A CONSTITUIÇÃO COMO SUBSTRATO POLÍTICO E ÉTICO DA COMUNIDADE

MARIA GARCIA*

Resumo: Neste texto discute-se o *ethos* constitucional: a ética como finalidade do homem, necessária à vida em comunidade e sua relação com a Constituição, reguladora da convivência social e política.

Palavras-chave: Ética, comunidade, Constituição.

Abstract: This text discuss the constitutional *ethos*: ethic as man's destiny (Heraclito), necessary to living in common and it's relation with the Constitution, regulator of social and political conviviality.

Key-words: Ethics, community Constitution.

1. "*Ethos anthropos: daímon*" (O *ethos* do homem: *daímon* – Heráclito)

O Fragmento nº XI de Heráclito tem como problema básico compreender o que significa *daímon*, nesse contexto, tendo sido traduzido como "divindade", "destino" ou "*logos*" — sempre, em Heráclito, como um termo relacionado ao ouvir, à escuta, tal como no Fragmento X: "Diante do *daímon* o homem ouve, infantil como, diante do homem, a criança" [1].

Cremos que entender, para hoje, a concepção de Heráclito, caberia colocar: (ser) Ética: o destino do homem. E nisto devemos relacionar, para os fins deste estudo, exatamente, o conceito fundamental da ética kantiana: o conceito de *autonomia*[2] e, ainda, o conceito correlativo de uma *comunidade* de seres racionais dentro do que necessariamente seja uma finalidade para todos, por tratar-se de "um fim em si mesmo", bem como, em seqüência, ao da "*dignidade* que cada sujeito se atribui a si mesmo pelo fato de conceber-se como autor de sua determinação de vontade individual e geral, ao mesmo tempo".

---

* Livre-Docente pela PUC/SP. Professora de Direito Constitucional e Direito Educacional na PUC/SP, Escola Superior de Direito Constitucional e CEU-Centro de Extensão Universitária. Membro do IASP e do IBDC.

[1] COSTA, Alexandre. *Heráclito. Fragmentos contextualizados*. Rio de Janeiro: Difel, 2000; p. 198-199.

[2] "A autonomia é aquela vinculação da razão teórica e da razão moral em que esta tem a consciência de vincular-se a si mesma. A vontade não se submete nela a nenhuma regra senão a que ela mesma estabelece e acata como norma geral. Somente adentramos no *campo problemático da ética* ali onde se alcança esta forma, onde as apetências e os desejos individuais sabem-se submetidos a uma lei válida sem exceção para todos os sujeitos éticos e onde, ao mesmo tempo e por outra parte, o sujeito compreende e afirma esta lei como a 'sua própria'." (CASSIRER, Ernst. *Kant, vida y doctrina*. México: CFE, 1993; p. 287, 292-293). "A natureza racional existe como um fim em si" — e os seres humanos recebem o nome de *personas* porque sua natureza os caracteriza como fins em si mesmos, é dizer, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, portanto, põe termo a todo capricho". Tradução livre da autora.

Tudo visto, indica a necessidade de um apontamento, de uma direção — que é a *ética*, a ciência da moral — ou modo de viver e conviver de um povo, formando uma comunidade, um conjunto de cidadãos de um determinado território, sob uma unidade política, redundando numa *Constituição*, conforme Hesse: a ordem jurídica fundamental da comunidade[3].

Nos seus *Estudos sobre Hegel*[4], especificamente *Hegel e o Direito*, Norberto Bobbio assinala:

> Desde o ensaio sobre o direito natural, para não falar dos escritos juvenis, o ponto de partida das reflexões de Hegel sobre a vida prática não são mais os indivíduos isolados, isto é, o objeto específico em que se detiveram até então juristas, economistas, moralistas, mas aquele todo organicamente articulado de indivíduos que é o povo historicamente determinado, com sua religião, sua arte, suas técnicas, suas leis e seus costumes; numa palavra, com seu *ethos*. Um povo não é uma soma de indivíduos, mas uma totalidade orgânica caracterizada por um modo particular de viver e de pensar, por um sistema determinado de eticidade.
>
> O povo é uma "totalidade ética". Enquanto totalidade ética, não é mais um artefato, o produto artificial de indivíduos esparsos e separados que se reúnem em sociedade por vontade deliberada, mas um fato natural, um produto da história ou, se se quiser, do espírito universal, cujos obscuros e muitas vezes inconscientes executores são os indivíduos.

Essa totalidade que caracteriza uma comunidade vai ser ordenada juridicamente por uma *lei fundamental*, a Constituição que, nesse labor, ou finalidade, consubstanciará, como condição necessária, esse comportamento ético.

2. A eticidade

Conforme esclarece Nicola Abbagnano[5] ao tratar da *Ética*, para Hegel, "o Estado é o ápice do que ele denomina *eticidade*, isto é, a moralidade que ganha corpo e substância nas instituições históricas que a garantem" (ao passo que a moralidade, por si mesma, é simplesmente intenção ou vontade subjetiva do bem).

Vimos, pela palavra de Bobbio, a consideração de Hegel sobre *o povo*, um todo organicamente articulado de indivíduos e historicamente determinado — com seu *ethos*, o povo como uma "totalidade ética".

Nesse sentido, a eticidade se mostraria como uma qualidade ou um elemento inerente ao conjunto de cidadãos que é o *povo*, em termos constitucionais.

[3] HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983; p. 16.

[4] Unesp/Brasiliense, 1989; p. 71.

[5] *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Ética, segundo o mesmo Abbagnano, refere-se, em geral, à ciência da conduta.

Existem, conforme explicita, duas concepções fundamentais dessa ciência: 1ª) a que a considera como ciência do *fim*, para o qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos *meios* para atingir tal *fim*, deduzindo tanto o fim quanto os meios da *natureza* do homem; 2ª) a que a considera como a ciência do *móvel* da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar essa conduta. Essas duas concepções, que se entremesclaram de várias maneiras na Antigüidade e no mundo moderno, são profundamente diferentes e falam duas línguas diversas. A primeira fala a língua do ideal para o qual o homem se dirige por sua natureza e, por conseguinte, da "natureza", "essência" ou "substância" do homem. Já a segunda fala dos "motivos" ou "causas" da conduta humana, ou das "forças" que a determinam, pretendendo ater-se ao conhecimento dos fatos.

Para Blackburn[6], *ética* (do grego *ethos*: caráter) é o estudo dos conceitos envolvidos no raciocínio prático: o bem, a ação correta, o dever, a obrigação, a virtude, a liberdade, a racionalidade, a escolha. Deriva de *ethos*, que também significa *costume*, registra Ferrater Mora e, por isso, a ética tem sido definida como a doutrina dos costumes, sobretudo nas correntes de orientação empirista[7].

No seu significado comum[8], *ética* é o estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto.

Obrigatório citar, neste passo, a ética kantiana ou *ética crítica* cujo princípio fundamental consubstancia-se no "imperativo categórico", nas palavras de Kant: "Age somente de acordo com aquela máxima que ao mesmo tempo possas desejar ver convertida em lei geral" — que vem fundamentar, ademais, a coexistência social e política porquanto, para Kant, a ética encontra-se vinculada à idéia de liberdade, sendo o conceito fundamental da

[6] BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

[7] FERRATER MORA, José. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. "A distinção aristotélica entre as virtudes éticas indica que o termo *ético* é formado primitivamente só num sentido 'adjetivo': trata-se de saber se uma ação, uma qualidade, uma 'virtude' ou um modo de ser são ou não 'éticos'. As virtudes éticas são para Aristóteles aquelas que se desenvolvem na prática e que estão orientadas para a consecução de um fim, enquanto as dianoéticas são as virtudes propriamente intelectuais. Às primeiras pertencem as virtudes que servem para a realização da ordem na vida do Estado — a justiça, a amizade, o valor, etc. —, e têm sua origem direta nos costumes e no hábito, razão pela qual podem chamar-se virtudes de hábito ou tendência. Às segundas, em contrapartida, pertencem as virtudes fundamentais, as que são como os princípios das éticas, as virtudes da inteligência ou da razão: sabedoria e prudência. Na evolução posterior do sentido do vocábulo, o ético identificou-se cada vez mais com o moral, e a ética chegou a significar propriamente a ciência que se ocupa dos objetos morais em todas as suas formas, a filosofia moral".

[8] *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

ética kantiana, como visto, o conceito de *autonomia*, ou seja, "em que pode consistir a liberdade da vontade senão na autonomia, é dizer, na condição da vontade de dar-se a si mesmo uma lei?".[9]

2.1 A ética do discurso

E é exatamente a proposta de Habermas e Apel, na esteira da ética kantiana, "a que melhor reconstrói as exigências morais de uma sociedade pluralista e democrática, situada ao nível de consciência moral que este tipo de sociedade alcançou", refere Lydia Feito Grande[10].

"Que significa ética do discurso?" Habermas coloca essa questão à qual passa a responder partindo do que denomina "caráter deontológico, cognitivista, formalista e universalista da ética kantiana" afirmando que, na *ética do discurso*, o lugar do imperativo categórico passa a ser ocupado pelo "procedimento da argumentação moral" [11].

Essa ética estabelece o princípio "D: somente podem reivindicar licitamente validez aquelas normas que pudessem receber a aquiescência de todos os implicados enquanto participantes de um discurso prático".

Ao mesmo tempo — acrescenta — o imperativo categórico desce ao nível de um princípio de universalização "U", que nos discursos práticos assume o objetivo de uma regra de argumentação: "nas normas válidas, os resultados e os efeitos secundários que derivem de sua observância universal para a satisfação dos interesses de todos e cada um, têm de poder ser aceitos por todos sem qualquer coação" [12].

O discurso, refere ainda Habermas, constitui uma forma de comunicação mais exigente, que vai além das formas de vida concretas, e na qual as pressuposições do agir orientado pelo entendimento mútuo se universalizam, se abstraem e liberam de barreiras, estendendo-se a

[9] Cf. CASSIRER, Ernst. *Op. cit.*; p. 287.

[10] In: *Estudios de Bioética*. Madrid: Dukinson, 1997; p. 49-50.

[11] HABERMAS, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Trotta, 2000; p. 15 (Tradução livre da autora).

[12] Explica Lydia Feito Grande: "No que respeita às pretensões de validez referidas à *verdade* das proposições e à *correção* das normas, o falante não tem outra solução racional senão aduzir os argumentos em que se apóia para ter a proposição por verdadeira ou a norma por correta. Com o que se inicia um processo de *argumentação* o qual só tem sentido iniciar-se se os interlocutores estão *seriamente interessados* em averiguar se a proposição é verdadeira ou a norma correta, coisa que não se pode lograr recorrendo a qualquer tipo de argumentação, senão somente apelando a uma forma de argumentação que se ajuste a umas determinadas normas. Esse tipo de argumentação recebe o nome de *discurso* e é *teórico*, se estamos tratando de averiguar a verdade das proposições, e *prático,* se estamos preocupados pela correção das normas. Naturalmente na ética o discurso que nos preocupa é o prático, o referido a normas de ação. Precisamente porque a ética de que falamos trata de descobrir quais são as condições que há de cumprir o discurso prático para ser racional, se denomina 'ética do discurso' ou 'ética discursiva'." (*Op. cit.*; p. 51).

uma comunidade ideal de comunicação que inclui todos os sujeitos capazes de falar e de agir: daí ser lícito esperar que, mediante a noção de procedimento, a ética do discurso possa atingir algo substancial, e incluso fazer valer a concatenação interna dos dois aspectos, o da justiça e o do bem comum, que as éticas do dever e dos bens tratam separadamente. Com efeito, em virtude de suas inesperadas propriedades pragmáticas, o discurso prático pode garantir uma formação da vontade guiada pelo conhecimento, e de tal tipo que os interesses de cada indivíduo particular podem ver-se satisfeitos sem romper o vínculo social que une objetivamente a cada um deles com todos os demais[13].

Karl-Otto Apel[14] propõe uma *ética da responsabilidade social*[15]:

É que, pela primeira vez na história mundial, até agora — explica —, torna-se visível "uma situação na qual os homens, em face do perigo comum, são desafiados a assumir coletivamente a responsabilidade moral; o novo problema consistiria, portanto, na necessidade de uma macro-ética".[16]

Daí prever-se parceiros de iguais direitos, numa comunidade ideal de comunicação na qual todas as diferenças de opinião — e também aquelas que dizem respeito a normas práticas (moral) — em princípio somente poderão ser resolvidas mediante argumentos geradores de consenso:

> a norma ética fundamental, que qualquer argumentante — e isso significa: qualquer um que pensa seriamente — reconheceu necessariamente, consiste, por conseguinte, no estar obrigado à metanorma da argumentativa formação de consenso sobre normas situacionalmente relacionadas.

[13] HABERMAS. *Op. cit.*; p. 21-22. (Tradução livre da autora).

[14] *Estudos da moral moderna*. Petrópolis: Vozes, 1994; p. 163 e segs.

[15] Que MAX WEBER faz pressentir quando distingue entre duas máximas: a *ética da convicção* (de caráter pessoal e íntimo do cumprimento do dever, e a *ética da responsabilidade*, que diz: "Devemos responder pelas previsíveis conseqüências de nossos atos". (*Ciência e Política, duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1993; p. 113).

[16] A situação do ser humano como problema ético. *Estudos de moral moderna*, cit., p. 193 e ss. Ou seja, "a superação, pelo *homo faber*, das anteriores barreiras instintivas, organicamente condicionadas, sua intervenção no ambiente natural por meio de *ferramentas* e principalmente sua mortífera ação armada contra animais e contra o próximo: isso tudo, já na idade mítica, parece ter levado ao nascimento da consciência moral, no sentido da exigência de reparação, retribuição e reconciliação. (...) Na era subseqüente da ciência e da técnica, o abismo entre o 'mundo casual' do homem e seu 'mundo perceptível' (Merkwelt) sensitivo-emotivo, organicamente condicionado, adquiriu novamente uma nova qualidade. Em face da amplitude espacial e temporal, sobretudo as ações coletivas dos homens — das ações bélicas bem como das atividades técnico-industriais — é agora dificilmente possível para o homem ser *sensitivo-emocionalmente* atingido, de imediato, pelas conseqüências de suas ações. Em lugar de uma consciência de pecado, de certa forma instintivo-residual, deve agora entrar, definitivamente, a *responsabilidade da razão*. O *homo sapiens* deve reconhecer, agora, que o *homo faber* o antecede, de longe, naquilo que ele já 'perpetrou' e ainda pode perpetrar, e que agora — talvez na última hora — lhe cabe a tarefa de preencher o abismo que se escancarou, e isso quer dizer: com a ajuda da 'razão prática', dar uma resposta para uma situação que ele mesmo criou, em sua *essência*, com base na *ratio* técnica".

O que importa em tudo e, sobretudo, segundo Apel, é que deve ser buscada a intermediação racional entre a moral da consciência do indivíduo e uma moral publicamente válida porque,

> sem a pressuposição subjetiva da capacidade de consenso numa comunidade ideal de comunicação, também a decisão de consciência do indivíduo, no sentido da ética da comunicação, não pode ser moralmente cogente para ele próprio[17].

Conforme se verifica, portanto, a Constituição deverá abranger, na sua ordenação jurídica e política, a consideração do povo como "totalidade ética", uma comunidade ou sociedade comunicativa na qual a participação dos interessados/interlocutores se faça numa atuação pública comum, individual e social.

3. A ética, o Direito e o político

"O único progresso verdadeiro é o progresso moral. O resto é simplesmente ter mais ou menos bens."
(José Saramago)[18]

Como visto, a *ética*, em geral ciência da conduta humana, abstraídas as várias concepções e, principalmente, as distinções, numa acepção comum, procura o conhecimento das regras de convivência que expliquem a finalidade da existência humana. A ciência dos comportamentos humanos que possibilitem, exatamente, a convivência social, num sentido de benefício de todos, e não de alguns, daí o enfoque democrático da ética, subjacente às normas constitucionais que ordenam determinada sociedade para a realização de certos valores superiores que explicam a sua própria finalidade.

"A ética é teoria, investigação ou explicação de um tipo de experiência humana ou forma de comportamento dos homens, o da moral, considerado, porém, na sua totalidade,

[17] *Op. cit.*; p. 213. Conforme explicita, em outra oportunidade: "Para que haja comunicação é necessário que o outro fale e reconheça do que eu falo: nesse eixo já existe a assunção mínima de que há um campo democrático e de respeito na argumentação, sem o qual não existe comunicação. (...) É a argumentação que deve ser o modelo transcendental (sentido kantiano) para a fundação de uma ética atualmente (o que chamo de ética da discussão), em um mundo pós metafísico, sem Deus e cheio de almas mortais que se inter-relacionam não mais dentro de esquemas culturais grupais fechados (que sustentavam a ética solidária do passado), mas por meio de gigantescas redes tecnológicas e comerciais impessoais". (Entrevista a Luiz Felipe Pondé. *Folha de S. Paulo*, 26/9/1999. Suplemento *Mais!*; p. 5-6).

[18] Entrevista. *Folha de São Paulo*, 27/1/1996.

diversidade e variedade" — afirma Adolpho Sánchez Vasquez[19]. "*É a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade*".

Conforme Kant, por Cassirer:

> el concepto de cualquier ser racional, que necesariamente debe considerarse a través de todas las máximas de su voluntad como un ente que dicta leyes generales, para enjuiciarse con arreglo a ellas a sí mismo y enjuiciar sus actos, conduce directamente al concepto correlativo de una comunidad de seres racionales dentro de un "reino de los fines".[20]

Em outras palavras, do próprio Kant[21]:

> "(60) O conceito (segundo o qual todo o ser racional deve considerar-se como constituindo, por todas as máximas da sua vontade, uma legislação universal, para se julgar a si mesmo e julgar as suas acções deste ponto de vista) conduz a outro que se relaciona com ele e é muito fecundo, a saber: ao conceito de um reino dos fins.
>
> (61) Entendo por reino a ligação sistemática de diversos seres racionais reunidos por leis comuns. Ora, como (há) leis (que) dão aos fins um valor universal, se exceptuarmos a diferença pessoal de seres racionais e de tudo o que os seus fins particulares contêm, poder-se-á conceber um conjunto sistemático de todos os fins. (Não só dos seres racionais considerados como fins em si, mas também dos fins particulares que cada um pode propor a si mesmo), isto é, um reino dos fins.
>
> (...)
>
> (67) No reino dos fins todas as coisas têm um preço ou uma dignidade. Aquilo que não tem um preço pode ser substituído por algo equivalente; mas o que está acima de qualquer preço e que, por essa mesma razão, não tem equivalente, tem necessariamente dignidade.

Daí se constitui a base do sistema moral — que é a ética. Conforme explica Lydia Feito Grande, ao comentar a ética discursiva (HABERMAS/APEL), esta se propõe, em princípio, responder à questão sobre o fundamento do comportamento moral diante das duas imensas indagações que se colocam ao espírito: a *felicidade* e o *dever*. Quanto à primeira, melhor desejamos

> quais são os meios para alcançá-la e não porque temos de buscá-la; pelo contrário, se nos ocupamos do dever, então a pergunta pelo fundamento do moral é "por que devo atuar moralmente? Quais as razões para que eu deva agir de um modo, e não de outro?" A esta questão intenta responder a ética discursiva e da resposta extrai conseqüências, não somente para a moral, senão também para o Direito e a política.[22]

[19] *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002; p. 21, 23.

[20] CASSIRER, E. *Op. cit.*; p. 293.

[21] *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Didactica, 1999; p. 66, 68.

[22] FEITO GRANDE, Lydia. *Op. cit.*, p. 49-50: "Com respeito ao método, entende a ética do discurso que o método próprio da filosofia é o 'método transcendental', introduzido no século XVIII por Kant. Este método consiste em

Assim é que Aristóteles mostra bem a relação entre ética, como a finalidade da vida humana e política, como a vida da comunidade:

> todas as atividades humanas visam a um bem: alguns bens são subordinados a outros.
>
> 1094 a 1. Toda arte e toda indagação, assim como toda ação e todo propósito, visam a algum bem; por isto foi dito acertadamente que o bem é aquilo a que todas as coisas visam.
>
> A ciência do bem com vistas ao homem é a política.
>
> 2. Se há, então, para as ações que praticamos, alguma finalidade que desejamos por si mesma, sendo tudo mais desejado por causa dela, (...) evidentemente tal finalidade deve ser o bem e o melhor dos bens. (...) Sendo assim, cumpre-nos tentar determinar, mesmo sumariamente, o que é este bem, e de que ciências ou atividades ele é o objeto. Aparentemente ele é o objeto da ciência mais imperativa e predominante sobre tudo. Parece que ela é a ciência política, pois esta determina quais são as demais ciências que devem ser estudadas em uma cidade, quais são os cidadãos que devem aprendê-las, e até que ponto.
>
> (...)
>
> Ainda que a finalidade seja a mesma para um homem isoladamente e para uma cidade, a finalidade da cidade parece de qualquer modo algo maior e mais completo, seja para a atingirmos, seja para a perseguirmos; embora seja desejável atingir a finalidade apenas para um único homem, é mais nobilitante e mais divino atingi-la para uma nação ou para as cidades. Sendo este o objetivo de nossa investigação, tal investigação é de certo modo o estudo da ciência política.[23]

Comenta Catherine Darbo-Peschanski[24]:

> Nas primeiras linhas da *Ética a Nicômaco* Aristóteles introduz com destaque, na definição da ética e de seus fins, as noções de ciência política (*epistéme politiké*), de bem (*to agathón*), de belo (*to kalón*), de justo (*ta dikaia*), assim como a de humano (*anthropeion*).
>
> A ética está subordinada à política, ciência prática arquitetônica que tem por fim (*telos*) o Bem propriamente humano (*to agathón anthropínon*). Se este último depende da política, é porque a humanidade do homem prende-se à sua vinculação a uma comunidade (*koinonía*) e a cidade (*polis*) constitui o fim de toda comunidade.

---

tomar como ponto de partida um fenômeno que resulte indiscutível, e intentar elucidar que condições têm de ocorrer para que esse fenômeno seja racional; ou, dito em linguagem kantiana, intentar descobrir suas 'condições de possibilidade'. Kant tomou como ponto de partida o *fato* de que todos os seres humanos tenham consciência moral, entendida como a consciência de que devemos cumprir determinados deveres, ainda que não obtenhamos nenhum benefício por isso. Estes deveres comandam categoricamente, sem condições, pelo que recebem o nome de 'imperativos categóricos', e quem se sente obrigado por eles os universaliza. Os deveres morais são, pois, a juízo de Kant, incondicionados e universalizáveis. A ética discursiva parte também de um fato indiscutível, mas referido à linguagem: o fato de que todos os seres humanos realizemos *ações comunicativas*, que são aquele tipo de ações nas quais um falante e um ouvinte tratam de *entender-se* sobre um conteúdo lingüístico para organizar suas vidas. Embora cada um deles se proponha seus próprios fins, se comunicam para entender-se e para poder alcançar suas metas desde esse entendimento". (Tradução da Autora).

[23] *Ética a Nicômaco*. Brasília: UnB, 2001. Introdução de MARIO DA GAMA KURY; p. 3, 17-18.

[24] Humanidade e justiça na historiografia grega *(V-I a.C.).* In: *Ética*. Organização: ADAUTO NOVAES. São Paulo: Companhia das Letras, 1992; p. 35.

"Estatuto jurídico do político" — refere Canotilho sobre o Direito Constitucional —, "E podemos visualizar a Constituição sob esse aspecto, como ordenação agregadora do "político", o qual transporta sempre duas componentes: uma *componente fática* e uma *componente normativa* (ZIPPELIUS)[25].

3.1 Ética como assunto público

Propõe Hans Küng[26], após analisar os problemas e os efeitos dos acontecimentos do século XIX, "a nova vertente histórica marcada pelo ano de 1918":

A *ética*, considerada pela modernidade cada vez mais como esfera propriamente privada, volta a converter-se, com a pós-modernidade, "pelo bem do homem e a sobrevivência da humanidade, num *assunto público de primeira ordem*, o que se necessita, ante a complexidade dos problemas e da especialização técnico-científica é a *institucionalização* da própria ética: comissões de ética, cátedras de ética e código de ética", particularmente, sublinha, nos campos da biologia, medicina, técnica e economia (por exemplo, um código de comportamento —*Code of Business Ethics* — que atua decididamente contra a corrupção crescente). No âmbito econômico, ressalta, também não existe um pensamento ou ação neutral ou indiferente com referência aos valores e "na Europa, os grandes teóricos da economia e sociedade, desde Aristóteles e Platão, passando por Tomás de Aquino, até o moralista e fundador da economia moderna, Adam Smith, viram a economia e a política num único contexto ético global".

Quanto ao Direito, acrescenta, necessita um fundamento moral: *quid leges sine moribus?* lembra antigo dito romano (de que servem as leis sem os costumes?).

Franco Montoro[27] chama a atenção para a intensa produção de publicações sobre ética na segunda metade do século XX, detendo-se sobre o tema da Ética no Direito e as teorias que prevaleceram no final do século XIX, para as quais "ética, valores humanos, justiça são considerados elementos estranhos ao Direito, extrajurídicos", afinal, o Tribunal de Nuremberg "para julgar os crimes contra a humanidade, violadores dos fundamentos éticos da vida social", e a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 — a dignidade da pessoa humana cujo reconhecimento, refere, retoma a sabedoria jurídica expressa no Digesto

[25] *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991; p. 34, 35.

[26] *Proyecto de uma ética mundial*. Madrid: Trotta, 1998; p. 51 e segs. Tradução livre da autora.

[27] FRANCO MONTORO, André. Retorno à Ética na virada do século. In: *Um mundo sem ética: ilusão sustentável*. Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung: *Papers* nº 26, 1996.

Romano: "Por causa do homem é que se constituiu o Direito" (*Hominun causa omne jus constitutum est*).

A dignidade da pessoa humana — questão ética — encontra-se consagrada como fundamento do Estado pela Constituição (art. 1º, III).

4. O que *é* a Constituição?

Voltamos à concepção de Hesse, já referida, da Constituição como "ordem jurídica fundamental da Comunidade" — destacando-se, conforme aponta Villalon — este último termo, *comunidade*, "com o que se pretende colocar de manifesto a insuficiência do sujeito e objeto 'Estado' no constitucionalismo contemporâneo, assim como a relativa invalidade da tradicional separação Estado-Sociedade"[28].

Comunidade, do latim *comunitate*, como "a qualidade daquilo que é comum; comunhão; participação em comum".[29]

Villalon enfatiza a busca de um conceito de Constituição "atual, individual e concreta" ou, como diriam Böckenforde ou Canotilho, o conceito de Constituição "constitucionalmente adequado".

Com efeito, explica Canotilho[30]:

> A compreensão de uma lei constitucional só ganha sentido útil, teorético e prático, quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente num determinado país. Deste modo, a "referência constitucional" só pode ser a Constituição de 1976, e não qualquer arquétipo a-histórico que procure renovar a idéia de "constituição ideal".

Retenha-se, pois, este tópico fundamental: a compreensão da Constituição tem de ser "construída" com base num texto constitucional, e não derivada ou desenvolvida a partir da teoria da constituição. Eis porque o conceito de constituição deve ser um *conceito constitucionalmente adequado* — voltado ao que ficou estabelecido, em termos textuais, para

[28] VILLALON, Pedro Cruz. *Introdução* à obra de HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit.,; p. XIV. Anote-se, aqui, o pensamento de Konrad Hesse (*Escritos de Derecho Constitucional*, p. 12/13) sobre o tradicional dualismo *Estado* e *Sociedade*: "os pressupostos de tal dualismo desapareceram com o Estado democrático e social contemporâneo. A vida 'social' deixou de ser possível sem uma organização responsável, organizadora e planificadora. Inversamente, o 'Estado' democrático não se constitui senão mediante a cooperação social (...) Daí, pois, que o par de conceitos 'Estado' e 'Sociedade' seja incapaz de expressar adequadamente dita relação". (Tradução livre da Autora). A partir daí, Hesse desenvolve a idéia de *Comunidade*.

[29] MICHAELIS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*.

[30] *Op. cit*; p. 80.

sua concretização, via interpretação, com os recursos da hermenêutica e da mesma teoria da Constituição[31].

Nesse sentido — falar em *comunidade*, conforme o fazemos, a partir de Hesse invoca, no dizer de Rachel Rosenberg, "a expressão máxima da associação humana"[32].

Em termos de Direito Internacional Público, principalmente, faz-se a distinção entre *comunidade* e *sociedade*, que nos é dada pela Sociologia, conforme explica Celso Albuquerque Mello[33], citando Tönnies que, considerando "a intensidade do vínculo psicológico" nos grupos sociais, refere a *comunidade* com as características de: formação natural, vontade orgânica (energia própria ao organismo, manifestando-se no prazer, no hábito e na memória), maior extensão, e os indivíduos participariam de maneira mais profunda na vida em comum. A sociedade apresentaria caracteres diversos: formação voluntária, vontade refletida (seria produto do pensamento, dominada pela idéia de finalidade e tendo como fim supremo a felicidade), menor extensão, e os indivíduos participariam de maneira menos profunda na vida em comum.

A Constituição de 1988, no parágrafo único do art. 4º, refere a busca da integração econômica, social e cultural dos povos da América Latina, "visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações".

Parece-nos que, em face das próprias características da *comunidade* e do que prescreve a mesma Constituição no dispositivo citado, pode-se aludir à comunidade interna e comunidade internacional, conforme o enfoque objetivado do seu estudo, dentro do sentido constitucional.

Heller sublinha

> que o eu e a comunidade se originam e se mantêm unicamente em recíproca união, coexistindo e ajudando-se. O indivíduo não pode ser isolado em nenhum momento nem pode ser considerado como uma

[31] Contudo, esclarece: "Se o discurso constitucional a empreender é um discurso centrado sobre um conceito de constituição 'construído' sobre um ordenamento constitucional positivo — o ordenamento constitucional português — isso não significa poder erguer-se a problematização do conceito, estrutura e função de uma lei constitucional sem o auxílio da *teoria da constituição*. Esta terá uma função hermenêutica, crítica e auxiliar do direito constitucional, possibilitadora: (1) de uma relativa racionalização da pré-compreensão do conceito de constituição; (2) da crítica das soluções e modelos concretamente adoptados no plano constitucional positivo; (3) de sistema de referência da constituição em relação à '*praxis*' constitucional; (4) de "ciência de conjeturas e refutações" (Popper) relativamente às possibilidades e limites do direito constitucional". (p. 80, n° 2).

[32] Num outro contexto, embora, expressa Rachel Lea Rosenberg: "Estamos falando de comunhão e de solidariedade, virtudes maiores da realização pessoal e social. A essência desta fórmula é condensada e permanente; para se conhecer e se desenvolver como indivíduo, há que passar pelo outro, pelo grupo, pela sociedade". (Comunhão e Solidariedade. In: *Folha de São Paulo*, 8/8/1981; p. 17).

[33] *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992; I/32-33.

> substância; pois só em intercâmbio com outros, despertado espiritualmente por sua chamada e despertando, por sua vez, os outros, torna-se indivíduo humano.

Por outro lado, afirma,

> quanto mais intensamente o povo desenvolva a consciência da sua peculiaridade, e em conseqüência da sua diferença em relação a outros povos, em um sentimento e consciência comuns do "nós", em grau tanto maior pode chegar a ser uma "comunidade do povo" e, no terreno político, uma nação[34].

Hesse, afinal, completa a idéia sobre *comunidade* quando faz a análise precisa sobre a questão Estado/Sociedade, já anotado neste estudo (nota 3), em "conceito e qualidade da Constituição"[35], quando explicita:

> A concepção tradicional sobre a distinção entre "Estado" e "sociedade" situa o Estado como uma determinada unidade e a sociedade como uma pluralidade, um frente à outra, sem qualquer relação — o que advém do pensamento liberal pré-democrático anterior a 1918, com uma sociedade auto-regulada e excluída em boa parte da determinação e conformação políticas e o Estado, por sua vez, garantindo um processo submetido às suas próprias leis e intervindo apenas nos casos de perturbações.

No entanto, como visto, os pressupostos desse dualismo vão desaparecer no Estado democrático e social contemporâneo, que se constitui mediante a cooperação social enquanto a vida "social" deixa de ser possível sem uma "organização responsável, organizadora e planificadora e se encontra relacionada à vida estatal no processo de formação da unidade política — para Hesse, tarefa primordial do Estado36.

Daí entender Hesse que esse par de conceitos, "Estado" e "Sociedade", seja incapaz de expressar adequadamente essa relação, que não ocorrerá quando a distinção se faça como uma "diferenciação funcional", evitando-se os resíduos da concepção anterior.

A partir daí, a diferença entre o estatal e o não-estatal, na colaboração humana dentro do território do Estado, deve ser expressa empregando-se o conceito de comunidade referido a ambos.

---

[34] HERMAN, Heller. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968; pp. 124-125, 197-198.

[35] *Escritos de Derecho Constitucional*. Op. cit.; pp. 12 e seguintes.

[36] "O Estado somente pode ser compreendido na medida em que compreende estas duas dimensões: como uma unidade que deve ser constantemente criada, preservada e consolidada e como atividade e atuação dos "poderes" sobre essa base constituídos". *Op. cit.*; p. 12.

Quanto ao conceito de "Estado", fica reservado ao conceito mais estrito de atividade e atuação dos poderes constituídos mediante a formação de unidade política.

Assim, conclui, "unidade política", "Estado" e "comunidade" são empregados como denominações das diferentes conexões de atuação que, em boa medida, são realizadas pelas mesmas pessoas, pelo que não devem ser entendidos na forma de justaposição separada e sim como "âmbitos" para efeito de uma melhor compreensão37.

A Constituição é, portanto, a ordem jurídica fundamental da comunidade — tal como visto, captando nas suas linhas e no seu âmbito normativo —, a expressão de um povo, para organizá-lo jurídica e politicamente.

5. O Preâmbulo, substrato ético-jurídico da Constituição

Diz Gregório Robles:

> Como la Constitución implica la creación de un nuevo orden jurídico, al dialogo constituyente también se le puede designar dialogo extrasistematico, entendiendo la expresión "sistema jurídico" como sinónimo de "orden jurídico". La decisión extrasistematica, que crea el nuevo orden, es la decisión que encarna el consenso, alcanzado trás el dialogo constituyente. A nadie se le oculta la importancia de todo el proceso para la vida política futura. De ahí que en la Constitución no solo se plasman las normas que han de regir el dialogo político intrasistematico en su aspecto procedimental, estableciendo los sujetos de las decisiones, sus competencias y los procedimientos para decidir, sino que también se imprime el núcleo de valores que se considera intangible; lo que nuestra Constitución de 1978 llama "valores superiores. La Constitución deja de ser así tan solo un marco formal-procedimental para ser también un marco material de caracter axiológico que todos los poderes del Estado, y todos los ciudadanos, deben respetar.[38].

Efetivamente, onde há *valor* há ética, pois esta se dirige ao conhecimento da moral predominante em determinado agrupamento humano, em determinado momento da sua história: o que sobreleva ao imediato, de todos os matizes, e é transmitido de geração a geração.

Robles apresenta a ética como uma *necessidade* da sociedade atual, sobretudo porque os nossos mitos e símbolos são os próprios de uma "era tecnificadora e formalizante em que

[37] HESSE. *Op. cit.*; p. 14.

[38] *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1997; p. 171.

as exigências da autonomia individual encontram seu contraponto e complemento na onipotência do Leviatã"[39].

Nem a ciência nem a técnica, contudo, salvarão o homem, afirma. A técnica transformou-se num monstro, e a ciência não trouxe resposta satisfatória a *nenhum* de nossos grandes problemas.

Palavras exageradas? Cremos que não, e entendemos, com Robles, que "é preciso um retorno à ética e um novo pacto que leve à contemplação da humanidade em seu todo", na sua essência, ao que nos torna realmente "humanos" e nos permita uma real e satisfatória convivência[40].

"O papel da Constituição consiste em *integrar* a todos em convivência", e para tanto vai captar o sentido da "totalidade ética" consistente no Povo, para estabelecer esses *valores supremos* em todo o âmbito do seu comando.

Esse imperativo se perfecciona a partir do *Preâmbulo*:

Estudando o conceito, Pinto Ferreira[41] cita Mitre, que o comparou ao pórtico das constituições. Nem todos a consignam, entretanto.

A Constituição norte-americana de 1787, uma das menores do mundo, tem um Preâmbulo muito significativo do ponto de vista jurídico e político:

"*We the People...*"

Não "os representantes" (com toda a problemática da representatividade, hoje sobretudo), senão o próprio Povo, elaborando as próprias normas de convivência social e política.

Assinala, a respeito, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho[42]:

> A mais antiga das Constituições democráticas escritas, a dos Estados Unidos da América, hoje passando de dois séculos, a rigor pelo pouco que diz no seu Preâmbulo, dá de imediato uma esplêndida síntese dos motivos pelos quais foi votada e das razões pelas quais era então promulgada: 'Nós, o Povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranqüilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem estar geral e garantir para nós e para os nossos

[39] ROBLES, Gregório. *Op. cit.*; p. 183 e seg. Tradução livre da autora.

[40] ROBLES. *Op. cit.*; p. 185.

[41] *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989; I/3 e segs.

[42] *Comentários à Constituição*. São Paulo: Freitas Bastos, 1990; p. 92.

> descendentes os benefícios da liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.

A controvérsia aparece no caráter normativo, ou não, do Preâmbulo: "na Alemanha, Giese, no livro *A Constituição do Estado Alemão* afirma que o Preâmbulo é parte integrante da Constituição, como uma reprodução sintética e popular de seu conteúdo"[43].

Pois bem. Ousamos afirmar que, integrando a Constituição, pois, existindo, dela se torna inseparável, o Preâmbulo não somente terá efeitos de norteio para a tarefa de interpretação, também a força de obrigar ao atendimento das suas proclamações nas ações governamentais e cidadãs. Os Preâmbulos são bem "o pórtico da Constituição" (MITRE), e sem as portas a entrada não existe: através do Preâmbulo a Constituição é promulgada, portanto, passa a ter existência.

Celso Bastos[44] assinala o papel dos Preâmbulos: "facilitar o processo de absorção da Constituição pela comunidade", afirmando que, do ponto de vista material, o Preâmbulo faz parte da Constituição: "esta não estará completa sem aquele. O não pode ser destacado da Constituição, nem a Constituição ser publicada sem ele".

"O Preâmbulo não é juridicamente irrelevante" refere, com Canotilho, para quem funciona como elemento de interpretação — e eventualmente de integração — das normas constitucionais. Assim, por exemplo, a referência à sociedade socialista pode ajudar a definir os contornos do princípio socialista mencionado no art. 2º da Constituição. (...) Mas o Preâmbulo desempenha ainda uma outra importante função constitucional. Ele exprime, por assim dizer, o título da legitimidade da Constituição, quer quanto à sua origem, quer quanto ao seu conteúdo (legitimidade constitucional material).

Afirma o precitado Manoel de Oliveira Franco Sobrinho[45]:

> A importância do Preâmbulo numa Constituição decorre da permanência de pactos subjetivos ou preexistentes sobre as bases da organização política e social das nações, incluindo-se nele de uma maneira geral os grandes objetivos a serem alcançados como a justiça, a defesa nacional, o bem-estar comum e os benefícios da liberdade. Dentro do espírito do Preâmbulo

[43] PINTO FERREIRA. *Op. cit.*; p. 4. "Assim, há duas opiniões diversas. A primeira linha doutrinária afirma que o texto preambular reveste-se de força normativa, como em Vedel, Laferrière, Roger Pinto, Burdeau, Duverger, Schmitt, Nawiaski, Paolo Biscaretti di Ruffia e Giese. A segunda orientação seguida no país por José Celso de Mello Filho ("O Preâmbulo não tem valor normativo, já que nele não se contém qualquer regra de direito positivo. Dessa forma, os princípios que enuncia não são cogentes. Servem como diretrizes para a ação do poder público".), pretende que o Preâmbulo careça de força normativa, como em Hans Kelsen. No nosso entendimento, o Preâmbulo traça as diretrizes filosóficas e ideológicas das constituições que, quando reafirmadas no texto, terão força cogente".

[44] IVES GANDRA MARTINS. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2001; I/453 e segs.

[45] *Op. cit.*; p. 95.

> sabemos das sucessivas disposições constitucionais, dos postulados a serem respeitados, de como e com que fim as normas devem ser aplicadas, quais as tendências que impuseram aos constituintes uma ordem de valores nacionais reconhecidos para vigerem temporariamente.

Desde que uma Assembléia Constituinte vote um Preâmbulo ou palavras introdutórias à futura Constituição, acrescenta, os postulados iniciais põem em vigência regras fundamentais que, transformadas em Títulos e Capítulos constitucionais definem meios, fins e condições, legitimando o exercício dos poderes.

As referências preambulares, antes subjetivas e depois objetivas, com respeito ao regime democrático, ao bem-estar social, à igualdade ou à liberdade, *constituem* finalidades principais gerando obrigações públicas textuais afirmativas quanto aos direitos invioláveis a serem por leis protegidos[46].

Ponderemos, entretanto: Kelsen tem razão; o Preâmbulo não é *norma* no sentido sistêmico do ordenamento jurídico[47]; contudo, como integrante da Constituição, representa um efetivo *comando*, de observância obrigatória para os Poderes e para a cidadania, governantes e governados, às premissas nele constantes, o que passa a constituir uma *questão ética*.

6. O Preâmbulo da Constituição de 1988

> "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil."

Nesse documento inicial, a Constituição de 1988 estabeleceu, como se verifica, os *valores supremos* de uma sociedade que se declara fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

É toda uma ética, a firmar e estabelecer, para todos os segmentos sociais do país e também internacionalmente, na sociedade das nações.

---

[46] *Op. cit.*; p. , e esclarece: "Tanto numa Constituição *votada* como numa Constituição *outorgada*, a significação preambular é sempre a mesma, reflete exemplares valores múltiplos no momento consagrados, *valores* que, proclamados, representam colocações individuais e sociais *constituídas* a seguir de normas formais fundamentais".

[47] Conforme CANOTILHO (*op. cit.*; p. 171, 174) "a Constituição como sistema normativo de regras e princípios".

O art. 1º da Constituição estabelece que a República Federativa do Brasil "constitui-se em Estado Democrático de Direito". Refere Böckenforde[48]:

> La supervivencia de la democracia como forma de Estado y de Gobierno depende también de presupuestos éticos", Y dentre estos presupuestos, acrescenta, pueden incluirse, por un lado, la efectividad de un *ethos* democrático entre los ciudadanos y en los cargos políticos y, por el otro, la disposición de estos últimos a tomar decisiones políticas desde el interés común de todos.

A democracia, explicita ainda, não se aplica apenas aos aspectos orgânico-institucionais e de procedimento senão que implica também determinados modos de comportamento que, partindo do reconhecimento dos princípios estruturais democráticos, em especial a liberdade democrática e a igualdade política, configura-se num *ethos* da interlocução, portanto numa cidadania ativa, mediante propostas e transparência, "a responsabilidade de que se alcance que a democracia funcione desde seus pressupostos éticos corresponde, portanto, em primeiro plano, aos grupos que exercem a direção política, aos representantes legitimados democraticamente", conclui[49].

Celso Lafer[50] ressalta, bem, que

> a *democracia* se caracteriza, como aponta Kelsen, por uma visão do mundo baseada no respeito pelo outro, e pelo princípio de legalidade, controle e da responsabilidade do Poder, que exigem que os governantes sejam expostos à luz pública para efeito específico das avaliações dos governados.

Significa que, na concretização do Estado Democrático de Direito, constituído pelo art. 1º, governantes e governados devem conformar atividades e ações aos pressupostos éticos do Estado Democrático referido no Preâmbulo da Constituição, sob pena de dar-se este por não escrito e não proclamado, e, *quia absurdo*, como se não promulgada a Constituição eis que, como visto, o Preâmbulo é *promulgação*, causa de existência.

A propósito do processo legislativo — aplicável neste aspecto —, ensina Celso Bastos[51]:

> É através da promulgação que a lei passa a existir no mundo jurídico e está apta a produzir seus efeitos. A promulgação importa na presunção de que o mundo jurídico foi inovado por uma lei válida, executória e obrigatória.

[48] BÖKENFÖRDE, Ernst W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000; p. 113 e segs.

[49] BÖKENFÖRDE. *Op. cit.*; p. 118.

[50] *Desafios: ética e política*. São Paulo: Siciliano, 1995; p. 24.

[51] *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999; p. 368.

José Afonso da Silva manifesta-se expressamente a respeito da "cláusula de promulgação" da Constituição de 1988, a qual "tem por objeto dar conhecimento a todos de que a Constituição foi votada e aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte. Foi, enfim, criada, e existe com determinado conteúdo".

"A promulgação e a conseqüente publicação são as condições formais de eficácia", refere. A Constituição torna-se formalmente eficaz com a promulgação publicada".[52]

Refere também José Afonso da Silva a controvérsia doutrinária quanto ao valor do Preâmbulo:

> A generalidade dos autores recusa-lhe natureza normativa no sentido técnico-jurídico, reconhecendo nele simples diretivas básicas (políticas, morais e filosóficas) do regime constitucional. É essa a opinião de Hans Kelsen...

Karl Friedrich, no entanto, acrescenta, reconhece no Preâmbulo particular importância, porque reflete a opinião pública à qual cada Constituição deve sua força.

Georges Burdeau entende que o Preâmbulo, qualquer que seja, fixa a atitude do regime diante dos grandes problemas sociais, políticos e internacionais. Carl Schmitt sustentou que as Constituições da Alemanha de 1871 e 1919 continham Preâmbulos em que a decisão política se encontrava formulada de maneira singularmente clara e penetrante, rebatendo a teoria que os tratava quase sempre como "simples declarações" ou "notícias históricas", ou declarações de valor meramente *enunciativo*, não *dispositivo*. Manuel García-Pelayo, após expor o pensamento de Schmitt, não titubeia em considerar as declarações contidas no Preâmbulo como parte integrante e essencial da ordem jurídica constitucional, posto que dão sentido às normas jurídicas.

A partir desse esclarecedor aporte doutrinário, José Afonso da Silva considera possível estabelecer pontos básicos a respeito do *valor jurídico* e *eficácia* dos Preâmbulos das Constituições:

> Os Preâmbulos valem como orientação para a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Têm, pois, eficácia interpretativa e integrativa; mas, se contêm uma declaração de direitos políticos e sociais do homem, valem como regra de princípio se no texto articulado da Constituição não houver norma que os confirme eficazmente. Se houver, a eficácia da norma será aquela ditada pelo conteúdo do dispositivo que a contenha. (...) Para Pinto Ferreira o Preâmbulo é parte integrante da Constituição e está acima das

[52] *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005; p. 26. Ressalva: "Não é a promulgação nem a publicação que conferem força obrigatória e executória à Constituição. Esta força se põe em movimento pela promulgação, mas não é transmitida (conferida) por ela".

> leis ordinárias. Assim será quando estabelece os princípios e determinações jurídicas claras.
>
> Portanto, quando o Preâmbulo ora em comentário declara que os poderes inerentes à soberania são exercidos por representantes eleitos ou por *mecanismos de participação popular direta*, está assumindo uma decisão política fundamental e abrindo-se para um regime de democracia participativa que poderia desenvolver-se mesmo que o texto constitucional não consignasse qualquer forma de participação direta.[53]

Conforme se verifica, portanto, existe um reconhecimento de que os Preâmbulos no caso das constituições brasileiras, que os consignam desde 1824, contêm valor jurídico, em determinadas circunstâncias, e eficácia plena quando estabelecem "princípios e determinações jurídicas claras" não constantes do texto propriamente constitucional.

Há necessidade, entretanto, de ultrapassar as ressalvas feitas, aqui e ali, pela doutrina, para admitir, em definitivo, que o Preâmbulo, ato de promulgação, e parte integrante da Constituição (PINTO FERREIRA), como tal, e por conter os valores determinantes do pacto constitucional (SCHMITT), representa orientação para a interpretação e aplicação das normas constitucionais (JOSÉ AFONSO DA SILVA), bem como determinação ético-jurídica para governantes e governados, por encerrar os pressupostos básicos do Estado Democrático, no qual se constitui a República brasileira (art. 1º) e seus fundamentos.

Em outras palavras: "os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias" — proclamados como preliminar aos Títulos e Capítulos componentes da Constituição, devem ser concretizados na aplicação de cada uma das normas constitucionais.

7. O *ethos* da Constituição e a ética da responsabilidade

Como se sabe, sobre a *ética*, Max Weber[54] traz esclarecedora distinção no que denomina *ética da convicção* e a *ética da responsabilidade*:

> Impõe-se que nos demos claramente conta do fato seguinte: toda a atividade orientada segundo a ética pode ser subordinada a duas máximas inteiramente diversas e irredutivelmente opostas. Pode orientar-se segundo a ética da responsabilidade ou segundo a ética da convicção. Isso não quer dizer que a ética da convicção equivalha à ausência de responsabilidade e a ética da responsabilidade à ausência de convicção.

[53] *Op. cit.*; p. 28, item 2, final.

[54] *Ciência e Política. Duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1993; p. 113.

E explica a ética da convicção como a que se resume no cumprimento de um dever sem outras implicações. O religioso, por exemplo, cabe à soberania a Deus. Já quem se orienta pela ética da responsabilidade é o que afirma: "Devemos responder pelas previsíveis conseqüências de nossos atos".

Ao analisar os conflitos de nossa época (ameaças sobre a bio ou ecosfera humana por causa dos problemas de superpopulação, de escassez das reservas energéticas, de destruição do ambiente, etc.) Karl-Otto Apel[55] demonstra a exigência de uma orientação ético-política fundamental para propor, além de Max Weber, uma *ética da responsabilidade solidária* dos seres humanos, mediante a realização de uma comunidade ideal de comunicação, a partir da comunidade real, dado que "por primeira vez na história da humanidade, a conservação da existência vem a ser um problema que interessa à espécie humana como um todo e deve ser solucionado por ela como um todo"[56].

Algumas Constituições contemporâneas, como a brasileira de 1988, artigos 225 e seguintes (Do Meio Ambiente), refletem essa preocupação. Contudo, somente uma ética do envolvimento de cada um e de todos, solidariamente, poderá alcançar ali onde as imposições da lei se façam difíceis de aplicar, apenas pelos agentes públicos.

7.1 Outro aspecto correlato: a desconexão entre direitos e deveres na moderna teoria dos direitos humanos

Vem tratado por Gregório Robles[57]:

> Si el fundamento moral de los derechos exige un desarrollo coherente del sistema de valores en que aquellos se insertan, parece fuera de discusión que los derechos no pueden tener un tratamiento autónomo desligado de los valores y, por ende, de los deberes en que se concretan esos valores. Carece de sentido la pretensión, tan corriente, de querer fundamentar los derechos humanos sin referirlos a los deberes morales y sin referirlos a los valores morales.

Ressalta Robles que a "consideração autônoma" dos direitos, sem conectá-los a deveres num "sistema axiológico coerente" mostra-se típica da sociedade de nossos dias, em que "o sentimento do dever empalidece, com freqüência se mostra extinto, enquanto ao contrário, o sentimento reivindicativo alcança os maiores níveis de intensidade".

[55] *Estudos de Moral Moderna*. *Op. cit.*; p. 163 e segs.
[56] *Op. cit.*, p. 191.
[57] *Op. cit.*; p. 33 e segs.

Desde um ponto de vista ético, sublinha, este fenômeno se traduz num decrescimento da solidariedade e numa "justificação de hedonismo"[58]. Como já referido, afirma Robles:

> Hoje a ética transformou-se numa necessidade radical, pois sem ela o gênero humano sucumbirá à destruição. É preciso um novo pacto que nos impulsione à contemplação da humanidade como um todo e nos permita salvar-nos juntos. Não um pacto a favor do Estado, como os modernos, senão um pacto a favor da humanidade.
>
> Temos de substituir, para isso, o princípio da felicidade pelo *princípio da responsabilidade*. Ou seria melhor dizer: o princípio do prazer pelo da responsabilidade, eis que, no fundo, somente esta última nos permitirá alcançar a verdadeira felicidade. Isto supõe não apenas a inversão do discurso moral, tipicamente moderno, senão também a inversão dos atuais parâmetros do discurso político.[59]

Esse é um traço a aprofundar, pois vem confrontar diretamente a necessidade, exposta por Apel, de uma orientação ético-política fundamentada na ética da responsabilidade solidária. É isso, aliás, o que se contém no Preâmbulo da Constituição quando sublinha, como visto, que o Estado Democrático em que se constitui o Brasil venha a concretizar uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. E que vai transparecer, de modo específico, na Ordem Econômica (arts. 170 e segs.) que "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" e na Ordem Social (arts. 193 e seguintes) que "tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais".

Canotilho[60] analisa a questão dos *deveres fundamentais*, do caráter não relacional entre direitos e deveres fundamentais, embora admita a possibilidade da existência de *deveres conexos com direitos fundamentais*. Exemplificando com o dever cívico de voto, o dever de trabalhar, correlacionado com o direito ao trabalho, com o dever de educação dos filhos, correspondente ao direito dos pais e outros, ressalvando, todavia, que existem também *deveres autônomos*, como o de pagar impostos, do serviço militar e outros.

É conclusivo, entretanto, que deve afastar-se a perspectiva de que "um direito fundamental, enquanto protegido, pressupõe um dever correspondente", de acordo em que não exista, a respeito, uma correspondência automática. No entanto, o enfoque, neste

[58] *Op. cit.*; p. 35. Tradução livre da autora.

[59] *Op. cit.*; p. 185. Em *Proyecto para una ética mundial, op. cit*, Hans Küng afirma: "*no hay supervivencia sin una ética mundial. Por que necesitamos un talante ético global", fazendo um levantamento da chamada pós-modernidade, "um termo certamente problemático", para definir-se por uma "superação" da modernidade e uma mudança de paradigma: "El paradigma moderno — compendiando en un concepto el cambio epocal de paradigma — debe ser superado, en el triple sentido hegeliano: la modernidad debe ser afirmada en su contenido humano; negada en sus límites inhumanos; transcendida en una nueva síntesis diferenciada y holístico-pluralista*".

[60] *Op. cit.*; p. 559 e segs.

contexto, é diverso: se a Constituição, conforme define Robles e já exposto[61], se demonstra, também "um marco material de caráter axiológico que todos os poderes do Estado e todos os cidadãos devem respeitar", emergem da Constituição *deveres fundamentais* que defluem das relações de "interdependência social".

Diz Robles: "El hecho primario del ser humano... es su existencia social. Esto es, su pertenencia al grupo humano".[62]

Esses *deveres fundamentais* se encontram implícitos no sistema da Constituição de 1988: decorrem dos princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, fundamentos do Estado Democrático referido em seu Preâmbulo, e se encontram explicitados em cada uma das normas constitucionais, pois por meio delas virão a ser concretizados, caso a caso.

Daí decorrem todo o Direito e toda a ética como o conjunto das normas possibilitadoras da convivência humana estabelecidas pela Constituição.

[61] *Op. cit.*; p. 171.
[62] *Op. cit.*; p. 55.