmopolitismo

Nessa linha de orientação, Streck responde ao problema da validade no direito a partir de um contraponto com a teoria defendida por Castanheira Neves. O doutrinador brasileiro certifica que, atualmente, é possível afirmar que há compatibilização entre constitucionalismo e democracia. Porém, expõe alguns questionamentos: de que modo é possível defender a democracia se, ao final do processo decisório, deixamos uma “margem de atuação” para a livre escolha do juiz? Ou, pensando no plano contramajoritário, como impedir que os juízes se substituam ao legislador? Como resposta, argumenta que isso leva à necessidade de se discutir as condições para um efetivo controle das decisões judiciais. “Enfim, trata-se de discutir a validade dos discursos jurídicos e as condições de possibilidade de uma teoria da decisão”<sup>814</sup>.

A teoria integrativa de Dworkin e a hermenêutica filosófica de matriz heideggeriana-gadameriana têm pretendido responder essas intrigantes questões, como tem sido exposto no decorrer deste trabalho. Salienta-se que a teoria dworkiana opta pela

---

<sup>813</sup> Ibid.

<sup>814</sup> STRECK, 2009, p. 436.

existência de uma resposta correta e a hermenêutica aposta em verdades conteudísticas, ultrapassando qualquer viés apenas racionalista de subsunção, derivado do esquema sujeito-objeto. Uma das críticas mais elaboradas à hermenêutica vem, justamente, de Castanheira Neves, mesmo com o reconhecimento pelo autor da importância de Heidegger e Gadamer<sup>815</sup>.

O professor coimbrano acusa a hermenêutica filosófica de estar limitada à “*quaestio facti*”, não atingindo a “*quaestio júris*” do processo de compreensão. Com isso, não conseguiria dar respostas à questão da validade da interpretação. Ademais, estaria maculada por um déficit metodológico<sup>816</sup>.

Nesse sentido, não se pode concordar com ele quanto às críticas direcionadas à hermenêutica filosófica. Segundo Streck, a hermenêutica deve ser examinada a partir de dois teoremas fundamentais, que já foram mencionados nesta pesquisa: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Vale dizer ainda:

(...) a hermenêutica também deve ser compreendida desde uma dobra da linguagem, isto é, o como hermenêutico e o como apofântico. A compreensão ocorre a partir da pré-compreensão, que é estruturante. Por isso – e permito-me repetir a menção a Ernest Schnädelbach (...) - *compreender sentido* não é apenas uma consequência, *mas o fundamento da própria razão*. E é exatamente por isso que o problema do sentido *se situa sistematicamente antes do problema do conhecimento*, pois devem ser pressupostos já como resolvidos, em todas as produções de conhecimento, os problemas da compreensão hermenêutica<sup>817</sup>.

Com efeito, não existe a possibilidade de acusar a hermenêutica de apenas se preocupar com a “*quaestio facti*”, simplesmente porque o círculo hermenêutico impede a possibilidade de separação entre o fato e o direito. Além disso, qualquer tipo de atribuição de sentido somente se dá na diferença ontológica, “ou seja, o ser é sempre o ser de um ente

<sup>815</sup> STRECK, 2009, p. 436.

<sup>816</sup> CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 83-5; Id. **Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Vol. 1 e 3. Mesmo ressaltando alguns traços distintivos em relação à teoria de Castanheira Neves, o doutrinador convoca vários elementos da teoria hermenêutica, principalmente, críticas a posturas positivistas e procedimentais. Registra-se trecho da última obra antes citada: “(...) O neopositivismo depara decerto nas suas análises com o resíduo humano, mas não se vê nele senão proposições sem sentido e remete-o para a intimidade que se deve pura e simplesmente silenciar (WITTEGENSTEIN). Os homens estarão uns perante os outros, quando tenham algo de irredutivelmente humano a comunicar-se, naquela atitude que SCHLICK imputa ao empirista perante o metafísico: O que tu afirmas não diz nada em absoluto. Não o contradiz, mas diz-lhe: não te entendo. O estruturalismo é talvez mais radical, pois na sua arqueologia das idéias e das culturas, que é uma análise da finitude em busca do a priori estrutural, fonte e fundamento de todo o possível, conclui pela “absoluta dispersão do homem”, anuncia que “o homem está em vias de desaparecer- o homem é apenas uma invenção recente, uma figura que não tem dois séculos, uma simples ruga no nosso saber, e que desaparecerá desde que este haja encontrado uma forma nova (...)” Ibid., p. 16-7.

<sup>817</sup> STRECK, op. cit., p. 437.



e o ente só é no seu ser”<sup>818</sup>. Deve restar claro que não se nega a objetificação, simplesmente ocorre sua superação.

A validade apresentada como sucessão de raciocínios legais não é a mesma validade hermenêutica, já que esta é mais radical, pensada a partir do próprio compreender e não através de um raciocínio naturalista causal, colocado no interior do pensamento jurídico. Na mesma orientação de Streck, de base heideggeria-gadameriana, insiste-se que a grande preocupação da hermenêutica foi sempre a demonstração de que não se interpreta para compreender, e sim compreende-se para interpretar. Daí que não se podem confundir os dois níveis em que se dá o processo hermenêutico<sup>819</sup>. Não há como escapar da circularidade hermenêutica.

Há que se destacar que o próprio Castanheira Neves defende a jurisdição constitucional como de fundamental importância à aplicabilidade dos princípios constitucionais, baseando-se na necessidade de maior “igualização” e justiça social. Em outras palavras, “os princípios que nos remetem, portanto, ao nível da intenção essencial do direito e que na nossa contemporaneidade histórico-cultural constituem o direito enquanto direito”<sup>820</sup>. A hermenêutica explicita não apenas como se instaura o sentido, mas, na aplicação, conjuga o fato e o direito. A questão, ainda, a ser ressaltada é que a filosofia hermenêutica não admite a discricionariedade dos juízes; por isso a luta por uma teoria da decisão<sup>821</sup>.

Registra-se que, enquanto procedimentalistas como Habermas desoneram os juízes da elaboração dos discursos de fundamentação, Dworkin, baseando-se na hermenêutica, ataca esse problema a partir da responsabilidade política de cada juiz ou aplicador, obrigando-o a seguir a integridade do direito, o que evita raciocínios “ad hoc”<sup>822</sup>. Aqui, aparecem os argumentos de princípio e não de política, como limites a atuações jurisdicionais. Talvez, da mesma forma, possa-se citar a ótica cosmopolita como restrição a discricionariedades e arbitrariedades em diferentes níveis.

---

<sup>818</sup> STRECK, 2009, p. 439.

<sup>819</sup> Ibid., p. 440.

<sup>820</sup> CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 64.

<sup>821</sup> STRECK, op. cit., p. 437.

<sup>822</sup> Ibid., p. 446.

## 7.2 A cultura constitucional e o cosmopolitismo: um modelo para consolidar

Certos aspectos da globalização atual, principalmente os relativos à economia e à luta por espaço nas relações comerciais, acabam muitas vezes por fragilizar ainda mais os Estados “em via de desenvolvimento”, devido a que Pisarello denomina de identidade mercantilista, regida pela lógica da ganância, cálculos e condicionamentos. Isso leva ao surgimento de condições propícias para a explosão de identidades particularistas, concebidas como reações solipsistas, baseadas em estratificações religiosas, sexuais, étnicas, muitas delas ilegítimas e excludentes<sup>823</sup>.

Assim, pelo que já foi colocado, poderia restar apenas o pessimismo quanto ao futuro de Estados mais unidos e de movimentos constitucionais voltados a princípios universais, defendidos pelo cosmopolitismo, como igualdade, tolerância e solidariedade. No entanto, citando Hölderlin: “de allí donde crece el peligro crece también lo que puede conjurarlo”<sup>824</sup>. É justamente com base na esperança que, ainda, acredita-se em uma forma de luta pelo pacifismo, através da reabilitação do Estado e da reconstrução de uma cultura constitucional sob a ótica cosmopolita.

### 7.2.1 Possibilidades de reconstrução do Estado e construção de uma cultura constitucional cosmopolita

Os Estados seguem sendo atores políticos por excelência, espaços concretos onde se pode buscar a efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Porém, ao mesmo tempo, estão sujeitos à influência de agentes privados transnacionais. É por essa razão que a recuperação do público não é possível a partir de qualquer tipo de Estado. Não é mais possível um Estado apenas voltado para suas próprias fronteiras, pois ele é insuficiente, não só para as instituições estatais e privadas, como para a coletividade como um todo.

Nessa linha de orientação, Pisarello sugere um processo de abertura gradual, “sólo posible en la medida en que se garantice, a través de los debidos controles jurídicos, el tejido productivo local e los mínimos sociales que permitan competir con el exterior”. Assim, não é exequível uma regressão ao modelo estatal moderno e nacionalista, mas, deve-se, sim, buscar uma forma de integração fulcrada em identidades plurais, que incluam

---

<sup>823</sup> PISARELLO, 2007, p. 167.

<sup>824</sup> Ibid.

concepções de vida não necessariamente aceitas como as da maioria<sup>825</sup>. Talvez, possa-se tratar de Estados voltados a uma perspectiva regional ou mundial.

Em palavras diversas, nenhum Estado pode aspirar ser um Estado Democrático, reprimindo a imigração ou cerrando-se no que foi denominado por Habermas como “chauvinismo del bienestar”, nem impondo identidades culturais excludentes, as quais operaram como fonte de discriminação política, social e individual<sup>826</sup>.

Por essas razões, há a urgência de uma cultura constitucional cosmopolita. É necessário que o constitucionalismo seja - na acepção de Häberle - percebido como cultura, não apenas como fragmento de uma realidade específica, mas como refere a etimologia<sup>827</sup> da palavra, as Constituições devem ser cultivadas pelos cidadãos, para que se consolidem em práticas democráticas.

Com Eagleton Terry, cultura significa um cuidar, que é ativo, daquilo que cresce naturalmente. O termo refere-se a uma dialética entre o artificial e o natural, entre o que se faz ao mundo e o que o mundo faz<sup>828</sup>. É importante o cultivo, o cuidado, vale dizer cultura do constitucionalismo.

Já, com relação ao cosmopolitismo kantiano - teoria que ofereceu à humanidade, a “fórmula filosófica mais rigorosa”<sup>829</sup> do cosmopolitismo - vale refletir sobre alguns pontos, incluindo limitações e avanços que podem contribuir com o constitucionalismo contemporâneo.

Primeiro, para além dos vários autores atribuírem diferentes sentidos ao cosmopolitismo, parte-se do texto A paz perpétua - Um projeto filosófico, de Kant, inserido na obra A paz perpétua e outros opúsculos<sup>830</sup>. Nesse segmento, deve-se atentar para a não-coincidência entre o direito internacional e o cosmopolitismo, a defesa de uma hospitalidade universal e a inexistência de um Estado supranacional.

Quanto à crítica de Beck, tem-se que concordar com Ventura, quando a internacionalista expõe seu posicionamento com relação aos comentários de Beck sobre a obra de Kant:

---

<sup>825</sup> PISARELLO, 2007, p. 170.

<sup>826</sup> Ibid.

<sup>827</sup> Tendo origem na palavra latina “culter”, que, entre outras coisas, designa a relha de um arado. In: EAGLETON, Terry. **A idéia de cultura**. Tradução de Sandra Castello Branco. São Paulo: Editora UESP, 2005. p. 9.

<sup>828</sup> Ibid., p. 11.

<sup>829</sup> DERRIDA, 2001, p. 48.

<sup>830</sup> KANT, 2004, p. 119-171.

(...) o pensamento kantiano não criou um novo campo semântico para o direito cosmopolítico, tampouco uma nova metodologia; contentou-se com transpor categorias estatais (federalismo, constituição cidadania), que ele preservava intactas no plano nacional, à dimensão política mundial que pretendia forjar, numa espécie de cosmopolitismo estatalista<sup>831</sup>.

Resta clara a limitação da transposição de categorias internas para o âmbito supranacional. Entretanto, o filósofo está restrito ao seu tempo: “como esperar que um iluminista, filho do século XVIII, combatesse a barbárie, senão pela afirmação de um Estado Constitucional Republicano em pleno frescor histórico.”<sup>832</sup> O que fica à contemporaneidade é a urgência de ultrapassar o modelo mecanicista para uma nova ótica cosmopolita, imprescindível para se lutar contra alguns aspectos deletérios da globalização econômica.

De Julios-Campuzano coloca que “(...) resulta de singular transcendência o papel que a Constituição pode desempenhar na criação de modelos constitucionais compartilhados que lançam a semente do ideal cosmopolita.”<sup>833</sup> Nessa linha de orientação, percebe-se que a Constituição mostra-se não como pura convenção política, mas como expressão de identidade.

Existem determinados autores que defendem uma permeabilidade entre as dimensões nacionais e não nacionais; para especificarem essas posições colocam qualificativos no cosmopolitismo. A título de exemplificação, cita-se o cosmopolitismo parcial de Appiah, o relativismo cosmopolita de Beck ou o cosmopolitismo democrático de Held. Entretanto, o que se busca não é propriamente a defesa do cosmopolitismo como movimento, mas uma cultura constitucional sob a ótica cosmopolita. Esta é percebida como abertura ou conjunção para um direito público da humanidade, tendo como principais atores os Estados, já que possuem condições e meios para tanto.

Diante das diversas crises que a globalização apresenta, importa trazer a referência de Bolzan de Moraes:

(...) nos vemos ante o dilema de tentar salvar aquilo que nos parece insubstituível, de resgatar aquilo que foi perdido ao longo do caminho ou, ao contrário, de buscar novos instrumentos para dar conta do novo. Um novo que

---

<sup>831</sup> VENTURA, 2008, p. 239.

<sup>832</sup> Ibid.

<sup>833</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 111.

ainda não se constituiu plenamente, mas que se apresenta muitas vezes incompatível com o que até então está posto<sup>834</sup>.

Uma fresta que se apresenta são as diferentes doutrinas constitucionais estabelecendo formas de ligação com o futuro. Sem perder a memória do Estado Moderno, em que se desenvolveu um constitucionalismo de vertente liberal-burguesa, volta-se mais ainda ao passado para trazer o ideal desenvolvido pelos cínicos, estoicos, cristãos, até o cosmopolitismo kantiano, pensando esses princípios voltados ao constitucionalismo do presente. Daí que alguns autores, já referidos no decorrer desse trabalho, trouxeram o viés cosmopolita para o interior do constitucionalismo. O próprio Canotilho afirma que “a Constituição dirigente não afasta a ideia liberal e kantiana do republicanismo constitucional e cosmopolita<sup>835</sup>. Passa-se, agora, a trazer pontualmente aspectos dessas teorias como alternativas neoconstitucionais.

#### 7.2.2 Algumas alternativas frente ao impossível isolamento das Constituições dirigentes

Tal perspectiva leva a certas projeções: primeiro, a proposta de Häberle da teoria da Constituição como ciência da cultura e do Estado Constitucional Cooperativo; depois Zagrebelsky, com ductibilidade; ademais, Ferrajoli com a teoria garantista e o constitucionalismo multinível. Entretanto, o que se objetiva demonstrar é que nenhuma dessas correntes pode ser pensada sem um Estado democrático e a defesa do constitucionalismo sob o viés cosmopolita.

Com efeito, Häberle refere que, hoje, o direito constitucional e o direito internacional não têm o mesmo sentido de outrora, e que, em conjunto, transformaram-se:

O Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. Também é válido o contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional. Os cruzamentos e as ações recíprocas são por demais intensivas para que se dê a este forma externa de complementariedade ou idéia exata. O resultado é *Direito comum de cooperação*<sup>836</sup>.

<sup>834</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Reflexões acerca das condições e possibilidades para uma ordem jurídica democrática no século XXI. In: NUNES, A. J. Avelãs; COUTINHO, Jacinto de Miranda. **O direito e o futuro. O futuro do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 446.

<sup>835</sup> CANOTILHO, 2006, p. 189.

<sup>836</sup> HÄBERLE, 2007, p. 11-2.

Com isso, o Estado Constitucional Cooperativo deveria se colocar no lugar do Estado Constitucional Nacional<sup>837</sup>. Contudo, pondera-se que o direito comum de cooperação pode aderir ao Estado Constitucional em um processo de integração, particularmente, nos países “em via de desenvolvimento”, que sofrem com as negociações internacionais, muitas vezes inviabilizando o comércio de suas matérias-primas.

Além da necessidade de se pensar formas de cooperação entre Estados, a referência kantiana está claramente exposta na obra de Häberle:

Este tipo de cosmopolitismo kantiano no se debe en último término a una protección mundial de toda herencia natural y cultural tan sólo, sino más bien al contrario, siendo dicha protección la que hoy en día realmente posibilita la actual condición del ser humano, que podríamos denominar *status mundialis hominis*, condición que va muy de la mano de los dos pactos sobre derechos humanos (...), y que bien podría reinterpretarse en conjunto como un *status culturalis at que naturalis*, dentro de una única, inescindible y a la vez doble vertiente<sup>838</sup>.

O cosmopolitismo visa justamente inserir o ideal humanitário nas Constituições estatais, com especial destaque à cooperação internacional e aos princípios humanitários vinculados ao respeito e à solidariedade universal. Através do forte papel cultural desempenhado pelas Constituições do Pós-Guerra, o viés cosmopolita pode ser alargado e aperfeiçoado.

A mesma relação com o cosmopolitismo pode ser observada na obra de Zagrebelsky, quando o mesmo trata da importância do pluralismo e do processo de maleabilidade ou ductibilidade das Constituições, ou nos trabalhos de Ferrajoli, com a teoria garantista e um “constitucionalismo multilivello senza Stato”<sup>839</sup>. Reitera-se a importância de uma reconstrução do constitucionalismo e das particularidades de cada Estado, sem perder de vista o norte cosmopolita.

Expõe-se, aqui, a crítica realizada por Canotilho à expressão “Estado Garantidor”. O nome indicaria algumas considerações: 1) uma mudança estrutural no cumprimento das “tarefas públicas” por parte do Estado; 2) o conceito parece estar associado às chamadas “reformas administrativas”, no âmbito dos serviços públicos de interesse geral; 3) nota-se a proximidade da ideia de “garantia” com a problemática da “governance”. Na verdade, o temor do doutrinador coimbrano é de que este Estado-garantidor, convocado para registrar a evolução do problema da sociabilidade, esteja situado na linha do “enabling state”, um

<sup>837</sup> HÄBERLE, 2007, p. 294.

<sup>838</sup> Id., 2000, p. 149.

<sup>839</sup> FERRAJOLI, 2007, p. 558.

Estado possibilitador, em que se manifesta o papel dos mercados e dos contratos privados (sobretudo empresas privadas) com a administração<sup>840</sup>.

Vale dizer:

Ao fim e ao cabo, talvez seja correcto dizer que, encarado o conceito num plano político-funcional, se trata de uma estratégia destinada a alicerçar um processo colectivo de aprendizagem dos poderes públicos no contexto mais vasto da liberalização e da globalização. Embora nem sempre se proceda à desocultação estratégico-partidária do conceito não é arriscado dizer que ele surge associado à *terceira via* – a via da renovação da social-democracia – celebrizada pela obra de Anthony Giddens<sup>841</sup>.

Pelo que foi exposto é possível perceber que mesmo alterando alguns aspectos de sua teoria a respeito da Constituição dirigente - justamente realçando características de flexibilização e procedimentalização - o professor coimbrano permanece acreditando no papel do Estado e do constitucionalismo.

De fato, no início da década de 80 do século passado, Canotilho apresentou tese, na qual procedia uma reflexão jurídico-constitucional sobre a chamada Constituição dirigente, sendo que posteriormente acabou por sublinhar que o termo apresentou um conceito equívoco. Primeiramente, porque passou a ser identificado com dirigismo programático-constitucional e com uma narrativa emancipatória. O texto constitucional deixava de ser uma lei para se transformar numa bíblia de promessas de novas sociedades (transição para outra sociedade, sociedade mais justa). Em segundo lugar, a Constituição dirigente parecia indicar uma autossuficiência, o que levaria à automaticidade de sua força normativa. Em terceiro, procurava limitar a atuação do legislador através da imposição de suas normas<sup>842</sup>.

Esses três dilemas que revelariam o rosto da utopia, na verdade, não seriam o maior problema. Subjacente ao programa constitucional de normas-tarefa ou de imposições ao Estado estaria toda uma filosofia do sujeito e uma teoria da sociedade em que o voluntarismo desmedido conduz à “arrogância de fixar a própria órbita das estrelas e dos planetas”. Canotilho aduz que a má utopia do sujeito de progresso histórico alojou-se em Constituições-plano e balanço, em que a propriedade estatal dos meios de produção misturava-se a uma ditadura partidária e à coerção moral e psicológica. Daí que a ideia de

<sup>840</sup> CANOTILHO, 2008, p. 571-2.

<sup>841</sup> Ibid., p. 572.

<sup>842</sup> Ressalta-se que o recorte da Constituição dirigente foi feito em termos jurídico-dogmáticos por Peter Lerch, na clássica monografia *Übermass und Verbot*, na qual o autor tinha em mente sobretudo o princípio e o direito de igualdade. É por essa razão que a generalidade da doutrina relaciona o dirigismo constitucional com as normas-tarefa estabelecidas nas Constituições programáticas dos chamados Estados Sociais Democráticos de Direito. Id., 2006, p. 214.

diretividade constitucional teria que ser inserida em uma compreensão crítica próxima do constitucionalismo moralmente reflexivo<sup>843</sup>.

Nesse sentido, chega a afirmar que a Constituição dirigente estaria morta se o dirigismo constitucional fosse entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias<sup>844</sup>. Dessa maneira, a teoria constitucional deveria se estruturar em termos de complexidade, ou melhor, a imperatividade constitucional se deslocaria para os estatutos de organizações internacionais.

Entretanto, alguns doutrinadores brasileiros pontuaram perguntas ao autor português, considerando as diferenças existentes entre os “países desenvolvidos” e os “países em desenvolvimento”, nos quais existem problemas sociais e políticos diferenciados<sup>845</sup>. Como resposta, Canotilho afirma ter a sensação de que não se deve falar de teoria da Constituição, mas talvez de “teorias das Constituições” e, possivelmente, de uma rede de interconstitucionalidade, dos vários constitucionalismos, dos vários questionamentos. Ainda diz que, quando trata sobre direito mitigado, direito reflexivo, direito pós-moderno, refere-se verdadeiramente a uma outra fase que ainda não é possível observar no Brasil<sup>846</sup>.

Mesmo considerando essas afirmações de Canotilho sobre os constitucionalistas brasileiros, como já foi mencionado anteriormente, em sua teoria, verificam-se claramente referências aos “países em desenvolvimento”, particularmente aos Estados integrantes do Mercosul<sup>847</sup>.

Ventura pontua que Canotilho é compreensivo diante das angústias de certos autores de países de “modernidade tardia”, mas salienta que o debate em tela interessa não

---

<sup>843</sup> CANOTILHO, 2006, p., 106.

<sup>844</sup> Id., 2001. Prefácio. Ainda do mesmo autor, cita-se: Id., A governança do terceiro capitalismo e a Constituição social. In: **Revista - Entre Discursos e Culturas Jurídicas**. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 147-154.

<sup>845</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>846</sup> Ibid., p. 31-7.

<sup>847</sup> O Mercado Comum do Sul (Mercosul) foi criado em 26 de março de 1991, com a assinatura do Tratado de Assunção no Paraguai. Os membros deste bloco econômico da América do Sul são os seguintes países: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. A Venezuela ingressou através do protocolo de adesão em 2006, mas o mesmo deve ser aprovado por todos os integrantes do bloco, sendo que Argentina e Uruguai já ratificaram a aceitação. VENTURA, 2003. No dia 16 de dezembro de 2009, depois de muita polêmica, o Senado Federal brasileiro aprovou o protocolo ora mencionado. No entanto, o ingresso da Venezuela ainda não está garantido, pois o Paraguai não concluiu a análise do tema. Ver: Senado aprova entrada da Venezuela no Mercosul. Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u666908.shtml>>. Acesso em: 19 jan. 2010.



apenas aos “países desenvolvidos”, ao contrário, é de suma relevância para “Estados em processo de desenvolvimento”. Ainda menciona que “o gesto de apartar os debates que ‘interessam’ e não ‘interessam’ ao mundo não-desenvolvido só pode ser resíduo do colonialismo”. Ademais, a autoexclusão dos temas nevrálgicos do debate mundial é injustificável e compromete seriamente os interesses estratégicos dos países “em via de desenvolvimento”<sup>848</sup>. Pelo que foi exposto, vale destacar temas centrais abordados pelo doutrinador coimbrano em torno do constitucionalismo moralmente reflexivo e da constitucionalização da responsabilidade.

Deve-se esclarecer que Canotilho não está negando a importância da Constituição dirigente, apenas menciona que ela deve evitar duas unilateralidades:

1. o peso do discurso da metanarrativa que hoje só poderia subsistir como relíquia da má utopia do sujeito do domínio e da razão emancipatória;
2. a desestruturação moral dos pactos fundadores escondida, muitas vezes, num simples esquema processual da razão cínica econômica-tecnocrática<sup>849</sup>.

Nesse sentido, como linha de força do constitucionalismo reflexivo, Canotilho apresenta três sugestões:

- a) “Constitucionalização” e “desmoralização da liberdade”, na qual o constitucionalismo continua a fornecer exigências mínimas, como o complexo de direitos e liberdades definidor da cidadania pessoal, política e econômica intocável pelas maiorias parlamentares;
- b) “Constitucionalizações e teoria da justiça”, baseando-se em estruturas básicas da sociedade sem se comprometer com situações particulares;
- c) “Constitucionalismo moralmente reflexivo através da mudança da direção para a contratualização”. Nessa perspectiva, Canotilho aponta formas de eficácia reflexiva ou outras estruturas que indicam o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que recuperam as dimensões justas do princípio da responsabilidade, apoiando também a sociedade civil<sup>850</sup>.

Essas ideias superam antigas formas totalizantes, abrindo o caminho para ações locais, o que privilegia a diversidade cultural. Pontua-se que tal abertura é denominada de “instrumentos regulativos diferentes”, ou seja, “a lei dirigente cede lugar ao contrato, o

---

<sup>848</sup> VENTURA, 2008, p. 238.

<sup>849</sup> CANOTILHO, 2006, p. 125.

<sup>850</sup> Ibid., 126-8.

espaço nacional alarga-se à transnacionalidade e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos quatro contratos globais”<sup>851</sup>.

Contido neles está: o “contrato para as necessidades globais”, que implica remover as desigualdades, o “contrato cultural”, estabelecendo a tolerância e o diálogo de culturas, o “contrato democrático”, que prevê a democracia como governo global e o “contrato do planeta terra”, versando sobre o desenvolvimento sustentado<sup>852</sup>.

Canotilho quer transmitir que a Constituição dirigente, assim, ficará menos densa e menos autoritária, enriquecida pela “constitucionalização da responsabilidade”, que dispõe sobre garantias que possibilitem a coexistência de valores, conhecimento e ação<sup>853</sup>. Essa nova visão do direito constitucional permite que se trabalhe com os elementos básicos de uma teoria da interconstitucionalidade.

A interconstitucionalidade exige, basicamente, dois pressupostos:

- a) “Autodescrição e autosuficiência nas constituições nacionais”, pois, assim os textos constitucionais nacionais conservam a memória e a identidade políticas quando inseridos numa rede internacional;
- b) “Texto interorganizativo”, que aponta para a necessidade autodescritiva da organização superior (como exemplo, cita a União Europeia). Com efeito, é discutível saber se a autodescrição interorganizativa pressupõe necessariamente um texto constitucional autodescritivo ou se poderia se pensar em convenções internacionais<sup>854</sup>.

Salienta-se que a teoria da interconstitucionalidade é, também, uma teoria da interculturalidade constitucional. A definição de interculturalidade faz realçar basicamente a partilha de cultura de idéias ou formas de encarar o mundo e os outros. Para Canotilho, a interconstitucionalidade pressupõe “(...) uma interculturalidade constitucional cujo conceito básico é, precisamente, o da constituição cultural e do Estado Constitucional Cultural”<sup>855</sup>. Dessa forma, percebe-se a importância dos participantes nas comunicações interconstitucionais.

Verifica-se, assim, que:

- 1) a cultura *interconstitucional*, reconduzível a idéias, valores, ações de indivíduos e de grupos, entra nos processos de troca entre as várias constituições;

---

<sup>851</sup> CANOTILHO, 2006, p. 128.

<sup>852</sup> Ibid., p. 125.

<sup>853</sup> Ibid., p. 129.

<sup>854</sup> Ibid., p. 268-71.

<sup>855</sup> Ibid., p. 273.

- 2) a interculturalidade começa por ser uma partilha comunicativa de experiências, valores e idéias não necessariamente plasmadas em vasos normativos;
- 3) a *interculturalidade constitucional* nos quadros da interconstitucionalidade significa a existência de “redes comunitárias” em que, *on line*, se observam e cruzam formas de *comunitarismo conservador* (com os indivíduos, a sua forma de vida, a sua moral, os seus comportamentos, as suas compreensões de bem comum, as suas formas de integração com o indivíduo fortemente enraizado na comunidade) e formas de *comunitarismo liberal* aberto a formas de vida plurais.
- 4) a interculturalidade constitucional é dinamizada pelos textos interorganizativos (sobretudo pelo texto da *organização interorganizativa*) no sentido de um comunitarismo igualitário e universalista marcado por pertenças simbólicas como a pertença à comunidade de indivíduos autônomos, livres e iguais<sup>856</sup>.

Nessas colocações de Canotilho, em que o autor menciona a importância dos participantes do novo modelo de constitucionalismo, pode-se destacar a atuação do Poder Judiciário em prol de uma “jurisdição cidadã”, que vise implementar valores e princípios constitucionais.

Nesse momento, questiona-se: em qual ordenamento jurídico ou qual Constituição irá se basear o Poder Judiciário? Ou, melhor, como a teoria da circularidade se aplica no momento de julgar?

Canotilho pincela algumas sugestões trazendo à luz Peter Häberle, quando o mesmo refere sobre a articulação na busca de regras referentes à produção e interpretação dos textos constitucionais com a formulação de discursos e práticas sociais num contexto cultural pluralista<sup>857</sup>.

O tacto hermenêutico terá pouco a ver com formalismos, positivismos, decisionismos e estatismos. As transformações dos textos constitucionais permitem avançar com interpretações abertas a valores como dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, democracia e sociabilidade. Logo, “a Constituição concebida como processo público transforma momentos materiais e momentos processuais”, nem em pura materialidade, nem em puro modelo procedimental<sup>858</sup>. Pelo que foi exposto, as Constituições dirigentes não afastam a ideia kantiana do republicanismo cosmopolita, projeto este contido na atual Constituição brasileira, promulgada em 1988.

---

<sup>856</sup> CANOTILHO, 2006, p. 274.

<sup>857</sup> Ibid., p. 279.

<sup>858</sup> Ibid.

### 7.2.3 O Brasil no tempo das reconfigurações multilaterais do constitucionalismo: a utopia do “novo” inserido em uma cultura constitucional cosmopolita

Como foi exposto no decorrer do trabalho, a palavra cultura é extremamente ampla, o que remete a determinadas opções terminológicas. Por isso, optou-se pela conceituação de Häberle, que envolve três aspectos: tradição, inovação e pluralismo, que, em conjunto, levam a um processo de abertura. Reitera-se a distinção realizada pelo referido autor entre a Constituição entendida como cultura, que abarca a definição antes exposta e o direito constitucional cultural, compreendido em sentido mais restrito, como a proteção específica em um título ou capítulo das Constituições internas, destinados à tutela de costumes, obras, idiomas, etc.

Destaca-se que a atual Constituição de 1988 é uma Constituição analítica; logo se caracteriza por uma longa lista de direitos fundamentais, muitos deles explícitos e outros implícitos no texto constitucional. Com isso, é possível perceber claros aspectos do direito constitucional cultural. A título de exemplificação citam-se os arts 215 e 216, que tratam da ordem cultural no Estado, bem como o disposto nos arts. 231 e 232, referentes aos índios; art. 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) atinente aos antigos quilombos; dentre outras normas contidas no próprio catálogo de direitos fundamentais do art. 5.º, inc. VI, VIII, IX, XXVIII, XXIX, etc.<sup>859</sup> Já o direito constitucional como cultura, é um processo mais demorado, a ser buscado ao longo do tempo.

Para Häberle, a teoria da Constituição como cultura possui um objeto amplo, sendo formada por elementos reais e ideais localizados no Estado Constitucional de forma simultânea com o objetivo de atingir um maior nível de desenvolvimento<sup>860</sup>. É por isso que a Constituição se manifesta de forma viva, não só pelos órgãos incumbidos de administrar a coisa pública, a atividade legislativa e judiciária, mas também pelas instituições internas ou diversas organizações, associações e entidades presentes em determinado espaço territorial.

O que se pretende demonstrar é a importância da relação entre a cultura constitucional e a ótica cosmopolita, já que ambas as perspectivas visam a um processo de abertura a valores sociais e democráticos. Aquela relacionada ao pluralismo e a uma visão para possibilidades e esta ligada à hospitalidade e à tolerância.

---

<sup>859</sup> BRASIL, 2009.

<sup>860</sup> HÄBERLE, 2000, p. 32-3.

O cosmopolitismo, como anteriormente exposto ao longo do trabalho, foi uma corrente que surgiu ainda na antiguidade com Diógenes, passando por diferentes períodos até o desenvolvimento detalhado por Kant, já no período moderno. Entretanto, não se defende aqui o próprio cosmopolitismo como movimento, mas sim um olhar cosmopolita sobre as Constituições internas, até que, a partir da própria fortificação dos Estados, possa ocorrer um maior diálogo entre os “países desenvolvidos” e “em via de desenvolvimento”.

Trazendo novamente o referencial kantiano, uma Constituição segundo o direito cosmopolita é aquela que considera os homens e os Estados, na sua relação de influência recíproca, como cidadãos de um “estado universal da humanidade”<sup>861</sup>. Ainda, segundo ele, essa relação não é arbitrária, mas necessária para consolidação da paz<sup>862</sup>.

Segundo Flávia Piovesan, o impacto da vertente kantiana se concretizou com a emergência do “Direito Internacional dos Direitos Humanos (todo ele fundado no valor da dignidade humana, como valor intrínseco à condição humana)”, sendo que, no plano dos constitucionalismos locais, o norte kantiano se efetiva com a abertura das Constituições à força normativa dos princípios<sup>863</sup>.

Kant igualmente trata sobre a questão da hospitalidade, não como filantropia, mas sim como direito.

Ora, como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob esta condição<sup>864</sup>.

Por isso, a perspectiva cosmopolita pode ser inserida junto à ideia de Constituição como cultura, observando-se a necessária relação do constitucionalismo com o cosmopolitismo. Nesse viés, Ventura expõe:

---

<sup>861</sup> Opta-se por manter a letra minúscula para sinalizar uma situação moral universal e não um Estado eticamente considerado. KANT, 2004, p. 127.

<sup>862</sup> Ibid.

<sup>863</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 30. Cita-se ainda, da referida autora: **Direitos Humanos e Justiça Internacional. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006; **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

<sup>864</sup> KANT, 2004, p. 140.

(...) Ao contrário do que se pensa, o cosmopolitismo requer um Estado forte, presente e ativo, capaz de mediar as relações políticas em suas diferentes dimensões e de reavaliar a tarefa constitucional de cumprimento dos compromissos assumidos no plano internacional<sup>865</sup>.

Como é posto, o cosmopolitismo requer um Estado forte, junto com isso, um constitucionalismo apto a mediar as relações jurídicas e políticas no plano nacional, internacional, transnacional e supranacional.

Não se pode perder de vista que, hoje, como afirma Häberle, vive-se em um Estado Constitucional Cooperativo, ou seja, aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados, como membros de uma comunidade, a qual ganha relevo a partir da efetividade dos direitos humanos e fundamentais<sup>866</sup>.

É importante enfatizar que, para Häberle, esse ideal de cooperação entre Estados pode apontar para a prevalência do direito comunitário sobre o direito interno. Mesmo não concordando inteiramente com o autor no tocante à prevalência do direito comunitário, há que se destacar os aspectos sociológicos e o ideal-moral como pontos marcantes do chamado Estado Constitucional Cooperativo.

Discorrendo sobre a teoria häberliana, Mendes afirma que, no que se refere ao ideal-moral, deve-se considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional. Isso por exigir dos atores da vida sociopolítica do Estado uma colaboração positiva para maior eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa enquanto princípio vetor das relações entre Estados Nacionais e da tutela dos direitos fundamentais como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana<sup>867</sup>.

Nesse sentido, a realidade constitucional europeia registra, em diversas passagens a abertura institucional a ordens supranacionais: Preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn e art. 24<sup>868</sup>; art. 11 da Constituição italiana<sup>869</sup>; arts. 8<sup>o870</sup> e 16<sup>871</sup> da Constituição portuguesa; e, finalmente, os arts 96<sup>872</sup> da Constituição espanhola, dentre outros.

---

<sup>865</sup> VENTURA, 2009, p. 17-28.

<sup>866</sup> HÄBERLE, 2007, p. 70-2.

<sup>867</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Voto-Vogal no Recurso Extraordinário n. 466.343-1. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 24 set. 2009.

<sup>868</sup> Ibid.

A Constituição brasileira de 1988 sinaliza em quatro momentos uma maior abertura constitucional ao direito internacional ou supranacional<sup>873</sup>. A primeira cláusula consta no parágrafo único do art. 4.º, que estabelece: “Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. Com ele, percebe-se a clara intenção da realização de uma integração do Brasil em organismos supranacionais. Como segunda cláusula, cita-se o § 2º, do art. 5º, em que se refere: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A terceira e quarta cláusulas, foram inseridas pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

---

<sup>869</sup> Segue redação do artigo da Constituição italiana: “Art. 11. A Itália repudia a guerra como instrumento de ofensa à liberdade dos outros povos e como meio de resolução das controvérsias internacionais; consente, em condições de paridade com os outros Estados, nas limitações de soberania necessárias para um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações; promove e favorece as organizações internacionais que visam essa finalidade”. Ver: ITÁLIA. Constituição Italiana. Disponível em: <<http://cittaperte.bo.arci.it/documenti/CostituzionePORT.pdf>>. Acesso em: 24 set. de 2009.

<sup>870</sup> Texto da Constituição da República Portuguesa. Consultar: “Art. 8º - Direito Internacional. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos. 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.” PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 24 set. 2009.

<sup>871</sup> “Art. 16. Âmbito e sentido dos direitos fundamentais - 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Ibid.

<sup>872</sup> Ver Constitución Española. “Artículo 96. 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. 2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94”. ESPAÑA. **Constitución Española**. 15. ed. Editorial Tecnos: Madrid, 2008.

<sup>873</sup> Nessa linha de orientação, vale citar o trabalho de Valério de Oliveira Muzzuoli, sobre o controle jurisdicional de convencionalidade das leis. Em suma, falar em controle de convencionalidade significa referir sobre compatibilidade vertical das normas de direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país. Para aprofundar a temática, consultar: MUZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão<sup>874</sup>.

Aqui, é importante destacar o fato de que a Emenda Constitucional 45, a qual inseriu os parágrafos referidos acima, veio para sanar uma discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do “status” normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no Brasil. Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações a respeito desse tema, que podem ser sistematizadas em quatro correntes principais: a) a que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos<sup>875</sup>; b) o posicionamento que atribui caráter constitucional aos diplomas internacionais<sup>876</sup>; c) a vertente que reconhece o “status” de lei ordinária a esse tipo de documento internacional<sup>877</sup>; por último, a que atribui caráter “supralegal” aos tratados e convenções sobre direitos humanos<sup>878</sup>.

A tese da preponderância dos tratados internacionais sobre direitos humanos em relação às normas constitucionais é difícil de ser defendida no Brasil, justamente porque a Constituição é clara ao dispor no art. 102, III, b, que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar mediante Recurso Extraordinário a inconstitucionalidade de tratados<sup>879</sup>. Isso ocorre, principalmente, porque no país existe um sistema de controle de constitucionalidade regido pelo princípio da supremacia formal e material das normas constitucionais: vale dizer, a equiparação de tratado e Constituição esbarra na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

A hierarquia constitucional aos tratados referentes a direitos humanos e fundamentais é defendida por Cançado Trindade e Flávia Piovesan. Essa interpretação estaria baseada na cláusula de abertura prevista no § 2.º, do art. 5 da Constituição atual<sup>880</sup>. Nas palavras da doutrinadora:

---

<sup>874</sup> BRASIL, 2009, p. 11-2.

<sup>875</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2.º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25-6.

<sup>876</sup> PIOVESAN, 2006, p. 52; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Brasília**, n. 113-8. p. 88-9.

<sup>877</sup> ALBUQUERQUE, Xavier de. Relator do RE n.º 80.004. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 24 set. 2009.

<sup>878</sup> Previsto nos arts. 25 da Constituição da Alemanha; 55 da Constituição da França e 28 da Constituição da Grécia. MENDES, 2009.

<sup>879</sup> BRASIL, op. cit., p. 84.

<sup>880</sup> MELLO, 1999, p. 25-6.

<sup>880</sup> PIOVESAN, 2006, p. 59.



(...) O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte<sup>881</sup>.

Registra-se que o Paraguai<sup>882</sup> e a Argentina<sup>883</sup> inseriram conceitos de supranacionalidade em suas Constituições, provavelmente influenciados pela institucionalização da União Europeia. A Constituição uruguaia inseriu novo dispositivo em 1994, porém mais restritivo:

Art. 6.º En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos<sup>884</sup>.

Assim, também, ocorreu à Constituição da Venezuela. Esta, ainda, dispõe que se houver conflito entre norma constitucional interna e tratado sobre direitos humanos deve

<sup>881</sup> PIOVESAN, 2006, p. 54-5.

<sup>882</sup> Observar a redação do art. 145 da Constituição da República do Paraguai. “artículo 145 - Del orden jurídico supranacional. La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural”. PARAGUAI. Constitución Política de Paraguay. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/paraguay/para1992.html>>. Acesso em: 26 set. 2009.

<sup>883</sup> Consultar: “Art. 55 (...). 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. ARGENTINA. Constitución de la Nación Argentina. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/atribuciones.php>> Acesso em: 24 set. 2009.

<sup>884</sup> URUGUAI. Constitución de la República Oriental del Uruguay. Con las reformas de 1989, 1994, 1996 y 2004. Editorial Técnica S.R.L: Montevideo, 2005. p.3.

prevalecer a mais favorável ao indivíduo<sup>885</sup>. Essas normas revelam uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano.

No Brasil, essa foi uma discussão longa e polêmica que parece ter perdido força depois da Emenda Constitucional n.º 45, a chamada Emenda sobre a Reforma do Judiciário, a qual adicionou o § 3º ao art. 5º. O mesmo estabelece que os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem incorporados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, terão o mesmo “status” de norma constitucional.

A questão foi solucionada para o futuro, ou seja, para as normas que ingressarem no ordenamento a partir da vigência da Emenda Constitucional 45, em 8 de dezembro de 2004. Esta mudança ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, amplamente preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o antigo julgamento do Recurso Extraordinário n.º 80.0004/SE, julgado em 1977<sup>886</sup> e balizado com julgamentos após a Constituição de 1988<sup>887</sup>.

Após a reforma, é quase impossível defender a terceira das teses antes expostas, vale dizer, a da legalidade ordinária dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Ademais, isso vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, pois, no art. 27, consta que nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”<sup>888</sup>.

<sup>885</sup> A Constituição da Venezuela estabelece: “Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”. VENEZUELA. Constitución de La República Bolivariana de Venezuela. Disponível em: <<http://www.analitica.com/BITBLIO/anc/constitucion1999.asp#t3>>. Acesso em: 24 set. 2009.

<sup>886</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 80.0004. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 24 set 2009.

<sup>887</sup> Id. HC n.º 72.131. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 24 de set. 2009; Id. HC n.º 79.870. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 24 set. 2009; dentre outros.

<sup>888</sup> Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>. Acesso em: 26 set. 2009.

Levando em consideração essa norma de direito internacional, o Ministro Mendes defende a característica de suprallegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa ideia pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial junto aos demais atos internacionais, também seriam dotados de um atributo de suprallegalidade.

Em 03 de janeiro de 2008, o Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no histórico julgamento do HC, n.º 87.585-8<sup>889</sup>, e no RE, n.º 466.343<sup>890</sup>, de que os tratados de direitos humanos - anteriores à Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 - aprovados com o *quarum* qualificado possuem estatura de normas suprallegais: acima da lei ordinária, mas abaixo da Constituição. Segundo o voto do Ministro Mendes:

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana<sup>891</sup>.

Para corroborar seu posicionamento, o Ministro Mendes traz experiências do direito comparado: 1) art. 25 da Constituição alemã, o qual dispõe que as normas gerais do direito internacional público constituem parte integrante do direito federal, prevalecendo sobre as leis e produzindo direitos e deveres aos habitantes do território nacional; 2) art. 55 da Constituição da França; 3) art. 28 da Constituição da Grécia.

Mesmo com essa decisão inovadora do Supremo Tribunal Federal, vale observar que grande parte dos internacionalistas defende que o novo § 3º do art. 5º, introduzido pela nova Emenda, apenas trouxe a possibilidade daqueles instrumentos normativos passarem a ser formalmente constitucionais. Assim, afirma Piovesan:

Em face de todos os argumentos já expostos, sustenta-se que hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando – tal como o fez o texto argentino – que os tratados de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional<sup>892</sup>.

<sup>889</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n.º 87.585-8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 set. 2009.

<sup>890</sup> Id., Recurso Extraordinário n.º 466.343-1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 24 set. 2009.

<sup>891</sup> MENDES, 2009.

<sup>892</sup> PIOVESAN, 2006, p. 71.

Nesse sentido, concorda-se com Piovesan, pois a cláusula de abertura prevista no § 2º do art. 5º, incorpora todos os tratados sobre direitos humanos, independentemente do “quorum” de aprovação. Logo, seriam incorporados ao bloco de constitucionalidade e considerados normas constitucionais.

Da mesma forma entende Celso Albuquerque de Mello, ao dizer que à hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, não o oposto<sup>893</sup>. Também esse é o entendimento de Celso Lafer, ao afirmar que o novo § 3º do art. 5º pode ser considerado uma lei interpretativa destinada a sanar controvérsias suscitadas pelo § 2º do art. 5º da Constituição Federal<sup>894</sup>.

Pelo que foi exposto, é possível perceber certo avanço nas últimas decisões do Supremo Tribunal Federal, já que a jurisprudência anterior balizava o “status” de lei infraconstitucional a qualquer tratado incorporado ao país. Porém, em que pese esse avanço para nível supralegal, permanece um retrocesso se comparado a outros países em que já se consideram os tratados sobre direitos humanos como norma constitucional.

Entretanto, é necessário avançar ainda mais, já que atualmente os problemas jurídicos de maior relevo apresentam aspectos transversais, perpassando ordens jurídicas locais, nacionais e regionais<sup>895</sup>. Por isso, (ainda) se acredita na utopia do “novo”, inserida em uma cultura constitucional cosmopolita.

A palavra utopia tem como conceito comum a ideia de civilização perfeita. Pode referir-se a uma cidade ou a um mundo, sendo possível tanto no futuro, quanto no presente. A designação foi criada a partir dos radicais gregos que designam “um não-lugar ou lugar que não existe”. Primeiramente, citado por Thomas More, serviu de título para uma de suas obras para designar um lugar puro, onde existiria uma sociedade ideal. A partir dessa idéia, podem-se fazer várias interpretações e extrair muitos significados. Entretanto, parte do conceito de Karl Mannheim, cujo componente ideal é um estado de inconformismo com a ordem social vigente. Qualquer situação histórica produzirá utopias, pois “a relação entre a utopia e a ordem existente aparece como uma relação dialética”<sup>896</sup>.

Dessa forma, cada época histórica permite que apareçam valores que representam necessidades de determinados períodos que podem surgir na forma de utopias. Por isso, a

---

<sup>893</sup> MELLO, 1999, p. 25.

<sup>894</sup> LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005. p. 16.

<sup>895</sup> Ibid.

<sup>896</sup> MANNHEIM, Karl. **Ideologia e utopia**. Tradução de Sérgio M. Santeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1976. p. 223.

importância de se perceber o constitucionalismo como cultura sob a ótica cosmopolita, como uma nova possibilidade de observação da Constituição aberta, tendo sempre presente o papel do Estado, como ente imprescindível nesta busca pelo diálogo político, jurídico, cultural, econômico, social, enfim, enxergá-lo como um ente cosmopolita por excelência.

## CONCLUSÃO

Cultura es el sistema de ideas vivas que cada tiempo posee. Mejor: el sistema de ideas desde las cuales el tiempo vive<sup>897</sup>.

A abordagem sobre as alterações do constitucionalismo permite estabelecer um balanço, atentando para os desafios deste movimento, relacionado com a perspectiva cosmopolita. Estas observações finais impõem uma tripla provocação: recuperar os objetivos da tese; compreender em que medida a globalização e o cosmopolitismo afetam as Constituições contemporâneas; e entender de que modo o passado retorna sempre, mesclando-se com o presente e apresentando novas possibilidades futuras, já que, nas palavras de Ortega e Gasset citadas acima: “o tempo vive”.

Em primeiro lugar, faz-se menção ao caminho desenvolvido durante a tese. Foi preciso identificar as marcas deixadas pelo constitucionalismo em seus diferentes momentos históricos ao longo do tempo. Realizou-se um estudo sobre o período pré-moderno, muitas vezes surpreendente, visto que os gregos e os romanos, respectivamente com a noção de “politeía” e “res publica”, foram paulatinamente definindo um enorme projeto de conciliação política, como disciplina voltada à aspiração da virtude. Tratava-se, portanto, de evidenciar um ideal coletivo e político a ser buscado, jamais sendo imposto por um conquistador ou por um princípio absoluto. Logo, mesmo que as raízes do constitucionalismo moderno não possam ser buscadas no tempo passado, é possível se verificar certos laços temporais entre o presente, o passado e o futuro.

Ademais, percebeu-se que o cosmopolitismo surgiu, igualmente, na antiguidade, no mesmo tempo histórico do constitucionalismo. Com isso, buscou-se encontrar as reconfigurações relacionais, ou seja, demonstrar como seria possível ligar estas duas correntes, provando que, mesmo não havendo uma fusão entre elas, transitaram em épocas simultâneas, o que precisamente já indica pontos de contato e distanciamento, constituindo verdadeiro desafio à tentativa, mesmo assimétrica, desta abordagem. Enfrentar essas assimetrias e a necessidade de reconfiguração dos estudos sobre o tema, mostra a urgência da negativa de toda forma de homogeneização conceitual.

Foi constatado que a “desfiguração” da moeda e a crítica ferrenha dos cínicos poderia estar vinculada a um outro tipo de estruturação social e não meramente

---

<sup>897</sup> ORTEGA Y GASSET, José. **El tema de nuestro tiempo**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 83, nota 42.

descaracterização da “pólis”. Mesmo verificando a dificuldade em encontrar fontes de pesquisa sobre o cinismo e o estudo do cosmopolitismo por esse movimento, admite-se a recepção de vários dos seus ideais pelos filósofos iluministas, até o posterior desenvolvimento da teoria kantiana.

Antes da abordagem em torno do Estado Liberal, foi exposto que, com a teoria de Hobbes, ocorreu a refundação do direito sobre o princípio da legalidade como garantia da segurança jurídica<sup>898</sup>. Com efeito, com a primeira versão do Estado Moderno construído com base no poder do soberano, percebe-se o direito válido, independentemente de critérios de justiça. Era a época de domínio do “príncipe”. Posteriormente, esse modelo não mais atendeu às expectativas da classe burguesa, o que levou ao surgimento das primeiras Revoluções – Americana e Francesa – marcadas pelos ideais liberais do constitucionalismo moderno.

Entretanto, coube a Kant apresentar o plano de um constitucionalismo mais geral e menos ligado a um Estado em particular. Foi com o surgimento da Constituição jurídica segundo o direito cosmopolita, que passou-se a considerar “os homens e os Estados na sua relação externa de influência recíproca, como cidadãos de um estado universal da humanidade”<sup>899</sup>. Há que se realçar o fato de Kant estar limitado ao seu próprio período histórico - final do século XVIII, início do XIX - ou seja, espaço de tempo em que surge o constitucionalismo oitocentista, guiado pela razão e pela busca incessante da segurança jurídica.

De fato, são conhecidos as insuficiências e prejuízos que o racionalismo, mecanicismo, funcionalismo, enfim, práticas veiculadas ao uso desenfreado da razão instrumental trouxeram à ciência jurídica, na medida em que desvincularam o sentido da justiça e do direito, ou, citando Kelsen, desvincularam direito de moral, no que se chamou de uma “Teoria pura do direito”. Kant, do mesmo modo, buscou através do fio condutor da razão transpor categoriais estatais - como Constituição, federalismo e cidadania – para outro nível, que ele pensava ser uma dimensão política mundial em que se desenvolveria um sentido mais humano para o direito. Porém, atualmente, com todas as modificações e a evolução das ciências sociais e humanas, resta clara a limitação de seu pensamento.

Vale observar, mesmo depois dessas pontuações, que a doutrina kantiana possibilitou a relação entre o espaço estatal interno e o externo, assim como o respeito à

---

<sup>898</sup> FERRAJOLI, 2005, p. 16.

<sup>899</sup> KANT, 2004, p. 127.

hospitalidade universal, que deveriam ser reconhecidos pelos entes estatais e pelos próprios cidadãos. Desse modo, um dos desafios da contemporaneidade é ultrapassar o modelo elaborado por Kant, na busca de novas perspectivas ao cosmopolitismo.

Nesse sentido, quando se chega à contemporaneidade, verifica-se também o uso do termo neoconstitucionalismo, que acompanha o decorrer da tese. Muito se tem discutido sobre o real significado dos prefixos “neo” e “pós” – “neoconstitucionalismo” e “pós-positivismo”. Diante disso, como já foi demonstrado, existem muitos neoconstitucionalismos e positivismos, sendo complexo classificar os doutrinadores, como pertencentes a uma ou outra corrente.

Ressalta-se a posição de Streck, sublinhando que o neoconstitucionalismo é, ao mesmo tempo, ideológico (porque a Constituição é o elo contencioso entre política e direito), teórico (pois estabelece possibilidades de leitura de diferentes modelos de constitucionalismo) e, ainda, metodológico (já que avança sobre o sentido do positivismo, restabelecendo o vínculo entre direito e moral)<sup>900</sup>.

Com isso, importa destacar algumas características do neoconstitucionalismo surgidas no Pós-Guerra, como a supremacia dos princípios constitucionais, alçados a pedestal normativo do sistema e à atuação da jurisdição constitucional. Esta, muitas vezes, além de julgar determinada legislação infraconstitucional inconstitucional, modifica a interpretação do ordenamento posto, deixando a lei em vigor, porém, com outro sentido. Na verdade, em determinados momentos, o que acaba por acontecer é o desrespeito ao princípio da separação de poderes, com o Poder Judiciário agindo como legislador.

Essas novas características do constitucionalismo apresentam-se como intensos temas para debates, travados entre os defensores de posturas substancialistas e procedimentalistas. Acontece que, mesmo partindo em defesa da materialidade constitucional e, portanto, do viés substancialista, há que se destacar a relevância de se observar o direito e o próprio constitucionalismo não por posturas estanques e estigmatizadas pela exclusão, mas sim enxergar também os meios que existem em defesa de valores tutelados pelo próprio constitucionalismo.

Como segundo objetivo desta tese, aborda-se sobre a influência da globalização e do cosmopolitismo sobre o próprio constitucionalismo, justamente porque a realidade mesma se tornou global ou cosmopolita<sup>901</sup>. Aqui, igualmente, chega-se à segunda

---

<sup>900</sup> STRECK, 2009, p. 6-7.

<sup>901</sup> BECK, 2005, p. 10.



provocação do trabalho, ou seja, a tentativa de desenvolver um constitucionalismo de cunho cosmopolita.

Para José Eduardo Faria, o que é realmente novo, na globalização, são três enfoques: a) a superação das restrições espaço e tempo, graças a um processo estrondoso de difusão de informações; b) a avassaladora dimensão alcançada pelo movimentos transnacionais de capital, principalmente o financeiro; c) a formação de uma dinâmica hierárquica de trocas desiguais entre os fatores de produção em escala mundial<sup>902</sup>. Assim, tudo acontece muito mais rápido, bem como ocorrem a substituição do Estado como ator principal das relações – não só econômicas, como sociais, jurídicas e culturais – e a inserção de capitais transnacionais nas trocas desiguais de produção. Essa complexa rede de flexibilização e desregulamentação acabou por gerar um emaranhado de relações que rompeu com os esquemas tradicionais conhecidos pelo Estado. Como foi exposto no decorrer da tese, é possível trazer a metáfora de Gulliver, preso a uma infinidade de correntes em um mundo habitado por nativos minúsculos. A grande questão é: de que modo o Estado enfrentará a diversidade de poderes, comandados pelos demais organismos e instituições?

A ideologia do capitalismo global atua justamente no sentido de esconder a realidade, exaltando a capacidade do sistema e ocultando enormes desigualdades, principalmente evidenciadas nos “países do Sul” ou “em via de desenvolvimento”. Mas não somente nestes, já que os “Estados do Norte” também são atingidos por elevados níveis de desemprego, ataques terroristas e crises econômicas, recentemente constatadas também em determinados países membros da União Europeia.

Conforme De Julios-Campuzano, a violência da globalização está diretamente vinculada ao enfraquecimento do modelo estatal, que se percebe forçado a ceder à lógica do capital<sup>903</sup>. Isso provoca a debilidade das funções do Estado, que acaba por renunciar a várias de suas atribuições. No entanto, é importante a relação que Giddens faz com a obra de Dworkin, quando afirma que também se deve levar a globalização a sério<sup>904</sup> e, mais do que isso, deve-se levar o cosmopolitismo a sério.

É imperioso ressaltar que o cosmopolitismo se vincula com um processo multidimensional que modificou a relação entre os diferentes âmbitos das áreas sociais e humanas. De fato, o referido movimento busca a relação dos homens, dos Estados e

---

<sup>902</sup> FARIA, 2004, 61-2.

<sup>903</sup> DE JULIOS-CAMPUZANO, 2002, p. 24.

<sup>904</sup> GIDDENS, 1999, p. 39.

demais instituições numa perspectiva entre iguais; portanto, não traz um viés excludente, contido na expressão “ou este ou aquele”, mas a aceitação da diferença para a formação de novas possibilidades.

Deve-se destacar que a gama de conceitos em torno do cosmopolitismo levou Appiah a dizer que “si bien hay amigos del cosmopolitismo que me ponen nervioso, también me complace apor me a sus más ruidosos enemigos”<sup>905</sup>. Acontece que não é preciso tomar partido por um nacionalismo que esqueça todos os estrangeirismos, nem por um cosmopolitismo incondicional que não contemple o patriotismo.

Deve-se deixar claro que os defensores do cosmopolitismo não buscam o desaparecimento do Estado. Para Held, partidário de um modelo cosmopolita de democracia, os próprios postulados kantianos, mesmo que limitados aos Estados, devem ser os garantidores e articuladores dos direitos democráticos no plano global<sup>906</sup>. Em outras palavras, o modelo cosmopolita está baseado no reconhecimento de democracias em comunidades particulares, que paulatinamente irão se alastrando ao plano global. Os dilemas envolvendo o meio ambiente são bons exemplos para mostrar que o cosmopolitismo visa tanto à mobilização local como à global.

O cosmopolitismo deve ser entendido à luz de princípios universais, atentando para as diferentes valorações culturais, como na metáfora apresentada por Appiah, de um “espejo hecho añicos”<sup>907</sup>. Segundo esse autor, não é porque se vive na diversidade, que se devem aceitar relativismos. Se fosse dessa forma, careceria de sentido aprender, pensar, sentir e dialogar uns com os outros, na busca pelo melhor desenvolvimento humano. O espelho apresentado por Appiah reflete muitas culturas que se reconstroem no tempo, não deixando de ser espelhos, porque estão em pedaços menores.

Na mesma perspectiva de Appiah – em defesa do cosmopolitismo -, está Habermas, que pleiteia um Estado federativo, com o fortalecimento da capacidade regulatória do governo, das instituições e, também, da base democrática<sup>908</sup>. Ele defende que a cidadania deve ser reconhecida a todas as pessoas, que assim teriam o direito de votar para a formação de um parlamento mundial. Ademais, busca a transformação da Corte de Justiça e do Conselho de Segurança da ONU através da legitimação democrática.

---

<sup>905</sup> APPIAH, 2007, p. 19.

<sup>906</sup> HELD, 1997, p. 278.

<sup>907</sup> APPIAH, 2007, p. 27.

<sup>908</sup> HABERMAS, 2001, p. 125.

O ideal habermasiano aparentemente busca uma solidariedade universal cosmopolita, o problema é que existem interesses econômicos muito fortes – das empresas inter/transnacionais e dos “países do Norte” ou “desenvolvidos” –, voltados aos seus próprios objetivos capitalistas, ainda resquícios do Estado Liberal do século XVIII.

Ultrapassar as diferenças de uma sociedade em constante mutação, voltando-se para o reconhecimento e respeito às diferenças, sem olvidar o regime democrático e o papel do próprio Estado, parecem ser alguns dos problemas cruciais do cosmopolitismo. Como fazer com que os Estados percebam a importância da cooperação e da necessidade de crescimento em conjunto? Talvez, demonstrando a necessidade de se fazer respeitar, cada vez mais, a cidadania e os direitos humanos ou fundamentais.

Ao mesmo tempo em que se exportam os ideais capitalistas, convertem-se os direitos do homem em simulacros, condicionados à limitação do sistema. Para impedir a livre circulação de “cidadãos do mundo”, determinados “países desenvolvidos” tomaram medidas restritivas para evitar o fluxo migratório, que vão desde a negação ao direito de asilo político até recentes medidas legislativas, como a Diretiva de Retorno da União Europeia: Diretiva 2008/115/CE<sup>909</sup>. Com esta legislação, a partir de 2010, os imigrantes considerados ilegais poderão ser presos até que sejam deportados.

Constata-se que o berço europeu dos direitos humanos e fundamentais permanece colocando impedimentos a projetos que eles mesmos defenderam. No entanto, alguns doutrinadores continuam buscando uma ampliação do conceito de cidadania, como De Lucas<sup>910</sup>, que defende uma dupla natureza jurídica de cidadania, uma interna e outra internacional, no que é seguido pelos autores espanhóis Eusébio Fernandez Garcia e Fernando H. Llano Alosno. Nestas propostas, em primeiro lugar está o destaque à visão cosmopolita, o que não negaria a importância do local, no que se poderia chamar de “acordes” para um patriotismo cosmopolita.

Do que foi mencionado até o momento, vislumbra-se o apontado por Immanuel Wallerstein: a atuação como cidadãos do mundo varia segundo diferentes situações de tempo e espaço. Contudo, antes de se perceber se a resposta está em um patriotismo interessado ou em um cosmopolitismo satisfeito, é necessário o fim das desigualdades

---

<sup>909</sup> EUROPA. Directiva 2008/115/ do Parlamento Europeu e do Conselho. EUROPA- EUR-LEX.

<sup>910</sup> DE LUCAS, 1994.

sociais<sup>911</sup>. Tanto a busca pelo desenvolvimento interno como pelo internacional deve levar em consideração o fato de que todo homem que habita o planeta terra possui os mesmos direitos de respeito e consideração, independentemente de viver nos “Estados do Norte” ou nos “Estados do “Sul”.

Nesse viés, é preciso pensar na proteção não somente aos direitos fundamentais internalizados nas Cartas Constitucionais, mas também aos direitos humanos, dispostos em tratados, acordos ou convenções internacionais. Segundo Pérez Luño, os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades que exigem dos entes estatais um conjunto de medidas para que sejam respeitadas a dignidade, a liberdade e a igualdade humanas<sup>912</sup>.

Observa-se que essas medidas, mesmo que partam de um olhar cosmopolita, não negam o multiculturalismo. Daí ser possível defender uma cosmópolis multicultural. Na esteira de Delmas-Marty, recorre-se a um direito comum pluralista, capaz de ordenar a multiplicidade e a diversidade entre distintos Estados, culturas e identidades, tendo como paradigma um espaço e um tempo que são atuais, mas, ao mesmo tempo, direcionados ao futuro<sup>913</sup>.

Em suma, pode-se perceber que os países integrantes da Europa e das Américas já avançaram muito no que toca à implementação desses direitos – mesmo com alguns contratempos desencadeados por determinadas recusas norte-americanas. Também, os continentes africano e asiático ainda permanecem reticentes a vários princípios e ideais universais.

Com isso, os particularismos relacionados à regionalização e nacionalização dos direitos humanos são multiformes. Mas, para além de se considerarem os acordos internacionais, é importante a valorização do constitucionalismo e de políticas internas de proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos.

O terceiro objetivo desta conclusão - e também nova provocação sobre a mesma - é demonstrar que as projeções ou desafios futuros muitas vezes “retornam” ao passado, que mesmo sendo passado permanecem no presente e no futuro. Desse modo, a leitura de Häberle reflete o direito constitucional sob outras bases. Ao discorrer sobre a teoria constitucional como ciência da cultura ou Estado constitucional cooperativo, o autor

---

<sup>911</sup> WALLERTEIN, Immanuel. Ni patriotismo ni cosmopolitismo. SEN, Amartya. Humanidad y ciudadanía. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía** mundial. Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 151.

<sup>912</sup> PEREZ LUÑO, 2005, p. 50.

<sup>913</sup> DELMAS-MARTY, 2003.

alemão observa o constitucionalismo sob a perspectiva pluralista, abarcando diferentes culturas e tradições.

O retorno ao passado pode ser percebido tanto na própria aspiração coletiva defendida pelos gregos ou na “res publica” dos romanos, como também, em certos desenvolvimentos cosmopolitas dos cínicos, dos estoicos ou do universalismo jurídico romano. Assim, Häberle refere-se à Constituição como cultura ou ao Estado Constitucional Cooperativo, enlaçando processos de abertura até o pluralismo de identidades.

Gilmar Ferreira Mendes destaca que Häberle defende a ideia de integração como ponto de partida para consolidar o novo Estado Constitucional do século XXI – o “Estado Constitucional Cooperativo”<sup>914</sup>. É necessário ter em mente que a história é formada por elementos contínuos e descontínuos a serem feitos e refeitos continuamente.

Häberle sublinha o perigo de uma simples definição de cultura, pois ela pode se tornar vazia ou mesmo uma concepção em branco. Por isso, destaca-se a visão que Terry traz de cultura, como um cuidar que é ativo, aquilo que cresce naturalmente, remetendo a uma dialética entre o artificial e o natural, entre o que se faz ao mundo e o que o mundo faz<sup>915</sup>. É importante o cultivo, o cuidado, vale dizer, cultura do constitucionalismo cosmopolita.

O pluralismo da obra de Häberle está diretamente relacionado à questão democrática, através da tríade possibilidade, necessidade, realidade<sup>916</sup>. O primeiro elemento se mostra normativo, já incluído nas Constituições contemporâneas; o segundo relaciona-se com a urgência da aplicação; e o terceiro com a realidade prática. É possível ainda vislumbrar um outro conceito ligado à viabilidade dos três pressupostos. Além dessas linhas de raciocínio propostas por Häberle, ele sugere a urgência de uma comunidade constitucional, uma articulação de distintas partes da Constituição na formação de um Estado Constitucional Cooperativo.

A proposta häberliana supera a proposta de hospitalidade universal kantiana, pois vai ao encontro do pluralismo ou de estruturas abertas, partindo do exterior para o interior ou vice-versa. O constitucionalismo cooperativo leva em consideração identidades nacionais e não nacionais e a necessidade de colaboração entre os “países do Norte” e do “Sul”<sup>917</sup>. Diante disso, a cooperação possui um aspecto interno, relativo ao bem-estar dos

---

<sup>914</sup> MENDES, 2009. p. XI.

<sup>915</sup> EAGLETON, 2005. p. 9.

<sup>916</sup> HÄBERLE, 2002, p. 60.

<sup>917</sup> Ibid., 257-8.

cidadãos nacionais, e um aspecto externo, vinculado à preocupação com os demais Estados.

Vale considerar que o Estado Constitucional Cooperativo de Häberle, mesmo sendo um projeto em construção, está a caminho, já que a população e instituições mundiais começam a perceber a importância de relações multilaterais entre as diversas partes integrantes do globo terrestre. A crítica que se faz a Häberle é com relação à afirmação de que o Estado Constitucional Cooperativo deve se colocar no lugar do Estado Constitucional Nacional. Imagina-se que esta posição apresenta-se demasiado excessiva, já que ainda não se pode falar em Estado Mundial, mas sim em Estados que busquem a integração e o diálogo.

Dentre outras teorias que trazem novos desafios para entender a perspectiva cosmopolita, estão a teoria de Zagrebelsky com o direito dúctil, e a de Ferrajoli, com o viés garantista. A primeira destaca que um dos elementos caracterizadores do atual Estado Constitucional é a perda da posição de algumas categorias. Como exemplo: observar-se a Constituição como algo que está abaixo e que deve ser projetado.<sup>918</sup> A imagem da pirâmide e da Constituição no topo deveria ser reconfigurada, partindo de baixo para cima. Com isso, a Constituição seria a base de uma convivência plural e cosmopolita.

Já para Ferrajoli, a teoria garantista pode ser percebida através de três vertentes diversas: “modelo normativo de direito; teoria do direito e crítica do direito; filosofia do direito e crítica da política”<sup>919</sup>. Mas, o que está diretamente relacionado com o viés cosmopolita é a relação que o mesmo faz com a democracia e o constitucionalismo multinível.

Ferrajoli, para fugir do que ele chama de “anarquia planetária”<sup>920</sup>, propõe uma ordem internacional baseada em um modelo federado, com determinadas alterações no conjunto atual da Organização das Nações Unidas. Busca a defesa de uma esfera pública global heterônoma, baseando-se em um aumento da descentralização de poder.

A formação de uma nova esfera pública seria pleiteada por uma democracia global, almejada pelo lado oposto àquele que foi seguido na construção da democracia constitucional dos ordenamentos nacionais. Ele defende uma refundação do direito internacional através de vínculos entre legislações que estabelecem repartições em diferentes níveis – multiníveis – de competência. Dentre os empecilhos ao

---

<sup>918</sup> ZAGREBELSKY, 2007, p. 13.

<sup>919</sup> FERRAJOLI, 2000, p. 851-2.

<sup>920</sup> Id., 2007, p. 554.

constitucionalismo multinível, Ferrajoli coloca a indisponibilidade das grandes potências e dos impérios multinacionais em submeterem-se a limitações de qualquer tipo.

A dúvida que persiste ao ler a obra do autor italiano é sobre o progressivo “constitucionalismo muttilivello senza Stato”<sup>921</sup>. Não existe empecilho sobre a correta exposição do autor no tocante à construção de uma esfera pública global e ao reconhecimento do pluralismo dos ordenamentos. Todavia, mostra-se complicado concordar com a teoria de um constitucionalismo sem Estado. O papel do Estado sempre existirá no constitucionalismo, mesmo que seja em níveis diferenciados, como quer Ferrajoli. Quiçá, o desafio seja identificar qual o nível e o comprometimento de cada Estado neste processo.

Outra provocação ou desafio da presente pesquisa foi buscar a recuperação do Estado como condição para o reconhecimento de uma cultura constitucional cosmopolita. Aqui, novamente, retorna-se ao passado, já que para reconstruir devem-se trazer matizes passíveis de serem remodeladas ou recriadas.

Com Castanheira Neves, destaca-se o problema fulcral da “autonomia” do direito, sendo que esta é, no todo ou em parte, fruto da realidade histórico-cultural e humano social<sup>922</sup>. Sublinha-se a crítica colocada por este autor à concepção oitocentista, baseada na ilustração, no mecanismo, no procedimentalismo e no funcionalismo, ou seja, ao interrogar-se sobre a “autonomia”, ele trata da autossubsistência de sentido e das especificidades de seu fundamento no universo prático em que se encontra.

É necessário reiterar que Castanheira Neves questiona sobre uma nova “autonomia” para o direito no contexto cultural histórico-social contemporâneo<sup>923</sup>. O direito atual exigiria um “tertium genus”, nem puramente a concepção jusnaturalista, nem positivismo jurídico, mas sim uma resposta culturalmente humana a um problema também humano de convivência em sociedade. Conforme o autor, isso seria buscado pela historicidade e pelo condicionamento histórico-social de toda cultura.

Quando se fala em relações recíprocas, impõe-se o retorno a Kant e à noção de pensar colocando-se no lugar do outro, ou seja, pensar exercendo a corresponsabilidade. Assim, ao lado do “eu pessoal”, pode ser imaginado o “eu social” ou comunitário, sem que um e outro se reduzam à própria comunidade<sup>924</sup>. Assim, quando Castanheira Neves

---

<sup>921</sup> FERRAJOLI, 2007, p. 558.

<sup>922</sup> CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 7.

<sup>923</sup> Ibid., p. 53.

<sup>924</sup> Ibid., p. 69-70.

refere sobre a paz e a dimensão comunitária, é perceptível a identificação com o ideal cosmopolita, embora não da mesma maneira percebida por Kant – quando este passa ao plano internacional categorias nacionais –, mas quando ele desenvolve as condições mundano-social; humano-existencial e ética, manifestadas no entendimento do direito como direito, buscando em cada homem a dignidade do sujeito ético, detentor de direitos e obrigações para com a sociedade.

Nessa mesma orientação, Michel Rosenfeld sublinha a importância da identidade do sujeito constitucional, através da relação do eu com o outro ou, em outras palavras, do desenvolvimento da alteridade<sup>925</sup>. O que este autor pretende demonstrar é a urgência de um compromisso com o pluralismo, com a aceitação das diferenças, mesmo sob uma perspectiva “a priori”, baseada em princípios universais. Para ordenar essas constantes mutações que ocorrem em nível global, não há como fugir do direito e do papel desempenhado pelos Estados.

Dessa maneira, o questionamento sobre o sentido e a “autonomia” do direito está estreitamente relacionado a uma cultura constitucional que perceba a relevância da Constituição em determinado tempo, espaço e território.

Os Estados seguem sendo os atores políticos por excelência, onde há um espaço viável para se buscar a concretização dos direitos humanos e fundamentais. No entanto, como já é notório, estão sujeitos aos agentes externos ligados principalmente a questões econômicas e aos capitais internacionais. Por esse motivo, a recuperação da esfera pública somente é viável através de um modelo de Estado Democrático que esteja aberto aos interesses externos, sem descuidar de uma atenção especial aos direitos humanos.

Diante disso, Pisarello sugere um processo de abertura gradual, exequível na medida em que não busca uma regressão ao modelo estatal moderno e nacionalista, mas, sim, buscar uma forma de integração baseada em identidades plurais, que incluam concepções de vida não necessariamente aceitas como as da maioria. Em palavras diversas, nenhum Estado pode aspirar ser um Estado Democrático, reprimindo a imigração, fechando-se no que foi denominado por Habermas de “chauvinismo del bienestar” ou impondo identidades culturais excludentes.

Nessa esteira, a cultura constitucional cosmopolita deve ser percebida não apenas como fragmento de uma realidade específica. Mas, como refere a etimologia da palavra, as

---

<sup>925</sup> ROSENFELD, 2003, p. 17.



Constituições devem ser cultivadas pelos cidadãos, para que daí surja a autenticidade democrática.

Acaso seja esta a linha ora desenvolvida por Canotilho, quando menciona sobre o “constitucionalismo moralmente reflexivo”, elaborando uma relação direta com exigências mínimas que respeitem a liberdade e a igualdade ou a ligação com a teoria da justiça, baseando-se em virtudes básicas para sociedade. Ademais, segue essa linha quando altera a dimensão da Constituição para o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que recuperem as dimensões da responsabilidade, apoiando-se igualmente na sociedade civil<sup>926</sup>.

Abrindo-se a essas ideias, Canotilho preserva a dimensão cultural, quando menciona o fato da necessidade de existirem “corações nacionais”, mas, ao mesmo tempo, não afasta a categoria kantiana do republicanismo constitucional cosmopolita, afirmando que “à versão do republicanismo comunitarista, preferimos a kantiana”<sup>927</sup>. O jurista coimbrano quer demonstrar que o constitucionalismo contemporâneo deve ficar menos denso e menos pesado, enriquecido pela constitucionalização da responsabilidade e da hospitalidade.

Além disso, evidenciou-se como o Brasil, através da Constituição democrática de 1988, está inserido dentro do novo constitucionalismo – entendido como cultura -, sendo igualmente possível a relação com o cosmopolitismo. De fato, existe um capítulo próprio e uma gama de artigos espalhados no corpo da Constituição que tratam do direito constitucional cultural, bem como parágrafos, incisos e alíneas que possibilitam a abertura ao direito internacional. Infelizmente, também foi constatado um processo de retrocesso, tanto na doutrina, como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Depois da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, restou pacificado que os tratados de direitos humanos que forem incorporados por 3/5 dos votos dos respectivos membros, em dois turnos de discussão e votação serão equivalentes a Emendas Constitucionais. Contudo, permaneceu a dúvida quanto aos tratados que não atingirem o número necessário de votos ou os incorporados antes da respectiva Emenda. De fato, em 03 de janeiro de 2008, ficou definido por maioria dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que os tratados sobre direitos humanos anteriores à EC n.º 45, aprovados com o “quorum”

---

<sup>926</sup> CANOTILHO, 2006, p. 126-8.

<sup>927</sup> Ibid., p. 141.

qualificado possuem estatura de normas supralegais: acima da lei ordinária, mas abaixo da Constituição<sup>928</sup>.

Essa posição é contrária à de renomados juristas que defendem o avanço dos direitos humanos como Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Celso Albuquerque de Mello, Celso Lafer, etc. No entanto, não se pode afirmar que no Brasil somente houve retrocesso. A própria Constituição de 1988 é um exemplo do projeto democrático, assim como muitas atuações brasileiras no cenário internacional evidenciam a preocupação com o ideal cosmopolita.

A utopia do “novo”, inserida na perspectiva cosmopolita, pode ser usada em combinação com características desenvolvidas pelo neoconstitucionalismo empenhado em unir as regras e os princípios, como duas faces da mesma moeda, relacionando o direito com os princípios morais, juntamente com o respeito e reconhecimento das diferenças culturais, no que se pode denominar de cultura constitucional cosmopolita. Citando Ortega y Gasset, a cultura pode ser um sistema de ideias vivas que cada tempo possui e das quais o mesmo vive. Acreditar em utopias, talvez, seja como acreditar em caminhos...

---

<sup>928</sup>. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n.º 87.585-8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 set. 2009. Id. Recurso Extraordinário n.º 466.343-1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 24 set. 2009.

## REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Presentación: la concepción del Derecho en “El Derecho Dúctil”. In: **Anuario de filosofía del derecho**. Nueva época Tomos XIII-XIV, 1996-1997. p. 17-38.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito**. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

ALBUQUERQUE, Xavier de. Relator do RE n.º 80.004. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF. Disponível em: <[http:// www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor / pesquisarInteiroTeor.asp#resultado](http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado)>. Acesso em: 24 set. 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALTUSIO, Juan. **La política. Metodicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrado e profanos**. Traducción del latín Primitivo Mariño. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a hermenêutica constitucional. Alcance doutrinário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

APPIAH, Kwame Anthony. Ciudadanos del mundo. In: GIBNEY, Matthew J. (Edición). **La globalización de los derechos humanos**. Traducción de Helena Recassens Pons. Barcelona: Crítica, 2003

\_\_\_\_\_. **Cosmopolitismo. La ética en un mundo de extraños**. Traducción de Lilia Mosconi. Buenos Aires, Madrid: Katz Editores, 2007.

\_\_\_\_\_. **La ética de la identidad.** Traducción de Lilia Moscón. Buenos Aires, Madrid: Katz Editores, 2007.

\_\_\_\_\_. Patriotas cosmopolitas. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial.** Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 33-42.

ASÍS, Rafael de. **Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho.** Dykinson-Universidad de Jaén, Madrid: [s.n.], 1999.

AQUINO, Tomás de. **La monarquía.** Traducción de Laureano Robles y Ángel Chueca. 4. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARISTÓTELES. A Constituição de Atenas. Disponível em : <[http://www.consciencia.org/aristoteles\\_constituicao\\_de\\_atenas.shtml](http://www.consciencia.org/aristoteles_constituicao_de_atenas.shtml)>. Acesso em: 16 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. **Política.** Traducción de Patricio de Azcárate. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/13561630989134941976613/index.htm>> . Acesso em: 05 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. **Política.** Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

AURÉLIO. **O Dicionário da Língua Portuguesa.** 7. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2008.

BARBER, Benjamin R. Fe constitucional. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial.** Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 43-50.

BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo.** Os conceitos fundamentais e a construção do novo direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **La mirada cosmopolita o guerra es la paz.** Traducción de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona: Paidós, 2005.

\_\_\_\_\_. **O que é globalização? Equívocos do globalismo respostas à globalização.** Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_. **¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización.** Traducción de Bernardo Moreno. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich; GRANDE, Edgar. **La Europa cosmopolita. Sociedad y política en la Segunda Modernidad.** Traducción de Vicente Gómez Ibáñez. Barcelona: Paidós, 2006.

BENGTSON, Hermann. **Historia de Grecia.** Desde los comienzos hasta la época imperial romana. Traducción de Julio Calonge. Madrid: Editorial Gredos, 1986.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo.** São Paulo: Quatier Latin, 2008.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. **Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competência.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BITTENCOURT, Lúcio C. A. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.** Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BLOCH, Ernest. **O princípio esperança.** Tradução de Nélio Schneider. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005.

BLUMEMBERG, Hans. **O riso da mulher de Trácia. Uma pré-história da teoria.** Tradução de Maria Adélia Silva e Melo; Sabine Urban. Lisboa: Difel, 1994.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **El positivismo jurídico.** Traducción de Rafael de Asís y Andréa Greppi. Madrid: Editorial Debate, 1993.

\_\_\_\_\_. **Estado, Governo e Sociedade.** Tradução de Marco Aulério Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

\_\_\_\_\_. **O futuro da democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. Vol. 1. 12. ed. Brasília: UnB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la República.** Traducción de Pedro Bravo Gala. Madrid: Editorial Tecnos, 1985.

BOK, Sissela. De las partes al todo. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial;** Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 51-58.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 101-119.

\_\_\_\_\_. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia.** Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1998.

\_\_\_\_\_. A filosofia “política” no direito. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídico.** A filosofia no direito e a filosofia do direito. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007. p. 111-122.

\_\_\_\_\_. A Jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito II. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis; BARRETO, Vicente de Paulo... [et al.]. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 41-52.

\_\_\_\_\_. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a “realização” da ordem constitucional! E o povo... In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 91-111.

\_\_\_\_\_. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. O Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

\_\_\_\_\_. Reflexões acerca das condições e possibilidades para uma ordem jurídica democrática no século XXI. In: NUNES, A. J. Avelãs; COUTINHO, Jacinto de Miranda. **O direito e o futuro. O futuro do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 445-469.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5 ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **A Constituição aberta**. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Do país constitucional ao neocolonial**. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRACKTON. Henry de. Cum privilegio regali. Disponível em: <[http://fama.us.es/search~S5\\*spi?/abracton/abracton/1%2C1%2C3%2CB/frameset&FF=abracton+henry+de+m+1268&1%2C%2C3/indexsort](http://fama.us.es/search~S5*spi?/abracton/abracton/1%2C1%2C3%2CB/frameset&FF=abracton+henry+de+m+1268&1%2C%2C3/indexsort)>. Acesso em: 07 fev. 2009.

BRANHAM, R. Bracht. Desfigurar a moeda. A retórica de Diógenes e a *invenção* do cinisimo. In: GOULET-CAZÉ, Marie-Odile; BRANHAM, Bracht R. (Org). **Os cínicos. O movimento cínico na antigüidade e o seu legado**; Tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 95-119.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia. História de deuses e heróis**. Tradução de David Jardim. 29. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade – Uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio. A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli. In: **Seqüência**. N. 53 – Curso de Pós-graduação em Direito - UFSC, dez. 2006. p. 145-162.

\_\_\_\_\_. *O corpus iuris civilis* e a mudança no fundamento de validade do direito. In: **Novos Estudos Jurídicos**. NEJ - Vol. 11 - n. 1. Jan-jun, 2006, p. 75-101.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. El Tratado de Lisboa en el Diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. N. 83, mayo-agosto, Madrid, 2008. p. 57-92.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Brasília, n. 113-118.

CANOTILHO, J. J. Gomes. A *governance* do terceiro capitalismo e a Constituição social. In: **Revista “Entre Discursos e Culturas Jurídicas”**. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 147-154.

\_\_\_\_\_. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. O Estado Garantidor. Claros – Escuros de um Conceito. In: NUNES, A. J. Avelãs; COUTINHO, Jacinto de Miranda. **O direito e o futuro. O futuro do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 571-576.

\_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

\_\_\_\_\_. O Estado adjetivado e a Teoria da Constituição. Disponível em: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/canotilhonn.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/canotilhonn.pdf). Acesso em: 05 abr. 2009.

CARBONELL, Miguel (ed). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.



\_\_\_\_\_. **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos.** Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARVALHO, Evandro Menezes de. **Organização Mundial do Comércio. Cultura Jurídica, Tradução e Interpretação.** Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: MOURA RAMOS, Manuel (Org.) . **Estudos em homenagem à professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço.** Coimbra: Almedina, 2002, II.

\_\_\_\_\_. **Digesta.** Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, vol. 1.

\_\_\_\_\_. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

\_\_\_\_\_. **O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

\_\_\_\_\_. **Questão-de-facto. Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade. Ensaio de uma reposição crítica.** Almedina: Coimbra, 1967.

CICERONIS, M. Tulli. **De re publica.** Traduction de J. V. Le Clerc. Paris: Librairie Hachette Et, 1907.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo. Direito e Justiça Distributiva.** Elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CMI BRASIL – Centro de mídia independente. Europa: A Diretiva de retorno instaura o fascismo na Europa. Disponível em: <<http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2008/06/422612.shtml>>. Acesso em: 09 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. A extradição do coronel Cordero. Disponível em: <<http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2009/03/443490.shtml>>. Acesso em: 09 jul. 2009.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, M. (ed). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 75-98.

CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique**, appllicables a tous les gouvernemens représentaties et particulièrement a la Constitution actuelle de la France. Paris: Chez Alexis Aymery. Mai, 1815.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado de Direito Transnacional. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (Orgs.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 56-71.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. A crise financeira mundial, o Estado e a democracia econômica. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTC)** I (2), julho-dezembro, 2009. p. 46-56.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna 2004.

\_\_\_\_\_. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **O poder dos juízes**. 2. ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes; Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre, 2009.

\_\_\_\_\_. **En las encrucijadas de la modernidad**. Política, Derecho y Justicia. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2000.

\_\_\_\_\_. Estado constitucional y ciencia del derecho. Perfiles de um nuevo paradigma. In: JORNADAS INTERNACIONALES “NUEVAS PERSPECTIVAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL”. Facultad de Derecho de Sevilla. 08 y 09 de enero de 2009.

\_\_\_\_\_. Globalización y modernidad. La vía del constitucionalismo cosmopolita. In: **Anuario de Filosofía del Derecho**. Tomo XIX. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos: Madrid, 2002.

\_\_\_\_\_. **La dinámica de la libertad. Tras las huellas del liberalismo**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997.

\_\_\_\_\_. **La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo**. Madrid: Dykinson, 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille. [Entrevista com Mireille Delmas-Marty.] Texto trabalhado no grupo de estudos da UNISINOS, baseado em Lettre Du Collège de France, n. 22, fevereiro de 2008.

\_\_\_\_\_. **Le relatif et l'universel**. Paris: Éditions du seuil, 2004.

\_\_\_\_\_. **Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné**. Paris: Éditions du Seuil, 2006.

\_\_\_\_\_. **Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs**. Paris: Éditions du Seuil, 2007.

\_\_\_\_\_. **Por um direito comum**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. **Três desafios para um Direito Mundial**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

DE LUCAS, Javier. **El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural**. Madrid: Temas de Hoy, 1994.

\_\_\_\_\_. Multiculturalismo y derechos humanos. In: **Diccionario de los derechos humanos**. Universidad Internacional de Andalucía: Sede Iberoamericana de la Rábida, D. L., 2000.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1987.

DEMOCRACIA E POLÍTICA. Disponível em: <[http:// democraciapolitica.blogspot.com/2008/06/imigrao-na-europa-diretiva-da-vergonha.html](http://democraciapolitica.blogspot.com/2008/06/imigrao-na-europa-diretiva-da-vergonha.html)> Acesso em: 09 jul. 2009.

DERRIDA, Jacques. **Cosmopolitas de todos os países, mais um esforço**. Tradução de Fernanda Bernardo. Coimbra: Minerva Coimbra, 2001.

**DICIONÁRIO CONTEMPORÂNEO DA LINGÜA (SIC) PORTUGUESA**. 4. ed., Vol. 2. Rio de Janeiro: Delta, 1958, consideravelmente aumentado e adaptado ao uso no Brasil.

**DICIONÁRIO CONTEMPORÂNEO DA LINGÜA (SIC) PORTUGUESA**. 4. ed., Vol. 4. Rio de Janeiro: Delta, 1958, consideravelmente aumentado e adaptado ao uso no Brasil.

**DICIONÁRIO CONTEMPORÂNEO DA LINGÜA (SIC) PORTUGUESA**. 4. ed., Vol. 5. Rio de Janeiro: Delta, 1958, consideravelmente aumentado e adaptado ao uso no Brasil.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Constitucionalismo de la Unión Europea**. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

DRI, Clarissa Franzoi. As funções do parlamento entre o Estado-nação e a integração regional: esgotamento orgânico ou adaptação institucional? In: **Revista de Ciências Humanas**. Florianópolis, EDUFSC, n. 39, p. 83-98, abril de 2006. Disponível em: <[http://www.cfh.ufsc.br/~revista/rch39/RCH39\\_artigo\\_4.pdf](http://www.cfh.ufsc.br/~revista/rch39/RCH39_artigo_4.pdf)>. Acesso em: 08 jul. 2009.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Levando o direito a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes; 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EAGLETON, Terry. **A idéia de cultura.** Tradução de Sandra Castello Branco. São Paulo: Editora UESP, 2005.

EL PAÍS. Disponível em: <[http://www.elpais.com/articulo/economia/recesion/eleva/par/31/millones/elpepieco/20090109elpepieco\\_1/Tes/](http://www.elpais.com/articulo/economia/recesion/eleva/par/31/millones/elpepieco/20090109elpepieco_1/Tes/)>. Acesso em: 09 jul. 2009.

EUROPA. O PORTAL DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <[http://europa.eu/lisbon\\_treaty/index\\_pt.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/index_pt.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2009.

FALK, Richard. Una revisión del cosmopolitismo. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo.** Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial. Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo de hoje.** Nascimento e crise do Estado Nacional. Tradução de Carlo Coccioli; Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Derechos y garantías. La ley del más débil.** Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

\_\_\_\_\_. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

\_\_\_\_\_. **Epistemología Jurídica y garantismo.** México: Fontamara, 2006.

\_\_\_\_\_. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, M. (ed). **Neoconstitucionalismo(s).** 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 13-29.

\_\_\_\_\_. **Principia iuris.** Teoria del diritto e della democrazia. Teoria della democrazia. Roma: Editori Laterza, 2007.

FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio. **Dignidad Humana y ciudadanía cosmopolita.** Madrid: Dykinson, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: da la antigüedad a nuestros días.** Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FOLHA DE SÃO PAULO. Brasil e Haiti. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/>>. Acesso em: 17 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Entenda a crise na Grécia. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u731283.shtml>>. Acesso em: 08 mai. 2010.

\_\_\_\_\_. Governo haitiano eleva contagem de mortos. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u683790.shtml>>. Acesso em: 24 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Manifestantes anti-G8 entram em choque com a polícia italiana. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u590778 .shtml>>. Acesso em: 08 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Senado aprova entrada da Venezuela no Mercosul. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u666908.shtml>>. Acesso em: 19 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. STF julga poder do governo no caso Battisti. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil /ult96u4970 08.shtml>>. Acesso em: 09 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Uruguaio, que teria participado da Operação Condor, é acusado de seqüestro. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ brasil/inde07082009>>. Acesso em: 07 ago. 2009.

FORSTHOFF, Ernest. **El Estado de la sociedad industrial.** El modelo de la República Federal de Alemania; traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FRANKLIN, Daniel P; BAUN, Michael J. (editores). **Political culture and constitutionalism: a comparative approach.** New York: M. E. Sharpe, 1995.

GADAMER, Hans-Gerg. **Verdade e Método I.** Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica; tradução de Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Método II.** Complementos e índice. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Obras completas.** Vol. I, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

\_\_\_\_\_. **A terceira via, reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social democracia.** Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GOULET-CAZÉ, Marie-Odile; BRANHAM, Bracht R. (Org). **Os cínicos.** O movimento cínico na antigüidade e o seu legado; tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. **Kant et le problème du droit.** Paris: J. Vrin, 1975.

\_\_\_\_\_. **O que é Democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura.** Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Os fundamentos da ordem jurídica.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidade.** Traducción de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUASTINI, Ricardo. Derecho dúctil, Derecho incerto. In: ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO. Nueva época Tomos XIII-XIV, 1996-1997. p. 111-123.

\_\_\_\_\_. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. CARBONELL, M. (ed). **Neoconstitucionalismo(s).** 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 49-73.

HÄBERLE, Peter. Entrevista disponibilizada em 16 de julho de 2009. Direito Administrativo em debate. Disponível em: <<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com/2008/11/21/entrevista-peter-haberle/>> . Acesso em: 16 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. **Estado Constitucional Cooperativo.** Tradução de Marcos Augusto Maliska; Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica constitucional.** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contruição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

\_\_\_\_\_. **Libertad, igualdad, fraternidad.** 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. **Os problemas da verdade no Estado Constitucional.** Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo y Constitución.** Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura.** Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional. Ensaio políticos.** Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

\_\_\_\_\_. **A inclusão do outro. Estudos de teoria política.** Tradução de Gerge Sperber; Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Motta. 3.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

\_\_\_\_\_. **Más allá del Estado Nacional.** Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Tradução de Tomaz Tadeu da Silva; Gracira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2006. p. 68 e 69.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.



HEGEL, Gerg Wilhelm Friedrich. **La Constitución de Alemania**. Traducción de Dalmacio Negro Pavón. Madrid: Aguilar, 1972.

\_\_\_\_\_. **Fenomenologia del Espírito**. Traducción de Wenceslao Roces. Fondo de Cultura Económica: México-Buenos Aires, 1966.

HEIDEGGER, Martin. **Caminhos de Floresta**. Tradução de Irene Borges-Duarte Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2002.

\_\_\_\_\_. **Carta sobre o humanismo**. Tradução de Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Editora Moraes, 1991.

\_\_\_\_\_. **Heráclito: a origem do pensamento ocidental**. Tradução de Márcia de Sá Calvalcante Schuback. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1998.

\_\_\_\_\_. **O fim da filosofia ou a questão do pensamento**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1972.

\_\_\_\_\_. **Que é metafísica?** Tradução de Ernildo Stein. Coleção Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

\_\_\_\_\_. **Ser e Tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Parte I. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Ser e Tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Parte II. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

HELD, David; MOORE, Henrietta L. **Cultural Politics in a Global Age. Uncertainty, Solidarity and Innovation**. Oxford: Oneworld, 2008.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Globalization/Anti-Globalization**. Beyond the Great Divide. 2.ed. Cambridge: Polity, 2007.

HELD, David. Cultural Diversity, Cosmopolitan Principles and the Limits of Sovereignty. In: HELD, David; MOORE, Henrietta L. **Cultural Politics in a Global Age**. Uncertainty, Solidarity and Innovation. Oxford: Oneworld, 2008. p. 157-164.

\_\_\_\_\_. **La democracia y el orden global.** Del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Traducción de Sebastián Mazzuca. Barcelona: Paidós, 1997.

\_\_\_\_\_. **Modelos de democracia.** Traducción de Teresa Albero. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Lenadro Konder. São Paulo: Landy Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

HOBBS, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo.** Tradução de José Viegas. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje.** Tradução de Tito Lívio Cruz Romão: São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Derecho Intercultural.** Traducción de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento.** A gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

IANNI, Octavio. **A era do globalismo.** 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

\_\_\_\_\_. **As ciências sociais na época da globalização.** Disponível em: <<http://www.billreidfoundation.org/banknote/spirit.htm>> . Acesso em: 19 mai. 2009.

INTERECONOMÍA. España seguirá liderando el paro en Europa entre 2009 y 2010. Disponível em: <[http://www.intereconomia.com/es/informacion\\_financiera/macro/200906265112-paro-iee-espana-europa.html](http://www.intereconomia.com/es/informacion_financiera/macro/200906265112-paro-iee-espana-europa.html)>. Acesso em: 09 jul. 2009.

INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução de Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. **O Brasil e o direito internacional dos conflitos armados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

JUSTIÇA GLOBAL. Disponível em: <<http://www.global.org.br/portuguese/damiauximenes.html>>. Acesso em: 15 out. 2007.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004.

\_\_\_\_\_. **Fundamentación para metafísica de las costumbres**. 3. ed. Traducción de Roberto Rodríguez Aramayo. Madrid: Alianza Editorial, 2008.

\_\_\_\_\_. **Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Tradução de Rodrigo Navas. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Derecho y paz en las relaciones internacionales**. Traducción de Florencio Acosta. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. The Law of the United Nations. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=yQk8-JyWvPUC&pg=PR23&lpg=PR23&dq=Book+online+Kelsen+The+Law+of+the+United+Nations&source=bl&ots=sXE-EC8TXZ&sig=XsoGIcosXP0rJ82QYrra4f18Iqc&hl=ptBR&ei=hjzFSuXLE4m0uAfErLzqDg&sa=X&oi=bookresult&ct=result&resnum=3#v=onepage&q=&f=false>> Acesso em: 12 jul. 2009.

KURIKI, H. Entrevista. In: VALADEZ, Diego. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Tradução, do espanhol, por Carlos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 111-129.

LAÊRCIO, Diôgenes. **Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres**. Tradução de Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais.** São Paulo: Manole, 2005.

LANDA, César. Entrevista. O papel dos Tribunais constitucionais diante dos desafios contemporâneos. In: VALADEZ, Diego. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle.** Tradução de Carlos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1-15.

LAPORTA, Francisco J. **El império de la ley. Una visión actual.** Madrid: Editorial Trotta, 2007.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição.** Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LEMINSKI, Paulo. **Melhores poemas de Paulo Leminski.** São Paulo: Global, 2002.

LLANO ALONSO, Fernando H. **El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant.** Madrid: Dykinson, 2002.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo.** Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

LOPEZ-ARANGUREN, Eduardo. **El federalismo americano: las relaciones entre poderes en los Estados Unidos.** Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1987.

LOVELAND, Ian (editor). **Constitucional Law.** Hampshire: Ashgate Publishing, 2000.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana/Colección Teoría Social. 2005.

\_\_\_\_\_. Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas. In: ECKERT, Clarissa; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas.** Porto Alegre: UFRGS, 1997. p. 49-59.

MALDONADO, Daniel Bonilla. **La Constitución multicultural.** Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes - Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2006.

MANNHEIM, Karl. **Ideologia e utopia**. Tradução de Sérgio M. Santeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1976.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**. Dós pré-socráticos a Wittgenstein. 9. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

MARRAMAIO, Giacomo. **Dopo el Leviatano. Individuo e comunità**. Torino: Bollati Borinlhieri, 2000.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MATTON, Sylvain. Cinismo e cristianismo da Idade Média ao Renascimento. GOULET-CAZÉ, Marie-Odile; BRANHAM, Bracht R. (Org). **Os cínicos. O movimento cínico na antigüidade e o seu legado**. Tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 265-290.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Traducción de Francisco Javier Ansúategui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: EditorialTrotta, 1998.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antiguo y moderno**. Traducción de Juan Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2.º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRE, Ricardo (Org.). TORRES, Ricardo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: VALADEZ, Diego. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Tradução, do espanhol, por Carlos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. IX- XVI.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Voto-Vogal no Recurso Extraordinário n. 466.343-1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 24 set. 2009.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Reconhecimento em debate: os modelos de Honnet e Fraser em sua relação com o legado habermasiano. Disponível em: <[http://www.fafich.ufmg.br/compolitica/anais\\_2006/Mendonca\\_2006.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/compolitica/anais_2006/Mendonca_2006.pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2009.

MOLES L., John. Cosmopolitismo cínico. In: GOULET-CAZÉ, Marie-Odile; BRANHAM, Bracht R. (Org). **Os cínicos**. O movimento cínico na antigüidade e o seu legado; tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 121-136.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORIN, Edgar. **Amor, poesia e sabedoria**. Tradução de Edgar de Assis Carvalho. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MUZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional**. Um estudo sobre a soft law. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto: **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Transconstitucionalismo**. Tese apresentada ao concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular na área de direito constitucional, junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

NOUR, Soraya. **A paz perpétua de Kant**. Filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NASCIMENTO, Valéria Ribas; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A cidadania e a Constituição. Uma necessária relação simbólica. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ana 44; n. 175, julho/setembro – 2007. p. 165-167.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo e Cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

NIEHUES-PRÖBSTING, Heinrich. A recepção moderna do cinismo. Diógenes no Iluminismo. In: GOULET-CAZÉ, Marie-Odile; BRANHAM, Bracht R. (Org). **Os cínicos. O movimento cínico na antigüidade e o seu legado**. Tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 359-395.

NUSSBAUM, Martha. Patriotismo y cosmopolitismo. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo**. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial. Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 13-29.

\_\_\_\_\_. Réplica. In: NUSSBAUM, Martha C. **Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial**. Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 158-173.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ORTEGA Y GASSET, José. **Discursos Políticos**. Madrid: Alinza Editorial, 1990.

\_\_\_\_\_. **El tema de nuestro tiempo**. Madrid: Tecnos, 2002.

OST. François. Júpiter, Hérculos, Hermes: tres modelos de juez. In: **DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho**. N. 4. España: Alicante, 1993. p. 169-194.

\_\_\_\_\_. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PASCUAL, Cristina García. Onden jurídico cosmopolita y Estado mundial en Hans Kelsen. In: **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**. N. 2, 1999. Disponível em: <<http://www.uv.es/CEFD/2/pascual.html>>. Acesso em: 26 mai. 2009.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

\_\_\_\_\_. Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional. In: **Teoría y realidad constitucional**. N. 20. Universidad Nacional de Educación a distancia. Editorial Universitária Ramón Areces, 2007. p. 495-511.

\_\_\_\_\_. **Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho**. Sevilla: Innovación Lagares, 2003.

PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique; CARRERA, Carlos Alarcón; GONZÁLES-TABLAS, Rafael; RUIZ DE LA CUESTA, Antonio. **Teoría del derecho**. Una concepción de la experiência jurídica. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. Ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PISARELLO, Gerardo. Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 159-184.

POLIBIO. **Historias. Libros V-VI**. Traducción de Antonio Sancho Royo. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2008.



POSAVEC, Zvonko. Entrevista. In: VALADEZ, Diego. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Tradução, do espanhol, por Carlos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 131-157.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Fontamara, 1997.

\_\_\_\_\_. El constitucionalismo de los derechos. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Núm. 71. Mayo-Agosto, 2004. p. 47-72.

PUTNAM, Hilary. ¿Debemos escoger entre el patriotismo y la razón universal? In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo**. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial. Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 113-120.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática**. Traducción de Genís Sánchez Barberán y Vanesa Casanova. Barcelona: Paidós, 2010.

REID, Bill. Bill Reid Foundation. Disponível em: <<http://www.billreidfoundation.org/banknote/spirit.htm>> . Acesso em: 16 abr. 2009.

REVISTA ELETRÔNICA BRASIL&HAITI. Um novo olhar sobre um novo Haiti. <<http://www.brasilhaiti.com/conteudoimprensa.asp?id=21>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

ROTH, André-Noël. O Direito em crise: fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

\_\_\_\_\_. **Rousseau e as relações internacionais.** Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. Del dúctil derecho y la virtuosa necesidad. In: **Anuario de filosofía del derecho.** Nueva época Tomos XIII-XIV, 1996-1997. p. 159-173.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger. Um mestre da Alemanha entre o bem e o mal.** Tradução de Lya Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2000.

SAINT-PIERRE, Abbé de. **Projeto para tornar perpétua a paz na Europa.** Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A “mentalidade alargada” da justiça (Têmis) para compreender a transnacionalização do direito (Marco Pólo), no esforço de construir o cosmopolitismo (Barão nas árvores). In: **Boletim da Faculdade de Direito.** Vol. LXXXIII Coimbra: Universidade de Coimbra, 2007. p. 347-382.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional. Como mudam as Constituições.** Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

SAVATER, Fernando. La universalidad y sus enemigos. In: **Claves.** N. 49, enero-febrero, 1995.

SCHMITT, Carl. **El nomes de la Tierra en el Derecho de Gentes del ius publicum europaeum.** Traducción de D. Schilling Thon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1974.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la Constitución.** Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **Introdução ao direito internacional público**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya. Humanidad y ciudadanía. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo**. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial. Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 135-143.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **A constituição burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?** Tradução de Norma Azevedo. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**. Para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUC, 1996.

\_\_\_\_\_. Breves considerações históricas sobre as origens da filosofia no direito. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. A filosofia no direito e a filosofia do direito. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007. p. 97- 110.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LXXXII Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006. p. 213-237.

\_\_\_\_\_. Apresentação. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermenêuta. Um manifesto de Laurence Tribe e Michel Dorf da proteção substantiva dos direitos fundamentais. In: **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarílis de Souza Bichal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. xiii-xxxv.

\_\_\_\_\_. Concretização de direitos e interpretação da Constituição. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LXXXI. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005. p. 291-323.

\_\_\_\_\_. HEIDEGGER, Martin. In: BARRETO, Vicente (Coord). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos. Rio de Janeiro, 2006. p. 426-430.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermenêuta. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. A filosofia no direito e a filosofia do direito. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007. p. 125-144.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova visão crítica do Direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. O direito sob o olhar de um jusfilósofo. In: **Revista Consulex**. Ano XIII. N. 299, 30 de junho de 2009. p. 6-8.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SWIFT, Jonathan. **As viagens de Gulliver**. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch. Porto Alegre: L&PM, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo. Examinando a política de reconhecimento**. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

\_\_\_\_\_. Por qué la democracia necesita del patriotismo. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo**. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial. Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 145-148.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Tradução de Brunela Vieira de Vincenzi e outros. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarílis de Souza Bichal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TULLY, James. **Strange Multiplicity. Constitutionalism in age of diversity.** 7. th. printing. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

VALADEZ, Diego. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle.** Tradução, do espanhol, por Carlos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger.** Tradução de João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade:** atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3. ed. Rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Edira, 2003.

VENTURA, Deisy. **As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia:** os desafios de uma associação inter-regional. Barueri, SP: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. Hiatos da transnacionalização na nova gramática do direito em rede: um esboço da conjugação entre estatalismo e cosmopolitismo. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis [et al] (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2008. p. 223-240.

\_\_\_\_\_. Uma caixa de ressonância de eventos no plano global. In: **Prisma Jur.**, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun., 2009. p. 17-28.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional:** aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la Constitución como ciencia cultural.** 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998.

VIEIRA, José Ribas (Org.). **A Constituição européia.** O projeto de uma nova teoria constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, Liszt. Cidadania global, Estado Nacional e Espaço Público Transnacional. In: **Argonautas da cidadania.** A sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

\_\_\_\_\_. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org). **O Público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p.213-256.

VIROLI, Maurizio. **Por amor a la pátria**. Un ensayo sobre el patriotismo y el nacionalismo. Traducción de Patrick Alfada. Madrid: Acento, 1997.

WALLERTEIN, Immanuel. Ni patriotismo ni cosmopolitismo. SEN, Amartya. Humanidad y ciudadanía. In: NUSSBAUM, Martha C.; COHEN, Joshua. **Los límites del patriotismo**. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial. Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999. p. 148-151.

\_\_\_\_\_. **O fim do mundo como o concebemos**. Ciência social para o século XXI. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. 11.ed. São Paulo: Ática, 2006; DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

\_\_\_\_\_. El derecho constitucional del pluralismo. In: **Anuario de derecho constitucional y parlamentario**. n. 11, 1999. p. 7-36.

\_\_\_\_\_. **Essere delle istituzioni**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2005.

\_\_\_\_\_. **História y Constitución**. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 91-104.  
ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZOLO, Danilo. **Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial**. Traducción de Rafael Grasa y Francesc Serra. Barcelona: Paidós, 2000.

## LEGISLAÇÕES E DOCUMENTOS

ARGENTINA. Constitución de la Nación Argentina. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/atribuciones.php>>. Acesso em: 24 set.2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 42. atualizada e ampliada. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARTA AFRICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf>>. Acesso em: 16 ago.2009.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>>. Acesso em: 10 jul. 2009.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>. Acesso em: 26 set. 2009.

DIRECTIVA 2008/115/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/Notice.do? val =4 85802 :cs&lang= pt&list=485802:cs, & pos =1&p age=1 &nbl=1&p gs= 10&h words= &checktexte= checkbox&visu=#texte](http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=485802:cs&lang=pt&list=485802:cs, & pos =1&p age=1 &nbl=1&p gs= 10&h words= &checktexte=checkbox&visu=#texte)>. Acesso em: 10 ago. 2009.

ESPAÑA. **Constitución Española**. 15. ed. Editorial Tecnos: Madrid, 2008.

EUA. **The Constitution of the United States**. Philadelphia: National Constitution Center, 2004.

EUROPA. O PORTAL DA UNIÃO EUROPÉIA. Legislação e Tratados. Disponível em: <[http://europa.eu/lisbon\\_treaty/full\\_text/index\\_pt.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/full_text/index_pt.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2010.

ITÁLIA. Costituzione della Repubblica italiana. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/CostituzioneRepubblicaItaliana.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2009.

PARAGUAI. Constitución Política De Paraguay. Disponível em: < <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/paraguay/para1992.html>>. Acesso em: 26 set. 2009.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 24 set. 2009.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. The human right index for the Arab Contries. Disponível em: <<http://www.arabhumanrights.org/en>>. Acesso em: 16 ago. 2009.

URUGUAI. **Constitución de la República Oriental del Uruguay. Con las reformas de 1989, 1994, 1996 y 2004.** Editorial Técnica S.R.L: Montevideo, 2005.

VENEZUELA. Constitución de La República Bolivariana de Venezuela. Disponível em: <<http://www.analitica.com/BIBLIO/anc/constitucion1999.asp#t3>>. Acesso em: 24 set. 2009.

## CASOS E DECISÕES

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n.º 2.777. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 02 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. ADPF n.º 101. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=101&processo=101>>. Acesso em: 16 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. ADPF n.º 153. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=153&processo=153>>. Acesso em: 26 set. 2009.

\_\_\_\_\_. Extradicação n.º 974. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 11 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. HC n.º 72.131. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 24 set. 2009.

\_\_\_\_\_. HC n.º 79.870. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 24 set. 2009.



\_\_\_\_\_. HC n.º 87.585-8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 set. 2009.

\_\_\_\_\_. Mandado de Segurança n.º 27.875. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 09 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário n.º 466.343-1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 24 set. 2009.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário n.º 80.0004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 24 set. 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.doc)>. Acesso em: 10 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Caso Nogueira de Carvalho y outro vs. Brasil. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_161\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_esp1.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Caso Escher y otros vs. Brasil. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_199\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_199_esp.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Caso Garibaldi vs. Brasil. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_203\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_esp.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2010.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. COUR EUROPÉENNE DES DROIT DE L'OMME. Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais com as modificações introduzidas pelo Protocolo n.º 11 acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos nos 4, 6, 7 e 13 (versão em português). Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Basic+Texts/The+Convention+and+additional+protocols/The+European+Convention+on+Human+Rights>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Brasil y la OMC. Disponible em: <[http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/countries\\_s/brazil\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/countries_s/brazil_s.htm)>. Acesso em 10 mai. 2010.

\_\_\_\_\_. Brasil. Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados. Disponible em: <[http://search.wto.org/search?q=cache:Soi4I-PAfCUJ:www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/332abr\\_s.doc+++brasil+e+pneus&access=p&output=xml\\_no\\_dtd&ie=UTF-8&client=spanish\\_frontend&num=10&site=Spanish\\_website&proxystylesheet=spanish\\_frontend&oe=UTF-8](http://search.wto.org/search?q=cache:Soi4I-PAfCUJ:www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/332abr_s.doc+++brasil+e+pneus&access=p&output=xml_no_dtd&ie=UTF-8&client=spanish_frontend&num=10&site=Spanish_website&proxystylesheet=spanish_frontend&oe=UTF-8)> Acesso em: 16 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Entender la OMC. Disponible em: <[http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/fact1\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm)>. Acesso em 10 mai. 2010.

\_\_\_\_\_. Los principios del sistema de comercio. Disponible em: <[http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/fact1\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm)>. Acesso em 10 mai. 2010.

PARLAMENTO DO MERCOSUL. Disponible <[em http://www.parlamentodelmercosur.org/index1\\_portugues.asp#](http://www.parlamentodelmercosur.org/index1_portugues.asp#)>. Acesso em 08 mai. 2010.