



# DIREITOS HUMANOS, CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA NA NAÇÃO E NO MUNDO

*Alexandre Coutinho Pagliarini\**

## RESUMO

Neste artigo analisamos as relações possíveis entre Democracia e Constituição, e entre Democracia e Direitos Humanos, no contexto do Estado Nacional e no da Comunidade Internacional. Estudos de Direito Constitucional, de Direito Internacional e de Direito Comunitário foram necessários. Os aspectos históricos e ontológicos da Democracia, da Constituição e dos Direitos Humanos foram considerados para que chegássemos à conclusão de que não há Constituição sem Democracia, nem há Direitos Humanos sem Democracia.

## Palavras-chave

Democracia. Direitos Humanos. Direito Comunitário

## ABSTRACT

In this article we analyzed the possible relations between Democracy and Constitution, and between Democracy and Human Rights, so in the context of National State, as in the context of International Community. Studies of Constitutional Law, International Law and Community Law were necessary. The historical and ontological aspects of Democracy, Constitution and Human Rights were considered in order to achieve the conclusion that there is no Constitution without Democracy, neither Human Rights without Democracy.

## Key-words

Democracy. Human Rights. Community Law

*As ruas são do povo; as cidades têm ruas; os países têm cidades; tudo e todos estão no mundo; e o mundo não tem paredes!* São estas as premissas de um universalismo jurídico que se quer ver aplicado também ao princípio democrático e a uma prática de participação popular direta em todos os campos da pólis e da cosmópolis. Fica anunciada a intenção deste texto, que analisa as

\* Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa, sob a orientação de Jorge Miranda. Professor, Coordenador de Pós-Graduação *Lato Sensu* e Vice-Coordenador do Mestrado em Direito da UniBrasil. Professor do CEU (Centro de Extensão Universitária/SP), da ABDConst (Academia Brasileira de Direito Constitucional) e da Facinter. Colaborador do IBEC (Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais). Advogado.

intercorrências entre Democracia e Direitos Humanos sob uma perspectiva que crê na fusão das noções de nação e mundo, na tentativa de cumprir o papel de questionar o estágio infame atual da Democracia e dos Direitos Humanos, tanto no quadrante do Estado soberano quanto no cenário internacional.

## 1. DEMOCRACIA, DIREITOS HUMANOS E ESTADO CONSTITUCIONAL

E nasceu a Constituição moderna. Veio ela ao mundo para cumprir dois papéis históricos: (i) o de limitar o exercício do Poder, estruturando a comunidade política chamada Estado; (ii) o de proclamar e garantir direitos básicos do indivíduo.

Os governos de regime absolutista eram marcados justamente por aquelas características que foram atacadas pelo “espírito de constituição” ou “sentimento constitucional como modo de integração política”. Então, quais foram as características fundamentais do Absolutismo? Elas eram duas: (a) Poder ilimitado do rei; (b) falta de previsão legal de direitos básicos que salvaguardassem os indivíduos.

Multiplicaram-se Constituições, primeiramente nos países de tradição ocidental, a partir de um modelo de Carta que, todas as vezes, cumpria as funções de – enfatize-se: estruturar a comunidade política, limitando o exercício do Poder; proclamar e garantir Direitos Fundamentais.

O “espírito de Constituição” tem em si abrigado, como elemento fundamental – intrínseco –, a Democracia, isto por que: (i) o Poder não deveria ser exercido por uma só pessoa; (ii) a regra da hereditariedade, que garantia o Poder ao primeiro filho do rei, não se coadunava com a complexidade da debutante sociedade industrial, nem com o racionalismo centrado no “je pense, donc je suis” – penso, logo existo –, de René Descartes.

Relacionam-se diretamente Constituição e Democracia. Deste modo, a se considerar que as Constituições dos Estados Unidos, da França e todas as outras têm trazido consigo um rol de Direitos Fundamentais, também se estabelecem, inexoravelmente, correlações e interdependências entre Democracia e Direitos Fundamentais (ou Humanos).

Assim como se pode afirmar que não há Constituição sem Direitos Fundamentais, então também é verdadeira a assertiva de que não há Constituição sem Democracia.

Os conceitos e as práticas de Constituição, Democracia e Direitos Fundamentais imbricam-se pelas seguintes razões:

(a) se é verdade que a Constituição nasceu para garantir maior liberdade (mobilidade) política – quebrando, com isso, a regra da hereditariedade do “Ancien Régime” –, então não é falsa a afirmativa de que o “espírito de Constituição” é necessariamente um “espírito democrático”;

(b) a Democracia, ela própria e por si só, além de participar intrinsecamente do próprio conceito de Constituição, também pode ser incluída no rol de Direitos Fundamentais de primeira geração, aqueles Individuais. Explica-se isto: as Constituições proclamam e garantem Direitos Fundamentais, desde a primeira geração histórica destes, fase em que os direitos tiveram uma feição extremamente liberal e individualista – liberdade de expressão, liberdade de locomoção, liberdade de religião, liberdade econômica e liberdade política, sendo esta última um sinônimo para Democracia;

(c) a participação popular na construção de uma comunidade política, não só através do voto, mas, sobretudo, pela capacidade diuturna de exercício da cidadania, faz com que as atividades democráticas diretas se tornem verdadeiros Direitos Fundamentais de quarta geração. A Constituição dos tempos atuais deve contemplar o maior número de instrumentos político-jurídicos para o crescente exercício da Democracia direta.

A prática constitucional exercida desde fins do século XVIII até os dias atuais tem apresentado conflitos e aporias que, ao final e ao cabo, desconstituem o “espírito constitucional” e, por isto, fazem com que o próprio conceito de Constituição seja vilipendiado. As aporias transformam as Constituições Totais em meras Constituições Parciais – ou “não-Constituições”.

Constituição Total é a Carta que, ao observar o seu papel histórico de eleger o povo como centro principal do poder – liberdade política –, cumpre as funções de:

- (1) estruturar a comunidade política;
- (2) proclamar e garantir Direitos Fundamentais – com a Democracia incluída no rol destes, tanto na primeira geração quanto numa quarta.

Haverá Constituição Parcial – ou “não-Constituição” – em duas situações:

(1<sup>a</sup>) quando a Carta só cuidar expressamente da estruturação da comunidade política, sem ter em seu corpus formal uma Declaração de Direitos;

(2<sup>a</sup>) quando a práxis Constitucional num país de aparente Carta Completa (ou Constituição Total) permitir governos não-democráticos, ou quando os direitos e garantias previstos formalmente não sejam fruídos pelo povo, nem garantidos pelas autoridades constituídas – hipótese em que se dá a transformação da Constituição num inútil “pedaço de papel”.

Os neologismos Constituição Total e Constituição Parcial aqui servem para dar conta do conteúdo formal da Carta e da própria prática constitucional fiel à história e às funções essenciais da Carta. É certo, porém, que: (i) não há “Constituição viva” em regime político que não seja o democrático; (ii) não há Constituição sem que num documento político-jurídico seja estruturada a comunidade política e proclamados os Direitos Fundamentais, com os respectivos instrumentos de garantia.

A fruição dos Direitos Humanos proclamados formalmente numa Constituição – ou num Tratado Internacional – não ocorre – factualmente – em espaços políticos que não sejam democráticos. E de nada serve uma Constituição que não seja sentida, vivida e praticada pela população e pelas autoridades constituídas. Logo, o pleno gozo dos Direitos Humanos depende, no dia-a-dia, da capacidade de participação política – cidadania – da população. Constituição e Democracia, neste sentido, aproximam-se e se fundem em conceitos complementares um ao outro.

Para exemplificar a inafastável correlação entre Democracia e Direitos Humanos, consideremos o modelo constitucional brasileiro que vigeu durante os anos de Ditadura Militar, iniciados em 1964. Sob a égide da Constituição de 1967-69 havia um rol de Direitos Fundamentais formalmente proclamados. Contudo, o povo acabava por não exercer tais direitos já por conta de não poder escolher os seus comandados – representantes – pela via da eleição direta; só isso bastaria para se concluir que a Democracia, ao mesmo tempo em que a sua previsão constitucional é material que essencialmente deva constar numa Carta, constitui-se também num Direito Fundamental de primeira e de quarta gerações. Até para aqueles eventuais – maus – “pensadores políticos” que não consideram a garantia da Democracia como assunto materialmente constitucional, a prática política antidemocrática demonstrou que, em regimes de exceção, não são exercidos nem outros Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos, como a liberdade de opinião, a liberdade de religião, e a mais básica liberdade: de ir-e-vir. No Brasil dos “anos de chumbo” da Caserna, vivenciaram tal realidade “na carne” personalidades como Lamarca, Prestes, Zuzu Angel, Rubens Paiva, Brizola e Herzog, dentre milhares de outros.

Se a Constituição nasceu para a garantia de um espaço de participação democrática – liberdade política – que superaria a Monarquia Absoluta, então uma Constituição deve ser necessariamente democrática. E se é verdadeiro que a Constituição tem servido para a previsão de instrumentos de garantia de Direitos Humanos, então é também verdadeiro que não há Constituição sem Direitos Fundamentais.

Há momentos em que Estados se vêem regrados por “Constituições”; apesar disto, tais Estados ficam afastados do “espírito de Constituição Total – ou Plena, ou Real” pela falta da Democracia, ou pela indiferença em relação aos Direitos Humanos. Exemplos assim se encontram na Alemanha, de Hitler; na Itália, de Mussolini; na União Soviética, de Stalin; no Chile, de Pinochet; no Brasil, de 1964 a 1985; nas “Cubas”, tanto naquela de Batista quanto na de Fidel; e nos Estados Unidos, de George W. Bush e do “Campo de Concentração” de Guantánamo. Nestes Estados soberanos, durante os períodos políticos frisados, desvinculou-se o constitucionalismo formal do constitucionalismo real – aquele de José Roberto Dromi – e a Constituição tornou-se, conseqüentemente, um mero – e inútil – pedaço de papel.

Portanto, a primeira conclusão deste Manifesto, aplicável ao contexto do

Estado nacional, é a seguinte: Democracia e Direitos Humanos se fundem, tanto conceitualmente quanto na prática, pois não existe aquela sem estes, nem estes sem aquela, não havendo, conseqüentemente, verdadeira Constituição em espaços políticos de não-Democracia ou de não-Direitos Humanos. Levar Constituição a sério, é assim; ou, ao contrário, não se estará levando Constituição a sério.

## 2. DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNACIONAL E NO CONTEXTO “APRÈS L’ÉTAT-NATION” – PÓS-NACIONAL

Na primeira parte do presente texto pretendeu-se correlacionar os conceitos e as práticas de Constituição, Democracia e Direitos Humanos nos quadrantes do Estado nacional – moderno – advindo da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos da América.

A Democracia tem estado restrita à possibilidade de seu exercício dentro do Estado soberano. Dá-se isto porque cidadão é o nacional de um país. Amarram-se, portanto, Democracia e cidadania, sendo esta última precedida pelo vínculo da nacionalidade.

As concepções tradicionais classificam **nacionalidade** como o vínculo que liga alguém a um Estado, e **cidadania** como um status do nacional. Fecha-se, assim, o círculo de participantes na feitura da vontade da Comunidade Política. Tal concepção não pode ser aceita, nem para a construção da pólis, muito menos para a da cosmópolis.

**2.1. Na construção da pólis nacional**, ao se afastar o estrangeiro residente num dado Estado soberano da feitura da vontade política neste mesmo Estado, comete-se segregação injusta: estrangeiros residentes, tanto quanto os nacionais, pagam impostos e se submetem ao sistema jurídico local, bem como aos buracos nas ruas e aos criminosos; portanto, deveriam poder votar e ser votados, bem como ocupar o pólo ativo numa Ação Popular.

Ao se considerar a cidadania como um status do nacional – e só dele –, aceita-se que cidadão no (e do) país X só possa ser o nacional deste país X. Em esquema assim, no mínimo três problemas são criados:

(i) continua-se a crer que a dação de um vínculo e de uma identidade – nacionalidade – é atribuição exclusiva do Estado;

(ii) os casos de apatridia – falta de nacionalidade – continuarão a promover a exclusão e a perseguição de populações inteiras – vejam-se os exemplos históricos dos curdos, ciganos, hebreus (antes de 1948) e palestinos (até hoje);

(iii) não se promove uma quebra de paradigma político-jurídico-organizacional deixando-se de fora as Nações Unidas das questões acerca da nacionalidade. Este terceiro problema, com a quebra da rigidez relacional-implicativa residente no trinômio Estado-nacionalidade-cidadania, poderia muito bem ser resolvido pela interferência da ONU, que, em casos de apátrida,

concederia à vítima deste mal uma alternativa que não fosse aquela da nacionalidade, mas a dação, pela própria ONU, de uma capacidade jurídica internacionalmente reconhecida de poder exercer no Estado em que fixasse residência, em toda a sua plenitude, todos os direitos políticos inerentes ao regime democrático.

**2.2. Na construção da *cosmópolis*** – Comunidade Internacional – pelo **Direito Internacional Público (DIP)**, a Democracia não tem lugar bem definido. Isto se deve ao fato de ser a Sociedade Internacional um “ente esparso e descentralizado”, desprovido de uma identidade política calcada na nacionalidade de um povo e na soberania de um Estado independente.

No DIP, participam da construção do acervo normativo os Estados soberanos – em relação bi e/ou multilateral – e as Organizações Internacionais; é pela manifestação de consentimentos que se criam normas advindas de Tratados, Costumes, Princípios e Decisões (art. 38, ECIIJ). Da formação destas partículas normativas elencadas no Estatuto da Corte da Haia não participa diretamente um povo transnacional, posto que a noção de povo tem se ligado à realidade jurídica da dação da nacionalidade pelo Estado. Há duas soluções para tal déficit democrático:

(1ª) solução centralizante: mudar a Carta da ONU para estabelecer que as suas normas de DIP têm força superior às dos Estados nacionais membros das Nações Unidas. Assim, estabelecida definitivamente a superioridade hierárquica do DIP em relação aos ordenamentos parciais dos Estados, tornar-se-ia possível o estabelecimento da seguinte regra: antes de alguém ser cidadão de um país pelo vínculo divisor da nacionalidade, este mesmo alguém seria um potencial cidadão do mundo, com garantias jurídicas para que isso fosse respeitado. Nesta perspectiva transnacional de correção de déficit democrático, é evidente que a ONU – como centro mundial de produção de normas gerais e abstratas – necessitaria de um órgão deliberativo equiparado aos parlamentos nacionais, cujos membros seriam escolhidos pelos eleitores dos Estados-membros da ONU, e também por aqueles apátridas reconhecidos como cidadãos pela própria ONU. Para que tal situação encontrasse apoio na lógica da matemática e da própria democracia representativa internacional, as decisões teriam que ser tomadas por maioria, e sem poder de veto reservado aos representantes dos Estados mais poderosos.

(2ª) solução não-centralizante: aos que entendem utópica a solução anterior, há uma outra. O déficit democrático do DIP seria resolvido por uma simbiose mais fortalecida entre DIP e Direito Constitucional nacional, em que os parlamentos nacionais promoveriam obrigatoriamente a participação indireta das populações dos Estados-membros. Nesta hipótese, os apátridas continuariam sem representação. Apesar deste defeito, as Casas Legislativas nacionais serviriam também para a legitimação democrática num contexto assemelhado ao que ocorre numa federação. Mesmo nesta solução alternativa, a reformulação da ONU seria inevitável, com a necessidade de inserção de todos os Estados-membros nos

órgãos decisórios, devidamente representados pelos chefes de Estado ou governo, mas sempre respaldados em seus parlamentos na oportunidade da aprovação de Tratados e na criação do Direito Internacional Geral.

Identifica-se a primeira solução (a centralizante) com a doutrina monista radical; a segunda (não-centralizante), com o monismo moderado – aquele que dá prevalência à realidade-parcial-estatal construtora da realidade-total-internacional. Por esta razão, a primeira solução é a mais indicada. Num caso ou noutro, o embrião de uma Sociedade Internacional mais coesa e democrática transparece nos Direitos Humanos e na consideração destes como os verdadeiros e primeiros jus cogens, nos quais se denota a superioridade da Comunidade Internacional e do DIP.

Para que se estabeleça uma Democracia Internacional ou Transnacional, os dogmas que influenciaram o Estado moderno devem ser superados. Os conceitos de povo e de cidadania devem ser desvinculados do de nacionalidade. Caso contrário, não se encontrará fórmula capaz de promover inserções que superem as barreiras do Estado nacional e do próprio DIP em sua feição – até agora – pouco democrática.

**2.3. Na construção da *cosmópolis* pelo Direito Constitucional Supranacional** – caso específico da União Européia e do **Direito Comunitário europeu** –, o déficit democrático tem sido melhor superado que no DIP clássico. Os dogmas que influenciaram o Estado moderno foram, de certo modo, superados. Os conceitos de povo e de cidadania foram parcialmente desvinculados do de nacionalidade. Há instituições comunitárias – supranacionais – que decidem por maioria, bem como uma espécie de governo tripartido que se evidencia na existência de órgãos comunitários, como o Tribunal de Justiça Europeu, a Comissão Européia, o Parlamento Europeu e o Banco Central Europeu. Por isso, não causam estranheza as idéias de poder constituinte supranacional e de Constituição Européia. Reformulam-se conceitos e minimizam-se os impactos do Estado nacional e da nacionalidade sobre o exercício da cidadania, tudo em concordância com os tempos atuais que não desprezam a realidade de Direito Internacional e Direito Nacional imbricarem-se mutuamente, dando-se preferência ao primeiro sem que isso represente o corte do nexos comunicacional entre Estado e Comunidade Internacional, e sem que isso represente o esquecimento das ricas experiências aferidas a partir da constitucionalização nacional.

Pois bem, haverá, linhas adiante, espaço específico para a discussão acerca da problemática anunciada, no qual dissertaremos sobre povo nacional e sobre povo europeu. Todavia, nada impede que façamos digressões prévias, dando conta de que é possível a um francês, por exemplo, participar das eleições para o Parlamento Europeu (PE) votando em Portugal, numa hipótese em que estivesse residindo lá, num candidato à quota lusitana ao PE, podendo o mesmo francês, nesta hipótese, até candidatar-se ele próprio – neste exemplo, o mesmo francês pode até se candidatar ao cargo de prefeito de Lisboa. Com este singelo exemplo, podemos concluir que a Europa superou a exclusividade da participação política

no território do Estado nacional, ao nacional deste. Assim, não é errado dizer que já se detecta na Europa uma espécie de cidadania europeia – supranacional, comunitária e/ou pós-nacional.

No constitucionalismo moderno, que defendemos estar superado no caso da construção europeia, tem-se o Estado-nação. Este tem sido construído por aquilo que o poder constituinte originário delineou no Texto Constitucional local. Esta Carta Magna moderna se refere e faz com que suas normas incidam sobre o sistema territorial de um-só povo, num-só território, povo este que será o detentor da titularidade de uma-só soberania, qualidade de um poder consentido e referente a uma-só realidade nacional. Isto tudo está certo porque diz respeito ao tempo e ao espaço do constitucionalismo moderno. Mas nada disso pode impedir que se faça possível o exercício de um poder constituinte europeu, poente de uma realidade sistemática que organizará, de modo unionista, várias comunidades políticas, e não só uma, vários territórios, e não só um, vários povos, e não só o nacional.

Não prestam atenção os críticos de um poder constituinte europeu ao seguinte fato: sempre aceitaram como poder constituinte originário a latência sociopolítica poente de uma Constituição e de um Estado, **mesmo que tal poder constituinte originário seja o responsável pela positivação, via outorga autoritária, de uma Constituição e, conseqüentemente, de um Estado**, caso em que não se verifica a Democracia como pano de fundo. Acabam por aceitar, os constitucionalistas tradicionais, até o exercício secundário do poder reformador, modificando, em vários casos, aquilo que foi posto como imodificável pelo próprio poder constituinte originário do Estado nacional.

Tudo bem, está certo, realmente o poder constituinte originário, no âmbito do Estado nacional, pode ser exercido por um grupo revolucionário que venha a representar os “fatores reais de poder”, de Ferdinand Lassalle. Mas o que se espera desse grupo revolucionário é que convoque, pelo menos, alguma espécie de assembléia nacional que elaborará uma Carta. Porém isto não ocorre com frequência, sendo exemplo disto a própria Constituição Brasileira de 1824, que teve trabalhos prévios elaborados por um grupo constituinte, que na realidade para nada serviram, uma vez que o imperador D. Pedro outorgou a Carta. O paradoxal neste relato é o seguinte: não é verdade que a Constituição moderna nasceu para racionalizar o exercício do poder e estruturar o Estado? Não é verdade que a Carta da modernidade nasceu para, além disso, garantir o acesso de outros, que não o filho do rei, ao Poder, instituindo, por isso, o Estado Democrático de Direito? Não é verdade que o constitucionalismo moderno tem como pano de fundo o princípio democrático? E, **mesmo assim, não é verdadeira a assertiva de que a Constituição tem servido a regimes autoritários de esquerda e de direita?**

Com os questionamentos constantes no final do parágrafo anterior, percebemos que a Constituição, um instrumento inicial de liberdade e de Democracia, tem servido, algumas vezes, para que os déspotas possam justificar

a “legalidade” de seus governos. Tornou-se, por isso, a Carta Política, uma fórmula desvinculada de sua natureza inicial, que é a da participação popular. Isto provocou nas “psiques coletivas” dos eleitorados uma verdadeira aversão à política formal e um sentimento de impotência, porquanto as autoridades fazem o que querem porque tudo e qualquer coisa são postos sob o abrigo de uma “Constituição”. “Mas está tudo bem, pois existe Constituição”, diriam também os interessados diretos na manutenção da doutrina clássica sobre o poder constituinte e sobre a própria Constituição.

Dizemos nós: nada está bem se não há Democracia! Nada está bem se não há um espírito humanitário! Nada está bem se não há Direitos Fundamentais garantidos! Isto já foi dito, mas nada impede que seja repetido: a Constituição moderna nasceu para cumprir dois papéis: o de racionalizar o exercício do Poder e, concomitantemente, estruturar o Estado (como comunidade política) moderno; e o de proclamar e garantir os Direitos Fundamentais. No constitucionalismo moderno, em decorrência do papel a ser cumprido pela Constituição, passou-se a poder identificar o que os doutrinadores chamam de Constituição material. Qual é, então, o material substancialmente constitucional? São aqueles dois.

Os governos de 25 Estados europeus, ao longo de quase 60 anos, vêm comunitarizando o espaço do Velho Continente: isto é verdadeiro. Os povos dos Estados europeus, nesse período, vêm aderindo a tais mudanças e se submetendo às regras européias: isto é fato. Com estas duas verdades, é certo dizer que temos notado na Europa, durante todo este espaço de tempo, a estruturação pacífica de uma comunidade política hoje chamada UE, cujos poderes são racionalizados numa existente – confusa, mas ainda existente – estrutura orgânica: Parlamento Europeu, Tribunal de Justiça Europeu, etc. Do mesmo modo, os governos europeus, em momentos e âmbitos de abrangência distintos, positivaram documentos proclamadores de Direitos Fundamentais, havendo dois espaços jurisdicionais para julgamento de condutas ofensivas aos Direitos Humanos; um específico em Estrasburgo, e outro também responsável pelo julgamento de casos assim, sendo este a Corte de Luxemburgo.

Eureka! Está identificado um substrato constitucional, não referente a um Estado nacional, mas partido de uma realidade comunitária e supranacional. É correto então afirmar que já há *material constitucional* que vem sendo produzido na Europa desde o final da Segunda Grande Guerra. Havendo *material constitucional europeu*, detectamos, conseqüentemente, o vigor de uma espécie de Direito Constitucional Consuetudinário Europeu. Por isso, afirmamos que a Europa já tem uma Carta costumeira, a exemplo da inglesa. Logo, perguntamos: *o que poderia impedir a formalização de uma Constituição Européia?* A mesma pergunta serve para o Reino Unido, mas o que importa é a questão continental européia.

Até as críticas mais ácidas contra uma Constituição para a Europa se submetem à verdade de que o Direito Comunitário Europeu se sobrepõe

aos Direitos nacionais dos Estados-membros. Eles também concordam que a comunitarização da Europa é, de certo modo, um fragmento de Direito Constitucional Europeu. Não aceitam, todavia, a positivação de uma Carta para a Europa por estarem apegados à leitura constitucional da modernidade – ou seja, dos tempos passados. Mas não contestam a existência deste fragmento constitucional comunitário. Logo, se quiser, até poderá a doutrina constitucionalista pós-moderna – a nossa – achar brecha na fala dos constitucionalistas clássicos para nela identificar uma passagem rumo ao poder constituinte europeu e à Constituição Européia: esta brecha seria o entendimento unânime de que os povos da Europa têm se submetido, sem grandes conflitos existenciais, a um Direito Comunitário, além de não terem tais povos ateadado fogo nos prédios europeus com sede em Bruxelas, Estrasburgo ou Luxemburgo. Com isso, questionamos: o que pode impedir o exercício de um poder constituinte europeu se o próprio cotidiano da vida dos povos daquele continente representa um dia-a-dia da vida comunitária? Traduzamos a construção da União Européia como tendo se dado, não numa Democracia Supranacional Formal – **e isto é um defeito** –, mas numa Democracia implícita na prática das ruas e do cotidiano dos indivíduos e das famílias, numa espécie de Democracia Material.

Se existe um material constitucional europeu, é porque existe uma latência sociopolítica que, no mínimo, aceita tal material constitucional europeu que vem sendo levado adiante pelos governos e aceito pelas populações: ou será que os europeus são todos descompensados mentalmente? De fato, a maioria dos cidadãos dos países-membros da UE não é desprovida de faculdades mentais e de quocientes de inteligência mínimos. Fora as vezes em que se necessitou de referendos explícitos e formais aos Tratados Internacionais constitutivos da realidade européia, tem havido uma constante, serena e implícita adesão dos cidadãos à comunitarização formal, isto porque lhes é comum um substrato materialmente constitucional. Seguindo raciocínio assim, chegaremos à seguinte conclusão: *o poder constituinte europeu é formado pela soma dos tratados internacionais ratificados pelos governos e pela vontade comunitária, que pode ser considerada como característica dos povos dos Estados-membros da União Européia*. A partir deste ponto, podemos até nos dar ao luxo de não mais usar a expressão “os povos dos Estados-membros da União Européia”; podemos dizer, sem medo, *o povo europeu*. Por isso, qual é o problema de identificar um novo poder constituinte continental para o caso do povo europeu? Nenhum; esta é a resposta.

Com os dizeres supra, estamos fazendo trabalho axiológico que cria a possibilidade de identificar um povo europeu desvinculado dos conceitos prévios de nacionalidade e de Estado nacional; uma cidadania européia e um poder constituinte europeu, razão por que, se tais institutos podem ser identificados cientificamente pelo trabalho descritivo do investigador, *então também é identificável a possibilidade de se positivar uma Constituição Européia*.

Outra análise que pode ser feita a respeito de um poder constituinte europeu é esta: um poder constituinte é uma latência sociopolítica que insere no ordenamento jurídico uma Constituição. Assim, poder constituinte implica Constituição, e esta só pode ser fruto daquele, produzindo-se conseqüentemente, na Carta Magna, a estrutura estatal que o poder constituinte desejou dar à comunidade política. Por isso, o Estado moderno é produto da Constituição moderna, e esta é produto do exercício de uma latência sociopolítica chamada poder constituinte. No caso europeu, não é perceptível um poder constituinte nestes moldes, que são os modernos (ou clássicos). Mas ninguém pode negar: os Tratados Internacionais estruturaram uma comunidade política supranacional, e esta implicou a criação de um Direito Comunitário que, por sua vez, alcançou moldagem tão sólida, uniforme e regular que, sem formalismos ulteriores, criou-se um substrato constitucional na estruturação cada vez mais apertada e coesa de uma UE, como órgão supranacional e quase que totalmente independente de seus entes parciais. Isto se parece com a formação do Direito Constitucional britânico, que até hoje não inseriu naquele ordenamento uma Carta formalizada e solenemente aprovada no dia tal. Apesar de que, se quisesse, o Reino Unido poderia formalizar uma Constituição solene, nos moldes de um trâmite legislativo qualquer. Nesta esteira, pode haver uma aproximação da formação unionista européia com o desenvolvimento do Direito Consuetudinário britânico.

2.4. Se, por um lado, no Estado nacional os conceitos de Democracia e Direitos Humanos chegam a se confundir e a se amparar mutuamente na construção da realidade da pólis, há intercorrências também detectáveis entre Democracia e Direitos Humanos no DIP e no Direito Comunitário na construção da cosmópolis.

Graças à identificação do Estado nacional, em seus quadrantes foi possível um exercício mais eficaz da Democracia. Por outro lado, graças à descentralização da Comunidade Internacional, em sua fragmentação foi possível uma previsão mais eficaz de Direitos Humanos que fez renascer o próprio conceito de jus cogens e de efetividade – e inafastabilidade – do DIP. Nos dias atuais, são reclamadas com igual intensidade a concretização da Democracia e a dos Direitos Humanos no Estado e na Comunidade Internacional.

### 3. O ALARGAMENTO DA DEMOCRACIA PARA A SOCIEDADE CIVIL

De nada adiantaria restringir o alcance da Democracia e dos Direitos Humanos aos órgãos e instituições oficiais, e/ou aos Direitos do Estado e da Comunidade Internacional. Os maiores interessados têm que se inserir neste universo de forma efetiva: o povo da pólis e da cosmópolis não pode ficar de fora. As inserções populares – democráticas – não respeitam muros ou fronteiras. Isto significa: levar a Democracia – e, conseqüentemente, os Direitos Humanos – às suas últimas conseqüências nas relações interpessoais atinentes – por exemplo – ao seguinte:

a) Supremo Tribunal Federal (STF): não pode persistir o atual sistema de nomeação de ministros. O Judiciário brasileiro – assim como outros – é marcado pela falta de participação popular na escolha de seus membros. A sistemática constitucional vigente criou uma verdadeira anomalia corporativa: a de um dos Poderes da República – o Judiciário – só poder ser ocupado por inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, capacidade esta que só pode ser alcançada por bacharéis em direito. Isto ocorre na Jurisdição, enquanto nos outros Poderes a sistemática permite que os agentes políticos possam ser provenientes de qualquer classe ou formação profissional. Não creio que no Brasil haja cultura político-eleitoral suficiente para a eleição de magistrados de primeiro grau. Todavia, para o STF há uma abertura: considerando que ele se ocupa precipuamente da guarda da Constituição, e sendo a Carta um documento político-jurídico, então nada impediria eleições para o preenchimento de vagas de ministros do STF. Há quem dirá que já há alguma Democracia no atual sistema de escolha dos ministros, uma vez que dele participa o Senado da República, que sabatina o candidato e aprova a nomeação. Mas a prática tem demonstrado que a participação do Senado cumpre uma mera formalidade, e de nada incrementa a Democracia.

b) Parlamentarismo: estou convencido de que os governos parlamentares possuem uma abertura muito maior que propicia uma sensibilidade especial para a voz vinda das ruas, isto pelo fato de nos Parlamentarismos não haver mandato para o exercício da função administrativa; as eleições são gerais e forma o governo a facção vencedora do pleito geral – que é parlamentar.

c) Solidariedade: enquanto não se der conta de que a inclusão de todos – Democracia em seu sentido lato – deve ser o objetivo maior da Democracia e dos Direitos Humanos, a própria sociedade civil *da pólis* e *da cosmópolis* continuará a promover os mais infames abusos contra a dignidade humana e os direitos fundamentais. Isto inclui uma mudança radical de mentalidade para que os cidadãos do país e do mundo aceitem a igualdade e a liberdade que vêm sendo proclamadas nas Constituições e nos Tratados Internacionais. Isto inclui a luta pacífica pela paz mundial, e contra o unilateralismo da(s) grande(s) potência(s).

#### 4. CONCLUSÃO

A *conclusão geral* do presente texto marca-se pela repetição dos versos que o inauguraram: *as ruas são do povo; as cidades têm ruas; os países têm cidades; tudo e todos estão no mundo; mas o mundo não tem paredes!*