A IDÉIA DE CONSTITUIÇÃO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO*

1. A vulgarização da constituição. 2. Padrões heterodoxos de constituição. 3. A ineficácia da constituição. 4. A proteção à constituição. 5. A prática constituinte.

1. *A vulgarização da constituição*

1.1 A difusão das constituições

A idéia de que todo Estado deve ter uma constituição escrita, formal, se difundiu pelo mundo afora, a partir do início do século XIX. É hoje excepcional o Estado que não possui constituição, como é certamente raridade o que já não possuiu, no curso da história recente, várias constituições solenemente proclamadas.

Com efeito, está profundamente ancorada no pensamento político a concepção de que todo e qualquer Estado deve ter sua organização fundamental (pelo menos) definida num documento escrito, a constituição. Mais do que isto, que todo e qualquer Estado deve registrar, por uma nova constituição, cada nova era política, seja coincidente com uma vasta mudança de rumo, seja decorrente de uma mera alteração do quadro governante.

A grande exceção continua a ser a Grã-Bretanha, o que não deixa de ser paradoxal. Afinal, o modelo por excelência em que se inspirou o constitucionalismo foi a "constituição da Inglaterra", que, descrita por Montesquieu no mais famoso capítulo do *Espírito das leis,* pode ser lida como um resumo, antecipado, do direito constitucional clássico.[1]

* Professor titular de direito constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

[1] Livro XI cap. VI.

1.2 A ampliação do "campo" constitucional

A difusão das constituições se acompanha, desde o final da I Guerra Mundial, de uma ampliação do campo que se propõe a reger. As constituições editadas neste últimos 70 anos não se contentam com organizar o poder político, limitando-o por regras cogentes, moderando-o pelo contraste de "freios e contrapesos".

As constituições modernas não são apenas políticas, como fazia questão de se dizer a Carta de 25 de março de 1824, a Constituição política do Império do Brasil. Propõem-se também a reger o "econômico" e o "social". Apresentam-se, por isto, como constituições políticas, econômicas e sociais.

O modelo de constituição política, econômica e social foi traçado pela Constituição alemã, de 11 de agosto de 1919, a famosa Constituição de Weimar. Esta, por influência dos socialistas e dos cristãos-sociais, acrescentou às normas de organização política (inscritas na sua Primeira Parte) e às liberdades públicas (inscritas na Seção 1 da Segunda Parte), preceitos relativos à Vida social (Seção 2 da Segunda Parte), à Religião e sociedades religiosas (Seção 3), à Instrução e estabelecimento de ensino (Seção 4) e à Vida econômica (Seção 5).

Este padrão foi seguido pelas constituições da "nova Europa", como as chamou Mirkine-Guétzévitch,[2] e pelas do mundo afora, que se editaram a partir de 1920.

No Brasil, a primeira a adotá-lo foi a de 1934. Desta, um Título, o IV, foi dedicado à Ordem econômica e social, e outro, o V, à Família, educação e cultura. E a linha se mantém, pois na ainda em vigor — Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n.º 1, de 1969 — há um título voltado, exatamente, para a Ordem econômica e social e outro para a Família, educação e cultura. E deverá acentuar-se na constituição que resultar da Constituinte de 1987, eis que o projeto dedica mais de um terço de suas normas a questões econômicas e sociais.

Observe-se que a introdução do econômico e social no corpo da constituição importa na adjunção de regras programáticas às regras de organização e limitação do poder. Tais normas programáticas apontam rumos, o que acentua o idealismo da constituição; entretanto, são ocasião de ineficácia da mesma, como registra a experiência (ver adiante).

1.3 A desvalorização da constituição

A difusão e a ampliação das constituições não trouxe valorização para a idéia. Ao contrário, elas contribuíram para depreciá-la. Sem dúvida alguma,

[2] Cf. Mirkine-Guétzévitch, Boris. Essai synthétique. In: *Les constitutions de l'Europe* Nouvelle. 2. ed. Paris, Delagrave, 1930.

neste final de século XX, a constituição não goza mais do respeito e da reverência que no início dele se dedicava à *Lei Magna,* como então se enfatizava.

Georges Burdeau até, num trabalho que teve à época muita repercussão, assinala, numa exageração de polemista, que a constituição é uma *survivance (La constitution, notion périmée).* E reitera no *Traité de science politique* a análise. O mestre francês aponta que a idéia de constituição não mais encontra apoio na realidade jurídica e política do mundo contemporâneo. Sim, porque do ângulo jurídico a constituição repousará sobre a idéia de unidade do sistema jurídico, vinculada à de monopólio da coerção por parte do Estado. Ora, essa unidade estaria quebrada pelo fato de que certos segmentos da vida social — regulação do trabalho e da atividade sindical, principalmente — são regidos por normas provenientes de um processo de criação espontânea, que não tem ponto de partida na constituição. Por outro lado, a constituição não mais consagraria uma "idéia de direito" única e central. Ao contrário, pela ação dos partidos, consagram "idéias de direito" objetivamente contraditórias, que mutuamente se esvaziam ou edulcoram. Tudo isto leva à perda da autoridade das constituições.[3]

A mesma tese é retomada por outro mestre francês. Paul Bastid, no livro *L'idée de constitution,* enfatiza particularmente o fato de que, numa democracia, sendo o governo, por definição, a expressão da vontade popular, há uma relutância em aceitar que a realização da política do governo encontre empecilhos nas limitações constitucionais. E isto leva ao desrespeito das normas, sem que o mais das vezes disso se tirem as devidas conseqüências.[4]

Também se deve insistir no fato de que a massa de disposições programáticas que incham as constituições contemporâneas, mormente nos capítulos sobre a "ordem econômica" e sobre a "ordem social", igualmente contribui para a desvalorização da idéia de constituição. Freqüentemente fruto de desejos em descompasso com o possível, não raro essas normas permanecem letra morta. Ora, quando uma parcela da constituição é ressentida como não-cogente, a imperatividade de toda a constituição com isso perde.

2. *Padrões heterodoxos de constituição*

2.1 A constituição "dirigente"

É verdade que, hoje, autores há que defendem concepções da constituição nitidamente divergentes da clássica. Para esta, a constituição era essencialmente normativa mas de imperatividade ou *cogência absoluta,* pois a violação de qual-

[3] *Traité de science politique.* Paris, LGDJ, 1957. 7. p. 156 e segs.
[4] Paris, Economika, 1985. p. 189.

quer de suas normas — a inconstitucionalidade — importava em nulidade. É a lição famosa de Marshall no caso Marbury *versus* Madison.

Exatamente por isso, as normas programáticas que prometem benefícios a serem futuramente alcançados em decorrência de uma legislação ordinária a ser editada, sempre foram vistas com desconfiança pelos constitucionalistas. Com efeito, essas normas são inexigíveis, não acarretando o descumprimento da promessa — a não-edição da lei regulamentadora — qualquer sanção.

Uma corrente nova, porém, que tem, entre os juristas de língua portuguesa, o professor português José Joaquim Gomes Canotilho como expressão maior, pretende que a constituição deve ser um programa de conformação da sociedade.[5] Ela, destarte, *dirigiria* a própria ação governamental (daí a designação: constituição dirigente), no sentido de que estabeleceria "uma direção política permanente" que se imporia sobre qualquer "direção política do governo" naturalmente "uma direção política contingente".[6]

Isto significa que a constituição se torna, antes de tudo, uma "lei material" a preordenar fins, objetivos, até meios, num sentido rigidamente estabelecido. Não uma "lei processual", um *instrument of government* a definir competências, regular processos, estabelecer limites, conforme observa Canotilho.[7]

Claro está que esse desiderato não prescinde de mecanismo para superar a "omissão legislativa", que, ocorrendo, deixará no papel a orientação permanente traçada pela constituição (ver adiante).

Na prática, a doutrina da constituição dirigente está associada a uma corrente ideológica, socialista, paramarxista. Esta busca, pela inserção no texto constitucional de objetivos e princípios de transformação econômica e social, "prender" os futuros governos à realização desse desiderato. Este posicionamento bem longe está do consagrado pelo liberalismo, o qual, ao organizar e limitar o poder, não impede que esse poder, segundo cada determinação eleitoral, siga uma ou outra política.

Exemplo de constituição dirigente é a Carta portuguesa de 1976, toda ela empenhada na transformação de Portugal "numa sociedade sem classes" (art. 1.º). Sem grande êxito, porém, segundo lamenta Canotilho. Este, realmente, observa: "Perante a experiência constitucional portuguesa, devemos ter serenidade bastante para reconhecer que a hipertrofia programática não resolve só por si os problemas de direção social, dado que ela implica que se confie a concretização do 'programa' a instâncias políticas, ficando largamente dependente da 'vontade constitucional' dos detentores do poder."[8]

5 *Constituição dirigente e vinculação do Legislativo.* Coimbra, Coimbra, 1982, p. 487.
6 Ibid. p. 87.
7 Ibid. p. 157.
8 Id. ibid.

A doutrina da constituição dirigente concebe a constituição como normativa. Isto é, como definidora de um *dever-ser,* que venha a transformar a sociedade. Marca o abandono, por socialistas, da concepção da constituição-balanço.

2.2 A constituição-balanço

Realmente, na linha de Lassalle, os socialistas sempre conceberam a constituição como um *reflexo* da realidade. Na União Soviética, a constituição veio a ser concebida como um *balanço,* o registro do alcançado numa etapa. Por isso, a cada fase deve corresponder uma constituição: a de 1924, à da ditadura do proletariado; a de 1936, à do Estado "socialista dos operários e camponeses"; a de 1977, à do Estado do "povo inteiro".[9]

Foi o próprio Stalin que enfatizou: "Uma constituição não deve ser confundida com um programa (...) Entre um programa e uma constituição há uma diferença essencial. Enquanto um programa fala do que não existe ainda e do que deve ser ainda obtido e conquistado no futuro, a constituição deve falar, ao contrário, do que já é, do que está obtido e conquistado, agora, no presente."[10]

2.3 As constituições-nominais e semânticas

Entretanto, sem doutrina alguma que as justifique, muito menos as recomende, prevalecem no mundo atual as *constituições-disfarce.* Como observa Loewenstein, "uma constituição escrita dá a qualquer regime político uma sorte de respeitabilidade".[11] Ora, em busca desta respeitabilidade, os detentores do poder muito freqüentemente disfarçam por meio da constituição a crua realidade da autocracia.

Na lição desse autor, a constituição é "semântica" sempre que serve apenas para perpetuar no poder os seus detentores de fato. Em vez de organizar, limitando, esse poder, ela simplesmente atua como um instrumento de estabilização.[12]

Exemplo típico de tal tipo de constituição é fornecida pela Carta brasileira de 1937. Esta foi editada como um meio para dar respeitabilidade ao poder pessoal de Vargas. Com efeito, o presidente da República, o próprio outorgante da Carta, permaneceu com poderes ilimitados, mesmo depois de promulgada

[9] Collignon, Jean-Guy. *La théorie de l'État du peuple tout entier en Union Soviétique.* Paris, PUF, 1967 p. 17.
[10] Apud Collignon ob. cit. p. 5.
[11] Loewenstein, Karl. *Political power and the governmental process.* 2. ed. Chicago, Chicago Press, 1965, p. 145.
[12] Id. ibid. p. 150.

essa constituição. Basta lembrar que o art. 180 dava o poder de legislar ao presidente da República enquanto não se reunisse o Parlamento Nacional, cujas eleições não foram convocadas senão em 1945, já no desenrolar do processo que levou ao fim do Estado Novo, e o art. 186 estabelecia por tempo indeterminado o estado de emergência. Este só foi levantado por ato de 30 de novembro de 1945, posterior, portanto, à queda de Vargas (29 de outubro).

Por outro lado, é "nominal" a constituição ineficaz. Ou seja, a constituição que efetivamente não rege o poder, embora não tenha sido editada apenas para justificá-lo. É o caso das constituições de regimes autoritários, em que o texto constitucional é freqüentemente descumprido, embora haja sido estabelecido no intento de "fazer" uma democracia.

3. *A ineficácia da constituição*

3.1 Eficácia e ineficácia das constituições

O fenômeno da ineficácia de constituições — evidentemente das constituições editadas "para valer" e não apenas para dar respeitabilidade a um regime de fato — não foi ainda devidamente estudado. Talvez porque os constitucionalistas se sintam inconscientemente inclinados a fugir de um tema que certamente lhes desvaloriza a especialidade. Essa investigação, todavia, serviria, pelo menos, para que fosse evitada a frustração de ver uma constituição perfeita — democrática, liberal, social... — permanecer letra morta.

A eficácia das normas editadas por uma constituição certamente depende de fatores objetivos, cuja ausência ou deficiência enseja a ineficácia. Esta, sem dúvida alguma, não procede tão-somente da "maldade dos homens", dos desígnios dos detentores do poder, da malícia da elite dominante. Afinal, como já apontou Montesquieu, a sabedoria milenar mostra que quem detém poder vai até onde encontra limites. Ora, se a constituição põe esses limites, eles evidentemente são inúteis se não forem efetivos. Assim, é mister saber o que torna efetivos tais limites, ou impede que o sejam, para que o estabelecimento de uma constituição não seja uma obra imprestável.

3.2 Alguns fatores condicionantes da ineficácia

Uma especulação superficial sugere alguns fatores que, isolados às vezes, conjugados freqüentemente, produzem a ineficácia. Ou, sempre inter-relacionados, a eficácia.

Robert Dahl, no importante livro *Polyarchy*, faz uma análise dos fatores que contribuem para o estabelecimento de um regime democrático, a qual é fértil

de sugestões para o tema em discussão.[13] Na sua linha, no livro *A reconstrução da democracia,* aponto que influem na eficácia ou ineficácia das constituições razões de ordem histórica, de ordem econômica, de ordem social, de ordem política.[14]

Realmente, as tradições podem favorecer ou dificultar o autogoverno — como o respeito às leis e à maior delas, a constituição. Também pesam, especialmente em relação à estabilidade governamental, as crises geradas pelas tensões do desenvolvimento, pelos desníveis entre classes e regiões. É sabido, igualmente, que a dispersão das desigualdades conduz ao pluralismo, enquanto a concentração gera uma situação pouco propícia a governos democráticos. Da mesma forma, o nível de cultura política — a cultura de participação — é necessário para o bom funcionamento das instituições democráticas.[15] Por sua vez, o sistema partidário contribui para ensejar ou bloquear a participação popular, inerente ao governo da maioria. Todos esses fatores, em conseqüência, favorecem ou desfavorecem a constituição num ponto essencial: a forma de governo.

Dentre os fatores de ineficácia, parece avultar o sentimento de ilegitimidade da instituição, ou da norma. Todo grupo tem uma "idéia de direito", ou seja, uma idéia ainda que tosca e mal formulada do que seja justo, inclusive na ordem política.[16] Ora, quando a constituição, no todo ou em parte, é percebida como ilegítima, perde ela a autoridade e sua observância vai apenas e tão-somente depender de mecanismos formais, em geral insuficientes para impor o respeito a seus mandamentos (ver adiante).

Por outro lado, em determinados momentos históricos, a sociedade global aparece fracionada em grupos que, por aderirem a idéias de direito divergentes, quiçá em muitos pontos incompatíveis, têm cada um a sua concepção de legitimidade. O conflito de legitimidades rompe o *consensus* sobre o qual repousa a estabilidade das instituições, propicia o clima revolucionário, antecipa a perda de eficácia da constituição como um todo mais provavelmente do que a ineficácia de um setor de suas regras.

3.3 O "idealismo" da constituição

Vale ressaltar um fator, este subjetivo, que não raro conduz à ineficácia da constituição. É ele o que Oliveira Vianna denominou de "idealismo" da constituição.[17] Ou mais precisamente, o "idealismo utópico" na constituição.

[13] 4. ed. New Haven, Yale University Press, 1975.
[14] Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. A reconstrução da democracia. São Paulo, Saraiva, 1979.
[15] Id. ibid. p. 148.
[16] Ver: Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. "O poder e seu controle". *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, Senado Federal, (84): 69 e segs.
[17] O idealismo da constituição. 2. ed. São Paulo, Nacional, 1939.

Aponta ele: "O que realmente caracteriza e denuncia a presença do idealismo utópico num sistema constitucional é a disparidade que há entre a grandeza e a impressionante eurritmia de sua estrutura e a insignificância do seu rendimento efetivo — e isto quando não se verifica a sua esterilidade completa."[18]

Tal disparidade seria essencialmente o fruto do descompasso entre o constitucionalizado e o possível, num dado momento, para um determinado povo. Quer dizer, a consagração, em toda a pureza, de fórmulas abstratamente ideais, sem levar em conta o povo que deve vivenciá-las e os fatores condicionantes de sua cultura, produz essa ineficácia por idealismo. As normas postas estão de tal modo acima da cultura política do povo, que não lhe obtém a adesão por serem para ele incompreensíveis. Isto ocorre igualmente quando instituições são transplantadas de um Estado para outro, sem que se tenham em conta as condições de sua formação e arraigamento acolá, sem que leve em consideração aqui a realidade que vai recebê-las.

Evidentemente, isto não significa que a constituição, para ser eficaz, deva ser uma constituição histórica, resultante de uma evolução natural, gerada inconscientemente pelos homens através da sucessão de eventos. Mas sim que as normas de uma constituição devem estabelecer um dever-ser que eventualmente aprimore uma situação estabelecida, dentro dos limites do possível. Isto é, as mudanças não podem ser nem exageradas nem bruscas demais, devem graduar-se em função do nível de cultura política alcançado pelo povo e dos demais fatores condicionantes da ordem política. Na ponderação desse possível, está a sabedoria, a prudência, diriam os romanos, do constituinte.

4. *A proteção à constituição*

4.1 As duas faces do problema

Se a ineficácia da constituição depende fundamentalmente de fatores sobre os quais a vontade humana não tem poder, ou pelo menos não tem poder imediato, nem por isso a Lei Magna tem de ficar indefesa, desprovida de mecanismos jurídicos que lhe procurem assegurar o cumprimento. Este instrumental é certamente impotente para garantir uma constituição ressentida como ilegítima, ou para dar efetividade a normas demasiado "idealistas". Mas fora destas situações extremas, contribuem, como outros mecanismos contribuem noutros campos do direito, para impor a observância das regras positivadas.

O império da constituição, entretanto, sofre ameaças tanto vindas "de fora" como "de dentro". Quer dizer, é ele posto em risco "de fora" pelos indivíduos

[18] Ibid. p. 10-1.