

# CONSTITUCIONALISMO E DIREITO NATURAL UMA RELAÇÃO INELIDÍVEL\* CONSTITUTIONALISM AND NATURAL LAW: AN INELIGIBLE RELATIONSHIP

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO\*\*

*Recebido para publicação em novembro de 2005*

## I. Introdução.

### 1. Direito Natural e Constitucionalismo

Há entre Constitucionalismo e Direito Natural uma relação inelidível, conquanto haja quem a ignore ou, pelo menos, queira ignorar. Tal relação vem do passado, continua pelo presente e, sem dúvida, se projeta para o futuro.

Tal ligação é evidente no Constitucionalismo moderno. Este procede do Direito Natural e se desenvolve como expressão deste. É, com efeito, no plano da doutrina, a afirmação dos direitos naturais do indivíduo que inspira a instituição da Constituição; é, no plano da História, a preocupação com a garantia desses direitos uma das idéias-força que redundam na adoção em toda parte de Constituições no sentido moderno do termo.

Entretanto, tal vinculação, aparece também, embora menos visível, no Constitucionalismo antigo, seja propriamente o da Antiguidade, seja o da Idade Média. Realmente, é da concepção de que o Direito procede da natureza humana que decorre o intento de limitação do Poder.

Enfim, é ainda a proteção dos direitos fundamentais – e os direitos fundamentais

são projeção do Direito Natural - a fonte do Constitucionalismo pós-moderno. Este não visa senão a efetivação máxima de tais direitos.

### 2. A Lição de McIlwain Prolongada

A referência a três Constitucionalismos – o antigo, o moderno e o pós-moderno – pode causar estranheza.

De fato, McIlwain, na sua obra clássica, *Constitucionalismo antigo e Constitucionalismo moderno*<sup>1</sup>, somente aponta as duas modalidades que menciona o título do trabalho. Registra ele, e estuda, o Constitucionalismo “antigo” (que se estende da Antiguidade propriamente dita até o século XVIII, abrangendo, portanto, a Idade Média), caracterizado essencialmente pela limitação do Poder; igualmente, o Constitucionalismo “moderno” (do século XVIII em diante), marcado essencialmente pelo estabelecimento, em documento solene e expresso, da organização – limitativa, saliente-se – do Poder. Evidentemente, não cogitou - e não havia por que – de tratar de uma terceira espécie de Constitucionalismo que somente muitos anos depois de suas lições viria a lume.

Parece cabível, porém, sem trair o pensamento desse Mestre, apontar para

\*Este texto desenvolve tema de conferência proferida no Porto, em Portugal, em Colóquio Internacional realizado na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 10 de novembro de 2005.

\*\*Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor honoris causa da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (França). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” - Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

um Constitucionalismo “pós-moderno” ou “hiper-moderno” – o da atualidade. Este se manifestaria pela reafirmação de um Direito superior ao positivo, na sua na projeção no plano do direito internacional, etc.

## II. O Direito Natural e o Constitucionalismo Antigo.

### 3. A limitação do Poder

Na lição de McIlwain, o cerne do constitucionalismo antigo está na limitação do Poder.

No plano das idéias, na Antiguidade greco-romana, jamais se admitiu o Poder absoluto e sem peias do governante. Esta visão perdurou na Idade Média e mesmo nos tempos ditos do absolutismo, embora com diferenças de Estado para Estado e de momento para momento. Nunca, entretanto, deixou ela de existir no “Ocidente”, que, neste texto, é o “mundo” a considerar.

Tal limitação advinha essencialmente da idéia de que existiria um Direito, fruto da divindade, dos costumes, ou da razão e prudência do Legislador, o qual se imporia sobre o direito positivo e todas as autoridades. Mais. Um Direito que estes não poderiam, por mera deliberação, modificar ou revogar.

Por outro lado, o próprio sistema de freios e contrapesos – *checks and balances* – também está presente na Antigüidade.

A) Na Antigüidade

### 4. O Constitucionalismo nas Instituições Romanas

Merece lembrar, como o faz McIlwain<sup>2</sup>, que os “freios e contrapesos” estão presentes nas instituições do período republicano.

Ela se manifesta na divisão do Poder entre Cônsules, Senado e Assembléias populares. Tal partilha impunha que a políti-

ca romana fosse dirigida *de concert*, para falar como Montesquieu.

Indo mais fundo, ela se explicita na existência de dois Cônsules que devem agir de acordo, na medida que a decisão de um poderia ser bloqueada pelo outro e, sobretudo, na instituição de verdadeiros contrapoderes como o Tribunato da plebe, cujos membros podiam paralisar a atuação dos magistrados e impedir a deliberação pelas próprias Assembléias. E que eram vários, de tal sorte que um poderia paralisar a atuação de outro. O instituto da *intercessio* é assim um instrumento de limitação do Poder, cuja efetividade se manifestou em numerosas ocasiões.

### 5. No pensamento político

Ademais, importante para o tema em estudo é ter aparecido, na Antigüidade, a idéia de direito natural. É o que transparece do estoicismo.

Bem conhecido é o diálogo *Das Leis, De legibus* de Cícero. Neste, certamente por inspiração de tal filosofia, reponta a vinculação entre o Direito e a natureza humana, de onde decorre a existência de um Direito Natural, medida do direito positivo.

Como todo jurista conhece – ou deve conhecer – nesse trabalho está a célebre definição: “a lei é a razão suprema, gravada em nossa natureza, que prescreve o que se deve fazer e proíbe o que se deve evitar”.<sup>3</sup> Como nele também está, e logo adiante, a contraposição entre a lei (verdadeira) e aquilo que o vulgo chama de lei: “a regra escrita de caráter imperativo, que contém comandos ou proibições”.<sup>4</sup>

E este posicionamento se reafirma, quando é apontado: “Segundo a opinião dos mais sábios, a lei não é uma invenção do espírito humano, nem um decreto dos povos, mas algo eterno que governa o mundo inteiro, mostrando o que é sábio prescrever ou proibir”.<sup>5</sup> São estas as ver-

dadeiras leis, pois as “leis diversas e temporárias que são prescritas para os povos, somente por benevolência tomam o nome de leis”.<sup>6</sup>

É verdade que a este entendimento se costuma opor a famosa frase de Ulpiano: “Quod principi placuit legis habet vigorem”.<sup>7</sup> McIlwain, todavia, subscreve a tese de que esta colocação não significa senão que as *constitutiones* imperais teriam a força de *leges* e não que a vontade do príncipe pudesse ser fonte de Direito.<sup>8</sup>

De qualquer modo, porém, o pensamento romano conheceu a tese da existência de um Direito Natural e a idéia de sua supremacia sobre o direito positivo. E na obra de um dos grandes nomes da Antigüidade, Marco Túlio Cícero.

## 6. O Constitucionalismo ateniense

Mc Ilwain não se refere a este. Vale, todavia, assinalar que a existência de um Direito independente da vontade humana, superior ao direito positivo, está presente, nas instituições de Atenas no seu período áureo, o final do VI século. E está presente – insista-se – nas instituições e não apenas no pensamento e na literatura, como é cediço mencionar, repetindo as palavras de Antígona, na famosa tragédia de Sófocles.

Por outro lado, no período democrático da Atenas – e foi ele o modelo da chamada democracia antiga – era a Assembléia dos cidadãos quem tomava as deliberações capitais, podendo editar leis. Tais leis, porém, não poderiam contrariar o Direito, poderiam ser anuladas se o fizessem, e por um processo judicial.

O direito ateniense, com efeito, previa uma ação especial – a *graphe paranomon* – por meio da qual qualquer cidadão podia impugnar a validade de uma lei que contradissesse o Direito.<sup>9</sup> Mais ainda, por meio dela, também se intentava punir o autor da iniciativa e o magistrado que, pre-

sidindo a Assembléia, deixasse votar esta proposta “inconstitucional”, “ilegítima”. Tal ação era julgada pelos Heliastas.

Está aí um relevante antecessor das ações de fiscalização abstrata de inconstitucionalidade, que conhece o direito contemporâneo, em geral e o brasileiro, em particular.

## B) Na Idade Média

## 7. O Direito Natural na Europa Continental

É de se recordar que, no medievo, a Europa continental, assistiu ao florescimento da doutrina do Direito Natural. Este florescimento prepara a doutrina dos direitos naturais que vai ser, mais adiante, um dos elementos fundamentais do Constitucionalismo moderno.

Vale a este propósito seguir a magnífica síntese de Gierke, no livro *Political Theories of the Middle Age*.<sup>10</sup>

Aponta este que a doutrina medieval do Direito Natural decorre de duas contribuições. Uma, advinda do trabalho dos Legistas e Decretistas, a partir do Direito Romano e do Direito Canônico; outra, proveniente dos filósofos e teólogos no campo da Patrística e da Filosofia clássica. Teve ela a sua principal exposição na *Suma Teológica* de Tomás de Aquino.<sup>11</sup>

Seus pontos fundamentais eram: 1) Provinha o Direito Natural de um Poder transcendente; 2) Consistia em normas obrigatórias. Em conseqüência: 3) Todos na terra estavam sujeitos a esse Direito, mesmo o Papa, o Imperador, os Reis e o próprio povo; e 4) Tudo o que contrariasse os princípios eternos e imutáveis do Direito Natural era sem efeito (*void* – nulo) e não obrigaria a quem quer que fosse.<sup>12</sup>

Esta “nulidade” colhia, mesmo, os costumes.<sup>13</sup> Já as lei positivas, que também não podiam contradizer o Direito Natural,

ficavam adstritas a desenvolver os princípios do direito natural.<sup>14</sup> Note-se que a lei positiva, embora editada pelo governante, tinha sua fonte no “consentimento da comunidade”.<sup>15</sup>

Enfim, mais adiante o jurista alemão, depois de analisar institutos como a expropriação, os contratos, a propriedade, os direitos adquiridos, afirma expressamente que “a doutrina medieval já tinha no seu seio (*was already filled with*) a idéia dos direitos naturais (*inborn*) e indestrutíveis do indivíduo”.<sup>16</sup>

### 8. A Magna Carta e seus Desdobramentos

O Constitucionalismo medieval se manifesta, no plano da experiência histórica, em vários Estados europeus. A limitação do Poder, a fim de resguardar os interesses dos governados, está, por exemplo, na Bula de Ouro outorgada na Hungria, em 1222.<sup>17</sup> Entretanto, na memória ficou, essencialmente, o que se passou na Inglaterra.

Em 1215, nesse Estado, João I, João sem Terra, teve de anuir no documento que para sempre se veio a chamar de a Grande Carta, a Magna Carta.<sup>18</sup>

Esta, com suas repetidas confirmações, exprime a liberdade dos ingleses. Sim, porque não tinha a pretensão de declarar ou reconhecer direitos do Homem, mas sim direitos dos ingleses. Realmente, funda-se expressamente na “lei da terra” (*lex terrae, law of the land*). Tomada esta expressão ao pé da letra, significaria tratar-se de um registro escrito de costumes. Entretanto, assim não era, pois, incluía um aporte do direito romano “redescoberto”.<sup>19</sup> Ora, entre as lições romanísticas, está a identificação de um *jus gentium*, que, na lição famosa de Gaio, procede da *naturalis ratio*. Ou seja, na leitura medieval, emana do direito natural.<sup>20</sup>

### 9. A Common law segundo Coke

A Magna Carta é a base da *Common law*, que se desenvolveu pela jurisprudência dos magistrados ingleses. Ora, no início do século XVII, ao ensejo dos conflitos decorrentes da atuação de Jaime I, o famoso juiz Coke sustentou ser essa *Common law* integrada pelo Direito Natural. Por isso, ela prevaleceria sobre os atos normativos reais e aos próprios *statutes* editados com a participação do Parlamento.

Textualmente, está no caso *Calvin's*: “1) A obediência do súdito ao soberano decorre do direito natural; 2) este direito natural é parte do direito da Inglaterra; 3) O direito natural pré-existe a todo o direito existente no mundo; 4) A lei natural é imutável e não pode ser modificada.”<sup>21</sup> Por esta razão é que, no caso *Dr. Bonham's* afirma ele: “Em muitos casos, a *Common law* há de controlar (*controll*)<sup>22</sup> os atos do Parlamento e algumas vezes julgá-los inteiramente sem efeitos (*void*)”.<sup>23</sup>

### III. O Constitucionalismo moderno

### 10. As Duas Vertentes do Constitucionalismo Moderno

No século XVIII, a idéia de limitação do Poder, ligada à de garantia dos direitos naturais, conduziu a dois fenômenos jurídico-políticos: o das Declarações de Direitos e o da Constituição, no sentido moderno do termo. Aquele é projeção do reconhecimento de direitos subjetivos naturais do indivíduo; esta é o instrumento imaginado para garanti-los.

#### A) As Declarações de Direitos

### 11. Os Direitos Subjetivos Naturais

A primeira vertente apóia-se na versão do Direito Natural que se concretiza, doutrinariamente falando, no século XVII.

É, por isso, que Carl Friedrich acentua ser o Constitucionalismo moderno o fruto de um longo percurso histórico, centrado no Direito Natural.<sup>24</sup>

Esta versão – a dos direitos do Homem – tem duas características salientes. Uma é a “laicização” do Direito Natural, visto como fundado na razão e não na divindade. É o aporte de Grócio, desenvolvido por Puffendorf e outros.

Outra é a sua “subjetivação”, pois os direitos do Homem são direitos subjetivos. É o que se torna nítido com Hobbes e, mais tarde, com Locke, um elemento novo. Desta subjetivação do direito natural, quer dizer, do reconhecimento de direitos naturais subjetivos decorre, como consequência inelutável a sua oponibilidade em face do Poder estabelecido.

Trata-se de um aporte original. Com efeito, na visão medieval, o Direito Natural é um direito objetivo. Como registra Villey, esta subjetivação do Direito Natural, ou seja, os direitos naturais encarados como direitos subjetivos, era completamente desconhecida na Antiguidade e mesmo na Idade Média<sup>25</sup>.

## 12. A Formalização do Pacto Social

Ora, fixada no pensamento político do século XVIII a idéia de que são os homens detentores de direitos naturais, disto se extraiu a consequência de que a sociedade haveria de ser fundada num pacto entre eles. A partir disto as revoluções setecentistas entenderam revigorar ou renovar tal pacto que a história haveria deturpado. Instrumento dessa renovação foram as Declarações. É o que Sieyès iria teorizar em 1789, mas que, antes, já era convicção comum. Isto explica que, na América do Norte e na França, a edição de Declarações precedeu a elaboração de Constituições.

Assim, em 12 de junho de 1776, veio à luz a primeira das Declarações de Direi-

tos, adotada na Virgínia, dias antes da própria Declaração de Independência das colônias inglesas da América do Norte, como primeiro passo de uma institucionalização. Esta se completou, no mês seguinte, com a edição de uma Constituição.

O processo se repetiu na França, pois em 1789, a 26 de agosto, lá se adotou a mais célebre de todas as Declarações, enquanto somente em 1791 se promulgou a primeira Constituição. E devia ocorrer de novo em 1793, quando veio à luz uma nova Declaração, precedendo outra Constituição.

## 13. O Direito Natural como Fundamento Explícito das Declarações

É, sem dúvida, uma obviedade apontar que as Declarações do século XVIII viam exprimir o Direito Natural, tal qual era ele então concebido.

A Declaração de 1789 e a de 1793 expressamente mencionam os direitos naturais do Homem, que se propõem a enunciar. A Declaração de Independência refere-se aos direitos de que o Criador dotou o homem ao criá-lo. A Declaração da Virgínia menciona os direitos inerentes ao ser humano, segundo sua natureza. Etc.

Ainda em documentos modernos tal vinculação é expressa.

A Declaração americana dos Direitos e Deveres do Homem, promulgada em Bogotá em 1948, fundamenta-se, conforme indica o Preâmbulo, nos “atributos da pessoa humana”, ou seja, nas faculdades derivadas da natureza humana. A seu turno, a Convenção americana dos Direitos do Homem – o Pacto de São José da Costa Rica, adotado em 1969 – afirma alto e bom som reconhecer “que os direitos fundamentais do Homem não decorrem de sua vinculação a um Estado determinado, mas repousam sobre os atributos da pessoa humana”...

Asserção equivalente está no Preâmbulo da Carta africana dos Direitos do Ho-

mem e dos Povos, promulgada em Nairobi em 1981. Esta também reconhece serem “os direitos fundamentais do ser humano fundados sobre os atributos da pessoa humana”.

#### 14. O Caso da Declaração Universal e outros Documentos

É verdade que a Declaração Universal de 1948 e outros documentos importantes, como a Convenção de Roma de 1950, procuram evitar todo vínculo com os atributos da pessoa humana. Invocam tais documentos “uma concepção comum” como fundamentação dos direitos que reconhecem.

Esta concepção não pode ser outra senão a de que os seres humanos gozam, em razão de sua natureza, de alguns direitos naturais fundamentais. Ela, entretanto, não é comum, ao menos quanto ao rol de direitos, no sentido de ser mundialmente partilhada. Isto fica patente do fato de, por exemplo, a Arábia Saudita haver-se recusado a firmar a Declaração Universal. Por outro lado, como assinala Jorge Miranda, a noção de direitos naturais não pertence a todas as civilizações que dividem o globo.<sup>26</sup> Muitas delas a ignoram ou não a valorizam. Ou até a rejeitam como inerente à civilização “cristã”.

A Carta de Direitos do Tratado que haveria de instituir uma Constituição para a Europa segue a linha da Declaração Universal. Refere-se a “valores comuns”, diversamente interpretados pelas diferentes culturas.<sup>27</sup>

#### B) A Constituição

#### 15. O Termo Constituição e seu Novo Sentido

A segunda das vertentes mencionadas exprime-se na Constituição. No século XVIII, este termo assumiu um sentido

particular. Veio a designar a organização superior jurídico-política do Poder. Neste sentido, parece haver sido Bolingbroke, em 1733, no trabalho *A dissertation upon parties*, o primeiro a empregar o termo no seu sentido moderno, ou seja, de estatuto jurídico superior do Estado. Segundo relata McIlwain, Bolingbroke conceitua Constituição como “complexo de leis, instituições e costumes, derivado de alguns princípios fixos e racionais, dirigido a fins de bem público e que constitui o sistema geral segundo o qual a comunidade aceitou ser governada”.<sup>28</sup> Note-se que este é o sentido em que Montesquieu emprega o termo, no livro XI do Espírito das Leis e particularmente no seu capítulo VI sobre a Constituição da Inglaterra.

O termo Constituição veio suprir a falta de uma palavra específica para indigitar tal organização. Até então, empregavam-se palavras como *commonwealth*, em inglês, *république*, em francês, etc., para nomeá-la, todavia com imprecisão e obscuridade. Sim porque tais termos abrangiam mais que a organização jurídico-política e equivaliam à palavra *politeia* – sempre traduzida como república ou constituição – usada pelos gregos, a qual compreendia também a organização social e econômica da *polis*, e mesmo a educação dos cidadãos, etc.<sup>29</sup>

É certo que o termo *constitutio*, em latim (e seus derivados nas línguas latinas), era empregado há séculos, mas para designar uma espécie de lei emanada da autoridade suprema, o Imperador, o Papa.

#### 16. A Constituição no Sentido Moderno

Na acepção setecentista, porém, o termo foi além da designação descritiva da organização superior do Poder. Recebeu aportes que lhe modificaram o perfil, sem o desvincularem do sentido de organização superior, jurídico-política – do Estado.

Um deles é o de *lei fundamental*, nos dois sentidos de fundamento e cúpula do ordenamento jurídico estatal. É a lição de Vattel (1758).<sup>30</sup> Surge assim, implicitamente, a condição de constitucionalidade, ou seja, a necessidade da adequação dos atos governamentais e especialmente das próprias leis positivas a tal lei. Isto a torna, paradoxalmente, além de base da ordem jurídica, a cúpula desta mesma ordem.

Por outro, no fogo da luta contra o absolutismo, o termo incorpora um elemento ideológico: a necessidade de ser um *instrumento de limitação do Poder*. Nisto, a Constituição se conecta com o Constitucionalismo antigo e, mais explicitamente, com a doutrina do Direito Natural reelaborada no século XVII, ou seja, com a doutrina dos direitos (subjctivos) naturais do Homem. Torna-se, assim, a Constituição, para a modernidade, uma *organização limitativa do Poder*, não uma qualquer organização do Estado. Trata-se da nota que registra Carl Schmitt, ao falar no conceito ideal de Constituição.<sup>31</sup>

Esta concepção foi adotada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, cujo art. 16 afirma:

“Toda sociedade na qual a garantia dos direitos (do Homem) não está assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.

Enfim, a Constituição em sentido moderno inclui necessariamente um elemento formal: deve ser **escrita**. A razão disto é análoga àquela com que a Declaração de 1789 justifica sua própria edição. Trata-se da necessidade de documentar de modo solene as regras e, portanto, os limites do Poder. Isto servirá para trazer ao conhecimento de todos, essas regras e esses limites - razão didática - e permitir que, a qualquer momento, os atos dos Poderes sejam confrontados com tais regras e tais limites - razão de controle.

Acrescente-se que a gênese revolucionária das primeiras Constituições - registros de rompimento com a organização jurídico-política anterior - impunha evidentemente a sua formulação escrita.

## 17. Constituição e Constitucionalismo

Em face do art. 16 da Declaração de 1789, é flagrante o vínculo entre Direito Natural e Constituição. Este artigo não poderia ser mais claro do que é para explicitar a função da Constituição: garantir os direitos naturais do Homem, as projeções subjctivas do Direito Natural. (Daí ser ela chamada de Constituição-garantia, quando confrontada a outros modelos, como o soviético, o da Constituição-balanço, etc.).

O Constitucionalismo (moderno) propôs-se a difundir pelo mundo afora essa concepção de Constituição. E teve êxito nisto, porque raríssimos são os Estados que não possuem hoje Constituições, no sentido moderno. É verdade, porém, que nem todas essas Constituições são efetivas, muitas delas são semânticas ou nominais, na observação e na terminologia de Karl Loewenstein.<sup>32</sup>

Contudo, ao realizar esta difusão, o Constitucionalismo moderno propagou por toda a terra os direitos fundamentais do Homem. Historicamente, pode-se dizer que ele primeiro cuidou de brandir estes direitos. Fê-lo nas Declarações de Direitos, como ainda hoje o faz, na pós-modernidade, quando se alça ao plano internacional.

C) A Presença do Direito Natural no Ideário do Constitucionalismo Moderno

a) Sociedade e Direito Natural

## 18. O estado de natureza e suas carências

É aqui o momento de lembrar John Locke, no *Segundo Tratado do Governo Civil*.

Desnecessário é recordar que este pensador, como tantos outros de sua época, parte da hipótese do estado de natureza. Neste, os seres humanos, livres e iguais, gozariam de seus direitos naturais. Entretanto, na vida cotidiana adviriam conflitos entre eles, os quais girariam em torno da propriedade (que ele entende de modo amplo). Em vista disto, tornar-se-ia patente a necessidade de: 1) uma lei estabelecida “conhecida, recebida e aceita mediante consentimento comum, como padrão do justo e do injusto e medida comum para resolver quaisquer controvérsias entre os homens”; 2) juízes imparciais que a aplicassem, solucionando as dissensões; e 3) um poder, uma força organizada que impusesse as decisões judiciais e conseqüentemente o direito estabelecido.<sup>33</sup>

Estão aqui as três funções do Estado consagradas na doutrina da separação dos poderes, que ainda é nisto seguida: a legiferação, a jurisdição, e, *faute de mieux*, a administração ou execução.

Para lograr estas três coisas, pactuam os homens viver em sociedade. Entretanto, no pacto social, não abrem mão de seus direitos naturais (nem se abandonam à vontade de um só como o queria Hobbes<sup>34</sup>), conservam-nos, abrindo mão apenas do que é indispensável à vida em comum.

Não é outra a visão que adota a Declaração de 1789 e segue até hoje o Constitucionalismo.

#### b) Direito Natural e Democracia

### 19. O Governo da Vontade Geral

Pode-se dizer que o Constitucionalismo moderno se não adotou a democracia, e sim o governo representativo, nos seus primórdios, veio a incorporá-la a seu ideário no século XX, o mais tardar. E o fez de modo radical, afirmando-lhe o monopólio, a sua legitimidade, excludente de todas as outras

formas de governo. Vem isto do Direito Natural, ou melhor, da doutrina de Rousseau a respeito do pacto social e da vontade geral.

O cidadão de Genebra parte da hipótese do estado de natureza, no qual os homens viveriam no gozo de seus direitos naturais. A visão que tem desta vida no estado de natureza é idílica, idealizada, muito diversa da que imaginou Hobbes e mesmo sem os problemas que previu Locke. Assim sendo, os seres humanos não admitem a vida em sociedade senão para ganhar um *plus* – a colaboração – mas sem nada perder de seus direitos.

Como fazê-lo?

A resposta é a fórmula do pacto: “Cada um põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e todos recebem cada membro como parte indivisível do todo”.<sup>35</sup>

Deflui da lição que somente é legítimo o governo da vontade geral. Condição essencial desta, embora não suficiente (veja-se a lição sobre a diferença entre vontade geral e vontade de todos) – é todos os homens participarem de sua edição. Daqui decorre a soberania popular, como única soberania legítima. Soberania popular significa democracia.

A legitimidade exclusiva da democracia é, pois, inerente ao contrato social na versão de Rousseau. Não se contraponha a isto a famosa afirmação: “Se houvesse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente. Um governo tão perfeito não convém aos homens”.<sup>36</sup> Sim, porque ele distingue democracia, aristocracia e monarquia quanto ao governo, ou seja, quanto ao modo de execução da vontade geral.<sup>37</sup>

#### c) Direito Natural e Poder Constituinte

### 20. A Gênese da Constituição

O Direito Natural está igualmente na raiz da doutrina do Poder Constituinte,



outra das peças fundamentais do Direito Constitucional.

Foi esta doutrina criada pelo Pe. Sieyès, que a expôs no célebre panfleto *Qu'est-ce que le Tiers État?*, publicado às vésperas da Revolução francesa, no próprio ano da eclosão desta, 1789.

Este livro é a continuação de outro vibrante opúsculo *Essai sur les privilèges*, de 1788. A abolição dos privilégios de que gozavam Clero, primeiro estado, e Nobreza, segundo estado, é a reivindicação principal do Terceiro Estado, de que Sieyès é um dos porta-vozes. Isto se traduz, em fórmulas vibrantes e enérgicas, nas páginas do livrinho de 1789.

Que é o Terceiro Estado?

Nada, responde Sieyès, pois tudo são os privilegiados. Tudo, porém, se se atentar para o papel que seus membros desempenham na sociedade.

Mas o que pretende ele?

Em última análise, a abolição dos privilégios – a igualdade.

É para chegar a isto que Sieyès constrói a doutrina do Poder Constituinte. Com efeito, ele vê a concretização da igualdade por meio de uma Constituição, que somente a nação pode estabelecer.

Para responder à objeção de que a nação já tinha Constituição e esta era imutável, desenha o processo formação das sociedades políticas.

Esta passaria por duas fases. Na primeira, os indivíduos isolados – é o estado de natureza que transparece – se associam. Surge a sociedade que não prescinde de um governo.

Para organizá-lo, segunda fase, é necessária a Constituição que há de ser estabelecida pelos representantes extraordinários da nação. Estes representantes exercem o Poder Constituinte próprio à nação. Devem concretizar a Constituição, que há de adotar o princípio representati-

vo. Isto é, o governo exercido por representantes da nação.

O governo, por sua vez, é obra da Constituição, portanto, é um Poder constituído por esta. Não possui Poder Constituinte que é próprio e exclusivo da nação. Presume a sociedade política institucionalizada.

A nação possui permanentemente esse Poder Constituinte que não se esgota em qualquer de suas manifestações e pode exprimi-lo do modo que queira. Com efeito, seria ridículo – o adjetivo é por ele empregado, “supor a nação presa por formalidades ou subordinada à Constituição sujeita apenas os seus mandatários”. A vontade da nação é a “lei suprema”.

O Poder Constituinte, pelo qual se exprime a nação, pode tudo. Entretanto, expressamente ressalva Sieyès, acima dele e da nação está o direito natural. Este, portanto, impera sobre a nação e o Poder Constituinte, tese que não rejeita o direito pós-moderno.

#### IV. O Constitucionalismo Pós-Moderno

### 21. O Direito Pós-Moderno

Generaliza-se hoje a idéia de que as sociedades contemporâneas obedecem a uma “nova lógica”, o que vale também para o direito. É o que aponta, por exemplo, Jacques Chevallier num pequeno, mas substancioso livro *L'État post-moderne*<sup>38</sup>. Assinala, mais, que “a pós-modernidade se apresenta tanto como uma *hyper-modernidade* como uma *anti-modernidade*”.<sup>39</sup>

### 22. A “Hiper-Modernidade” Constitucional

É fato que o direito comparado demonstra predominarem na atualidade algumas “idéias novas” no plano do Direito Constitucional. “Novas” – não em termos absolutos *nihil novi sub sole* – mas no sen-

tido de ruptura – a “antimodernidade” – com a visão prevalecente na modernidade.

Dentre estas “novas idéias” estão “velhas idéias”, as idéias perenes do jusnaturalismo.

### 23. Um Direito Suprapositivo

Uma dentre estas idéias “novas” é a de existe um Direito superior ao direito positivo. Ou pelo menos, que o direito positivo não é todo o Direito.

No pensamento jurídico-político, veio a ganhar força em reação contra os totalitarismos, ao final da segunda Guerra, e cada vez mostra mais empuxo.

Ela, por exemplo, se manifesta no livro de Otto Bachoff, *Normas constitucionais inconstitucionais?*<sup>40</sup> Este indaga, mas incontestavelmente subscreve a tese. Mais recentemente, tal visão ganha fôlego com a teoria substancialista dos princípios, nas suas diferentes vertentes, a de Dworkin<sup>41</sup>, a de Alexy<sup>42</sup>, etc. E, sem dúvida, noutras como a de Teubner, com a *auto-poiese*.<sup>43</sup>

Por sua vez, o próprio direito constitucional positivo já a encampou. O grande exemplo é fornecido pela Constituição alemã, a Lei Fundamental de 1949. No art. 20, alínea 3, dispõe: “O Poder Legislativo está subordinado à ordem constitucional; os Poderes Executivo e Judiciário obedecem à lei e ao Direito”.

Tal concepção foi desenvolvida pela Corte Constitucional de Karlsruhe e insinua-se na jurisprudência de outras Cortes constitucionais européias e em tribunais como o Supremo Tribunal Federal brasileiro.

### 24. A Supremacia dos “Direitos Humanos Fundamentais”

De muito perto ligada ao posicionamento mencionado, está a afirmação da supremacia dos, hoje chamados “direitos humanos fundamentais”, por influência da

terminologia norte-americana, os *human rights*.

Na verdade, pode-se dizer que a reafirmação da existência de um Direito superior ao direito positivo resulta da busca de um fundamento inabalável para os direitos fundamentais. No fundo, são estes a essência do Direito supraconstitucional invocado.

De qualquer forma, porém, no direito hiper-moderno, tais direitos são vistos como inerentes à própria idéia de Constituição.

Está aí um verdadeiro paradoxo. O direito pós-moderno reassume uma das idéias básicas do Constitucionalismo moderno, idéia esta que havia sido esvaziada pelo positivismo. Sim, lembre-se o art. 16 da Declaração de 1789, que recusava o *status* de Constituição ao documento que não garantisse os direitos do Homem.

### 25. A Supremacia do Direito Internacional

Inclui também o pensamento constitucional pós-moderno, a idéia, que igualmente não nova, da superioridade do direito internacional sobre o direito nacional. Trata-se de um aberto rompimento com a modernidade. Nesta, é dogma a afirmação da soberania do Estado, portanto de seu direito positivo.

De novo nessa idéia há, certamente, um elemento. É ela a afirmação de um novo *jus gentium*, como quer Cançado Trindade, “o direito internacional da humanidade”.<sup>44</sup> Este, no fundo, consiste na afirmação dos direitos fundamentais.

Cumpra lembrar que, na segunda metade do século passado, o avanço na identificação de direitos fundamentais, se deu no plano internacional, em tratados e deliberações de instituições internacionais. É o caso dos direitos de solidariedade, como o direito ao meio ambiente, direitos estes

que justificam se fale numa “terceira geração” dos direitos fundamentais. Somente depois disto, é que foram recebidos pelo direito constitucional positivo.

## 26. A Constitucionalização no Plano Internacional

Vale apontar que, na pós-modernidade, o Constitucionalismo se insinua na própria sociedade internacional.

Já na modernidade tornou-se freqüente a associação de Estados por meio de tratados, a fim de buscar interesses comuns. Disto, porém, não decorria de modo geral uma institucionalização de ente supra-estatal.

Após a Segunda Guerra Mundial, na Europa ocidental, surgiu algo novo que se desenvolveu de um Mercado Comum até chegar a uma “comunidade”, a União Européia, cuja estrutura não se enquadra nos modelos conhecidos, seja de confederação de Estados, seja de Estado federal.

Esta, presentemente, debate uma Constituição (ou um tratado constitucional) – lei fundamental de tal ente de natureza nova, sobre a qual os juristas ainda não lograram consenso - incontestavelmente “supranacional”. Registre-se, que, no projeto, tem lugar destacado uma declaração, ou carta, de direitos fundamentais.

Acrescente-se, por outro lado, que são muitos na atualidade os tratados que institucionalizam órgãos supra-estatais, que assumem poder sobre os próprios Estados aderentes. Passam a desempenhar um papel de controle sobre estes e mesmo em questões antes consideradas inalienáveis por um Estado independente. É o caso da jurisdição. Exemplo disto é a recente instituição de um Tribunal Penal Internacional.

Ademais, como se nota dos projetos de reforma da Organização das Nações Unidas, há forte tendência em transformá-

la num Estado mundial, fazendo de sua Carta uma verdadeira Constituição.

## V. Observações Finais

## 27. A manifestação do Direito Natural nos Três Constitucionalismos

A presença e a influência do Direito Natural no Constitucionalismo é, como se pretende haver demonstrado, incontestável. Trata-se realmente de uma relação inelidível.

No Constitucionalismo “antigo” – sempre adotando a fase como mensurada por McIlwain - nasce a idéia de Direito Natural que particularmente se desenvolve no período medieval. No Constitucionalismo “moderno”, refulge nas declarações, leva à própria idéia de Constituição e fundamenta as principais doutrinas que formam a ossatura do direito constitucional. No Constitucionalismo “hiper-moderno” são os direitos fundamentais, progênio do Direito Natural, o seu grande objetivo, a mola mestra de seu desenvolvimento.

Tudo isto não passa despercebido a quem vai ao cerne das coisas.

Novembro de 2005.

## NOTAS

<sup>1</sup> Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Nova Iorque, Cornell University Press, 1947, lido na tradução italiana *Costituzionalismo Antico e Moderno*, Il Mulino, Bolonha, s/ data.

<sup>2</sup> Cap. 3º.

<sup>3</sup> Livro I, nº VI.

<sup>4</sup> *Id.*, *ibid.*

<sup>5</sup> Livro II, nº IV.

<sup>6</sup> Livro II, nº V.

<sup>7</sup> *Digesto*, I.2, 2,9.

<sup>8</sup> Ob. cit., cap. 3º, p. 67.

<sup>9</sup> Cf. por todos Jean Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, Sirey, Paris, 1967, p. 165, n. 4.

<sup>10</sup> Trata-se de uma seção do terceiro volume do livro *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. Foi

este texto traduzido pelo grande historiador inglês Frederic William Maitland, que o publicou, fazendo-o preceder de uma introdução. A primeira edição se deu em Cambridge, pela Cambridge University Press, em 1900, lida em reedição de 1958, pela Beacon Press, Boston.

<sup>11</sup> Ob. cit., p. 75.

<sup>12</sup> *Id.*, *ibid.*

<sup>13</sup> Quanto a estes, parece ter sido Graciano, num tratado escrito em Bolonha cerca de 1140, o primeiro que sustentou a prevalência do Direito Natural. Berman considera isto uma das maiores contribuições dos canonistas (Harold J. Berman, *Law and Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, p. 145).

<sup>14</sup> Gierke, Ob. cit., p. 76.

<sup>15</sup> *Id.*, p. 78.

<sup>16</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 81.

<sup>17</sup> Cf. Harold J. Berman, ob. cit., p. 293.

<sup>18</sup> Sobre a Magna Carta, v. J.C. Holt, *Magna Carta*, Cambridge, Cambridge University Press, reedição de 1997.

<sup>19</sup> À época da Magna Carta, o direito romano era ensinado em Oxford, aponta J.C. Holt, ob. cit., p. 87).

<sup>20</sup> *Institutas*, I. 1.

<sup>21</sup> *Apud* Edward S. Corwin, *The "Higher Law" background of American constitutional law*, Ithaca, Cornell University Press, 6ª ed., 1965, p. 45.

<sup>22</sup> No inglês da época.

<sup>23</sup> *Id.* p. 44.

<sup>24</sup> *La démocratie constitutionnelle*, trad. fr., PUF, Paris, 1958, p. 25.

<sup>25</sup> Michel Villey, *Le Droit et les droits de l'Homme*, PUF, Paris, 1983, p. 136.

<sup>26</sup> *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 1988, Coimbra Ed., Coimbra, p. 33 e s.

<sup>27</sup> Parte II, Preâmbulo.

<sup>28</sup> *Apud* McIlwain, ob. cit., p. 28.

<sup>29</sup> Como se vê no diálogo *Da República* de Platão, ou na *Política* de Aristóteles.

<sup>30</sup> *Apud* Carl Schmitt, *Teoria de la Constitución*, trad. esp., Ed. Nacional, México, s/data, p. 49.

<sup>31</sup> Ob. cit., p. 25 e s.

<sup>32</sup> *Political Power and the Governmental Process*, University of Chicago Press, Chicago, 2ª ed., 1965, p. 41 e s.

<sup>33</sup> *Segundo Tratado sobre o Governo*, cap. IX.

<sup>34</sup> Thomas Hobbes, *Léviathan*, trad. fr., Sirey, Paris, 1971, p. 177.

<sup>35</sup> *Contrato Social*, livro I, cap. VI.

<sup>36</sup> *Id.*, livro III, cap. IV.

<sup>37</sup> *Id.*, livro III, cap. III.

<sup>38</sup> L.G.D.J, Paris, 2003, p. 19.

<sup>39</sup> *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

<sup>40</sup> Magnificamente traduzido para o português pelo eminente Prof. Dr. José Manuel Moreira Cardoso da Costa (Atlântida, Coimbra, 1977).

<sup>41</sup> Por exemplo, em *Levando os direitos a sério*, trad. bras., Martins Fontes, São Paulo, 2002.

<sup>42</sup> Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, trad. esp., Madri, 2ª reimpressão, 2001.

<sup>43</sup> Gunther Teubner, *Le droit, un système auto-poïétique*, trad. fr., PUF, Paris, 1993.

<sup>44</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade, "Memorial por um novo *jus gentium*, o direito internacional da humanidade", em *Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, vol. 45, p. 17 e s.