

Processos constitucionais *Caro*

TORQUATO JARDIM

Constituição não assegura estabilidade. Estabilidade não pressupõe constituição — enquanto texto único coordenador das relações políticas no Estado. Essenciais são os processos constitucionais, mais do que os direitos substantivos postos numa carta escrita.

O acordo básico de organização política de um Estado é sempre um pacto de elites. É um duplo contrato. Primeiro, a partilha de poder entre os grupos que detêm capacidade de participar efetivamente do controle do sistema político. Segundo, a garantia de ascensão daqueles que, fora do primeiro contrato, por seu talento e sucesso, queiram ter acesso à elite e compartilhar do poder.

A estabilidade desse acordo depende, assim, menos dos direitos substantivos, e mais dos processos constitucionais de participação. Vale dizer, conferir a todos a certeza de se manifestar. De não ser excluído, definitivamente, do processo político, do crescimento econômico e das oportunidades sociais. Caso contrário, o terceiro estado só terá um caminho: derrubar a Bastilha.

A estabilidade constitucional está na razão direta da realização de processos constitucionais. Eleições são apenas o exemplo mais óbvio. É por pura convenção que a Inglaterra e o Canadá elegem seus parlamentos a cada cinco anos no máximo. Não há norma escrita que o torne obrigatório. Apenas a tradição ganhou força constitucional.

A França, em contraste, é vítima do que ela própria concebeu: a retórica de direitos substantivos. A isto não corresponderam processos de realização concreta. Assim, conheceram os franceses, desde 1789, 15 constituições (oito monarquias, quatro repúblicas,

dois consulados e um diretório); e viveram sob nenhuma de 1871 a 1946 (apenas as três leis constitucionais “puramente orgânicas” da 3ª República).

Os processos constitucionais permanentemente válidos e vinculativos são a chave da estabilidade. Donde a intolerância americana com as tentativas de organização de partidos e sindicatos comunistas. A tomada do poder pela revolução e sua consolidação pela ditadura do proletariado, porque, contrários ao processo constitucional das eleições multipartidárias livres, tornam aqueles grupos incompatíveis com a ordem constitucional. Excluí-los permanentemente, todavia, seria contraditório com a liberdade de expressão do pensamento, intrínseca ao tratamento democrático das minorias — outro dos processos constitucionais. Daí, a doutrina do “perigo claro e iminente”: a idéia da minoria, por si mesma, não é perniciosa; a probabilidade de ação concreta, sim, é que a tornaria incompatível com o processo de escolhas no “mercado livre das idéias”.

A estabilidade do constitucionalismo americano está em quatro palavras: due process e equal protection. Seja a proteção da vida ou da propriedade, ou a expansão da liberdade, o direito individual ou o coletivo. O momento e a extensão da face substantiva da moeda são cunhados sem molde prévio, donde a harmonia no possível e no adequado, no tempo e no espaço. Isto significa que a elite, dona do primeiro contrato, não pode agir sem o segundo contrato. Assim, o devido processo legal serviu, por muito tempo, à declaração de inconstitucionalidade das leis sociais. Em 1923, mulheres trabalhadoras obtiveram da Suprema Corte a declaração de inconstitucionalidade da lei do salário mínimo, porque contrária

ao devido processo, isto é, cerceadora da livre negociação do trabalho. Somente após a grande depressão é que a Suprema Corte, refletindo a nova vontade social dos signatários do segundo contrato, acolheu a validade das leis sociais.

Não foi diferente com a igualdade de todos perante a lei. Em 1787, na convenção de Filadélfia, os negros foram excluídos do pacto. Em 1858 foi-lhes negado o direito de pleitear em juízo porque não eram “pessoas livres”. Em 1896 foi-lhes assegurado o direito à educação pública em escolas separadas, desde que iguais as oportunidades de ensino. Em 1954, afinal, adquiriram o direito de estarem na mesma sala de aula que os brancos. Dessarte, ao princípio, posto na Declaração de Independência, de que todos os homens são criados iguais, não correspondeu qualquer tentativa ideológica de efetivação universal imediata. Seu conteúdo substantivo surgiu conforme “as sentidas necessidades do tempo”.

A percepção de Constituição como constitucionalismo em processo é essencial à estabilidade que busca o Brasil. Processo que faça a Constituição pairar acima das coligações majoritárias eventuais. A Constituinte peca de novo, ao se deixar levar pela retórica das extensas declarações de direitos substantivos. Ela é omissa quanto aos processos constitucionais. Disso deu exemplo na “anistia” das dívidas do cruzado: violentou o devido processo e a igualdade de todos perante a lei, confiscando propriedade, favorecendo não-pagadores em detrimento de pagadores. A Constituinte, neste passo, retrocedeu spielbergianamente 800 anos: fez o que o rei João jurou não fazer — e cumpriu (Carta Magna, 1215).