

Poder Constituinte e Ordem Jurídico-Econômica

WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

1. Poucos temas conseguirão apresentar-se tão sedutores e desafiantes ao jurista e ao cientista social interessados na tarefa de institucionalizar a vida de uma nação, como o de incorporar ao texto constitucional a realidade econômica e social de nossa época, marcada pela sua dinâmica, suas permanentes mutações e, sobretudo, pelo amplo espectro de suas "valorações". Estas, se de um lado apresentam-se profundamente distantes do tradicional, de outro, insistem em conservar princípios sacralizados como permanentes.

Não se trata apenas de discutir a técnica de sua inclusão no discurso constitucional que, para tanto, deverá assumir nova sintaxe, novos contornos semânticos, novo conteúdo comunicativo e adotar nova estrutura. Também não se limita a ampliar ou a reduzir o elenco de temas, optando entre os modelos teóricos das constituições mais simples ou mais complexas, rígidas ou flexíveis, formais ou materiais. Todos estes são aportes que a teoria vem oferecendo no decorrer da história do constitucionalismo, porém já não conseguem atender satisfatoriamente às atuais exigências da realidade social. É que insistimos em tratar os fatos novos pelos velhos e cômodos moldes estereotipados das Cartas liberais, mesmo quando procuramos adaptá-las às transformações decorrentes das guerras, das descobertas científicas, dos avanços tecnológicos ou da modificação dos costumes. Resiste-se a abandonar os velhos valores culturais e a substituí-los por outros, muitas

vezes gerados no ventre da violência das lutas ideológicas ou da selvageria das relações humanas, das técnicas armamentistas, dos ódios raciais, do imperialismo econômico, da penetração dos meios de comunicação. Não menos angustiante se afigura o problema para as Constituições instituidoras de regimes políticos não liberais, que devam libertar-se dos estereótipos por estes adotados, porque a essência da questão não está apenas em relacionar assuntos, porém em situá-los num sistema orgânico que lhes garanta solução.

2. Em verdade, nota-se que as Constituições assumiram, durante longo período, a posição mais ou menos decorativa de "cartas de princípios" dadas como referências indicativas da ordem jurídica, praticamente desconhecidas do seu próprio povo e ocupando menor atenção e respeito efetivo no quotidiano judiciário. Talvez tenha sido este um efeito do enraizamento privatista da formação dos profissionais do direito, pois o fato é que só modernamente elas assumem o seu devido lugar e prestígio em face da importância crescente dos problemas sociais, envolvendo os próprios interesses individuais. Especialmente nos países de culturas de imitação e importadas, onde sempre chegam com grande atraso as conquistas do conhecimento, acontece tomar-se para referência de decisão o texto de um Código vasado em princípios constitucionais ultrapassados e ignorar-se o dispositivo constitucional vigente. Quanto ao cidadão em geral, sujeito de direitos e deveres, certamente pelo próprio desvio destas informações, longe lhe passam os direitos e as garantias fundamentais de caráter econômico e social que a Constituição lhe assegura.

3. Obviamente aí reside uma falha fundamental do direito aplicado, pois que são desvios à regra de alicerçar corretamente, no texto fundamental, os princípios definidores da ordem jurídica, como a única forma de se garantir; à sociedade, mais estabilidade, e ao cidadão, mais garantias. A tomada de consciência neste sentido leva-nos a indagar quanto ao modo pelo qual os dados da realidade se fazem presentes ou o grau em que o texto constitucional deles se aliena.

De nossa parte, ousamos dizer que a atual e crescente preocupação para com os dispositivos constitucionais decorre em grande parte da intensidade com que os problemas econômicos passaram a definir os valores da vida e se impuseram tanto aos cidadãos como à sociedade encarnada na figura do Estado moderno.

As fronteiras da ordem jurídica elaborada para a manutenção dos direitos individuais, foram rompidas com a conquista de novos tipos de direitos e de novas espécies de obrigações. O campo do direito restrito aos "conflitos" de interesses privados tornou-se por demais pequeno, diante do direito à qualidade de vida, às conquistas sociais de toda ordem, à participação mais justa e equitativa do conforto, do lazer, do aperfeiçoamento pessoal das oportunidades econômicas, da igualdade sem preconceitos e sem barreiras. O fundamento econômico das reivindicações ligadas à própria felicidade humana ampliou-se de uma visão puramente material, para atingir o nível de garantia também da possibilidade de participação das formas espirituais, tais sejam, a cultura nas suas mais diversas manifestações, a tranquilidade diante dos imprevistos da sorte, da idade, ou das responsabilidades para com a formação das gerações futuras.

Foi diante destas mutações da própria realidade social, progressivamente absorvidas pelos textos constitucionais, que uma valorização e um respeito mais objetivos lhes veio sendo dedicados. O sentido meramente programático de suas normas vai cedendo lugar a uma efetividade e uma eficácia mais intensas, afirmando o verdadeiro valor da Lei Maior no contexto da ordem jurídica. Por outro lado, e na mesma proporção, a temática econômica aí se insere como presença indispensável, sem a qual a realidade social estaria profundamente desfigurada.

4. A colocação adequada de todo este problema, em verdade, pode e deve ser iniciada pela análise das responsabilidades do Poder Constituinte encarregado de captá-lo e de assimilá-lo.

Passando pela experiência da elaboração das Constituições nos diversos países, em diferentes épocas, e chegando-se até às brasileiras, torna-se justo indagar até que ponto este objetivo tenha sido satisfatoriamente alcançado, ou, ao contrário, até quando somente se registraram frustrações, engodos e distorções.

Deixando de lado provisoriamente os aspectos jurídicos e nos fixando, de início, nos prismas sócio-econômicos das transformações sociais, encontraremos um primeiro e decisivo elemento de observação quando nos colocamos diante das Constituições elaboradas nos períodos de predominância das estruturas rurais sobre as urbanas, das atividades agropecuárias sobre as industriais, das tranqüilas e acomodadas sociedades estabilizadas e conformadas com as suas estáticas condições, para as sociedades conscientes de sua evolução e reivindicantes de transformações. Eis o quadro que se configura nas áreas desenvolvidas e subdesenvolvidas do mundo atual. Estas, localizadas no chamado Terceiro Mundo, oferecem uma visão homogeneizada de seu estágio colonial, sopesadas pelos grilhões de dominação imposta pelas sociedades do "centro", em torno das quais giram como "periféricas". Sofrem especialmente o impacto do "colonialismo jurídico", pela via de um direito que lhes é culturalmente imposto. Subjugam-se por força de uma "ordem jurídica" falsamente soberana e, na realidade, dependente, porque ditada por culturas e interesses alienígenas.

5. Diante deste quadro realista, surge inevitavelmente o desafio à consideração dos aspectos políticos dessa mesma ordem jurídica. E o primeiro dado que se nos impõe é o que se refere à própria *soberania*. A trágica indagação fixa-se em saber-se com sinceridade, até que ponto a nação tem garantida como real esta soberania, além de sua simples consignação no texto constitucional. Por certo, não bastará o registro do termo, pois que, ainda mesmo quando toda a tessitura constitucional proponha a sua consolidação resta penetrar-lhe os mínimos meandros para vedar as frestas pelas quais seja comprometida. O jurista é, então, desafiado em

sua técnica, para garantir esta impermeabilidade. Mas, resta a condição fundamental de que a Constituição, em sendo um diploma formalmente jurídico, na verdade é, por natureza, essencialmente político. E, precisamente por esta circunstância é que, ao se inserirem nos textos constitucionais os elementos *econômicos* e os habitualmente chamados *sociais*, em decorrência desta própria inserção passam a funcionar como dados referentes à “política econômica” e à “política social” autorizada e, portanto, consagrada pela Lei Magna. Assim é que nos espaços reservados à “competência para legislar”, quando são nomeadas disciplinas jurídicas cujas normas abordam os fatos econômicos e sociais por este prisma, não se pode cometer a falha, provocada pelo pecado tradicionalista, de insistir em que fora dos ramos tradicionais tudo fica bem na legislação esparsa, sem que haja necessidade de sistematização e organicidade. Procurando reagir contra este obscurantismo jurídico é que as Constituições modernas compõem a ordem jurídica pela nomeação explícita da competência para legislar sobre “fatos jurídicos” típicos da sociedade atual, nomeando os direitos trabalhista, financeiro, agrário, espacial, ambiental, assistencial, minerário e tantos outros, ao lado dos quais se impõe com presença ainda mais marcante o Direito Econômico pois que referente à regulamentação da política econômica. Esta dinâmica da concepção da ordem jurídica na busca de traduzir a evolução social, impõe a absorção do sempre crescente elenco de novos ramos do direito e a própria atualização dos tradicionais, como o Constitucional, o Civil, o Comercial, o Penal, o Internacional e assim por diante.

6. Percebe-se, desde logo, que para chegar a este ponto, requer-se a análise de outro tema, tal seja, a função e a composição do próprio Poder Constituinte encarregado de elaborar as Constituições. Por ele é que se deflagra todo o sentido político que nelas se consubstancia. Nele se encarna o próprio ideal de *soberania*, exigindo, por isto, como condição primacial, a *legitimidade* na escolha daqueles que irão exercê-lo.

Da *legitimidade à representatividade* dos segmentos sociais, aos quais destina-se a Constituição, teríamos aparentemente uma simples questão de técnica, que ao direito competiria regulamentar. Entretanto, a questão não se esgota apenas em seu aspecto formal. Muito pelo contrário, se a legitimidade se refere à origem e à justificativa desse Poder, a representatividade traduz a sua própria fisionomia e autenticidade para os fins a que se destina. A questão de sua *legitimidade*, ou de sua adequada presença e origem, segue caminho que os teóricos parece terem revelado claramente, passando das monarquias alicerçadas na idéia de direito divino, transmitido aos príncipes e imposto aos súditos, para chegar à de Nação, quando esta toma as feições concebidas pelo racionalismo do Séc. XVIII, com a configuração da soberania nacional e da soberania popular. Assim, partindo da simples idéia de legitimidade a teoria do Poder Constituinte vai encontrá-lo em qualquer estágio da sociedade. Porém, a partir da sua racionalização, decorrente do pensamento iluminista, das contribuições rousсенianas do conceito de “contrato social”, da reação contra as formas autoritárias antes historicamente predominantes, foi que este Poder surgiu como concepção realmente revolucionária na organização social moderna.¹ Para Friedrich, como se sabe, ele tem “uma relação íntima com a revolução”, embora nem todas as revoluções sejam obra de um grupo constituinte.² Por outro lado, é clássica a distinção entre “Poder Constituinte” e “Poder Constituído”, pela qual se procura medir a autenticidade das Constituições elaboradas a partir dos próprios grupos políticos no poder, das emendas e adaptações, quando não ao engodo de se elaborar nova Carta que tão somente repete os mesmos princípios das anteriores. Nesta mesma linha de pensamento convida-se à reflexão a respeito das concessões

1. BONAVIDES, Paulo. «Direito Constitucional», Forense, 1980, págs. 133 e ss.

2. FRIEDRICH, Carl J. «Teoria y Realidade de la Organizacion Constitucional Democratica», Fondo Cultura Economica, México, pág. 134 e ss.

feitas nas Cartas “modificadas” e da própria técnica de consigná-las nos textos, sem que se lhes garanta a execução, como expediente usual do Poder Constituído evitar avanços e conquistas reais que não lhe interessam.

De qualquer modo, é sempre bom lembrar o pensamento de Carl Schmitt para quem o Poder Constituinte encarrega-se de garantir a unidade política da nação “como um todo”³. Parece-nos que justamente neste detalhe deve ser fixada a análise dos eleitos para a função constituinte. Esta análise importa nas posições ideológicas e sua projeção sobre a realidade social.

A composição do Poder Constituinte, portanto, tem a ver com os autênticos anseios da sociedade à qual se destina a Constituição. Esta, nem pode reduzir-se à acomodação do Poder Constituído excluindo os dados mais avançados das conquistas sociais, nem afastar-se do núcleo ideológico que comanda a sua absorção. Neste ponto, por outro lado, ainda se vai deparar com o fato novo das “informações” chegadas mais ou menos completas à opinião pública, e às limitações sempre justificadas por motivos “políticos” a respeito da institucionalização daquelas próprias conquistas. Daí os expedientes menos recomendáveis, porém habituais, a que nos referimos, de se introduzir nos textos constitucionais avanços desejáveis, embora não imediatamente desejados pelos interesses dominantes, conferindo à norma constitucional o caráter “programático” e comprometendo-lhe o sentido de norma jurídica impositiva.

3. SCHMITT, Carl. «Teoria de la Constitución», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 86 e ss.: «Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridade es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política determinando así la existencia de la unidad política como un todo». Daí decorre a sua afirmativa de que uma constituição não se apoia em uma norma que tenha como validade a justiça, mas, sim, tem como apoio uma decisão política, surgida de um *ser* político e referente ao modo e forma desse próprio *ser* (Id. pág. 87).

Os autores chegam, neste particular, como se sabe, a falar de um Poder Constituinte a ser definido pelo Direito, e um outro considerado na Ciência Política⁴. O primeiro seria referido aos preceitos jurídicos vigentes e o segundo exercitado sobre “as ruínas de uma ordem jurídica esmagada”.

De qualquer modo, percebe-se que a questão não se esgota apenas na existência ou na instalação do Poder Constituinte para elaborar Constituição nova ou rever e modificar Constituição existente. Ao contrário, desloca-se para a *legitimidade* dos componentes desse Poder e para a sua *representatividade*. Desta forma, no modelo democrático clássico o seu fulcro transfere-se para a “lei eleitoral”, enquanto que nas formas mitigadas ou desvirtuadas, aproxima-se em graus diferentes das manifestações do autoritarismo, com a designação de “sábios” individuais ou agrupados em corpos de composição variada, que se encarregam de elaborar a Constituição ou de apresentar projetos depois submetidos à aprovação dos parlamentos por “negociação” de interesses, ou a “referendum”, sendo este último expediente mais a gosto dos governos declaradamente ditatoriais⁵.

No Brasil, somente podem ser reconhecidas como portadoras de legitimidade constituinte as Constituições de 1891 e 1946, estando praticamente comprometidas nesse particular todas as demais⁶, o que levou Bonavides a caracterizar entre nós o “Poder Constituinte Legítimo e o Poder Constituinte Usurpado”. Perdura a indagação, porém, sobre ser realmente legítimo o Poder Constituinte decorrente da legislação eleitoral vigente, mesmo que nela se incluam, como recentemente, os analfabetos, porém franqueada como é, a todas as formas de influências e corrupções, especialmente aquelas vinculadas ao poder econômico e aos “lobbies” de toda espécie, ao domínio da informação, dos transportes, ao despreparo político e da própria pobreza ou miséria, a sua vulnerabilidade compro-

4. BONAVIDES, Paulo. «Ciência Política», 3ª edição, Rio, Forense, 1978, p. 144 e ss. e 130 e ss.

5. FRIEDRICH, Carl J., Ob. Cit., p. 135.

6. BONAVIDES, Paulo. «Direito Constitucional», Ob. Cit., p. 158.

mete a legitimidade do resultado eleitoral. Refletidos estes fatores na eleição dos representantes, inevitavelmente multiplicam-se os seus efeitos em dispositivos constitucionais comprometedores da soberania em geral e consagradores da dependência econômica, do colonialismo e do atraso em todas as suas manifestações. Completa-se este efeito quando os enunciados de política econômica e de conquistas sociais incutidos no texto constitucional são esvaziados na prática e anulados pelos expedientes da regulamentação restritiva das leis ordinárias elaboradas pelo Poder Legislativo composto do mesmo modo, pela ação autoritária do Poder Executivo, pelas facilidades à desídia e prevaricação de legisladores e administradores, assim como pelo despreparo e falta de sensibilidade dos julgadores.

8. Realmente, este é um dos pontos capitais que tem faltado à sensibilidade dos legisladores constituintes, quando afeitos ao tratamento meramente decorativo dos grandes temas atuais e à permanência ferrenha nos mesmos e ultrapassados pontos de vista tradicionais. Assim, não introduzem nos textos constitucionais os instrumentos capazes de atender às exigências da atual sociedade de massas, não motivam o Poder Judiciário para a grande e real abertura da Justiça aos pleitos pelos mais modernos e legítimos direitos, não cria os freios à exorbitância do Executivo sobre o Legislativo e ao seu domínio efetivo sobre o Judiciário. Falseia-se a estrutura dos três poderes autônomos e que na prática, reduzem-se a um só poder verdadeiro, o Executivo. A não ser alguns instrumentos de expressão discutível como a "Ação Popular" e as "desapropriações", os textos constitucionais brasileiros primam pela mediocridade, pela falta de atualização e pela preferência por posições retrógradas, inutilizando praticamente tudo quanto oferece em termos de ordem econômica e social neles inseridos. Estas limitações encontram a inevitável correspondência na pobreza teorizadora do nosso processualismo e na timidez e conservadorismo tanto do Legislativo como do Judiciário. O resultado são as leis processuais igualmente arcaicas, mal elaboradas e distanciadas

das exigências da sociedade atual no que tange aos aspectos jurídicos da ordem econômica e social. Debalde se incluem referências a abusos do poder econômico, a direitos do consumidor, à intervenção estatal, a seguro desemprego, a cogestão da empresa, a direito de greve, a função social da propriedade, a planejamento econômico, às conquistas previdenciárias, pois na prática dos tribunais quase sempre figuram como letras mortas.

9. De tudo isto, identificamos inevitavelmente as questões sobre que “corpo constituinte” será capaz de atender aos ditames da ordem econômica e social com a necessária fidelidade à realidade atual e que corpo constituinte a legislação eleitoral permite formar-se, comprometendo a fidelidade às exigências econômicas e sociais e repetindo apenas as mesmas distorções e o mesmo engôdo de sempre. Mais grave se torna o questionamento, quando verificamos que os avanços e as conquistas nesse sentido foram registrados em maior e mais importante quantidade nas Constituições brasileiras elaboradas pelo Poder Constituinte considerado “usurpado” do que naqueles tomados por “legítimos”. Assim, foi no texto da Constituição de 1934 que se incluiu o Título “Da Ordem Econômica e Social” (Tít. IV, arts. 115 a 143), embora se possa alegar que as Cartas de 1824 e 1891 se inspirassem na ideologia liberal, onde tal iniciativa seria inadmissível. Do mesmo modo, a Constituição de 1946 praticamente não inovou neste particular, embora tenha modificado radicalmente o tratamento dado a alguns institutos como o do Direito de Greve, em face do que dispunha a Carta autoritária de 1937.

Profundamente delicada é a questão, como se vê, especialmente em um país como o Brasil, onde boa parte da população não chega a formular uma opinião sobre os temas econômicos e sociais faltando-lhe as informações necessárias e onde, por isto mesmo, na ausência de costumes e tradições a “opinião pública” apenas representa uma faixa da sociedade, justamente a mais diretamente influenciada pelos meios de comunicação e a mais beneficiada pelas condições econômicas oferecidas pelo Poder Constituído. Só na medida

em que as classes médias se vão empobrecendo e em que as camadas operárias ascendem na escala social, a partir do salário mínimo, é que um certo alargamento se vai verificando nesta faixa de "opinião", sendo imprevisível, de qualquer modo, e no presente momento eleitoral, se o próprio analfabeto contribuirá em sentido positivo ou negativo na escolha dos representantes constituintes, de tal modo se torna fácil a influência pela propaganda e o efeito de dominação sobre o mesmo, com o desvirtuamento das finalidades verdadeiras do voto enquanto instrumento democrático.

Sendo eminentemente político, o Poder Constituinte, e fundamentalmente política, a Constituição, é indispensável que se atente para os aspectos da política econômica a ser definida em relação à própria soberania, pois a alienação que recebeu e se consolidou na tradição constitucionalista liberal tem sido a mais utilizada válvula pela qual a dependência econômica aos países politicamente soberanos se traduz nas atuais formas de "neocolonialismo". Ora, nem sempre se conseguirá atender a tais peculiaridades mantendo-se os processos eleitorais tradicionais para um eleitorado dificilmente informado dos meandros e dos expedientes do Poder Econômico. Em verdade, a temática desloca-se para o campo da *ideologia* a ser definida constitucionalmente. É quando se percebe mais claramente o significado do Poder Constituinte convocado em seguida às revoluções ou às grandes transformações políticas de uma nação, pois aí se configura o correto momento histórico de sua atuação a partir da ruptura fundamental, e visto como lhe compete institucionalizar os novos princípios ideológicos tornados vitoriosos.

10. Não é tranqüilo o resultado da pesquisa para esclarecer este ponto, na própria comparação entre os textos constitucionais de diferentes países, em épocas e circunstâncias diversas. Entretanto, alguns dados podem ser detectados por este processo. A rigor, os princípios fundamentais adotados no texto constitucional deveriam estar configurados nos preâmbulos das Cartas, mas, se algumas os adotam, grande parte das Constituições modernas não os consignam,

deixando ao corpo de artigos a missão de configurá-los. Por outro lado, quando saída de uma revolução modificadora de princípios, embora de modo mais ou menos profundo, sempre se revela o cuidado em defini-los claramente.

Neste particular, ainda uma vez se faz atual a lição de Friedrich em relação à importância dos preâmbulos e aos conflitos de princípios nas Cartas Magnas. Quanto aos primeiros, afirma que "têm importância considerável como indício de qual seja a opinião pública à qual deve sua força uma determinada constituição", exaltando desta forma o significado da identificação entre a ideologia a ser consagrada e os autênticos anseios do povo que a adota. Ainda mais perceptível é a relação entre os motivos predominantes em cada momento da elaboração constitucional, como expressão do que se costuma denominar por "espírito da época", e o que se registra nos preâmbulos. O referido autor destaca os dados consignados na Constituição dos Estados Unidos da América do Norte e referidos à intenção de "formar uma união perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranqüilidade interna, prover a defesa comum, fomentar o bem estar geral e assegurar a liberdade para a atual e as gerações futuras". As características históricas de uma colônia que se libertava e se transformava em nação soberana, que constituía uma Federação de Estados, aí estavam na mais antiga das Cartas modernas. No mesmo sentido, embora visando objetivos diversos, a Constituição de Weimar, de uma Alemanha saída da Primeira Guerra Mundial, expunha o desejo de renovar-se e de consolidar-se "na liberdade e na justiça, servir à paz interna e externa e fomentar o progresso social". Bem conhecido é o resultado atingido por esta Carta, a partir da expressão "progresso social", pois que grande parte dos avanços no sentido da incorporação de conquistas desta natureza nas Constituições do mundo capitalista, nela buscam inspiração e exemplo. Quanto às Constituições francesas, Friedrich registra o fato de não apresentar preâmbulo a da Terceira República, o que teria levado Duguit a afirmar que os Princípios dos Direitos do Homem redigidos em 1789 nela já estariam incorporados e com isto teria procurado garantir um

sentido constitucional aos interesses daqueles que se opunham a uma ordem socialista. Para Friedrich, porém, este expediente seria desnecessário, desde que “a oposição ao socialismo fosse parte da constituição *real* da França”. Verificamos, porém, que a Constituição Francesa de 4 de outubro de 1958, com emenda de 28 de outubro de 1962, adota o “preâmbulo”, no qual afirma que “o povo francês proclama solenemente sua adesão aos Direitos do Homem e aos princípios da soberania nacional tal como foram definidos pela Declaração de 1789, completada e confirmada pelo preâmbulo da Constituição de 1946”.

Friedrich trata laconicamente do preâmbulo da constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, afirmando que “expõe idéias que são até o momento rechaçadas com bastante generalidade nos Estados Unidos, não sem ter afirmado que, por seu turno, a “constituição *real* do povo norte-americano já não encontra plena expressão no documento escrito”. Em verdade, a Constituição da URSS é uma daquelas que decorrem de uma revolução política fundamental, instituindo regime político inteiramente oposto ao existente antes, sendo destituída de qualquer razão a comparação com a norte-americana, a não ser que aquele autor pretendesse salientar a oposição entre os respectivos regimes políticos nelas definidos. Daí o preâmbulo de sua Constituição de 1977, a quarta do regime, já afirmar que “o povo soviético, guiando-se pelas idéias do comunismo científico e fiel às suas tradições revolucionárias” e apoiado nas conquistas sócio-econômicas e políticas do socialismo, aspirando o desenvolvimento da democracia socialista, considerando a posição do país em face do “sistema socialista mundial” e “mantendo a seqüência de ideais e dos princípios da primeira Constituição Soviética de 1918, da Constituição da URSS de 1936, fixa os fundamentos do regime social e da política da URSS...”

Como se vê, estamos diante de três Constituições de países que fizeram as suas revoluções ideológicas rompendo com situações anteriores e que definem os seus princípios nos respectivos preâmbulos, mantendo o texto inicial no caso dos Estados Unidos e reafirmando os textos anteriores, desde as

respectivas modificações fundamentais, nas duas outras. Outros preâmbulos merecem atenção, entretanto, pela diversidade de suas condições.

A Constituição Suíça de 1874, com as modificações de 1975, diz que “em nome de Deus Todo-Poderoso, querendo reforçar a aliança dos confederados, manter a unidade, a força e a honra da nação suíça, adotou” aquela Constituição.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, saída da II Guerra e com o território alemão dividido, afirma estar “consciente da sua representação perante Deus e os homens, animada pela vontade de manter a sua unidade como Nação e como Estado e de servir à paz mundial como membro de direitos iguais numa Europa Unida”, e que agia “também em nome daqueles alemães aos quais foi vedada a colaboração” e afirmava que “o povo alemão no seu conjunto continua empenhado em concretizar a unidade e a liberdade da Alemanha em autodeterminação livre”.

Igualmente a Carta do Japão, egresso, como vencido, da II Guerra, afirma-se decidida a assegurar à geração atual e aos seus descendentes, “os frutos da cooperação pacífica com todas as nações e as bênçãos da liberdade em todo este país, e resolvidos a não permitir jamais a visita dos horrores da guerra através da ação do governo”, proclama que “o poder soberano reside no povo e é firmemente estabelecido pela Constituição”.

A Constituição Espanhola da 1978, saída do longo regime ditatorial, deseja “estabelecer a justiça, a liberdade e a segurança e promove o bem de quantos a integram”, “garantir a convivência democrática dentro da Constituição e das leis de acordo com uma *ordem econômica e social justa*, proteger os direitos humanos, consolidar o Estado de Direito”, “promover o progresso da cultura e da *economia* para assegurar a todos uma digna qualidade de vida”, e assim por diante.

A Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976, igualmente saída de longo período ditatorial, afirma “libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo, representando uma transformação revolucionária e o início de uma

viragem histórica”, restituindo aos portugueses as liberdades fundamentais, defendendo a independência nacional, os direitos fundamentais do cidadão, os princípios basilares da democracia, imprimindo o Estado de Direito democrático, e abrir caminho para uma sociedade socialista “no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno.”

A Tchecoslováquia deve ser tomada em diferentes tempos. O primeiro, logo após a libertação do jugo nazista. O mesmo na Carta de 1969, quando agradecia a libertação pelo Exército Soviético, e quando passou a uma democracia popular, depois da experiência da República burguesa, tendo como inadiável a transição pacífica para o comunismo, de vez que o socialismo ali já havia triunfado. A segunda, está na Lei Constitucional de 1970, que consolida a união das nações checa e eslovaca, após cinquenta anos de vida do Estado comum, criando o Estado federativo “no espírito dos ideais humanitários do socialismo e do internacionalismo proletário”.

As Constituições dos países africanos recentemente considerados soberanos, embora sem “preâmbulo”, definem nos seus respectivos primeiros artigos o sentido orientador de sua vida política. Assim, a Constituição de Guiné-Bissau afirma-se como “uma República soberana, democrática, anti-colonialista e anti-imperialista, que luta pela libertação total, pela unidade, assim como pelo progresso social do seu povo”. O mesmo se encontra na Constituição de Angola, “cujo primeiro objetivo é a total libertação do povo angolano dos vestígios do colonialismo e da dominação e agressão do imperialismo e a construção de um país próspero e democrático, completamente livre de qualquer forma de exploração do homem pelo homem, materializando as aspirações das massas populares”. Esta simples amostragem parece-nos suficiente para afirmar o sentido e a importância da “ideologia” cujo instrumento correto de institucionalização é a Constituição, e, em decorrência, o significado do Poder Constituinte ao elaborá-la. Tanto que em sua apreensão geralmente temos que trabalhar com os difíceis e dispersos elementos da “opinião pública”, com os dados ainda mais profundos do sen-

tido e dos anseios dos diferentes segmentos sociais, na chamada *constituição natural*, e com os próprios “conflitos de princípios”, revelados não somente quando “mudam as idéias dominantes” acerca das relações desejáveis entre os governos e os cidadãos, na análise de Friedrich, ou mesmo quando ideologicamente se chocam, como tivemos a oportunidade de verificar em diversas ocasiões, ao trabalhar o tema econômico inserido como “ideologia constitucionalmente adotada”.⁷

11. Ora, em se tratando da “ordem econômica e social nas Constituições”, a questão assume novas nuances, visto como, sem jamais se afastar das condições históricas em que tenha funcionado o Poder Constituinte, por certo que o dado econômico e as reivindicações sociais mais amplas são relegadas ou exaltadas. Em mais aprofundada pesquisa, ao trabalharmos as Constituições promulgadas até o período seguinte à Segunda Guerra Mundial, procuramos classificá-las em três categorias: aquelas que tratam o assunto econômico em Título ou em Capítulo especial; as que o inserem em artigos esparsos; as que dele não cogitam. Verificou-se que aquelas promulgadas em pleno liberalismo, obviamente se enquadravam nesta terceira categoria. As que se seguiram à Segunda Guerra, praticamente todas, o consignavam, sendo que a grande maioria, em Título ou em Capítulo especial.⁸

12. Encontram-nos, portanto, diante da necessidade de situar ideologicamente o elemento econômico. E vamos concluir, da análise, que elementos fundamentais de uma definição a respeito, como a *propriedade* e a *liberdade*, rompem as rígidas barreiras das ideologias puras e estão consignadas nas diversas Constituições, ainda quando correspondentes a diferentes e, mesmo, antagônicos regimes políticos.

Diríamos que se tomarmos o dado “econômico” pelo prisma da “ideologia”, veremos que o próprio conceito do “polí-

7. WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, «Direito Econômico», Saraiva, 1980, pág. 32 e ss.

8. WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, «Do Econômico nas Constituições Vigentes», Ed. Revista Brasileira de Estudos Políticos, 2 vols., 1961, Segundo Volume, págs. 14 e ss.

tico" se amplia de modo imprevisível. Resta, diante dele, de vez que os princípios da *propriedade* e da *liberdade* deixaram de ser elementos decisivos de referência, o princípio da *sobrania*, que além de "político", por natureza, tem a conotação restritiva e personalizadora da "nação" à qual corresponde, em todos os sentidos, a idéia de Constituição.

Neste ponto, os próprios princípios ideológicos dos diferentes regimes políticos entram em conflito, como, por exemplo, os que configuram o "liberalismo" e os que definem o "nacionalismo econômico". A evolução dos conceitos, porém, não se extingue num simples exemplo, por mais abrangente que ele possa ser. Assim, a natureza puramente "econômica" do *capital* foi aprisionada nos princípios limitativos, "políticos", das nações, configurando capitais "nacionais" e "estrangeiros" e sugerindo normas jurídicas a respeito. A *empresa*, como figura moderna da vida econômica, incluiu-se nesse mesmo espaço. Mas a concepção moderna da "empresa transnacional" rompeu com ambas as barreiras e comprometeu toda a estrutura política e jurídica do conceito de nação.

Do mesmo modo, na composição política dos corpos eleitorais, a figura genérica do "cidadão", expressa no amplo aspecto do "cidadão eleitor", está composta de partes cujos interesses se afirmam em conflito estrutural. Assim se colocam "produtor e consumidor", "empregador e empregado", "emprestador e tomador", "vendedor e comprador", movimentando toda a parafernália da estrutura e da conjuntura político-econômico-jurídica, com os preços, os custos, o funcionamento dos mercados de bens, de serviços e de valores e uma infinidade de instrumentos correspondentes que a tradição absenteísta liberal procurou ignorar, porém que a realidade atual não o permitiu. Em decorrência, chamou-se o Estado para atuar economicamente.

Estes são alguns dos dados que a "ordem jurídica modernamente considerada se vê obrigada a incorporar sob a forma sistemática e organicamente arranjada de "ordem econômica e social" inserida nas Constituições, independentemente dos regimes políticos aos quais correspondem.

Textos mais recentes, subentendendo experiências de um constitucionalismo mais atualizado, não oferecem mudanças profundas de forma e procuram situar dentro de um Título ou de um Capítulo toda esta problemática, apesar de sua enorme expansão. Desdobram-no, tal como acontece com a Constituição Portuguesa de 2 de abril de 1976, que incluindo em Título (Tit. III) os “direitos e deveres econômicos, sociais e culturais”, dividiu-os em capítulos. Um primeiro foi dedicado às “garantias e condições de sua efetivação”, onde, segundo a promessa de marchar para o socialismo, são assegurados a apropriação coletiva dos principais meios de produção, a planificação do desenvolvimento econômico e a democratização das instituições”. No Cap. II, define os “direitos e deveres econômicos”. No Cap. III, os “direitos e deveres sociais”.

Maior destaque é dado, entretanto, à “Organização Econômica”, propriamente dita, que merece a categoria de uma *Parte*, por sua vez dividida em Títulos. Aí estão situados os “Princípios Gerais” (Tít. I) com o Fundamento da Organização Econômico-Social”, as “Incumbências prioritárias do Estado”, a “Intervenção, Nacionalização e Socialização”, “o Cooperativismo”, a “Iniciativa Privada”, “A Atividade Econômica e Investimentos Estrangeiros”, “Os Meios de Produção em Abandono”, “As Atividades delituosas contra a economia nacional”, a Estrutura da Propriedade dos Meios de Produção (Tít. II), o Plano (Tít. III), a Reforma Agrária (Tít. IV), o Sistema Financeiro e Fiscal (Tít. V), os Circuitos Comerciais (Tít. VI).

Como se vê, o problema ideológico envolvendo o dado econômico não permite o alheamento da Constituição aos seus aspectos fundamentais, ao mesmo tempo em que oferece ao Constituinte o permanente perigo das enumerações exaustivas e incompletas. O fato é que a inclusão de certos temas específicos sempre confere um sentido circunstancial ao texto constitucional, que por natureza não deveria absorvê-lo. Porém, neste ponto volta à tona a questão da *constituição natural* diante da *Constituição escrita*. Em se tratando do tema econômico, os autores marcham para a consideração de am-

bas na configuração do que se vem denominando por “Constituição Econômica”.⁹

13. Em termos de comparação, o constitucionalismo brasileiro se preocupa em situar a problemática econômica nas Cartas Magnas, desde o texto de 1934, sendo que especialmente a emenda de 1926, à Carta de 1891, já concretizara esta orientação. As próprias “dobras” daquele texto original já haviam permitido a intervenção do Estado no domínio econômico, pelo instrumento do Convênio de Taubaté, bem como por leis ordinárias, especialmente as referentes aos recursos minerais. De qualquer modo, consolidou-se em nosso constitucionalismo o tratamento do tema ao nível de “Título”, sendo que especialmente os seus primeiros artigos assumem o sentido amplo de “caput” do conjunto, ou, se quisermos, de “preâmbulo” definidor dos princípios que regem os demais.

Assim foi no texto de 1934¹⁰, no de 1937¹¹, na de 1946¹², na emenda constitucional de 17 de outubro de 1969¹³.

9. WIRTSCHAFTSVERFASSUNG — D. Ignácio Maria de Lojendio, in «Constitucion y Economia», Centro de Estudios y Comunicacion Economica», Madrid, pág. 81 e ss; «Economia e Constituição», Vital Moreira, Coimbra Editora, Portugal, pág. 19 e ss.

10. Tit. IV, art. 115: «A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica».

11. «Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercidos nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta».

12. Art. 145: «A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios de justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano».

13. Art. 160: «A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional, com base nos seguintes princípios...».

Infelizmente, nota-se que esta experiência constitucional em termos de tratamento do dado econômico, em verdade não tem sido suficientemente conduzida em sentido de verdadeira sinceridade de propósitos. A mais simples tentativa de aproximação entre os dispositivos constitucionais e a condução da vida econômica do país revelam o alheamento que os separam e muitas são as lições a se tirar deste fato, se efetivamente pretender-se tratar com seriedade a elaboração constitucional que ora se anuncia no país. O hábito das Cartas declarada ou disfarçadamente outorgadas, não permitiu à opinião pública, e nem mesmo à consciência jurídica brasileira, desenvolver o respeito e a confiança que as Constituições devem inspirar.

Para se corrigir os efeitos de tais vícios um primeiro ponto a ser considerado, por certo, é o de se evitar a evasiva posta em moda nas Constituições dos países que tudo fizeram para tratar como "regra" o abstenceísmo liberal, e apenas como "exceção" às conquistas inevitáveis à realidade da atuação do Estado e da presença da problemática econômica e social nos seus textos. Os expedientes neste sentido vão do desenvolvimento da teoria de que a "norma constitucional" deva manter caráter meramente programático, sendo transferida ao legislador ordinário a elaboração dos textos regulamentadores dos princípios e dos enunciados gerais, até às contradições de princípios ali registrados. Com este expediente, a maioria dos problemas oferecidos pela realidade social e alçados à condição de "valores constitucionais", teve a sua prática postergada indefinidamente à falta de serem promulgadas as leis regulamentadoras correspondentes. Outras vezes elabora-se uma legislação regulamentadora restritiva que, em lugar da consagração do princípio consignado, tem a função de desvirtuá-lo. Correndo os artigos do "Título" da "Ordem Econômica e Social" nas diversas Constituições brasileiras, a identificação de tais casos praticamente atinge quase à sua totalidade, o que significa ter-se delegado o Poder Constituinte ao legislador ordinário e se haver condicionado a eficácia da Constituição à dependência de diploma de menor competência hierárquica. Os efeitos destes vícios e subver-

sões teriam de conduzir inevitavelmente ao aviltamento dos mais mezinhos princípios jurídicos, quando dispositivos constitucionais são "revogados", na prática, por leis, portarias, circulares, avisos e outros instrumentos menores.

As lições a serem tiradas não se restringem a tais vícios. O tratamento impreciso de temas fundamentais, como o *planejamento econômico*, acabou por exigir legislação complementar eivada de outros tantos defeitos. Com isto, garantiu-se o autoritarismo e criou-se a ilusão de se cumprir um planejamento econômico legalmente democrático, embora as leis referentes à elaboração dos planos comprometessem este sentido.

Não bastassem contrafacções desta natureza, encontradiças em cada artigo incluído por simples efeito decorativo, como os referentes aos objetivos do salário mínimo, jamais atendido nos atos legislativos encarregados de fixá-lo, ainda temos todas as malícias de dispositivos subreptícios da legislação ordinária. Basta lembrar a necessidade de aprovação pelo Procurador da República na denúncia de crimes das altas autoridades econômicas e financeiras, sendo que o preenchimento de tal cargo se faz por indicação do próprio Governo que estaria em causa, como se verificou no episódio da iniciativa tomada pela OAB em relação às negociações das autoridades econômicas com Bancos estrangeiros e com o FMI, quando ficara sobejamente provado o comprometimento da soberania nacional.

Questões ainda mais diretamente relacionadas com a realidade nacional e de plena consciência da opinião pública, insistentemente presentes ao que se entende por *constituição natural*, como a dos capitais e empréstimos estrangeiros, das empresas multinacionais, da abdicação de nossa soberania a respeito da política de recessão, da corrupção sem punição de funcionários e autoridades, não encontram tratamento explícito, claro e transparente como se há de exigir.

Legisladores constituintes de outras nações não se têm comportado deste modo, como vimos. Embora signatários de tratados e convênios internacionais como os referentes a in-

teresses econômicos comuns, tais sejam os capitais estrangeiros, estes não chegam até à nossa Constituição, ao passo que comparecem à da Venezuela, por exemplo, quando explicita em seu artigo 107, que “a lei estabelecerá normas relativas à participação dos capitais estrangeiros no desenvolvimento da economia nacional”. Do mesmo modo, depois de tantas celeumas sobre o problema da lei de informática, entre nós, sem que se destacasse o seu principal ponto, que é o perigo de reduzi-la a um instrumento ao serviço dos órgãos de controle governamental sobre a privacidade individual, veja-se o que dispôs a respeito a Carta de Portugal em seu art. 35, que garante a todos os cidadãos o direito de tomar conhecimento do que constar dos registros a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, a proibição do uso desses dados com respeito a convicções políticas, religiosas ou de vida privada, bem como a de atribuir um número nacional único aos cidadãos.

Por certo, as questões a serem incluídas na “ordem econômica e social” em uma Constituição brasileira, multiplicam-se e se ampliam de acordo com a nossa própria complexidade social. Mas, do ponto de vista de sua elaboração, o jurista encontra obstáculos cuja remoção parece estar longe de ser obtida. Decorrem, especialmente, do fato de se chegar à decisão de elaborá-la a partir de um movimento de forças reunidas sob a convergência de depor o regime militar, sem, entretanto, aprofundar-se em questões ideológicas, o que arrefece a necessidade de mudanças constitucionais significativas. Além disto, a legislação eleitoral continua a mesma que elegeu os legisladores do Poder Constituído, sendo vulnerável à corrupção e aos processos capazes de formar um Poder Constituinte comprometido com interesses em desacordo com a realidade nacional. O quadro atual do nosso Legislativo é que autoriza tais afirmativas, embora o necessário otimismo possa conduzir a não transformá-lo em vaticínio.

Em verdade, no momento atual, a mudança da lei eleitoral, o estabelecimento de rígidos obstáculos à corrupção pelo poder econômico e o trabalho de efetiva conscientização do povo no sentido de fortalecer os dados de convicção que se

traduzem em preceitos da *constituição natural* a serem traduzidos pelos Constituintes, na Constituição escrita, são as medidas indispensáveis para que se chegue ao estabelecimento de uma "ordem econômica e social" justa e eficaz.

RESUMO

O Autor procura determinar a relação que considera fundamental entre as condições impostas pela legislação eleitoral na composição do corpo de legisladores constituintes e o que representam ideologicamente como autênticos representantes da vontade popular. A partir desta premissa estuda o modo pelo qual a definição da ordem jurídico-econômica no texto constitucional estará ou não em consonância com os autênticos anseios e necessidades do povo. Tece considerações sobre a instrumentalidade habitualmente aplicada no sentido de tornar os dispositivos constitucionais realmente eficazes em lugar de serem meros repositórios de intenções previamente destinadas a não serem concretizadas. Aprofunda-se nos conceitos de *Constituição Econômica*, *Constituição Natural* e *Constituição Legislada* para mostrar a maneira pela qual o legislador constituinte moderno vem incorporando aos textos constitucionais os elementos econômicos inspiradores da política econômica a ser posta em prática nos respectivos países. Assim, desde o comprometimento da escolha dos legisladores constituintes com interesses econômicos até à técnica de legislar de modo a atender aos anseios reais das populações o autor procura abordar temas que se referem a relação do poder econômico na configuração da ordem jurídico-econômica consagrada no texto constitucional.

b) separação de poderes, por meio da fixação de suas respectivas relações;

c) os princípios essenciais que determinam as práticas governantes e o conseqüente exercício limitado ou absoluto do poder estatal¹.

1. SALDANHA, Nelson Nogueira. «As Formas de Governo e o Ponto de Vista Histórico, Ético Social e Político». II, Edição da Revista Brasileira de Estudos Políticos, Universidade Federal de Minas