Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R e DE | Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 1 – janeiro/fevereiro/março de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

REPENSANDO A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO[1]

Prof. J. J. Calmon de Passos
Professor Emérito da Faculdade de Direito da UFBA. Professor e Coordenador Geral do Curso de Especialização em Processo do Centro de Cultura Jurídica da Bahia (CCJB). Parecerista.

1. A vastidão e complexidade do tema e a limitação do espaço de que disponho para dissertar sobre ele impõem-me seja um tanto telegráfico e tópico, sem sacrifício do suficiente para sua compreensão e dos fundamentos em que me apoio para justificá-la. Inicio afirmando que a condição humana assenta em alguns pressupostos. Ela se constituiu quando nossa regulação pelo instinto foi substituída pela regulação social, do que decorreu, necessariamente, para essa espécie nova – o homem, a inelutabilidade da opção. Compelido a decidir, fez-se imprescindível a reflexão sobre o comportamento mais produtivo (economia de esforço com obtenção de melhor resultado) e o mais indicado para a boa convivência social (reduzir a competição e o conflito logrando maior cooperação) donde se dizer que a condição humana tem como componentes necessários a lógica e a ética. Mesmo quando se pretende por em cheque a racionalidade humana, essa própria atitude cética já envolve o pressuposto da racionalidade e ao adotar-se uma posição cética em matéria de moralidade, essa atitude já implica um juízo de valor. Queiramos ou não, somos irremediavelmente prisioneiros desses condicionamentos da condição humana.[2]

2. Por outro lado, a exigência da opção, que pressupõe a liberdade, juntamente com a inelutável interdependência entre os homens, necessariamente

[1] Texto base da exposição no I Congresso Brasileiro de Direito do Estado, Salvador, abril, 2001.

[2] Ver o particularmente rico o trabalho de Agnes Heller, *Ética general,* Ed. Centro de Estúdios Constitucionales, Madrid,1995.

geradora de limitações a essa liberdade, impuseram a organização de sua convivência, também submetida aos imperativos da racionalidade e da moralidade. A par disso, a diferença e a desigualdade entre os homens[3], também co-natural à sua condição, fazem de toda relação social uma relação de poder, o que, em termos coletivos, impõe a institucionalização de um sistema de divisão do trabalho social e de apropriação do produto desse mesmo trabalho social, o que se dá sempre em termos assimétricos, com favorecimento dos que detêm o diferencial de poder hegemônico. Destarte, em toda ordem social há um componente de dominação, sem prejuízo da exigência de um mínimo de consenso (legitimação) indispensável para haver a cooperação que dá estabilidade à ordem instituída. Em síntese – uma permanente tensão dialética entre dominação e cooperação, sujeição e insubmissão, regulação e emancipação.[4]

3. A essas convicções, somo a de que a interação do homem com o existente se dá, necessariamente, através dos sentidos. O que denominamos de objetivo é estruturado pelas nossas sensações, que se fazem percepções e se exteriorizam mediante nomes, juízos, proposições, linguagem, discurso. Assim é porque não nos bastam os sinais, suficientes para a comunicação dos outros animais, pelo que acrescentamos os signos, que possibilitam darmos sentido e significação a todas as coisas. Sentido e significação que precisamos dar a tudo e a todo o nosso agir, por força da necessidade de comunicarmos ao outro também a nossa subjetividade. O mundo do homem é em verdade um complexo de sentidos, de significações e de comunicações. Os poetas já expressaram isso pelo gênio de Fernando Pessoa, que indaga, afirmando: Pois que é tudo senão o que pensamos de tudo? Também já se asseverou, com pertinência, que a sociedade não é um conjunto de fatos, sim uma rede de comunicações.

4. Dessa observação recolho a convicção de ser necessário refletir sobre o que chamamos de real, o conjunto das coisas duradouras e consistentes que constituem nosso planeta, nossa pátria, nossa cidade, nosso lar, nosso mundo interior, nossas convicções. Em outros termos – o nosso lugar, o nosso espaço, o nosso modo de ser. Refletindo sobre isso, concluo haver algo até ao qual não chegamos, por força da limitação de nossos sentidos. O nosso real é bem menor que o existente, o real cósmico. Para compreendermos essa limitação, é extremamente útil socorrermos-nos de uma comparação. A imagem de uma cena de filme ou de telenovela a que temos acesso exigiu houvesse uma intensa e significativa atividade, indispensável para que ela se tornasse possível, mas que é ocultada na cena colocada para nossa percepção. O "não presenciado", entretanto, é que é o mais relevante. O mesmo se dá em nossa "visão" do Universo. Vemos unicamente um "fragmento", produto de um complexo existir e operar que escapa à nossa percepção e apenas pode ser por nós idealizado. Mas esse "fragmento" é que é o significativo para nós, tal qual a cena do filme ou da telenovela. Devemos aprender a conviver com essa limitação e aparente

[3] Ver sobre nossa igualdade essencial e nossa diferença específica, Hanah Arendt, *A condição humana,* Ed. Forense, Salamandra e USP, Rio, 1981, p 188

[4] Cuidamos disso em nosso trabalho sobre *Direito, poder, justiça e processo. Julgando os que nos julgam,* Forense, Rio, 1999

desencantamento, que se nos frustra, por convencer-nos de que esse "oculto" jamais será desvendado, não nos impede de viver a experiência que o "percebido" pode nos proporcionar. A realidade a que temos acesso é o chão sobre o qual devemos caminhar. [5]

5. A representação do existente (e do real cósmico só podemos ter sua representação, como estruturada em nosso pensamento com a intermediação de nossos sentidos – um fragmento, portanto) é o que chamo de ideologia (o que idealizamos como sendo o existente, no complexo tecido dos sentidos e significações que lhe emprestamos). Ela é co-natural a todo ser humano e indissociável do comportamento humano. Quando compartilhada socialmente em termos hegemônicos, se torna paradigma. Uso esse termo tanto para expressar a representação produto do senso comum coletivo (do mundo da vida) quanto a resultante do conhecimento filosófico e científico, inclusive em sua dimensão técnica, dos detentores dos saberes especializados e sistematizados, integrados no mundo da administração (poder político) e do dinheiro (poder econômico).

6. Vários têm sido os paradigmas através dos tempos, inclusive paradigmas diferentes têm convivido e convivem num mesmo momento histórico, ainda que em espaços culturais distintos. Nós, ocidentais, já há alguns séculos, pensamos e agimos (prioritariamente) na perspectiva do chamado paradigma da modernidade. Impossível tentar, aqui, analisá-lo profundamente, pelo que nos limitaremos apenas a explicitar suas características mais expressivas e enfatizar o que nele é relevante para o nosso modo atual de pensar o direito. Inicialmente, menciono o que pode ser chamado de laicização do comportamento humano, isto é, sua liberação de uma regulação de natureza religiosa prescrita pela divindade e eclesiasticamente formalizada. Deus deixou de ser intermediado pelo sacerdote e passou a sê-lo pela razão, um influxo da divindade em cada indivíduo não privilégio de alguns, mas dádiva deferida a todos os homens. Posteriormente, desvinculou-se a razão da própria idéia de Deus e ela passou a ser entendida como se bastando a si mesma, um modo de ser da matéria em sua expressão humana. O passo final foi o privilegiamento dado à razão instrumental, por força do êxito obtido pelas ciências exatas, que se atribuíram virtudes outrora deferidas à divindade – onisciência e infalibilidade. O cientificismo passou a marcar decisivamente o conhecimento humano e a técnica se tornou o instrumento de sua validação, graças aos resultados obtidos com sua aplicação aos avanços das ciências, de tudo isso resultando a chamada ideologia tecnocrática,[6] que se

[5] Já não se tem dúvida séria sobre o fato de constituir mera ilusão objetivista a pretensão da ciência de que mantém uma relação não mediatizada entre a consciência e o real. Essa indigência filosófica está sendo superada pelos próprios cientistas filósofos que começam a surgir em nossos dias.

[6] Toda ideologia, escrevem Bárbara Feitag e Sérgio Paulo Rouanet, na análise do pensamento de Habermas (*Habermas,* Ed. Ática, S. Paulo, 1980, p.;15/16) toda ideologia tem como função impedir a tematização dos fundamentos do poder. As normas vigentes não são discutidas porque são apresentadas como legítimas pelas diferentes visões do mundo que se sucederam na História, desde as grandes religiões até certas construções baseadas no direito natural, das quais a doutrina da justa troca, fundamento do capitalismo liberal, constitui um exemplo. A ideologia tecnocrática partilha com as demais ideologias a característica de tentar impedir a problematização do poder existente. Mas distingue-se radicalmente de todas as outras ideologias do passado porque é a única que visa esse resultado, não através da *legitimação* das

refletiu também no campo do jurídico. Traduziu-se, nele, pela ênfase emprestada à dimensão dogmática do direito, exacerbada até ao extremo de uma teoria pura e de uma teoria autopoiética.

7. No âmbito específico do político, de que é indissociável o jurídico, o paradigma da modernidade levou à teorização da soberania popular, com seus consectários dos princípios da igualdade e da legalidade. Se soberano somos todos, enquanto povo, como categoria política, por certo que nenhum homem pode ter outro homem como seu senhor, Sendo assim, e para atender-se à necessidade de sua convivência em termos positivos, necessitavam os homens de deixar de obedecer a outros homens, passando a submeter-se a normas editadas pela vontade geral (expressão com que se tentou traduzir a exigência da auto-regulação social). Essa vontade deveria formalizar-se mediante a institucionalização de um processo de produção do direito em termos de expectativas compartilháveis e definição de modelos, previamente tipificados, para solução de conflitos. A crença na infalibilidade da razão humana emprestou a esse produto da vontade geral o caráter de um direito natural racional, ainda que de matriz política. Essa convicção trazia embutida uma outra: a de que a razão prática seria tão capaz de definir as leis da convivência humana, como a razão cognitiva se tinha revelado capaz de definir as leis da interação do homem com a natureza, permitindo-lhe manipulá-la para os objetivos que se propusesse.

8. Esses fundamentos do paradigma da modernidade estão sendo, hoje, questionados[7]. A fé absoluta na razão sofreu um desgaste devastador. Denunciou-se que, em verdade, sob a capa dessa *racionalidade,* se ocultava o irracionalismo da hipertrofia da razão instrumental e conseqüente asfixia da razão comunicativa e da razão expressiva, fragmentando-se o homem como ser racional pleno. A ciência e a técnica passaram a colonizar o mundo da vida, desqualificando-o em três de suas ricas dimensões – a solidariedade e a fruição do belo e do prazeroso. Disso resultou a ênfase na domesticação do outro, mediante a desqualificação da atividade política, sufocada pela ideologia tecnocrática. Essa postura repercutiu sobre o desempenho da democracia, falando-se, inclusive, nas promessas por ela não cumpridas. A crise da ciência é também um fato. Começam a surgir os cientistas filósofos, eles próprios problematizando as desmedidas pretensões que alimentaram no passado. No século que findou, Einstein, com a relatividade, Heisenberg com a física quântica,

---

normas, mas através de sua *supressão:* o poder não é legítimo por obedecer a normas legítimas, e sim por obedecer a regras técnicas, das quais não se exige que sejam justas, e sim que sejam eficazes. Se os fundamentos do poder não precisam ser tematizados, não é porque repousem sobre uma normatividade legitima, e sim porque não existe, a rigor, o que legitimar: a lógica das coisas sendo o que é, não pode ser alterada por decisões políticas. Ela se reveste, assim, de malignidade jamais identificada antes, porque, aquilo que ela põe em jogo é a necessidade da intersubjetividade fundada em normas que precisam ser justificadas (mesmo que tais justificações se baseiem em falsas legitimações) mas afirma que se baseia em *regras* que não exigem qualquer justificação. Faz-se da razão instrumental e do interesse instrumental um soberano absoluto, com total sacrifício da razão comunicativa e do interesse comunicativo inerentes à condição humana.

[7] Bastante esclarecedor a respeito quanto escrito por Boaventura de Souza Santos, *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência,* Cortez Editora, S. Paulo, 2000 , Parte I, Capítulo 1.

a revisão da matemática e da lógica, os avanços da biologia levaram um premio Nobel das ciências naturais, como Prigogine, a falar no *fim das certezas*[8] e filósofos e cientistas sociais, cada vez em maior número, mencionarem a crise, desintegração ou superação do paradigma da modernidade. Há os que acreditam sejam necessárias apenas correções de desvios por ele experimentados, como Habermas,[9] a par dos que afirmam sua superação, como Boaventura de Sousa Santos,[10] e dos que desistiram de exorcizar da condição humana sua contingência e ambigüidade, como Zingmut Baumann,[11] e os que aboliram de seu pensamento todo e qualquer finalismo, como Richard Rorty.[12] Em resumo, generalizaram-se a inquietação e a insegurança.

9. Impossível tudo isso não refletir sobre o direito, quando subverte o econômico, o político e o ideológico, que são suas bases, ou dizendo melhor, sua matéria prima. No particular do tema que me propus, as premissas que me levam a falar na necessidade de uma revisão crítica da teoria da constituição, elaborada segundo o paradigma da modernidade, são as seguintes: Se o direito é "produzido" pelos homens e não algo que lhes tenha sido "dado". Se ele é produzido para atender a determinadas necessidades humanas, o direito produzido na moldura do paradigma da modernidade pede seja repensado, se for exato que estamos saindo desse paradigma e ingressando num outro ainda não precisamente definido, visto como essa mudança de perspectiva é precisamente fruto do aparecimento de novas necessidades e exigências da convivência social.

10. Em que termos repensá-lo? Começaremos nossa reflexão a partir da idéia de *ordem.* Para os pré-modernos, a ordem era um *dado* ao homem, uma ordem natural a que todos deviam necessariamente se submeter. Só lhe cumpria procurar conhecê-la, a fim de ajustar seu comportamento ao que dessa ordem natural decorresse como inelutável Na modernidade, deu-se a inversão. A *ordem* passou a ser *tarefa e projeto* dos homens*.* Antes de nos submetermos a uma ordem natural, deveríamos nela intervir para lograrmos a *ordem social* desejada na perspectiva do homem. Essa mesma inversão ocorreu no tocante ao direito, sempre associado à idéia de *ordem* na convivência social. Visto, antes, como algo *dado aos homens* (direito natural) que apenas precisavam conhece-lo e aplica-lo, passou a ser uma de suas tarefas. À ordem natural das coisas correspondia, no passado, a ordem natural (jurídica) da convivência humana. Com o paradigma da modernidade, que a desqualificou, o direito dela se desvincularia, passando a ser entendido como *um que fazer* dos homens. Não algo *dado,* sim algo a ser *produzido* (politicamente) como *ordem jurídica.*

11. Outro aspecto relevante. Enquanto na pre-modernidade se via o mundo como pronto, acabado, apenas objeto de contemplação, observação e compreensão, a modernidade privilegiou a idéia de evolução, de um mundo *in*

[8] Ver *O fim das certezas. Tempo, caos e as leis da natureza,* Ed.Unesp, S. Paulo, 1996

[9] *Direito e democracia. Entre faticidade e validade,* Ed. Tempo Brasileiro, Rio, 1997.

[10] *Ob. cit. p.68 e segs.*

[11] *Modernidade e ambivalência,* Jorge Zahar Editor, Rio,1999

[12] *L´homme speculaire,* Ed. Du Seuil, Paris, 1990

fieri. Ainda mais importante, pensou o mundo humano como algo a ser administrado pelo próprio homem. De tudo isso surgiram e predominaram as idéias de *ordem social, ordem política, ordem jurídica, progresso, planejamento, evolução etc..* Essa *ordem*, como produto do operar do homem, por seu turno, e por força da sua própria matriz racional, pedia fosse compreendida numa perspectiva sistêmica, com os atributos da coerência, consistência e completitude. A *ordem* resultado da vontade (revelada) da divindade, ou recolhida da experiência vivida (tradição), a que os homens deviam se submeter, passou a ser entendida como fruto da vontade política (racional) dos homens, Alterou-se, portanto, o protagonista, não o espetáculo. A pergunta de Hobbes a respeito de se era o monarca ou a razão que ditavam o direito colocava, em verdade, um falso dilema. Nem o poder de produzir o direito foi entendido como prescindindo da racionalidade da ordem que instituísse, nem a razão foi aceita como capaz de assegurar, por si só, a adesão a valores sem a institucionalização da coerção. Subsistiu, portanto, o problema da *legitimação* do poder instituidor do direito. Mas até isso foi descartado, posteriormente, pela ideologia tecnocrática.[13]

12. Foram os postulados da democracia[14], da crença no direito racional e

[13] A respeito, ver nota n. 5,. *Supra.*

[14] Como tão bem expressado por Bobbio, o único modo de se chegar a um acordo, quando se fala em democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabeleçam quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais *procedimentos*. (O futuro da democracia – a defesa das regras do jogo, Rio, Paz e Terra1986, op. 18), No dizer de Adam Przeworski, democratização é o processo de submeter todos os interesses à competição da incerteza institucionalizada. É exatamente esta transferência do poder por sobre os resultados que constitui o passo decisivo em direção à democracia, o poder é transferido de um grupo de pessoas para um conjunto de regras, do que deriva que numa democracia - e esse é um de seus traços essenciais - ninguém tem a capacidade efetiva de evitar conseqüências políticas contrárias a seus interesses, seja esse alguém uma pessoa (o líder), uma organização (as forças armadas, os sindicatos etc.), a polícia, o partido, a burocracia ou mesmo algo menos facilmente identificável, como uma "panelinha" de grupos ou indivíduos.(Ama a incerteza e serás democrata, em Novos Estudos CEBRAP, n. 9, julho de 1984, p.36)

Diversamente ocorre num regime autoritário ou falsamente democrático (formalmente dito democrático mas substancialmente organizado de forma autoritária), no qual o aparato de poder tem a capacidade de impedir a ocorrência de certos resultados políticos, através do exercício do controle sobre a sociedade, não apenas *ex ante*, mas também *ex post*, exercendo, além do controle processual, também o controle substantivo sobre as decisões. Parece óbvio, portanto, não ser aceitável, num Estado de Direito democrático, constitucionalizarem-se metas substantivas específicas, pois que isso importaria em desvirtuamento, *ab origne*, do livre debate de opiniões, por todos, e a formalização de decisões, pela maioria, jungida a poder decidir apenas sob a condição de o fazer em consonância com fins já predeterminados e tornados imutáveis. Definições rígidas, de caráter substantivo, só são aceitáveis se também forem constitucionalizadas regras flexibilizadoras das modificações e redefinições reclamadas pelo conjuntural e contingente da vida social. Como evidenciado por Ely, a justiça e a felicidade não ficam melhor asseguradas quando tentamos defini-las de uma vez por todas, sim muito mais atendendo aos "governamental processes", aos procedimentos de governo, à democracia, em remate. Com referência à Constituição norte-americana, assevera que ela partiu da convicção óbvia de que uma maioria efetiva não ameaçará excessivamente seus próprios direitos, e o que reclama ser constitucionalmente assegurado é que tal maioria não trate sistematicamente aos outros menos bem do que se trata a si mesma, para o que se deve estruturar o processo de decisão, em todos os níveis, de modo a garantir, primeiro, que o interesse de todos esteja atual ou virtualmente representado (normalmente ambas as coisas) a nível de decisão substantiva: segundo, que o processo de aplicação individual não seja manipulado de forma a que permita, na prática, a classe

no conteúdo normativo da razão prática, a par da idéia de sistema e sua plenitude e coerência o que inspirou o constitucionalismo, saber e normatividade com pretensão de serem, ao mesmo tempo, raiz e síntese de toda a juridicidade. A Constituição foi entendida como expressão dessa *totalidade.* Filha do contratualismo, mas em tensão dialética permanente com a ideologia do progresso, por sua vez também em tensão dialética com a necessidade teórico-prática da estabilidade da organização política. Para superar essas contradições, pensou-se a técnica do poder de emenda pelo Parlamento, mediante um processo qualificado de produção do direito a nível constitucional, a par da interpretação atualizadora dos tribunais constitucionais, de tal modo constituídos que se mostrassem politicamente sensíveis e capazes para essa tarefa. Essas convicções, precisamente, é que já não oferecem a solidez antiga, por motivo mesmo de estar em crise o paradigma da modernidade. Se essa crise realmente existe, impossível descartar-se a crise conseqüente dos frutos que produziu, dentre os quais o constitucionalismo é dos mais significativos em termos político-jurídicos. Daí afirmar que cumpre repensá-lo.

13. Seria estultice acreditar já seja possível perceber-se que novo paradigma se configurará. Nem mesmo estamos vendo ainda suficientemente claro o caminho a percorrer, inclusive em curto prazo. Será, entretanto, estultice de igual natureza nos quedarmos imóveis ou indiferentes, como se algo na história do homem já tivesse surgido pronto num átimo de segundo. A história é feita com erros e acertos, avanços e recuos, apenas sendo fundamental não andarmos às cegas, sim trabalhando o concreto de hoje pensando o futuro, fazendo-o sempre em função de alguns objetivos fundamentais bem definidos. Tudo que tem matriz histórica é transitório, superável, portanto. Disso não escapam nem o capitalismo, como sistema econômico, nem o paradigma da modernidade, como matriz ideológica.

14. No particular do que diz respeito ao nosso tema, o que se me apresenta como mais nítido, e por isso mesmo o melhor indicador da direção em que devemos caminhar, é o convencimento de que o pluralismo e o dinamismo de nosso presente não se harmonizam com a visão de universalidade, permanência e abrangência em termos de justiça material que hoje emprestamos às constituições. A par disso, a total descrença no conteúdo normativo da razão prática e a convicção cada vez mais sólida de que as regras da convivência humana são um produto do permanente interagir dos homens na busca de sua melhor formulação, desqualifica a procura de soluções definitivas. Nada é para sempre, eterno, sagrado e pétreo. A contingência das soluções, entretanto, não leva ao niilismo, nem ao relativismo desqualificador de tudo, visto como, no processo de construção social da realidade mediante o interagir comunicativo dos homens, as grandes matrizes da condição humana podem ser a bússola, que nos permite sempre caminhar em frente, e não em círculos, mesmo quando ignoremos a que lugar nossa jornada nos fará chegar.

15. E que matrizes são estas? Inicialmente, se aceitamos como inerente à

---

de discriminação que está proibida na teoria. **Enfim, que seja um processo de governar, não uma ideologia de governo (**Democracy and distrust. A theory of judicial review, Harvard University Press, p.3).

condição humana o imperativo da opção, vale dizer, sermos obrigados a decidir sobre nossa atividade, o *princípio da emancipação* se revela como predominante, porquanto é ele que aponta para o máximo de liberdade, isto é, capacidade de optar livre de toda coerção. Outrossim, dado que a condição humana só é possível mediante nossa interação com o *outro, nosso semelhante,* a maneira de torná-la excelente é estrutura-la à base da solidariedade, único modo pelo qual poderemos minimizar o que o outro representa em termos de ameaça para nossa emancipação, sem aniquilar, nesse outro, essa mesma vocação emancipatória. Hannah Arendt[15] tem palavras que a meu ver explicam de modo excelente esse dilema. Somos iguais, diz ela, no básico da condição humana, e se não fossemos iguais jamais nos entenderíamos, nem seria possível a miscigenação sem que dela resultasse a esterilidade dos híbridos. Mas somos diferentes, por força de nossa subjetividade, que nos faz, a cada qual de nós, algo inédito e irrepetível. A essas suas colocações, acrescento ser necessário atentarmos para a circunstância de que, sendo iguais no essencial, somos também, por mais paradoxal que pareça, desiguais física e psicologicamente. E essa desigualdade faz de muitas relações humanas também relações de poder. Daí a convivência da solidariedade com a dominação e da autoridade com o poder, tudo na dependência de como administramos nossa identidade e nossas diversidades essenciais, vale dizer, como nos comportamos politicamente.

16. Precisamente esses dois princípios são os mais ameaçados com a distorção sofrida pelo paradigma da modernidade. Direito e ciência se acumpliciaram para inibir a vocação emancipatória do homem, prevalecendo-se ambos, para isso, de seus respectivos monopólios hermenêuticos que cumpre sejam contestados e desestruturados.[16] A par disso, a ciência, aparelhando e fortalecendo o capitalismo com seu aparato técnico, otimizador da reprodução ampliada e da padronização das preferências, os dois pilares que asseguram a expansão capitalista, injetou na vida social, em termos nunca antes experimentados, o veneno da competição como o valor supremo da convivência humana, transformando o outro num adversário. O consórcio entre o poder disciplinar da ciência e o poder político do direito, exacerbou a regulação em detrimento da emancipação e estimulou a competição, em detrimento da solidariedade, fazendo da derrota do outro nossa coroa de louros. De tudo isso resulta a ênfase dada à coerção, cada vez mais necessária para assegurar as chamadas ordem social, ordem política e ordem jurídica e cada vez mais desqualificadora da condição humana.

17. Se nossa tarefa é estruturar um paradigma em novos termos, capaz de recuperar os valores da emancipação e da solidariedade, cumpre investir contra o

[15] *Ob. loc. cit*

[16] Sobre a crise do chamado controle jurisdicional de constitucionalidade, três trabalhos recentes são de leitura necessária. São eles o livro de Roberto Gargartella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial,* Ed. Ariel, Barcelona, 1996 e os artigos de Ingeborg Maus, *Judiciário como superego da sociedade,* em *Novos estudos Cebrap,* n, 58, pgs. 183 e segs. e de Inocêncio Mártires Coelho, *As idéias de Haberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro,* em *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,*n.25, outubro-dezembro de 1998, pgs, 23 e segs.

que é alicerce do paradigma expirante. Na perspectiva que privilegio, o fundamental é abandonar, em definitivo, toda transcendência em termos de predeterminação do destino dos homens e do modo de ser de cada criatura humana. Os próprios biólogos, quanto mais tentam penetrar os mistérios do genoma humano, menos deterministas se tornam, o que também se dá com os físicos, já repercutindo tudo isso no campo das ciências humanas. Não há um destino, sim opções. Em outros termos – somos condenados a decidir, sem que nossas decisões signifiquem certezas plantadas para o futuro. Se assim é, a decisão humana só pode encontrar referenciais que lhe dêem um mínimo de consistência e justificação na ação comunicativa dos homens, vale dizer, é pelo *médium* da linguagem, expressando o que podemos chamar de sua *representação* do mundo, que os homens devem buscar o consenso pela via da normatização sua convivência. E para fazê-lo do modo menos destrutivo possível, revelam-se indispensáveis o diálogo e a participação. Imperativo, por conseguinte, construir novas subjetividades capazes de produzir essas novas estruturas.[17] E se é assim, só mediante a radicalização da democracia isso será possível.[18]

18. Essa observação nos permite concluir que nenhuma normatividade, enquanto prescrição, tem qualquer eficácia se desvinculada do processo de comunicação humana, por conseguinte de seus protagonistas. É a leitura que se faz do que se comunica que é relevante.E quando ela se traduz erm decisão, o que realça é o processo que a engendrou, dependente, precipuamente, dos que nele se envolveram como protagonistas. Disso se infere a importância de que a atividade política se deve revestir, dando-se prioridade mais ao processo de produção do direito que ao produto que se tenha preestabelecido, em termos de proposição, para esse processo. Constitui-se, portanto, um imperativo a permanente necessidade de "dialogo" (ação comunicativa) entre os homens para institucionalização de valores e fixação de objetivos a perseguir. A ingênua segurança da modernidade iluminista ruiu. A perversa pretensão unificadora e estabilizadora da "globalização" encobre uma estratégia de dominação internacional em novos moldes, mas na roupagem antiga. Todas as declarações universalizantes nada têm de universalizantes. Toda tentativa de regulação ampliada representa mais dominação e menos espaço para a emancipação. O constitucionalismo mal pensado produz frutos não desejados. Daí a critica que já se vem fazendo, com lucidez, à teoria tradicional da Constituição.

19. À guisa de conclusão, diria ser necessário nos tornarmos abertos aos desafios das mudanças. Inclusive pela convicção de que não há determinismos históricos, nem é pensável o "fim da história". O paradigma da modernidade é tão

[17] Ver Boaventura de Sousa Santos, *ob.loc.cit.*

[18] Cabe recordar, aqui, quanto já foi dito a respeito da impossibilidade de se emprestar conteúdo material ao processo democrático, que é apenas processo e somente processo, dado que se admitir haja alguma forma de justiça ou de verdade definitiva é a negação mesma da democracia. E é essa falácia precisamente que fundamenta os regimes autoritários, sejam eles de esquerda, sejam eles de direito, fanaticamente comprometidos, a ponto de aniquilarem no homem sua liberdade e sua capacidade de ser com e para o outro, tudo isso em nome de verdades falsamente proclamadas como supremas, eternas, frutos de algo impositivo, tenha ele que qualificativo tiver, direito natural, moral natural, direito racional etc.

contingente e encerra ambigüidades como tudo que diz respeito à condição humana. Também o capitalismo submete-se à mesma contingência. O futuro, se ainda incerto, é, contudo, suscetível de ser ao menos bosquejado. E tudo indica que o passo mais importante é o que deve ser dado no sentido de revitalização da atividade política. Ou radicalizamos a democracia ou fracassaremos. E a radicalização da democracia importa em ampliar o controle social sobre o processo econômico, político e, reflexamente, sobre o produção e aplicação do direito, inclusive em sua dimensão dita constitucional, que em si mesma nada tem, ontologicamente, de diverso de todo o jurídico, mas apenas, por opção política, se fez eminente. Por outro lado, cumpre recuperar o pensamento que se preocupa em reintegrar o que a exacerbação das análises e das especializações fragmentou. E esse modo de pensar põe o jurista definitivamente comprometido com o político que, por sua vez, remete ao econômico e tudo isso finda por nos conscientizar de que todo saber é saber do homem e só se legitima se também for saber para o homem. Saem do palco a ciência e a técnica e a ele regressamos nós, os homens. E elas vão para a "caixa do ponto", pois o que lhes cumpre fazer é apenas estarem atentas ao *script* que redigimos, evitando que dele nos desviemos, deturpando e desqualificando o espetáculo que decidimos representar. Exigência, aliás, a da "caixa de ponto", já quase abolida nos dias de hoje, justamente em favor da espontaneidade e criatividade dos atores,

20. Essa postura complementa-se com o compromisso de desmistificar a maior valia da juridificação em desfavor da emancipação e da judicialização em desfavor da legalidade, desnudando o retrocesso político que se oculta sob o falso princípio da plenitude do direito e da insuficiência da lei, quando em verdade um e outra são sempre produtos de uma vontade política. O que em verdade cumpre seja recuperado é o poder social de auto-regulação. Não se cuida de uma tarefa específica da esquerda, da direita ou do centro, como não é uma cruzada subversiva ou radical contestadora. A juridificação das relações sociais e a judicialização de sua aplicação sem a democratização da sociedade representará a institucionalização da velha servidão em termos modernos. E o que os juristas estão proporcionando, com seu pensar enraizado no passado agonizante é, na verdade, sob a capa de um "ganho" mascarar um retrocesso que se desenha assustador.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

PASSOS, J. J. Calmon de. Repensando a Teoria da Constituição. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, janeiro, 2004. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Texto publicado na coletânea **Direito do Estado: novos rumos,** Volume 1, São Paulo, Ed. Max Limonad, 2001, pp. 66-83. ISBN: 85-86300-83-7