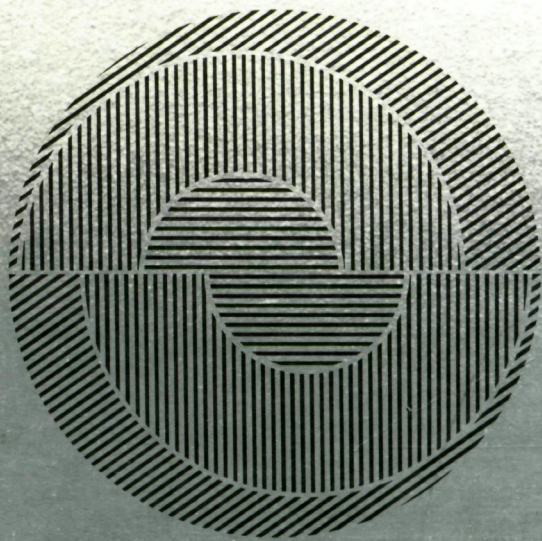


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1989

ANO 26 • NÚMERO 101

Constituição:

Uma tentativa de compreensão

JOSÉ ROBERTO FERNANDES CASTILHO

Procurador do Estado de São Paulo

Entende-se por Constituição um conjunto de normas jurídicas superiores às demais e que tratam de disciplinar o poder político e de garantir os direitos fundamentais do homem. Tal enunciado, montado a partir de inúmeras definições propostas pela doutrina, apresenta a Constituição como um conjunto de normas jurídicas que se distinguem em razão da hierarquia e da matéria.

O termo "Constituição" deve ser escrito com *c* maiúsculo para caracterizar a diferença existente entre a Constituição do Estado e a constituição de todas as coisas. Tudo o que existe tem a sua constituição, ensina o Prof. Goffredo Telles Jr. Mas a Constituição do Estado, enquanto documento escrito e solene, surgiu somente no século XVIII. As duas Constituições desse período, as quais, por serem as primeiras, se tornaram paradigma

para as outras, foram a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, e a primeira Constituição francesa, de 1791.

A Constituição ocupa o ápice da hierarquia das normas de um ordenamento jurídico por duas razões principais. Em primeiro lugar, porque ela é produto de um Poder Constituinte, ou seja, de um Poder que é distinto dos Poderes Constituídos (Legislativo, Executivo, Judiciário) e que é superior a eles na medida em que os originou e estabeleceu as suas atribuições.

O Poder Constituinte, metajurídico por excelência, pertence ao povo do Estado, povo que é titular da soberania e, nesse sentido, a Constituição nada mais é do que o sistema de normas que organizam os elementos constitutivos do Estado (povo, território e poder soberano), determinando a forma pela qual serão regidos para a consecução da finalidade do Estado, o bem comum. A Constituição traça, pois, os grandes princípios inspiradores do sistema (democracia, federação etc. — daí o caráter predominantemente lacônico de suas normas, de que fala, por exemplo, CELSO BASTOS), os quais serão desdobrados pela legislação infraconstitucional.

A segunda razão da supremacia da Constituição é a sua rigidez. A Constituição normalmente é rígida (no Brasil todas, com exceção da Imperial), no sentido da maior dificuldade para sua modificação em face das outras normas do ordenamento. A Constituição brasileira em vigor, por exemplo, exige o *quorum* de três quintos dos votos dos membros de cada Câmara do Congresso Nacional para aprovação das emendas constitucionais (art. 60, § 2.º), enquanto o *quorum* de aprovação das leis ordinárias é de maioria simples, presente a maioria absoluta dos membros de cada Casa (art. 47).

Portanto, a supremacia da Constituição decorre da sua origem e da sua rigidez, mas, por outro lado, do princípio da supremacia resulta o da compatibilidade vertical das normas do ordenamento. Segundo esse princípio, as normas de grau inferior somente terão validade se forem compatíveis com as normas de grau superior, consubstanciadas na Constituição. “As que não forem compatíveis com ela serão inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau superior, que funcionam como fundamento de validade das inferiores” (JOSÉ AFONSO DA SILVA).

Então, o ato inconstitucional não poderia, a rigor, gerar efeitos, de vez que, segundo RUI BARBOSA, ele é nulo e frito por definição. Daí a

importância que têm os instrumentos de declaração da inconstitucionalidade dos atos normativos.

Quanto ao seu conteúdo, a Constituição foi e ainda é um instrumento de proteção do povo contra o poder, especialmente contra o poder absoluto. Ela impõe regras que disciplinam o poder político, limitando-o. Essa idéia tem sua origem no mesmo século XVIII, quando se afirmam teorias que tiveram decisiva influência na formação do movimento jurídico e político denominado “constitucionalismo”.

Uma dessas teorias foi a da “separação de poderes” (*rectius*: distribuição de funções), cuja feição definitiva foi dada por MONTESQUIEU. Segundo ele, se o Estado exerce funções diferenciadas (o que, entre outros, ARISTÓTELES já havia assinalado), devem elas ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, de maneira que possam controlar-se reciprocamente, pois “só o poder detém o poder”. Trata-se de quebrar o poder do Estado, fazendo com que a “massa do poder estatal” (BOBBIO) não seja concentrada numa só pessoa e, mais do que isso, trata-se de obter sua paralisação, tida por desejável no combate ao absolutismo.

Essa teoria teve tamanha consagração, que o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dispõe: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem Constituição”.

A garantia dos direitos, por sua vez, está ligada à teoria dos direitos naturais do homem, ou jusnaturalismo, que também integra aquele grupo de teorias que se opunham ao absolutismo. Ensina BOBBIO que, “segundo esta teoria, o poder do Estado tem limite externo, que decorre do fato de que, além do direito proposto pela vontade do príncipe (direito positivo), existe um direito que não é proposto por vontade alguma, mas pertence ao indivíduo e a todos os indivíduos, pela sua própria natureza de homem. Estes direitos são os direitos naturais que, preexistindo ao Estado, dele não dependem e, não dependendo do Estado, o Estado tem o dever de reconhecê-los integralmente” (1).

(1) NORBERTO BOBBIO, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 15-16.

Aliás, a Declaração de 1789 é um reconhecimento explícito e solene dos "direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem", que o art. 2.º especifica: "a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão". Cabe anotar, de passagem, que o último direito arrolado caiu logo em total esquecimento, sendo que já na Declaração de Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão da República francesa de 1795, não se faz mais menção a ele.

Porém, hoje, pode-se dizer que tanto a teoria da separação de poderes quanto a teoria dos direitos naturais do homem estão ultrapassadas.

No que tange à primeira, o Prof. DALMO DALLARI é taxativo: "o dogma está superado" (2). Isto porque o Estado Social contemporâneo exige uma atuação pronta e constante do Estado para "suavizar as injustiças e opressões econômicas que se desenvolveram à sombra do liberalismo" (JOSÉ AFONSO DA SILVA). Ora, como vimos, a "separação de poderes" vai em sentido diametralmente oposto, buscando "limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação". A máxima de MONTESQUIEU, antes citada, deve ser entendida hoje no sentido de que só o poder político pode deter o poder econômico e eliminar ou amortecer as contradições brutais que ele engendra.

O Ministro Moreira Alves, no discurso de instalação do Congresso Constituinte afirmou a respeito: "Para alcançar a justiça social é indispensável a intervenção do Estado que, no Ocidente, atua como elemento de conciliação entre o capital e o trabalho e procura diminuir as desigualdades sócio-econômicas. É o Estado social, que não se compatibiliza com a rígida separação dos poderes, que o enfraquece, mas demanda — e até a complexidade da civilização moderna o exige — a atenuação dela".

Portanto, a disciplina do poder político indica presentemente outros rumos além da "separação de poderes", a qual se apresenta hoje como distribuição orgânica do poder, admitindo várias derrogações de princípios

(2) DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Saraiva, 1979, n.º 120: "Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma está superado"...

da teoria de MONTESQUIEU. Assim, os três poderes exercem as três funções (se bem que em grau diverso), a delegação de poderes é um fato normal, bem como a transferência constitucional de competência para o Executivo etc. E mais, no regime de governo dito parlamentarista, o Legislativo e o Executivo são interdependentes.

A par da distribuição orgânica se coloca a distribuição espacial do poder, expressão que designa a existência de repartição de competência entre entes distintos dentro do território do Estado, determinando a chamada forma de Estado. As federações, os Estados unitários e os modernos Estados regionais são modelos desse arranjo geográfico do poder.

É bem verdade, no entanto, que o modelo federativo está em crise, pois, no Estado contemporâneo, “a concentração de poder tende cada vez mais a anular o que ainda resta de autonomia nas coletividades políticas participantes da composição federativa, mas permitindo distingui-las das unidades que integram o Estado unitário descentralizado” (PAULO BONAVIDES). O plano do desenvolvimento econômico, que se coloca como o grande objetivo dos Estados do Terceiro Mundo — e não só deles —, talvez justifique a superação da velha regra de autonomia e participação, que regia as federações.

Os dois modos de distribuição do poder, citados, têm por base óbvia a soberania popular, já que, como escreve DUVERGER, se nem todas as nações do mundo atual são democráticas, todas se proclamam democráticas (3).

Por outro lado, o jusnaturalismo também está morto. Para BOBBIO, a corrente de pensamento que decretou sua morte foi o historicismo, especialmente o historicismo jurídico que se manifesta na Escola histórica do Direito (4). Mas pode-se também afirmar o declínio do jusnaturalismo por-

(3) Cf. MAURICE DUVERGER, “Os Grandes Sistemas Políticos”, Almedina, 1985, p. 21: “Nem todas as nações do mundo atual são democráticas: a maior parte são, pelo contrário, ditaduras mais ou menos monolíticas, mais ou menos repressivas. Mas todas se reclamam dos valores democráticos, se proclamam democráticas, se referem a um mesmo modelo democrático”.

(4) Cf. NORBERTO BOBBIO e MICHELANGELO BOVERO, *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, Brasillense, 1986, pp. 14-15.

que o Estado democrático moderno determinou o surgimento de direitos ou liberdades tão importantes quanto as “naturais”. O panorama das liberdades públicas no Estado moderno abrange (1) a “libertà dallo Stato” (os direitos individuais), (2) a “libertà nello Stato” (os direitos políticos) e (3) a “libertà mediante lo Stato” (os direitos sociais). Os direitos individuais proclamados pelo jusnaturalismo eram de caráter eminentemente negativos, pois exigiam uma inação do Estado. Porém, é certo que eles não bastam para a garantia do “desenvolvimento integral da personalidade humana” (Papa João XXIII). Isto porque a liberdade política pode reduzir-se à liberdade de morrer de fome, como lembrou o Ministro Moreira Alves no seu discurso.

Os direitos sociais, ao contrário, caracterizam-se por serem positivos, no sentido de exigirem prestações positivas por parte do Estado: direito à saúde, à habitação, ao trabalho etc. Eles pressupõem a intervenção do Estado no jogo dos agentes econômicos. Da mesma forma, os direitos políticos visam à efetiva participação do povo no poder, seja através de eleições regulares (condição necessária mas não suficiente da democracia), seja através de mecanismos de controle ativo da ação dos governantes, como a ação popular.

Por fim, é importante ressaltar que a disciplina do poder e a garantia dos direitos estão intimamente ligadas, podendo ser desenhadas como pólos de um mesmo eixo. Assim, o exercício democrático do poder dá origem a toda uma gama de direitos, que vão dos direitos políticos e sociais aos direitos de informação e de representação. E vice-versa, as liberdades públicas geram toda uma série de proibições ao poder político, proibições essas que PONTES DE MIRANDA insere num princípio que denomina “da vedação da ingerência do Estado na esfera da liberdade”.

Concluindo, é de se concordar com o Prof. FÁBIO COMPARATO quando diz que a razão de ser da Constituição está na disciplina do poder⁽⁵⁾, devendo ser anotado, no entanto, que o poder há de ser disciplinado não apenas para não interferir em determinadas liberdades, como também para proporcionar o surgimento de outras.

(5) FÁBIO KONDER COMPARATO, *Educação, Estado e Poder*, Brasiliense, 1987, p. 20: “A razão de ser de uma Constituição é controlar o poder, é prevenir o abuso”.