

A Constituição em questão

EDUARDO SILVA COSTA

Do Instituto dos Advogados Brasileiros.
Do Instituto dos Advogados da Bahia.

"L'homme spéculé: il fait des projets et des théories. Qu'est-ce qu'une théorie, si ce n'est précisément l'usage du possible?"

PAUL VALÉRY

Assim como na existência individual busca-se elaborar projeto de vida, organizar o destino, na existência social também se busca ordenar a vida coletiva, traçar-lhe pautas por onde se desenvolva a ação de pessoas, grupos e instituições. O projeto de vida obedece a uma necessidade inelutável no destino humano, visto que o fenômeno vital transcorre em um tempo que se precisa moldar. A segurança das ações humanas depende grandemente do trabalho de precisão, da capacidade de dispor sobre possibilidades futuras, à luz de possibilidades presentes, portanto do empreendimento humano de fixar de antemão determinadas diretrizes de conduta. Sabendo o que lhe é dado fazer no futuro, o ser humano realiza no tempo, com maior segurança e melhores condições de êxito, as inúmeras e múltiplas possibilidades que a sua vocação terrenal lhe reserva.

Essa capacidade, comum à existência do ser individual e à existência da sociedade, constitui uma necessidade, que se vai tornando mais e mais aguda com a complexidade crescente da vida contemporânea. As pessoas, consideradas em si, impõe-se a necessidade de organizar-se, elaborar planos existenciais, porque a vida que as circunda já não é simples, como outrora. Com maior razão, no tocante à sociedade, é imperiosa a necessidade de formular projetos de vida, ordenar meios de desenvolvimento, porque as estruturas que elas abrigam são de variada complexidade.

Enquanto, porém, o ser humano individual dispõe sobre o seu futuro de um modo um tanto incondicionado, vinculado a compromissos respeitantes quase exclusivamente a si, ao seu progresso individual e da sua família, a sociedade, ao dispor sobre o seu destino, ao projetar este para o tempo vindouro, encontra-se em meio a uma congêrie de interesses, desejos, aspirações, que devem ser considerados para uma razoável satisfação. Ao formular o seu projeto vital, por assim dizer, a sociedade, que encerra interesses, desejos, aspirações dessemelhantes e contrapostos, deve considerar tais dessemelhanças e contraposições e ordená-las racionalmente.

Nesse cometimento é que desponta a imperiosidade de regras, que, a par de bem definidas, devem justapor-se em um conjunto normativo harmônico.

É verdade que tal projeto não poderia contemplar apenas as expectativas, as aspirações dos componentes da sociedade. Sendo uma disciplina normativa, com peculiaridades que o distinguem, o projeto de existência de uma sociedade não se desprende da realidade que ele se propõe estruturar, nem arremete contra ela para destruí-la. Até os ordenamentos emanados de uma situação revolucionária (referimo-nos a revoluções autênticas) absorvem construções, regramentos dos regimes vencidos. Assim, o projeto é a um tempo o estabelecimento de normas que correspondem a um dado — o dado de uma realidade atual, normas já sedimentadas no ordenamento jurídico, e a construção de normas que emergiram de necessidades e aspirações contemporâneas ao texto maior.

Até aqui vimos denominando de projeto o que se conhece por Constituição, a Lei Maior de um país. De certo modo explicável pela circunstância em que vive o Brasil, a expressão tem um significado que diz bem do sentimento dominante em todas as camadas, estratos e grupos, de se dotar o país de uma nova estrutura normativa, ao mesmo tempo garantidora, geradora e fecundante de direitos do povo-massa. É que o momento histórico nacional apresenta a singularidade de ser a assunção no plano da Constituição de direitos que só despontam em uma sociedade industrial. Naturalmente, apresentando os direitos a expressão de exigências e reivindicações, a inserção deles no texto da Lei Fundamental é um dos elementos configuradores do projeto de vida de uma nova sociedade. Esboça-se o projeto para a construção de uma nova realidade, posto esse projeto não seja a única forma de mudança sócio-política, nem tampouco a suprema garantia de exequibilidade dela.

* * *

Já se disse que uma das vantagens da Constituição britânica está em que ela não existe. O que pode parecer um enorme paradoxo para nós constitui para os ingleses uma realidade significativa de muitas conquistas políticas e plasmadora de instituições permanentes, de que se irradiaram modelos notáveis para países hoje desenvolvidos politicamente. Excetuam-se, porém, a singularidade do caso da Inglaterra, o que ocorre nos demais países é a presença bem visível de uma Constituição em um documento solene. Enquanto a Inglaterra não dispõe de um texto formal, resultado de uma convergência de idéias ou do compromisso de concepções políticas antagônicas, sendo a Constituição desse país um repertório de leis, atos, decisões judiciais, costumes, a qual reapresenta, na observação de IVOR JENNINGS, as experiências acumuladas por séculos de

trabalho prático de governo, os demais países foram compelidos pela necessidade de ordenar-se através de um conjunto unificado de normas escritas, definidas como o Estatuto Supremo da Nação.

A parte considerações sobre o êxito da política britânica, o sentido de permanência e a solidez das instituições inglesas, é evidente que as condições históricas de um país como o Brasil, p. ex., haviam de exigir a existência formal de uma Constituição. Tirante a Inglaterra, todos os outros países da Europa, bem como os países de outros continentes, são dotados de um documento solene apto a conformar certos aspectos da vida política, social e econômica. Tal documento — a Constituição —, uma vez integrado na estrutura normativa de um país, sendo ele próprio a expressão maior dessa estrutura, fonte geratriz de onde extraem a sua validade todas as demais leis, passa a exercer papel proeminente na existência política. Ora exaltada desproporcionalmente a sua importância, ora infirmada na sua valia, às vezes sujeita a intempérics que podem destruí-la, a Constituição é alvo assim das mais disparres manifestações, uma produção cultural grandemente questionável.

Sendo um documento formal, solene, a Constituição faz suscitar uma questão bastante polêmica: a força do texto, a influência deste sobre a realidade. Destinando-se a regular atividades sociais, a controlar o poder, a organizar as instituições do governo, a que se acresce hodiernamente a missão de promover mudanças e reformas sócio-políticas, a Constituição, como totalidade de cânones, poderá lograr na sua plenitude o papel que se lhe atribui? Ou significará ela apenas um documento antes retórico, fadado a compensar certos anseios e reivindicações no plano ideológico com a concessão de direitos sabidamente pouco factíveis? Terá o texto o condão de alterar realidades ou mesmo criá-las?

A questão comporta por sua vez inúmeros outros problemas. Mas o desafio maior radica no problema da relação entre o normativo e a realidade que ele se propõe disciplinar. A circunstância de ser a Constituição a Lei Maior impõe que se considere de validade superior, por ser ela a forma suprema da organização normativa da sociedade. Essa consideração importa em que se tenha também ela como um dado da realidade social, uma parte dessa realidade. Daí dimanam duas conseqüências: uma respeitante ao seu valor absoluto, na perspectiva formal, compreendida esta como a regulação jurídica das relações sociais; a outra respeitante à sua força relativa, na perspectiva social, compreendida esta como a dinâmica das relações sociais em si.

Como a regulação jurídica do poder (BURDEAU define-a como o Estatuto do Poder), a Constituição pretende ter um valor absoluto: ela encerra — não exaure, ressalve-se — todas as normas

possíveis de controle do poder, com o propósito, na expressão de WHEARE (*Modern Constitution*), de "govern the government". Nesse aspecto, ela é um feixe de prescrições que têm por finalidade precípua controlar o poder, demarcar os lindes de atuação deste. A par dessa finalidade, consubstancial ao conceito de Constituição, tem lugar na atualidade uma outra — a de impulsionar o poder a promover transformações na realidade. Se para a realização da primeira finalidade instituem-se restrições ao exercício do poder, seja por meio de mecanismos tradicionais, seja por meio de mecanismos modernos, mais adequados a disciplinar realidades novas, inamalgáveis a controles vetustos, para a consecução da finalidade de propulsão do poder, há que contar sobretudo com fatores exógenos à própria Constituição. É que para disciplinar, conter, erigir barreiras ao exercício do poder, para relacionar os meios de ação dos órgãos do Estado, as normas cumprem o papel de que sempre foram agentes, o papel de reguladoras de situações e extensivamente de realidades. Já para a finalidade atribuída às Constituições, principalmente a partir da Constituição de Weimar, de 1919, de propulsão de princípios, ideários, a fim de transmudar situações e realidades, o cometimento terá de ser por meio de um controle, "controle liberador" de que fala W. FRIEDMANN (*Théorie Générale du Droit*). Um controle especial, de feição moderna, introduzido nas Constituições modernas para atender a reclamos dos novos tempos.

Controle do poder para a finalidade de impulsionamento do seu exercício: uma aparente ilogicidade. Entretanto, as novas funções que vêm sendo cometidas ao Estado moderno importam necessariamente em que se lhes dê conformação legal. Para que o Estado se tenha como obrigado a torná-las exequíveis, ainda que tal obrigação seja em princípio de execução sujeita a múltiplos percalços, é preciso dotar-se ele de um elenco de direitos que lhe são como que delegados pela sociedade civil a fim de operar-se a sua efetividade. O Estado passa, então, a ser um obrigado pela realização das normas que se criaram no contexto da Lei Maior: imputou-se-lhe uma obrigação para o exercício de um direito de que é titular a sociedade civil. Aí, nessa alquimia, procede-se ao controle do poder, que, vinculado a objetivos sociais, intervém no jogo das forças dominantes para redefinir situações e operar alterações: conceder direitos, garantindo-os em nível superior, e expungir desigualdades existentes em forma de abusos.

Ora, por encontrarem nas Constituições o conduto próprio para a sua formalização, os direitos emergentes nos novos tempos dependem do texto constitucional para conquistarem a autoridade, a reverência de que precisam em vista de sua eficácia. Então, indaga-se sobre a valia do normativo, a força de que é capaz a prescrição legal para a consecução dos valores que nela se condensam. Aqui

uma observação *en passant*: os cânones constitucionais, pelo menos entre nós, têm funcionado mais no sentido repressivo do que no sentido liberador. As prescrições permissivas de restrição ao exercício da liberdade, que autorizam cerceios à imprensa, à atuação do Legislativo, que armam o Executivo de poderes extras para decretar estados de sítio, de emergência, são plenamente eficazes. Enquanto isso, os mandamentos criadores de direitos em favor das camadas *under-privileged*, os preceitos que visam a uma mudança na ordem social e econômica, com a introdução de meios participativos da categoria trabalho na categoria capital, para fazer da primeira um beneficiário das vantagens usufruídas pela segunda, têm-se malogrado. Nisso, o “controle liberador” do poder não tem logrado nenhuma efetividade. Que se lembre a participação do empregado no lucro da empresa, instituída no art. 157, IV, da Constituição de 1946, e a integração na empresa, formulada no artigo 158, V, da Constituição de 1967, nenhuma das duas sequer objeto de lei regulamentadora.

Permanece, porém, a indagação em torno da força do normativo, a capacidade que pode ter este para impor o seu comando, de modo que as formulações constitucionais não se reduzam a vacuidades ou encantamentos, objetos de suntuosidade, em suma. Há de considerar-se, em estreita conexão com esse aspecto, o papel desempenhado pela norma como agente de transformação de realidades, a norma em que se distingue, a par de sua função reguladora, a função extensora; em que se deve reconhecer, ao lado do seu trabalho de consagrar formas de relações sociais a missão, mais relevante, de criar fórmulas novas, que respondam a novas necessidades e por isso sejam aptas a gerar formas diversas de relações sociais. Em suma, a missão que as Constituições modernas vêm reservando como a mais proeminente na sua tessitura: a realização de possibilidades do ser humano através da promoção de mudanças na estrutura social e econômica.

As normas constitucionais têm a característica de normas legais dotadas de natureza excepcional. Como toda norma legal, as normas constitucionais têm na experiência o seu ponto de partida, a sua base. Partindo da experiência — “essa carne do tempo”, na definição pitoresca de MERLEAU PONTY — as normas dão a configuração jurídica aos fragmentos da realidade vital, impondo-lhes unidade e certa coerência lógica para que se tornem um sistema. A esse trabalho de elaboração, de construção, que visa a disciplinar normativamente aspectos da realidade social, agrega-se um outro, que é o de projeção de possibilidades, gerado também a partir da práxis, mas não tanto dirigida para a disciplina da realidade em que se lastreia esta: é antes o germinador de idealidades. Essa duplicidade de funções tem na Constituição um relevo bem mais acentuado, porquanto nesta é que se normatizam os cânones espí-

rituais da comunidade. Na Lei Fundamental condensam-se os preceitos que interessam a todos os indivíduos, considerados como seres humanos em si.

Comporta, portanto, a Constituição, com maior razão por sua singularidade no mundo jurídico, essa duplicidade, que a torna apta a desempenhar a função de ordenadora de uma realidade e impulsionadora de possibilidades. O que ela deverá fazer no sentido e na perspectiva de um tempo mais duradouro: a Constituição, posto emergindo de uma conjuntura, atribui aos fenômenos o caráter de duração e permanência em maior dimensão do que a lei ordinária. Para enunciar os projetos de possibilidades, em vista do futuro, a Constituição vale-se da linguagem, a linguagem típica da prescrição normativa.

Dá que é de sublinhar o significado da palavra no contexto próprio da estrutura constitucional. Tendo o sentido de comando, as palavras que compõem a prescrição normativa articulam-se para atuar na realidade, de modo que o único meio ao alcance do criador da norma para os fins desta é a palavra. A palavra como meio exclusivo de criar, modificar e extinguir realidades, realidades que por sua vez fazem gerar palavras. De qualquer modo, é a palavra o agente do comando insito no preceito normativo do direito, pois aí é que se configura o "uso executório da linguagem". As palavras, constitutivas do âmbito das ciências da cultura e que são a sua expressão caracterizadora, têm necessariamente a propriedade de, na concepção de MERLEAU PONTY,

"transportar al que habla y al que escucha a un universo común, pero lo hacen llevándonos consigo hacia una significación nueva, en virtud de una capacidad de designación que sobrepasa su definición o su significación recibida..."

mesmo porque, assevera o filósofo:

"la historia fundada por ella no es un ídolo exterior: es nosotros mismos con nuestras raíces, nuestro propio impulso y los frutos de nuestro trabajo" (*La Prosa del Mundo*, pp. 135-136).

Enfim, todas as questões se resolvem na linguagem, sentencia o mesmo filósofo em *O Visível e o Invisível*.

Talvez aí se radique a grandeza e a tragédia das ciências da cultura. Pois tendo na linguagem o meio fundamental de comunicação em todos os planos, impõe-nos, a nós fautores e destinatários de sua existência, o labor ingente, incessante, de elaborá-la, a fim de conduzir-nos a caminhos de aperfeiçoamento humano. O que ela produz com sua história não é um "ídolo exterior", para repetir a aguda observação de MERLEAU PONTY, é "nós mesmos" e

talvez por isso mesmo esteja aí a tragédia do homem e a sua grandeza.

Então, é com a linguagem que se constrói e estrutura a totalidade normativa da Constituição, uma totalidade em que coexistem prescrições de controle, de disciplinação, e prescrições impulsionadoras, fadadas a criar realidades, como já assinalado. O poder de introduzir nas Constituições modernas cânones de significado diverso do que contemplaram as Constituições antigas traz à tona a importância da linguagem, a força própria desta para produzir algo de novo no mundo jurídico. As Constituições na atualidade apresentam como característica o disporem sobre a estrutura da sociedade do futuro, considerando-se que a função delas é artes de "indicar objetivos que consagrar um estado de fato". É o que diz GEORGES BURDEAU:

"par toute une série de prescriptions les constitutions modernes dessinent les contours, non pas de l'ordre social existant, mais de ce que doit être la structure de la société de l'avenir..." pois "le rôle de celle-ci (da Constituição) est précisément d'indiquer des objectifs beaucoup plus que de consacrer un état de fait". (*Traité de Science Politique*, Tomo III, 108).

Uma Constituição, como a suma dos valores políticos de uma Nação, jamais poderia ater-se a registrar uma situação estrutural, dar-lhe os contornos jurídicos: ter-se-ia um documento de identidade tão-só. Mas a isso não pode limitar-se uma Constituição, sobretudo na encruzilhada da nossa época. Uma Constituição deve e precisa ser também "a statement of ideals", como define K. C. WHEARE (*Modern Constitutions*, 1952, p. 46), para desempenhar a sua função de agente liberador, propulsor na realidade social, uma espécie de matriz de idéias. Aliás, o que é próprio de toda regra jurídica, com muito maior razão da Constituição. Todo preceito, ao surgir na realidade jurídica, busca não só regular situações, impor certo equilíbrio em determinadas relações como fazer com que doravante, a partir da vigência dele, haja uma nova prática. Dá-se uma como interação entre o texto legal e a prática social, em que muitas vezes ressalta uma desconformidade do último ao primeiro, vista quase sempre como inutilidade ou impotência da norma diante da realidade.

Em torno dessa aparente antinomia norma-realidade tem-se questionado e percorrido largamente. Não se pode, ao que parece, dar primazia a nenhum dos dois elementos, nem tampouco concluir que, prevalecendo a força da realidade, a norma acaba por provar a sua fragilidade, a sua inutilidade, em último termo. No domínio da ciência jurídica é inoportável o trato da realidade sem a consideração da norma, assim como o trato desta sem con-

siderar a experiência consubstanciada naquela. A norma existe em atenção a fenômenos e ações da realidade. A realidade é justificada, por assim dizer, pelas normas que lhe dão configuração e ordenamento. Ambos os elementos constituem a tessitura social e, em vez de preponderância da realidade sobre a norma, há interferência de um no outro, de maneira que interagem reciprocamente. Se o grau de eficácia da norma é muitas vezes insatisfatório para o fim a que esta visa, isso não importa a inanidade da existência da regra. É que as relações sociais, pela sua dinâmica, nem sempre se deixam dirigir idealmente: a autonomia que a realidade parece assumir é uma imposição da vida, que logo reclama o seu reconhecimento e sanção social através da norma. De resto, como salienta GERHARD LEIBHOLZ ao discorrer sobre *Direito Constitucional e Realidade Constitucional*, o conflito é dialético:

“the existing conflict between constitution and reality does not admit either of a purely legalistic solution favour of the constitution, or of an exclusively sociological solution in favour of constitutional reality. Rather, this conflict must be viewed as one between normativity and existentiality... The conflict is dialectical”. (In: *Law and State*, I, p. 10)

Deste modo, as Constituições, por encerrar prescrições que pretendem formar e conformar o futuro, em vista de situações do presente que exigem normatização, não deixam de ser um complexo de normas efetivas e eficazes, nem podem deixar de abrigar mandamentos orientados para a construção de certas realidades diversas das que se deparam hoje, porque é incerta a sua aceitação pelos destinatários. Nessa linha de consideração, as normas jurídicas não teriam razão de ser, como meios, instrumentos de realização de valores e aspirações, que só através delas logram afirmar-se, tornar-se direitos. No tocante à Constituição, então, sobreleva a importância de tais normas: elas como que marcam a presença de vida estuante, dão ao texto a sua modernidade, para confirmar a singularidade da Constituição como “a forma aberta através da qual passa a vida” (HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 248). Não só por onde passa a vida, vale acrescentar, mas também onde a vida adquire a dimensão do político, na direção de aperfeiçoamento humano, dando de sua parte a energia que lhe é conatural.

* * *

A Constituição não é um ordenamento global da vida humana na multiplicidade de seus aspectos. Ela apropria-se de pontos salientes da realidade social e política nas suas diversas manifestações e os congrega, reúne em um complexo de preceitos, seja para limitar o poder, quer político, quer econômico, seja, em decorrência de

tal limitação, para organizar as instituições do Estado; ou para criar direitos que possibilitem o ser humano melhor integrar-se e desenvolver-se na sociedade, ou para fixar procedimentos que transformem a estrutura social. E assim, reunindo-os nessa heterogeneidade, dá-lhes a unidade normativa, uma unidade erigida em símbolo, "símbolo da consciência nacional", como a denominou KARL LOEWENSTEIN.

Nem ela é um valor absoluto, nem tampouco uma fórmula de redenção da vida nacional. Ela encerra valores, dá-lhes o halo da sua autoridade, e por sua realização faz irradiar novos valores. Ela é antes uma forma de realização de valores consubstanciais à liberdade do ser humano. Todo o progresso dela só pode ser aferido pela contínua assimilação e consagração de formas de expansão e independência do ser humano. Tanto que, ao escrever, há mais de um século, uma obra que se fez clássica no pensamento constitucionalista, BAGEHOT dividiu a Constituição em duas partes: "the dignified parts" e "the efficient parts", para designar com a primeira aquela "which excite and preserve the reverence of the population" (*The English Constitution*, 1974, p. 4), talvez a parte mais proeminente da Constituição e que importa ser nos nossos dias o conteúdo daquelas formas de expansão e autonomia do ser humano.

Deve-se ver na Constituição a forma política de a ética realizar-se, visto que, resultado de uma conjunção de forças políticas em um momento relevante, a Lei Maior representa uma realidade política. E como realidade política, ou forma de vida política, é inquestionável ser agente da ética. BENEDITO CROCE precisou bem a esse respeito:

"El espíritu ético halla en la política la premisa de su actividad y, a la vez, su instrumento, casi un cuerpo al que infunde un alma renovada y utiliza para sus fines."
(*Ética y Política*, p. 199)

Na Constituição desponta com maior ênfase esse sentido ético: os preceitos constitucionais objetivam sempre uma forma superior àquela que se apresenta na realidade. De outro modo não se justificaria a edição do texto. A forma superior que os preceitos têm como finalidade relaciona-se com a idéia de realização do ser humano na sua integralidade e na crescente melhora da estrutura social para possibilitar tal realização. Não se pode, pois, dissociar da Constituição o sentido ético que infunde grande parte dos seus mandamentos. Tanto assim que NORBERTO NOBBIO, ao definir a Constituição como "il complesso delle norme fondamentali di um stato", salienta que

"Tutte queste norme si ispirano a certi principi supremi della condotta, che imprimano al esse un orien-

tamento ético e político. . .” (*Introduzione alla Costituzione*, p. 3, 1982).

As normas da Constituição estão a serviço de princípios superiores que apontam para o cumprimento de diretrizes de natureza ética. Talvez todo o significado subjacente a essa totalidade normativa compósita seja preponderantemente ético. Pois se, como lembra KARL LOEWENSTEIN, “La constitución se convirtió en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder” (*Teoría de la Constitución*, p. 149), é que a idéia inspiradora da existência de regras limitadoras do poder responde a um imperativo ético — evitar que o cidadão, como o indivíduo, seja servidor do poder. Os desenvolvimentos subseqüentes de tal idéia conduzem a uma compreensão dilatada do valor ético conatural ao ser humano, este como ser situado, concreto, titular de direitos que possam dar efetividade aos seus atributos de ser livre e com dignidade. Este é inegavelmente o desafio precípua que a consciência constitucional depara em nossa época, sobretudo nos países em desenvolvimento, onde a Constituição-programa tende a assumir preeminência em relação à Constituição-balanço, para usar a distinção de GIUSEPPE DE VERGOTTINI (*Diccionario de Política*).

* * *

Estas considerações não buscam ocultar ou dissimular o debilitamento de que vem padecendo a autoridade da Constituição. Se não dissimula isso, tampouco poderia infirmar a importância da Lei Fundamental como fonte de irradiação de direitos cuja garantia e fecundidade é condição indispensável à civilização democrática. O desalento predominante nas observações de KARL LOWENSTEIN, que afirma ter a Constituição escrita “sufrido una importante desvalorización funcional y una pérdida de prestigio” (ob. cit., p. 222), a tal ponto que ela perdeu seu “valor afetivo para o povo” (p. 227), é próprio de um estágio de crise que afeta o mundo espiritual da nossa época. A perda de prestígio do documento solene da Constituição, hoje não tão solene assim, mesmo porque as coisas tendem a ditar a solenidade dos atos e não o inverso, como se dava outrora, e que pode conduzir ao estiolamento do “sentimento constitucional”, sem ser exclusiva da Constituição, tem explicação na diluição do sentimento de autoridade mesmo, que ocorre na sociedade de massas, característica de nossa época. A autoridade das pautas sociais, das normas jurídicas e éticas, sofre atualmente um embate com forças que se vêm constituindo em novo poder. Em que pese a isso, a crença na Constituição, na sua importância, no seu valor, na idéia-força de que ela é fatora, é uma necessidade e é um imperativo que todos os interessados na prática democrática não podem deixar de professar.