

DIREITO CONSTITUCIONAL, NOVOS PARADIGMAS, CONSTITUIÇÃO GLOBAL E PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO

CLÉMERSON MERLIN CLÈVE¹

Resumo: Neste ensaio, se trata o tema da dogmática constitucional emancipatória o dogmática constitucional da efetividade, assim como dar lugar ao discurso de seus propósitos e a reivindicação constitucional na orden normativa, buscando a abertura das fronteiras e discutir acerca das possibilidades do constitucionalismo global e do constitucionalismo nos processos de integração, sempre em a defesa seus interesses, pois o direito constitucional brasileiro se transforma exigindo un repensar dos juristas.

Resumen: En este ensayo, se trata el tema de la dogmática constitucional emancipatória o dogmática constitucional de la efectividad, así como dar lugar a el discurso de sus propósitos y la reivindicación constitucional en el orden normativo, buscando la apertura de las fronteras y discutir acerca de las posibilidades del constitucionalismo global y del constitucionalismo en los procesos de integración, siempre en la defensa de sus intereses, pues el derecho constitucional brasileño se transforma exigiendo un repensar de los juristas.

Abstract: In this test, the subject the dogmatic constitutionalist emancipation or dogmatic constitutional of the effectiveness, as well as to give rise to the speech of its intentions and the constitutional vindication in the normative order are, looking for the opening of the borders and to discuss to near the possibilities of the global constitutionalist and the constitutionalist in the integration processes, always in the defense of its interests, because the constitutional law brazilian becomes demanding to rethink of the jurists.

1. Introdução

Propõe-se, nesta exposição, (i) recuperar, em breves pinceladas, a memória da assim chamada *dogmática constitucional emancipatória* (também chamada de *dogmática constitucional da efetividade*), produzindo juízo sobre o esgotamento de sua proposta, e discutir acerca das possibilidades do (ii) constitucionalesmo global e do (iii) constitucionalismo nos processos de integração.

No que diz respeito à primeira parte deste ensaio, o campo da abordagem restringe-se ao universo das doutrinas amigas, não havendo lugar para os discursos refratários à atual Constituição, eventualmente combatentes do discurso constitucional democrático. O direito constitucional brasileiro, aliás, como ninguém desconhece, conta com determinados operadores que, a pretexto de concretizar a Constituição, alcançam exatamente o contrário. Trata-se ora de uma dogmática da razão do Estado; ora de uma dogmática liberal ou neoliberal prisioneira do mercado reificado e reificante; ora de um conservadorismo constitucional com-

¹ Universidade Federal de Paraná

prometido com uma idade de ouro encontrada em algum momento da história nacional e, portanto, um constitucionalismo defensor de um *status quo* ou de uma operação regressiva; ora, finalmente, de uma dogmática que se identifica com o autoritarismo ou com o reacionarismo tributários de um pensamento ainda compartilhado por vários setores da sociedade brasileira. Nesse passo, o que se tem é a busca da mudança da Constituição para mutilá-la ou instrumentalizá-la a chamada *ordinarização da Constituição*. Insiste-se nas deficiências do texto constitucional ou, pura e simplesmente, sabota-se a Constituição, especialmente aqueles capítulos exigentes de uma atuação estatal voltada para a satisfação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil ou para a realização dos direitos fundamentais. Neste último caso, afeta-se mais os direitos sociais de natureza prestacional, exigentes de uma atuação positiva do poder público. Cumpre, portanto, tratar apenas da dogmática comprometida com a Constituição, demonstrando, ademais, o esgotamento de determinados tempo e proposta.

2. Direito constitucional da efetividade

Emergiu no Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, uma interessante doutrina identificada como *dogmática constitucional da efetividade*, ou, como preferiram alguns, *dogmática constitucional emancipatória*, ou ainda *dogmática constitucional transformadora*. O compromisso primeiro, nesse caso, não era propriamente de ordem teórica, sendo mais de ordem política. “A Constituição vincula”, “a Constituição vale”, “a Constituição incide”, estas eram as mensagens do discurso constitucional. Tratava-se de apostar nas virtualidades dirijetes do novo texto e de irrigar a ordem jurídica com os valores plasmados no documento constitucional. Para isso, importava reler todo o direito à luz da principiologia da Constituição, através do processo conhecido como *filtragem constitucional*. Tratava-se, portanto, de uma doutrina amiga da Constituição, enfim, de uma doutrina constitucional amorosa, vinculada até a medula à idéia de normatividade integral da lei fundamental. Propunha a releitura das velhas categorias, a discussão a propósito do renovado papel do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião constitucional (embora não o único), no contexto da nova Constituição, e o estudo das ações constitucionais como meios de efetivação das suas promessas.

O discurso renovou, indiscutivelmente, o direito constitucional brasileiro, autorizando, inclusive, renovadas aberturas teóricas decorrentes, muitas vezes, da forte influência exercida pelas doutrinas alemã, americana, portuguesa e espanhola sobre os novos constitucionalistas. Do ponto de vista teórico, a produção discursiva ainda era, em geral, dependente de paradigmas já experimentados no país. Note-se, por exemplo, a dificuldade para superar a visão segundo a qual a aplicabilidade da norma depende menos do operador jurídico, especialmente do discurso que ele conforma e sustenta, e mais das qualidades intrínsecas do tex-

to, ou seja, a idéia nesse particular de que são as qualidades do texto que determinam a extensão da vinculação dos poderes à normativa constitucional. Perceba-se a dificuldade para superar as velhas teorias classificatórias da aplicabilidade das normas, dificuldade encontrada mesmo nos juristas mais comprometidos com a potencialização das virtualidades normativas da Constituição.

O papel mais interessante da *dogmática constitucional da efetividade*, nestes 15 anos, foi o *pedagógico*, decorrente da comunicação de uma nova forma de relação do jurista cidadão com a Constituição. Fala-se de pedagogia capaz de estimular a criação, nas escolas de direito espalhadas pelo país, de uma leva considerável de jovens juristas e de fomentar, nos cursos de mestrado, doutorado e de especialização, a renovação do pensamento constitucional brasileiro. O esgotamento do discurso, todavia, já era visível nos últimos anos. Daí a necessidade da busca de novos caminhos, especialmente no sítio teórico.

A aliança com a integral efetividade da Constituição continua. Não podia ser diferente, eis que compõe, afinal, compromisso permanente. No entanto, a doutrina constitucional reclama novas premissas, novos conceitos, renovadas *démarches*. Por isso, a afirmação segundo a qual a *dogmática constitucional da efetividade* não morreu, apenas sofreu transfiguração para dar lugar a um discurso, por um lado, essencialmente igual quanto aos seus propósitos e, por outro, essencialmente distinto quanto às qualidades de suas *démarches* ou quanto à reivindicação do lugar constitucional na ordem normativa da sociedade contemporânea. É aqui que se percebe a manifestação daquilo que pode ser chamado de transmutação do lugar normativo da Constituição.

Aprende-se desde cedo, particularmente na faculdade, que a Constituição é o corpo de normas dotadas de superior hierarquia residente no vértice da pirâmide jurídica, portanto, a idéia da ordem jurídica enquanto pirâmide. Está-se a referir, é evidente, à metáfora kelseniana que foi útil por muito tempo. No entanto, o lugar normativo da Constituição, hoje, não pode mais ser o mesmo. Antes de vértice de uma pirâmide, no âmbito nacional apresenta-se mais como centro, um centro exercente de atração de ordem gravitacional sobre o vasto universo normativo contaminado pela fragmentação. O universo jurídico é caos que se faz sistema pelo trabalho árduo do operador jurídico ao lançar mão da linguagem constitucional em busca da unidade de sentido. O que ora se apresenta não constitui nenhuma novidade.

No campo jurídico tudo haverá de orbitar em torno da Constituição. Nesse caso ela é o sol, a estrela ímã que confere integridade ao universoscaos fragmentado e descodificado dos micro-sistemas normativos que precisam ser reconstruídos enquanto sistema total (exigente, por isso mesmo, de consistência, coerência e integridade). O sistema não é um dado, mas antes um construído, resultado do arranjo arquitetônico do operador.

A Constituição é fundamento, mas é também centro, estrela-mãe a atrair para a sua órbita os fragmentos que compõem o universo normativo

contraditório da sociedade complexa. É igualmente filtro que retém e repele o que não pode integrar a ordem jurídica recomposta. Qualquer estudo jurídico, portanto, sendo indiferente o ramo do saber, haverá de começar levando em conta a Constituição do ponto de vista formal e material, especialmente para cotejar a disposição que reclama aplicação com o Texto Constitucional e daí retirar a demonstração de sua legitimidade. Mas o trabalho final do operador jurídico, consistente na solução deste ou daquele caso, não se completa, não se perfaz, se também não for testado mais uma vez à luz da Constituição. A Constituição tem lugar no começo e no fim do trabalho hermenêutico.

Centro, fundamento e filtro, o direito constitucional, agora, é outro. Não é mais um discurso de especialistas, uma linguagem apenas para os iniciados. Ao contrário, é agora língua comum, idioma compartilhado por todos os juristas (para não falar dos cidadãos), uma espécie de língua franca na medida em que não há possibilidade de aplicar o direito (qualquer ramo do direito) sem, ao mesmo tempo, transitar pelo direito constitucional. Mas é língua franca também para o sítio exterior ao exercício profissional do direito. Eis a razão pela qual a Constituição que incide tem seu sentido construído e reconstruído num processo democrático permanente de disputabilidade intersubjetiva levado a efeito pela sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, para fazer uso da eloqüente expressão sugerida por Häberle.

A transmutação do lugar constitucional exige o reconhecimento da existência de condições. Envolve uma compreensão da ordem jurídica somente concebível no quadro de uma Constituição renovada em relação não só às suas características normativas mas, igualmente, em relação ao papel que pretende desempenhar na sociedade complexa, plural e fragmentada da atualidade.

A Constituição absorve determinados valores, apresentados na forma de princípios, de modo a garantir os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Não é mais um simples corpo orgânico destinado a estruturar o Estado, os seus órgãos e a desenhar os limites do exercício do poder. Mais do que isso, é, na verdade, a mina, a reserva, a fonte da materialidade do direito, dos valores que singularizam esta ou aquela ordem jurídica, dos compromissos intergeracionais condensados normativamente. Por isso, ela é conquista, é condensação compromissória, é expressão de luta e, ao mesmo tempo, consenso, resultado do acordo sobre o que é essencial e determinante e, particularmente, sobre o papel que o homem, senhor de sua história, através de seus canais de mediação, em especial as instituições, haverá de desempenhar na comunidade de destino. Em síntese, a Constituição deixa de ser um documento do Estado e para o Estado para afirmar-se como documento também da sociedade e, por isso mesmo, do ser humano dotado de dignidade. O Estado é instrumento a serviço do homem, e não o contrário.

Tem-se, de um tempo para cá, discutido a propósito do papel do direito constitucional, dos tribunais constitucionais, da lei e do legislador no contex-

to dos Estados Constitucionais que supõem a existência de democracia, pluralismo, direitos fundamentais e justiça. Entre os substancialistas e os procedimentalistas emerge um debate interessantíssimo, porém, muitas vezes, incapaz de dirimir a significação das constituições contemporâneas e especialmente daquela experimentada aqui e agora, em contexto concretamente compreendido, no espaço-tempo delimitado pela formação social brasileira.

No caso do Brasil, presidido por uma Constituição rica em princípios, a discussão talvez deva ficar mais próxima daquela desenvolvida na Alemanha, onde o Tribunal Constitucional, a despeito de alguma resistência, entende a Lei Fundamental como ordem de valores. Neste caso, entretanto, o procedimento tem um papel importantíssimo a cumprir, qual seja, ordenar a manifestação da sociedade aberta e plural dos intérpretes da Constituição. Por isso, os mecanismos ordenadores da participação democrática devem, entre nós, ser levados a sério sem que isso signifique a desnaturação de uma Constituição principiológica cuja dimensão material igualmente vincula e conforma a experiência jurídica como um todo.

A Constituição aberta, garantia da sociedade pluralista e democrática que se quer, justa e livre, reclama compreensão tocada pela singularidade decorrente dos desafios de uma formação social residente no hemisfério meridional.

Princípios e regras desempenham papéis distintos no direito de uma sociedade complexa e plural (no caso brasileiro, mais complexa devido à existência, a um tempo, de ilhas pré-modernas, modernas e pós-modernas compondo a teia societária). Abre-se aqui a senda para um novo discurso que tem por condição a transmutação do lugar epistêmico do direito constitucional rumo ao que tem sido, por convenção, chamado de pós-positivismo, na verdade um ensaio de superação das *démarches* propostas pelas velhas teorias positivistas, inclusive as de matriz sociológica e normativista.

Aceitar que o conhecimento carrega a verdade, supor que o intérprete é capaz de ostentar uma condição de neutralidade, defender o universo da ciência como presidida por um padrão insuperável de objetividade, alardear que o papel do intérprete é o de desvelar a verdade oculta no objeto investigado, imaginar que o direito é exclusiva obra do legislador e que o juiz não faz mais do que aplicá-lo, eis a cosmovisão do operador tomado pelo positivismo, prisioneiro do paradigma da filosofia da consciência. Ora, a Constituição é um composto de princípios e regras, sendo ambos indispensáveis para o direito constitucional das sociedades complexas, plurais, abertas e democráticas. E este tipo de sociedade reclama um direito constitucional distinto daquele experimentado até aqui. Daí a importância da superação do paradigma da *filosofia da consciência*, para, dentro do *paradigma da filosofia da linguagem*, compreender que o sujeito participa da construção do objeto, que é a disputabilidade entre os sujeitos que o reconstrói, que o objeto não tem uma verdade objetiva oculta que possa ser *revelada* ou *descoberta* pelo intérprete e, mais, que não será a evidência do objeto, mas a consistência do discurso que implicará a adesão à ou a legitimidade da solução

apontada para este ou aquele caso. Nesta hipótese, especialmente para os casos difíceis, a importância do discurso, especialmente dos novos aportes hermenêuticos e da teoria da argumentação, são indiscutíveis. Daí a razão da preocupação, no contexto deste paradigma, com o desenvolvimento de teorias vinculadas a uma visão desde o ponto de vista interno (o ponto de vista do operador jurídico), capazes de cimentar um discurso de convencimento suficientemente sólido e consistente erigido no contexto de uma esfera democrática de afirmação de verdades intersubjetivamente alcançadas. Está-se, pois, diante de renovado direito constitucional, diferente daquele ainda contaminado pelo aportes positivistas. Um direito constitucional, ademais, que sem negar as virtualidades dirigentes da Constituição brasileira (o caso de Portugal certamente é distinto!), nem por isso imagina que o sujeito da dinâmica constitucional é, apenas, o Estado, razão pela qual, dialoga com a sociedade complexa, plural e democrática, sem descurar da existência de um mercado que, sendo útil, nem por isso haverá de ser deificado. Trata-se de um direito constitucional que, no universo da prática democrática, realizada no contexto do espaço público, afirma apenas o papel necessário do Estado para a realização do compromisso com as promessas constitucionais, sem descurar da função da sociedade formada por cidadãos livres e autônomos capazes de decidir, no contexto da disputabilidade constitucional, o que é melhor para si. E que, neste caso, apelando para os princípios, aceita a processualidade como forma insuperável de definir o seu sentido, razão pela qual não tolera o comprometimento da fórmula constitucional do Estado com poderes divididos decorrente do eventual monopólio do acesso à *verdade constitucional* por este ou aquele poder. Trata-se, repita-se, de outro direito constitucional. Que se afirma, a um tempo, entre substancialistas e procedimentalistas ou entre aqueles que, como nós, entende que a materialidade constitucional não repele, ao contrário exige, a consideração das conseqüências da processualidade e dos importantes aportes do procedimentalismo.

3. Direito constitucional e superação de fronteiras

A segunda questão a ser abordada diz respeito à necessidade da abertura dos estudos constitucionais para o problema da superação das fronteiras. O direito constitucional não pode fechar os olhos para o que ocorre no seio da comunidade internacional.

Está-se a provar tempos difíceis nos quais impera, no plano internacional, uma lógica unilateral, por um lado, e mercantilista, por outro. Diante desse “salve-se quem puder” ou “quem pode manda e quem não pode teme”, avulta a fragilidade do direito internacional enquanto instância civilizatória dotada de capacidade para garantir a paz e a construção de uma comunidade internacional que seja digna desse nome. É verdade que, até há poucos dias, vivíamos sob a égide do pensamento único, do horror neoliberal que tudo reifica, que tudo trans-

forma em mercadoria. Aliás, ainda vivemos, porque a Organização Mundial do Comércio (OMC) continua a sustentar, desde uma ótica quase fundamentalista, o livre comércio, manifestando pretensão de impor a lógica mercantil a todos os domínios, inclusive cultural, educacional, da saúde e dos chamados serviços públicos. O Fundo Monetário Internacional (FMI), embora dê sinais de tímida mudança, ainda é o lugar das práticas do consenso (ou pós-consenso) de Washington onde, claramente, as economias centrais, em especial a americana, ditam as regras.

O desafio da construção da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) não está imune de pressões e de ameaças, razão pela qual todo cuidado é pouco. Uma negociação mal feita e não se poderá mais implementar, entre nós, políticas públicas em determinados setores da economia, implicando, conforme os resultados do tratado eventualmente concluído, possibilidade de desindustrialização do país.

A globalização (a mundialização financeira e econômica neoliberal ou liberal fundamentalista) preocupa. Trata-se de processo que merece combate, lembra Avelãs Nunes, catedrático da Universidade de Coimbra, mas combate travado nos foros internacionais e também através do desenvolvimento de políticas que atendam ao interesse nacional, não tenhamos vergonha de dizê-lo, nacionalistas mesmo, se for o caso (formulação de uma política industrial, por exemplo). Mas a resistência pode decorrer também da emergência de outro tipo de mundialização, como propunha aquele intelectual que tanto honrou nosso país: Milton Santos. Neste passo, o Brasil, no campo das relações internacionais tem várias tarefas a cumprir, seja formando o “Bloco Sul-Sul”, seja propondo o “G-22”, seja reivindicando assento no Conselho de Segurança da ONU, seja denunciando a hipocrisia globalizante que sustenta a necessária abertura dos mercados e o livre comércio para todos os povos, menos para os proponentes, seja implantando políticas nacionais articuladas internacionalmente com outras formações políticas dotadas de interesses análogos. Enfim, muita coisa pode ser feita. Cumpre, ao país, evidentemente, nesta toada, aderir à luta pelo multilateralismo, pela criação de foros democráticos multilaterais, pela democratização da comunidade internacional e pelo fortalecimento da Organização das Nações Unidas (ONU). É a esta mundialização que se reporta Milton Santos.

O Brasil não alcançará, neste mundo conturbado, êxito sem uma articulação muito bem feita, entre políticas nacionais de defesa dos seus interesses e uma política internacional de apoio aos foros multilaterais de discussão dos problemas de alcance mundial. A autarquia, o fechamento, não são mais possíveis, pois o interesse nacional passa hoje pelo fortalecimento da posição do país no plano internacional. As políticas internas e desenvolvimentistas, a defesa intransigente do interesse nacional não se sustentam mais na autarquização, demandando, antes, a conquista de posição privilegiada no mundo globalizado. Por isso afirmar-se que o que vale para a política, também vale para o direito.

O direito internacional e o direito constitucional brasileiro precisam fazer amizade. Reporta-se a um direito Internacional democrático, dotado de valores tais como aqueles proclamados no Texto Constitucional brasileiro. Neste ponto, manifesta-se igualmente mudança de paradigma no discurso constitucional. Migra-se de um paradigma vinculado à realidade interna, para outro que insere o direito constitucional nacional no contexto daquilo que pode ser chamado de direito constitucional global.

4. Direito constitucional global

Em que consiste o direito constitucional global? Trata-se, sem dúvida, de uma realidade ainda incipiente que, ultimamente, tem preocupado os constitucionalistas. Compõe, ao primeiro olhar, um conjunto de princípios compartilhados, verdadeiro patrimônio jurídico da humanidade, construído progressivamente a despeito da relatividade dos valores. Um plexo, diga-se de passagem, que desafia a emergência de uma comunicação mais estreita com os direitos constitucionais nacionais, com as constituições nacionais, ou seja com as ordens jurídicas presididas por verdadeiras constituições e não simplesmente por eventuais cartas constitucionais. Neste passo, a abertura do direito constitucional nacional para o constitucionalismo global significaria o reconhecimento da existência (e pertinência) de uma Constituição material global formada por um *jus cogens* internacional integrado por valores comuns, ainda que poucos. Valores, cumpre lembrar, decorrentes da experiência consumada nas sociedades democráticas, mas condensados também a partir de decisões prolatadas pelas cortes internacionais, especialmente de direitos humanos, e de determinados declarações e tratados internacionais. Haveria aqui, portanto, a idéia de que o direito constitucional global emerge e evolui com a formação de comunidades de nações que comungam determinados valores, principalmente aqueles ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos haveriam de ser respeitados nacional e internacionalmente. Também a democracia e a paz, para ficarmos apenas nestes princípios, desenhariam a teia da Constituição global.

Neste momento, porém, o direito constitucional global integra mero meio de legitimação material das constituições nacionais. Todavia, não há como deixar de reconhecer a existência de um modesto *jus cogens* internacional capaz de, do ponto de vista exclusivamente material, caracterizar o direito em questão. Para o fortalecimento desse *jus cogens* internacional e das instituições multilaterais capazes de protegê-lo, deve agir a diplomacia brasileira. Neste particular, o direito internacional transparece como normatividade necessária para, através das instituições multilaterais, promover a revisão da dinâmica que, ultimamente, em

virtude de ações unilaterais despidas de sustentação jurídica, tem contaminado as relações entre os povos.

Quanto ao diálogo entre a Constituição material global e a Constituição nacional, essa é tarefa para o novo constitucionalismo brasileiro que vai dando mostras de passar por um processo mutacional de grande significação.

A primeira abertura manifesta-se para considerar a hipótese da pertinência de um diálogo com a Constituição global. A segunda abertura, todavia, de natureza distinta, ocupa-se do encontro necessário do direito constitucional com o direito da integração, manifestando-se no contexto do que determinados autores chamam de direito constitucional do Estado pós-nacional.

5. Integração regional e mercosul

Neste mundo complexo, dinâmico e globalizado, o Estado se vê compelido a deixar suas fronteiras para a defesa dos seus interesses e de sua soberania. Eis o paradoxo, já que a defesa da soberania não se faz mais apenas desde dentro; faz-se, agora, também, a partir de medidas tomadas no contexto da comunidade internacional.

Testemunha-se a associação de países em estratégias políticas voltadas à conquista de posições mais vantajosas, ou, em muitas das vezes, menos desvantajosas no contexto das inevitáveis negociações travadas no mercado internacional de trocas. Tais medidas, nada obstante necessárias, nem sempre são suficientes. Aliás, não são suficientes! Daí o caminho dos pactos regionais, especialmente daqueles dirigidos à construção de verdadeiros espaços econômicos e espaços políticos comandados por estruturas supranacionais.

Ao considerar os espaços de integração, importa desde logo excluir experiências como a da NAFTA e mesmo a da ALCA, esta última em fase de negociação. Nas duas hipóteses manifesta-se a arquitetura de espaços meramente econômicos, decorrentes da noção de livre comércio regional, o que implica a demissão dos Estados de articularem políticas nacionais de índole econômica. Reporta-se, referida modalidade de integração, à livre circulação de bens, capitais e mercadorias, mas não, todavia, à de pessoas, que continuarão prisioneiras dos territórios dos respectivos Estados nacionais, impedidas, como hoje, de ultrapassar, especialmente, as cercas de Tijuana ou as águas do Rio Grande em direção ao norte.

A ALCA pode, eventualmente, ser também interessante para as economias ao sul do Rio Grande. Todavia, por não guardar a pretensão de constituir uma comunidade política que comungue de determinados valores e princípios, não pode ser confundida com experiências de integração mais complexas, como a europeia. É nesse ponto que entra o Mercosul.

O Mercosul nasce, como se sabe, com uma proposta de integração não apenas econômica dos Estados do sul da América. A pretensão é, a longo prazo, de apresentar-se como verdadeiro espaço comunitário. É verdade que o Mercosul passa por dias difíceis, especialmente por conta da crise econômica que, nos últimos anos, atinge a todos os seus membros e, particularmente, aos seus dois sócios maiores. Por outro lado, não foram concebidas ainda as estruturas supranacionais tais como aquelas encontráveis no continente europeu. Não temos ainda um Tribunal do Mercosul (como o de Luxemburgo), embora alguns passos estejam a ser ensaiados nessa direção, nem um Parlamento do Mercosul. Daí porque experimenta-se um direito que pode ser chamado de direito da integração, mas que não se trata, ainda, de um direito comunitário como aquele desenhado no contexto europeu. Mas se é a ocasião de constituir uma comunidade latinoamericana de nações, então é fundamental aprofundar a experiência mercosulina e estudar o que ocorre hoje na Europa, especialmente as conseqüências da adoção da assim chamada *Constituição Européia*.

6. A experiência européia

No caso europeu, as instituições supranacionais produzem o direito comunitário seja a partir de delegação, transferência ou cessão de competências, seja do compartilhamento de poderes soberanos. As teses são várias.

Embora os autores não tenham alcançado um consenso, parece certo que, o direito comunitário deriva de uma *delegação* de competências dos Estados nacionais. Esta tese não é incompatível com a manutenção da soberania pelos Estados integrantes. Afinal, o que é delegado pode ser retomado. Neste caso, as instituições comunitárias conformam o direito comunitário, mantida a soberania com seu titular. Afirma-se, por isso mesmo, que apenas o *exercício* de determinados poderes decorrentes *da* e inerente à soberania seria transferido (por isso tratar-se de delegação), não, todavia, a titularidade da soberania que remanesceria em mãos dos Estados.

As competências dos órgãos comunitários, definidas a partir de normas convencionais primárias, podem ser exclusivas ou concorrentes com as competências dos Estados nacionais que integram a União Européia. No último caso, o princípio da subsidiariedade exerce uma função importante.

Questão complexa diz respeito ao papel das Constituições dos Estados no espaço comunitário. Isso porque o Tribunal de Luxemburgo tem, de longa data, definido como certo que, *primeiro*, o direito comunitário tem prevalência sobre o direito interno e, *segundo*, o direito comunitário tem prevalência sobre o direito constitucional nacional. Ademais, nessa toada, o Tribunal de Luxemburgo reservou a si, com exclusividade, a função de formar juízo sobre a validade das normas comunitárias, sendo ele, portanto, juiz “da competência da competência”.

A Constituição nacional mantém-se como centro; mas, agora, como centro parcial da ordem jurídica total. É centro da ordem jurídica nacional, mas não da ordem jurídica comunitária que, nos termos do que entende o Tribunal de Luxemburgo, não pode ter suas normas controladas pelos órgãos jurisdicionais nacionais (inclusive os tribunais ou cortes constitucionais) tomando como parâmetro a Constituição nacional.

As relações entre o direito constitucional e o direito comunitário implicam mudança do paradigma constitucional, pois a Constituição de centro da ordem jurídica aplicada no espaço nacional passa a apresentar-se como centro unicamente da ordem nacional, mas não da ordem comunitária aplicada no território nacional. E o juiz é juiz, ao mesmo tempo, da ordem nacional e da ordem comunitária, reportando-se aos tribunais superiores do Estado nacional ou, eventualmente, ao Tribunal de Luxemburgo no que diz respeito à ordem comunitária. É evidente que essa questão envolve problemas de legitimação da ordem comunitária, construída não por órgãos representativos (o problema da exigência democrática), mas por órgãos que tiram a sua legitimidade dos órgãos representativos dos Estados. Também gera problema a questão da tensão entre o direito constitucional e o direito comunitário, o que implica, eventualmente, a deslegitimação da Constituição nacional. A crítica ao direito dos burocratas de Bruxelas (direito comunitário) se dá, em geral, em decorrência desse sentimento.

De qualquer modo, a União Européia avança, agora com a aprovação da assim chamada Constituição Européia. Mas Constituição sem Estado? Ora, não há um Estado da União Européia! Constituição de uma Federação de Estados? Mas não se trata de um Estado Federal. Constituição sem soberania? A soberania é dos Estados Nacionais e não da União Européia. Constituição sem povo? Porque o povo é o povo dos Estados nacionais, embora, desde o Tratado de Maastricht de 1992, já seja possível falar de uma incipiente cidadania européia também que não substitui a cidadania nacional, mas a ela se soma. Constituição sem Assembléia Constituinte, elaborada por uma Convenção que depois haverá de passar pelo crivo dos Estados nacionais? Constituição elaborada como um tratado internacional? A novidade desconcerta, transtorna, perturba, gera polémica.

O direito constitucional europeu quebra paradigmas. A Europa de hoje poderá influenciar a experiência futura de outros povos. De qualquer modo, se é certo que a experiência européia e o projeto de Constituição votado pela Convenção (tendo como principal artífice o Senhor Giscard d'Estaing) devem ser conhecidos, não é menos certo que essas experiências não podem ser transplantadas, sem mais, para o continente americano, inclusive porque não foi, mesmo

no contexto da nova Constituição, resolvido o problema do déficit democrático do direito comunitário europeu.

Temos imensos problemas a superar no Brasil. Desde a visão pacificada no seio do Supremo Tribunal Federal —a partir do julgamento do RE 80.004—,

segundo a qual o direito internacional encontra-se em situação de paridade com o direito ordinário federal, implicando a possibilidade de afastamento da execução de tratado em território nacional em decorrência de lei federal posterior, ou mesmo de lei anterior acaso especial (entendimento que se aplica, inclusive, a teor da jurisprudência dessa Alta Corte, aos tratados internacionais relativos aos direitos humanos, não obstante o disposto do artigo 5º § 2º da Constituição), até a dificuldade de aceitação de um direito da integração que possa alcançar a consistên-

cia de um direito comunitário, em que pese o especificado no parágrafo único do artigo 4º da Constituição, segundo o qual a República Federativa do Brasil buscará integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

A Constituição brasileira, ao que parece, exceto radical mutação da compreensão de seus termos, não dá mostras de tolerar sua transformação em centro de uma ordem jurídica meramente parcial. Ela reivindica a condição de centro de uma ordem jurídica total.

A delegação do exercício de competências inerentes à soberania a uma entidade supranacional, em que pesem os argumentos de notáveis juristas brasileiros, não parece tão claramente defensável a partir de uma primeira leitura da Constituição Federal. De qualquer forma, se é possível do ponto de vista normativo, então importa alterar a percepção do Supremo Tribunal Federal a respeito

do assunto, já que este vem exigindo, mesmo quanto aos atos normativos do Mercosul, um mecanismo de internalização do direito internacional. E por isso, a questão desafia debate, podendo eventualmente exigir reforma constitucional. Espera-se, neste caso, entretanto, que o aprofundamento do Mercosul ofereça resposta ao problema ainda não resolvido, no sítio da União Européia, envolvendo o criticável déficit democrático do direito comunitário.

7. Conclusão

Convém concluir. Viu-se que o direito constitucional brasileiro passa por momentos de transformação que exigem um repensar dos juristas. Novos paradigmas estão a produzir um renovado direito constitucional e nesse ponto há muito que se fazer. Participemos, então, da empreitada sem, contudo, abandonar a idéia de que a Constituição é feita para o ser humano. Daí a razão pela qual podemos mudar, mas mudar para melhor alcançar as promessas constitucionais, especialmente aquelas fundadas na dignidade da pessoa humana e no objetivo permanente que deve ser uma obsessão dos professores e estudantes de direito, dos doutrinadores e dos constitucionalistas: construir uma sociedade livre, justa e solidária.