

A IDÉIA DE CONSTITUIÇÃO ENTRE A LITERATURA, BOTÂNICA E GEOMETRIA. OU SEJA: SEIS DIVERSAS CONCEPÇÕES “GEOMÉTRICAS” DA “ÁRVORE” DA CONSTITUIÇÃO E UMA ÚNICA, IDÊNTICA “CLÁUSULA DE ULISSES”*

L'IDEA DI COSTITUZIONE FRA LETTERATURA, BOTANICA E GEOMETRIA OVVERO: SEI DIVERSE CONCEZIONI “GEOMETRICHE” DELL' ‘ALBERO’ DELLA COSTITUZIONE E UN'UNICA, IDENTICA “CLAUSOLA D'ULISSE”**

ANTONINO SPADARO***

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: Por mais que possa parecer estranho, existem importantes nexos entre o direito constitucional e... A geometria, a literatura e até mesmo a botânica. De fato, é possível imaginar – graças ao auxílio de modelos geométricos – pelo menos 6 diferentes concepções da Constituição, 4 otimísticas (democrático-piramidal, reticular, de círculos concêntricos, estelar) e duas pessimísticas (hierárquico-piramidal e centrífugo-niilista). Da Literatura é possível conseguir a imagem da c. d. cláusula de Ulisses, metáfora excepcional da autolimitação “constitucional” do poder soberano. Finalmente o Estado Constitucional pode ser comparado com sucesso a uma planta-árvore, que nasce, vive e morre. Os exemplos apresentados e a perspectiva interdisciplinar adotada auxiliam na compreensão da natureza profunda do moderno Estado Constitucional.

Palavras-chave: Constituição. Teoria do Estado Constitucional. Concepções do Direito. Cláusula de Ulisses. Geometria. Literatura. Botânica.

Riassunto: Per quanto possa sembrare strano, esistono importanti nessi fra il diritto costituzionale e... la geometria, la letteratura e persino la botanica. Infatti, si possono immaginare – grazie all'ausilio di schemi geometrici – almeno 6 concezioni della Costituzione, 4 ottimistiche (democratico-piramidale, reticolare, a cerchi concentrici, stellare) e 2 pessimistiche (gerarchico-piramidale e centrifugo-nichilista). Dalla letteratura può trarsi, fra l'altro, l'immagine della c.d. clausola di Ulisse, eccezionale metafora dell'auto-limitazione “costituzionale” del potere sovrano. Infine lo Stato costituzionale può essere assai utilmente paragonato ad una pianta-albero, che nasce, vive e muore. Gli esempi fatti, e la prospettiva interdisciplinare adottata, aiutano a comprendere la natura profonda dello Stato costituzionale contemporaneo.

Parole Chiave: Costituzione. Teoria dello Stato costituzionale. Concezioni del diritto. Clausola di Ulisse. Geometria. Letteratura. Botanica.

Abstract: Although it may appear unusual, many things connect Constitutional Law to... Geometry, Literature and even Botany. By the help of geometric patterns, indeed, it's possible to figure 6 different conceptions of the Constitution: 4 of them are optimistic (pyramid-democratic C., reticular C., concentric-circles C., stellar C.) and 2 pessimistic (pyramid-hierarchical C., centrifugal-nihilistic C.). From Literature, it's useful the so-called “Ulysses' clause” paradigm, a peerless metaphoric image of sovereignty's constitutional self-restraint. Eventually, Constitutional state may be successfully compared to a tree that buds, grows and dies. These examples and the peculiar interdisciplinary view chosen help to understand the very nature of modern Constitutional State.

Key Words: Constitution. Constitutional State theory. Concepts of Law. Ulysses' clause. Geometry. Literature. Botany.

* Texto traduzido por Juliana Salvetti.

** (*) Texto publicado em Aa. Vv., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism context*, obra de F. F. Segado, Madri, 2003, 169 ss.

*** Professor Titular de Direito constitucional, na Universidade dos Estudos Mediterrânea, de Régio Calábria, e docente de Doutrina do Estado na Universidade dos Estudos de Messina.

1. Breve Premissa (ou Advertência) Metodológica

A simples hipótese de desenvolver uma reflexão jurídico-constitucional reunindo considerações extraídas de disciplinas tão distintas, sem nenhuma ligação aparente e, sobretudo, tão distantes do direito – tais como a literatura, a botânica e a geometria –, poderia parecer uma brincadeira e não necessariamente das mais felizes.

A idéia de tentar percorrer essa via tão singular e inusitada nasce diretamente do campo da experiência didática do jurista-docente, conseqüentemente durante as aulas de Faculdade, onde os exemplos *ioci causa* e as metáforas *explicativas* são corriqueiras, no estreito diálogo com estudantes recentemente saídos do colegial (e, portanto, frescos de lembranças relativas a: estudos homéricos, ciências naturais, geometria, etc.).

Não escondo, porém, que o incentivo que me levou a estender essas breves reflexões é também um não oculto, irresistível gosta pela provocação, nos confrontos de um ambiente - o jurídico-acadêmico – caro e familiar, mas, ao mesmo tempo, estagnado e enrijecido em categorias tradicionais (Estado, soberania, povo. Etc.), que a impetuosa transformação “global” da realidade político institucional (porém não somente) coloca em situação cada vez mais difícil quem escreve e quem propõe o jogo de “repensar tudo”. Isso tudo, às vezes, exige o uso inevitável de uma linguagem diferente, como aqui acontece, além disso, pedir a compreensão do leitor, que nesse caso é uma obrigação.

O trabalho aqui proposto é um *divertissement*, o qual muito me alegrou, mas graças a isso – brincando, brincando – espero ter exposto algumas coisas sérias. Infelizmente, a conjugação moderna dos verbos “jogar” e “estudar” seja considera-

da improvável, para não dizer danosa. Não nos esqueçamos que *studium* significa também esforço – os verdadeiros problemas começam cada vez que se esquece, ou se reprime, a dimensão lúdica da existência: levamos tudo muito a sério, sem nenhum progresso efetivo na compreensão da realidade e de nós mesmos. (1)

Já demonstrei o meu ponto de vista sobre o método nos estudos constitucionalistas, eu ainda acredito ser essencialmente uma questão não tanto de ortodoxia teórica, mas de simples exercício da correta ação. (2) Creio que esse pequeno ensaio confirme não só a óbvia necessidade de pesquisas interdisciplinares, e também a intrínseca impossibilidade – para os intelectuais juristas – de “cindir”, sem alterar irremediavelmente a realidade, a ciência jurídica dos mais genéricos e variados conhecimentos que arriscam a vida do homem, tornando-a mais agradável e menos incompreensível. Confirma-se, finalmente e brevemente, a impossibilidade de separar o direito da vida *tout court*.

Nesse sentido, desejo lembrar que o conhecimento, entendido de forma unitária e não parcelado, é ainda capaz de suscitar em alguns de nós um alegre torpor, que não casualmente dá “sabor” a todas as coisas. (3)

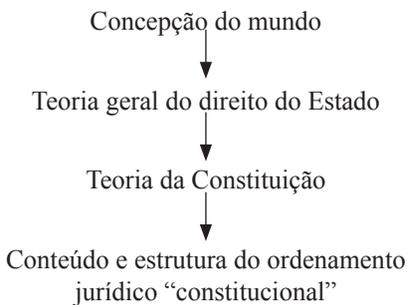
Seção I. A Geometria

2. Da Genérica “Concepção do Mundo” à Simples “Ordenamento” Constitucional

Sabemos que já foram dadas inúmeras “definições” do conceito de Constituição. Igualmente, todos sabem que existem muitas “concepções” da mesma. Tanto umas que outras (definições e concepções) exprimem múltiplos pontos de vista sobre o conteúdo e sobre a estrutura do tipo es-

pecífico de ordenamento jurídico que, por convenção, desde o final da idade moderna até hoje, chamamos “constitucional”.

Atrás de cada definição (e concepção) proposta há não só um peculiar conteúdo e uma particular estrutura do documento-fonte Constituição, mas se encobre uma exata teoria geral do direito e do Estado, não só - muito freqüentemente – até uma exata concepção do mundo. Isso acontece, pelo menos, nos casos mais eminentes e interessantes de elaboração teórica, sobre os quais somos todos chamados a refletir. Quase sempre é possível imaginar a ordem lógica a seguir:



Desejo concentrar a minha atenção sobre os dois últimos temas, de direito e imediato interesse para o jurista.

Especialmente propor uma maneira de sintética reconstrução de algumas teorias sobre a Constituição, sob o ponto de vista do “conteúdo” e da “estrutura” que o ordenamento jurídico praticamente assume (justamente em relação a, e, logo, em consequência delas). A cada reconstrução teórica (da Constituição) corresponde, de fato, uma específica concepção da “matéria constitucional” e, com ela, uma exata estrutura prática do ordenamento (jurídico).

Para conseguir esse objetivo utilizei algumas simples “figuras geométricas” esperando que a imagem gráfica, e assim a

percepção visual permita uma compreensão imediata e eficaz das teorias.

Claro que, na impossibilidade de examinar, e descrever todas as teorias, fiz algumas escolhas. Entre as possíveis (Heller, Smend, Corwin, Hauriou, Mortati, Ackerman, etc.), decidi examinar somente algumas teorias sobre a e da Constituição, deixando de lado todas as outras. Além do mais – provavelmente influenciado pelo perfil sugestivo da “estrutura geométrica” do ordenamento (que representa a união ideal contínua da análise) – não hesitei em privilegiar as pesquisas a ela compatíveis e certamente de qualquer estudioso italiano, mesmo mais jovem: na realidade, das 6 concepções examinadas, somente 2 são estrangeiras.

Admito que, além de desejar, com esse trabalho, “aperfeiçoar” posteriormente alguns resultados técnicos, os quais acredito ter obtido no passado.

3. Seis Concepções da Constituição, da Matéria Constitucional e da Estrutura do Ordenamento Jurídico-Constitucional: Quatro Otimísticas ou Quase (Liberais Democráticas) e Duas Pessimísticas (uma Liberal Democrática e uma Autoritária)

Assim como foi lembrado, cada genérica “concepção do mundo”, quando traduzida em uma “teoria do direito e do Estado”, propõe inevitavelmente um particular e específico método de leitura da relação entre direito e poder.

Por sua vez, a imortal questão da relação entre “direito e poder” não é examinada sem recorrer a algumas clássicas constantes, de natureza meta-jurídica e até meta-política, relativas a reflexões pessimísticas de tipo antropológico-filosófico sobre a natureza humana, em termos totalmente negativos (nas pegadas de um pensamento político realista que remonta

a Platão e passa por Maquiavel, Richelieu e Schmitt e pode ser resumido com a célebre frase de Hobbes: *homo homini lupus*), ou só parcialmente negativos (segundo a tradição cristã que deseja a natureza humana “caída”, chamado *lapsa*: como tal, em grau de conhecer-lembrar o bem, mas, por intrínseca debilidade e voracidade, levada a fazer o mal e, então, necessitada de redenção), ou mesmo ideais e otimísticos (como gostaria um liberalismo que cresse, ingenuamente ou hipocritamente, na natural bondade do homem e, portanto, na espontânea função regularizadora do livre mercado, onde o “mais forte” seria também o “melhor”).

Será fácil compreender que a adesão a uma dessas três concepções dos relacionamentos sociais – a pessimística-realista, a pessimística-redentora ou a otimística-infantil – constitui o *príus* lógico, implicitamente e, às vezes, inconscientemente contido, a cada elaboração teórica da relação entre direito e poder, e principalmente de cada “teoria da Constituição”, necessariamente que compreende toda e qualquer coisa, seja do conteúdo (“matéria” constitucional) seja da forma (“estrutura” – ou, sob esse enfoque, *geometria* – do ordenamento).

Concretamente entre as seis aqui examinadas, duas podem ser consideradas “pessimísticas”, e quatro, se não otimísticas, pelo menos “não pessimísticas”, no sentido recentemente mencionado. Sobre tudo, como logo será visto, tudo aquilo que tem uma direta repercussão na... *geometria*.

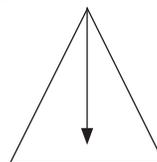
Podem ser consideradas pessimísticas as concepções de C. Schmitt (autoritária) e G. Volpe (liberal democrática); são, ao contrário, otimísticas (talvez fosse melhor dizer “não pessimísticas”) as concepções de H. Kelsen e P. Pinna, ambas liberais democráticas, mas muito diferentes na origem (pertencendo, uma, a um professor

de vulto mundial, e, a outra, a um estimado jovem estudioso italiano) e impositação. Finalmente, é otimística (mas melhor seria dizer pessimística-redentora) a concepção da Constituição sob o ponto de vista de quem a escreve, concepção qualificável como liberal democrática “e” – detalhe que não deve ser negligenciado – *personalista*, segundo duas variantes *geométricas* que adiante serão especificadas.

4. A Concepção “Hierárquico-Piramidal” (C. Schmitt)

Obviamente, é pessimística a concepção schmittiana da teoria da Constituição.

Essa última – como supremo ato de decisão política que serve para determinar a identidade de um povo – permite imaginar facilmente a forma “geométrica” do modelo de Schmitt, não acidentalmente degerado no *Führerprinzip*: é a pirâmide. Do vértice emana a decisão suprema, o ato que – particularmente em situação de crise ou excepcional – revela e permite a manifestação do soberano e dele desce o poder, seguindo a cadeia articulada do comando, até o povo, que existe – *rectius*: obtém sua identidade específica – só porque o vértice da pirâmide individualizou os amigos (com quem se alia) e os inimigos (contra quem se atira) do todo corpo social. Por outro lado, como é sabido – no poder de decisão schmittiano, que é vazio e, portanto, ocasionalista – é justamente a definição do inimigo que permite a um povo a descoberta da própria identidade. Se o “nascimento” da Constituição, e a “matéria” do que é feita, são aquelas acima descritas, então a “estrutura” do ordenamento não pode ser que piramidal, como segue:



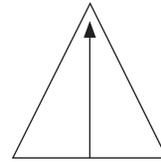
Trata-se, mais precisamente, de uma estrutura hierárquico-piramidal, onde o comando decorre – como indica a seta – do alto para baixo e obtém a sua legitimação diretamente do alto do ato de decisão (*Entscheidung*) autoritária. A natureza da estrutura do ordenamento descreve o sistema dos valores constitucionais latentes do tipo de ordenamento considerado: eles, por Carl Schmitt, não procedem de baixo, nem tampouco existem em si mesmos, mas são aqueles – de vez em quando – “decididos” pelo “líder”. Através deles o povo toma consciência da sua identidade (processo de identificação Nação – Estado), sem nenhuma verdadeira mediação parlamentar, para ser desdenhosamente considerada na mesma medida de um vil comprometimento, como tal naturalmente incapaz de determinar a *veritas* constitucional - a própria Constituição – que ao contrário é “una”, como o líder, e não é determinável baseando-se simplesmente em um mercado das relações entre a maioria e minoria. (4)

5. A Concepção “Democrático-Piramidal” (H. Kelsen)

Talvez não pessimística, tampouco ingenuamente otimística, é a concepção kelseniana da Constituição. Ao contrário – se for verdade que a teoria kelseniana da “pureza” do direito (*Reine Rechtslehre*) e o “relativismo” teórico-político (*Politischer Wertrelativismus*), do professor de Praga, são dois lados de uma mesma moeda, – então Hans Kelsen poderia ser incluído entre os pensadores pessimistas, pelo evidente ceticismo relativista que permeia profundamente e caracteriza toda a sua produção jurídica, política e filosófica. (5)

Em todo caso, não podem existir dúvidas quanto ao democratismo das teorias kelsenianas. Sob esse aspecto – não obstante ambos terminem paradoxalmente obtendo resultados não dissimilares: isso será

visto no final desse § - a concepção que Kelsen propõe da Constituição é exatamente oposta àquela schmittiana. Mas até os êxitos involuntariamente convergentes das duas teorias (ou, preferindo-se, as críticas comuns as quais elas vão de encontro) permitem, por mais estranho que pareça, considerar idôneo – também por H. Kelsen – o modelo *geométrico* da pirâmide. Naturalmente subsiste a não ignorável diferença que nesse caso a Constituição – da qual descendem as outras normas de ordenamento (“vértice” da pirâmide) – deriva a sua legitimação de um processo democrático (“base” popular da mesma pirâmide).



Como pode ser visto pela direção da seta, a concepção política kelseniana caracteriza-se por uma estrutura democrático-piramidal, levando a sua legitimação de baixo (soberania popular) em direção ao alto da Constituição, mais que hierárquico-piramidal, como na oposta concepção schmittiana, onde o comando, o ato de decisão (*Entscheidung*) autoritária, procede, ao contrário, do alto para baixo.

Sem negar que o modelo represente um dos lados de uma mesma moeda, de modo totalmente individual essa colocação teórica-política (claramente democrática), porém, não corresponde exatamente ao modelo teórico-jurídico (rigorosamente hierárquico). De fato, esse último está construído sobre a aporia de uma *Grundnorm* pressuposta, da qual provém uma rígida “escala hierárquica” (*Stufenbau*) dos remanescentes comandos jurídicos, principalmente meta-normas ou “normas sobre a produção de normas”, até o ato de execução. Nesse sentido muito particular, pode

ser afirmado que a estrutura geométrica da concepção – com especial atenção: *jurídica* – kelseniana é uma pirâmide não dessemelhante daquela schmittiana, sendo que a seta parte do alto para baixo (e não vice-versa, como no esquema proposto). Mas conservar-se, do ponto de vista político, a origem democrática da norma fundamental pressuposta: poder-se-ia então falar, talvez, de uma “pirâmide invertida” ou, melhor, de uma assimetria entre a pirâmide jurídica (intrinsecamente hierárquica) e a política (necessariamente democrática).

Agora, sobre a questão da “forma geométrica” da colocação conceitual kelseniana, em todo caso está justamente na qualidade democrática, aparentemente absoluta, o seu limite genético. Pelo menos para o primeiro Kelsen, a democracia está essencialmente reduzida à “lei da maioria” (parece-me um modo simplicístico). Na ausência de referências “alécticas” e, portanto no quadro de uma epistemologia declaradamente e rigorosamente não cognitivista, não podia ser de outra forma: a Constituição kelseniana, feita somente de normas sobre a produção de normas, é – do ponto de vista axiológico-substancial – uma caixa vazia: *wertlos*, ou *indifférent aux valeurs*. De fato, na impossibilidade de saber (ainda que aproximadamente) o que é verdadeiro e o que é falso – e, logo, o que é bem e o que é mal, – automaticamente torna-se bem tudo o que a maioria, conforme as circunstâncias, considera como tal. Nessa perspectiva, a democracia aparece como o menor dos males, porque, com ela, somente fica descontente a minoria. Sucintamente, sofre o menor número de pessoas. Portanto, a ausência da democracia, para Kelsen, é meramente pragmático-utilitarista.

Como é sabido, Kelsen usa como sustento para as suas argumentações o emblemático exemplo histórico da (presumida) escolha “democrática” da crucificação de Cristo, mas sabemos perfeitamente que não

se pode sempre afirmar – com La Fontaine – que *la raison du plus fort est toujours la meilleure*. (6). Ao contrário: o povo, infelizmente, não tem sempre razão e a *major pars* nem sempre é a *melior pars*, como confirmam as experiências das democracias auto-referenciais ou totalitárias. (7) Pelo menos para quem escreve, ao contrário, um ordenamento é necessário – para funcionar realmente – não só de valores *formais* (regras e procedimentos democráticos), mas também de uma moldura axiológica substancial (na prática, essencialmente de uma Constituição, que não contenha somente normas sobre produção de normas).

Ao contrário, a concepção kelseniana parece reduzir, *melius*: reconduzir, a mesma Constituição (que traria a sua legitimação exclusivamente do povo) à mera democracia, propondo, na prática, uma construção que se envolve sobre si mesma. Felizmente, mas incoerentemente, o professor da escola de Viena procura encontrar uma saída para o seu “sistema fechado”, invocando o valor absoluto (e, portanto não democrático, antes limitativo do princípio democrático) da *tolerância*: o seu relativismo é, pois, contraditoriamente relativo. Isso não desagrada, mas obviamente abala toda a rígida e formal estrutura do modelo abstrato, inicialmente proposto...

A concepção kelseniana, levada às suas lógicas e coerentes conseqüências, pouco se diferencia da schmittiana, e vai de encontro à mesma crítica: em ambas, na realidade, está destinado a governar “o mais forte”, não importa se um sujeito individual (*Führer*) ou coletivo (maioria), com tudo aquilo que isso comporta em relação à efetiva tutela dos direitos dos indivíduos e das minorias. Não se nota nenhuma real preocupação para com o princípio superconstitucional da *dignidade da pessoa humana*.

Concluindo – se a estrutura “geométrico-constitucional” do modelo schmittia-

no é hierárquico-piramidal (*autoritária*) e a do modelo kelseniano democrático-piramidal (*liberal*) – analisando bem essa última, mesmo na melhor das interpretações, está conformado somente um ordenamento liberal-democrático, mas não exatamente e excelentemente *personalista*: então, no parecer de quem escreve, ainda não verdadeiramente “constitucional”.

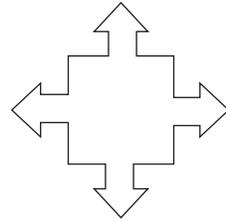
6. A Concepção “Centrífugo-Niilista” (G. Volpe)

Sinto-me na obrigação de especificar que, diferentemente daquelas até aqui examinadas, as teorias que seguem (de G. Volpe e P. Pinna e do escrevente) atrelam-se mais direta e essencialmente à “estrutura” da *Constituição* e, somente como consequência, à “estrutura” do *ordenamento*.

Dito isso, ainda sobre o pensamento de G. Volpe, especialmente rico e complexo, posso tentar uma síntese sem alguma pretensão de complexidade. Fala o Autor, segundo o qual já se configura um “declínio da constituição como fundamento da convivência civil”, enquanto as Cartas são consideráveis e consideradas “cientificamente” na mesma condição de simples “lendas”, “mitos” e “fábulas”; no máximo elas descem ao modesto papel “de protocolos, i. é, de regras procedimentais genéricas e organizativas, essencialmente funcionais ao estender-se pela técnica e pelas suas necessidades (... consequentemente...) não existem fundamentos (certezas, valores absolutos e fins essenciais) na vida dos homens: todo hipotético ‘inalterável’ revela-se contingente, cada projetividade ilusória. Toda constituição, entendida como fundamento que legitima a convivência social, decompõe-se e deteriora-se (onde ainda está mantida artificialmente viva)”. (8).

O método filosófico que se deduz pelas breves considerações feitas, formalmente somente “realistas”, é na verdade

profundamente pessimístico, antes catastrófico, se não apocalíptico. Do ponto de vista da geometria constitucional a imagem que melhora o sistema delineado é aquela que segue:



O modelo geométrico configurado é claramente centrífugo-niilista. De fato, perante o quadro constitucional descrito por Volpe não se deveria, nem poderia, falar de um verdadeiro e próprio “sistema” mas, talvez de “um sistema assistemático”. Em um ordenamento constitucional onde a única certeza é que não existem certezas, o risco é que tudo possa se “dispersar” porque tudo é “sem sentido”. Configura-se assim uma classe de oximoro: nesse contexto, a Constituição é sem a Constituição, visto que o destino da ordem constitucional de Volpe é o de tornar-se desordem.

Talvez se poderia interpretar *in bonam partem* a perspectiva de Volpe: como um fascinante prelúdio à anarquia sóciopolítico. Isso a tornaria de qualquer maneira partilhável, mas então ela deveria pressupor um contexto angélico, por nada coincidente, ao contrário, com o realismo social descritivamente sustentado.

Não obstante, a tentativa de Volpe de superar o tradicional niilismo (“está ganho... conseguindo-se coabitar com o absurdo... aceitando e vivendo até o final o próprio destino”), recorrendo ainda a um viril estoicismo (é preciso “reviver a cada instante o mito de Sísifo”) (9), na realidade, parece-me que ele esteja profundamente fascinado por isso, pareceria sem alguma esperança.

Mas é justamente verdade que ‘não existem fundamentos na vida social dos homens?’ Que ‘toda projeção é ilusória?’ Que não é possível colocar limites políticos-jurídicos às exigências aparentemente incontestáveis e automáticas da ‘técnica’, cuja Constituição é sempre servidora e ‘funcional’? Se realmente fosse assim, deveríamos parar de lutar pela consolidação dos valores liberal-democráticos e personalísticos; deveríamos permanecer indiferentes perante o risco da intolerância inter-religiosa e intercultural; deveríamos, em suma, estar resignados a ser manipulados por um ‘sistema assistemático’ e, visto que é tudo inútil (e relativo), conviria esquecer.

No parecer de quem escreve, é ainda possível ver, na idéia de Constituição, imperfeita, mas uma necessária racionalização ‘jurídica’ de insubstituíveis instâncias *heterocêntricas* e *altruísticas*, sem as quais dificilmente uma convivência social será possível e prolongada (e principalmente merecedora de ser vivida). Brevemente, sem o amor gratuito, a caridade e a alegria pura da *dádiva* – mesmo se fossem, e não são, simples ‘mitos’ ou ‘metanarrações’ – tudo seria em vão, inútil afã e angustiada desesperação. Existe, ao contrário, uma razão para confiar nos aspectos ‘positivos’ do convulsionado processo de globalização, compreendido como extensão em vários planos (nacional, continental e mundial) de um ‘mínimo denominador comum’ pluralista fundamentado justamente na ética do constitucionalismo contemporâneo, em um quadro que pode ser definido neo-jurisnaturalista ou de positivismo iluminado (10).

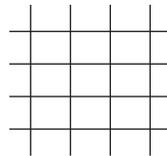
Volpe tem o grande mérito de ter colocado interrogações que transcendem a mera questão (jurídica) da crise da idéia de Constituição, ocultando-as, efetivamente, o mais profundo problema (filosófico) da crise dos próprios fundamentos da convivência humana, das quais a Constituição no

sentido jurídico-político é parte não negligenciável. Com isso, de qualquer maneira, Volpe se fez porta-voz desse nosso tempo – de transição perene e freqüentemente incompreensível – contribuindo para ‘de-sacralizar’ a idéia de Constituição, com todas as falsidades, não só, mas, essencialmente, adoradores do Estado, que ela parece levar consigo.

7. A Concepção “Reticular” (P. Pinna)

Sem dúvida interessante, construtiva e tendenciosamente equilibrada, parece-me a proposta teórica de Pietro Pinna. Agora, segundo ele, ‘está ausente a constituição material’, de modo que “o processo político-constitucional não encontra mais obstáculos ‘ambientais’ para se desenvolver plenamente no sentido reticular”, isso que daria vida a uma “constituição complexa que se compõe de inúmeros elementos irredutíveis, mas integráveis” (11). Em particular, propõe-se uma estrutura ‘reticular’ ou ‘matricial’, elástica e dinâmica, segundo uma forma relacional ‘dialógica e comunicativa’, caracterizada por ‘múltiplos nós que dialogam e interagem entre si’, onde ‘existem relações de interação e não de subordinação. Trata-se de um sistema não linear, mas circular’ graças ao qual ‘a unidade da democracia pluralista não anula o pluralismo’. (12)

A geometria constitucional do modelo de Pinna, então, é claramente aquela que segue:



Essa concepção geométrica, de tipo reticular-matricial, tem um indubitável fascínio e descreve eficazmente um sistema (social, político e jurídico) que, garantindo o mais amplo pluralismo, mas suporta es-

truturas decisórias de tipo hierárquico verticística. Seria ingênuo, no entanto, pensar em uma espécie de equilíbrio espontâneo, em uma articulação totalmente livre das relações sociais e, conseqüentemente, jurídicas, que infelizmente não existe *in natura*, onde opera, ao contrário, - se não se colocam alguns precisos fatores ‘culturais’ (*id est*: jurídico-constitucional) de limitação ou contenção – a lei seletiva do mais forte, que não é necessariamente o melhor.

Finalmente, uma leitura atenciosa do trabalho de Pinna permite relevar que, mesmo se submisso ao esquema reticular, subsista sempre, ou melhor, deva subsistir, um – autoritário – fator de unificação: ‘um conjunto de valores comuns que permite construir a ordem na condição democrático-pluralista’, a harmonia pluralista sendo ‘fundada em valores compartilhados’, segundo um equilíbrio ‘artificial, dado pela interação não tanto espontânea quanto regulada juridicamente pelas normas constitucionais’, que mencionam ‘o conjunto das condições compartilhadas’, que ‘valem para todos’ e ‘como tais são valores ordinatórios, em torno dos quais se cumpre a estrutura social-constitucional e a político-constitucional’. (13)

Por conseguinte, e realmente, ainda faltando – somente formalmente, ou melhor, psicologicamente – um ‘centro’ do qual se afastar ou um ponto de fuga para o qual se dirigir, como o modelo proposto é de tipo reticular, fica de qualquer modo e necessariamente um forte *quid* jurídico-político unificante. (14)

Concluindo, pode-se reconhecer que o principal mérito de Pinna seja aquele de ter colocado em pauta a ausência da idéia geométrica de ‘centro’ no direito constitucional. Tudo o que, principalmente do ponto de vista da psicologia política, é, sem dúvida, importante. Todavia trata-se de um

mérito por duas razões ou por duas condições: a) que por centro entenda-se, do ponto de vista espacial, mesmo forçando um pouco, uma figura equivalente aquela de ‘vértice’ e b) que, no mérito, o centro coincida com o conceito de soberania, junto às outras, conexas (e aparentemente imortais) categorias jurídicas convenientes. Tal conceito, pela sua intrínseca periculosidade, aparece agora – se não morto e sepultado – destinado somente a funções ornamentais, como há tempos insisto e mais adiante, no § 11, posteriormente discutirei.

A idéia que, ao contrário, *sic et simpliciter* não ocasiona um ‘centro’, no sentido axiológico, parece-me opinável (e não corresponde ao pensamento do autor): trataríamos de um modelo impraticável, justamente em um sistema social complexo, como é aquele constitucional.

8. A Concepção “de Círculos Concêntricos”

As últimas duas teorias da e sobre a Constituição que aqui se levam em consideração são do escrevente: nesse § a concepção ‘de círculos concêntricos’ e, no sucessivo, uma sua evolução que poderemos definir ‘estelar’. Em ambas emerge, ainda mais que nas outras, a escolha de chamar a atenção de modo mais direito e precípua à ‘estrutura’ do ordenamento.

Descartando, pelos motivos já sinalizados, uma reconstrução rigidamente verticístico-piramidal da Constituição – não conta, depois, se de tipo hierárquico-piramidal (§ 4) ou de tipo democrático-piramidal (§ 5) – e partindo de um pressuposto gnosiológico cognitivista que, inevitavelmente, exclui a possibilidade de métodos relativístico-niilísticos (§ 6), quem escreve acreditou em descrever e qualificar organicamente, e coerentemente, o sistema jurídico que caracteriza o Estado constitucional contemporâneo. Para prevenir qualquer equívoco, é necessário especificar rapida-

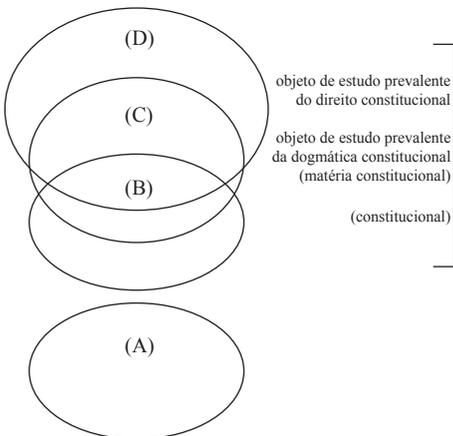
mente que se discute aqui não um ordenamento ‘constituído’ qualquer, mas somente alguns ordenamentos ‘constitucionais’, ou seja, liberal-democráticos e personalistas.

É quase inútil dizer que a peculiar perspectiva adotada, de tipo holístico, envolve profundamente todo aspecto da investigação científico-constitucional, informando de si – no método e no mérito – todo o ordenamento, no qual ela reflete difusamente os seus efeitos. No quadro esboçado, multicircular e não hierárquico, tanto para dar um exemplo (entre os muitos que se poderiam propor), o mesmo primeiro e fundamental critério / princípio de classificação do ‘sistema’ das fontes não é mais aquele hierárquico, como para muitos ainda aparece, pois aquele de integração (ou fungibilidade / subsidiariedade) entre as mesmas fontes (em grande parte hoje extra-, e infra-estatais), esse último critério que – sem excluir os outros – todos, desde já, os inclui e absorve. (15)

Em linhas gerais, o esquema geométrico é, conseqüentemente aquele que se segue:

Per grandi linee, lo schema geometrico è, dunque, quello che segue:

(E) Espaço juridicamente neutro → campo que não objeto de disciplina por parte do direito



(D) Espaço constitucionalmente neutro *campo juridicamente relevante, mas que não é objeto de disciplina por parte do direito constitucional.*

(C) Conteúdo revisionável, variável e peculiar do simples ordenamento constitucional jurídico-positivo.

(B) Conteúdo intangível do simples ordenamento (núcleo duro “individual”)

(A) Conteúdo lógico-ontológico mínimo (núcleo duro “universal”) objeto de estudo da teoria geral (ou seja, do direito e do Estado).

A estrutura geométrica de círculos concêntricos (na imagem estão em defasagem para transcrever os conteúdos) parece adequada para indicar um sistema constitucional que, sem renegar a existência de uma hierarquia de valores – às vezes interna do próprio texto constitucional – articula de forma complexa em mais planos, entre eles integrados por vínculos de diferente natureza.

Sem poder aqui detalhar e aprofundar em outro lugar formulados, o “núcleo duro universal” coincide com o patrimônio intangível de valores próprios do *Ius Publicum Europaeum* e caracteriza, deve caracterizar, todos os ordenamentos liberal-democráticos e personalistas. Também o “núcleo duro individual” configura um patrimônio intangível de valores, mas eles são específicos do ordenamento individual dado (por exemplo: a monarquia na Espanha e a República na Itália, dois Estados que têm, entretanto, um ‘comum’ núcleo duro universal). Existe, em seguida, uma parte dos únicos ordenamentos constitucionais positivos não intangíveis, mas sem dúvida ‘revisionável’ (em todo ou em parte, *in melius* ou *in peius*, em conformidade dos casos), que tutela valores superiores, mas não letais para a vida do ordenamento. No parecer de quem escreve, não falta, todavia, um espaço – ‘constitucional’ neutro – externo à matéria constitucional (que é o campo axiológico constituído pelo conjun-

to das normas contidas em fontes primárias e subprimárias) e, por último, até um espaço ‘juridicamente’ neutro *tout court*. Ambos são espaços, esses últimos, necessários em um Estado constitucional que, por definição, não é totalitário (e, portanto, onidifusivo e oprimente).

Finalmente, ao conjunto, sobre mais planos, dos valores constitucionais corresponde um conjunto, sobre mais planos, de ilícitos constitucionais: no plano D correspondem comportamentos *a-constitucionais* (caracterizados pela ‘irrelevância’ constitucional); no plano C, comportamentos *in-constitucionais* (que geram ‘invalidez’ verificável pelos órgãos de garantia constitucional); nos planos B / A comportamentos *anti-constitucionais* (provavelmente ‘nulos-inexistentes’ e como tais, sancionáveis – além do que pela Corte const.: sentença 1146/1988 – também pelo *quisque e populo*). (16)

Não obstante a sua complexa articulação, maior obviamente de quanto aqui não nos tenha sido possível indicar, a concepção da Constituição há pouco lembrada talvez não consegue, pelo menos do ponto de vista ‘gráfico’, evidenciar ainda de modo suficiente plástico, a natureza do ordenamento descrito, que, como constitucional, é, liberal-democrático, mas também – ou melhor, essencialmente – personalista.

9. Um Aperfeiçoamento da Concepção “de Círculos Concêntricos”: A Concepção “Estelar” da Constituição

A preocupação por último formulada acerca da importância do componente personalista - junto à necessidade de por em evidência, além dos 4 clássicos e tradicionais pilares do ordenamento constitucional (democracia, separação entre os poderes, direitos fundamentais e controle de constitucionalidade), também há um quinto: a descentralização institucional (só impli-

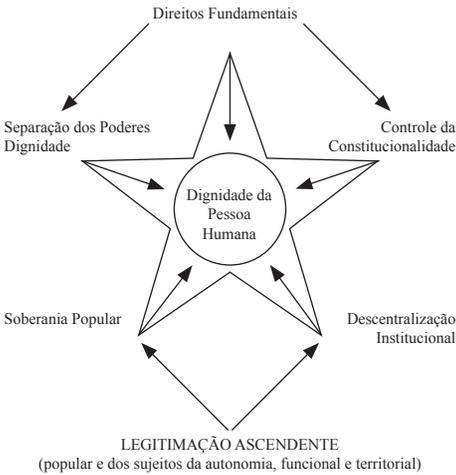
tamente compreendido na genérica coluna da ‘democracia’), – fui induzido a propor, no ‘jogo’ das fórmulas geométricas sobre a Constituição, um esquema posterior, estelar.

A superioridade absoluta do princípio de dignidade da pessoa humana, verdadeiro e único ‘fim’ do ordenamento – na sua acepção não meramente liberal (indivíduo), mas de sujeito relacional (como tal responsável e capaz de relações heterocêntricas) – é assim que no passado não hesitávamos em reafirmar que até o próprio ‘parâmetro dos parâmetros’, a *lex legum*, a lei superior, a *Higher Law* – posteriormente: a Constituição – não é mais que um simples ‘meio’ para alcançar o ‘fim’. (17)

Particularmente, é muito importante falar de um princípio super-, ou meta-constitucional de ‘dignidade da pessoa humana’ (18), entretanto ‘externo’ ao sistema constitucional, mais que um princípio inteiramente ‘interno’ ao (*id est*: inteiramente compreendido no) texto constitucional, intimida a inutilidade lógico-jurídica do mesmo, nas operações hermenêuticas de equilíbrio entre valores, tão relevante no direito constitucional contemporâneo, que em grande parte já é atribuível à justiça das Cortes constitucionais (*direito jurisprudencial constitucional*). No plano matemático, o genial teorema de Kurt Gödel define melhor a idéia que aqui buscamos expressar em termos jurídico-constitucionais. (19)

Na realidade, somente utilizando um parâmetro externo ao ‘sistema dos parâmetros’ (aparentemente completo), é possível resolver as antinomias mais graves – entre os mesmos valores / princípios constitucionais – antinomias onde está em jogo a própria sobrevivência do ordenamento como ‘sistema’ prático de referência / reconhecimento (*Anerkennung*) social. Mas eis abaixo o esquema:

LEGITIMAÇÃO DO ATO(racional) OU AUTOLEGITIMAÇÃO (Selbst-legitimation)



Concluindo, o princípio de dignidade da pessoa humana – que para uns representa um simples *passerpartout*, uma espécie de *deus ex machina* bom para tudo (*a tout faire*) – constitui o final – o centro – do ordenamento (em direção do qual se estendem todos os 5 braços, já pilastras, da estrela) (20), necessariamente destinado a ficar... de fora do ordenamento, que é a constitucional justamente porque geneticamente decorre sempre potencialmente, não tendo ‘totalitárias’ pretensão de completude. Por outro lado, as setas do esquema poderiam ser bidirecionais, à medida que os 5 braços jurídicos da estrela convergem no idêntico objetivo meta-jurídico, mas, por um outro lado ainda, estão implicitamente ‘orientados’ por esse último. O quadro sinalizado, como se vê, é perfeitamente compatível com o método prospectado no início, neo-jurisnaturalista ou, com uma expressão que se julgava melhor, de positivismo iluminado.

A estrutura geométrica estelar, da estrela de cinco pontas, não só anuncia claramente a concepção da Constituição que

coloca ‘no centro’ o princípio de dignidade da pessoa humana, mas confirma ainda a necessidade de uma dupla legitimação do poder político no modelo constitucional: junto ‘ao baixo’, do tipo democrático-popular, e ‘no alto’, do tipo racional-constitucional, para garantir o equilíbrio perene de um sistema político sem verdadeiro soberano. (21)

Seção II. A Literatura

10. O Nexo entre a Literatura e o Direito (como Ciência Social Prática)

Depois da geometria, a literatura.

Mesmo se, por parte dos juristas, geralmente não há uma especial atenção pela literatura, ao contrário, no mundo literário encontram-se frequentemente descritas figuras típicas do universo jurídico: especialmente juizes, advogados e tribunais estão presentes desde sempre na literatura mundial. O caso de temas jurídicos abordados pelos literários, às vezes pe o jurista que faz alguma excursão pelo mundo dos romances, ou como ensaísta (22) ou, até mesmo, como romancista.

O tema exigiria uma investigação *ad hoc*, que, contudo, nos levaria muito distante dos temas aqui examinados. Então, sem me aprofundar, desejo apresentar somente como exemplo – entre os muitos que poderiam ser levados em consideração para a afirmação da estreita relação entre direito e literatura (24) – os primeiros temas e autores que me percorrem a lembrança: Anatole France e o seu admirável conto da figura de Pilatos – *O procurador da Judéia* – no processo contra Jesus (25); o grande Leon Tolstoi, já estudante de direito, e o seu romance, *Ressurreição*, onde está impiedosamente descrito o sistema processual, penal e penitenciário da Rússia do século XIX (26); o clássico Franz Kafka, ele também estudante de direito, e o seu surreal conto *O processo* (27).

E assim por diante, o que é mais importante destacar é o nexó – maior de quanto talvez não se imagine – entre a literatura e o direito, que é ciência social prática, pela trama em comum com a *vida cotidiana*. Isso vale certamente para a literatura *realista*, não ficcional, e para o direito *positivo* vigente, que é uma ‘ciência social prática’. (28)

Em todo caso, creio que se possa constatar não só que um romancista pode extrair do mundo jurídico uma infinidade de idéias interessantes, mas também que um bom jurista pode extrair da literatura uma imensa quantidade de exemplos e metáforas úteis para o seu trabalho. As contaminações jurídico-literárias quando bem geridas, podem abrir caminhos e iluminar campos, de outra forma, desconhecidos. No mínimo, permite argumentar, de modo esteticamente agradável, problemáticas que talvez fossem obscuras e entendian-tes.

As breves considerações aqui apresentadas são para explicar, ou até mesmo justificar, o interesse ‘jurídico’ por Homero e pela Odisséia, da qual em seguida discorrerei.

11. O Traço Comum das Concepções Liberal-Democráticas da Constituição: A ‘Cláusula de Ulisses’

Para expor tudo que reúne boa parte das concepções do direito e da Constituição antes examinadas (com a compreensível exceção daquela schmittiana), não hesitarei em propor uma das contaminações que mencionei no § anterior. Trata-se de uma contaminação filosófico-literária, trata do célebre passo da Odisséia, onde o poeta dos poetas, Homero, descreve – com uma imagem potente e admirável – a condição de ‘autolimitação’ em que se coloca o grande Ulisses, inadvertidamente ofere-

cendo ao jurista uma extraordinária metáfora filosófica-política. Eis o texto:

“Oh caros, não devem sabê-las, um ou dois somente, as previsões que Circe me proferiu, clara entre as deusas, mas eu quero dizê-las a vós, para que as conheçam ou morremos ou nos salvamos, esquivando a morte e o destino.

Em primeiro lugar, exorta-nos a fugir do canto e do prado florido das divinas Sereias.

Dizia que delas a voz eu somente ouvisse. Atem-me, então, com um nó difícil, para que eu ali fique firme, ereto na carlinga do mastro: nele sejam apertadas as cordas.

Se vos suplico e ordeno de libertar-me.

Então deveis atar-me com número maior de cordas.

Dizendo isso, explicava tudo aos meus companheiros: Nesse ínterim o sólido navio rapidamente chegou à ilha das Sereias: impelia-o um vento propício [...]

espalhei a [cera] nos ouvidos de todos, um a um. Eles, em seguida, amarraram minhas mãos e meus pés, ereto sobre a carlinga do mastro, nele estavam apertadas as cordas [...]

Assim disseram [as Sereias], cantando com bela voz: e meu coração queria ouvir e ordenei aos companheiros que me soltassem, fazendo sinal com os olhos: mas eles arqueados remavam.

Rapidamente Perimede e Euríloco se levantaram, ataram-me e estreitaram-me ainda mais as cordas. Mas quando as superamos e não mais se ouvia a voz das Sereias nem o seu canto, logo os fiéis companheiros a cera, tiraram, que lhes espalhei nos ouvidos, e das cordas me soltaram”.(29)

Esse passo – intensamente recordado por alguns estudiosos com a expressão resumida da ‘cláusula de Ulisses’ (30) – individua um dos principais da filosofia política de todos os tempos, que por sua vez constitui um dos princípios-chave do moderno constitucionalismo: a idéia de autolimitação do soberano.

Tento ‘traduzir’ os aspectos principais da metáfora, que são de fácil intuição. Enquanto isso, a questão aparece central e letal: dela depende a estabilidade e a sal-

vação do ordenamento ('ou morremos ou nos salvamos, esquivando a morte e o destino'). Especificamente, trata-se de superar uma inevitável passagem (para Ulisses é o 'Estreito' de Messina) da vida política: é necessário resistir às intrínsecas tentações e sugestões, com conseqüentes abusos, que descendem da posse do poder potencialmente absoluto ('fugir do canto e do prato florido das divinas Sereias'). Para tal fim o soberano (Ulisses como capitão do navio e condutor dos seus homens) se impõe um forte e estável limite ('um nó difícil, para que fique firme'). Naturalmente, para ser eficaz e exemplar, a limitação do poder deve ser visível a todos ('ereto na carlinga do mastro') e o vínculo jurídico deve ser firme e real ('sejam apertadas as cordas'). Há mais: naquelas que C. Schmitt chamaria situações de crise ou excepcionais, justamente quanto o poder arrisca tornar-se incontrolável ('se vos suplico e ordeno de libertar-me'), então é necessário reforçar os vínculos jurídico-constitucionais que delimitam o poder soberano ('então deves atar-me com número maior de cordas'). Isso significa que o sistema jurídico deve ser capaz de resistir a toda tentativa de excesso de poder ('ordenei aos companheiros para libertar-me'), prosseguindo na vida comum ('mas eles arqueados remavam'), se necessário reforçando os instrumentos de limitações e controle ('ataram-me e estreitaram-me ainda mais as cordas'). Naturalmente no Estado constitucional, a autolimitação do poder soberano é estável, enquanto que para Ulisses parece temporária ('das cordas me soltaram'): e aqui, realmente, a metáfora 'finda' a explicação do seu efeito.

Em todo caso, as cordas com que Ulisses, para não ceder ao fascínio das sereias, se faz cingir ao atravessar o Estreito de Messina e que, pela sua aprovação, os companheiros não devem soltar nem se ele

mesmo os intimasse, são a mais forte das metáforas do 'vínculo das leis', o vínculo que sinaliza o primeiro passo do Estado absoluto, ou de polícia, ao Estado legal – onde reina a lei impessoal (e não a pessoa do rei) – em presença do mais evoluído Estado de direito – que permite, em defesa da lei, a ação judiciária contra o Governo e a Administração Pública – para chegar, em seguida, ao Estado constitucional contemporâneo que justamente põe limites à própria lei, em nome da Constituição, como *lei superior* (ou *lex legum*) (31). Em suma, a cláusula de Ulisses não é simplesmente a metáfora do 'vínculo das leis', mas – hoje mais do que nunca – individua o bem mais alto e forte 'vínculo da Constituição'.

Conseqüentemente, o sentido mais integral e radical das 'cordas' em que Ulisses se faz dominar reside justamente na jurídico-constitucional de uma limitação intrínseca do poder, qual seja a sua origem: autoritária ou democrática. Realmente, o conceito de poder, em si, é neutro: nem é bom, nem ruim. Bom ou ruim é, ao contrário, o uso que se pode fazer dele: assim como um martelo que pode servir a um carpinteiro, para consertar uma cadeira quebrada, ou a um louco, para ferir, ou assassinar, uma pessoa. Ao contrário, o poder soberano – e, portanto, ilimitado, absoluto e concentrado – adquire uma conotação intrinsecamente negativa. Sob esse aspecto, tanto as concepções obsessivas do poder – segundo o qual ele tem sempre um vulto demoníaco (32) – quanto àquelas que, ao invés, idolatram o poder – baseando-se na identificação precipitada entre o 'mais forte' e o 'melhor' (33) – se refletirmos bem, não têm um verdadeiro caráter científico, mas unicamente ideológico.

Através da 'cláusula de Ulisses' o sujeito soberano demonstra ter medo de si mesmo (do poder que dispõe em si, que – por essa sua natureza, em teoria ilimita-

da – pode danificar até si mesmo) e, por conseguinte, se auto-vincula. Mas, autolimitando-se, praticamente ‘renuncia’ à soberania (34).

Afirma-se, assim, uma das teses sobre a qual, juntamente a outros, insisto obstinadamente há tempos: a soberania em si é um velho instrumento do direito constitucional, agora inutilizável, uma espécie de ‘bomba’ perigosa para quem pretendesse, não digo usá-la, mas até manejá-la.

Nesse sentido, o uso da soberania não é destrutivo somente por quem a padece, mas, a qualquer momento poderá ser, até, para quem a exercita. Até uma soberania “de-subjetivizada” – uma ‘soberania dos valores’ – corre o risco de ser perigosa, pela famosa natureza (segundo a adjetivação schmittiana) ‘tirânica’ que, cada um deles, pode assumi (35). Conseqüentemente, é somente no equilíbrio instável – fundamentado em mais legitimações contrapostas, popular e constitucional (na fragmentação da soberania) - que se pode tentar ‘refrear’ o poder, contendo-lhe os efeitos indesejados. Emerge assim a idéia de Constituição como ‘sistema de limites jurídicos essenciais sem soberano’. (36)

Tudo o que foi dito, há pouco, vale para todas as concepções do direito e da Constituição mencionadas (com as óbvias exceções daquela schmittiana e, mas somente se for lida no contexto totalmente negativo, a volpiana).

Seção III. A Botânica

12. O Conceito de Ética Pública Constitucional como ‘Linfa’ Constitucional

Depois da geometria e da literatura, chegou o momento da botânica.

Uma metáfora botânica, realmente, pode servir para compreender a dupla natureza – ‘vital’ e ‘evolutiva’ – da idéia de Constituição. Essa última não coincide

com uma idéia abstrata, historicamente definida – como ‘morta’ - mas, ao contrário, configura um conceito concreto e admiravelmente real, aberto e em perene evolução: portanto ‘vivo’.

Em vários modos, o exemplo da ‘árvore’, então, é o mais adequado, a meu ver, para definir os conceitos-chave de um sistema constitucional vivente. Entenda-se que não se fala aqui de uma simples Constituição formal-vigente ou de uma abstrata Constituição ideal-material, mas exatamente de uma concreta Constituição real-vivente, como tal expressiva das normas – extrapoladas pela Corte constitucional pelas genéricas disposições do texto da Carta – efetivamente aplicadas / atuadas, junto aos fatos (costumes, desusos e modificações tácitas) que realmente dão essência ao tecido constitucional, tornando-o ‘verdadeiro’ e ‘vivo’ (37).

Na perspectiva indicada, o paradigma organicístico - a árvore da Constituição (o qual será analisado no § sucessivo) – é uma útil metáfora para entender a natureza e as funções da ética pública constitucional, conceito sem o qual dificilmente seria possível compreender e imaginar uma efetiva estabilidade do modelo sócio-político que comumente é definido Estado constitucional (*Verfassungsstaat*).

Ainda dentro da metáfora esboçada, a ética pública constitucional é a ‘linfa’ que flui pela árvore da Constituição; é o *idem sentir de republica* que combina ‘todos’ os cidadãos, além das diferentes crenças políticas e religiosas, tornando vivo cada galho da árvore – ou parte do ordenamento – porque, graças a ela, o organismo vegetal é todo dominado por uma mesma razão de ser. A ética pública constitucional, em suma, é o espírito que mantém unidos – além de inevitáveis fenômenos de desvio secundário – os consociados em torno de poucos, mas essenciais, valores fundamen-

tais. Tal 'linfa' pode variar parcialmente a sua composição originária, por mudanças evidentes na composição do terreno (cultura e vontade política popular) da qual ela se origina, mas não além de certos limites, sob pena de causar a morte da planta (a alteração do ordenamento).

A imagem da 'linfa' pode servir ainda para a teoria da 'dupla legitimação' já mencionada (§ 9). De fato a 'planta' (constitucional) vive somente graças à 'linfa' (ética pública) que a nutre circularmente: ela flui não só de baixo, do 'terreno' (povo), para o alto, mas também do alto da copa da árvore, iluminada pelo 'sol' (valores temporários ou meta-temporários) em direção descendente, em um círculo virtuoso e tendenciosamente perene. A planta-Constituição, finalmente, por um lado vive – ou é legitimada de modo laico – graças ao terreno onde enterra as suas raízes (naquilo que é a função descritiva do ordenamento), mas por outro consolida com as suas raízes o próprio terreno (função prescritiva do ordenamento). Sob esse aspecto especial, a 'ética pública' ou a 'moral constitucional' é, ao mesmo tempo, efeito e causa do ordenamento constitucional. Especialmente ela, pelo menos no início, pode ser definida mais corretamente como *mito de fundação* do ordenamento constitucional (38).

Em alguns Países a 'transição constitucional' não é outra coisa que uma crise da ética pública constitucional. O caso italiano é simbólico: a crise do nosso sistema constitucional é estreitamente coligada à queda do mito de fundação italiano. Realmente, o princípio da 'resistência antifascista', mito originário, foi gradativamente substituído pelo novo valor da 'reconciliação nacional', valor, todavia, positivo, mas certamente desprovido do entusiasmo e da paixão social que, ao contrário, havia movimentado, talvez até ingenuamente, o primeiro grande projeto de renovação so-

cial dos pais constituintes. Especialmente, nos últimos anos, essa crise assumiu formas especialmente virulentas, com traços que não hesito definir como degenerativos do mesmo costume político-institucional (39).

De todo modo, além do simples e específico ordenamento, é certo que *sem* essa 'linfa' – ou quando ela enfraqueça ou se transforme, como acontece nas fases históricas de transição – a árvore da constituição perde folhas, depois ramos, correndo o risco, afinal, de ressecar, se um novo impulso ou delicadas podas e complicados enxertos não possibilitarem um fluir vital e disseminado.

Tudo o que foi dito leva a avaliar que a ciência do direito constitucional não se reduz ao simples estudo dos ordenamentos constitucionais positivos, mas é também a análise e aprofundamento da 'ética pública' a eles submetidos, principalmente o Estado constitucional liberal-democrático e personalista, que é prescritivo precisamente porque visa orientar os consociados a alguns valores, em grande parte coincidente com aqueles das declarações internacionais dos direitos.

Nesse sentido, no meu ponto de vista, os direitos fundamentais – essencialmente direitos de liberdade – são o 'mínimo de verdade' aos quais todos deveriam convergir, em um contexto social intrinsecamente e inevitavelmente pluralista, que, todavia, – insiste-se mais uma vez – na sua essência não comporta a automática adesão a uma gnosiologia na cognitivista(40). É só a existência, comumente reconhecida, de um conjunto mínimo de verdade (algumas das quais – junto das resultantes das antropologias subtendidas pelos direitos de liberdade – qualificáveis como 'micro-verdades científicas') que torna praticamente possível o conceito de ética pública constitucional, de outra forma igualada a

toda outra opção ética e, como tal, incapaz – não de ‘preponderar’, mas – constituir consensualmente o tecido cultural comum dos consociados.

Mais precisamente e em conclusão, pode-se dizer que: “Só o *ethos* da verdade pode ser, hoje mais de ontem, a ‘moral constitucional’ que dá sentido e espessura axiológico aos modernos ‘compromissos’ constitucionais. Realmente, somente em volta de uma ‘ética da verdade’, fundada já no universal patrimônio dos Human Rights, é possível conseguir um consenso social não efêmero, porque – graças ao reconhecimento dos direitos do homem – não se impõe nada a ninguém, permitindo, ao contrário, a todos de principiar livremente uma investigação pluralística da verdade ou – com termos e conceitos diferentes, mas similares – conseguir individualmente o direito à felicidade [...] para não se sujeitar a uma ética pública ‘intrinsecamente’ violenta, que impõe - a força – um ‘critério de leitura’ monista do mundo [...] a moral constitucional não pode não ser, qual ‘ética pública’ laica, que uma ética da verdade fundamentada nos direitos do homem (e, conseqüentemente, na própria ‘liberdade do homem’)”. (41)

Tudo o que foi dito vale – com maiores ou menores prudências e algumas inevitáveis ‘distinções’ – substancialmente para todas as concepções do direito e da Constituição antes mencionadas nos §§ 4-9 (com exceção àquela schmittiana).

13. A Árvore da Constituição: Uma Planta Secular, Mas Não Imortal

Parece oportuno continuar com – e, se possível, aperfeiçoar – a metáfora ‘botânica’ antes citada. A comparação biológico-organocêntrica pode ainda ajudar. Brevemente e resumidamente:

1. A *Constituição* é uma grande e forte árvore, com profundas raízes e alto

tronco. Quanto mais profundas são as raízes (tradições culturais comuns) e altos os ramos (os valores protegidos) tanto mais a árvore é são e sólida (funcional e estável).

2. A *ética pública constitucional* é a necessária ‘linfa’ que flui na árvore do ordenamento: ela permite à planta (*Constituição*) crescer viçosa e vital. O seu enfraquecer determina o definhamento da árvore (*crise e extinção do ordenamento*).

3. A árvore da Constituição, em conformidade com as estações (*intempéries históricas-políticas*), deve ser submetida a periódicas e necessárias ‘podas’ (*desconstitucionalização através de leis constitucionais ou de revisão const.*), e ainda, onde seja necessário, a complexos ‘enxertos’ (*constitucionalização sempre através de leis constitucionais ou de revisão const.*), que lhe permitam um bom crescimento (*atualização com base na evolução dos interesses sociais*), sem que se subverta a sua identidade biológica (*ter atenção com o ‘núcleo duro’ dos valores constitucionais fundamentais*).

4. Todas as operações mencionadas (e todas mais), devem ser sempre desenvolvidas sob o constante controle do ‘feitor’ (*Corte constitucional*) e sob o olhar vigilante e atento de todos os outros sujeitos do eco-sistema botânico (*outros operadores institucionais*).

5. A citada ‘linfa’ traz o seu sustento (*legitimação*) das raízes enterradas (*consenso popular que se traduz no mesmo anseio da República*). A profundidade das raízes é indicador da solidez da árvore (*a estabilidade da Constituição depende do grau de consciência das origens comuns e das razões históricas da convivência social*).

6. A ‘linfa’ (*ética pública constitucional*) flui por todos os ramos da árvore (*informa sobre si todo o ordenamento*), e esses crescem e se desenvolvem com as

estações (*a Constituição não é só um ato, pontual no tempo, mas um processo histórico*). (42)

7. A árvore não necessita somente que a linfa traga alimentação da terra (*legitimação ascendente: popular*), mas necessita também que a planta cresça em altura e beneficie-se da luz do sol, onde se complete inteiramente o vital processo clorofiliano (*legitimação do alto dos valores temporários e meta-temporários: alética e meta-democrática*).

8. Para continuar na metáfora, deve-se compreender que – afim de que a planta cresça bem – o ‘terreno’ (*comunidade civil*) deve ser limpo constantemente “retirando as ervas daninhas” (*tutela da ordem pública interna contra os desvios sociais, se necessário usando as forças de polícia*) e protegido das ‘intempéries externas’: vento, tempestades, etc. (*tutela da ordem pública externa, se necessário com as forças armadas*), e além de um contínuo ‘revolver’, ‘fertilizar’ e ‘irrigar’ (*processos educativos e formativos*).

9. Às vezes os raios solares (*valores epocais ou supra-epocais*) aquecem (*inspiram*) diretamente o terreno (*corpo social*).

10. Sabe-se que sem um cuidado constante, as plantas morrem. E, mais cedo ou mais tarde, as Constituições também morrem. Naturalmente, podem transformar-se, até radicalmente – por exemplo, mudando o ‘modelo de Estado’ (por exemplo, mudando somente a forma de governo ou a disposição territorial: de regionalista para federalista) – mas até um certo limite: quando a transformação aproxima-se da própria ‘forma de Estado’ (de *liberal-democrático e personalista* para *autoritária e / ou totalitária*, mesmo se de formas camufladas, por exemplo, demagógico-peronistas), então não se trata de simples poda e enxerto, mas de um verdadeiro e exato corte do ‘tronco’ da planta: será preciso

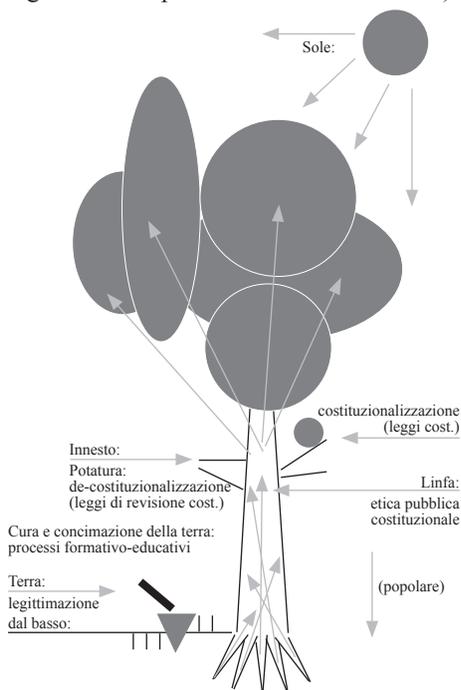
reconhecer que uma árvore está morta (ou seja, que um ordenamento constitucional está acabado).

11. No máximo, poderá ser dito que – uma vez erradicado o primeiro – definitivamente nasceu ali um segundo, mas se trata, evidentemente, de ‘outra’ planta. Não é mais a mesma árvore. A Constituição liberal-democrática e personalista é, pois, uma planta potencialmente *secular* (pensando-se à bicentenária Constituição americana), principalmente se aprofunda as suas raízes em terrenos adequadamente e por longo tempo adubados e cultivados (pela tradição cultural do Ocidente: é o caso da Europa), *mas de jeito nenhum imortal* (é sempre a Europa que, no torpor da razão, concebeu os monstros do Estado fascista, nacional-socialista e soviético).

12. Além disso, algumas transformações imprevistas (*modificações tácitas contra Constitutionem*), não são evoluções naturais, mas perigosas involuções biológicas da árvore da constituição, já que dão vida a ‘híbridos’ botanicamente incertos e potencialmente frágeis (*id est: constitucionalmente indefiníveis e potencialmente instáveis*). Isso acontece quando componentes totalitários, por exemplo: manipuladores, são ‘enxertados’ – mais ou menos de modo fictício ou camaleônico (*pensando-se em um monopólio e / ou controle dos meios de informação*) – em um tecido ordinatório ainda saudável (*pluralístico*): com o tempo, nesses casos, será uma árvore que, na parte externa, apresenta uma casca em boas condições (*‘fachada’ constitucional liberal-democrática*), mas no seu interior podre (*enganadora mudança ‘no ato’ da forma de Estado*). Pode-se dizer que, nos últimos casos citados, de uma planta botanicamente não mais verdadeiramente viva, mas ainda não morta (e, constitucionalmente, de uma Constituição liberal-democrática *quoad formam* em pé,

mas *quoad substantiam* corroída no interior: brevemente em uma fase de *radical transição*).

Um esquema gráfico servirá para sintetizar a metáfora botânica (como sempre algumas setas poderiam ser bidirecionais).



Árvore da Constituição

Sol: legitimação do alto
(Alético-axiológica)

Enxerto: Constitucionalização
(leis const.)

Poda: Desconstitucionalização
(leis de revisão const.)

Linfa: Ética pública constitucional

Cuidado e adubação da terra:
Processos formativo-educativos

Terra: Legitimação de baixo (ascendente)

Popular

14. Primeiras Conclusões

Espero que esteja claramente compreendido, geometria, literatura e botânica foram somente *escamotages*, simples ‘pretextos’, até posso dizer: meros ‘expedientes’ para oferecer um conjunto de considerações sobre ciência do direito constitucional, aparentemente disseminadas, mas auspiciosamente coerentes e explicitamente finalizadas para uma completa teoria geral da Constituição.

As pesquisas desse tipo inevitavelmente são um *mix* complexo que transcende o simples e tradicional direito constitucional, aproximando-se de aspectos e temas aparentemente muito longínquos entre si. Estão necessariamente comprometidas, de fato, disciplinas diversas como: a antropologia jurídica, a filosofia do direito, a ciência da política (ou como nos Países hispânicos é chamado de *derecho político*), a teoria geral do direito e do Estado, o direito internacional, mas também – mesmo se como pressuposições gerais – a história, a filosofia *tout court* e, até, a teologia. Se ainda tivesse um sentido falar hoje do Estado – de como ele foi evoluindo nas realidades e nas mentes dos juristas desde a paz de Westfália (1648) até os nossos dias – poderíamos dizer que se trata de complexas investigações de uma disciplina tão importante quão subestimada: a ‘doutrina do Estado’, uma matéria difícil e fascinante, a meu ver, no início do terceiro milênio, para ser repensar inteiramente.

Esse pequeno ensaio – que constitui parte do II volume do meu “*Contributo per una teoria della Costituzione*”, em redação final – não só visa confirmar alguns resultados alcançados no I volume, mas auspiciosamente, até para chegar a um avanço. Sem demolir uma fundação, até agora relacionada com o Estado constitucional contemporâneo, desejo que efetivamente qualquer, mesmo se modesto, progresso

tenha sido obtido, ainda se os objetivos ambiciosos que persegui estão destinados a ficar – como deve acontecer com toda a pesquisa sobre temas epocais – em um horizonte cada vez mais distante: como tais, sujeitos eles mesmos a um contínuo repensar e ao saudável juízo crítico da doutrina.

Com esse espírito (de sincera consciência dos limites intrínsecos em cada investigação dessa natureza), desejo apenas esboçar alguns campos de investigação que sem dúvida, mais cedo ou mais tarde, quem escreve (e, melhor ainda, os outros), deverá organicamente examinar, no complicado, mas extraordinariamente interessante caminho de pesquisa empreendido. Uma atualizada teoria geral da Constituição deverá necessariamente ser mais bem explorada, – e o termo explorar não é casual – entre tantos, os seguintes três campos, de algum modo interligados:

- O *direito constitucional internacional*, na específica perspectiva (que pode parecer ingênua, mas não o é no futuro próximo) da preparação de cartas internacionais dos deveres, junto àquelas dos direitos, e da inevitável revisão da ONU;

- O *direito constitucional continental*, com essa acepção eu entendo o direito federal, ou criptofederal, relativo à emergente agregação político-econômica dos Países de um único continente (como as evoluções da Nafta nos Estados Unidos da América, do Mercosul na América Latina, etc. e, obviamente, sobretudo da União Européia no Velho Continente: especificamente *multilevel constitutionalism*);

- Os *perfis jurídicos*, estreitamente coligados aos dois campos acima citados, especificamente relativos aos iniludíveis e complexos conceitos de *multiculturalismo*, *interculturalismo* e *transculturalismo*, no quadro de um método profundamente inovador, ao menos para o Ocidente, no sentido supra-cultural e meta-cultural (para su-

perar o nível da atual análise – politológica e jurídico-constitucional – que ao estado está, por assim dizer, afixada à conhecida tese do ‘conflito de civilização’) (44).

Intuindo-se facilmente, as poucas indicações fornecidas no presente trabalho não são suficientes nem para delinear os traços essenciais da pesquisa nos campos citados. Espero, todavia, que sirvam, pelo menos em parte, como premissa histórica e lógico-jurídica para o posterior caminho científico a ser percorrido.

15. Apêndice: Indicações sobre a Solidez e sobre o Desenvolvimento da ‘Planta’ Constitucional Espanhola

A Espanha poderia parecer – tanto em relação às democracias européias vencedoras da IIª guerra mundial quanto aos Estados vencidos, que rapidamente tiveram de reconstruir, entre as ruínas, um ordenamento liberal-democrático e personalista (Itália: Const. De 1948; R. F. T.: Const. De 1949) – um País desafortunado por ter sido obrigado, pelos seus acontecimentos históricos, a ‘rastejar-se’ por um regime moderadamente autoritário até o ano de 1975, ano da morte de F. Franco e do início da passagem indolor, e, de qualquer modo não violenta (*transición política*), para o modelo do Estado constitucional, há mais de vinte anos já presente na grande maioria dos outros Países do Velho Continente.

Ainda, no entanto, deixando de lado o fato que a Espanha evitou os horrores do conflito mundial, não há dúvidas que o ordenamento constitucional espanhol – um dos mais jovens da Europa – possa ter extraído uma não negligenciável vantagem da experiência, no bem e no mal, das outras democracias... mais antigas. Sem entrar em uma observação detalhada, é conhecido por todos a influência de várias Cartas constitucionais no texto espanhol (entre outras,

daquela francesa da Vª República e, ainda, daquelas italiana e alemã).

Isso não tolhe a absoluta originalidade da Carta espanhola, que certamente não está em discussão, mas reforça a tese (das Constituições gregas de 1975/1986/2001, e portuguesa de 1976) que já existem “tradições constitucionais comuns européias”, das quais não por acaso falam diversas fontes comunitárias: prescindindo das numerosas referências da jurisprudência da Corte de Luxemburgo, pensando-se nos artigos 6 – ex art. F – e 288 – ex art. 215 – do Tratado da União Européia e ao Preâmbulo, V.c., da Carta dos direitos de Nice.

É somente o caso de recordar – entre os muitos méritos da Carta de 1978 – a oportuna escolha de adotar em texto relativamente longo (169 artigos), a útil presença das *leyes orgánicas*, a previdente alusão à Declaração Universal dos direitos do Homem e aos acordos internacionais (art. 10, n.2), a individuação de uma eficaz forma de governo (no âmbito da forma de Estado da monarquia parlamentar), a inteligente criação das *comunidades autónomas*, a presença de um amplo sistema de justiça constitucional (abrangente do recurso de amparo), etc.

O que importa antes de tudo aqui rememorar é a natureza do ordenamento espanhol: trata-se inequivocamente de um ordenamento ‘constituído’ de tipo constitucional, como tal expressão de uma racionalização ‘jurídica’ do patrimônio cultural liberal-democrático e personalista comum a toda a tradição européia (e, mais genericamente, ocidental).

O que significa, a meu ver, que para ele se adapta muito bem – nas diversas hipóteses já citadas de *geometria constitucional*: §§ 4-9 – em qualquer um dos modelos mencionados, com exceção daquele piramidal schmittiano e, creio (pela densidade axiológica das prescrições cons-

titucionais espanholas) também daquele *centrifugo-niilista* volpiano. Ao invés disso, não obstante a inevitável secularização da atual sociedade espanhola, talvez o esquema *estelar* poderia ser o mais adequado, visto a menção explícita e basililar, especificamente, presente no art. 10, n. 1 (que lembra, mesmo sutilmente, o art. 1, n. 1 da Constituição alemã), da ‘dignidade da pessoa humana’ como ‘fundamento’, junto aos direitos invioláveis, ‘da ordem pública e da paz social’. Mas, como é óbvio, não pretendo (nem creio) que esse processo de leitura seja a única possível.

Emerge também – um pouco de todo o texto espanhol (pensando-se somente nas indicações do Preâmbulo e dos Títulos Preliminares e Primeiro) – o valor da ‘limitação do poder soberano’, nesse caso atribuído simbolicamente à ‘Nação’, Pode conseqüentemente se aplicar ainda ao modelo espanhol a metáfora literária já mencionada pela cláusula de Ulisses, aquilo que posteriormente apóia sobre a ‘natureza’ admiravelmente constitucional do ordenamento em exame, em um dos seus pontos mais clássicos e qualificados.

Das mais fugazes considerações desenvolvidas pode em todo caso deduzir-se que a ‘planta’ constitucional espanhola – cujo ‘tronco’ apresenta a forma peculiar e comum, contudo, a outros ordenamentos europeus, da monarquia constitucional – é sem dúvida sólida e forte. Especialmente, o caso, quase excepcional e devido à Lei de sucessão de 1947, da reintrodução da monarquia (depois da fase republicana pré-franquista e o regime *Caudilho*) parece indicar, nesse processo, um eficaz e equilibrado, mas não traumático *mix*, para a ‘planta’ constitucional espanhola assentada entre um passado distante (raízes profundas) e um futuro aberto (ramos estendidos para o alto e prontos para os enxertos).

A árvore constitucional espanhola traz sua ‘linfa’ (legitimação de baixo) de

uma sociedade pluralista que se diferencia por uma antiga e nobre cultura, mas agora democraticamente amadurecida (ainda mais depois da grosseira tentativa de golpe de Estado de Tejero), hoje bem desenvolvida economicamente.

Naturalmente, como todos os lados da fadiga humana, também a redação da Carta espanhola apresenta inevitáveis defeitos técnicos. Os problemas não faltam: o constante problema da defesa da União ‘nacional’ (dos ‘povos ibéricos’); a eventual revisão do sistema eleitoral; os riscos ligados às intrínsecas incógnitas personalísticas da monarquia (com conseqüentes problemas dinásticos); as dificuldades em principiar os efetivos processos de reforma constitucional (cedo ou tarde, necessários); o antigo problema do ordenamento da Catalunha e dos Países Bascos (que não resolveu os graves e persistentes problemas de terrorismo), etc.

Afortunadamente, porém, tudo isso não parece ameaçar a solidez da ‘planta’ espanhola que completa os seus, felizes, 25 anos. O anseio é que – com os oportunos e inevitáveis ajustes (normativos, consuetudinário e jurisprudencial) a qual está sujeita toda Carta no seu processo de evolução histórica – possa-se a cada 25 anos, confirmar a solidez de uma ‘planta’ constitucional destinada a desenvolver-se e tornar-se, esperamos, secular.

NOTAS

1. U. Rahner. *L'homo ludens*, trad. Para o italiano de B. Zappieri, Brescia, 1969.
2. Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (*Nota sobre o método ‘relacional’ no direito constitucional*), em *Pol. Dir.*, n. 3/1996, 399 ss., agora também em *Aa. Vv., Il metodo nella scienza del Diritto costituzionale*, (Messina, 23 de fevereiro de 1996) Pádua, 1997, 157 ss.
3. A. D. Sertillanges, *La vie intellectuelle* (1934), trad. It. de M. P. Flick, Roma, 1969,

98 s., mas v. *passim*, para o qual: “... Nenhuma ciência basta a si mesma [...] Uma cultura parcial é sempre indigente e precária, o espírito sofre continuamente; faltam-lhe a liberdade de movimento, a segurança do olhar e os seus gestos estão paralisados [...] Se, contudo queis ter uma mentalidade aberta, limpa, verdadeiramente forte, desconfeis antes de tudo da especialização. Estabeleceis as bases do vosso edifício proporcionalmente à altura que queis alcançar {...} É preciso passar de uma *forma mentis* para outra para modificar uma da outra; é preciso alternar as culturas para não deteriorar o terreno”. Partindo de pressupostos profundamente diferentes, também F. Nietzsche (*Der AntiChrist* (1988), trad. It. de P. Santoro, Roma, 1979, 85) observava: “Para o mediocre, é uma felicidade ser mediocre; o sobressair-se em uma única coisa, o saber especializado, é um instinto natural”. Aprofundamentos, também bibliográficos, sobre essa delicada, mas fundamental, problemática podem ser encontrados no meu *Contributo per una teoria della Costituzione, I, Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milão, 1994, 183 ss., mas v. *passim*.

4. Essa rápida síntese do pensamento schmittiano pressupõe, obviamente, um conhecimento praticamente de todas as obras da inumerável produção científica do jurista renano. Dele menciono aqui somente as mais importantes, permitindo-me remeter para uma menos superficial análise crítica do seu pensamento, ao meu *Contributo*, esp. 395 ss., mas v. *passim*. Enfim algumas poucas considerações aqui estendidas, de C. Schmitt devem ser mantidas presentes pelo menos: os diversos ensaios – entre os quais se assinala *Begriff des Politischen* (1927-1932) – traduzidos em italiano com o título: *Le categorie del ‘politico’*, Bologna 1972; *Verfassungslehre* (Berlin 1928), trad. it. de A. Caracciolo, Milão 1984; *Der Hüter der Verfassung* (Berlin 1931), trad. it. de A. Caracciolo, Milão, 1981; *Die Diktatur. Vom den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* (Berlin, 1964), trad. it. de B. Liverani, Roma - Bari 1975; *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie* (Berlin 1970-1984), trad. it., de A. Caracciolo, Milano 1992; *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (Berlin 1974), trad. it. de E. Castrucci, Milano 1991.

5. Naturalmente existem muitos “períodos”, e, portanto não poucas variantes, na evolução do pensamento kelseniano. Por razões que se podem deduzir, aqui nos referimos principalmente ao “primeiro Kelsen”. Sobre coerência *Reine Rechtslehre – Politischer Wertrelativismus* cfr., para todos, A. CATANIA, *Kelsen e la democrazia*, em *Riv. int. fil. dir.*, n. 3/1992, 381 e o meu *Contributo*, 319 ss.

6. Os trabalhos de H. KELSEN no ponto específico são muitos e articulados no tempo. Desde o ensaio *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Tübingen 1920) à *Allgemeine Theorie der Normen* (Wien 1979). Em toda essa complexa problemática – que verte sobre a discutida interpretação kelseniana processo de Jesus – dediquei o inteiro volume *Contributo per una teoria della Costituzione*, cit., *passim*, o qual devo remeter *in toto* para argumentações e bibliografia muito mais ricas das aqui mencionadas. Em seguida, sobre o mesmo tema – mas com êxitos que não compartilho totalmente – também se deteve G. ZAGREBELSKY, *Il crucifige! e la democrazia*, Turim, 1995. A verdadeira questão subentendida no rememorado processo – a relação entre democracia e verdade – encontra, mesmo se em perspectiva mais genérica, um útil tratamento no livro de P. HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat* (Baden-Baden 1995), trad. it. Turim, 2000.

7. Cfr. especialmente. J.L. TALMON, *Le origini della democrazia totalitaria* (Londres, 1952), trad. it. Bolonha, 1967, espec. 341 ss.

8. Assim G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma - Bari 2000, 256 ss. (mas v. *passim*). Meus e os c.vi.

9. Cfr. ainda G. VOLPE, *op. cit.*, 259 ss.

10. Maiores indicações sobre essa colocação, que *non pecca* pela ingenuidade, mas antes se autoqualifica realista, na minha *Resenha* ao livro de Giuseppe Volpe, em *Rev. dir. const.*, n. 5/2000, 273 ss. (com réplica do Autor na mesma revista). No plano constitucional da idéia de “dom”, indicações também no meu *I diritti della ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti*, em *Ars Interpretandi*, n. 7/2002, 325 ss. Não muito diferente da idéia de “dom”, o ponto de vista de L. LOMBARDI VALLAURI, *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Milano 1969. Para o conceito de “dom” na perspectiva de

Levinas, v. S. LABATE, *La sapienza dell'amore. In dialogo con Emmanuel Levinas*, Assis, 2000. Para um aprofundamento crítico sobre os riscos das ilusões originadas pelo processo de globalização – do qual, também quem escreve, deve ter em consideração – v., para todos, R. MANCINI, *Senso e futuro della politica. Dalla globalizzazione a un mondo comune*, Assis, 2002.

11. Assim P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, Turim, 1999, 166 e 157.

12. Assim P. PINNA, *op. cit.*, 93 e 99 s., que aqui justamente sublinha como *o movimento dos processos decisivos não vai do alto para baixo, segundo uma concepção autocrática do poder, e nem ao menos de baixo para o alto, segundo a oposta idéia democrática. É circular, interativa: vai de baixo para o alto e viceversa*. Compartilho dessa colocação circular, que lembra a relação de Heller entre *normalidade e normatividade* [H. HELLER, *Staatslehre* (Leidem, 1934), trad. it. de U. Pomarici, Nápoles, 1988, 383 ss.] e que além do mais já tinha configurado exatamente nos mesmo termos – indicando o fenômeno da *subsidiariedade bidirecional ou invertida* – no meu *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e regioni*, em *Rev. trim. dir. públ.*, n. 4/1994, 1041 ss. a explícito referencia do modelo “matricial”, afinal, é uma clara indicação para D.J. ELAZAR, *Idee e forme di federalismo*, Milão, 1995.

13. P. PINNA, *op. cit.*, 93, 101 ss., 113 ss.

14. Devo essa idéia – de uma ausência somente formal, ou meramente psicológica, de um “centro” na construção de P. Pinna – a um jovem doutorando de pesquisa, C. Panzera, a quem aqui agradeço.

15. Para essa tese v. ainda, entre tantos, o meu *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e regioni*, cit., espec. 1064 ss. Ao contrário de ser a favor de um permanente “primado” da hierarquia, com argutas anotações, para todos: A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, III ed. Turim, 2001, *passim* e, agora, Id., *Itinerari* de uma pesquisa sobre o sistema das fontes. Estudos do ano 2002, vol. 1 e 2, Turim 2003, *passim*.

16. Maiores e mais argumentadas indicações, com relativa bibliografia, sobre a concepção aqui proposta encontram-se especialmente em

dois trabalhos meus: *Contributo*, cit., *passim* e, soprattutto, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in AA.VV., *Il parametro nel sindacato di costituzionalità delle leggi*, Atas do Seminário de Palermo, 28-29 maio 1998, obra de G. Pitruzzella, F. Teresi e G. Verde, Turim. 2000, 1 ss., mas também em *Cad. const.*, n. 3/1998, 343 ss. (espec. 373 ss.).

17. Ainda sobre o último, em *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico)*, cit., 346 s. (onde se lembra, e comenta, a magistral lição do ponto de Antonio Rosmini). Mas v. também, por ex., C.J. FRIEDRICH, *Giustizia trascendente. Le dimensioni religiose del costituzionalismo*, a cura di G. Buttà, Roma - Régio Calábria, 1998, *passim*.

18. Para o qual seja permitido remeter espec. ao ensaio de A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, obra de V. Angiolini, Turim, 1992, 221 ss. e ainda em *Pol. del dir.*, n. 3/1991, 343 ss.

19. K. GÖDEL, *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme I*, vol. 38, 173 ss. (1931), trad. it. de E. Agazzi, Milão, 1962 e, entre tantos, E. NAGEL - J.R. NEWMAN, *Gödel's Proof* (New York 1958), trad. it. de L. Bianchi, Turim 1974. Referindo-se ao conhecido paradoxo de Epimene de Creta, segundo o qual: *Todos os cretenses mentem*, Gödel substitui o conceito de "verdade" aquele de "demonstrabilidade", para o qual em um específico sistema formal uma proposição é demonstrável somente se for falsa. Portanto ou é demonstrável algo falso, em derroga da coerência do sistema formal, ou a proposição é verdadeira e não demonstrável, e então o sistema formal está "incompleto". Nesse sentido, a aritmética não é coerente se é completa e vice-versa: se é completa não é coerente. Mas naturalmente Gödel não exclui uma demonstração "meta-matemática" da coerência da aritmética. Por uma diferente fruição da teoria de Gödel, espec. N. LUHMANN, *La Costituzione come acquisizione evolutiva*, in AA.VV., *Il futuro della Costituzione*, obra de G. Zagreb-

sky - P.P. Portinaro - J. Luther, Turim, 1996, 83 ss., mas espec. 92 s.

20. Que, pelo menos por um lado, esteja dentro dos ordenamentos constitucionais não é prova a textual nota presente em diversas Constituições, em via "direta" (por ex.: art. 1, n. 1 Const. Alemã ou 10, n. 1 Const. Espanhola) ou "indireta" (por ex.: artigos 3, 36 e 41 Const. It.).

21. Principalmente *Contributo*, cit., espec. 123 ss.

22. É o caso, por exemplo, de L. VANDELLI, do qual pode-se agradavelmente ler *Il pubblico impiegato nella rappresentazione letteraria*, Cadernos da SPISA, Bolonha, 2000.

23. Pensa-se, para todos, em F. CORDERO. Como é conhecido, o grande processual penal é também autor, desde 1969, de vários, romances muito apreciados. Entre os quais, recorda-se, pela sua complexidade psicológica, *L'Opera*, Milão, 1975.

24. Pelo qual v., para todos: J. BRUNER, *La fabbrica delle storie. Diritto, letteratura, vita*, Roma-Bari, 2002.

25. A. FRANCE, *Le Procureur del la Judée* (1902), trad. it. de L. Sciascia, Palermo, 1984.

26. L. TOLSTOJ, *Voskresenie* (1898), trad. it. - como *Resurrezione* - di M.R. Leto e A.M. Raffo, Milão, 1991.

27. No conto *Der Prozess* (1914-15, ed. 1924) de F. KAFKA a bibliografia é copiosa. Recordo somente, agora, o ensaio de M.A. CATTANEO, *Il processo di Kafka come esempio di "non giustizia procedurale"*, in AA.VV., *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione fra Stato e società internazionale*, em *Cad. da Rev. intern. fil. dir.*, Milão n. 3/2002, 231 ss. Mas v. também, *ali* (p. 223 ss.), a confirmação do interesse - para os juristas - da produção literária, ainda de B. CAVALLONE, *La giustizia procedurale in Rabelais*.

28. Assim S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, em Id., *Grammatica e diritto*, obra de E. Paresce, Milão, 1978, 101 ss.

29. Omero, *Odissea*, Livro XII, vv. 154-200 (trad. de G.A. Privitera, introd. de A. Heubeck, Milão, 1991, 361 ss.).

30. A expressão está ligada à reflexão filosófico-jurídica de J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, 154 ss.

31. M. LA TORRE [*Messina come metafora e luogo idealtipico della politica*, Soveria Mannelli (CZ) 2000, 33] lembra justamente que, de

tal modo, recoloca-se em discussão o próprio governo de um a favor do governo de muitos, e portanto da democracia, mas afortunadamente não se fixa nessa consideração inicial, acrescentando logo depois que “A *cláusula de Ulisses* pode ser aplicada ainda ao soberano coletivo, conseqüentemente até à vontade geral do legislador democrático. Tratar-se-á nesse caso de impedir que as maiores ignorem os direitos das minorias”. Posteriores indicações sobre o ponto no nosso *La fine della politica “per implosione”*, resenha do livro de M. La Torre sobre *Messina come metafora e luogo ideal tipico della politica* (Rubettino 2000), em *Sociologia del diritto*, 2003, em vias de impressão. Para evolução histórica dos tipos de Estado indicada no texto, entre tantos, também para posteriores indicações bibliográficas, espec. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, II ed., Turim, 2001, 23 ss. Para a clássica idéia de “lei superior” v., para todos, o imortal ensaio de E. CORWIN, *The “Higher Law”*. *Background of American constitutional Law* (Harvard 1928-29), trad. it. Obra de S. Rosso Mazzinghi, Veneza, sem data (talvez 1968).

32. G. RITTER, *Il volto demoniaco del potere* (1948), Bolonha 1997.

33. Existe toda uma tradição clássica que talvez pudesse ter em N. Maquiavel o seu precursor mais orgânico. Inclina-se nessa simplificação, na perspectiva antes banal e difusa da *etologia política*. No tema, o Autor, referência para os constitucionalistas é principalmente C. SCHMITT, do qual v. – entre as muitas obras sobre o ponto – espec. *Gespräch über die Macht und Zugang zum Machthaber* (Pfullingen 1954), trad. it. de A. Caracciolo in *Behemot*, n. 2/1987, 54, onde talvez aprofunde com mais clara evidência o seu culto idolátrico do poder: *Quem crê em Deus onipotente e bom não pode considerar ruim o poder e nem ao menos neutro. O apóstolo do Cristianismo, São Paulo, diz – como já se sabe – na carta aos Romanos: todo poder vem de Deus [...] somente a vontade de poder é ruim, mas o poder em si mesmo é sempre bom*. Mas para os oportunos aprofundamentos bibliográficos sobre a interminável produção do autor Schmitt em matéria e por uma leitura profundamente crítica do seu pensamento sobre o assunto, seja permitido remeter ainda ao meu *Contributo*, cit., 395 ss., mas espec. 413 ss.

34. A idéia da renúncia à soberania mereceria muitos mais aprofundamentos daqueles aqui disponíveis, porque poderia parecer (erroneamente) divagação a respeito do tema central aqui discutido. Indico-vos ligeiramente. No entanto deve-se lembrar que, como que se todos os conceitos júrís publicísticos também aquele de soberania é de origem canônico-eclesiástica (*supremitas* ligada a *auctoritas sacra pontificum*) e remete a idéia de onipotência (*omnipotestas*) de Deus. Isso permitiu a S. WEIL [*Attente de Dieu* (Paris 1969), trad. it. de O. Nemi, Milão, 1972, 108 s.] algumas geniais considerações metas-jurídicas sobre a “renúncia da soberania” por parte de Deus: *Verdadeiro Deus é o Deus concebido como onipotente, que porém não comanda onde quer que tenha o poder para fazê-lo [...] O bem puro não se encontra em nenhum lugar. O Deus não é onipotente, ou não é absolutamente bom, ou não comanda onde quer que tenha oportunidade. A existência do mal, aqui em baixo, longe de ser uma prova contra a existência de Deus, é por isso a revelação dessa verdade. A criação é um ato, não de expansão de si mesmo, ao contrário, é de limitação e de renúncia [...] Com o ato criador negou a si mesmo, assim como Cristo nos ordenou de renegarmos a nós mesmos*. Pelo que interessa nesse tema, certamente não pode ser ignorada a analogia, audaz, mas simbólica, entre a “renúncia” que deve cumprir o soberano político e a “renúncia” que cumpre o soberano divino.

35. Espec. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, em *Rev. dir. const.*, 1996, 3 ss. que, ao sustentar a “soberania dos valores” é oportunamente hostil à tirania dos mesmos.

36. *Contributo*, cit., 95 ss. Quase inútil dizer que a outra face da definição de Constituição proposta é aquela que evidencia a importância, para o direito constitucional, da “separação dos poderes”. Sobre esse ponto, na doutrina italiana, decisivas reflexões são aquelas, entre tantas, de G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, Milão, 1979 e II, Milão, 1984. O “equilíbrio instável” o qual se advertia, entre poderes de garantia e de endereço - antropológicamente fundamentado sobre uma concepção pessimística – hoje se pode e deve traduzir, ao contrário, em uma “cooperação entre os poderes”, expres-

são de um diferente movimento antropológico: de confiança nas capacidades do diálogo entre os homens (e portanto entre as instituições).

37. Para esses conceitos ver ainda *Contributo*, cit., spec. 33 ss. *No qual* se encontram difusas indicações, também bibliográficas, sobre o conceito de “ética pública” ou “moral constitucional” do qual logo se falará no texto.

38. Sobre o mito de fundação, ver a bibliografia indicada no meu: *La “transizione” costituzionale: ambiguità e polivalenza di un’importante nozione di teoria generale*, em AA.VV., *Le “trasformazioni” costituzionali nell’età della transizione*. Reunião de estudo, Catanzaro, 19 fevereiro 1999, obra de A. Spadaro, Turim, 2000, 17 ss.

39. Sobre esse ponto seja permitido retornar aos meus *Dal partito-azienda allo Stato-azienda, al Governo “comitato d’affari?”* (Uma passagem “difícil” da transição italiana) em *Ragion pratica*, n. 19/2003, 287 ss. e *Il fenomeno della pubblicizzazione degli interessi privati e, di riflesso, della privatizzazione degli interessi pubblici: una piccola introduzione sulla crisi dell’“etica pubblica costituzionale”*, in AA. VV., *Diritto e potere nell’Italia di oggi*, obra de A. Pizzorusso e R. Romboli, em vias de impressão pela editora Donzelli, Roma, 2003.

40. Por exemplo, G. JELLINEK [*Die Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* (Wien 1878), agora Reinheim 1967, 42] fala sem dúvida, dando por deduzido o nível gnosiológico, de “mínimo ético”: ...*Das Recht ist nichts Anders, als das ethische Minimum*. Para a recusa da perspectiva “não cognitivista” nos estudos constitucionais seja permitido remeter mais uma vez ao meu: Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (*Notarella sul metodo “relazionista” nel diritto costituzionale*), op. et loc. cit.

41. Ainda *Contributo*, cit., 464. Mas sobre nexos restrito entre direitos de liberdade e teoria da Constituição, v. agora – se obviamente for o caso com diferente aceção – O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milão, 2002.

42. Sobre Constituição como processo histórico existe ainda uma discreta literatura. Se houver necessidade, entre tantos, podem ser vistos, ainda para posteriores indicações bibliográficas, três trabalhos meus: *Dalla Costituzione*

come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico), cit., 343 ss.; *Il caso esemplare della Costituzione Europea come “insieme di atti” (puntuali nel tempo) e “insieme di processi” (storici): dalle C.E.E. (Comunità Economiche Europee), alla C.E. (Comunità Europea), all’U.E. (Unione Europea), agli U.S.E. (Stati Uniti d’Europa)*, comunicação ao Conselho europeu de estudo “Verso una Costituzione europea?” (Roma, 20-23 junho 2002), em vias de impressão; *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, in AA. VV., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Seminário de Taormina (ME) de 4 outubro 2002, obra de A. Pizzorusso – R. Romboli – A. Ruggeri – A. Saitta – G. Silvestri, Milão 2003, 111 ss. Sobre esse tema desejamos indicar ainda algumas outras contribuições: G. SILVESTRI, *Intervento*, in AA.VV., *Il diritto costituzionale a duecento anni dall’istituzione della prima cattedra in Europa*, obra de L. Carlassare, Pádua, 1998, 259 s.; A. RUGGERI, *La Costituzione allo specchio: linguaggio e “materia” costituzionale nella prospettiva della riforma*, Turim, 1999, 155 ss. e L. D’ANDREA, *Il progetto di riforma tra Costituzione-atto e Costituzione-processo*, in AA. VV., *La riforma costituzionale*, Pádua, 1999, 93 ss.

43. Sobre distinção entre “formas” e “modelos” de Estado – relevante, porque pode mudar até a Constituição, sem que mude a forma de Estado (por ex., a passagem de IV para a V República na França) – ainda no meu *La “transizione” costituzionale: ambiguità e polivalenza di un’importante nozione di teoria generale*, cit., 114 ss. Outros – A. RUGGERI, *La Costituzione allo specchio*, cit., 20 ss. e ID., *Note sparse per uno studio sulle transizioni di rilievo costituzionale*, in *Rass. parl.*, n. 1/2000, 35 ss.– para individualizar as modificações constitucionais intermediárias, entre aquelas *soft* (mera revisão) e aquelas *hard* (substancialmente constituintes), prefere-se falar de “ciclos políticos-constitucionais” que de “modelos de Estado”.

44. Sobre a tese do “conflito de civilização”, obviamente S.P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (1996), trad. it. de S. Minucci, Milão, 1997. Em uma bem diferente perspectiva, sobre distin-

ções sobre “multiculturalismo”, “interculturalismo”, etc., v. espec. o ensaio de R. PANIKKAR, *Pace e interculturalità. Una riflessione filosofica*, Milão. 2002 [do qual v, ainda *I fondamenti della democrazia. Forza, debolezza, limite* (1997), Roma 2000]. Mas, para indicações (mesmo bibliográficas) sobre perfis jurídico-constitucionais das problemáticas sinalizadas, entre outros, seja permitido remeter também aos meus: *Gli effetti costituzionali della c.d. “globalizzazione”. Storia di una metamorfosi: dalla sovranità dei popoli nazionali alla sovranità dell’opinione pubblica (e della finanza)*

internazionali, em *Pol. dir.*, n. 3/1998, 463 ss.; *La Carta europea dei diritti tra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in AA.Vv., *La Carta europea dei diritti*, Atas da Convenção de Gênova, em 16-17 março 2001, obra de P. Costanzo, Gênova, 2002, extraído do volume XXXI dos *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova (2001-2002)*, 28 ss., mas também em *Dir. pubbl. comp. ed europ.*, II/2001, 621 ss; *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, *op. et loc. cit.*