

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
OUTUBRO A DEZEMBRO 1987
ANO 24 • NÚMERO 96

Constituição sintética ou analítica?

FERNANDO HERREN FERNANDES AGUILLAR

Advogado em São Paulo

Nesta análise, a resposta à questão enfrenta três distintas mas interativas ordens de indagação: em primeiro lugar, processo político, longevidade constitucional e mudança social são analisados naquilo em que mutuamente dependentes. Segue-se-lhes uma revisão da linha evolutiva da Constituição como documento político, de forma a vincular a extensão de seu texto à atualizada perspectiva funcional da Lei Maior. Por fim, acumulando a incumbência de responder conclusivamente à pergunta inicial, discutem-se os limites da ordenação constitucional.

Desde logo convém assinalar que a linha argumentativa adotada se justifica a partir da reflexão sobre algumas das críticas mais relevantes dentre aquelas que provêm dos sinteticistas.

I. *Processo político, longevidade constitucional e mudança social*

Um dos argumentos herdados do Estado liberal e hoje ainda fluente nos debates quanto à extensão do texto constitucional se baseia na afirmação de que a Carta sintética, de princípios elevados e transcendentais, tem o mérito de permitir que as mudanças sociais se realizem sem que se altere o mecanismo do processo político⁽¹⁾. Duas são as ilações primeiras da

(1) Citado por José Carlos Moreira Alves no discurso inaugural da Assembléia Nacional Constituinte de 1987, in *Revista de Informação Legislativa* nº 93/87, pp. 10 e 11.

assertiva: de início, desvincula-se a engrenagem social do processo político. A vantagem, segundo os liberais, reside justamente em que, sendo os preceitos constitucionais de tal forma genéricos e universais, o texto constitucional assistirá intacto o entra-e-sai do jogo político. A segunda observação vem nos dizer que a estabilidade constitucional, em si mesma, significa um benefício à coletividade. Neste aspecto, há autor que afirma ser a instabilidade de nossa vida institucional reflexo direto do contínuo emendamento das Constituições (2).

A afirmação de que esses argumentos se identificam ao pensamento liberal tem justificativas históricas. A doutrina liberal, em linhas gerais, informa o processo de ruptura de um sistema corporativista, vigente até o século XVIII na Europa, onde o princípio da liberdade surgia como garantia indispensável à ascensão burguesa. O pensamento individualista liberal se voltava contra o Estado absoluto, e a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, corporificava o próprio espírito do desejo de contenção daquele poder até então irrefreado. O decorrer do tempo revelou, no entanto, que a contenção do poder estatal e a liberalização das forças econômicas privadas, garantidas por princípios genéricos e abstratos, favoreceram exclusivamente ao segmento burguês-capitalista. Na realidade, o que se deve considerar é que a aquisição de garantias de um espaço político pela burguesia era o ingrediente residual para a consolidação do poder econômico que já detinha, mesmo antes da ruptura. Dessa maneira, a fórmula individualista consignada no direito positivo da época nada mais era do que a instrumentação jurídica de um pensamento político que visava garantir um espaço conquistado. Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, as declarações dos direitos fundamentais do homem “postularam a realização dos valores jurídicos da segurança, da ordem e da certeza” (3). A idéia de mobilidade social era estranha à mentalidade do homem da época, daí por que “nestas condições” — deduz EROS GRAU — “a uma visão estática dos fatos sociais apenas poderia corresponder uma visão também estática do direito” (4).

(2) CLAUDIO PACHECO — “Excessos da Instabilidade Constitucional”, *Revista de Informação Legislativa* n.º 93/87, pp. 31 e ss.

(3) *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Ed. Revista dos Tribunais, 1982, São Paulo, p. 130.

(4) *Elementos de Direito Econômico*, Ed. Revista dos Tribunais, 1981, São Paulo, p. 10.

O pensamento humanístico que tem norteado desde então o abandono dessa retórica individualista e conservadora influenciou, no campo jurídico, para que o direito se afirmasse decididamente como ciência dinâmica, com o papel indelegável de encarnar o contínuo evoluir do ambiente social. Dentro do regime democrático, essa nova forma de enquadramento da função do direito vem representar a substituição da legalidade pela legitimidade como critério da realização do justo.

Parece evidente, neste ponto, que a realização da mudança social depende de uma opção política que efetivamente a permita. A concepção de um direito petrificado, sob esse ângulo, representa a própria negação da possibilidade de ruptura da estratificação social, do que resulta não se poder cogitar na viabilização de mudanças sociais sem que se mexa nos mecanismos do processo político. O retorno à reivindicação liberal oitocentista de princípios constitucionais abstratos e elevados, intangíveis à realidade prática, nada mais figura do que a manifestação de uma vontade política de manutenção da situação vigente, da perpetuação de uma *determinada ordem*.

Contra uma tal perspectiva retrógrada é que o direito, na sua manifestação positiva, deve incorporar o embate dialético do processo político conjuntural na sua inteireza e nunca dele se esquivar. Resulta que o texto constitucional, como expressão jurídica positiva do próprio sistema político, deverá também atender aos pressupostos informadores do direito dinâmico e *não estático*.

Antecipo-me aqui a uma crítica possível: se defendo a utilização da Constituição como instrumento da mudança social, certamente estou a indicar que o direito é agente influenciador do meio, o que pode parecer conflitante com a idéia de que, como conceito dinâmico, é o direito que deve assimilar as manifestações do progresso social. A crítica, desde já, não pode ser aceita pelo motivo de que não há contradição alguma entre uma e outra posição. Se o direito deve refletir a complexidade da estrutura e ela traduz, legitimamente, a reivindicação de mudanças, será função inderrogável da Carta política providenciar o aparato jurídico necessário à rea-

lização continuada e progressiva dessa vontade popular. O que importa no caso é a legitimidade da manifestação.

Já no que toca à crítica que associa instabilidade constitucional e desequilíbrio institucional é conveniente ponderar até que ponto a relação se dá no sentido pretendido. Parece-me bastante plausível que uma Carta política, como tal, deva vigor apenas enquanto coerente com as aspirações públicas, como já analisado. Aí, então, falo de legitimidade: a Constituição será duradoura necessariamente apenas até o limite de sua legitimidade, e não mais. O que ocorre entre nós, porém, é uma secular crise do legítimo, que responde em parte por nossa própria deficiência institucional. Longe de terem sido a razão da instabilidade do País, o emendamento e a sucessão de Cartas são o próprio reflexo da fraqueza das instituições e do poder político. As Constituições brasileiras, em testemunho, coincidem rigorosamente com as históricas oscilações do nosso quadro político: a Constituição Imperial de 1824 foi o resultado necessário da Independência, em 22, e vigeu até o momento em que o Brasil se tornou uma República, em 1889, o que suscitou a Constituição de 1891. Esta durou até que a Revolução de 1930 destituiu a 1.ª República e, sob a liderança de Vargas e em meio às pressões do Movimento Constitucionalista, forjasse a efêmera Carta de 1934. Sucedeu-a o texto de 1937, comprometido com a ordem ditatorial do Estado Novo. As influências universalmente verificadas ao final da II Guerra Mundial precipitaram a nossa Constituição de 1946, que duraria pouco mais de vinte anos, quando os militares, então, outorgaram a vigente Carta de 1967.

Como se vê, a defesa da longevidade da Constituição brasileira tem pouquíssimas chances de vingar a partir da mera limitação formal de sua extensão. Em primeiro lugar, porque a durabilidade do texto não representa ela própria uma vantagem desejável do ponto de vista dinâmico do direito. Em segunda plana, porque quando se atropela o princípio da legitimidade numa sociedade desestabilizada, as Constituições escritas sucumbem ao desvario político, que fará tantas Cartas quantas forem as quedas.

II. *Função e dimensão constitucionais*

Como instituto político, a noção de Constituição não pode ser fragmentada em elementos e aspectos desvinculados entre si. Em outras palavras, uma Constituição é a versão final elaborada e coerente que deflui de uma concepção política, seja ela legítima ou não. Assim é que, de suas origens

históricas, observamos que significou necessariamente, fomentada pelo ideal burguês, um instrumental da contenção do poder estatal hipertrofiado.

Esse estado de coisas na concepção generalizada sobre a organização social teve como marco histórico do seu declínio, no plano do constitucionalismo positivo, a promulgação das Cartas mexicana, em 1917, e de Weimar, em 1919. Afastando-se de sua concepção primitiva, a Lei Maior passou a funcionar como elemento regulador do poder em si, pouco importando sua origem estatal ou privada.

Dentro da teoria constitucional, isto correspondeu ao aparecimento de pelo menos duas importantes inovações: a introdução de princípios programáticos e a preocupação com sua efetividade. Esses princípios atuam como elemento aproximador do concreto das diretrizes políticas da Nação. PONTES DE MIRANDA aponta que as normas programáticas cumprem o papel de afastar a concepção liberal que esvaziou o Estado de fins precisos⁽⁵⁾. Para a realização da democracia nas sociedades hiperburocráticas contemporâneas é necessário que as manifestações do poder econômico estatais ou privadas exerçam umas sobre as outras equilibrada contenção. Os princípios programáticos visam estabelecer, e em alguns casos recuperar, prerrogativas coletivas mínimas, valendo-se a um tempo das suas características de instrumental imediato da pretensão de indivíduos e entidades perante o Judiciário e de orientador da atividade legislativa ordinária. Não se ignora que há determinados preceitos programáticos que não são aptos a balizar diretamente direitos subjetivos, todavia, quando me refiro a instrumentação de pretensões em juízo, quero significar também as normas que, embora dependentes de regulamentação, não deixam de ser imediatamente aplicáveis como informadoras da hermenêutica jurídica.

Mais do que isso, as normas constitucionais dessa espécie sedimentam a vocação política de um povo: é absolutamente indispensável que se diga às claras o que se quer e o que se não quer, o que se elege como justo e como condenável para a consciência coletiva do País. Daí decorre a preocupação em tornar os princípios viáveis no plano fático, em tirá-los da magnificência inerte da pretensão liberal de conciliar desenvolvimento econômico a todo custo e apaziguamento social. A função renovada da Lei Maior demanda seu aparelhamento de mecanismos de efetivação e compulsoriedade de suas normas.

(5) *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo, p. 127.

Neste ponto importa refletir se a adoção de princípios programáticos e instrumentos de sua efetivação representa, no corpo físico da lei, um volume de artigos suficiente para caracterizá-lo como enxuto ou prolixo. É importante dizer: as normas programáticas representam apenas uma das categorias de preceitos constitucionais. Na classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, as normas constitucionais podem ser plena, contida ou limitada em eficazes⁽⁶⁾. As normas programáticas compartilham, com as de princípio institutivo, a subdivisão desta última categoria.

Uma Constituição abrange, essencialmente, princípios políticos diretamente expressos ou embutidos em preceitos que deles decorrem. Para o publicista, a esse título, os artigos de 8.º a 152 da Emenda n.º 1/69 são todos derivados dos princípios expressos nos anteriores artigos 1.º e seu § 1.º e 6.º⁽⁷⁾. A regulamentação do funcionamento dos poderes públicos, do regime de governo, do sistema eleitoral, da administração pública, dos partidos políticos, entre outras, conquanto vinculada a orientação política, é comum a todo regime estabelecido. Haverá diferenças no tratamento desses princípios por parte de cada país, daí ser possível que o texto seja mais ou menos extenso, mas a regulamentação existirá em qualquer Constituição escrita.

Aos princípios de ordem programática cabe um espaço restrito no bolo constitucional. Certamente que, sob a ótica social, como visto, a preocupação em aproximar do viável as garantias constitucionais fará com que o texto se estenda mais nesse ponto. Não considero essa maior abrangência, todavia, suficiente para qualificar uma lei como extensa ou prolixa em excesso, uma vez que terá influência limitada na conformação global.

A mentalidade sinteticista, explorada pela dogmática liberal, se vale de recursos diversos na tentativa de valorizar o ideal de uma Constituição singela. Em alguns casos a estratégia envolve a disseminação de uma distorção histórica, acompanhada de arazoados pouco técnicos, apenas suficientes para impor ao leigo a reverência ignorante a uma verdade superficial.

Tal é o que se verifica com o verdadeiro dogma que envolve a Constituição americana. Duradoura — completa este ano dois séculos de vigência —, os sete artigos em que foi originalmente concebida ainda se prestam

(6) *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 72.

(7) *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 108.

para o convencimento generalizado de que o remédio milagroso e indiscutível existe: quanto menor melhor. No que toca à longevidade, o assunto já foi suficientemente abordado para descartá-la como vantajosa. No caso específico, porém, é útil apontar os inconvenientes menores da esclerose constitucional. Ora o texto se torna obsoleto por se preocupar com temas anacrônicos — a pirataria (art. 1.º, seção VII) —, ora por não acompanhar a evolução da técnica legislativa, como quando transcreve todo o juramento de posse do presidente (art. 2.º, seção V, item 8), ou impõe punições ao parlamentar desordeiro (art. 1.º, seção V, item II), que melhor cabem num simples regulamento administrativo. Em verdade, os sete artigos de 1787 foram o resultado final de um debate político que visava decidir se os treze Estados americanos de então se submetteriam a um poder central ou não. Nesse pioneiro documento se tratou essencialmente de regulamentar a adoção de um regime federal. Aos poucos a forma original foi sofrendo alterações e acréscimos, atualmente somando 26 emendas. Não há exatamente um sinteticismo constitucional absoluto, um punhado de artigos dotados de uma capacidade de concisão a ser imitada. O texto não dispensa a regulamentação das temáticas políticas fundamentais na estruturação do Estado. Para tanto, seus trinta e três dispositivos se subdividem em seções e estas em alíneas, de forma que o texto constitucional acaba por esmiuçar significativamente as matérias que regula.

Ademais, o exemplo recorrente da Constituição americana não se presta às características do sistema jurídico romano-germânico que vige entre nós. É da essência do sistema de inspiração anglo-saxônica, ao contrário do nosso, a lei não escrita, a que decorre da permanente interpretação jurisprudencial. A propósito, a Inglaterra não possui efetivamente uma Constituição escrita unificada, senão alguns textos legais esparsos de cunho reconhecido como constitucional como a Magna Carta, de 1215; a Lei de *Habeas Corpus*, de 1679; e a Lei sobre o Parlamento, de 1911. Da mesma forma, seria possível não existir uma Constituição americana escrita. Como tem defendido o próprio AFONSO ARINOS, a verdadeira Constituição americana está contida nos duzentos volumes de jurisprudência que orientam toda a estrutura jurídica dessa Nação.

III. *Limites da ordenação constitucional*

Não há evidentemente nenhuma fórmula exata para estabelecer piso e teto do texto ideal. O que se sabe é que cada país exige, em dado momento,

uma regulamentação peculiar de suas instituições. Já vimos também que a legitimidade deve circundar tudo que se refere a elaboração constitucional, razão por que a preocupação deve ser muito maior em materializar anseios populares, numa democracia, do que em tornar a lei perene e intocável.

A via constitucional deve ser ampla e genérica, permitindo (e exigindo) regulamentação inferior. Deverá, todavia, ser factível e concreta o suficiente para ter aplicabilidade apesar da ausência dessa regulamentação. Os preceitos constitucionais também devem ser um todo coerente: não há eficácia (a não ser para os que não a desejam) na norma que confere à propriedade uma função social ao mesmo tempo em que outra disposição caracterize o domínio como um direito. É inútil assegurar ao trabalhador o direito a uma vida digna (como se sem a previsão constitucional não o tivesse o trabalhador na condição de homem) se não se lhe atribui o tempo necessário para dedicar-se à sua família, seu lazer, seu desenvolvimento cultural. Nada vale a garantia de liberdade individual se os únicos que dela desfrutam não precisam de nenhuma lei para assegurá-la. Da mesma forma imprestável aos anseios populares a determinação de que o legislador ordinário assegurará aos trabalhadores o direito de participação nos lucros societários se nenhuma norma superior concede aos interessados qualquer prerrogativa jurídica pela omissão do Parlamento.

Sob a concepção político-funcional da Constituição democrática é incumbência da Lei Maior a compatibilização de tais princípios, com o compromisso de efetividade, relegando-se à lei ordinária a função regulamentar sempre orientada pelo Poder Constituinte legítimo. Esta, a razão última por que inaceitáveis os argumentos dos que querem relegar todos os pontos polêmicos à regulamentação legislativa inferior. Para os mais céticos, a prova conclusiva da eficiência da Constituição como instrumento de reformas sociais é a própria oposição que os segmentos conservadores exercem sobre a pretensão de fortalecê-la ou estendê-la, na perspectiva de estabelecer, afinal, um mínimo equilíbrio econômico-social.

A nossa futura Lei Maior deve entrar no mérito do fortalecimento do sistema de ensino, da valorização do Judiciário, da reforma dos sistemas eleitoral, tributário, agrário, urbano etc. Não se trata, evidentemente, de pleitear uma Carta minuciosa, mesmo porque a defesa de uma Constituição sintética ou analítica, em si mesma, não diz nada. O que importa é que a Lei Maior seja verdadeiramente adequada à realização dos interesses legítimos do povo, etimologicamente o detentor do poder numa democracia.