

Direito e Constituição

SILVEIRA NETO

Doutor em Direito pela U.M.G.

1. A *constituição escrita*, que compendia o direito do Estado moderno, surge efetivamente na Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, como resultado das idéias do contratualismo. É, pois, a expressão característica do Estado Liberal, que transformou a lei escrita, acima de qualquer arbítrio, como fundamento do poder público. Entretanto, cumpre acentuar que a existência do Estado, como do Direito, independe da Constituição escrita, sendo esta simplesmente um estágio avançado na evolução do direito. Em sentido amplo, todos os Estados possuem uma *constituição*, porque *constituir é organizar, é ordenar, é formar um todo harmonioso de partes heterogêneas*. O Estado moderno é uma realidade complexa, porque nêle há elementos jurídicos, sociais e políticos, mas o que lhe configura a existência é a característica essencial da *soberania*. O *poder* é a nota substancial da vida do Estado, pois, êle, como nota BURDEAU, é “uma condição de ordem e a liberdade não é possível senão na ordem”.¹

A constituição é pròpriamente essa ordem jurídica enquanto norma fundamental ou conjunto de normas, embora aquela possa existir de modo costumeiro e sem necessidade de fixar-se em textos. É por isso que também LASSALE fala

(1) BURDEAU, Georges — *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1957, pág. 9.

da constituição como “conjunto de *fatôres reais de poder*” que regem um país.²

Há evidente exagêro, pois, nos que consideram o direito político como sendo apenas a constituição escrita. O direito do Estado moderno tende, realmente, a estratificar-se em fórmulas escritas mais ou menos rígidas e estáveis, mas isso significa apenas que há uma evolução natural na maneira de organização e funcionamento do Estado.

A contribuição dos contratualistas, cujo ideal político conflagrou a Revolução Francesa, foi exatamente êsse primado da lei sôbre o arbítrio dos governantes, sendo a lei a expressão da *vontade geral*. ROUSSEAU desprezou a noção sociológica de que a sociedade é um *fato natural* e o ensinamento teológico do *pecado original*, afirmando que o homem, partindo de uma solidão primitiva, teria formado a sociedade mediante um acôrdo igualitário de vontades individuais. Essa filosofia transforma o direito político, colocando o poder não mais na vontade de um monarca, representante de Deus, mas na vontade do povo.

Como a soberania é da Nação e esta é o conjunto dos cidadãos, cada indivíduo é absolutamente igual ao outro indivíduo em seus direitos. Historicamente, foi a destruição do regime aristocrático, das distinções de sangue, dos privilégios de nascimento e de fortuna. Como o cidadão, em vista da complexidade social, não pode legislar, então transfere o poder a outrem, surgindo, daí, o princípio da representação legislativa.

Em si, essas idéias sôbre o Direito e o Estado não eram novas. A garantia da liberdade do cidadão mediante a lei escrita tinha precedente na Inglaterra. Foram, contudo, os publicistas franceses do século XVIII, ROUSSEAU, MONTESQUIEU, DIDEROT, VOLTAIRE e outros, que sistematizaram a democracia liberal num corpo maciço e doutrinário.

(2) LASALLE, Fernando — *Qué És Una Constitución?* Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1957, pág. 21.

A constituição de 1789 compendiou, condensou, sintetizou e deu expressão normativa à teoria do contrato social, em que está explícita a igualdade perante a lei e o poder indivisível da soberania nacional. No tumulto histórico da Revolução, são vítimas dêsse poder os líderes populares, destituídos violentamente de seu mandato, julgado sumariamente e levados ao cadafalso, como aconteceu a ROBESPIERRE e DANTON. E o que é lógico dentro da teoria liberal pura, a Assembléia Nacional reunia os três poderes clássicos da democracia moderna, legislando, executando e julgando.

A evolução do direito político não é um fenômeno isolado, mas resulta da transformação social e econômica do mundo, do liberalismo filosófico e jurídico, da ascensão da burguesia e do laicismo religioso.

2. Se, na verdade, os povos mais antigos tiveram leis escritas e até mesmo códigos, faltava a estes o caráter jurídico, por serem competência de normas religiosas e morais. O próprio fenômeno da liderança possuía um aspecto místico, pois o direito e a religião se identificavam, conforme nos mostra FUSTEL DE COULANGES.³ A chefia era de uma casta religiosa e todos os fenômenos se explicavam pela difusa noção do fabuloso, do mágico, do místico, do sobrenatural. Seria faltar à verdade histórica, negar a ordem administrativa das sociedades antigas, mesmo as do mundo oriental, pois muitas atingiram grande progresso nessa parte, como é o caso dos assírios. O que não havia era o poder constituinte, a vontade popular, que vamos encontrar prefigurado, contudo, entre os gregos. As cidades gregas, pela sua geografia condensada e população diminuta, puderam realizar a democracia direta, mitigada por certa forma de representação. Num povo que mantinha a escravidão e um regime de castas, a democracia jamais poderia ser entendida à maneira moderna.

O Estado moderno surgiu como resultado de uma longa evolução histórica que, em Atenas, teve um estágio digno de

(3) COULANGES, Fustel de — *A Cidade Antiga*, Livraria Clássica Editôra, Lisboa, 1950, I vol., pág. 283.

atenção. Os gregos não chegaram à concepção do sufrágio amplo, e, como nota AFONSO ARINOS, a organização do Estado em nada se assemelhava ao sistema partidário moderno.⁴

O romano, notoriamente prático e imperialista, pouca contribuição *jurídica* trouxe ao problema da organização do Estado, tendo dado preponderante importância ao fator *político*. O poder foi ali uma série de transformações, avanços e recuos, misto de democracia com o arbítrio tirânico dos césores, o predomínio do militarismo, as oportunidades para as aventuras individuais. Os bárbaros, quando aportaram a Roma, nada mais tinham para derribar, porque o orgulhoso império destruíra-se por si mesmo.

Na idade média, cuja estrutura social se disciplinou sobretudo graças ao esforço da Igreja, não há preocupação com o direito político, porque a sociedade vive e se rege pelas normas do cristianismo. Já no dealbar da era moderna surgem os teorizadores de um direito desvinculado da religião, embora os seus primeiros passos sejam tímidos. Há, na longa era medieval, um *sentido de democratização* da vida social que se acentua lentamente, até configurar na rebeldia ostensiva da Revolução Francesa. O povo realmente não participava da liderança, mas se manifestava em várias oportunidades, de modo por vezes tumultuoso. Os senhores feudais não governavam sempre com tranqüilidade. Não raro tinham de reprimir revoltas de camponeses, quase sempre esmagados pela precária situação econômica, pelo excesso de tributação, pelas exigências militaristas.

Os reis sentem que o seu *poder divino* vai sendo, pouco a pouco, solapado pelas novas idéias, e tentam uma conciliação da monarquia com a democratização, surgindo, então, as chamadas *cartas*, que são uma forma embrionária das modernas constituições. Note-se, contudo, que as *cartas* estabeleciam obrigações e direitos entre o príncipe e os senhores feudais;

(4) MELO FRANCO, Afonso Arinos — *História e Teoria do Partido Político no Direito Constitucional Brasileiro*, Rio, 1948, pág. 6.

a plebe, o *terceiro estado* ficava alheio a essas convenções, longe, pois, da igualdade jurídica que o contratualismo estabeleceria, mais tarde, como um dogma. Só a Revolução Francesa outorgou ao povo o *poder constituinte*; o que os *déspotas esclarecidos* fizeram foi apenas retardar, com concessões ao liberalismo, a marcha da plebe ao poder. “A Constituição, em sentido positivo, surge mediante um *ato do poder constituinte*”, diz CARL SCHMITT.⁵ Num regime monárquico e de desigualdade social, sem partidos políticos, uma *carta* outorgada pelo rei nada tinha realmente com o povo, considerado como o conjunto de cidadãos, com a sua igualdade de direitos em face do Estado.

Até a teoria contratualista dos enciclopedistas ainda se aceitou o poder constitucional do rei, que caiu com a doutrina da representação da soberania nacional. Poder-se-ia objetar que, na Inglaterra, houve a conciliação do poder constituinte monárquico com o poder constituinte do povo, mas é pura aparência, porque ali o soberano *reina, mas não governa*.

A teoria do poder constituinte do povo, desenvolvida por SIEYÉS na Revolução Francesa, outorga, indiscriminadamente, a todos os cidadãos o direito de escolher os seus dirigentes. O povo, agora, não é mais uma camada restrita da população, os aristocratas ou uma elite, como em todos os regimes anteriores. Povo é o conjunto de todos os que vivem dentro das fronteiras geográficas da França. Contudo, na Revolução, no tumulto apaixonado daqueles dias terríveis, era considerado *povo*, era tido como *cidadão* o que não tinha sangue nobre, o que não era aristocrata, o que não tinha privilégio, pois não se pode esquecer que aquêle movimento histórico foi também uma espécie de vindita.

3. O *contratualismo* e a *divisão dos poderes*, de ROUSSEAU e MONTESQUIEU, foram, efetivamente, os fundamentos do Estado Liberal, doutrina que os publicistas e revolucionários do século XVIII transformaram em lugar-comum. Ao

(5) SCHMITT, Carl — *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 24.

lado da divisão de poderes, há, na obra de CHARLES DE SECONDAT, o *princípio da legalidade*, inspirado na vida política inglesa. A novidade que traz MONTESQUIEU a essas teorias é que êle as trouxe do plano metafísico, abstrato ou teórico, para o plano político, para a organização do Estado.

O *Contrato Social*, obra antes de ideólogo que de sociólogo, parte de um *a-priori*, a saber, a solidão do homem e a formação da sociedade mediante um pacto. ROSSEAU supõe que os homens chegaram a uma ponto em que se tornou impossível a sua sobrevivência em *estado natural*; surge, então, o *pacto social*, pelo qual “cada um de nós põe pessoa e poder sôbre uma suprema direção da vontade geral, e recebe ainda cada membro como parte indivisível do todo”.⁶

ROUSSEAU negou a sociedade como fato natural; supõe um pacto social num estágio de que a História não nos dá notícia; admitiu, contra a experiência da psicologia quotidiana, a bondade inata do homem; sustentou o absolutismo da razão e da vontade; erigiu o Estado como produto da solidão; daí todo o desvario demagógico da Revolução, que o repetiu quase literalmente através de seus oradores. Mesmo nos primeiros tempos da Revolução, quando a monarquia ainda não estava em jôgo, MIRABEAU dizia que “o príncipe é o representante perpétuo do povo” e que “o povo é a fonte de todos os poderes”.⁷

Filosoficamente, nenhuma revolução foi tão substancial como essa, não nos admirando, por isso, que as cinzas de ROUSSEAU tenham sido levadas, em triunfo, ao Panteon.

A contribuição de MONTESQUIEU, embora não tendo tal caráter de popularidade, mesmo porque a sua obra foi mais séria e mais densa que a de ROUSSEAU, visou, sobretudo, a tirar o arbítrio supremo do monarca. A teoria da separação dos poderes já tivera precedentes, inclusive em PLATÃO, que concebera uma república analógica ao organismo humano,

(6) ROUSSEAU — *O Contrato Social*, Edições e Publicações Brasil Editôra S.A., 5ª edição, 1958, Cap. VI, pág. 25.

(7) GARAUDY, Roger — *Les Orateurs de la Révolution Française*, 5e éditon, Classiques Larousse, pages 19/23.

outorgando funções específicas aos cidadãos. MONTESQUIEU aproveita as idéias tradicionais de ARISTÓTELES quanto à classificação das formas puras e impuras de governo. Entretanto, o que lhe caracteriza a obra é a preocupação política, a limitação do poder, que êle só julgara possível através da sua divisão. O laicismo é também um dos aspectos interessantes de sua doutrinação, pois a lei, para êle, deve exprimir a razão.⁸

A limitação do poder é uma preocupação antiga, coeva das primeiras experiências de organização do poder público. As assembleias gregas e romanas, a instituição do pretor, o poder dos anciãos no senado, eram meios indiretos de dividir o poder e tirá-lo das mãos de uma só pessoa, fôsse imperador, príncipe ou tirano. MONTESQUIEU, entretanto, equaciona essa preocupação numa fórmula política, através da chamada *divisão dos poderes*.

Na verdade, não há três poderes, porque só há o poder soberano do Estado, mas êste se manifesta através de três formas de atuação. Antes que *separados*, os poderes do Estado são *distintos*, com funções próprias e diferenciadas, mas agindo em razão da ordem estatal.

A Declaração de Direitos na Revolução Francesa acentuou expressivamente a *liberdade individual* e a *separação dos poderes* como necessárias à efetiva existência de uma constituição. Textualmente: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution".

Para quem olha o fato à distância, sob o regime consagrado da democracia, tal dispositivo pode perder algo de sua importância. Em 1789, apesar do precedente direito do *habeas-corpus* da Inglaterra, o regime monárquico era um regime de desigualdades, de privilégios e de arbitrariedades, bastando uma ordem do rei para mandar o indivíduo à prisão. Por

(8) MONTESQUIEU — *De L'Esprit des Lois*, Éditions Garnier Frères, Tome Premier, page 10: "La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre".

isso é que não se pode negar o conteúdo humano do contratualismo e do regime liberal, nem a sua contribuição para o aperfeiçoamento das relações humanas.

4. O Estado Constitucional, conquista do liberalismo burguês, foi um estágio na evolução do direito político que não esgotou outras possibilidades de estruturação da vida social em bases diferentes. Entre os aspectos negativos do liberalismo está exatamente o seu dogmatismo sobre a maneira de realizar a democracia, extinguindo as associações corporativas e estabelecendo apenas dois elementos, sem um entrosamento orgânico entre eles: o Estado e o Indivíduo. Durante muito tempo, o cidadão ficou solto, disperso, sem qualquer organização que o defendesse, até que se criou o partido. Entretanto, como nota GALVÃO DE SOUSA, "os partidos podem ser indispensáveis num determinado tipo de democracia, não em todos".⁹ Esse tipo de democracia é a democracia liberal, que se caracteriza pelas garantias individuais da liberdade e da propriedade e pelo predomínio da lei escrita. Ao Estado oriundo dessa nova ordem se convencionou chamar *Estado de Direito*, cuja vida política e administrativa funciona dentro de um sistema legal *cerrado* e que procura regular os mínimos pormenores da vida social através de normas escritas.

A expressão *Estado de Direito* só pode, evidentemente, ser compreendida em sentido histórico, isto é, como oriundo dos princípios liberais que consagraram a *liberdade individual* e a *propriedade privada*. Aceitando-a no sentido lato, teríamos de concluir que os governos anteriores ao Estado Burguês de Direito tenham sido anti-jurídicos. No entanto, funcionavam eles dentro da ordem jurídica estabelecida e consagrada em sua época.

A igualdade perante a lei foi uma conquista política de conteúdo humano e um estágio de grande progresso na evolução do direito público. Historicamente, foi antes a reivindicação de uma classe social, a classe mercantil, que a con-

(9) GALVÃO DE SOUSA, José Pedro — *Política e Teoria do Estado*, Edição Saraiva, 1957, pág. 68.

quista de tôda a plebe. A burguesia, tendo crescido demais economicamente, acabou por solapar o poder da aristocracia, reivindicando os mesmos títulos e privilégios desta. E a solução seria realmente a igualdade política para todos, e, como fatalmente aconteceria e aconteceu, tendo o poder econômico, a burguesia tomou conta do govêrno.

No Estado Liberal foi grande a preocupação da lei em defender a propriedade privada e os negócios particulares dos cidadãos, princípios que convinham ao interêsses dos burgueses. Por isso mesmo, a constituição liberal preocupou-se essencialmente com o aspecto político do homem, com a *publicidade* das leis, deixando o lado econômico entregue à concorrência dos interêsses individuais, fato que viria gerar desequilíbrios e a conseqüente reação das doutrinas socialistas.

A crença no poder das *fórmulas escritas*, a que aludiu OLIVEIRA VIANA, gerando o nosso conhecido *marginalismo* em vários setores da vida social, foi uma tendência do mundo liberal, que acreditou encerrar todos os fenômenos políticos e jurídicos da sociedade nas constituições.¹⁰ MIRKINE-GUETZÉVITCH, estudando o problema da *racionalização do poder*, a “substituição do fato metajurídico do poder pelas regras do direito escrito”, diz, com clarividência: “Os textos não criam as democracias; os homens e as idéias, os partidos e os princípios, as místicas e as afirmações, os costumes e as tradições são os fatôres determinantes de um regime. Os textos criam certas condições de evolução, de transformações, de realizações políticas”.¹¹

5. Os juristas e ideólogos julgaram, após as experiências de dezenas de séculos de multiformes tipos de sociedade política, que o Estado Constitucional, limitado pela lei, poderia outorgar maior soma de garantias ao homem e de lhe proporcionar maior felicidade. Por isso mesmo, a constitui-

(10) VIANA, Oliveira — *O Idealismo da Constituição*, Companhia Editôra Nacional, 1939, 2ª edição, pág. 81.

(11) GUETIZÉVITCH, Bóris Mirkine — *Evolução Constitucional Européia*, José Konfino-Editor, 1957, trad. de Marina de Godoy Bezerra, pág. 25.

ção escrita é um fenômeno que, em si, não se confunde com o Direito, com a Política, com o Estado ou a noção de Nacionalidade. Conforme afirma o ilustre internacionalista GERSON BOSON, “o Direito é uma experiência social inevitável, justa ou injusta”, e a realização do direito depende da conexão que com êle tenham os demais valôres.¹² É exatamente nesse ponto que se enganam os que julgam estar todo o direito na lei ou na constituição, considerando, dêsse modo, uma *técnica* ou forma de expressão do direito a própria essência do direito. No campo do Direito Constitucional já se nota a reação contra o tabu da constituição e da lei escrita, tanto que os autores não falam apenas em *Direito Constitucional*, mas também em *Instituições Políticas*, a fim de que outros fenômenos de natureza sociológica, não puramente normativos, possam ser objeto de atenção dos juristas. Dentro dessa orientação está MAURICE DUVERGER, para quem “uma lei, um estatuto jurídico, uma Constituição, não são a expressão do real, mas um esforço para ordenar a realidade”.¹³ É o Direito que tem, precìpuaente, essa função de ordenar a realidade social; esta, entretanto, varia segundo as condições de lugar e tempo, donde a impossibilidade de *normas* de validade perene para todos os agrupamentos humanos.

KELSEN, que, na linha hegeliana, *constrói* um sistema jurídico feito de abstrações, reconhece que o liberalismo e o comunismo fracassaram em sua tentativa de melhorar as condições do homem.¹⁴ E, se falharam, é porque, filosòficamente, desprezaram a verdadeira realidade do ser para quem se fazem tôdas as leis e para quem existe a sociedade: o ser humano. Procurando conciliar tendências antagônicas das

(12) MELLO BOSON, Gerson de Britto — *Monismo Jurídico e Soberania*, Imprensa Oficial, Belo Horizonte, 1950, pág. 16.

(13) DUVERGER, Maurice — *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 1956, Presses Universitaires de France, page 10.

(14) “O Estado burguês e o Estado proletário são ordens coercitivas centralizadas, ou, para usar a terminologia marxista, são ambos máquinas coercitivas”. Hans KELSEN — *A Teoria Política do Bolchevismo*, Livraria Clássica Brasileira, 1958, pág. 40.

ideologias modernas, PINTO FERREIRA tenta estabelecer alguns *princípios* que possam configurar uma *constituição* para o mundo de hoje, uma constituição que, como diz o consagrado mestre de direito, seja um “compromisso entre as tendências progressistas e conservadoras do grupo social”.¹⁵

O que importa não é tanto o que se inscreve numa constituição como o que se realiza efetivamente na sociedade. A democracia é também uma dessas *vivências* que impregnam a vida do homem, transformando o direito, fenômeno cultural, num fato quotidiano, numa aspiração tranqüila, numa realização consciente do indivíduo *informado* de que viver segundo o direito é principalmente viver segundo a justiça.

(15) PINTO FERREIRA estabelece os seguintes princípios do constitucionalismo moderno: Princípio da Supremacia da Constituição, Princípio Democrático, Princípio Liberal, Princípio Socialista e Princípio do Federalismo. Só o tempo e a experiência poderão dizer da possibilidade de conciliar *liberalismo*, *socialismo* e *democracia*, os quais, por serem *princípios*, de certo modo se contrapõem no campo teórico. Ver PINTO FERREIRA, *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, José Konfino-Editor, 1955, 2 vols., 3ª edição.

BIBLIOGRAFIA

- BURDEAU, Georges — *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1957.
- LASALLE, Fernando — *Qué És Una Constitución?* Ediciones Siglo Veinte, Buenos Ayres, 1957.
- COULANGES, Fustel de — *A Cidade Antiga*, Livraria Clássica Editôra, Lisboa, 1950, 2 vols.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos — *História e Teoria do Partido Político No Direito Constitucional Brasileiro*, Rio, 1948.
- ROUSSEAU — *O Contrato Social*, Edições e Publicações Brasil Editôra 5ª edição, 1958.
- GARAUDY, Roger — *Les Orateurs de la Révolution Française*, 5e édition, Classiques Larousse.
- MONTESQUIEU — *De L'Esprit des Lois*, Editions Garnier Frères.
- GALVÃO DE SOUSA, José Pedro — *Política e Teoria do Estado*, Edição Saraiva, 1957.
- VIANA, Oliveira — *O Idealismo da Constituição*, Companhia Editôra Nacional, 1939, 2ª edição.
- GUETZEVITCH, Bóris Mirkine — *Evolução Constitucional Européia*, José Konfino-Editor, 1957, tradução de Marina de Godoy Bezerra.
- MELLO BOSON, Gerson de Britto — *Monismo Jurídico e Soberania*, Imprensa Oficial, 1950, Belo Horizonte.
- DUVERGER, Maurice — *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Presses Universitaires de France, 1956.
- KELSEN, Hans — *Teoria Política do Bolchevismo*, Livraria Clássica Brasileira, 1958, tradução de M. T. Miranda.
- FERREIRA, Pinto — *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, José Konfino-Editor, 3ª edição, 2 vols.
- SCHMITT, Carl — *Teoria de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.