

Compromisso constituinte

CARLOS ROBERTO PELLEGRINO

Docteur d'État, Professor na Universidade de Brasília

“... la Constitución no es eterna, está sometida al tiempo. Dura, pero cambia; permanece, pero fluye.”

Pablo Lucas Verdu

1. Nas etapas que se sucedem no curso do labor constituinte transparece a toda evidência a legitimidade da função representativa dos legisladores especiais. A vontade popular faz-se ouvida não apenas com os critérios que se impõem, mas é, sobretudo, tomada com respeito e entusiasmo. E isto porque todo grupo social sente a necessidade de ajustar sua vida mediante um sistema de valores com força normativa e esforça-se para consegui-lo.
2. Ademais de encerrarem matérias essencialmente comprometidas com interesses políticos ou legais, em sentido amplo, as Constituições vinculam-se também, estreitamente, à vida econômica nacional e à realidade social dando-lhes conformação estável e certeza jurídica. Desse contexto multifário estabelece-se o paralelogramo de forças políticas, econômicas e sociais que pesam decisivamente na etapa constituinte.
3. Na concepção constituinte de cada particularidade concernente aos novos cânones políticos e jurídicos é que, assinalando os rumos da atividade estatal eficiente, como se requer, será atendido o desejo da ordem estabelecida, inerente ao *homem social*.

No caso brasileiro destaca-se o compromisso responsável pela edificação de um Estado de direito que seja duradouro, fincado sobre bases solidamente republicanas e federativas.

4. A preocupação com o atendimento a tais compromissos não deve, porém, deixar que se perca de vista o horizonte certo da realidade histórico-temporal que se oferece para ainda muito além do *presente imediato*, vez que nas Constituições os princípios e valores hão de ter fórmula de validade que perdure. Esta proposta, contudo, não exclui a necessidade de funções constitucionais *imediatamente fundamentantes*, as atenções organizativas voltadas para o *presente imediato*.

5. O ordenamento jurídico não se constitui num sistema axiomático. Suas valorações e seus princípios não são estanques ou estáticos, mas inter-relacionados e elásticos no seu alcance, adaptáveis ao momento sócio-político. Por conseguinte, seus conceitos não se subsumem logicamente, e os valores indeterminados buscam orientação em estimações ao cobrarem significado quando apontam à conformidade *espiritual-valorativa*.

Isto posto, é de se ver que a Constituição não se esgota em si mesma enquanto instrumento de regulação do social; menos ainda, na sua literalidade, consegue abranger todas as situações de repercussão ético-jurídica como será considerado.

6. Os diversos fatores concorrentes das Constituições (sociedade, economia, política, ideologia, ordem jurídica necessária) manifestam-se concretamente de dois modos.

O primeiro, de ordem geral, refere-se à Constituição enquanto fonte primeira e única validamente reconhecida para a estruturação do direito nacional. Cuida-se do entendimento normativista, onde nada existe, a ser tomado na sua conseqüência jurídica, que não esteja inscrito na *lei* (expressão formal dos atos de vontade dos legisladores manifestada através do procedimento prescrito nos preceitos jurídico-constitucionais). Esta é mais uma questão técnico-legislativa ou jurídico-procedimental, mas que tem profundas e graves conseqüências na *ordem interna nacional*. É também resultado concreto de hierarquização das fontes de direito com registro destacado na Constituição (fonte primeira das leis).

O segundo dos fatores concorrentes das Constituições é aquele que manifesta sua *força integrativa* dos elementos que concorrem para a *vida* do Estado na sua dinâmica eficiente. Esta *força integrativa*, por alcançar a energia social, não se constitui, necessariamente, em dado concreto, ou

seja, enquanto expressão formalizada (lei). Busca sua eficiência *integrativa* pelo esforço interpretativo da vontade da lei. Pode-se dizer, portanto, existir uma Constituição *formal* e outra *substancial* que se complementam. Para então ser atingido o momento de legitimidade é preciso que seja estabelecido um processo de interpretação evolutiva que *identificará* o sistema de normas constitucionais com a própria *intenção* constitucional. A eficiência constitucional, para além do que vem expressamente disposto, resulta do processo criativo de interpretação quando a vontade constitucional é *extraída* e não *construída*. Por conseqüência lógica, o que é *extraído* o é de algo preexistente (a disposição política do Estado), enquanto que o ato de *construção* normativa significa intenção *criativa originária*.

7. A elaboração constituinte — concepção constitucional — reclama a mesma sorte de consideração lançada acima, apenas com evidente transposição dos elementos de causa e efeito.

Na elaboração constitucional, por ser instância de atendimento jurídico-político (organização do Estado sobre bases jurídicas), o resultado (Constituição) é o próprio Estado na sua expressão jurídica, ou, como propõe CARL SCHMITT com notável objetividade, o *Estado não "tem" Constituição; é Constituição*.

8. Na sua função organizacional do Estado, a Constituição assegura a unidade do ordenamento sobre uma escala de valores objetivos e subjetivos. Esses *valores* reconhecidos passam a ser referenciais vinculativos da atividade estatal legitimamente prevista pelo direito, a tal ponto que nenhuma norma poderá desatender esses valores básicos. Inclusive o trabalho interpretativo responderá no sentido desses valores a fim de torná-los eficientes. Nesta conjugação de valores (constitucionais) e a necessidade de adequação dos preceitos infraconstitucionais à *ordem maior* (Constituição) faz-se compatível a vontade política de Estado pela denotação de uma conseqüência jurídica. A Constituição é o primeiro dos instrumentos para o diagnóstico dos valores ético-sociais em formação. Assim, quando realizado o valor, o *dever-ser* ideal converte-se em *dever-ser atualizado positivamente* (dever-ser real).

9. A melhor das Constituições há de conter, na sua essência, o elemento da *previsibilidade*, com o que estarão asseguradas as possibilidades de *acerto das distorções* institucionais que porventura venham a manifestar-se no processo histórico da dinâmica nacional.

A capacidade reguladora da conduta do grupo acentua-se singularmente de modo que os que dela participam, em circunstâncias decisivas, devem

ajustar sua conduta a estimativas prévias. Ao comando válido do dever-ser ditado por uma instância legítima, as valorações correspondentes vincularão todos os membros da sociedade. Quando o sistema normativo de uma sociedade conta com amplo sentimento de conveniência, a ordem social valorativa é de capital importância porque definidora do melhor direito.

Em termos objetivos, a concordância social determina o direcionamento da ordem jurídica que rege o Estado. Por isso o direito não é estático, mas dinâmico; aí também a força da jurisprudência dos tribunais que, pela reiteração do sentido das decisões, não só promove a certeza jurídica, mas torna possível a atualização desses valores sociais. A realidade social é, por natureza, cambiante, atualizadora de valores; conseqüentemente o direito constitucional positivo é alcançado por essa mutação social.

Com a absorção dos valores sociais (cambiantes) pelo direito, os princípios (valorativos) normativizados (a ordem jurídica) adquirem eficácia, uma vez que o direito, atento à constante e necessária revisão dos valores sociais, coloca à disposição da sociedade os meios organizativos materiais. O direito é o garante da ordem dos valores sociais, fazendo revelar sua função jurídica protetora desses valores, adotando medidas preventivas e repressivas contra sua violação. Assim estão normativizados, por exemplo, os direitos fundamentais que contêm decisões estimativas da sociedade. Registre-se que já as primeiras Constituições não se contentaram com desenhar a organização estatal e partiram da convicção de que o poder constituinte está vinculado a um direito pré-estatal, a um sistema de valores da atividade dos órgãos estatais no sentido dos direitos fundamentais do homem.

10. Não se concebe o estágio de letargia institucional. Tudo evolui, e a evolução reclama o elemento *ordem* que se contrapõe à *desordem* na absorção, pelo direito, dos valores estabelecidos.

Não colhe à boa lógica supor um curso dinâmico desatento a regramentos. Aí a evidência do paradoxo, talvez simplista, que se instala: ou se regula a sociedade de forma a garantir-lhe a prosperidade na ordem e na segurança conseqüente (a Constituição), ou se admite o atravancamento do curso normal das mudanças sociais. Este problema requer meditação.

11. Vimos que as instituições se conformam à realidade social. Obviamente, tal processo de adaptação não se constitui em elemento de sorte permeável, ou seja, que essa adequação do direito à realidade social aconteça de maneira imediata. Tanto quanto para o entendimento do direito como um todo, também o estudo das Constituições há que ter em conta

o fator *tempo*. Imperiosamente o tempo existe, e de maneira determinante para o direito.

12. O direito não pertence à natureza exterior. Toda manifestação jurídica corresponde ao mundo das representações humanas que concernem à conduta dos homens em sua *com-vivência* (social). Das constatações da sociologia jurídica talvez a mais importante seja aquela referente ao interesse finalístico dos indivíduos. Os sujeitos não se colocam ante o direito de modo indiferente. Têm-no tanto por força de suas concepções como de seus interesses e ideais. Um direito sem finalidade careceria de sentido, também porque sua validade pressupõe a existência de um sujeito real que pretenda, com a segurança oferecida, realizar determinados objetivos. A teoria das normas jurídicas guarda, portanto, estreito compromisso com os fatos sociais e as idéias.

No que pertine especificamente ao direito constitucional, tanto LOEWENSTEIN como JELLINEK ressaltam o caráter finalístico das Constituições, fundando-se na evidência de ser o Estado um conceito abstrato e temporal que se altera, portanto, por causa da transformação imanente a toda sociedade, a *existência superável*.

Há, pois, limites temporais ao caráter teleológico do ordenamento social e às disposições *jurídico-constitucionais na objetividade de seus preceitos*. Por essa razão é que não pode, jamais, o constituinte inovar para além do que suportaria o condicionamento social.

13. Toda Constituição, por mais perfeita que se possa conceber, enquanto obra da razão humana, com o passar do tempo reclama ajustes. São inevitáveis, também, a ocorrência de lacunas constitucionais, ou seja, *espaços jurídicos* não alcançados pelas normas constitucionais. Essas lacunas a serem preenchidas pelo esforço interpretativo existem por duas razões: a primeira, tem-se por não ser comportável à imaginação humana a criação de normas que cubram todos os possíveis lances do direito constitucional; a segunda razão explica-se por não se pretender que a evolução da disciplina constitucional positiva obedeça à mesma agilidade das mutações sociais. É, pois, de grande relevo a tese de ESPÓSITO, no sentido de que toda Constituição traz ínsita a cláusula resolutória de seus dispositivos que não de vigor até que, pela impertinência motivada pela superação *temporal*, sejam derogados por disposições ulteriores.

14. O estudo do fator *tempo* no fenômeno constitucional permite a abordagem sobre as normas constitucionais que se revelam incapazes de regular a própria realidade.

A importância da consideração do *tempo* na eficiência da Constituição outro dado pode ser acrescentado. Este atende ao conteúdo ideológico das Constituições.

Um dos aspectos mais discutidos sobre a Constituição diz respeito à sua maior ou menor duração. No momento em que se comemora o bicentenário da Carta Maior norte-americana, tem-se como se sua longevidade fosse algo de excepcional. Ora, em verdade, a Constituição estadunidense dispõe de maneira lacônica sobre grandes princípios inspirados na filosofia liberal, aliás, os mesmos que têm animado a orientação político-ideológica dos Estados democráticos do mundo ocidental. Todo o restante do corpo normativo contém-se nas decisões da Suprema Corte, que dá efetividade aos princípios. O trabalho interpretativo das leis, inclusive da própria Constituição, consiste no jogo inteligente de adaptação das palavras a seus propósitos disciplinadores. Não se cuida, portanto, de adivinhar o que há de suposto por detrás da letra da lei, mas atingir o seu sentido eficiente, detectando a sua verdadeira intenção.

15. A Constituição impregna *direito* à sociedade dando-lhe, inclusive, sentido normativo organizacional. Por evidente, esta conotação de complementaridade entre *direito* e *sociedade* engloba, como não poderia deixar de sê-lo, o elemento *historicidade* (muito embora o constitucionalista português GOMES CANOTILHO justifique em sua tese *Constituição Dirigente* (Coimbra, Coimbra Ed., 1982, p. 16, nota 24) que “a historicidade ontológica do direito é, quer na fundamentação ontológico-existencial (MAIHOFER), quer na fundamentação ontológico-neotomista (KAUFMANN), uma historicidade específica do direito”).

A necessidade desse caráter de permeabilidade entre a sociedade, o direito e a historicidade encontra seu traço original no pensamento do juspublicista alemão PETER HÄBERLE ao explicar a sua teoria da *constituição aberta* (Verfassung als öffentlicher Prozess). Esta tese começa por considerar que, mergulhada no compromisso histórico e social, a Constituição não pode ser concebida como realidade acabada e definitiva, resultado do voluntarismo do poder constituinte. A Constituição é lei fundamental, reclama interpretação que a adapte ao momento histórico-social. A Constituição é, pois, sempre *resultado* temporário de recurso interpretativo. A interferência do elemento sociológico na dinâmica dos valores é irrecusável.

Quando a Constituição começa a revelar seu conteúdo superado, dando sinais de *cansaço institucional*, com disposições obsoletas, impróprias para

o atendimento da ordem que se pretende, surgem os primeiros sinais de soluções incumbidas de lançar as bases efetivas da mudança constitucional, e neste momento o constituinte, abstraindo-se de todo e qualquer atendimento a casuísmos ideológicos, deixa emergir do texto maior apenas o que há de verdadeiramente conveniente, na perspectiva político-jurídica, atento à identificação do sistema político no âmbito das possibilidades sociais.

HERBERT KRIER, ao estabelecer certas premissas com as quais constrói sua teoria, encontra a viga mestra para a sustentação de seus argumentos ao entender que, se a Constituição existe enquanto instrumento eficiente de regulação da ordem social e política do Estado, estabelecendo, para tanto, certos postulados teleológicos, a política constitucional, como um todo, deve estar animada também pela configuração teleológica (Der österreichische Verfassungsgerichtshof im Rahmen der Verfassungspolitik, Universitätsbuchhandlung, Leuschner & Lubensky, Gratz, 1928, p. 13, também citado por PABLO LUCAS VERDU, in *Curso de Derecho Político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, *passim*).

Com respeito à política constitucional explicada por KRIER acrescenta-se um dado ainda mais amplo nas suas conseqüências objetivas, ou seja, tomado que toda Constituição é um ordenamento complexo de normas, ponto de equilíbrio de inter-relações normativas, qualquer alteração dessa ordem resulta numa conturbação constitucional.

As conseqüências dessas variações manifestam-se no exercício interpretativo do texto escrito.

Em lugar de revisão direta da Constituição (*Verfassungsänderung*) recorre-se ao expediente da *interpretação criativa* (*Verfassungsumgehung*).

O vigor do recurso interpretativo da Constituição é sobejamente ilustrado pela decisão histórica do Tribunal Constitucional espanhol, a 8 de abril de 1981, ao estabelecer os limites dos direitos fundamentais entendendo que "tampoco puede acceptarse la tesis del recurso de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la norma fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el derecho constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución esta expresión se entiende como deri-

vación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, encunanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos" (Pleno), BOE de 25 de abril de 1981, Fto. 7.).

Dito sobre o recurso interpretativo como instrumento a bem da dinamização constitucional, não importa no entendimento automático de que as Constituições programáticas venham a ser, necessariamente, mais duradouras pela razão singela de que, por meio do exercício hermenêutico, elas encontram sua modelagem social e aí fator de sua constante atualização. Essas Constituições de índole mais estrita tecnicamente indicam nortes, prevêem hipóteses, sugerem medidas e recomendam expedientes que também carecem de conformação com o social e o político a seu tempo oportuno. No domínio do direito, mais ainda do direito constitucional e com especial ênfase na própria Constituição, nada se faz e nada acontece por força de *irradiações luminosas* partidas de *pontos* definitivos ou incontroversos. Para tudo há de presidir sempre o juízo da adequação social.

16. A segurança da sociedade democrática funda-se na garantia de instituições eficientes sem que, em nome dessa segurança jurídico-política, se pretenda construir o arcabouço constitucional em verdades supostamente definitivas. Corre-se daí o risco de constitucionalizar o fato social antes mesmo que ele aconteça. A experiência tem demonstrado com sobejo que a *lei* jamais foi, e nunca o será, cristalização *nunc et semper* do justo, porque variável é a moral, renováveis são os entendimentos políticos, mutável é a sociedade.

Um dos elementos estáveis da vontade constitucional é aquele que admite a alterabilidade da norma na conformidade com a exigência do social. Portanto, caído em desuso determinado regramento, tem-se, por certeza, que o mesmo haverá de ser revisto, alterado de acordo com a nova *verdade* social. É de ser lembrado, nesse sentido, o precedente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha ao estabelecer que determinado preceito constitucional pode ser alterado no seu sentido quando surjam fatos novos não previstos, ou ainda quando fatos conhecidos, como consequência de sua inserção no curso normal de um processo evolutivo, se mostram com um novo significado ou em uma nova relação (BVerGE, 2, 380 (410)). Assim posto, é de se concluir que a *mutação* constitucional pode ocorrer de duas maneiras. Ou acontece a derrogação *tout-court* do preceito constitucional

fazendo-o desaparecer em definitivo do ordenamento, ou bem a regra continua a existir formalmente, mas o objeto de seu regramento cai em desuso (*desuetudo*). Muda-se, em outros termos, ou o conteúdo da norma ou a situação constitucional (*mutação constitucional*).

Essas duas formas ou conseqüências que levariam à mudança da Constituição ocorrem quando a aplicação das normas constitucionais vão se modificando lentamente, embora as palavras, os conceitos lançados formalmente permaneçam inalterados. Ocorre a perda da finalidade, da eficácia; a verdade social para onde deveria reger a regra constitucional já não mais agasalha aquela sorte de providência por causa da própria superação do quadro social. O sentido da norma ganha outra validade distinta da que *teria sido prevista* quando de sua concepção.

Na segunda hipótese, produz-se uma *praxis* que se contrapõe com o texto. Isto é, a alteração do ambiente social inviabiliza o recurso permanente à disposição normativa constitucional.

17. A detença na análise sobre o princípio da elasticidade constitucional não deve alcançar apenas o que se refere a abrangência formal da norma, ou seja, a Constituição em si. Nem se diga que as Constituições *devam ser* tidas por mero reflexo da situação fática do *presente* em que ela foi concebida.

A necessária condição de previsibilidade, o caráter da *elasticidade constitucional*, é obtida naquele estágio em que o constituinte, seja no exercício de suas competências originárias ou derivadas, pouco importa, logra prever instituições que, sem perder de vista seus objetivos primeiros, sobrevivem graças ao esforço de acomodação diante de novas circunstâncias. Aliás, é na lição precisa de FRANCISCO CAMPOS a lembrança de que a Constituição não é meio inerte através do qual o passado tenta captar ou dominar o futuro. A Constituição, para reproduzir o expressivo *dictum* de HOLMES, *is an experiment, as all is an experiment* (Abrams V. United States, 1919, 250 U.S. 616, 630).

18. A mutação da dinâmica interior constitucional resulta, na prática, no trato da *matéria constitucional*, em necessário preparo do espírito do intérprete para sentir as mudanças e promover a adaptação das regras escritas na sua aplicação ao fato concreto. A Constituição surge para reger a *com-vivência* social no marco do Estado dando-lhe estruturação político-jurídica eficiente, mas não se diga, o inverso, que o Estado se contém na Constituição.

O Estado encontra seu contorno legal naquilo que determina a Constituição, mas não se esgota na moldura rígida da norma.

A mutabilidade (*Wandelbarkeit*), para HSU DAU-LIN (*Formalischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff*, in *Archiv des öffentlichen Recht*, vol. 22, 1, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, pp. 59 e ss.).

19. O problema da Constituição não se estriba em resolver a contraposição que se manifesta entre o *ser* e o *dever-ser*, entre sentido e realidade vital, tampouco resume-se em mera questão teórica sobre as fontes do direito. Trata-se de captar a substância específica do Estado como objeto de regulação jurídica por meio de sua Constituição. A especificidade da Constituição está em sua ordenação integradora frente às demais corporações existentes no Estado.

20. O compromisso da Constituição para com o Estado, que ela se propõe a regular, existe na medida em que suas disposições normativas atendem às exigências sociais. Esta, portanto, a tensão que existe entre os dados *permanência-mudança*, ou seja, permanência do que é imperioso para a vida do Estado, e o grau de acomodação institucional sempre com vistas às mudanças ocorridas na sociedade como um todo. Os valores sociais não são impostos pelo regramento constitucional; esses são mutáveis, como já se disse anteriormente; não há, pois, Constituição estática. O que tecnicamente chamamos *Constituição rígida* não deve ser tomado por imobilismo das normas. Uma coisa é estabelecerem-se determinados requisitos para a alteração da norma constitucional, e isto a bem da segurança do Estado de direito, e outra coisa é pretender-se dotar o instrumento constitucional de imobilismo tacanho e pernicioso ao desenvolvimento da vontade social, dado inexorável pela própria natureza dinâmica e revisora de valores.

21. Do que ficou dito, conclui-se a toda evidência que as normas constitucionais não são *produto* da exclusiva vontade política, menos ainda edifício abstrato resultado da imaginação dos juristas. É, isto sim, e com todo o vigor que empresta o caráter de acatamento necessário, resultado de motriz dialética onde o equilíbrio constitucional, enquanto regramento da ordem social e política, é encontrado a partir das evidências; de um lado, da própria vontade social, e, do outro, a dinâmica dessa mesma manifestação volitiva. Tese e antítese (vontade e dinâmica social *realizante*) confluem-se na síntese da eficiência constitucional. É da responsabilidade constitucional a tradução em termos definitivos, estruturados, do caminho que a sociedade entendeu eleger para o curso de seu destino.