

Constituição ou um supermercado?

Gilberto de Mello Kujawski

O anteprojeto da Constituição, como era de se esperar, sofre de elefantismo; é enorme e pesado como um elefante, sem nada daquela sabedoria que se costuma atribuir ao simpático paquiderme. Com tantos artigos teremos uma Constituição, ou um supermercado?

Como se explica nossa incapacidade coletiva para redigir um texto constitucional sóbrio e definitivo como o da Constituição americana, modelo de síntese e clarividência jurídica? A primeira causa é essa errada idéia de participação, o participacionismo. Começou-se com a atitude, na aparência aberta e generosa, de receber sugestões não só de todos os constituintes como de toda a população, para depois chegar-se à média das opiniões. É a famosa mania da "consulta às bases", a mística de formar a vontade do Estado "de baixo para cima", com a intenção equivocada de ampliar ao máximo a área da participação. Só que participação é outra coisa. Não é a primeira vez, nem será a última, que escrevemos nesta coluna ser a participação, necessariamente, participação nas decisões do poder público; para isso, é preciso que o poder público seja capaz de começar por tomar decisões. O participacionismo não quer assim; para ele a decisão se forma de baixo para cima, como numa correia de transmissão. O poder público não propõe nada, não toma nunca a iniciativa, até ser provocado diretamente pela sociedade. É o caso de indagar de que vale, e para que existe, então, o sistema representativo? Na entrevista com o professor Miguel Reale, inteligentemente conduzida por Kleber de Almeida (JT, 11-7-87), o entrevistado lembra como foi elaborada a nova Constituição espanhola, citando palavras de Felipe González em sua recente visita ao Brasil: "A Constituição espanhola foi feita por sete pessoas e depois levada à Assembléia Nacional Constituinte". Eis aí o verdadeiro exemplo de participação. Também nossos constituintes dispunham do anteprojeto da comissão Afonso Arinos. Por que este anteprojeto não foi aproveitado? Quem souber que conte a história. Do jeito que vamos a futura Constituição terá tanta unidade quanto uma colcha de retalhos. Já observava Descartes no Discurso do Método: "... freqüentemente, não há tanta perfeição nas obras compostas de várias peças, e feitas pelas mãos de diversos mestres, quanto nas obras em que só uma pessoa trabalhou". A função da liderança política é criar projetos, propor tarefas, mobilizar a sociedade e ser o motor de seu avanço para a frente, e não limitar-se ao papel de contabilista das estatísticas referentes às referências populares. A centelha mobilizadora da vontade coletiva não vem de baixo para cima, ela é desferida lá no topo onde a sociedade alçou os seus representantes. Pensar o contrário é incidir no casuismo participacionista.

Em segundo lugar, interferem fatores de ordem cultural para explicar a adiposidade do anteprojeto. Há que lembrar nosso legalismo inveterado, nossa superstição da lei escrita como se esta funcionasse como talismã apto a nos abrir todas as portas da boa sorte, da riqueza e da felicidade. Assim é que se pretende volta e meia, muitas vezes na mais simplória boa-fé, garantir previamente na Constituição qualquer questúncula relativa à legislação ordinária. A nosso ver, passa-se o seguinte: quanto mais frouxas as estruturas sociais de uma coletividade, mais ela tem a preocupação de garantir seus míni-

mos direitos no texto de lei, tanto melhor se este for a Lei maior. A sociedade americana, em 1787, ano de adoção da Constituição Federal, já estava nuclearmente consolidada, já possuía forma e figura, com sua opinião pública articulada e amadurecida nessa estrutura de usos comuns que é a própria substância do social. Constituída na prática, a sociedade norte-americana não precisava organizar-se por via da Constituição. Daí a extrema economia do texto. Em nosso caso, o comprimento quilométrico do anteprojeto é o atestado vivo de nossa invertebração social, que impele o brasileiro a ressaltar na lei escrita tudo o que a prática social lhe nega.

Direito não é legalismo. O primário nunca é a lei, e sim a pressão das vigências, o vigor da opinião pública, que é a fonte de todo direito. Na lei transparece só uma parte mínima da respectiva instituição, que permanece submersa, em maior parte, no corpo social. A vida social consiste num sistema de funções recíprocas, comandadas por essas forças sociais compulsivas que são as vigências. Foi Ortega quem dissociou a idéia de vigência da acepção exclusivamente jurídica, reconhecendo na vigência o fenômeno sociológico fundamental. As leis não tem vigência porque são promulgadas, mas são promulgadas porque sua norma tem vigência social. A vigência é anterior à lei e ao direito, ela palpita difusamente no seio do social e consiste no fundamento real da ordem jurídica formalizada nos Códigos e na Constituição. Vigente é o vigen, quod vigen, o que está vivo e por isso tem vigor. A estrutura social é toda ela organizada por vigências. Por isso lá dizia o velho Horácio: *Leges sine moribus vanae*, as leis são nulas sem os costumes. Isto é, sem as vigências sociais que atuam em seu subsolo. Há que meditar sobre o seguinte trecho de Ortega:

"Em primeiro lugar, a instituição definida numa lei ou num complexo de leis é sempre em sua realidade efetiva e completa muito mais que o formalmente estatuído nas cláusulas de sua promulgação: apóia-se numa porção de vigências sociais que a lei dá por supostas, ou que 'por consabidas se calam'. Em segundo lugar, existem normas que são autenticamente jurídicas e que, sem embargo, nunca foram sancionadas ou estatuídas. O exemplo disso mais característico e menos importante seria o chamado 'Direito consuetudinário', ainda que não seja vão recordar agora que a última palavra de Ihering sobre o Direito romano foi dizer que consistiu, quase integralmente, nessa forma não estatutária de direito."

O legislador brasileiro não pode "supor" ou "calar por consabidas" vigências que não existem de fato e espontaneamente na sociedade brasileira: Daí sua permanente desconfiança, sua invencível tendência casuística para assegurar na lei escrita o que o uso e a prática social não observam. Este é o casuismo social.

A terceira causa responsável pela inflação constitucional (como se não bastasse a inflação econômica) é, evidentemente, a demagogia, o clientelismo; a adulação do eleitorado para conseguir mais alguns votos. Políticos e partidos de tendência populista são os campeões nesse tipo de propostas de má-fé. Este último é o casuismo demagógico, o mais indesculpável de todos, porque sem base ideológica, nem sociológica, mas exclusivamente fisiológica.