

REMARQUES SUR L'IDÉE DE CONSTITUTION ET LA SIGNIFICATION SOCIOLOGIQUE DU
DROIT CONSTITUTIONNEL

TRADUÇÃO de Paulo Zavascki

NOTAS SOBRE A IDEIA DE CONSTITUIÇÃO E A SIGNIFICADO SOCIOLÓGICO DO DIREITO
CONSTITUCIONALⁱ

Por

JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA

Professor na Universidade de São Paulo

1. A constituição política é a lei fundamental do Estado. Ela pode ser uma lei escrita ou um conjunto de regras estabelecidas somente pelo costume, como ainda se vê no regime inglês. A palavra “constituição” começou a ser empregada nesse sentido após a formação dos Estados Unidos da América e a Revolução de 1789. Antes, falava-se de “lei fundamental”.

Leis fundamentais do Reino era aquelas que estabeleciam os princípios reguladores do exercício do poder real, mais particularmente de sua transmissão por via hereditária. Eram, as *leis do Reino*, distintas das *leis do Rei*, leis invioláveis e não submissas à vontade do soberano, como as últimas.

Essas normas eram por vezes imprecisas e de origem consuetudinária, não fazendo referência a nenhum texto legislativo, mas enunciadas em sessões das assembleias representativas e em obras de juriconsultos.

Quando se comparam as leis fundamentais de antigas monarquias europeias com as modernas constituições democráticas, nota-se com facilidade nessas uma sistematização arquitetônica, uma maior amplitude das disposições, abrangendo todas as esferas de ação do poder, além de uma precisão mais rigorosa.

Com isso podemos compreender a razão pela qual Émile Chénon diz que não devemos qualificar leis fundamentais da monarquia francesa de “constituição” da antiga França. Segundo sua percepção, faltavam-lhes duas atribuições indispensáveis para que ela fosse uma constituição: a determinação precisa de regras e, principalmente, uma sanção.¹

É bem verdade que a constituição, em seu sentido moderno, apresenta traços característicos de uma técnica jurídica inexistentes naquelas leis fundamentais. A despeito disso, não se pode negar nessas leis a ideia essencial de sistema introduzida pelas constituições de nosso tempo, isto é, a subordinação do Estado ao Direito. No entanto, dado que as monarquias tradicionais floresceram em um momento espiritual de Cristianidade, essa subordinação adquiria um sentido mais profundo: o detentor da autoridade suprema do Estado deveria reconhecer, acima de sua soberania, o poder absoluto de Deus, e como fundamento da ordem jurídica positiva, o direito natural, sem ainda mencionar o poder exercido pelo Pontífice

¹ *Émile Chénon*, História Geral do Direito Público e Privado Francês desde suas origens até 1815, tomo II, primeiro fascículo, Coleção Sirey, 1929, p.345.

Romano, um poder direto sobre em termos espirituais e indireto em uma perspectiva temporal.² Marsile de Padoue, famoso autor de *Defensor Pacis* (defensor da paz) – um livro insólito à época em que foi escrito – negava a autoridade do Pontífice e preconizava a consolidação do poder do Imperador. Defendia uma quebra total dos laços de submissão do poder civil ao poder eclesiástico e a sobreposição do Estado pelo poder eclesiástico e atribuía ao Estado a jurisdição sobre os assuntos da Igreja. Seu pensamento era o antípoda dos princípios até então dominantes, e assim o herege da corte de Louis de Bavière antecipava o Estado moderno, em que a soberania se afirma também sobre a ordem espiritual num caminho em direção ao totalitarismo.

Como Marsile, seus contemporâneos Guillaume d’Occam e Jean de Jandun exaltavam o Estado e queriam liberar o soberano das limitações de poder até então reconhecidas. Eram seguidos por legistas, que recorriam ao direito romano com a mesma intenção. Mais tarde, Maquiavel estabelece o princípio da “razão de Estado”, e Bodin tenta uma sistematização em torno do conceito de soberania.³

Tanto esses como aqueles deram ao Estado moderno suas primeiras coberturas ideológicas. Quanto a esse ponto, não se pode esquecer a influência decisiva do protestantismo, com as “monarquias de direito divino” e também preparando os espíritos para uma nova filosofia política, que foi a do liberalismo.⁴

Os eventos históricos da época de transição da sociedade feudal para regimes de monarquias centralizadoras contribuíram à decolagem do movimento de afirmação do poder real, apoiado pelas forças armadas, que começaram a se constituir, e pelos braços da dialética que os apologistas do absolutismo souberam habilmente empregar.

A aparição das armas de fogo, das guerras de religião, as expedições marítimas, o enriquecimento do tesouro público e tantos outros fatos transformaram a vida econômica e política dos povos, dando ensejo ao declínio do feudalismo e o surgimento de uma centralização progressiva.

Nessas condições, as técnicas de limitação do poder até então praticadas se mostraram inoperantes. O absolutismo monárquico encontrava solo fértil para se desenvolver e nada o impedia de se tornar um despotismo.

A diferença entre o regime absolutista e o regime despótico, ensinada por Montesquieu em uma divisão aplicável às monarquias e às repúblicas, consiste essencialmente no fato do soberano reconhecer ou não uma limitação moral ao exercício de seu poder. O monarca absoluto não necessariamente é um déspota⁵. Ele pode agir em conformidade com sua

² Loyseau indicava três espécies de leis limitativas do poder do soberano: as leis de Deus, as regras de justiça natural e não positivas e as leis fundamentais do Reinado (*Libre des seigneuries*, II, 9). Essa tríplice distinção nos mostra que as leis fundamentais do Estado eram concebidas no sentido de direito positivo e não de direito natural.

³ Após Machiavel e Bodin é necessário mencionar o nome Hobbes, cujo sistema pode ser considerado uma antecipação ideológica do Estado totalitário.

⁴ As consequências políticas do protestantismo foram duramente estudadas, de Balmes e Tocqueville à Max Weber e Troeltsch. A propósito do puritanismo, Giulio Bruni Roccia escreve: “Nono si penetra nella formazione del mondo moderno e dele forze che ancor oggi, sotto i più diversi aspetti, affiorano nella storia se non si scende in profondità nel problema dell’influenza esercitata dal puritanismo sullo sviluppo delle idee politiche e della coscienza anglosassone”. (*G. Bruni Roccia*, La ragion puritana. Diritto e Stato nella coscienza anglosassone, Milano, Giuffrè, 1952, p.3).

⁵ Cf. também *G. Leibholz*, Das Phänomen des totalen Staates in Festschrift für Herbert Kraus, 1952, p. 157-158.

consciência e ao mesmo tempo convicto de que deverá prestar contas à Deus, sabendo que o poder lhe foi concedido para servir e cumprir o dever de fazer justiça sem distinção entre pessoas. Ele pode, assim, concretizar a ideia de Estado de Direito, não de acordo com a modalidade liberal-burguesa das democracias modernas, mas em sua essência, que é a subordinação do poder político a normas superiores de uma ordem jurídica que não pode ser alterada pela vontade dos detentores do mesmo poder. A subordinação à lei natural e à lei divina positiva, como regra fundamental das ações tomadas pelos detentores de poder, tem um significado muito mais abrangente do que a simples submissão deste às leis fundamentais do direito positivo. Mas evidentemente, tudo isso continua dependente da consciência de daquele que exerce o poder. Caso ele não observe essas limitações de ordem moral, o soberano torna-se déspota e seu bel-prazer se transformará em *suprema lex*.

Émile Chénon, após ter dito que a teoria das leis fundamentais nada mais era senão um limite *moral* ao poder do Rei, conclui da seguinte maneira: “esse limite, amplamente suficiente quando o rei se chama São Luiz, deve ter parecido menos eficaz quando relacionada a Luis XIV”⁶.

O regime constitucional do *Staatsrecht* procura precisamente assegurar a eficácia das limitações do poder, a fim de proteger os cidadãos do despotismo. Essa técnica de garantia de liberdades e limitações do poder nos fornecem os alicerces da ideia moderna de “constituição”.

2. Por vezes reduzimos as modalidades de regimes monárquicos a dois: a monarquia absoluta e a monarquia constitucional. Essa sendo considerada sinônimo de monarquia limitada. Mas é sabido que, na história do povo europeu, a ordem jurídica da monarquia tradicional, antes do absolutismo, estabelecia limitações ao poder real, que não devem ser confundidas com o sistema do constitucionalismo liberal. Essas limitações eram feitas de acordo com condições próprias de seus povos, muito antes que se tivesse tomado conhecimento da complexidade do Estado moderno e da sistematização das constituições escritas. A sociedade era fortemente descentralizada, o direito se caracterizava por sua formação espontânea, a lei escrita ainda não havia atingido a preponderância que possui atualmente, e a distribuição de competências e do exercício das funções judiciárias obedeciam à critérios diversos daqueles utilizados hoje. Ainda assim, não se pode deixar de reconhecer nas das monarquias limitadas o mesmo princípio aplicado pelo direito constitucional moderno com uma nova técnica e em condições políticas diferentes: a limitação do poder do Estado para defender liberdades.

Além das limitações de natureza ética e religiosa, eram conhecidas aquelas decorrentes de determinações convencionais, costumeiras, ou ainda do direito escrito. Elas eram bastante difundidas entre os povos hispânicos, com sua tradição dos *fueros*. Antes que barões ingleses obtivessem do rei João as garantias da Magna Carta, Afonso IX, à Corte de Leon, submetia-se ao princípio segundo o qual o rei não podia fazer uso da propriedade ou da pessoa de qualquer um de seus súditos senão por meio de processo legal. Essas cortes se reuniram em 1188 e em 1299 a Corte de Valladolid reiterou o mesmo princípio. A. J. Carlyle e J.B. Trend evidenciaram que não é na Inglaterra, mas nos povos da península ibérica que devemos procurar as primeiras manifestações de sistema representativo⁷. O historiador da administração pública portuguesa,

⁶ Émile Chénon, loc. Cit.

⁷ A. J. Carlyle, *la libertad politica*, trad. De Vicente Herrero, Fondo de Cultura Economico, Mexico, p. 31-32 e J.B. Trend, *The Civilization of Spain*, Geoffrey Cumberlege, Oxford, University Press, p. 64. As tradições da monarquia visigoda e do *Fuero Juzgo* determinava que o poder do Rei não deveria ser absoluto: “Rex eris si recta facies, si non facies, non eris.” Rafael Bielsa mostra, nas instituições de Aragão, a primazia do “fuero de manifestation” em relação ao “habeas corpus” inglês e evidenciou no “justiciazo de Aragón” uma modalidade primitiva do recurso de inconstitucionalidade de leis (Rafael Bielsa, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*,

Gama Barros, estudou os elementos moderadores do poder real em Portugal e demonstrou que esses elementos exerciam uma tarefa eficaz, a despeito da força do monarca como senhor supremo que era, chefe militar e juiz de última instância. Esses elementos eram o Clero, as Ordens Militares, a Nobreza, o Povo dentro dos conselhos (comunais, municipais), bem como *Côrtes* ou assembleias representativas das ordens ou estados do Reinado⁸.

As cartas de franquia eram as constituições das comunas ou conselhos, como os *fueros* na Espanha. O sistema representativo, as autonomias locais e regionais, as liberdades corporativas, além dos costumes feudais, correspondiam aos componentes da organização da sociedade política antes da centralização do absolutismo. Esses elementos subsistiram, mesmo após o crescimento do poder central, mas pouco a pouco perderam a vitalidade de outrora, submetendo-se aos efeitos das transformações políticas e econômicas.

Tratava-se de um conjunto de limitações estruturadas pelo direito positivo. As leis fundamentais pertenciam ao direito positivo e não ao direito natural, formavam uma sobre-legalidade, acima de outras regras jurídicas. Chénon não reconhecia o caráter constitucional dessas leis dada a sua falta de precisão e ausência de sanção. Mas não se pode negar que algumas daquelas leis eram bastante precisas, como, por exemplo, as que regulamentavam a sucessão real na França, retirando do trono as mulheres, os filhos bastardos e os hereges, ou ainda o princípio segundo o qual o soberano não podia instituir novos tributos ou aumentas aqueles já existentes sem o consentimento das assembleias representativas. No tocante à sanção, mister pontuar não se tratar de um elemento indispensável para a configuração de uma Lei constitucional. Muito se pode debater a respeito dessa última questão, mas nos limitaremos a tecer duas ou três observações.

Primeiramente, vale lembrar o caso dos textos de constituição equivalentes aos de comentários doutrinários. Certamente não se trata de regras coercitivas, mas que tem por objetivo orientar em linhas gerais a sistemática da ordem jurídica de um Estado. Podemos citar, por exemplo, os artigos segundo os quais todo poder emana do povo e deve ser exercido em seu nome, ou declarações como as do art. 90 da Constituição da Bulgária, de 1947: “A defesa da pátria é um dever supremo e uma questão de honra para cada cidadão”. O mesmo pode ser dito do artigo 145 da constituição brasileira de 1946 ao dispor que a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, “conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

As disposições das Declarações de Direitos podem ser assimiladas a essa categoria de comentários doutrinários, o que lhes fazem sofrer críticas daqueles que viam nelas um formalismo sem eficácia na vida real. A liberdade se torna abstrata e vazia de conteúdo quando a lei se limita a definições, sem possuir meios necessários à sua realização em condições reais de uma sociedade concreta. Seria este o porquê de, após a abolição dos privilégios das aristocracias, os princípios da igualdade jurídica e da liberdade de trabalho não terem sido

Buenos Aires, 1936 e *Estudios de Derecho Publico*, III: *Derecho Constitucional*. Librería Editorial Depalma, o. 348-349). O pioneirismo cronológico dos reinos ibéricos na formação do sistema representativo é reconhecido, por Antonio Sadinha, quando tratando de Portugal (ver *A. Sadinha*, *Teoria das Côrtes Ferais*, prefácio do livro do 2º Visconde de Santarém *Memórias para a História e a Teoria das Côrtes Gerais*). Os procuradores dos “conselhos” representando o “terceiro braço”, isto é, o povo, possuindo acentos nas *Côrtes* de Leiria (1254) e de Santarém (1263) antes que na Inglaterra os comuns fossem admitidos no Parlamento.

⁸ *H. Gama Barros*, *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*, Liv. II, Tit. I, c. II: limitações do poder real (Tomos II e III da segunda edição, dirigida por Torquato de Souza Soares, Livraria Sá da Costa, Lisboa).

suficientes para impedir a formação de novas classes de privilegiados na sociedade burguesa capitalista.

O caráter geral das normas constitucionais mais importantes – aquelas que determinam direitos fundamentais – requer a complementação da constituição por leis ordinárias. Essas detalham e indicam disposições concretas. Uma particularidade interessante de se notar é o fato de a legislação ordinária modificar a constituição: leis eleitoras limitadoras do direito de sufrágio, a despeito do sufrágio universal fixado na constituição; leis de defesa nacional ou de segurança do Estado que praticamente anulam as garantias constitucionais; ou ainda leis de redirecionamento econômico, que desconsideram a inviolabilidade do direito adquirido assegurada pela constituição.

O problema da sanção de normas constitucionais pode ser abordado a partir de uma perspectiva mais abrangente e podemos nos questionar se a sanção é o não parte essencial da norma de direito genericamente considerada. Àqueles que respondem afirmativamente, poderíamos opor a tese daqueles que caracterizam a norma jurídica pela possibilidade de uma sanção e não pela sanção efetiva de todos os seus dispositivos; ou ainda de outros que consideram suficiente, para uma norma jurídica, a garantia de sua observância a partir de critérios objetivos, na estrita aplicação de seus termos e independentemente de qualquer margem de arbitrariedade daqueles que devem ser aplicados.

Outros ainda podem considerar o elemento coercitivo indispensável ou essencial à norma do direito positivo dentro de um sistema de Estados modernos, com a primazia da lei escrita e a rigidez de um texto constitucional. Esses, no entanto, não devem tentar explicar, com base nesse tipo de organização jurídica, instituições de outras épocas e de outros contextos sócio-políticos.

Nos dizeres de Manuel García-Pelayo, a sanção, ainda que seja um ponto essencial do Direito, “supõe uma ordem jurídica dominada pelo direito legal, que não é senão uma das possíveis formas de estruturação jurídico-normativa”. Ademais, a sanção, no sentido que lhe é atribuído pela ciência jurídica, pressupõe uma ordem de competências existentes somente dentro de um Estado moderno⁹.

Podemos concluir que não se deve negar às antigas leis fundamentais seu caráter de leis constitucionais de Estado, nem por conta de sua imprecisão, nem pela ausência de sanção. Apesar dessa imprecisão, elas estabeleciam uma sobre-legalidade, fixavam princípios básicos da constituição do poder e asseguravam alguns direitos fundamentais de indivíduos ou agrupamentos.

3. Existe uma variedade de sentidos da palavra “constituição”, usada para designar a lei fundamental de um Estado. Carl Schmitt apresentou essa gama de significados da *lex fundamentalis*, começando pela aplicação dessa expressão a todas as leis consideradas de maior importância política para um conjunto de pessoas ou agrupamento que influenciassem o Estado.

Segundo o mesmo autor, e de forma mais determinada, podemos citar os seguintes significados:

⁹ M. García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, 2ª ed., Revisata de Occidente, Madrid, p. 105. O autor defende a seguinte tese: pela sua natureza mesma, o direito constitucional não possui pressupostos necessários à uma ordem de normas jurídicas coercitivas (“por su propia naturaliza, el Derecho constitucional carece de los supuestos necesarios a um orden de normas jurídicas coercitivas”, op. cit, p. 102).

- 1-) Norma absolutamente inviolável e não susceptível de reformas.
- 2-) Normas relativamente invulneráveis que pode ser reformada à partir de um processo extraordinário.
- 3-) Princípio unitário último da unidade política e da ordenação social do Estado. Assim era a “constituição” para Aristóteles e os filósofos gregos. Toda sociedade política é constituída, de uma maneira ou de outra. Ela terá sua própria maneira de ser, isto é, sua constituição.
- 4-) Qualquer princípio particular de organização do Estado, v.g. direitos fundamentais, divisão de poderes, o princípio representativo.
- 5-) a norma última dentro de um sistema de imputações normativas (a lei das leis). As outras leis devem estar correlacionadas a essa norma, que estabelece a unidade da ordem jurídica. A concepção de Hans Kelsen é um exemplo bastante significativo desta concepção.
- 6-) qualquer regulamentação orgânica de competência e procedimentos a serem adotados nas atividades estatais mais importantes.
- 7-) toda limitação de faculdades ou atividades estatais.
- 8-) Constituição em seu sentido positivo: ato do poder constituinte, originário de uma decisão política unilateral tomada pelo sujeito de poder, ou de um acordo de alguns desses sujeitos¹⁰.

É bem verdade que nem todos esses sentidos de “lei fundamental” se aplicam ao conceito de constituição. Por outro lado, essas acepções não são necessariamente excludentes umas das outras, e por vezes se apresentam como aspectos diferentes de um mesmo objeto.

Em um plano da conceituação abstrata, existe uma equivalência entre lei fundamental e constituição, no sentido de ponto último de imputação normativa. De acordo com a concepção de Kelsen, a ordem jurídica é constituída por uma hierarquização perfeita, em que cada norma é estabelecida a partir de prescrições de uma regra superior, chegando à Constituição do Estado, que pode ser representada pelo topo de uma pirâmide. De cima à baixo, devem ser colocadas a constituição, as leis, os regulamentos. Acima da constituição positiva pode-se ainda constar um estatuto internacional, e, em caso de ausência deste, existirá ao menos uma lei fundamental de significação transcendente (*Grundnorm*), que deve ser concebida com o objetivo de completar logicamente o sistema e cujo enunciado é: a constituição deve ser respeitada.

Leis fundamentais, no sentido de princípios particulares da organização do Estado, são princípios constitucionais. É o caso da divisão de poderes e do princípio representativo.

A constituição, considerada em sua integralidade, pode significar: 1) lei fundamental positiva de um Estado, no conjunto de seus preceitos, originários do costume ou escritos em um texto elaborado pelo detentor de poder constituinte; 2) estrutura da sociedade em conformidade com sua formação natural e desenvolvimento histórico.

¹⁰ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, §5 (Dritte unveränderte Auflage, Duncker & Humboldt, Berlin, s. 42).

Essas são, respectivamente, a constituição jurídica do Estado e a constituição histórica de uma sociedade. A primeira é Constituição no sentido normativo da sistemática do direito positivo. A segunda é constituição no plano da ontologia social e da dinâmica da história.

De acordo com o constitucionalista brasileiro Pinto Ferreira, os normativistas kelsenianos erram ao simplesmente reduzir a ideia de constituição à um conceito puramente normativo e jurídico.¹¹

A distinção entre essas duas percepções da constituição foi percebida por Proudhon, que a usou como uma premissa de seu anarquismo. O autor de *Confissões de um revolucionário* (*Confessions d'un Revolutionnaire*) opunha a constituição política à constituição social, e considerava a primeira como um produto artificial destinado a ficar abaixo da segunda em uma evolução progressiva em direção à consolidação de uma sociedade livre do opressivo mecanismo estatal.

A sociedade contemporânea caminha em sentido contrário da previsão proudiana. O campo das autonomias sociais se estreita cada vez mais e a estatização da vida é cada vez mais acentuada. O socialismo nos leva a uma unidade totalitária e não ao pluralismo federalista preconizado por Proudhon. As constituições políticas construídas artificialmente, no mais das vezes nos levam à constituição social sem que nela estejam calcadas.

4. Eis o ponto central da reforma constitucional em países como o Brasil e os da América Espanhol, aonde há um conflito permanente entre as fórmulas da constituição política e a da realidade da constituição social. É a própria ideia de constituição que está em jogo, o modo de enquadrar a constituição jurídica do Estado na constituição histórica da sociedade.

A crítica sociológica às constituições brasileiras, feita por Tobias Barreto, Euclides da Cunha, Alberto Torreres e, principalmente, Oliveira Vianna, giram em torno desse conflito que pode ser encontrado em outros povos cujo direito político é também dominado por um formalismo exagerado. Gaston Morin escreveu sobre “a revolta dos fatos contra o código” e podemos dizer o mesmo a respeito da Constituição. Trata-se do conflito entre o “país legal” e o “país real” sobre o qual tanto se falava na França¹².

“O que é a constituição?” pergunta Joseph de Maistre. Ele nos responde que é a solução do seguinte problema: “*Considerando a população, os costumes, a religião, a situação geográfica, as relações políticas, as riquezas, as boas e más características de uma certa nação, encontrar as leis que lhe convenham*”¹³.

Nesse excerto, Joseph de Maistre evidentemente não pretendia definir uma constituição, mas explicitar os termos do problema constitucional, seus *status questionis*. No trecho, encontram-se as duas concepções de “constituição social” e “constituição política”.

A primeira toma a constituição relativamente à sociedade civil, como quando essa palavra é empregada para designar a condição de um organismo individual. A *constitutivo corporis* faz referência à complexidade de um corpo. De forma similar, a constituição de um organismo social representa a maneira pela qual seus diversos elementos são reunidos para formar uma unidade

¹¹ Pinto Ferreira, Da Constituição, 2ª edição, 1956, José Konfino Editor, Rio de Janeiro. Cf. também G. Leibhlz in *Juristische Wochenschrift* 1932 (vol. 61) p. 3752-3755.

¹² Essa foi a terminologia empregada pelos defensores da Ação Francesa.

¹³ Joseph de Maistre, *Considérations sur la France*, in *Œuvre complètes*, Librairie Catholique Emmanuel Bitte, Lyon, Paris, 1924, t.I, o.75.

coletiva. Os sociólogos compararam a sociedade a um vasto organismo. Trata-se de uma analogia, exagerada pelo organicismo sociológico que deve ser compreendida metaforicamente para clarificar o conceito de sociedade. Calcada nessa analogia, o termo “constituição” – significando complexidade ou temperamento – pode ser aplicado às sociedades e, nesse sentido, toda sociedade civil ou política tem sua constituição.

Isso nos permite compreender os fragmentos de veracidade das monstruosas concepções modernas de Estado totalitário. Por que os adversários do totalitarismo por vezes se impressionam com a capacidade destes de atingir a unidade social do regime soviético atual, ou da Alemanha nazista antes da guerra? Porque esses regimes foram capazes de integrar todos os elementos constitutivos da sociedade em uma totalidade global, integração essa mais difícil de se fazer em democracias que respeitam os princípios de liberdade de iniciativa, da concorrência e de organização. Mas o totalitarismo transforma o Estado no agente único dessa integração, suprimindo a autonomia das pequenas comunidades e sacrificando a liberdade da pessoa. Isso é o que há de odioso e inumano nesse sistema, seu erro mais pernicioso. O que ainda não conseguimos atingir é o ideal de uma sociedade cuja coesão interna resulte do funcionamento harmônico de suas partes, integradas pelo Estado em um plano superior de interesses nacionais sem com isso perder a justa autonomia.

Dadas as condições das sociedades contemporâneas, esse objetivo exige uma certa planificação da sociedade pelo Estado. Trata-se de uma das questões centrais de nossos dias. Seríamos capazes de fazer uma planificação sem sacrificar liberdades? Para salvar a liberdade, deveríamos chegar a comprometer a planificação nacional?¹⁴

Essa é a questão em relação a qual nem os adeptos do totalitarismo, nem os da democracia chegaram a uma alternativa. O barco do Estado continua flutuando entre a Scylla e Charibde sem poder se estabilizar nessa tempestade.

A constituição política dos Estados ou se torna uma camisa de força para a sociedade, ou, ao contrário, protege o indivíduo em detrimento da sociedade ao comprometer a segurança nacional e dando margem às graves crises sociais.

Acabamos de tratar daquilo que corresponde à constituição social. Trataremos agora daquilo que deve ser a constituição política.

5. A expressão nos veio espontaneamente: daquilo que *deve ser* a constituição política. E isso após termos tratado daquilo que é a constituição social. Passaremos agora da observação dos fatos ao plano do *dever ser*.

A constituição social nos fez conhecer a sociedade tal como ela é na realidade, na forma de um organismo, ou bem constituído, ou mal constituído. Naturalmente, podemos nos questionar sobre a problemática da reforma da sociedade, de sua reconstituição. Estaremos, neste caso, no domínio do *dever ser*. No entanto, deve-se observar que a constituição das sociedades depende em grande medida de instituições naturais e de seus usos mais enraizados. Dos usos, não por conta de um determinismo físico ou biológico, mas por uma vigorosa força originária da liberdade dos homens e cujas consequências nem sempre são susceptíveis de serem controladas por essa mesma liberdade.

¹⁴ A possibilidade de uma planificação que respeito as liberdades é o tema de *Karl Mannheim*, in *Freedom, Power and Democratic Planning*. Cf. também *G. Leibholz*, *Neues Deutsches Verfassungsrecht in Hessische Hochschulwochen für staatswissenschaftliche Fortbildung* vol. 32 (1960), p.138 e ss..

De acordo com a conhecida distinção feita por Geny relativamente à elaboração do direito privado e aplicável também no direito público, a constituição social é um *dado* e a constituição política é uma *construção*.

Retomando a expressão de Joseph de Maistre citada acima: “*Considerando a população, os costumes, a religião, a situação geográfica, as relações políticas, as riquezas, as boas e más características de uma certa nação, encontrar as leis que a convenham*” (constituição política: *construção*).

Quando falamos de constituição no sentido político, isto é, a lei fundamental de direito positivo de um Estado, a palavra “constituição” não é empregada como sinônima de *constitutio corporis*, mas como derivada de *cum statuere*. Quando significando regra de direito ou lei, o direito romano adotava a expressão *constitutivo principum*. O direito moderno faz da constituição a lei fundamental, o estatuto do poder, a carta magna que assegura os direitos do homem perante o Estado. Trata-se de algo posto – *statuere* quer dizer pôr, estabelecer, constituir – mas posto por determinação dos homens, do legislador, que dita aquilo que deve ser, fixa preceito, prescreve a conduta típica.

A constituição social é um produto da natureza e da história. As famílias, células sociais, cuja interação forma as sociedades políticas, são instituições naturais. A tradição desempenha um papel decisivo na formação das sociedades, ao dá-las um caráter próprio e permitindo a diferenciação de culturas. A família e a tradição têm suas origens em atos de liberdade, a despeito de impulsos naturais na gênese da família e um ambiente já formado que condiciona a liberdade no sentido da tradição.

A constituição política é uma obra da vontade livre dos homens, mais precisamente dos homens que se colocam de acordo (*cum statuere*).

Ela possui uma origem convencional e frequentemente nasce de um pacto, um compromisso entre o detentor da autoridade e aquele que defende suas liberdades, ou entre os representantes de diversos grupos políticos em uma assembleia constituinte.

Mesmo se ela é uma carta outorgada por um chefe de Estado, ela possui um selo convencional, significando uma declaração de vontade do possuidor da soberania, que reconhece o direito dos sujeitos e se compromete a respeitá-los¹⁵.

6. Nas monarquias tradicionais dos reinos ibéricos existia uma ideia bastante clara de legitimidade constitucional, originária de um pacto entre o soberano e os súditos. Abandonada nos tempos do absolutismo, especialmente no século XVIII (despotismo esclarecido, *Aufklärung*), a noção de pacto, presente na origem de uma constituição política, é retomada nos tempos da Revolução sob inspiração individualista.

A bilateralidade das obrigações do rei e dos súditos era um princípio essencial ao direito público hispânico, já anunciado nos tempos de antigas monarquias, isto é, do Império visigodo,

¹⁵ A palavra “constituição” em sentido jurídico político pode significar:

1. Constituição costumeira;
2. Constituição elaborada por uma assembleia;
3. Constituição outorgada por um chefe de Estado (Carta constitucional);
4. Constituição produzida por um pacto, podendo ser entre assembleia e soberano.

Exemplo desse último caso: a constituição francesa de 1794. Essa constituição foi obra da Constituinte aceita pelo Rei. É, pois, o acordo do monarca com a representação popular que faz, em casos similares, a constituição. Vê-se, neste caso, o poder constituinte sendo repartido entre o soberano e a assembleia.

e formulado nos Concílios de Toledo. Esse princípio seguiu o desenvolvimento das instituições até o surgimento do absolutismo, após o qual a *concordia* da época medieval foi dissolvida na noção romana de *impérium* encontrada pelos legistas. A mesma ideia de reciprocidade obrigacional está na base do regime feudalista, construído sobre o reconhecimento do valor da *fides*. É fato que as instituições e os costumes feudais não tiveram na península ibérica a mesma expansão daquela ocorrida em outros reinos da Europa. Ainda assim, a tradição política dos hispanos apresenta uma concepção das leis fundamentais calcada no postulado do pacto central entre soberano e Nação.

Não é necessário chegar ao tempo de Suarez para encontrá-la. É sabido que esse mestre de Coimbra e seus contemporâneos de Salamanca defendiam, no século XVI, a origem popular da soberania, contrapondo-se às teses protestantes da monarquia do direito divino. Esta seria, tempos depois, a posição de Velasco de Gouveia com os doutrinadores da Restauração de Portugal (1960), que interpretavam de maneira polêmica o *pactum subjectionis* como uma delegação de poder feita ao príncipe pelo povo, em quem viam o súdito imediato da autoridade originária de Deus. Mas desde a idade média era ensinado que o rei deve jurar respeito aos *fueros*, liberdades e franquias do Reino. O caráter de soberano, de acordo praticantes cultivadores do direito, era concedido ao rei por meio desse juramento. Após seu juramento, o monarca recebia a fé e homenagens de seus súditos.

Pedro Vieira da Silva, secretário de Estado de Afonso VI, dizia que “ainda que fossem os soberanos os senhores de seus reinados pelo direito de sucessão, não poderiam tomar posse de seus governos sem ter de cumprir primeiramente, por ato público, as antigas leis e cerimônias da nação, uma vez que a autoridade não se comunicava senão por meio de tais atos, que lhe serviam de título para os presentes e para a posterioridade”. Antonio Ribeiro de Saraiva, no *Memorandum* de sua conferência com Lord Grey, apontava que a legitimidade não consiste somente no fato do soberano legítimo ocupar o poder, mas também “na obediência dos verdadeiros contratos sociais, do Direito Público Português, da Constituição Nacional”¹⁶.

A legitimidade jurídica resultava, portanto, tanto da legitimidade dinástica como da legitimidade constitucional. Não devemos nos limitar a reconhecer os direitos pessoais do titular da soberania em função de uma ordem hereditária. A plena soberania, de legitimidade completa, não existiria sem o respeito ao direito histórico e o cumprimento de leis fundamentais.

Passando de Portugal à Catalunha - outro povo da península bastante diferenciado pelas condições peculiares de sua formação política – percebe-se também a observância de princípios similares. Com a mentalidade sempre vigorosa e sua erudição luxuriante, Francisco Elías de Tejada ao estudar a doutrina política da Catalunha medieval escreve: “A ordem constitucional da Catalunha chegou, no século XIV, a uma modernidade impressionante e atingiu um senso de respeito de liberdades humanas que aspirável no século XX. O equilíbrio perfeito e sincrônico de seus elementos políticos; a equação entre poder real, privilégios da nobreza e os interesses da burguesia crescente; a presença de elevado espírito patriótico acima das questões disputadas; o senso de medida que se fazia presente mesmo nos menores detalhes; e principalmente a maravilhosa harmonia com a qual os integrantes do sistema se coordenavam, fazem da Catalunha daquele século XIV um modelo de direção política comparável somente à Aragão

¹⁶ *Apud Antonio Sardinha*, Teoria das Côrtes Gerais. Antonio Ribeiro Saraiva partilhava da causa de D. Miguel e empregava o termo “contrato social” em um sentido diferente daquele de Rousseau.

contemporâneo e superior à Inglaterra dos Eduardos e dos Henris, cujas disputas violentas são sintomas de um desequilíbrio que não encontramos na estrutura catalã”¹⁷.

Existe, portanto, na tradição hispânica das monarquias limitadas, elementos de uma constituição política no sentido jurídico-formal, ainda que desprovidas das técnicas características do constitucionalismo atual. Ela apresenta também a ideia de um acordo ou pacto. Nessa tradição é possível identificar leis constitucionais como consequência de uma determinação de vontade dos homens, ao contrário da constituição social, que independe dessa determinação e manifesta a maneira de ser de uma sociedade.

7. Assim sendo, a constituição política é produto de uma elaboração consciente, enquanto a constituição social se forma sem prévia deliberação dos homens.

É verdade que a constituição política pode adquirir um caráter costumeiro e não escrito, como o exemplo da Inglaterra e das leis fundamentais das antigas monarquias europeias. A diferença entre a lei escrita e a costumeira se encontra precisamente no caráter espontâneo do costume, que contrasta com o caráter convencional e expresso da lei. Nos casos citados, apesar da força predominante do direito costumeiro, há também espaço para deliberações, acordos, convenções ou concessões expressas.

Tratando da constituição britânica, Freeman explica que ela nunca foi feita no sentido das constituições dos outros países. Essa particularidade, no entanto, de maneira alguma significa que não haja deliberações. O autor do clássico ensaio *Growth of the English Constitution* mostra que essa constituição não é um produto artificial de uma assembleia deliberante, muito menos a aplicação de uma teoria abstrata ou a reprodução de um sistema de outros povos. Mas ele não deixa de ressaltar a importância dos grandes documentos, indicadores do longo caminho percorrido pelas instituições inglesas em seu desenvolvimento histórico: a *Magna Carta*, a *Petition of Rights* e a *Bill of Rights*¹⁸.

As circunstâncias nas quais a *Magna Charta* foi promulgada evidenciam o caráter de um compromisso por parte do soberano. Nos tempos do rei Henrique I, já existia uma carta que assegurava certas liberdades, mas esse texto jurídico não era observado. Essa carta, quase centenária quando o rei João subiu ao trono, inspirou o arcebispo Stephen Langton no momento em que passou a dirigir o movimento dos nobres, dos mercadores e eclesiástico, descontentes com o monarca por conta de seus atos arbitrários que acarretaram uma grande impopularidade.

Os poderosos barões ingleses impuseram a *Charta* ao rei, cujos poderes foram conseqüentemente limitados. Há, nesse documento, disposições que confirmam as liberdades eclesiásticas; outras através das quais o rei promete respeitar o direito antigo em matéria de serviço militar, sucessão, casamento, em relação à aristocracia; outras ainda tangiam a classe média rural, à qual foram concedidas isenções, e as cidades, burgos e vilarejos, assegurando seus usos antigos e franquias. Ressalte-se a disposição segundo a qual nenhum homem livre seria tomado prisioneiro, privado de sua liberdade ou de seus bens, exilado ou atingido em sua pessoa de qualquer outra maneira senão por via do julgamento legal de seus pares ou pela lei do país – *per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*.

Seu texto definitivo data de 1225, sob Henrique III, que, em seu preâmbulo, declara: “de nossa boa vontade, nós damos e concedemos aos arcebispos, bispos, abades, padres, condes,

¹⁷ Francisco Elías de Tejada, *Las doctrinas políticas en la Caraluña medieval*, Aymá Editora, Barcelona, 1950, p.28.

¹⁸ E. Freeman, *Growth of the English Constitution*, cap.II.

barões e todos aqueles de nosso reino, as liberdades subscritas, para serem conservadas perpetuamente em nosso Reino da Inglaterra”.

Na *Petition of Right* de 1628 os Lordes espirituais e temporais e os Comuns, reunidos no Parlamento, começaram lembrando ao soberano o estatuto *de tallagio non concedendo*, de outubro de 1297, por meio do qual o rei prometia por si e por seus sucessores de não impor nem instaurar tributos sem o consentimento dos arcebispos, bispos, condes, barões, cavaleiros, burgueses e outros homens livres. Eles apresentaram respeitosamente suas solicitações a Sua Majestade como “humildes requerimentos”. Por fim, a *Bill of Rights* de 1689 – de relevância maior em comparação aos documentos anteriores – é uma declaração dos Lordes e dos Comuns reunidos em Westminster em uma época em que já se sentia o ar do constitucionalismo moderno.

8. A Revolução Gloriosa da Inglaterra (1688) e a *Bill of Rights* de 1689 deram uma nova impulsão ao desenvolvimento do direito constitucional britânico e modificou o ritmo com que ele vinha se desenvolvendo até então. Mas é sobretudo no movimento da independência americana e seus antecedentes imediatos que os historiadores e juristas vão procurar as origens das constituições e das declarações de direitos que se generalizaram por toda parte, na Europa e na América, sob influência dos princípios da Revolução de 1789. Foi isso que fez, por exemplo, Jellinek em seu conhecido estudo a respeito da recepção da Declaração americana na França e nos outros países que rapidamente adotaram o novo regime das constituições escritas¹⁹.

A experiência dos Estados-Unidos nos coloca diante dos homens que se associavam para fundar um novo Estado, ao qual seria necessário dar uma estrutura constitucional. Além disso, sua tarefa foi cumprida com o florescimento de novas ideias políticas, exercendo influência sobre as classes dirigentes, cujos homens, de espírito prático, não eram desprovidos de uma certa filosofia política. Essas ideias reformistas ou revolucionárias tinham por oráculos Locke, Montesquieu e Rousseau. *L'Esprit des Lois*, por exemplo, adquirira grande autoridade em ambos os lados do Atlântico²⁰.

A ideia de constituição como expressão de um pacto é frequentemente vinculada às aventuras dos peregrinos do *Mayflower*. Eles, em 11 de novembro de 1620, concluíram um verdadeiro contrato social naquele barco que conduzia à nova terra de promessas. Outros colonos assinaram pactos da mesma natureza, como por exemplo, a carta de *Connecticut*, influenciada pelo pastor Thomas Hooker, que ensinava que “a escolha dos magistrados pertence ao povo por indicação de Deus”.

As treze colônias estabelecidas às bordas do Atlântico do Norte eram comunidades separadas umas das outras, desprovidas de unidade colonial. A Coroa nomeava seus governantes, salvo em Maryland e na Pensilvânia, aonde foram eleitos pelos proprietários. Connecticut e Rhode Island tinham um governo de origem popular.

O preâmbulo inserido em *Fundamental Orders of Connecticut* é bastante significativo: “Uma vez que, quando um povo se forma, a palavra de Deus determina - a fim de conservar a paz e a união - que um governo regular seja estabelecido de acordo com a vontade popular, para direção e gestão da coisa pública a todo tempo, torna-se necessário, conseqüentemente, que nos reunamos e nos associemos para formar um Estado, declarando, para nós mesmos, para

¹⁹ Jellinek, *Die Erklärung der Menschen – un Bürgerrechte ; Ein Veitrag zur modernen Verfassungsgeschichte*, Leipzig, 1895.

²⁰ James Bryce, *La République Américaine*, trad. Francesa, V. Giard & VriÈre, t. I, p. 53.

nossos sucessores e para quem quiser conosco se reunir, termos constituído um pacto de união e de confederação”.

Estas foram as primeiras manifestações do constitucionalismo americano. As cartas e os acordos estabelecidos prepararam os colonos para um regime constitucional fundado sob uma lei escrita. Cada uma das colônias, quando da independência, tiveram imediatamente sua constituição. Os Artigos de Confederação e União Perpétua eram uma transição, um primeiro passo para se chegar à Constituição Federal de 1787. Esta foi redigida por uma assembleia cujos membros, ultrapassando o mandato recebido, entraram em acordo para elaborar a lei fundamental de um novo Estado²¹.

É interessante considerar essa decisão das convenções de Filadélfia, que tiveram como resultado a formação dos Estados Unidos da América.

Os representantes dos novos Estados compreenderam as vantagens e mesmo a necessidade de uma união mais estreita para aumentar o prestígio internacional e pôr fim às disputas internas. Daí a reunião de Maryland de 1786, para uma nova organização do comércio. Até aquele momento, cada Estado conservava sua soberania e sua independência de acordo com os artigos da Confederação, assim como a jurisdição e os direitos não expressamente delegados aos Estados Unidos reunidos em Congresso. O Congresso dos delegados dos Estados aprovava a proposição da Assembleia de Annapolis (Maryland), de convocar uma assembleia geral de representantes de todos os Estados para examinarem a situação da União e revisarem o texto dos Artigos de Confederação e União Perpétua. A Convenção da Filadélfia, presidida por Washington, recebera assim um mandato imperativo e deveria propor aos congressistas de todos os Estados as emendas consideradas oportunas em face das circunstâncias do momento. Mas a maioria dos participantes da convenção decidiram não se restringirem a tais limitações e elaborar uma nova Constituição, que deveria ser submetida em seguida à aprovação dos habitantes de cada Estado.

Em diversos Estados essa consulta ao povo não foi realizada via plebiscitos, mas por eleição de Convenções desses mesmos Estados destinadas a ratificar ou rejeitar a Constituição de Filadélfia. Certas dessas convenções propuseram emendas ao texto constitucional, isto é, artigos adicionados explicitando algumas questões em torno das quais se poderia levantar suspeitas ou medo. Foram as dez primeiras *amendments* da Constituição americana, que datam de 1791 e que correspondem à Declaração de Direitos. As discussões criadas a respeito da Convenção de Nova Iorque – Estado mais recalcitrante – deram origem aos escritos de Hamilton, Madison e Jay em defesa da Constituição, e esses escritos formam os clássicos comentários do *Federalist* cujas edições se multiplicaram com o passar dos anos.

Existe, portanto, nas bases da Constituição americana, um elemento voluntário, o acordo dos fundadores de uma sociedade ou de um grupo diverso já constituído que se reuniu em uma organização maior.

Esse acordo certamente não tem as características do contrato social pensado por Rousseau. No pacto dos emigrantes do Mayflower o contrato social é mais particular. Mas não devemos esquecer as observações de Georges Burdeau: “Primeiramente, é necessário considerar que, dos cento e dois colonos do Mayflower, aqueles que o folclore americano-puritano denomina os Pais peregrinos correspondiam a trinta e cinco; a proporção daqueles que aderiram plenamente à profunda significação do contrato é pequena. Em seguida, o recurso à

²¹ Op. cit, t.I, p. 42-43.

ideia de um acordo forma alguma implica que eles tenham sido usados recursos técnicos de contratos. O que apresentavam as partes? Aonde estava o objeto de seus compromissos recíprocos? As estipulações no contrato social de Rousseau são tão incertas que não é possível encontra-las nos escritos dos fundadores da primeira constituição. A verdade é que de contrato, não havia senão o nome que os comentadores lhe deram. Trata-se de um acordo, um compromisso, não para fixar as condições de troca, mas para criar conjuntamente o status da comunidade. A adesão de cada um dos participantes não é subordinada às dos demais, ela seguia um ideário que todos reconheciam tanto o seu valor como utilidade. Esse pacto não opunha as partes, mas as unia; não exigia nenhum abandono pelas partes envolvidas, mas uma implementação conjunta desse valor que carregava nele mesmo: a soberania. Eis o porquê, longe de se enquadrar no sentido estritamente convencional dos atos dos colonos, deve-se ver o essencial: uma decisão do soberano que, consciente da ordem social segunda a qual ele pretende viver, concede o Poder que passa a figurar como garante e estabelece a partir dali sua autoridade²².

O mesmo autor, concordando com Jellinek, observa ainda que as cartas das colônias inglesas da América – fossem emanadas da Coroa, ou proprietários (é o caso da carta de William Penn para a Pensilvânia), ou dos colonos com a confirmação da Coroa (Connecticut, Rhode Island) – todas se reduzem a concessões de uma autoridade superior. A natureza jurídica desses documentos não é outra senão a de uma garantia unilateral concedida pela Coroa ou pelos proprietários²³.

Por fim, a Constituição Federal dos Estados Unidos é fruto da decisão de uma pequena assembleia de 55 membros, dos quais 39 assinaram o documento.

Podemos aplicar o conceito de Schmitt sobre a constituição como uma decisão consciente que fixa a existência política em seu aspecto concreto²⁴.

As considerações de Burdeau nos leva a interpretação decisionista de Schmitt. E quando dizemos que a constituição política é obra da vontade dos homens quando em acordo (*cum statuere*), não devemos omitir esse aspecto fundamental da questão: trata-se da capacidade de decisão de um homem ou de um pequeno grupo de homens que, em última instância, entram em acordo ou simplesmente impõe a constituição, obtendo a adesão explícita ou o consentimento tácito dos outros.

9. As constituições revolucionárias da França manifestam mais evidentemente esse mesmo aspecto.

Uma nova concepção de constituição política surgiu das fontes ideológicas de 1789.

O sistema tradicional de leis fundamentais do reino e o constitucionalismo orgânico da Inglaterra e dos Estados Unidos sempre tiveram como base o reconhecimento de direitos preexistentes: liberdades e privilégios que se queria sustentar, observância de certas práticas consuetudinárias, direitos assegurados por textos históricos dos mais antigos. A Declaração de Independência dos treze Estados da América, em 1776, invocava para justificar a emancipação uma sequência de medidas ilegais e arbitrarias do Rei da Inglaterra, por meio das quais o sistema

²² G. Burdeau, *Traité de Science Politique*, t. III, Le statut du pouvoir dans l'État, Paris, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, p. 78-79.

²³ Op. Cit., t. III, p. 86. Cf. Jellinek, *Allgemein Staatslehre*, Fünftehntes Kapitel, I : Überblick über die Geschichte der Verfassungen, 4.

²⁴ C. Schmitt, op. cit. §3, s. 21-22.

de leis inglesas seria violado, novos tributos foram instituídos impostos que violavam as antigas cartas e não possuíam o consentimento dos súditos. A *Bill of Rights* de 1689 reafirmava “os verdadeiros, antigos e incontestáveis direitos do povo”²⁵.

Esses direitos eram considerados – pela Inglaterra da Revolução Gloriosa e pelos Estados Unidos durante a época da independência – em sua concreção histórica e não somente enquanto predicados da natureza abstrata do homem. Dessa maneira, a constituição política, apesar do elemento racional da deliberação (acordo ou ato unilateral) resultava de um desenvolvimento orgânico, isto é, histórico do direito. Foi dito da constituição britânica: *it had not been made, but had grown*. Poderíamos dizer o mesmo, com certas restrições, da constituição americana, que têm suas origens nas antigas cartas de colonização e que se completou pelo sistema de *amendments* acrescentado ao texto. Há momentos, como aqueles do pacto de *Mayflower* ou as *Fundamental Orders* de Connecticut, aonde é possível observar uma maior intervenção do elemento deliberativo, mas outros documentos escritos se calcaram no direito existente e não fizeram senão ratificá-lo solenemente.

A constituição é, pois, nessas experiências, a expressão de um crescimento orgânico ou ainda o termo de um processo histórico anterior.

A Revolução de 1789 mudaria tudo. O direito abstrato prevaleceria sobre o direito histórico. A Declaração dos Direitos visava o homem, colocando-o em destaque para formar uma sociedade nos moldes de Rousseau. A estrutura da ordem tradicional é derrubada e se construiu em seu lugar uma nova sociedade. A constituição se torna o elemento de origem de uma ordem jurídica positiva, referência para as demais leis e fonte última de direitos e liberdades. Essa ideia originária da concepção de direitos do homem do jusnaturalismo racionalista conduziu a um positivismo jurídico dos mais rigorosos, que reduziu todo o direito positivo ao direito fundamental da constituição, expressão da vontade soberana do legislador.

Não suficiente, o regime constitucional moderno de inspiração franco-revolucionária, cujo espírito influenciou também o desenvolvimento posterior do direito anglo-saxão, transpõe a ideia de *imperium*, originária do absolutismo monarquista para um plano de organização democrática da sociedade. A constituição torna-se resultado da vontade criadora do povo. É essa ideia nos permite compreender a base da concepção revolucionária de constituição política. Albert Sorel, em sua clássica obra a respeito da Europa e a Revolução Francesa, defende a tese de que a Revolução de 1789 tem como origem o Antigo Regime. O absolutismo monárquico, na verdade, já continha os princípios cujos adeptos da concepção rousseauiana de democracia se serviram para elaborar uma teoria da soberania popular. Sob o absolutismo monárquico, a vontade do príncipe era a lei, e a nova concepção transferia o mesmo atributo à vontade do povo. O povo cria *ex nihilo* a ordem jurídica: essa é a essência da teoria revolucionária do “poder constituinte” e da “constituição”, ato desse mesmo poder.

²⁵ Referindo-se à “Magna Charta”, à “Petition of Rights”, e ao “Bill” de 1689, Freeman observa que nenhum desses documentos políticos anunciou o estabelecimento de qualquer coisa nova. Eles davam mais força à proteção de direitos dos quais os ingleses usufruíam de longa data. Nas grandes lutas políticas – continua o mesmo autor – a voz dos ingleses jamais se elevou para pleitear a afirmação de novos princípios, mas o clamor público sempre reclamou por uma melhora na observação das leis em vigor com a reparação dos danos provenientes de sua corrupção e pelo esquecimento dessas mesmas leis (loc. cit.). De acordo com Joseph de Maistre, os ingleses nunca “teriam pleiteado a grande carta se os privilégios da nação não tivessem sido violados; mas, também, eles nunca o teriam demandado se os privilégios não tivessem existido antes da carta”. (Essai sur le prince generateur des constitutions politiques n. XVII/Ensaio sobre o princípio gerador das constituições políticas, n. XVII).

É isso que nos ensina Burdeau: “A constituição não é a descrição de práticas mais ou menos similares, também não é um conjunto de instituições às quais um consentimento tácito do povo conferia um valor discutível, tampouco é a tradução em regras jurídicas de um estado de fatos anterior. É um ato voluntário e ponderado por meio do qual o soberano define o Poder atribuído na instituição estatal, dando origem ao Estado e ao poder que será exercido em seu nome, além de determinar as condições nas quais os governantes serão habilitados a usar desse poder e os governados, obrigados a eles se submeter”²⁶.

A constituição é concebida não como um acordo, mas principalmente como uma declaração da vontade de um povo soberano. A constituição *outorgada* é um ato unilateral de declaração da vontade do chefe de Estado. A constituição *elaborada* por uma assembleia é certamente um compromisso, um acordo, mas desse acordo entre diversos grupos reunidos em assembleia Constituinte resulta o conhecimento da vontade geral, a vontade da maioria, a vontade do povo determinada por seus representantes. Este é o decisionismo no plano democrático. Trata-se da significação mais profunda da teoria da constituição instaurada pela Revolução Francesa.

10. É a partir da função de poder criador atribuído ao *poder constituinte* que nós devemos observar as críticas de Joseph de Maistre às constituições escritas. O filósofo de Chambéry analisava com preocupação o espetáculo da França revolucionária. A ironia com a qual ele estigmatizou as assembleias legislativas de sua época não era fruto de um sarcasmo voltairiano que inspirava seu pensamento.

Não podermos, dizia ele, elaborar uma constituição para o home, isto é, para o homem abstrato. Este não existe. Existem homens, que são franceses, italianos, russos ou persas, e as leis devem ser adaptadas às condições concretas em que cada um vive. Não podemos fazer uma constituição como um relojoeiro fabrica um relógio. A constituição política de um povo não é uma obra puramente humana, mas uma grande obra que ultrapassa as possibilidades de uma assembleia. Essa afirmação é reiterada por Joseph de Maistre mais de uma vez. No início de seu *Essai sur les principes générateurs des constitutions politiques* (Ensaio sobre os princípios geradores das condições políticas), ele escreve: “um dos maiores erros do século que todos professam foi o de crer que uma constituição política poderia ser criada e escrita *a priori*, por mais que a razão e a experiência se reúnem para confirmar que uma constituição é uma obra divina, e que o que há de mais fundamental e essencialmente constitucional nas leis de uma não se saberá escrever”²⁷.

A melhor constituição é uma obra do tempo – dizia Napoleão, homem que, no entanto, deu à França, três constituições. Se é verdade que as leis devem ser construídas com base em costumes, isso se torna ainda mais verdade quando se fala da lei fundamental de um Estado, mesmo se tratando da fundação de um novo Estado, uma vez que se deve procurar instituições que sejam efetivamente adequadas ao meio, aos hábitos sociais, às tradições locais, ao caráter geral do povo, todo o *background* psico-sociológico, geopolítico e econômico. Essa sobreestrutura da sociedade nos apresenta o que há de “mais fundamental e essencialmente constitucional”. É a *constituição social*, que deve servir de base para a *constituição política*. Essa não deve ser um produto concebido aprioristicamente ou fabricada como um relógio, dado que ela não é uma obra ou uma coisa feita pela arte, mas uma obra da prudência legislativa. O

²⁶ G. Burdeau, op. cit., t. III, p. 42.

²⁷ Joseph de Maistre, *Essai...*, I.O.C, p. 235. Ver também *Étude sur la souveraineté* (estudo sobre a soberania), c. VII, O. C., p. 344.

legislador prudente não legisla para os seres de razão, mas deve ter os pés bem firmes no terreno em que atua²⁸.

O realismo político de Joseph de Maistre se completa pela visão do homem nas perspectivas da teologia católica. A constituição é uma obra do tempo e é erigida à medida dos eventos coordenados pela mão invisível e misteriosa da Providência.

11. A Revolução francesa pôs em prática a concepção de Estado naturalista-secularizada, negando a fundamentação transcendente do poder político e da ordem jurídica. De acordo com a doutrina do novo direito, originária dos princípios de 1789, a constituição não pode mais ser considerada uma “obra divina” – como dizia Joseph de Maistre – e, principalmente nos países de direito costumeiro, quando interpretamos os fatos históricos, devemos atribuir sua formação ao império inflexível do determinismo social²⁹. No entanto, a concepção revolucionária em sua origem tem uma inspiração rousseauiana, essencialmente voluntarista e individualista. Ela faz da lei a expressão de uma vontade do povo, sendo essa formada pela reunião dos indivíduos livres e iguais cuja autonomia não pode ser limitada senão por eles mesmos.

A invocação do Ser supremo pelos revolucionários não se opõe a essas observações, dado que ela é feita de acordo com deísmo do século XVIII, que concebe Deus afastado do mundo e nega a Providência. A constituição, no entanto, reduzida a uma obra puramente humana, mostra-se, por outro lado, como algo divino em razão como uma forma de deificação da vontade popular, colocada no lugar de Deus à guisa de fundamento último da ordem jurídica³⁰.

Para que uma constituição seja válida – no pensamento de Sieyès – é necessário e suficiente que a vontade nacional tenha sido delegada a representantes especiais, que formam o “poder constituinte”. Essa vontade sempre é legal, uma vez que ela é a própria lei. Ela é legal independente de qualquer outra condição, é a origem de toda a legalidade. Essas afirmações constantes em seu trabalho *qu’est-ce que le Tiers Etat?* (O que é o terceiro Estado?) soam como um eco do *Contrato social* de Rousseau, que ensina que a vontade do povo sempre é direito e não necessita justificar seus atos. Essa era a mesma concepção dos constituintes Camus e Teilhard, que na sessão de 1 de junho de 1790 declararam que a Assembleia tinha o poder de modificar a religião. Disso se conclui - com Albert Mathiez - que a teoria revolucionária conferia ao poder constituinte uma ditadura ilimitada em todas as áreas, sem exceção. Uma vez aceitos esses princípios, a outorga de uma carta constitucional pelo chefe de Estado torna-se uma injúria

²⁸ Vale lembrar a distinção entre arte (“*recta ratio factibilium*”) e prudência (“*recta ratio agibilium*”). A arte tem por objeto a produção de uma coisa exterior a nós (ação transcendente), enquanto a prudência dirige as ações humanas (ação imanente). Esse direcionamento pode ser dado por cada um às suas próprias ações voluntárias, ou pode ser aquela de uma pessoa sobre a outra (prudência do pai e chefe de família, do legislador, do chefe de Estado). O direito é uma ciência prudencial, a “*iurisprudencia*” dos romanos, e compreende um elemento artístico no que tange à sua expressão, isto é, da redação nas normas jurídicas.

²⁹ Cf. também G. Leibholz, *Die Hauptformen der Demokratie in Hessische Hochschulwochen für staatswissenschaftliche Fortbildung* vol. 14 (1957), p.10.

³⁰ Em reação contra as concepções apriorísticas da Revolução, o historicismo reivindica a formação natural orgânica do direito, na perspectiva teológica de Joseph de Maistre, Adam Müller, Stahl, ou segundo o positivismo de Savigny e de outros defensores da doutrina da “consciência coletiva”. Esses últimos se opuseram ao racionalismo abstrato da Revolução, mas conservaram os mesmos postulados revolucionários na visão naturalista da sociedade que os primeiros refutavam. Quanto ao naturalismo do Estado moderno, v. *Werner Sombart, Der moderne Kapitalismus, Dritter Band, Erster Halbband, Dritter Band Ernest Halbband, Drunker & Hublot, Berlin, s. 48-49: Das Wesen des modernen Staates, III: I. Der moderne Staat ist naturalistisch-säkularisiert, will sagen: aus allen überstaatlichen Verbindungen und Bindungen herausgelöst, “soberän”, ipse Deus... 2. In seinem inneren Aufbau ist der moderne Staat individualistisch-atomistisch-nominalistisch* ».

ao povo soberano. Deve-se também rejeitar a ideia de um pacto entre soberano e sociedade, porquanto a constituição se torna um ditame da soberania nacional, uma *criação* do poder constituinte. Daí a conclusão de Marcel de la Bigne de Villeneuve: “*Criar*, o termo é bem significativo, dado que uma criar consiste em tirar algo do nada. Outrora, essa faculdade era reservada a Deus somente. Os deputados não hesitam em atribuí-la a si mesmos. A seus olhos, o texto constitucional que criam é mais do que uma lei alta e venerável como querem construir essa noção, mais – inclusive – que uma disposição hiperlegislativa ou superlegislativa do grau mais elevado que seja positivamente imaginável. Tratar-se-ia de uma revelação apresenta natureza divina”. Os membros da Convenção iriam ainda mais longe. “Veja-se” – escrevia Barrère – “essa Constituição tão desejada que, como as Tábuas de Moises não pôde sair da Montanha Santa senão entre raios e relâmpagos! E que não se diga que ela é uma obra de poucos. Em pouco tempo, recolhemos a luz de todos os séculos”³¹.

12. Com uma tal concepção, o poder legislativo se viu infalível e todo poderoso. Assim era a visão de Rosmini no início do século passado.

O grande pensador italiano, que contribuiu fortemente à restauração da metafísica e que viveu a crise espiritual de sua época inteiramente dedicado à filosofia especulativa e a questões religiosas, teve também uma inclinação bastante acentuada à ciência política, partilhando da preocupação de seus contemporâneos causada pela agitação revolucionária. Grande metafísico, ele foi – no entanto – o contrário daquilo que Augusto Comte, tratando de Rousseau e dos homens de 1789, denominava “político metafísico”. Ele critica a ideologia, de procedência francesa, que inspirava a implantação de uma nova ordem constitucional em vários países da Europa e da América. Em seus projetos de Constituição para o Estado romano, em seu ensaio sobre “a constituição natural da sociedade civil” e sobre “a constituição segunda a justiça social”, Rosmini procurava separar os homens de sua época de um lirismo revolucionário, apresentando-lhes considerações do fato político a partir de critérios de objetividade sociológica.

Existem duas modalidades de constituição política: uma formada gradualmente, sem um plano preconcebido, sob impulsão de forças sociais ou de aspirações populares; outra, de criação instantânea, produto de uma ideologia, proveniente da *mens* do legislador, como Minerva saíra da cabeça de Júpiter³². As constituições anteriores a 89 pertencem ao primeiro tipo, por exemplo, aquelas da República de Veneza e da Inglaterra. As outras tiveram origem na França da Revolução.

Até então a França havia tido, em dez anos, dez constituições, algumas tendo vigorado por menos de um ano. A mesma instabilidade caracteriza as constituições do tipo francês em outros países. Rosmini referia-se a uma obra intitulada *Alcune parole sopra diverse cosa che passano intorno a noi*, que enumerava as constituições europeias de 3 de maio de 1791 à 24 de agosto de 1829, isto é, num período de 38 anos e alguns meses. Elas totalizam 152, dentre as quais 12 nunca foram aplicadas e 75 foram revogadas. As outras não ultrapassavam, em 1829, dezesseis anos de existência.

³¹ Marcel de la Bigne de Villeneuve, *L'activité Etatique*, R. Sirey, 1953, p. 398-399. Cf. Egon Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant : Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1909.

³² A. Rosmini, *Progetti di Costituzione*. Saggi editi ed inediti sullo Stato, Fratelli Bocca Edit., Milano, 1952: La costituzione secondo la giustizia sociale, p. 67 e ss.

Em sua linguagem polêmica, o filósofo italiano concluía que as abstrações políticas da Revolução francesa eram insuficientes para fundar um governo durável e reduziram a vida dos Estados à efêmera existência dos insetos.

13. Recém vimos que as constituições inspiradas pela ideologia revolucionária consagraram o decisionismo democrático. Faz-se necessário acrescentar que na realidade política, a constituição por declaração da vontade geral e pela interpretação dessa vontade à cargo dos membros de uma Constituinte deve ser considerada a constituição *por ficção de uma pretensa vontade coletiva*. Na verdade, são as decisões tomadas por indivíduos eleitos para uma determinada assembleia que prevalecem sem que seja possível estabelecer uma plena correspondência entre essas decisões e a vontade real dos eleitores. O mandato imperativo permitia que se constata-se se essa correspondência efetivamente ocorria. Nas democracias cujo sistema de sufrágio se fundia em um mandato amplo e ilimitado, não é possível fazer a mesma constatação. Nelas, não resta para preencher lacunas senão recorrer a um plebiscito ou *referendum* a respeito de cada medida legislativa ou dos mecanismos da constituição como um todo.

Além disso, se os primeiros legisladores americanos ultrapassaram a delegação recebida, na França essa violação do mandato por excesso foi ainda mais flagrante. Os deputados escolhidos para os États Généraux (Estados Gerais), em uma eleição feita em conformidade com o processo de convocação dessa assembleia representativa, haviam recebido ordens ou estatuído um mandato imperativo, limitado, explícito e, de repente, eles se proclamaram representantes de toda a Nação, com um mandato universal. A transformação dos Estados Gerais em Assembleia Constituinte foi, portanto, uma usurpação de competência³³.

Na teoria democrática, a lei é a expressão da vontade geral, o que é válido também – e sobretudo – para a lei fundamental, a constituição. Esse absolutismo da vontade do povo, em vez da vontade do rei como fonte última do direito, extrapola a realidade e não é senão uma ficção.

Ademais, a democracia moderna é uma democracia de partidos. Gerhard Leibholz expôs em sua precisa análise “Strukturprobleme der Modernen Demokratie” que a intervenção das organizações partidárias na vida política alterou o mecanismo do sistema representativo³⁴. A vontade do povo se manifesta pelos seus representantes, passando ainda por um outro intermediário: o partido político. Esse terceiro elemento, introduzido na realidade política dos regimes fundados na opinião pública, era inicialmente ignorado pelo direito constitucional (não

³³ Marcel de la Bigne de Villeneuve, *Traité général de l'État*, II, R. Sirey, 1931, p.70, em nota : « quando da sua eleição aos Estados Gerais de 1789, os deputados escolhidos eram realmente titulares de um mandato, um mandato limitado, imperativo contido nos papeis. Eles o renunciaram, repudiaram-no proclamando-se Assembleia Nacional Constituinte, e foi, assim, a partir do momento em que eles deixaram de ser mandatários de nenhum título que reivindicaram o mandato geral da Nação. O fundamento histórico da doutrina absurda do mandato representativo de direito público é uma vulgar usurpação de competência.

³⁴ 2ª edição, 1964, espec. p. 78-131 (*Der Strukturwandel der modernen Demokratie*). G. Leibholz já havia exposto em 1950 (cf. *Strukturprobleme* p. X76) que “in dem zur politischen Wirklichkeit gewordenen massendemokratischen Parteienstaat die Parteien erst das Volk aktivieren und handlungsfähig machen. Die Parteien sind das Sprachrohr, deren sich das organisierte Volk bedient, um sich artikuliert äußern und Entscheidungen fällen zu können. Ohne die Zwischenschaltung der Parteien würde das Volk Nicht in der Lage sein, Einfluß auf das staatliche Geschehen auszuüben und sich so selber zu verwirklichen. Ein Volk würde hilflos sein, wenn man ihm die Parteien nehmen würde, die es überhaupt erst in der politischen Sphäre als handelnde Einheit in Erscheinung treten lassen”. Cf. também G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3ª edição, 1966.

se encontra qualquer referência aos partidos nas constituições), mas nos últimos anos começou a ser objeto de regulamentação jurídica. Foi assim que, no Brasil, o regime de pluralidade partidária foi incorporado ao texto da Constituição de 1946 (art. 134 e 141, §13) elaborada pouco após o fim da Segunda Guerra Mundial, isto é, em um momento histórico marcado pela reorganização dos Estados democráticos, incumbidos de assegurar esse princípio logo após sua negação pelos Estados totalitários com o sacrifício da liberdade de opinião.

Além disso, as legislações eleitorais contribuíram, nesses últimos anos, para acentuar a importância dos partidos considerados como instrumentos da manifestação de vontade popular. É o que podemos constatar com o regime de votação por chapas. O sufrágio universal individualista, que veio substituir o sufrágio de base corporativa até então existente, evoluiu distanciando-se do primitivo e extremo individualismo e adotando uma base partidária.

A pretendida vontade do povo é geralmente a vontade de um grupo, que controla o partido dominante, seja a direção desse partido, seja qualquer grupo de pressão, que vêm se multiplicando em tempos recentes, dos quais se destacam sobretudo aqueles que representam as grandes forças econômicas. Além disso, os ajustes e acordos feitos por partidos ou grupos de pressão uns com os outros se desenvolvem sem nenhuma participação efetiva da vontade do povo³⁵.

14. A formação do direito constitucional brasileiro nos permite compreender, por meio de uma ilustração histórica bastante sugestiva, as afirmações feitas acima³⁶.

A Constituição do Império do Brasil – outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824 – era um produto das ideias dominantes entre as elites dirigentes do país logo após da independência. A influência das doutrinas francesas era particularmente sensível, o que explica a instituição do poder moderador como “a chave da organização política”, de acordo como artigo 98 da Constituição. Isso sem mencionar que as teorias do direito público da época não eram de conhecimento do povo. Ademais, a Constituição não vinha da Assembleia Constituinte, eleita por uma pequena parcela da população. Após os eventos que culminaram com a dissolução dessa Assembleia, o Imperador D. Pedro encarregou uma comissão de redigir um novo projeto, que passada a consulta às câmaras municipais de diversas províncias, converteu-se na Carta outorgada pelo soberano.

Certamente, esse processo pode ser considerado mais democrático do que a promulgação de uma constituição independentemente da aprovação das câmaras. Na verdade, a opinião pública nascente no Brasil se restringia aos limites da vida comunal. As câmaras municipais eram as fontes naturais de manifestação da opinião pública.

Isso não impede que se reconheça que a Constituição do Império teve como origem uma pequena parcela na nação, não representando a vontade consciente do povo. Melhor dizendo, ela foi obra da decisão do Imperador, que, tendo dissolvido a Constituinte, encarregou uma comissão, escolhida por ele mesmo, do novo projeto e finalmente outorgou a Carta a partir de sua autoridade suprema.

³⁵ Cf. *Ernesto Bernareggi*, *L'attività legislativa e la volontà popolare nel regime democratico*, Milano, Giuffrè, 1929, p.II: “E sempre l'interesse del popolo che viene perseguito, ma come espresso da un grupo che agisce nell'interesse del popolo e lo sostiene, considerandolo da un suo particolare punto di vista che ha ottenuto l'approvazione del popolo.” Cf. também *G. Leibholz*, *Staat und Verbände in Veröffentlichungen d. Vereinigung d. Deutschen Staatsrechtslehrer* No. 24 (1966) p. 5-33.

³⁶ Cf. *J.P. Galvão de Sousa*, *Introdução à História do Direito Político Brasileiro*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1962.

O príncipe de Bragança, primeiro a ocupar a coroa imperial brasileira, era um homem feito para reinar como monarca absoluto. Ainda assim, ele tinha de aceitar as ideias liberais de seu tempo a fim de assegurar o apoio das forças políticas e das sociedades de pensamento. Não devemos nos esquecer de que o projeto de Constituição era discutido no âmbito da sociedade secreta “Apostolado” antes de ser apresentado à Nação pelo monarca.

A Constituição de 25 de março deve, pois, ser explicada da seguinte forma: uma doutrina que dominava a mentalidade da elite dirigente, um grupo de pressão que preenchia o quadro político, um homem moldado para o poder e para se fazer obedecer. O povo não contava para nada³⁷.

Encontraremos situação semelhante, e talvez ainda mais acentuada, na formação da primeira Constituição republicana. Basta substituir a doutrina francesa da monarquia constitucional pelo sistema americano da república federativa. Também havia grupos de influência política decisiva, o dos positivistas da Escola militar e os republicanos filiados às lojas maçônicas. O homem apto a tomar grandes medidas não se fazia mais presente, mas no lugar de um chefe de valor pessoal, o Exército suscitava pela primeira vez no Brasil um fenômeno comum aos seus vizinhos da América espanhola, o *caudilhismo*. O Marechal Deodoro da Fonseca – o chefe do governo provisório e primeiro Presidente da República – servia de instrumento aos promotores do novo regime e, após se indispor com a assembleia que tinha votado a Constituição e que ele falhou em dissolver, foi substituído pelo Marechal Floriano, personalidade com características de um *caudilho*. Vale ainda lembrar um outro homem de poderosa influência no novo regime: Ruy Barbosa, autor do projeto de Constituição, calcado nos ensinamentos de mestres americanos que o fascinaram desde sua juventude³⁸.

A Assembleia Constituinte, facciosamente eleita, não podia representar a opinião pública nacional. Os dois partidos monárquicos – Conservador e Liberal – que haviam sido excluídos, e o Regulamento Alvim, primeira lei eleitoral da República, tinha sido elaborado com o objetivo de garantir homogeneidade dentro da Assembleia.

15. A Constituição do Império do Brasil e a primeira Constituição republicana apresentam diferenças sensíveis no tocante à conformidade do texto constitucional com a realidade constitucional histórica. A Constituição de 1824 havia sido traçada de acordo com as linhas mestras do doutrinário francês, mas ela era melhor acomodada à formação política do povo brasileiro do que a lei fundamental republicana. Ao conservar a instituição monárquica e a forma unitária de Estado, assegurava-se uma continuidade histórica de modo a preservar o Brasil da fragmentação na qual caiu o povo da América espanhola após a independência. A Coroa possuía uma força catalítica, o que permitiu o domínio fácil dos complôs republicanos ou separatistas, e consolidou a coesão nacional. Bem ou mal, a primeira Constituinte republicana daria um salto na história: o Estado monárquico se tornaria republicano, sua forma unitária seria substituída pela federativa, sem as condições de fundo para justificar uma ou outra modificação.

Por outro lado, a consulta feita às câmaras por D. Pedro I, apesar de seu caráter puramente formal para dar substrato jurídico à carta outorgada, era um meio mais apto a apurar

³⁷ Ver estudos reunidos no tomo especial da Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro dedicado ao 1º Congresso de História Nacional, IIIª Parte (história Constitucional e Administrativa), Rio de Janeiro, 1916. Sobre a influência do liberalismo doutrinário francês na Constituição de 1824: *Octacilio Alecrim*, *Idéias e Instituições do Império*. Influências francesas, ed. Revista de Estudos Políticos, Rio de Janeiro, 1953.

³⁸ Dois movimentos de ideias influenciaram considerável nos primeiros momentos da República: o positivismo de A. Comte, entre os militares, e o federalismo americano, entre os políticos.

a vontade popular do que a eleição pré-fabricada que deu origem Constituinte. Outrossim, os homens dessa assembleia se limitaram a aceitar as orientações dadas por Ruy Barbosa e o conteúdo jurídico do texto por ele proposto. O povo era alheio à Constituição, ainda mais do que em 1824.

16. Pode-se ainda considerar a hipótese do povo não somente indiferente mais hostil às constituições.

A luta contra o absolutismo monárquico em Portugal e na Espanha oferecem o espetáculo da divergência entre elementos verdadeiramente representativos das classes populares e as minorias aristocráticas e burguesas que acolheram as ideias modernas vindas da França e propagadas pelas sociedades secretas.

Essa divergência começou durante a invasão francesa. Deve-se observar que a guerra de independência na Espanha – contra o exército de Napoleão – teve características de uma “guerra santa”. Os povoados do norte da península, quase invencíveis em suas *guerrillas*, insurgiram-se não somente contra os invasores, mas também, e sobretudo, contra o inimigo de sua fé e de suas tradições. Esse mesmo povo, alguns anos mais tarde, receberia com entusiasmo os “cem mil filhos de São Luis”, soldados franceses comandados pelo Duque de Angoulême para ajudar os espanhóis na luta contra o governo liberal e centralizador de Madrid.

Em todos os eventos é possível constatar um fenômeno semelhante àquele ocorrido em Portugal durante as lutas entre D. Pedro IV – que era o Imperador Pedro I no Brasil – e seu irmão D. Miguel. Esse último, o “rei absoluto” era objeto de uma verdadeira veneração popular, enquanto que as minorias que defendiam a Constituição liberal não possuíam apoio popular.

Na Espanha, as famosas Cortes de Cadiz reuniam naquela cidade branca do Mediterraneo os políticos que cantavam louvores à Revolução Francesa, enquanto o povo, defensores do liberalismo, em armas guerreavam contra Napoleão ao Norte.

17. O regime constitucional moderno é expressão jurídica do Estado de direito liberal-burguês. Para compreender bem o significado dessa modalidade de constitucionalismo, é preciso que se considerem as circunstâncias históricas que a fizeram nascer.

Esse regime é marcado, como dissemos acima, pela influência de três revoluções: a inglesa (1688), a americana (1776) e francesa (1789).

Quase todos os autores apontam a Inglaterra como seu berço. O parlamentarismo britânico, estruturado com a dinastia de Hannover, fornece os elementos fundamentais da organização jurídica das monarquias constitucionais. Sem que houvesse uma revolução que fizesse tabula rasa do passado – como a visto na França – o país da Mancha sofria uma certa influência do novo direito, que teve o inglês J. Locke como um de seus primeiros elaboradores.

É verdade que a constituição política daquele país, encerrada em seu “isolamento esplêndido”, não sofria alterações nas bases que a sustentavam. Vimos que o *Bill of Rights* veio reiterar a proclamação de direitos reconhecidos há séculos. Mas os novos mecanismos das instituições, na esfera do governo central, passaram por uma transformação drástica com o sistema de governo de gabinete e a primazia dos partidos políticos. O liberalismo se enraizou gradualmente nas instituições, sem que houvesse um reboliço revolucionário, da mesma maneira que o socialismo atual penetra quase insensivelmente na Inglaterra.

Revoluções ocorridas em outros países valeram-se de certos institutos e princípios do direito constitucional britânico para moldar seus programas. Assim, viu-se a monarquia de Julho na França (1830), bem como a Carta de 1815, que também recebeu influência inglesa. As constituições elaboradas na Europa durante o século XIX carregavam essa marca de procedência: *made in England*, ou *made in France*. Ainda assim, é fato que a influência da Constituição da Bélgica não deve ser subestimada, tampouco devemos relevar as particularidades históricas nacionais do desenvolvimento do direito constitucional alemão.

Em 1830 acreditava-se ter encontrado que a democracia havia encontrado seu centro de equilíbrio entre os excessos jacobinos e as intransigências dos adeptos da restauração. A democracia do constitucionalismo foi então o regime da classe média burguesa, do capitalismo em ascensão, da proclamação eufórica de Guizot: “Enriqueçam-se!” A democracia censitária e do rei cidadão, dos *Whigs* e do *balancement of power*. A democracia que encontraria seu primeiro desafio em 1848.

Naquele ano, a Europa é estremecida por toda sorte de agitação, o Manifesto Comunista de Marx e Engels se disseminava e o socialismo revolucionário instigava o proletariado à luta contra a burguesia. Assim se formou o movimento que daria origem à *Sozialdemokratie*.

Carlton Hayes observa que a ascensão revolucionária de 1848 na Europa central foi inicialmente um movimento promovido pela classe média urbana. As cidades tomaram a iniciativa, enquanto a população rural era mais apegada aos usos tradicionais que à liberdade abstrata das constituições. Apesar da industrialização, a maior parte da população da Alemanha, do Império Austríaco, da Itália ainda vivia em comunidades rurais, trabalhavam nos campos, desconfiavam dos habitantes da cidade e dirigiam sua confiança nos senhores de terra, nos padres e nos governantes³⁹.

Metternich havia sido o grande inimigo do regime constitucional e do liberalismo. Não obstante suas preocupações, a Revolução, antes de passar às ruas, se apoderaria da mentalidade de diversos intelectuais, políticos e homens da administração pública. Esses foram os herdeiros do iluminismo do século XVIII (*Aufklärung*), adeptos dos ideais da Revolução francesa, atraídos pelo exemplo do liberalismo inglês, ou inimigos de certas tradições do antigo regime que representava um obstáculo a suas ambições pessoais. O constitucionalismo, nos países centro-europeus, recebera uma grande impulsão com a revolução industrial, que fortaleceria a burguesia e incitaria os homens urbanos a assumirem responsabilidades políticas e administrativas⁴⁰.

O regime constitucional se formou, portanto, com o crescimento e apogeu da burguesia. E quando o sufrágio universal veio atribuir uma base mais popular à democracia, as massas operárias – que em 1848 começaram a tomar consciência de sua força – alçam-se à cena política, enquanto o regime constitucional entrava em crise e a burguesia sentia-se ameaçada por novas forças⁴¹.

18. A formação constitucional do Brasil e dos povos da América espanhola acusam, de maneira ainda mais eloquente, o conflito entre o direito elaborado pelas minorias dirigentes e as realidades vividas ao longo do processo histórico de cada nacionalidade.

³⁹ Carlton J. H. Hayes. *A Political Cultural History of modern Europe*, New York, The macmillan Company, 1939. P.91-92 (t.II).

⁴⁰ Op. cit., II, p. 83-84.

⁴¹ Arturo Enrique Sampay, *la Crisis del Estado de derecho liberal-burguês*, Editora Losada, Buenos Aires.

Assim, nega-se a constituição histórica e todo um patrimônio institucional rico em elementos aptos a dar origem a um regime democrático dotado de uma autenticidade tal impossível de se encontrar nas instituições modeladas de acordo com a experiência de outros países, notadamente os Estados Unidos da América⁴².

Desde os primeiros chefes políticos, à época da independência – tais como Miranda na Venezuela ou Maia no Brasil – até os reformadores ou criadores de constituições – como o argentino Alberdi ou o brasileiro Ruy Barbosa – todos estavam imersos em fórmulas democráticas anglo-saxônicas e não conheciam suficientemente a vida do povo no interior de seus países⁴³.

A constituição dessa forma se tornava a obra de um homem instruído com base em influência estrangeira, sem raízes em seu país natal e vinculados aos interesses da classe social dominante. Estas eram as elites “marginais” a respeito da qual tratava Oliveira Vianna nos dois volumes de *Instituições Políticas Brasileiras*. A constituição adquire forma de uma carta ideológica, redigida em função de certas concepções políticas e deixa de ser um instrumento pragmático destinado à preservar as liberdades concretas, como a *Magna Charta* britânica ou as cartas de franquia da tradição hispânica.

19. Quando se trabalha com a distinção entre fontes formais e fontes reais do direito, a constituição política significa especificamente a constituição formal. É a constituição jurídica da sociedade política (*Polis, Civitas, Estado Nação*). Poderíamos opor à constituição política, tomada em sentido jurídico-formal, a constituição política real. Ambas podem tanto coincidir como estar em desacordo. Quando a realidade constitucional política não corresponde à constituição formal, nesse caso tem-se o que Geoges Daskalakis chama de a para-constituição e a contra-constituição. Na primeira hipótese (para-constituição), a constituição formal continua em vigor, mas ela é modificada, em sua aplicação, por regras de direito escrito, costumes, interpretação, por usos constitucionais. Na segunda hipótese (contra-constituição), a constituição se torna uma “pilha de papel” e as práticas políticas são radicalmente contrárias ao espírito e às instituições fundamentais do regime constitucional formalmente estabelecido⁴⁴.

Essa distinção já era feita por Aristóteles, no livro 5 da *Política*, em que se argumenta que a constituição legalmente estabelecida em diversos Estados, ainda que não democrática, pode ser aplicada democraticamente, em razão dos costumes e da educação do povo, enquanto que outros Estados oferecem um exemplo de uma constituição democrática e um governo oligárquico.

O conceito de para-constituição suscita o problema do costume constitucional, posto em questão nos países de constituição escrita.

⁴² Carlos Pereyra, *Breve História da América*, Aguilar, México. Ver principalmente p. 424 e ss.

⁴³ Esse foi o contraste entre as grandes cidades do litoral, dominadas por homens da “república das letras”, e a zona rural do interior. Tal oposição, ressaltada pelo escritor brasileiro Euclides da Cunha em sua obra-prima “Os Sertões”, motivou, na Argentina, discussões a respeito do tema “civilização e barbárie”.

⁴⁴ Georges Daskalakis, *Droit constitutionnel et réalité constitutionnelle*, tese apresentada no Congrès International de Juristes d’Athènes, em 14 de junho de 1955, por conta do Congresso Internacional de Juristas, Comissão Internacional de Juristas, a Haia, p. 41-45. V. também Karl Löwentein, *Réflexions sur la valeur des constitutions dans une époque révolutionnaire*, Revista Francesa de ciência política, vol. II, n. 1 e 2 e G. Leibholz, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, em *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, p. 277-281 e *Wesen der Repräsentation*, p. 249-271.

No Brasil, e essa observação vale também vale para os países da América espanhola – a contra-constituição frequentemente se faz presente, pois as leis fundamentais de vários Estados foi elaborada com base no idealismo utópico das elites marginais, às quais as realidades sociais e as práticas políticas atribuem uma distorção irremediável. O *caudilhismo* e a predominância das oligarquias, na realidade constitucional hispano-americano, são exemplos que ilustram a hipótese de Aristóteles: conflito entre a constituição real, oligárquica, e a constituição formal, que geralmente é uma carta ideologicamente democrática.

Além disso, nas democráticas modernas, a realidade dos grupos políticos mais ou menos exotéricos, ou do poder econômico manipulador do poder político, é a fonte da contra-constituição, enquanto que o princípio da origem popular do governo corresponde à expressão teórica da constituição formal. É também bastante importante considerar a influência do poder militar, e não é em vão que se começaremos a falar em Estado militarista.

Os juristas estudam o direito segundo o ponto de vista das fontes formais. Esse formalismo, legítimo em si mesmo, deve ser completado por uma visão sociológica do fenômeno jurídico. Quanto ao direito constitucional, deve-se reconhecer que uma constituição, elaborada de acordo com os preceitos da técnica jurídica seguida pelo legislador constituinte, sofre influência tanto ideológica, isto é, de uma filosofia, como de circunstâncias históricas que condicionam os movimento político, as revoluções e as reformas legislativas. O direito constitucional em vigor, bem como toda a ordem jurídica, não se reduz à normatividade pura, mas consiste em “uma síntese da tensão entre normas e a realidade”⁴⁵.

20. A para-constituição é uma consequência inevitável do desenvolvimento do direito constitucional quando se pretende fazer da constituição jurídico-formal um sistema completo, uma carta ideológica que abarque toda a sistemática do Estado no que concerne à organização dos poderes públicos e a garantia das liberdades. Esses dois aspectos do problema são convergentes e a constituição se apresente por vezes como uma técnica do poder, ou como uma técnica da liberdade. Em seu significado elementar, a constituição é precisamente um instrumento de estruturação pragmática do poder político e da defesa de liberdades. Mas ela tende a se transformar em uma carta ideológica em que seus aspectos técnicos são inseridos em um enquadramento mais amplo e submetidos ao jogo de uma certa dialética. Pode ocorrer, também, que a constituição seja completada ou mesmo derivada - em sua aplicação - de novas normas (legislação, jurisprudência, interpretação do texto constitucional). Além dessas regras jurídicas, as práticas políticas podem preencher a estrutura constitucional, como, por exemplo, o regime de partidos formado em diversos povos cuja constituição não o prevê. As últimas constituições começaram a instituir normas em observância dos partidos políticos. É assim que, no Brasil, a Constituição de 1946 estabeleceu o regime da pluralidade partidária, enquanto que as Constituições anteriores eram omissas a respeito dessa matéria. Outro exemplo brasileiro que pode ser lembrado é o parlamentarismo do Império, que também foi para-constitucional, formando-se a despeito da ausência de qualquer disposição que o previsse na Carta de 1824.

Quando as práticas políticas e as regras jurídicas são contrárias à letra da constituição formal, elas se tornam contra-constitucionais. Pode-se assinalar, nesse sentido, as leis promulgadas nesses últimos anos para a segurança do Estado ou para obter os imperativos da planificação econômica.

⁴⁵ M. García-Pelayo, op. cit., p. 20.

Se a constituição é mais um instrumento pragmático do que uma carta dogmática, então essas normas complementares da lei fundamental geralmente são acrescentadas ao seu texto para um crescimento orgânico na linha do direito histórico, sem uma ruptura com aquilo já estabelecido e sem se opor aos dispositivos constitucionais. A Constituição dos Estados-Unidos da América nos fornece um exemplo bem simplificador dessa hipótese com o sistema de *amendments* acopladas ao texto constitucional. É observando esse sistema que afirmamos que uma constituição não é um prédio concluído, mas uma fundação.

A partir do momento em que a lei constitucional e a lei ordinária não distinguem substancialmente – como ocorre na Inglaterra - não se pode mais falar em para-constituição, dado que a elaboração em matéria constitucional se torna um processo normal nos trabalhos do Parlamento. Já nos países de constituição escrita e rígida, estabelece-se uma diferenciação entre a constituição e a lei ordinária, sendo a primeira um ato do poder constituinte e o legislador ordinário avocando para si as funções do poder constitucional nas hipóteses previstas pela própria constituição.

Nos países que seguem o paradigma do constitucionalismo americano (Constituição dos Estados Unidos), as leis contrárias à Constituição podem ser declaradas nulas pelo Poder Judiciário. A rigidez da constituição e o princípio do controle e constitucionalidade das leis permitem que se barre mais facilmente o caminho das normas contra-constitucionais, enquanto que a para-constituição, que também é excluída, mas em função de que a matéria constitucional não é senão aquilo expresso na constituição escrita (critério puramente formal da constitucionalidade). Nos Estados-Unidos, a completude do edifício da Constituição compreende seus artigos, as *amendments*, a jurisprudência construtiva e as práticas políticas.

Ainda que o princípio do controle de constitucionalidade se oponha à possibilidade de uma contra-constituição, essa ainda pode existir como um estado de fato. É o que a sociologia política constata no Brasil e entre os povos da América espanhola cuja organização política se inspirou, em diferentes graus, no modelo dos Estados Unidos.

As constituições políticas do tipo de uma carta ideológica abrangem todo o direito constitucional, seja a matéria ampla, seja restrita. Elas tendem a fazer do direito constitucional aquilo que, na França, foi feito do direito civil, quando se buscou reduzi-lo ao texto da codificação. O direito civil ultrapassou esses limites em que havia sido colocado, e – pouco a pouco – ele foi alterado e dividido por leis que modicam o Código. Uma divisão similar não é tão frequente em relação às constituições em razão do princípio da intangibilidade constitucional, de onde seguem os conflitos entre constituição jurídica e realidade constitucional, bastante frequente na vida política dos povos que sofreram influência do constitucionalismo francês. Na verdade, a realidade vai além do esquematismo das constituições ideológicas e suscita normas do tipo para-constitucional ou contra-constitucional.

Em uma conferência de grande repercussão ocorrida em 1930, René Capitant sustentava que o costume não somente era um elemento complementar, mas um dado primordial da organização constitucional da III República francesa, cujas instituições essenciais não se encontravam em textos escritos e, inclusive, por vezes se opunham a esses textos. Assim, por exemplo, das quatorze atribuições iniciais do Presidente da República apenas restaram duas,

através das quais ele poderia manifestar pessoalmente sua autoridade: a escolha do Presidente do Conselho e o direito de Graça⁴⁶.

Os estudos de direito constitucional comparado nos faz compreender a relatividade dos textos e das fórmulas. É o professor Mirkine-Guetzévitch quem considera que esses estudos devem ser direcionados sobretudo à observação de práticas constitucionais⁴⁷, levando-nos a empregar o método sociológico – observação de fatos sociais – no domínio das ciências jurídicas.

As transformações operadas na vida política dos povos de todos os continentes após a segunda guerra mundial, o atrito entre os poderes do Estado, a crise de representação e do sistema eleitoral, as exigências de segurança do Estado e as novas formas de organização internacional, todos esses fatos vêm demonstrar a relatividade da qual fala esse autor. Aquelas construções antes julgadas indestrutíveis ruíram como um castelo de cartas, e os princípios jurídicos aos quais se atribuía um valor dogmático não resistem mais à pressão dos eventos. A questão para qual a maior parte das nações não é a simples revisão constitucional, mas a reforma do Estado e o reajuste entre a constituição política e a constituição histórico-social.

ⁱ A frase acima foi escrita em honra do juiz do Tribunal Constitucional Alemão Prof. Gehrard Leibholz. Ele, infelizmente, não conseguiu ser incorporado/fazer parte da obra “Die Moderne Demokratie und ihr Recht” (A democracia moderna e seus direitos) da Editora JCB Mohr, Tübingen, dois volumes 1966 apresentado em publicação comemorativa, por motivos temporais-técnicos.

⁴⁶ Apud *Marcel Prélot*, prefácio à *Mirkine-Guetzévitch*, Les constitutions européennes, Presses Universitaires de France, t. I, p. IX.

⁴⁷ *Mirkine-Guetzévitch*, op. Cit, p. I, p. 13.