



Este item está licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil

Você tem o direito de:

- **Compartilhar** — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato
 - **Adaptar** — remixar, transformar, e criar a partir do material
- O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença.

De acordo com os termos seguintes:

- **Atribuição** — Você deve dar o **crédito apropriado**, prover um link para a licença **e indicar se mudanças foram feitas**. Você deve fazê-lo em qualquer circunstância razoável, mas de maneira alguma que sugira ao licenciante a apoiar você ou o seu uso.
- **NãoComercial** — Você não pode usar o material para **fins comerciais**.
- **Compartilhalgual** — Se você remixar, transformar, ou criar a partir do material, tem de distribuir as suas contribuições sob a **mesma licença** que o original.

Sem restrições adicionais — Você não pode aplicar termos jurídicos ou **medidas de caráter tecnológico** que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.



This item is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 Brazil License.

You are free to:

- **Share** — copy and redistribute the material in any medium or format.
- **Adapt** — remix, transform, and build upon the material.

The licensor cannot revoke these freedoms as long as you follow the license terms.

Under the following terms:

- **Attribution** — You must give appropriate credit, provide a link to the license, and indicate if changes were made. You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use.
- **NonCommercial** — You may not use the material for commercial purposes.
- **ShareAlike** — If you remix, transform, or build upon the material, you must distribute your contributions under the same license as the original.

No additional restrictions — You may not apply legal terms or technological measures that legally restrict others from doing anything the license permits.

Técnica constitucional e nova Constituição

JOSAPHAT MARINHO

Professor Titular da Universidade de
Brasília

SUMÁRIO

- *Elaboração constitucional: fatores e caracteres*
- *Função renovadora das Constituições*
- *Preeminência dos princípios fundamentais*
- *Ampliação das Constituições e papel da técnica jurídica*
- *Mudança institucional no Brasil: revisão ou nova Constituição?*
- *Peculiaridades*
- *Postura do legislador*
- *Aspirações nacionais*
- *O legislador e a opinião coletiva*
- *Constituição consentida*

1. A elaboração constitucional, sobretudo a de índole originária, requer, mais do que a feitura das leis comuns, nítida simetria entre os fatores políticos e os elementos técnicos. A importância, a dimensão e a destinação das Constituições como instrumentos permanentes, embora não imutáveis, em face da realidade variável, exigem perspicácia e visão ampla, para que haja equilíbrio entre o componente racional ou de princípios e o dado circunstancial. Se um imprime aos textos estrutura lógica e valor cultural, o outro lhes transmite conteúdo de atualidade e de eficácia mais espontaneamente aceita. As peculiaridades de cada momento histórico podem determinar a predominância de uma ou de outra dessas forças modeladoras das normas jurídicas. Mas desnível exagerado na influência delas é prejudicial à unidade do sistema normativo e ao prestígio e à durabilidade de seus preceitos. A racionalização excessiva desconhece os fatos e produz regras abstratas. O apego aos fatos subestima a teoria,

que diferencia e ordena as normas. Harmonizar o doutrinário e o experimental é legislar com objetividade. Obviamente, guardar boa proporção nesse domínio não é fácil, diante da complexidade das causas atuantes. De tal desafio, porém, não se liberta o legislador, sem sacrifício da obra tentada.

2. A função constituinte, por ser a preeminente e de maior extensão do poder representativo, é a sobre que mais incide o impulso das forças em contraste. Assim ocorre porque a Constituição não deve apenas retratar a realidade, mas recriá-la e inovar. Na elaboração primária da lei fundamental, não há que estranhar o sentido inovador, salvo se expressivo de tendência fortemente contrária ao espírito coletivo. Fazer a Constituição originária significa imprimir configuração jurídica e política ao Estado, com reflexos naturais sobre a sociedade. Quando se substitui a Constituição ou se promove reforma constitucional profunda, a razão da mudança está no divórcio entre o texto vigente e o conjunto da vida, ou de suas principais relações. Verificada essa ruptura, a criação constitucional há de ser transformadora, sob pena de frustração do anseio nacional. Enfim: o esforço de construção constitucional, seja o inicial, de formação do primeiro texto básico, ou o de reforma ou de substituição de um estatuto político, revelar-se-á fértil na medida em que a estrutura daí emergente suportar os movimentos sociais e lhes permitir curso regular, convertendo as reivindicações legítimas em direitos proclamados. Atividade constituinte, ou revisionista, sem ímpeto criador, nem energia geradora do poder de absorção de mudanças necessárias, é trabalho improdutivo, destituído de seiva, e, conseqüentemente, de sobrevivência prolongada. Como ilustração, lembre-se que a reforma constitucional de 1926, no Brasil, apesar de precedida de ampla propaganda de idéias e de rebeliões militares, não convalidou o regime de 1891, exatamente por não haver adotado as inovações reclamadas, de alcance social, político e econômico. A Revolução de 1930 sepultou o sistema. Mas a Constituição americana, apesar de concisa, vige há quase dois séculos, por ter sido inovadora e mostrar-se apta, mediante interpretação, a acolher no seu arcabouço robusto as mutações da cultura, na sucessão do tempo.

Sem dúvida, nenhuma Constituição, por mais sábia e flexível, preservará sua autoridade perpetuamente. Haverá um momento em que a diferenciação dos fatos, em contraste denso com o texto judicioso, porém superado, acarreta a renovação total do instrumento basilar. Nesse instante, a resistência à substituição é inútil, pois os princípios já não bastam para estancar o fluir de relações inconciliáveis com o quadro ultrapassado. No preparo da Constituição, entretanto, é dever do legislador inovar para o presente e prever alterações sociais futuras, o que exige conferir às normas elasticidade e visão da vida em contínuo mudar. Nesse ato de previsão se insere, também, o papel transformador da Constituição, porque reprime o espírito conservador do *construído*, em suas demasias, e abre perspectivas de recepção dos fatos novos, inerentes à sociedade humana.

3. Não se deve considerar verdade intangível a observação de SAVARY, em reunião dos socialistas franceses em 1964, no sentido de que "os homens e os costumes políticos são mais importantes do que o quadro constitucional". Nem se há de admitir sem ressalva sua afirmativa que recusa às leis força de apressar mutação, "se não houver uma situação preestabelecida que requeira, de fato,

o nascimento de tais normas" (1). Se, comumente, a lei, inclusive a constitucional, disciplina situações preestabelecidas na consciência social, ainda assim inova, mesmo quando não é tipicamente criadora, porque a regulação positiva, por seu caráter impessoal e de generalidade, acrescenta sempre algo ao procedimento espontâneo dos indivíduos. Demais, há momentos em que o legislador institui regra destinada a contrariar e a mudar práticas disseminadas. O lastro de assentimento público, apurado sempre nessas oportunidades, não anula o valor da providência legislativa, pois esta, por sua incidência, é que assegura a correção necessária.

4. Essa tarefa renovadora exige, porém, percepção tanto mais aguda porque é irrecusável o declínio do prestígio das Constituições, sobretudo a partir do domínio dos regimes autoritários. Se o último conflito mundial, peço que serviu de advertência aos povos, transmitiu nova energia aos direitos humanos, o pós-guerra não lhes garantiu, ainda, condições reais e amplas de prevalência sobre privilégios e preconceitos de grupos dominadores. O que ocorre em várias partes do universo dispensa exemplos. Cumpre salientar, no entanto, que o desrespeito freqüente a tais direitos provoca reação geradora de radicalizações perigosas. No confronto de aspirações, entre titulares-possuidores, que não querem abdicar de vantagens, e grupos que buscam detê-las, ou suprimi-las, em nome da justiça social — observamos noutro estudo —, o equilíbrio é substituído pela exasperação, e por vezes eclode a revolução antes de tentados ou de esgotados os procedimentos de reforma. Desconhecendo o princípio de continuidade das relações sociais e de transmissão da cultura, o anseio de mudança total investe contra o passado e suas aquisições pessoais, confundindo-os com o mal e a injustiça. Mistura o que é produto da violência ou da imposição circunstancial com o que reflete herança da atividade coletiva acumulada. Destarte, no século que declina, a sucessão de reformas, golpes de Estado, rebeldias populares ou de revoluções propriamente ditas, revela, embora por linhas quebradas ou sinuosas, esse processo de julgamento nivelador, contraditório mas até aqui insubstituível no plano histórico (2).

5. Nesta transição avançada da centúria, em que mutações sucessivas atingem todos os aspectos da vida do indivíduo, da sociedade e do Estado, a responsabilidade do poder representativo não é de simples disciplina de relações conhecidas. Desdobra-se em tecer e ajudar a consolidar fórmulas fecundas, que acompanhem a multiplicação e o embate de fatos supervenientes, contendo-os, sem lhes estrangular ponto vital.

A conciliação do império normativo com a inspiração criadora implica, de ordinário, alargar o âmbito da Constituição. Em princípio, não há inconveniente nesse procedimento. Alargar não significa exorbitar. Criar, ou tolerar inovação, não é desarticular. A flexibilidade necessária dos textos constitucionais não se confunde com o exagero de incluir neles disposições secundárias, estranhas às relações essenciais dos homens entre si e com a sociedade e o Estado. Respeitada a hierarquia dos princípios, a Constituição pode ser ex-

(1) *La Pensée Socialiste Contemporaine*, Presses Universitaires de France, Paris, 1965, pág. 195.

(2) JOSAPHAT MARINHO, "Crise e Perspectivas do Poder Legislativo", in *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, n. 79, 1983, pág. 109.

tensa, sem converter-se em aglomerado de regras impróprias e desconexas. A harmonia nos textos constitucionais e legais não advém da concisão, antes decorre da conciliação sábia de cláusulas e institutos. Na coordenação das linhas de relevo, debuxam-se os traços unificadores da fisionomia da Constituição: disposições proporcionadas da parte orgânica e do conteúdo dogmático; freios e contrapesos entre os Poderes; enunciado sensato de direitos civis e políticos e de direitos sociais; ordem econômica garantidora de justiça a todos e delineada de modo que seja suporte da intervenção do Estado, sem permitir anulação das liberdades em geral e da iniciativa privada; e, a par de outras medidas, adoção prudente de regras programáticas em compatibilidade com os preceitos auto-executáveis. Em suma: no equilíbrio mantenedor da eficácia de todas as partes e prescrições do texto, com saliência natural dos princípios que alicerçam e impelem as decisões asseguradoras do progresso, reside a harmonia indispensável ao êxito de uma carta política.

6. A preeminência dos princípios fundamentais não perturba o equilíbrio, garante a armadura constitucional. Sem o reconhecimento dessa superioridade, regras secundárias podem ser interpretadas com largueza prejudicial ao conjunto do mecanismo criado. Dentro desse espírito — acreditamos —, o professor LUCAS VERDU assinala que uma Constituição é coerente quando as funções que estabelece, as instituições que estrutura e as metas políticas que fixa, conservam todas, entre si, perfeitamente delimitadas suas raias de competência e de obrigações, porém distingue a importância de a nenhum dos Poderes constitucionais serem deferidas atribuições tais que possam tornar ilusórias as dos demais, assim reduzidos a subordinados (3). Como princípio diretivo, o do equilíbrio dos Poderes, que vai adquirindo novo perfil e reconquistando prestígio, representa exemplo sugestivo da necessidade de diferenciação entre as normas eleitas e editadas. Não foi sem razão que o constituinte português de 1976 estatuiu que “os órgãos da soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição” (art. 114, I).

Essa valiosa hierarquia das normas, no mesmo instrumento legislativo, sobreleva, na hodiernidade, dada a tendência de ampliação dos textos. É imprescindível distender-se, em várias direções, a vista do legislador, para apreender o universo de situações sujeitas a enquadramento jurídico. Diversificados os fatos e relações, diferenciadas, também, hão de ser as regras aplicáveis, embora integrantes de um só estatuto. Fenômenos sociais, políticos, econômicos, religiosos, culturais, ou gerados pelo desenvolvimento tecnológico, de diversas gradações, abrangendo grupos distintos e se localizando ora no campo do direito público, ora na esfera do direito privado, ou num e noutra, pedem tratamento jurídico desigual. Variáveis como a decomposição da luz no espectro solar, esses fenômenos repelem a algema de regra padronizada e inflexível.

7. À técnica jurídica, assentada na faculdade de observar, avaliar e coordenar, cabe a tarefa de estabelecer as conceituações e os preceitos apropriados. Em percuciente análise da evolução da técnica jurídica desenvolvida nas sociedades ocidentais, PAUL AMSELEK caracteriza bem o fluxo das transforma-

(3) PABLO LUCAS VERDU, *Curso de Derecho Político*, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, vol. II, pág. 447.

ções. Considera o professor da Universidade de Direito, de Economia e de Ciências Sociais de Paris que "as normas jurídicas de nossos dias, em circulação nas sociedades industrializadas do mundo ocidental, tendem não somente a regular os conflitos possíveis entre os membros da população, porém muito mais largamente a enquadrar, orientar, racionalizar o conjunto de suas atividades, de suas condutas". Acentuando que por essa forma os instrumentos legais "indicam", sugerem à população as práticas aconselháveis — *le mode de vie le plus satisfaisant* —, observa que "se assiste, assim, na hora atual, à multiplicação de recomendações jurídicas (*recommandations juridiques*), ao lado dos comandos jurídicos (*commandements juridiques*) de tipo tradicional, notadamente sob a forma de planos ou de programas de abastecimento, de urbanismo, de aproveitamento do solo, de proteção da natureza", por meio dos quais os Poderes Públicos "formulam diretivas de oportuna aplicação". Dessas modificações deduz o mestre francês que, "de técnica de direção essencialmente heterônoma das condutas, o direito tende a tornar-se, de mais em mais, uma espécie de técnica de "cogestão" (*cogestion*) das condutas, traduzida num diálogo permanente e complexo entre os governantes e entre os próprios governados" (4).

Nessa renovação, operar-se-ia "la désacralisation de la technique juridique", que busca no pluralismo dos problemas da vida captar processos de conciliação da ordem com a espontaneidade. É uma tentativa útil de manter a tendência de enriquecimento do instrumental normativo, mas contrabalanzando a preceituação de teor coativo com "a direção jurídica não autoritária das condutas", ou seja, com regras instrutivas, inspiradoras de procedimento, destinadas a conquistar vontades, e não a constrangê-las. Não há por que negar que a bifurcação exposta coincide com a aspiração contemporânea de disciplina e liberdade, aparentemente contraditória e de rigorosa coerência intrínseca. Com efeito, se a disciplina estabelecida inspira e cria a ordem, sem violentar consciências, harmoniza-se com a liberdade, que não pressupõe descomedimento, antes limitação sóbria. Embora o caminho a percorrer, nesse escopo, não se estenda em planície, integra a rota do jurista e do legislador.

8. Sendo a técnica constitucional a face principal da técnica jurídica, nela repercute intensamente a inclinação de alargamento do campo normativo. Em consequência, nas Constituições multiplicar-se-ão mandamentos imperativos e recomendações ou diretivas, conforme o vigor dos movimentos sociais e a reação do espírito jurídico e político. Como os acontecimentos têm caracteres próprios em cada povo, diferenciada é a projeção sobre o trabalho de elaboração constitucional. Mas, é generalizada, também, a orientação de robustecer os textos, de tal sorte que a prudência e a técnica devem evitar que o excesso de cláusulas resulte em enfraquecimento das Constituições. A extensão de textos recentes retrata essa tendência amplificadora, com aquela bifurcação de preceitos obrigatórios e de diretivas. A Constituição da Jugoslávia, de 1974, estende-se por mais de 400 artigos, e a de Portugal, de 1976, revista em 1982, tem, precisamente, 300 artigos. Se a da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 1977, e a da Espanha, de 1978, são menos vastas, a

(4) PAUL AMSELEK, "L'Évolution Générale de la Technique Juridique dans les Sociétés Occidentales", in *Revue du Droit Public, Lib. Gén. de Droit et de Jurisp.*, 1982, pág. 275; págs. cit. 279, 288 e 292.

primeira contendo 174 artigos e a segunda 169, sem inclusão das "disposições adicionais", ambas encerram, como aquelas outras, regras imperativas e programáticas ou instrutivas. Todas, portanto, são de conteúdo extensível. Algumas até prevêem a ampliação, em dispositivos específicos. A de Espanha determina que "as normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades", que reconhece, "serão interpretadas de conformidade com a Declaração dos Direitos Humanos e tratados internacionais sobre as mesmas matérias, ratificados" pelo Estado espanhol (art. 10, nº 2). A de Portugal, além de adotar esse critério (art. 18, nº 2), proclama que "os direitos fundamentais consagrados" no seu texto "não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional" (art. 18, nº 1). O constituinte português, porém, distendendo mais o pensamento, estabeleceu, ainda, que "o regime dos direitos, liberdades e garantias" se aplica quer aos "enunciados no Título II", vale dizer, às franquias especificadas ou enumeradas, como "aos direitos fundamentais de natureza análoga" (art. 17), no que se filia ao espírito da Emenda IX à Constituição dos Estados Unidos, presente no Brasil desde o Pacto de 1891 (art. 78).

A flexibilidade dessas e de outras prescrições pode, sem dúvida, aumentar a eficácia social e política dos instrumentos constitucionais, se a exegese deles fundar-se na pesquisa dos fatos e na defesa do destino comum dos seres humanos, e não nos contornos sempre incertos da linguagem escrita. Do ponto de vista histórico, jurídico e político, é de reduzida valia a dimensão material das Constituições. Longas ou concisas, integrarão a existência dos povos se forem agentes de renovação, de bem-estar coletivo e de libertação. Não desempenharão esse papel criador se consignarem a obrigatoriedade de apoio a uma idéia e a um Partido de caráter conservador, reformista ou revolucionário. A imposição de apoio, como consta da Constituição da República Popular da China sobre o dever do cidadão diante do Partido Comunista e do regime socialista, é tão abusivamente antidemocrática quanto a proibição da existência desse ou de outro Partido, ou a repulsa legal ao movimento socialista. O socialismo democrático é meta do homem civilizado, a que a técnica constitucional há de traçar os caminhos de conquista coerente. Assim, há de ser conquistado no livre jogo das forças sociais e políticas, e não imposto por grupos aparente ou momentaneamente dominadores.

9. A pior tirania é a que se exercita em nome de maiorias, sem respeito à manifestação das idéias divergentes, porque representa a desfiguração de um princípio fundamental por quem tem o dever de enutuá-lo, na pureza de suas linhas. Básico, pois, é que os estatutos supremos correspondam, na letra e no espírito, na teoria e na prática, ao ensinamento intemporal de RUI BARBOSA: "As Constituições não se adotam para tiranizar, mas para escudar a consciência dos povos" (5). Aí está, em forma irrepreensível, um núcleo da teoria moderna que vincula a idéia de Constituição à de Estado de Direito.

10. Na atualidade brasileira, o anseio de mudança institucional é generalizado. Acima de opções ideológicas partidárias, a consciência coletiva reconhece a inadecuabilidade e o desprestígio das instituições vigentes. Se há

(5) RUI BARBOSA, "Discurso no Colégio Anchieta", in *Elogios e Orações*, Rio, Ed. da Rev. de Língua Portuguesa, 1924, pág. 314.

divergências quanto ao processo de alteração, é indiscutível a necessidade de transformações substanciais. Confessam-na, até, membros do segmento dominante.

A controvérsia sobre se uma revisão constitucional ampla criaria a estrutura adequada, ou se se impõe nova Constituição, não deve ser colocada em termos puramente formais ou teóricos. A questão exige pesquisa e visão sociológica e política. As Constituições legítimas, coerentes, de contexto destituído de preconceitos, podem ser alteradas com vantagem, mesmo depois de deformadas no tempo, embora sujeito o procedimento revisionista a limitações expressas e implícitas, de alcance variável. Já as Constituições ilegítimas e contraditórias, além dessas restrições imanentes aos regimes de cartas consolidadas, não se amoldam, por sua natureza, a reformas produtivas. Falta-lhes o halo de saber, ou a grandeza de espírito que prolongam as instituições, e que não lhes podem ser transmitidos por meio de revisão, mesmo ampla. A absorção de inovações, por mais dilatada que se afigure, não tem a propriedade de substituir a índole das instituições originárias, que sobreviverá para constringer e deturpar a renovação intemada.

11. No Brasil, o apelo por nova Constituição exprime não só uma formulação de princípios, como uma questão de fato. O conglomerado de regras em precário vigor, sem técnica, sem sistema, modelado com visível desconfiança no Poder Legislativo e na capacidade do povo de votar e escolher, sofreu, no curso de 16 anos, de 1967 a 1983, a turbulência dos atos institucionais e complementares e de 24 emendas de fontes diversas e de filosofias contrapostas. Em decorrência desse tumulto de idéias e de sucessos, com uma aplicação vacilante no reconhecimento dos direitos e garantias e autoritária na consagração dos privilégios do Poder Executivo, a Carta política perdeu a autoridade de lei suprema. A descrença popular em sua força, como estatuto do indivíduo e da coletividade, é fator histórico patente, e irrelegável pelo legislador da renovação. Em conseqüência, se reforma extensa poderá corrigir-lhe os aleijões materiais, nenhuma plástica lhe restaurará a força jurídica e política perdida (*). A luz dos fatos absorve o irrealismo dos argumentos extremamente racionais, técnicos, ou arrimados na parcialidade de interesses momentâneos. O vigor de uma Constituição, se provém da solidez de sua estrutura, subsiste em muito por seu simbolismo, que os textos rejeitados ou desprezados pela opinião geral não têm ou não conservam, nem podem adquiri-lo mediante revisões tardias. Em circunstâncias tais, a inteligência amadurecida do legislador há de refletir, com JASPERS, que "restabelecer uma autoridade perdida é tão artificial quanto construir um cenário. Não se pode acreditar nisto" (**).

12. No vórtice dessa crise, a que as dificuldades econômicas e financeiras dão impulso estonteante, o legislador há de buscar, antes de tudo, o restabelecimento da noção de Lei Fundamental, destroçada, entre nós, pela adoção

(*) Excepcionalmente, seria admissível emenda destinada a restabelecer, com vigência imediata, a eleição para Presidente e Vice-Presidente da República, por se tratar de medida que poderia propiciar, com um resultado feliz no pleito, a convocação de Assembléia Constituinte.

(6) KARL JASPERS, "Liberdade e Autoridade", trad. de Maria de Jesus Evangelista, in *Diógenes. Rev. Internacional de Ciências Humanas*, nº 4, Edit. Univ. de Brasília, 1983, pág. 79.

arbitrária de atos institucionais, sob falsa idéia do poder constituinte das revoluções. Relegada a teoria certa de que as revoluções verdadeiras implicam nova ordem jurídica, e que esta, uma vez instituída, as disciplina e contém, arrogou-se o Poder Executivo, até na anormalidade da Junta Militar de 1969, a faculdade de inudar as novas normas promulgadas como Constituição, ou de suspender-lhes a vigência, por motivos circunstanciais. A idéia de supremacia da Constituição foi, assim, subvertida e amesquinhada. Confundiou-se, no tropeço, a opinião coletiva, sobretudo a das gerações então em formação e sem experiência do exato valor hierárquico da Constituição. A expressão supremacia constitucional, tão clara na doutrina e na tradição das organizações políticas interpretadas por pensamento jurídico esclarecido, passou a ter sentido relativo, condicionado à exegese do preconceito e do medo, em cada abalo de instituições precárias.

13. A postura primeira do constituinte, portanto, nessa travessia perigosa, não é de continuador ou revisor de instituições anômalas, mas de pesquisador e construtor, que erguerá a estrutura antevista em alicerces novos e seguros e segundo linhas distintas das do edifício sem estilo, e já em ruína. É um esforço de reconstrução de idéias, crenças, práticas políticas e institutos de direito público. Em boa parte, caberá refazer o Estado brasileiro, desde o conceito de federação, de equilíbrio dos Poderes, de direitos políticos, de soberania das decisões judiciais, de funções da administração, até o de distribuição da riqueza na sociedade nacional. Exercitando essa tarefa reformuladora e criadora, o constituinte estará aplicando a técnica de modo correto, para outorgar à Constituição aquele "papel precipuamente educativo, de preparo do futuro", que PRADO KELLY bem assinalou ao anotar o advento dos direitos econômicos por efeito "do grau de desenvolvimento material, logo refletido na estrutura da legislação" (7).

Como não há critérios ortodoxos nem fórmulas mágicas para esse processo de revitalização das instituições, cada povo adota as normas e os procedimentos compatíveis com suas singularidades.

14. Mas precedentes constitucionais de origem adequada, antigos ou recentes, servem de inspiração legislativa. A regra protetora das liberdades, introduzida na Constituição americana, em 1791, pela Primeira Emenda, é de valor que se mede por sua repercussão atual, como, faz pouco, na garantia judicial de publicação, pela imprensa, de documentos que o governo dos Estados Unidos considerava sigilosos e do interesse da segurança nacional. O constituinte da revolução democrática de Portugal subordinou declaradamente o exercício da soberania pelo povo, a ação do Estado e a validade das leis e atos de qualquer natureza às formas previstas na Constituição (art. 3º). Para não haver dúvida razoável na conduta da autoridade, acrescentou que o Estado se funda "na legalidade democrática". E a reforma de 1982 suprimiu o Conselho da Revolução, com as provisões que lhe eram pertinentes. Precavidamente, o constituinte espanhol, com experiência, semelhante à do povo português, de longa e rígida ditadura, estabeleceu que a Constituição garante, ao lado de outros postulados, o princípio da "hierarquia normativa" (art. 9, 3). Essas regras, que se inserem no espírito das instituições delinea-

(7) PRADO KELLY, *Estudos de Ciência Política*, Edições Saraiva, SP, 1966, II, pág. 188.

das, seriam dispensáveis, em rigor técnico. Justificam-se, porém, pelas lições da vida política e administrativa, como barreiras erguidas contra a expansão do arbítrio.

Considerar esses antecedentes históricos, em confronto com as peculiaridades do Brasil, é cautela que facilita o trabalho constituinte na definição das coordenadas do novo sistema. Especialmente quanto às prudentes normas das duas Constituições européias, é próprio observar, dada a ocorrência, também, do poder discricionário entre nós, que há sempre experiências comuns aos regimes ditatoriais, das quais confluem advertências para a restauração do Estado de Direito.

15. De certo, há de preponderar a apreciação dos fatores nacionais. Ao avaliá-los, porém, o legislador deve distinguir o que é extensivo à coletividade, ao homem médio, do que se restringe a grupos privilegiados ou a individualidades excepcionais. Sobreleva o cuidado nessa diferenciação quando a elaboração constitucional sucede a longo período de discriminações políticas e de restrições econômicas, que exacerbam o ânimo da população. Feita para abranger o todo, a Constituição não deve refletir o que é peculiar a poucos, ou não representa uma constante na vida da comunidade.

16. Importante, também, é que não se transforme a Constituição em repatório de todas as idéias ou teses em debate, quer as propugnadas por minorias exaltadas, ou as defendidas por maioria teimosa. Por desenrolar-se, sempre, em número maior de provisões, a Constituição não deve converter-se em compêndio de polêmica. Inovar não é pleitear e regular aleatoriamente, mas disciplinar o socialmente útil. De firme pensamento socialista, NESTOR DUARTE salientou, na Assembléia Constituinte de 1946, que "o pior vício mental que pode assaltar o legislador é o de confundir o impulso das reformas necessárias com audácias perigosas. Quando ele se deixa tomar desta timidez, não passa de um conservador vacilante e desconfiado" (8). É preciso ou conveniente que o legislador pratique a coragem do equilíbrio entre as forças sociais e suas reivindicações, para não engolfar-se na utopia. Tanto é impróprio, por deficiência e temor, o texto alienado das relações emergentes da coexistência geral, como o que, por excesso e irrealismo, pretende circunscrever e ordenar o indefinido e fugidivo. Uma Constituição, de modo especial, como um pacto de convivência permanente, deve rasgar perspectiva para subsistir válida e manter a unidade do complexo nacional, porém não despertar esperanças fascinantes, sem razoável margem de traduzi-las em certeza. Ao refletir, recentemente, sobre a reforma constitucional na Argentina, VANOSSÍ fez observações de plena aplicabilidade ao Brasil. Com raciocínio clarividente, advertiu que, "em matéria constitucional, todo repertório de ilusões cria expectativas, e toda burla de expectativas gera frustrações, que alimentam o ressentimento. E o ressentimento termina alçando-se contra o direito. Daí à desconstitucionalização é apenas um passo" (9). Evitar a desilusão, dentro do possível, no alvorecer de outra época, indica espírito previdente e de lide-

(8) NESTOR DUARTE, *Discurso na Ass. Constituinte de 1946, Anais da Assembléia*, vol. XII, 1949, págs. 250-256.

(9) JORGE REINALDO A. VANOSSÍ, *Teoria Constitucional*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, II, págs. 543-544.

rança. Demais, corrente a idéia de que o político — e o é todo legislador, notadamente o constituinte — estima prometer para não cumprir, a oportunidade da feitura de nova Constituição, entre o fim de um século tumultuado e o nascer de outro incerto, propicia exemplo estimulante da revisão de julgamento. A contenção na firmeza prestigiará o legislador e será pedagógica referentemente ao corpo social.

17. Não só a utopia, entretanto, abala a eficácia do instrumento constitucional. Também a prejudica a existência de cláusulas sem conteúdo de natureza fundamental. Regras de pormenor ou de caráter secundário não elevam o texto supremo, nem as instituições e sua aplicação. Dificultam soluções e mudanças sugeridas pela experiência. Apenas motivos relevantes e incontornáveis por outra forma autorizam a aceitação de tais prescrições. Na atual Carta brasileira, a exemplo, representam excesso manifesto a regra delimitadora do número de comissões parlamentares de inquérito e a proibitiva de remuneração de mais de oito sessões extraordinárias, na Câmara dos Deputados e no Senado (art. 30, parágrafo único, *d*, e art. 33, § 4º), assim como o preceito determinante de percentual de filiação e de votação para o funcionamento dos Partidos políticos (art. 152, § 2º, I e II). Essas matérias cabem, respectivamente, em regimento e em lei. Consoante objeta VERDU, disposições tais, além de não se revestirem da qualidade de “direito constitucional materia”, alongam desnecessariamente os textos e neles aumentam as “imperfeições”, agravando, ainda, a questão das “lacunas constitucionais” (10)

18. Excedentes do contexto eminente, esses preceitos secundários não se confundem com as normas relevantes, muitas programáticas ou educativas, que ingressam nas Constituições modernas para abrir o leito natural em que possam desdobrar-se, sem tumulto, fenômenos, práticas e inovações decorrentes da evolução. Estas normas de renovação acodem a exigências superiores das transformações da cultura e da sociedade e abrangem problemas diversos. O planejamento, a informática, a proteção ao meio ambiente, a igualdade dos filhos de qualquer origem, o resguardo da intimidade das pessoas, a participação do trabalhador na gestão da empresa, e outras questões, suscitam proposições que, por sua importância social, política ou econômica, não podem ser estranhas ao mecanismo constitucional. Por isso a Constituição espanhola determina que “a lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício de seus direitos” (art. 18, 3). Inspirada noutro ângulo da mesma nascente, a Constituição de Portugal dedica um *Título* ao Plano, definindo-lhe, em traços gerais, os objetivos, a força jurídica, a estrutura, a elaboração e execução, e ainda prevendo a divisão do país em “Regiões Plano”, para atendê-las com base em suas “potencialidades”, “características” e “carências”, e “com vista ao seu equilibrado desenvolvimento” (arts. 91 a 95).

São legítimas e convenientes as provisões do tipo das mencionadas, embora suscetíveis de variação, segundo o estilo de legislar e as peculiaridades de vida dos diferentes povos. É impróprio afirmar hoje, como o fez LINAES QUINTANA, que “uma Constituição, para ser estável, e ao mesmo tempo flexível

(10) PABLO LUCAS VERDU, *Ob.*, ed. e vol. *cits.*, págs. 567-568.

e clástica, deve limitar seu conteúdo à exposição dos grandes princípios e normas fundamentais ou básicas, pertinentes ao governo e à proteção e garantia da liberdade e da dignidade do indivíduo e da sociedade" (11). Se, efetivamente, não cabe descer "à minúcia e ao pormenor", conforme ele adverte, também não devem ser ignorados os novos fatos e relações que compõem e agitam a vida do homem. O ponto essencial não está na admissão de tais princípios, crescentemente necessários, mas no delimitamento de sua importância e de sua força. Na coragem do equilíbrio, repetimos, está a sabedoria do construtor da ordem jurídica. E como fórmula de equilíbrio, assim configurada em grande número de Estados, a Constituição reduz controvérsias e atritos, "espelha — na síntese precisa de PINTO FERREIRA — um compromisso entre as tendências progressistas e conservadoras do grupo social" (12).

19. Na reconstrução da ordem institucional brasileira, o legislador há de considerar o influxo dessas idéias, casando-as com as exigências internas, que são múltiplas, umas provenientes de antigas deformações, outras de desvios recentes. A massa das reivindicações coletivas é volumosa. Há, porém, as que servem de suporte à solução de outras, e por isso se caracterizam como básicas. Assim, cumpre revigorar o princípio da soberania popular, com a outorga do sufrágio universal para escolha do Presidente da República e dos Prefeitos das Capitais. Quanto à livre escolha destes últimos, o risco da eleição de candidato oposto ao partido do governador vitorioso não é obstáculo, pois a democracia se engrandece por assegurar a convivência dos contrários. Na divergência sem prevenção nem mesquinhez encontra-se sempre solo firme para lavrar o interesse coletivo. Impõe-se revisão severa do centralismo político, administrativo e tributário, para fortalecimento da Federação, sem destruir-se a influência preeminente da União, que corresponde à amplitude dos problemas nacionais, inclusive os de origem externa. Na disciplina da descentralização equilibrada, importa considerar as diferenciações regionais, para reduzi-las, sem eliminar ou desfigurar as singularidades que compõem a fisionomia de terras, populações e atividades diversificadas. Cabe, mesmo, nesse domínio, para prevenir conflitos, recordar que "no Brasil — segundo a pesquisa e a reflexão de GILBERTO FREYRE — as energias regionais parecem bastante poderosas para se deixarem facilmente reprimir por simples coerção política ou mero capricho ideológico de poderosos do dia" (13). Dada a inevitável e em parte procedente penetração do Poder Executivo no campo normativo amplo, requer-se da inteligência a fixação de ponto de equilíbrio, que atenda às necessidades crescentes da administração, conciliando-as com a representatividade e a competência histórica do Poder Legislativo. Não há razão em admitir, em favor do Executivo, a delegação legislativa e o privilégio de editar decreto-lei, e imodificável. Ou se extingue este privilégio, ou se prescreve que o decreto-lei pode ser alterado, ou ainda, como na Constituição italiana (art. 77), que rejeitado não produz ne-

(11) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, "Técnica de la formulación de las Constituciones", in *Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília*, nº 66, 1980, pág. 5.

(12) PINTO FERREIRA, *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, Edit. Rev. dos Tribunais, 1971, T. I, pág. 64.

(13) GILBERTO FREYRE, *Interpretação do Brasil*, Liv. José Olympio Editora, 1947, págs. 174-175.

nhum efeito. Conveniente e bastante, em verdade, é a delegação, se perfeitamente enumerados, no instrumento de autorização, as condições e os limites da concessão. A par disso, urge reforçar o poder de fiscalização e de controle do Legislativo, por órgão ou mecanismo de ação eficaz e de cujo trabalho resultem sanções adequadas aos infratores da lei e da moralidade administrativa. O regime de planos, de inegável vantagem, é propício a esse fortalecimento. Se o Poder Legislativo deve aprovar os planos, por prescrição constitucional, incumbê-lhe, naturalmente, fiscalizar a execução deles. No campo dos direitos e das garantias fundamentais, é justa a supressão da figura do "abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção", constante da Carta vigente (art. 154). A eliminação não visa a permitir excessos condenáveis, mas estabelecer a aplicação, quando cabível, das sanções comuns previstas nas leis penais. Por fim, no domínio econômico, há de evitar-se a hipocrisia constitucional de declarar que a "livre iniciativa" é princípio básico, proclamando que o Estado só intervém "em caráter suplementar", conforme hoje se anuncia (Const., arts. 180, I, e 170, § 1º), e ao mesmo tempo interferir autoritariamente em diferentes setores. Se o Estado moderno é intervencionista, a Constituição deve traçar as fronteiras de sua atividade na economia, delineando, claramente, o que se reserva às empresas privadas. A firmeza e a coerência de princípios coibirão abusos e conflitos.

20. O conjunto das aspirações nacionais, porém, conquanto examinado e coordenado pela pluralidade da representação política, deve ser analisado e enriquecido pelo pensamento de idôneas instituições e correntes de idéias, em ebulição no meio social. Os delegados do povo à assembléia decisória tanto mais fortalecerão seus mandatos quanto auscultarem as fontes de que emana sua autoridade. No gesto de ouvir não há alienação de vontade, antes propósito de conciliar e acertar. Alienante é o mandato imperativo, como o obediente — sob pena de perda — a diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidária, qual prescrito na Constituição vigente (art. 152, § 5º), num sistema de agremiações instáveis, apenas encorpadas por uma heterogeneidade que confunde qualquer linha programática. Não ocorre submissão passiva, porém, na consulta às raízes da opinião pública, para a decisão consentânea com o espírito ou o interesse coletivo.

Somente assim elaborada, a Constituição retratará aquela "ata do pacto social, que fazem entre si os homens, quando se ajuntam e associam para viverem em reunião, ou sociedade", a que se referiu a aguda percepção de FREI CANECA (14). Na estrutura social pluralista de nosso tempo, especialmente, a Constituição não resistirá aos movimentos sísmicos das multidões, se for trabalho de facções e produto de preconceitos.

Depois de longo período de normas impostas e desprezadas, o legislador brasileiro há de ser sensível à necessidade da ordem democrática, que só o é a livremente consentida.

(14) FREI CANECA, *Ensaio Político — Crítica da Constituição Outorgada*, PUC/Rio, Cons. Fed. de Cultura, Editora Documentário, 1976, pág. 69.

Conferência proferida em Recife, em março de 1984, no Congresso de Direito Constitucional realizado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco.