

Idéias em debate

O que deve ser uma Constituição (1)

JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUZA

Tenho versado o assunto em numerosos artigos — vários deles publicados em O Estado de S. Paulo — e livros hoje totalmente esgotados. Lembro, entre outros, o volume "Da representação política" (edição da Livraria Saraiva, 1971) e um ensaio sobre a idéia de Constituição e o significado sociológico do direito constitucional, no "Jahrbuch des Oeffentlichen Rechts", dirigido por Gerhard Leibholz (Tübingen, 1967), além de artigo recentemente publicado em "Verbo" de Madrid e reproduzido na revista brasileira "Relações Humanas".

A questão é, hoje mais do que nunca, de palpante atualidade entre nós, dado que a Assembléia Constituinte está iniciando os seus trabalhos.

Consideremo-la no plano dos princípios — indispensáveis para orientar as soluções práticas — e sem perder de vista a problemática especificamente brasileira.

Em três artigos sucessivos serão focalizados os seguintes temas:

- 1) a idéia de constituição;
- 2) constituição da sociedade e constituição do Estado;
- 3) importância dos grupos intermediários numa boa organização constitucional.

A CONSTITUIÇÃO OU LEI FUNDAMENTAL

Trata-se aqui da constituição política, que é a lei fundamental do Estado. Ela pode ser uma lei escrita ou um conjunto de regras estabelecidas predominantemente pelo costume, como ocorre na Inglaterra. A palavra "constituição" começou a ser empregada neste sentido depois da formação dos Estados Unidos da América e da Revolução de 1789. Antes, falava-se de "leis fundamentais". Na França, por exemplo, antes da monarquia absoluta, os trabalistas distinguem entre as leis fundamentais do Reino e

as leis do rei, sendo aquelas invioláveis e não à mercê da vontade do soberano, como estas últimas.

A Constituição norte-americana de 1787 foi a primeira Constituição escrita e sistemática dos povos modernos. As normas das antigas leis fundamentais, de origem consuetudinária, sem fazer parte de um mesmo texto legislativo, eram enunciadas nas assembleias das ordens ou estados do Reino ou nas obras dos juristas. Substituindo-as, a Constituição escrita tornou-se lei fundamental, com mais precisão nos seus dispositivos e uma técnica adequada.

Invoca-se freqüentemente a Magna Carta britânica, do século XIII, como primeiro documento expressivo da idéia essencial das constituições políticas: a garantia dos direitos e a limitação do poder. Estas características assinalam o chamado regime constitucional, em oposição aos regimes em que prevalece o arbítrio do soberano. Embora, na sociedade medieval, não houvesse um órgão eleito pelo povo e presumidamente representante da vontade popular, como são as modernas assembleias constituintes, já então se via na lei fundamental o resultado de um acordo ou convênio entre o povo e o rei, titular do poder soberano, ou seja, um pacto social. Com mais nitidez, e antes mesmo de Magna Carta, isto é parente entre os reinos da península ibérica, onde a obediência ao monarca era condicionada à observância, por parte deste, dos *fueros* populares, por ele mesmo jurados. As cartas de foral portuguesas foram esboços de constituições municipais; mas o que sobretudo cumpre destacar — e infelizmente é tão pouco conhecido entre nós — é o pacto catalão, que teve seu período áureo nos séculos XIV e XV. Grandes juristas do tempo, como Jaime de Callis e Tomas Mieres — este, no *Apparatus super constitutionibus Curiarum generalium Cathaloniae* —, faziam ver, em face da ordem jurídica vi-

gente, que o príncipe tinha o seu poder limitado pelo que estava pactuado, em Cortes, com as diversas classes sociais. Era, pois, a negação radical do princípio romano ressuscitado pelos legistas de formação bolonhesa para justificar o absolutismo (*quod principi placuit legis habet vigorem*).

O mesmo que Callis e Mieres, ensinava, pela mesma época, na Inglaterra, o célebre Fortescue, autor do *De laudibus legum Angliae*, apontando como limitações ao poder do rei, num plano superior e com fundamento transcendente, a lei natural, e na ordem institucional os costumes antigos (*common law*) e os estatutos aprovados com o consenso de todo o Reino.

Procedendo de tão priscas eras, chegou até nós o conceito de *lex fundamentalis*, que Carl Schmitt, em sua Teoria da Constituição (*Verfassungslehre*), compreende em nove significações distintas. Uma destas é a lei fundamental como norma última num sistema de impurações normativas, o que desde logo nos lembra a teoria de Kelsen, de grande aceitação até há pouco tempo.

OS AVATARES DO CONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo medieval decorria do direito natural e do direito histórico. O moderno constitucionalismo, oriundo dos princípios da Revolução Francesa, tem uma base ideológica; nasceu menos de uma reação contra o absolutismo monárquico do que de nova concepção do homem e da sociedade, consagrada pelo iluminismo.

A monarquia absoluta havia abandonado as práticas da monarquia limitada. E agora vinha transferir-se do rei para o povo a soberania, entendida como poder absoluto e supremo, conforme o conceito de Bodin, a que Rousseau e outros deram uma versão democrática. Ora, isto era evidentemente suscitar nova espécie de absolutismo. Colocando-se na vontade popular a fonte

última do poder e do direito, dela se fazia a instância derradeira e inapelável, não sujeita a nenhuma lei superior, mesmo porque se partia do pressuposto ideológico de que toda lei emana da vontade do povo. Era substituir a tirania de um só, pela opressão da parcela da sociedade que constituísse a maioria, vendo-se nesta a expressão daquela vontade.

Acreditou-se, porém, que essa consequência poderia ser obviada mediante o recurso a uma divisão do poder, de acordo com o que ensinara Montesquieu no *De l'esprit, des lois*: "Para evitar o abuso do poder, é preciso que o poder derrenhe o poder". Por isso mesmo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 preceituou no artigo 16: "Toda sociedade, em que não for assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação de poderes, não tem constituição".

Enquanto o absolutismo importa na concentração do poder, ou pelo monarca, ou pelo povo, o constitucionalismo vinha encontrar uma saída na partilha do poder, isto é, na separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

A experiência do sistema — que já vai para dois séculos — não deu o resultado esperado. A unidade do poder do Estado não podia compadecer-se com semelhante separação. E o que vimos foi ou o predomínio do Legislativo, no parlamentarismo, ou o do Executivo, no presidencialismo, sem falar na passageira tentativa de um "governo dos juizes", nos Estados Unidos.

O professor Nicola Metteucci, da Universidade de Bolonha, conclui que o princípio da separação dos poderes é um dogma ambíguo e perigoso, que não garante eficazmente a liberdade do cidadão. Observa que, como as atribuições legislativas conferidas, por força das circunstâncias, ao Executivo, "hoje se administra e governa por meio de leis, não segundo as leis" (verbetes "Constitucionalismo", no Dicionário de Política,

de colaboração com Norberto Bobbio e outros, recentemente editado, em tradução portuguesa, pela Universidade de Brasília).

Assim fica abalada a construção ideal do Estado de direito liberal-burguês, identificado com o regime constitucional baseado naqueles pressupostos da Declaração de Direitos no artigo 16.

Mas resta ainda considerar outro elemento essencial desse regime: a rese do poder constituinte, segundo a formulação que lhe foi dada por Sieyès em meio à efervescência revolucionária.

Poder originário, independente de qualquer outro poder, não limitado por nenhuma lei, o *pouvoir constituant* é a plenitude da vontade geral do povo (a *volonté générale* de Rousseau). A Constituição perde o caráter de um pacto da sociedade com o soberano, tornando-se uma criação do poder constituinte. Criação no sentido próprio da palavra, isto é, ex nihilo. Esse poder, querendo, prescinde de qualquer dado anterior. Eramos no marco zero da ordem jurídica. E a Constituição brota da mente do legislador, como Minerva irrompendo da cabeça de Júpiter.

Dessa forma é que surgem as constituições como cartas ideológicas.

A CONSTITUIÇÃO E A ORGANICIDADE SOCIAL

Pelas suas origens, pelo seu significado, pelos seus objetivos, tem-se visto na constituição política uma lei de garantias e uma lei de estruturação de poderes. Lei fundamental, chamada também lei magna, no sentido de máxima, dela dependem as demais leis, em cuja elaboração os preceitos constitucionais devem ser observados. Assim, pois, a constituição fixa as balizas da ordem jurídica positiva.

Por isso mesmo, uma constituição não é tudo, não pode dispor a respeito de tudo, não é um projeto de construção nacional,

muito menos uma regulamentação minuciosa da vida social e tampouco deve ser um conglomerado de preceitos abrangendo todos os ramos do direito público e do direito privado.

De mais a mais, quando uma assembleia constituinte se reúne, já encontra a Nação constituída; não vai criá-la; o que lhe cabe, sim, é dispor sobre a forma do governo e a do Estado, os limites do poder — tendo em vista os direitos a serem assegurados —, a divisão e as funções dos órgãos estatais; ou ainda sobre a segurança, missão precípua da autoridade política, e sobre a ordem econômica e social nos princípios básicos ordenadores da ação do Estado.

Cumpre finalmente assinalar que a constituição jurídico-formal do Estado deve ajustar-se à constituição social e histórica da comunidade nacional. A Nação é integrada por famílias e outros grupos, cuja legítima autonomia é imprescindível que seja respeitada pelo Estado. A constituição natural da família é anterior à do Estado, e muito importa que a lei do aparelhamento estatal não enseje que este venha a absorver as funções da família e dos grupos autônomos.

Entretanto, é o que está acontecendo em nossos dias, não obstante a distinção entre a sociedade civil e o Estado, preconizada até por autores cujo pensamento se enquadra em postulados de uma dialética revolucionária, desde Hegel até Gramsci.

A crescente totalitarização do Estado por vias democráticas, nos países ocidentais, vem confirmar as previsões feitas há mais de um século por Donoso Cortés e Alexis de Tocqueville.

De como fazer da constituição do Estado um instrumento eficaz para a preservação das liberdades e da organicidade social, em face do processo totalitário, é o que se tratará no próximo artigo.

ANC