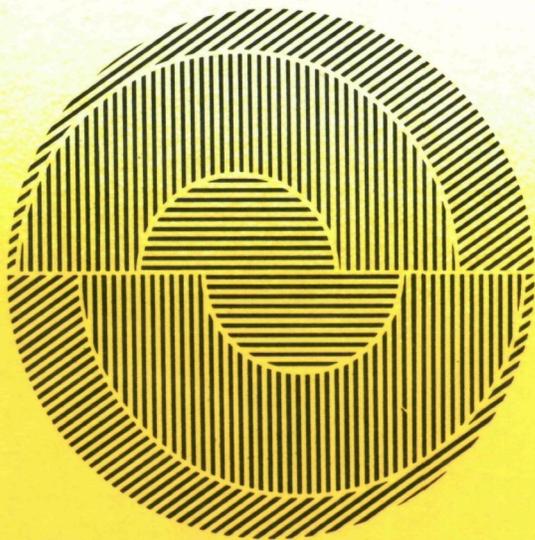


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1979  
ANO 16 • NÚMERO 64

# Princípios gerais de Direito Constitucional

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

Ao começar uma indagação acerca dos princípios gerais do Direito Constitucional, convém sublinhar alguns aspectos que estão presentes desde a origem deste. Na verdade, o Direito Constitucional do Ocidente ideológico, no mundo em que nós vivemos, afirma-se no século XVIII. Com efeito, tem suas instituições definitivamente moldadas no período de cem anos que vai de 1689, data em que triunfa na Inglaterra a chamada “gloriosa revolução” com a promulgação do **Bill of Rights**, até 1789, data em que a Revolução Francesa começa a manifestar-se nitidamente com a promulgação da célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Ora, este Direito Constitucional, cujas linhas fundamentais se fixam nestes cem anos, procede de duas contribuições.

Em última análise, combina dois aportes. Um é a mecânica institucional inglesa. Os ingleses, desde a Idade Média, sobretudo desde a Magna Carta, de 1215, foram caminhando lenta e paulatinamente para o estabelecimento da liberdade política. Nessa marcha souberam encontrar fórmulas, soluções, criaram instituições que formam a espinha dorsal do Direito Constitucional do Ocidente.

Mas a essa mecânica institucional inglesa o século XVIII soma um corpo de idéias que é o pensamento político iluminista. A filosofia das Luzes traz a ideologia que embebe essa mecânica institucional no momento em que se vem a afirmar o Direito Constitucional. Dessa filosofia, dessa ideologia, decorrem três idéias fundamentais que se tornam peças básicas do pensamento político: o **individualismo**, o **racionalismo** e a preocupação com a ordem natural das coisas, o **naturalismo**. O individualismo, porque só se pensa nessa época em termos de indivíduo, ou seja, acerca do homem isolado dos demais homens, acerca do homem considerado como se pudesse ele viver sem os outros homens. Racionalismo, porque todo esse pensamento político entende que a razão deve prevalecer sobre a história e apenas aquilo que é demonstrável pela razão pode ser aceito. Naturalismo, enfim, porque uma das idéias mestras deste pensamento é

a de que existe uma ordem natural, uma ordem que, estabelecida por meio de leis independentes da vontade do homem, conduz à melhor das situações possíveis. Todo este pensamento conflui no raciocínio liberal. É a fonte da célebre fórmula "laissez faire, laissez passer que le monde va de lui-même"...

Mas esta combinação de mecânica institucional inglesa e pensamento iluminista tem uma razão de ser. Uma razão de ser que é bem clara nos seus documentos fundamentais e que inspira todas as suas instituições. Essa razão de ser é a preocupação com a liberdade individual, com a liberdade entendida como autonomia de conduta de cada indivíduo em relação ao Estado e em relação aos demais indivíduos.

É a concepção da liberdade que BENJAMIM CONSTANT iria denominar de a "liberdade dos modernos" que contrapôs, numa fórmula célebre, à "liberdade dos antigos". Os antigos, diz ele, pretendiam que a liberdade se resumia na participação na tomada das decisões políticas fundamentais. O homem era livre quando era cidadão e, portanto, participava do governo de sua **pólis**. Em contrapartida, o homem moderno entende que é livre, não quando apenas participa da tomada das decisões fundamentais, mas quando tem um setor de sua vida posto fora do alcance do Estado, posto além da interferência mesmo legítima do Estado.

Assim a preocupação fundamental do Direito Constitucional, no seu nascedouro, é com a liberdade individual e dessa preocupação resulta o sistema democrático liberal que aparece nas Constituições dos Estados da América, na de 1787, e na Constituição francesa de 1791. Vem firmar um modelo político, um modelo que depois é copiado e imitado pelo mundo afora. De fato, é o modelo político democrático liberal que prevalece, incontestavelmente, como orientação fundamental do Direito Constitucional, até a I Grande Guerra Mundial.

É certo, por outro lado, que esse modelo não permaneceu estático, nos quase duzentos anos que nos separam, por exemplo, da Constituição de Filadélfia, da Constituição de 1787. Essa evolução trouxe algumas alterações em suas instituições, trouxe reinterpretações de certos de seus princípios, trouxe até idéias que vêm complementar a sua estrutura fundamental. Por exemplo, nesses duzentos anos, acentua-se o elemento democrático que, nas instituições do século XVIII, tinha uma posição relativamente fraca e especialmente não ocupava um papel central na preocupação dos pensadores políticos. Igualmente, nessa evolução, vem se afirmar o social, atenuando-se, por um outro lado, o individualismo, reconhecendo-se, por outro, o pluralismo social. E até se reformula, dentro de certos limites, a concepção a propósito dos direitos fundamentais do homem, quando se acrescentam a eles os chamados direitos econômicos e sociais. A quarta liberdade, do célebre discurso de ROOSEVELT, a libertação da necessidade, a libertação da carência. Tudo isto traz a intervenção no domínio econômico e social, dentro de uma preocupação igualitária. E assim a democracia, que nasce na época moderna como democracia liberal, aos poucos se transforma em democracia social. Esta democracia social, que é o modelo fundamental que hoje se vive,

também já apresenta nitidamente tendências de evolução. Também já mostra que breve será modificada, que em breve será, quem sabe, outra.

Antes, porém, de desenhar as tendências que marcam para o futuro a democracia social, penetremos no nosso tema, examinemos os princípios gerais do Direito Constitucional.

Numa simplificação, seria possível dizer que o Direito Constitucional se resume em dois princípios: um é o princípio de atribuição do poder, que vem a ser, no nosso sistema, o princípio democrático; o outro é o princípio de limitação do poder que ainda pode ser chamado, apesar da evolução apontada, de princípio liberal.

Examinemos, em primeiro lugar, a problemática da atribuição do poder. Cumpre observar que essa é a primeira preocupação política que registra a história. O primeiro documento político que a história anota e um debate, relato proferido por HERÓDOTO nas suas Histórias que versa exatamente sobre a distinção entre as formas de governo e sobre a opção pela melhor das formas de governo. Através dos tempos, várias foram as respostas dadas a sua pergunta: Quem há de governar? A quem deve ser atribuído o poder? Essas diferentes respostas correspondem a diferentes maneiras de encarar a vida e o mundo, correspondem a diferentes filosofias, correspondem a diferentes crenças, inclusive religiosas.

A partir do século XVIII, vem a prevalecer, primeiro, apenas no meio intelectual, depois em todos os setores da vida social, a idéia de que todo o poder provém do povo e em seu nome há de ser exercido. Ou seja, prevalece o chamado princípio democrático: o princípio segundo o qual o poder pertence ao povo, o poder deve provir do povo, deve ser exercido em favor do povo.

Mas esta colocação, este reconhecimento, de que o princípio de atribuição de poder é o princípio democrático, tem sempre uma dificuldade implícita. É fácil, é simples afirmar que o poder deve pertencer ao povo, deve ser exercido em favor do povo. Mas nessas afirmações, convém sempre dar um passo adiante e indagar o que vem a ser o povo que se quer fazer supremo senhor da organização política, supremo senhor do governo. Isto porque, se existe uma unanimidade democrática, esta unanimidade democrática não raro deriva da obscuridade que cerca a caracterização do que seja o povo.

Que é o povo? Na antigüidade, para voltar ao exemplo clássico da democracia, entre os gregos, povo era apenas um conjunto de homens, pois estavam excluídas da participação política todas as mulheres que descendiam de homens que tinham a cidadania da **pólis**; e, mais do que isso, que descendiam também, pelo lado feminino, de quem tinha a cidadania da **pólis**. O grande exemplo da Antigüidade de governo democrático é fornecido por Atenas no seu período áureo. Mas em Atenas, no período áureo, o número de cidadãos era extremamente pequeno exatamente em relação à totalidade da população. Se Atenas dessa época chegou a ter 200 ou 300 mil habitantes, não tinha mais de 20 ou 30 mil cidadãos. Exatamente porque se restringia a cidadania das mais diferentes formas.

Excluía-se dela, não só os escravos e os libertos, mas também as mulheres e numerosas pessoas que, nascidas em Atenas, não descendiam por seu pai, por sua mãe, de quem já tinha a cidadania ateniense desde o tempo das reformas de SÓLON. Assim, se todo ateniense participava pessoal e diretamente da tomada das deliberações fundamentais, nem todo nascido em Atenas era cidadão. Apenas uma minoria dos nascidos em Atenas é que formava o corpo de cidadãos.

No século XVIII, quando se começa de novo a pretender estruturar o poder político com a participação popular, também não se considerava que todos os homens devessem ser compreendidos no conceito de povo como soberano, devessem ser compreendidos entre aqueles que deveriam ditar a orientação da política e servir assim de soberanos do Estado. Com efeito, se a democracia moderna não é uma democracia direta como a ateniense, é uma democracia indireta, porque o povo se governa por meio de representantes, é certo que o povo que escolhe esses representantes no século XVIII é uma minoria da população.

Como minoria? Porque a escolha dos representantes fixada por meio do chamado sufrágio censitário apenas dá direito de voto e a elegibilidade a uma restrita porção dos mais ricos, dos economicamente mais fortes. Isto é um fenômeno geral e um fenômeno, inclusive, que se pronuncia no próprio Brasil. Consulte-se, por exemplo, a Carta de 25 de março de 1824, a Constituição do Império, e lá se verão as restrições que se estabeleciam quanto ao sufrágio, as restrições que se estabeleciam quanto à elegibilidade.

A marcha para o sufrágio universal ocupa praticamente todo o século XIX e penetra mesmo no século XX. E assim mesmo é de se indagar se esta marcha pelo sufrágio universal está finda, na medida em que ainda persistem ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, onde estão excluídos, tanto da elegibilidade, quanto do voto, os analfabetos.

Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido. Mas se esta afirmação conta com a adesão de todos, sempre é preciso ver o que nela significa ser o povo. Por outro lado, se essa afirmação tem a consagração jurídica das Constituições, ainda que com as limitações que se apontaram, cumpre observar que os estudos da Ciência Política revelam, decepcionantemente para os democratas mais apaixonados, que o governo é sempre exercido por minorias, e que o desinteresse é a regra geral das democracias. Estatísticas e pesquisas demonstram que, nas democracias mais aperfeiçoadas do mundo, é pequeno o número daqueles que se preocupam com os assuntos políticos e participam ativamente da vida política. Assim o povo, hoje, se governa, mas, efetivamente, a maioria do povo não cuida de participar ativamente do governo.

A democracia moderna é uma democracia indireta. O povo não se governa diretamente, como o fazia em Atenas no seu período áureo, mas se governa através de representantes que escolhe. Isto importa, portanto, em que se examine um outro princípio ligado à atribuição do poder que é o princípio representativo. É o princípio representativo, insista-se mais

uma vez, típico da democracia moderna. Tão típico da democracia moderna que é de se indagar se um pensador político da Antigüidade, como ARISTÓTELES, consideraria a democracia moderna verdadeiramente democrática. Curioso é observar que o século XVIII assistiu a um debate político muito parecido com outro a que assistimos presentemente: um debate acerca de saber se a democracia somente se coaduna com um modelo político ou se são possíveis diferentes formas para realizar a mesma democracia. ROUSSEAU, por exemplo, no seu célebre **Contrato Social**, procura demonstrar que a democracia verdadeiramente digna desse nome é apenas e tão-somente a democracia direta, ou seja, a democracia à moda de Atenas. ROUSSEAU tipicamente rejeita e condena a representação política: tipicamente afasta as instituições representativas inglesas como sendo meras maneiras de fraudar a democracia.

Não foi, sem dúvida, o ideário de ROUSSEAU que prevaleceu nesse ponto. A concepção que prevaleceu no século XVIII penetrou nas Constituições, desde então é a idéia de que a representação não só se ajusta à necessidade de fazer o povo participar da orientação política do governo, mas até consiste numa fórmula mais adequada para estruturar o poder. Este raciocínio está presente numa das grandes obras do pensamento político de todos os tempos. Este raciocínio está presente no célebre livro **O Espírito das Leis**, publicado por MONTESQUIEU em 1748. É lá que está a idéia de que o povo em geral, os homens em geral não têm a capacidade de discutir os problemas políticos, não têm conhecimento suficiente, não têm — digamos, em linguagem moderna — a cultura necessária, não são capazes de avaliar a complexidade das questões de ponderar as diferentes alternativas e, em consequência, não estão em condições de optar por uma delas com maior conhecimento de causa.

Se MONTESQUIEU, em páginas clássicas, afirma a "incapacidade" do povo para se governar, ele aponta, por outro lado, que todos os homens têm uma capacidade, a capacidade de saber escolher aqueles que estão mais capazes de governar, aqueles que podem deliberar a respeito dos problemas políticos, trazendo para eles, para esse debate, as vantagens de sua cultura, as vantagens de seus conhecimentos. Assim, no **Espírito das Leis**, a idéia de representação não é apenas um mero expediente para fazer possível o povo participar do governo, sendo impossível que todo ele se congregue numa assembleia para tomar as deliberações básicas. É também uma maneira de estabelecer o melhor governo, o governo mais capaz de realizar e de implantar o bem comum. Para MONTESQUIEU o governo representativo tem uma vantagem excepcional: a vantagem de fazer com que os mais capazes tomem as decisões fundamentais.

É nesse contexto, é nesse quadro, que se institui e se estrutura o mandato representativo. No mandato representativo, aquele que o recebe não está obrigado a seguir instruções de seus mandantes, isto é, de seus eleitores, mas está obrigado a fazer valer a voz da razão, a fazer com que prevaleça o interesse geral. Está livre em relação aos que o elegem. Mas está obrigado para com estes pelo dever de contribuir para o seu bem-estar, de contribuir para que cada um, dentro da sociedade, venha a estar na melhor das situações possíveis.

Note-se que o princípio representativo é um dos que sofreram um impacto mais nítido e mais sério na evolução que decorre desde o século XVIII aos nossos dias. Esse impacto sobre o princípio representativo veio da criação de um instrumento político novo, que é o partido organizado, estruturado e disciplinado. O partido político moderno nasce na segunda metade do século passado e vem interferir na estrutura clássica do mandato representativo. Em consequência, altera o significado do princípio representativo. Porque todo partido, ainda que sua disciplina não seja rigorosa, sempre pesa na orientação do representante, impelindo sua atuação num determinado sentido. Sempre lhe traz obrigações, pelo menos morais, que lhe condicionam a atuação política.

Evidentemente o impacto do partido político sobre a representação cresce de importância, se torna mais grave quando o direito consagra a chamada fidelidade partidária. A partir do momento em que esta é consagrada nos textos jurídicos — e não apenas se estabelece nos costumes políticos —, o representante não está mais habilitado a seguir exclusivamente a sua razão, está obrigado, ao contrário, a fazer cumprir um programa, a expor as idéias de um programa que muitas vezes não contribui para fixar. A fidelidade partidária, sim, introduz uma profunda diferença na estruturação do princípio representativo e valoriza o partido político que passa a ser, por assim dizer, o verdadeiro sujeito da democracia. São os partidos políticos que governam através da fidelidade partidária, não propriamente o povo que, no voto, escolhe os candidatos dos partidos para fazerem estes cumprirem os programas.

É hora de passar para a segunda parte, de examinar a problemática da limitação do poder. Não é de se ignorar que no século XVIII mais se deu atenção aos mecanismos destinados a limitar o poder do que propriamente aos mecanismos destinados a atribuí-lo aos representantes e ao próprio povo. Com efeito, com a preocupação pela liberdade típica do século XVIII, os homens de Estado da época procuraram especialmente manter o poder dentro de limites que lhe imporiam uma moderação na sua ação. Assim, a parte concernente à limitação do poder é mais vasta — no Direito Constitucional — do que a parte concernente à atribuição do poder.

Examinemos, então, os princípios ou as idéias fundamentais que concernem à limitação do poder no Direito Constitucional. O primeiro aspecto ou o primeiro ponto a sublinhar concerne àquilo que nós podemos chamar de princípios da supremacia do Direito. Prefiro falar em princípio da supremacia do Direito a falar em estado de direito, expressão menos precisa e mais suscetível, portanto, de causar enganos e trazer incertezas.

O pensamento político do século XVIII procurou infundir nas Constituições a idéia de que o governo, na fórmula célebre, deveria ser um governo de leis e não um governo de homens. Em outras palavras, que o poder supremo seria o poder do direito. Pressupunha esse pensamento político que o direito, enunciado por normas justas, gerais e impessoais, deveria criar o quadro para a vida social, dentro do qual cada um, pelo

seu esforço e pela sua capacidade, contribuiria livremente para alcançar o bem-estar. O pensamento político do século XVIII, nisso tipicamente o pensamento liberal, não pretendia que o Estado tivesse como objetivo criar o bem-estar para os cidadãos. Contentava-se em estabelecer as condições, um quadro de ordem e de paz, em que cada um poderia, por si próprio, alcançar esse bem-estar. E uma das peças, então, da fixação de uma ordem para a paz é o princípio da supremacia do direito, o princípio de que a vida do homem deve ser pautada por normas justas, gerais e impessoais, normas que se aplicam a todos os casos e a todas as pessoas.

Esse princípio da supremacia do direito é aquilo que os ingleses denominam de **rule of law**, é aquilo que está na fonte do chamado Estado de Direito.

O princípio da supremacia do Direito, porém, desdobra-se em outros princípios. O primeiro deles, a primeira decorrência ou primeiro princípio decorrente dele, é o princípio da supremacia da Constituição.

Esta deveria corresponder à estruturação ideal e perfeita que decorreria de um ajuste em que homens conscientes da sua liberdade, conscientes dos seus direitos, fixassem as regras necessárias para viver em sociedade. Mas para viver em sociedade de maneira melhor do que viveriam se não existisse a sociedade, se não existisse o poder, se não existisse o governo. A Constituição, vista assim, como renovação do pacto social, corresponde a um ideal de perfeição na organização política, mas um ideal de perfeição na organização política destinado a afirmar, acima de tudo, a liberdade individual.

A supremacia da Constituição se traduz na superioridade de suas regras sobre as decisões ou regras editadas pelos poderes estabelecidos pela própria Constituição. A supremacia da Constituição importa, em consequência, na limitação da competência concedida aos poderes ditos constituídos.

É certo que a afirmação dessa supremacia da Constituição somente se torna eficaz quando se monta um sistema eficiente para controlar o respeito das decisões dos poderes constituídos relativamente às normas fundamentais da Constituição. Mas se na Revolução Francesa o célebre ABBÉ SIEYÈS havia intuído a necessidade da criação de um órgão para essa fiscalização, propondo um tribunal constitucional para fazê-lo, já em 1803, nos Estados Unidos, a Suprema Corte firmou o princípio de que os atos de todos os poderes do Estado somente são válidos se se ajustam às normas fundamentais da Constituição. É aí a grande contribuição do célebre Juiz MARSHALL, traduzida no famoso julgado MARBURY X MADISON.

O princípio da supremacia da Constituição é assim o primeiro desdobramento do princípio da supremacia do Direito.

O segundo desdobramento é o princípio da legalidade, da legalidade **stricto sensu**.

Recordem que no **Espírito das Leis**, MONTESQUIEU formula uma definição célebre do que seja liberdade. Para ele a liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem. No raciocínio do mestre, a lei, portanto, é a coordenação e a limitação indispensável à liberdade para que, concomitantemente, todos os cidadãos, todos os homens, possam exercê-la. Assim, o Poder Legislativo, o poder incumbido de declarar a lei, tem, de certa forma, uma preeminência nesta institucionalização. O princípio da legalidade afirma, em consequência, que as limitações da liberdade somente podem decorrer da aplicação de um ideal de justiça e que a lei há de ser sempre definida de tal forma que corresponda a um ideal de justiça. É exatamente esta preocupação em fazer da lei a expressão da justiça que inspira em MONTESQUIEU a separação de poderes.

Ela faz também com que os primeiros documentos fundamentais do século XVIII, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, afirmem, numa linguagem rousseauiana que a lei há de ser a expressão da vontade geral. Mas não se veja nessa tese de ROUSSEAU a idéia de que a lei é o fruto da vontade da maioria dos homens, porque o Mestre distingue muito cuidadosamente na sua obra, entre a vontade geral e a vontade de todos. A vontade geral e a vontade de todos não se distinguem pela forma porque ambas são estabelecidas com a participação dos cidadãos. Diferem quanto ao fundo, porque a vontade geral é a vontade que se dirige ao interesse geral, é a vontade dirigida ao bem comum, ao passo que a vontade de todos é a vontade dirigida a interesses particulares, a interesses de grupos. Tanto assim é que ROUSSEAU, tantas vezes condenado como um autor apenas preocupado com as abstrações, tem um capítulo em que se preocupa em estabelecer quais são as condições que devem ser impostas pela Constituição para que a vontade manifestada nas deliberações populares seja a vontade geral, não a vontade de todos.

Curioso é observar que algumas dessas receitas se chocam frontalmente com aquilo que consideramos indispensável para o bom andamento da democracia do século XX. Por exemplo, nessas páginas de ROUSSEAU está a condenação dos partidos políticos que levariam os homens a desviarem da sua preocupação o interesse de todos, para se fixarem em interesses particulares. Está aí também a idéia de que devem ser suprimidas todas as associações ou corpos intermediários porque nada deveria haver entre o indivíduo e o Estado para que o indivíduo pudesse sempre ter presente a preocupação com o interesse geral.

O princípio da legalidade, assim, é fruto desse corpo de idéias que impõem a necessidade de que a justiça sirva de limitação para a liberdade individual. Por outro lado, a preocupação da legalidade traduz também a idéia de que a atuação de todos os poderes do Estado, de todos os órgãos do Estado, de todos os servidores do Estado, deve ser ajustada segundo regras gerais e impessoais. E isso é especialmente claro no que tange à subordinação que a administração pública deve ter nesse sistema em relação à lei. O princípio da legalidade significa que a administração pública não pode praticar qualquer ato que não se coadune com a norma

superior, com uma norma estabelecida pelo Legislativo, como a norma estabelecida pelo Legislativo tem necessariamente que se coadunar com a norma constitucional. Inclusive, o mesmo se dá no tocante ao Judiciário, porque o Judiciário há de julgar, mas há de julgar segundo a concepção que prevalece no século XIX, de acordo com a lei, segundo a lei.

É certo que o princípio da legalidade é um dos que hoje estão mais abalados. Hoje prevalece uma concepção bem diferente do que seja a lei. Na verdade, desde o desenvolvimento do chamado positivismo jurídico, passou a prevalecer a concepção de que a lei é o mero fruto da vontade do legislador e, portanto, desaparece a preocupação fundamental com o conteúdo de justiça da norma. É preciso observar que esse esvaziamento do conteúdo da norma é responsável por uma série de abusos e de enganos que ocorrem pelo mundo afora, porque exatamente se nós consideramos que a lei é a mera manifestação da vontade do legislador, todos os Estados são Estados de Direito, porque nenhum Estado deixa de se governar por meio de leis. Desaparece assim o critério de conteúdo, o critério de justiça que é indispensável para separar a lei que é mero instrumento de ação de um Estado, arbitrário ou prepotente, da lei que é um instrumento de ação de um Estado voltado e preocupado com o bem comum.

Mas o princípio da supremacia da lei não se desdobra apenas na supremacia da Constituição e da legalidade. Mas se desdobra também no princípio da igualdade. O princípio da igualdade apresenta três sentidos, dos quais os dois primeiros são facilmente percebidos. O último deles, freqüentemente, é ignorado, é esquecido.

O princípio da igualdade, juridicamente falando, em primeiro lugar, significa que só deve existir um ordenamento jurídico, que é aplicável a todos os homens, quaisquer que sejam o seu nascimento, a sua religião ou a sua raça. Em outras palavras, o primeiro aspecto, o aspecto mais visível do princípio da igualdade, é a condenação da situação que prevalecia nos Estados europeus, especialmente na França, até a Revolução de 1789, isto é, a diversidade na situação jurídica porque os homens se distribuíam em classes quanto ao estatuto jurídico a que estavam vinculados ou subordinados. De fato, a distinção entre os três Estados, típico dos estamentos medievais, não era uma distinção quanto ao grau de riqueza ou quanto ao prestígio social, como muitas vezes alguns mal informados supõem. A distinção entre os três Estados era uma distinção jurídica. O terceiro Estado, que era o povo, como se usa dizer, estava sujeito ao direito geral. O primeiro Estado, o clero, gozava de determinados privilégios em relação a esse direito geral. A nobreza gozava de outros privilégios em relação a essas normas gerais. Assim, praticamente, na França pré-revolucionária, havia três direitos: um direito para o povo, um direito para os nobres e um direito para o clero. Primeira consequência do princípio da igualdade perante a lei é a supressão dessa diferença. Um direito, e a um só direito todos se sujeitam: clero, nobreza e povo.

O segundo aspecto do princípio da igualdade é um desdobramento nítido desse primeiro: está em que casos iguais devem ser tratados igualmente. É o que se chama uniformidade de tratamento legal.

Mas há um terceiro aspecto do princípio da igualdade, por assim dizer o seu lado negativo, que tem uma grande importância, embora nem sempre essa importância seja sublinhada. Esse terceiro aspecto do princípio da igualdade é a proibição das discriminações. Com efeito, o Governo passa todos os dias estabelecendo diferenças de tratamento. A maior parte das leis se destina a estabelecer diferenças de tratamento. Assim, aparentemente, haveria uma contradição entre a igualdade e essa atividade legislativa. Mas ela não existe na medida em que essa diferença de tratamento corresponda a uma diferença de situações. Como RUI BARBOSA ensinava, o princípio da igualdade importa em que se tratem igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Assim o tratamento desigual, em princípio não fere o princípio da igualdade, mas o tratamento desigual fere o princípio da desigualdade quando importa numa discriminação. Quando essa diferença de tratamento não tem fundamento lógico e racional, quando essa diferença de tratamento é, numa palavra, arbitrário. O terceiro aspecto, portanto, do princípio da igualdade é a condenação do arbítrio, é a condenação das discriminações, é a condenação das diferenças arbitrárias.

Em resumo, o poder é efetivamente limitado quando se respeita o princípio da supremacia do Direito. Este, com efeito, estabelece, em primeiro lugar, o respeito devido e indispensável à Constituição, lei das leis, base da organização política e documento fundamental do estabelecimento das liberdades. Em segundo, o princípio da legalidade, que comanda a atuação do Estado no dia-a-dia, e, em terceiro lugar, o princípio da igualdade, que, de certa forma, controla o princípio da legalidade para impedir que o legislador seja abusivo.

Mas o princípio da supremacia do Direito não é o único dos instrumentos de limitação do poder no Direito Constitucional. Existe outro, que é o princípio liberal **stricto sensu**, que é o princípio da limitação do poder, que os livros de Direito Constitucional sublinham o mais das vezes.

É exatamente a limitação do poder pela afirmação dos direitos do homem.

Não é aqui o caso de desenvolver as idéias fundamentais que estão implícitas nesta doutrina. Cumpre simplesmente procurar sublinhar a importância para o Direito Constitucional da mesma.

Qual é o objetivo da afirmação dos direitos do homem? Qual é o objetivo das declarações que o século XVIII começa a enunciar?

O grande objetivo dessas declarações é se estabelecer uma fronteira, a fronteira entre o que é lícito ao Estado e o que não é lícito ao Estado. A fronteira entre o que é reservado à conduta individual livre e aquilo que deve ser regulado para o Estado, no interesse geral, no sentido do bem comum. As declarações de direitos do século XVIII procuram assim estabelecer a fronteira dentro da qual há de prevalecer a liberdade — autonomia.

As liberdades que estão enunciadas na declaração do Estado de Virgínia, de 1776, e que estão especialmente na celeberrima declaração de 1789, são fronteiras postas entre o Estado e o indivíduo, fronteiras levantadas para proteger o indivíduo contra o Estado.

Aqui especialmente se manifesta uma daquelas idéias fundamentais do Iluminismo, a preocupação individualista, a preocupação em considerar-se o homem separado dos demais homens; não por se desconhecer a inclinação social do homem, mas por se entender que somente é possível chegar à reta, solução do problema institucional, se se partir da idéia de que, por si só, é senhor de direitos e de obrigações, o homem por si só tem uma destinação ímpar.

A limitação do poder pelos direitos do homem é assim marcada desde os primeiros passos do constitucionalismo. Mas do correr do século passado, se afirma uma outra limitação do poder, que é a limitação pelo pluralismo social. Ela é uma reação contra o individualismo liberal. Há pouco dizia que ROUSSEAU, procurando estabelecer as condições da manifestação da vontade geral, condena os grupos ou corpos intermediários. E essa posição de ROUSSEAU é a posição dos primeiros liberais, dos homens que fizeram os primeiros documentos do constitucionalismo. A sua preocupação era evitar que grupos se intromettessem entre o homem e o Estado, e assim, os seus seguidores destruíram todo o arcabouço de corporações que a Idade Média havia construído para regular a vida econômica. Igualmente se preocuparam eles em impedir o ressurgimento dessas associações.

Observe-se, por exemplo, que, durante muito tempo, no começo do século passado, a criação de partidos políticos era crime, havia o delito de associação política, que era punido pelo Código Penal, exatamente dentro do espírito de que a política deveria ser feita pelos cidadãos individualizados e não pelos cidadãos associados uns aos outros.

A partir da metade do século passado, surge uma reação contra esse individualismo. Essa reação procede de uma observação elementar: a observação de que o indivíduo isolado é fraco demais para resistir ao Estado. Em outras palavras, a idéia de que a União faz a força; e que, portanto, mesmo para que se defenda a liberdade individual, é preciso que os homens se associem. Nessa reformulação, nessa afirmação da importância do pluralismo social como limite do poder, merece ser mencionado um grande autor que é TOCQUEVILLE.

Este, nos seus livros **A Democracia na América** e depois **O antigo Regime e a Revolução**, defende a idéia de que para a preservação da liberdade é preciso, não suprimir os chamados corpos intermediários, mas criar e valorizar os corpos intermediários e os agrupamentos locais, porque somente assim se pode impedir a progressão das maiorias, a opressão do Estado sobre os indivíduos.

Com o referido autor, assim, se inicia uma revisão do próprio pensamento liberal, porque ele é um liberal, que vai resultar numa reformulação

parcial desse pensamento, na idéia de que o próprio espírito liberal exige que, entre as liberdades do homem, se reconheça a liberdade de associação, que, diga-se de passagem, não está prevista na Declaração de 1789. E não está prevista porque, longe de verem nas associações um benefício, os liberais do século XVIII viam nela um defeito a ser expurgado.

Na metade do século passado, inverte-se o posicionamento e um JOHN STUART MILL, por exemplo, no seu célebre **On Liberty**, afirma exatamente que o liberalismo exige e reclama o reconhecimento da liberdade de associação para que os homens associados possam enfrentar com êxito a eventual prepotência do Estado.

Essa revisão no seio do liberalismo é ainda acentuada pela afirmação nesse mesmo período das chamadas doutrinas sociais. Por um lado, o socialismo, por outro lado a chamada doutrina social da igreja. Ainda que os seus pontos de partida sejam exatamente diferentes, é certo que essas doutrinas sociais coincidem em algumas conseqüências e assim, por exemplo, afirmam a necessidade do reconhecimento dos grupos como naturais da sociedade. Insistem no reconhecimento de que os grupos sociais têm também direitos próprios.

Nesse reconhecimento é que se tem o ponto de partida para a evolução que leva à complementação das liberdades com os chamados direitos econômicos e sociais. Esta reformulação, esta complementação da democracia política pela democracia econômica e social encontra a sua célebre consagração na Constituição alemã de 11 de agosto de 1919.

Mas a limitação do poder, pela supremacia do Direito, a limitação do poder pelos direitos do homem e pelo pluralismo social não esgotam as técnicas que o Direito Constitucional prevê para enfrentar-se a eventual prepotência do Estado ou eventual abuso dos governantes. A tudo isto se soma o princípio da divisão do poder.

O princípio da divisão do poder é, de fato, no Direito Constitucional, o principal de todos os mecanismos destinados a salvaguardar a liberdade individual. Aqui, mais uma vez, vem à baila o nome de MONTESQUIEU, que no **Espírito das Leis** deu a fórmula clássica à idéia de que é preciso, para bem organizar o Estado, dividir o poder, segundo um critério funcional, a fim de erigir um sistema de freios e contrapesos. A doutrina de MONTESQUIEU veio a ser conhecida como a separação de poderes. Este combina uma especialização funcional com uma separação de órgãos incumbidos do exercício dessas mesmas funções.

Assim surge, no equacionamento desenhado por MONTESQUIEU, uma tripartição: o Poder Legislativo, que define o direito; o Poder Executivo, que acompanha a execução do direito ou faz executar; o Poder Judiciário, que julga segundo o direito.

Nessa estruturação, MONTESQUIEU vê uma fórmula pela qual se torne impossível o abuso do poder, porque cada um dos poderes serve ao mesmo tempo de freio e de contrapeso para os demais poderes. Veja-se que nessa idéia de freios e contrapesos está implícita a noção de que a

paralisação do governo ou, pelo menos, a sua paralisação eventual não é daninha para o interesse geral. Se a defesa da liberdade importa em que um poder possa deter outro poder, isto significa que as decisões de um poder possam deixar de ser postas em execução por outro poder. Em outras palavras, no cerne da doutrina da separação de poderes, está a idéia de que o governo, paralisado eventualmente, não é um mal de monta para a vida social.

É preciso nisso ter presente que MONTESQUIEU raciocinava dentro da idéia de que o Estado simplesmente há de criar um quadro de ordem para que cada um cuide de estabelecer por sua conta e risco o seu próprio bem-estar. Assim, nessa concepção, o Estado não tem uma missão positiva, tem uma mera missão negativa, a missão de estabelecer a ordem. É ele o guarda, "o gendarme", destinado a manter a ordem para que cada um busque para si o bem-estar.

Ora, este Estado "gendarme" pode tolerar uma relativa paralisação no funcionamento dos seus poderes através do conflito. É evidente que essa paralisação é totalmente intolerável num Estado que se equaciona para realizar uma missão positiva num Estado como aquele que é típico da democracia social.

É exatamente por isso que no livro de MONTESQUIEU não se descobre qualquer mecanismo para resolver o conflito entre os poderes. Somente no início do século XIX, um outro pensador, CONSTANT, é que procurou criar um quarto poder: o poder neutro, que na Constituição do Império brasileiro veio a ser denominado de Poder Moderador, cujo objetivo fundamental era arbitrar os conflitos, para conciliar os poderes eventualmente em litígio.

Da vinculação que existe entre a separação de poderes e uma concepção da missão do Estado decorre um problema de extrema gravidade. Hoje, todos querem que o Estado realize o bem-estar dos indivíduos, que o Estado comande a vida econômica e social. Este comando da vida social e econômica pelo Estado não se coaduna com a separação de poderes na sua fórmula clássica, criada, prevista para o Estado com objetivos muito mais limitados. Aí está a fonte de muitos dos problemas que hoje se registram, ou seja, da afirmação de uma hegemonia quase que incontestável do Poder Executivo, que é o poder que intervém no domínio econômico e social, sem que o Legislativo possa exercer a função de controle que lhe é inerente, ou possa exercer adequadamente a função de controle que lhe é atribuída.

Por isto, a doutrina moderna formula algumas opiniões extremamente nuançadas acerca da separação de poderes. Alguns, por exemplo, como KARL LOEWENSTEIN, acham que a idéia de dividir o exercício do poder continua válida como fórmula para defesa da liberdade individual. Pretende ele, porém, que uma outra fórmula deve ser descoberta, que uma outra fórmula deve ser posta em prática, porque a velha fórmula de MONTESQUIEU é inviável no mundo contemporâneo.

Enfim, ainda no que concerne à divisão do poder, é preciso dizer algumas palavras a propósito do princípio federalista ou do princípio descentralizador.

A limitação do poder pode ser feita de duas formas diferentes: ela pode ser feita por uma divisão que leve em conta as funções que o Estado há de exercer; mas pode ser feita por outra fórmula: dividindo-se especialmente o âmbito "geográfico" dos poderes do Estado. Na Revolução Francesa essa foi exatamente a temática da célebre polêmica ou do célebre conflito entre os jacobinos centralizadores e os girondinos descentralizadores. Os primeiros prevaleceram e na França não se admite a importância ou necessidade de se implantar uma descentralização aprofundada como instrumento para a salvaguarda das liberdades individuais.

O princípio da descentralização para a liberdade tem sua fórmula clássica no federalismo, que se cunhou especialmente nos Estados Unidos. A grande idéia do federalismo é trazer as decisões para mais perto dos interessados, é fazer com que as decisões sejam por outro lado tomadas com maior conhecimento de causa. Não é o caso reproduzir a doutrina do federalismo, mas cabe sublinhar aqui um aspecto que parece de primordial importância dentro do constitucionalismo: o princípio federalista ou, se quiserem, o princípio descentralizador é também gerador de um sistema de freios e contrapesos, tanto quanto a separação de poderes. Assim também é um instrumento de limitação do poder, um instrumento de proteção para a liberdade individual.

É chegada a hora de concluir.

Os princípios nascidos no século XVIII, desenvolvidos durante duzentos anos, continuam também em evolução e em modificação. E em alguns aspectos essa modificação, essa evolução, já se faz visível; em outros aspectos simplesmente se padece da inadequação de fórmulas antigas antes que novas fórmulas venham a aparecer.

Assim, o momento em que nós vivemos é um instante de revisão do Direito Constitucional. Esta revisão exige que se conheça a origem e a idéia-mater de cada uma de suas instituições. Mas é preciso lembrar e sublinhar que não basta o Direito Constitucional para fazer uma democracia, não basta uma Constituição democrático-liberal para criar uma democracia liberal, é preciso que, além desse trabalho meramente jurídico do estabelecimento de uma Constituição adequada, também se desenvolva um trabalho no meio econômico e social, a fim de que se criem as condições favoráveis à implantação dessas instituições, a fim de que se torne possível que elas criem raízes e produzam os efeitos esperados.

MONTESQUIEU, no **Espírito das Leis**, formula uma distinção importantíssima, entre a essência de uma forma de governo e o seu princípio. A essência da forma de governo é aquilo que a faz ser o que é, ou seja, é o conjunto de instituições que a definem. Mas o princípio é a inspiração que predomina na sociedade, espírito este que vai tornar possível a implantação daquelas instituições ou vai repelir essas instituições. Se nós queremos a implantação de uma Constituição democrática, nós precisamos criar, na comunidade, o espírito democrático.