

## SOCIEDADE E CONSTITUIÇÃO

Por JOSE PEDRO GALVÃO DE SOUSA (†) (\*)

### SOCIEDADE

União moral e estável de homens que buscam um fim comum sob a direção de uma autoridade.

O homem é um ser racional, livre e sociável. A liberdade e a sociabilidade — atributos inexistentes nos demais seres — nele decorrem da sua natureza racional. A liberdade da vontade funda-se num juízo prévio da inteligência, pois é esta capaz de avaliar o «pró» e o «contra» das coisas e é isto que nos faz escolher. Na falta de necessidade do querer determinando-se a um objeto, está a liberdade, procedente daquele juízo, e denominada «livre arbítrio». Por sua vez a sociabilidade tem origem na razão, pois a sociedade é a união moral de seres que cooperam livremente para um fim comum. Ademais, a sociedade implica divisão racional do trabalho. Enlaçam-se, portanto, racionalidade, liberdade e sociabilidade.

Vê-se desde logo que grande diferença há entre as sociedades propriamente ditas e os agregados animais. As abelhas, as formigas ou os castores, que vivem gregariamente, mantêm a sua união por instinto, isto é, um impulso cego que a ela os conduz. Não assim os homens: embora tenham inclinação natural para a vida em sociedade, organizam-se entre si e cooperam para alcançar os fins sociais de maneira consciente, refletida, livre. Por isto, tratase de uma união moral, ou seja, procedente da inteligência e da vontade.

Além disso, nem todo conjunto de seres humanos forma uma sociedade. Este conceito não se aplica, por exemplo, a diversos homens reunidos num trem, aglomerados numa praça pública ou assistindo a uma competição esportiva. Para haver sociedade, é preciso, ainda, que a união em apreço tenha certa duração no tempo, que seja uma união estável. Constitui-se para a consecução

---

(\*) Universidad de San Pablo (Brasil).

de um objetivo comum a todos. Nisto está a razão de ser da sociedade, pois o homem por si só não consegue alcançar tudo o de que precisa na vida, e os objetivos mais importantes da atividade social devem beneficiar a todos. Donde a expressão «bem comum» para designar o fim da sociedade.

O homem é a causa eficiente da sociedade e o bem comum o seu fim. A causa formal da sociedade, ou seja, o que dá o ser propriamente a um conjunto de indivíduos formando a sociedade, o que a distingue especificamente de outros ajuntamentos, é a cooperação consciente de seus membros em vista da finalidade visada. É a união moral que os vincula. Eis aí a causa formal da sociedade. Mas concretamente o que torna possível, efetiva, estável essa união é a ação orientadora e coordenadora de uma autoridade, na qual se deve ver o princípio de unidade social. Dissolver-se-iam as sociedades em mera anarquia se não fosse a autoridade. Mas esta — note-se bem — não substitui a ação livre dos que cooperam para realizar os fins sociais. Ela lhes dá uma diretriz, fornece-lhes os subsídios de que carecem, assegura a ordem e a paz social impedindo que uns prejudiquem os outros. Donde as diferentes atribuições da autoridade: elaboração de normas, manutenção da ordem interna, defesa contra agressões externas, tutela dos direitos, incluindo-se também a atividade social com que a autoridade supre deficiências e promove o bem-estar do grupo por meio de obras e serviços que excedem as possibilidades dos particulares.

Desde a família, que é a primeira das sociedades, a sociabilidade humana se manifesta sob variadas formas. Há sociedades mais adstritas à natureza, como é o caso da família, e outras constituídas por um desenvolvimento gradual ao longo da história. Entre estas sobrepõe a nação, que pode ser considerada uma família histórica. O homem começa por viver em pequenas comunidades, cujo âmbito de ação se vai alargando: aldeias, cidades, comunidades regionais, nações. Finalmente, num plano que transcende a ordem temporal, a Igreja o relaciona diretamente com a sua finalidade última e estabelece um laço entre o tempo e a eternidade. Além disso, há outras sociedades naturais (como as associações profissionais) e também as meramente voluntárias (como as sociedades comerciais, instituições culturais, associações recreativas, clubes esportivos). O conjunto de famílias e de outros grupos globalmente considerados forma a sociedade política ou civil (do grego *Polis* e do latim *Civitas*, respectivamente), que se caracteriza por ser uma sociedade de sociedades, isto é, de grupos menores e intermediários, nunca de indivíduos isolados. Tais são, cronologicamente, a tribo, a aldeia, a cidade, o império, a sociedade feudal, a Nação. A tribo forma-se por vínculos de sangue; a aldeia e a cidade, pela localização territorial; o império, mediante domínio de um povo sobre outros, em grande extensão territorial; a sociedade feudal, através de laços que prendem suseranos e vassalos numa escala hierárquica de pessoas e de terras; a nação, enfim, como decorrência de um processo histórico integrando, numa comunidade maior, grupos familiares vinculados pela origem e por aspirações comuns. As nações modernas estão organiza-

das sob a modalidade do Estado nacional. No plano mais vasto das relações entre os Estados, estende-se a Comunidade de Nações.

Liberdade e autoridade comumente estão em causa na formulação das doutrinas políticas, nem sempre tendo-se delas uma compreensão verdadeira que atenda ao ser da sociedade e ao ser do homem. O anarquismo e o liberalismo diminuem o papel da autoridade, chegando, aliás, o anarquismo a suprimi-la. As diversas formas de socialismo e de totalitarismo exageram o valor e a missão da autoridade. O *État gendarme* liberal é o Estado reduzido a simples tutelador dos direitos, à maneira de um guarda-noturno. Em sentido contrário, para os socialistas o Estado é uma espécie de Providência, concepção que chega ao extremo no Estado totalitário, em que o Estado aparece como valor absoluto, encarnação da idéia ética na visão hegeliana, fim em si mesmo e fim último do homem, tudo se subordinando à «razão de Estado» como meta suprema da atividade individual e social.

O liberalismo, nas suas concepções originárias, inspiradoras da Revolução Francesa (1789) e das democracias individualistas, parte da negação da sociabilidade natural do homem. É a tese de Rousseau (1712-1778), segundo a qual o estado de natureza para o homem é o do isolamento e não o do convívio social, sendo que o homem — a seu ver — nasce livre e por toda parte está a ferros, pois a sociedade o encadeia. Em suas obras *Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens* e *Do contrato social* sustenta que a sociedade vem de um livre acordo entre os homens, de um contrato, opondo-se assim ao senso comum, que mostra ser o homem naturalmente feito para a vida em sociedade. A experiência histórica dos povos e a experiência cotidiana de cada homem atestam a sociabilidade natural do ser humano. A linguagem o manifesta claramente, pois ela é dada ao homem para comunicar-se com seus semelhantes. Como fazia ver Aristóteles (384-322 a.C.), o homem fora da sociedade — a não ser por um acidente, como um naufrágio que o arremesse a uma ilha deserta (*mala fortuna*), ou é um «bruto» ou é um «deus»: deixa o convívio dos outros homens ou por um desajustamento patológico (*corruptio naturae*), ou por motivo de perfeição moral (*excellentia naturae*). Este último é, entre os cristãos, o caso dos anacoretas, mas ainda assim cumpre notar que, quando eles procuravam o deserto para entregar-se à contemplação e fazer penitência, abraçavam um ideal de vida que lhes viera da sociedade onde viviam, sem dizer que, buscando a perfeição cristã, mais se integravam na sociedade religiosa e estavam unidos a seus irmãos na Fé, vivendo a Comunhão dos Santos. Quanto a dizer-se que o homem nasce livre e a sociedade o escraviza, é uma figura de retórica, que vai também contra a experiência mais corriqueira. Uma criança, quando nasce, não é como uma avezinha que, levada simplesmente pelo instinto, sai da casca do ovo e abandona o ninho, não tardando muito a bastar-se a si mesma, recebendo da natureza o que lhe é necessário. O ser humano, frágil nos seus primeiros dias e incapaz nos seus primeiros anos, sem a ajuda materna não pode subsistir e sem a educação dos

país não se realiza a si mesmo. Não se nasce com a liberdade, ela se adquire, é fruto de uma conquista, só se mantém por um esforço de permanente vigilância, pode facilmente perder-se pelo surto das paixões, que — estas sim, e não a sociedade — escravizam o homem. Para tudo isto é imprescindível a vida social, a ação da autoridade — a começar pela autoridade paterna —, a lei que ordena a liberdade para o bem e a preserva.

Se o liberalismo perde o sentido da liberdade pela exaltação da liberdade individual, o totalitarismo o perde igualmente, mas pelo motivo oposto: por negar a liberdade, substituindo à iniciativa, pessoal a direção absorvente de toda vida social pelo Estado, sobrepondo esta até mesmo às funções naturais de família, suprimindo as comunidades intermediárias e transformando, assim, a sociedade num imenso formigueiro humano.

A massificação da sociedade é fenômeno característico do capitalismo industrial moderno em suas duas fases: 1) capitalismo privado, sob o Estado liberal; 2) capitalismo de Estado, nos regimes totalitários. Confunde-se povo e massa. Ao povo, conjunto orgânico de famílias e outros grupos sociais, opõe-se a massa, agregado amorfo de indivíduos desintegrados. A sociedade política perde, por tal forma, a sua organicidade, resultante da reunião de famílias (as células sociais), de comunas ou municípios (as células políticas) e de todos os outros grupos que se inserem entre o indivíduo e o Estado.

## CONSTITUIÇÃO

Com o sentido de lei fundamental do Estado, o termo «constituição» começou a ser empregado depois da independência das colônias inglesas na América (1776) — que, em 1787, formaram os Estados Unidos — e da Revolução Francesa (1789). Até então falava-se de «leis fundamentais». Embora não possuíssem a sistematização arquitetônica das constituições modernas, as Leis Fundamentais do Reino estabeleciam uma superlegalidade, fixavam os princípios básicos da estruturação do poder e asseguravam certos direitos fundamentais dos indivíduos e dos agrupamentos.

Carl Schmitt (1888-1985) raciona os vários sentidos que pode ter o termo «constituição» quando usado para designar a lei fundamental do Estado. São os seguintes:

- 1) Norma absolutamente inviolável e não suscetível de reforma.
- 2) Norma relativamente invulnerável, que pode ser reformada mediante processo extraordinário.
- 3) Princípio último da unidade política e do ordenamento social do Estado. Assim era a «constituição» para Aristóteles e os filósofos gregos. Toda socie-

dade política é «constituída», de uma forma ou de outra; ela tem a sua maneira de ser, ou seja, a sua constituição.

4) Alguns princípios particulares da organização do Estado, por exemplo, os direitos fundamentais, a divisão de poderes, o princípio representativo.

5) A mais alta norma num sistema de imputações normativas (a lei das leis). As demais leis devem ser referidas a esta norma, que estabelece a unidade da ordem jurídica. A concepção de Hans Kelsen (1881-1973) é um exemplo bem significativo.

6) Certa regulamentação orgânica de competência e procedimento para as atividades estatais de maior importância. No Estado Federal, a discriminação das competências da União em relação aos Estados-membros.

7) Toda delimitação das faculdades ou atividades estatais.

8) Constituição, em sentido positivo: ato do poder constituinte, originário de uma decisão política unilateral do detentor do poder, ou resultante de acordo de alguns de seus detentores (*Verfassungslehre*, § 5.º, Duncker & Humblot, Berlin, 1957).

É certo que todos esses sentidos de «lei fundamental» não se aplicam ao conceito de constituição. De outro lado, essas acepções não são excludentes umas das outras, e se apresentam às vezes como aspectos diversos de um mesmo objeto. No entanto, num plano de conceptualização abstrata, há equivalência entre lei fundamental e constituição, no tocante à última instância de imputação normativa.

Em sentido material, toda e qualquer sociedade política, ainda a mais rudimentar, sempre possui uma *constituição* (escrita ou costumeira), vale dizer, um mínimo de estrutura institucional. A constituição política, porém, é obra da «vontade livre» dos homens, ou, mais precisamente, dos homens que se põem de acordo (*cum statuere*). Tem origem convencional, e frequentemente nasce de um pacto, de um compromisso entre o detentor da autoridade e aqueles que defendem suas liberdades, ou entre os representantes de diferentes correntes políticas de uma assembléia constituinte.

Nas monarquias tradicionais dos reinos hispânicos, havia uma idéia muito clara de legitimidade institucional originária de certo pacto entre o soberano e os súditos. Abandonada nos tempos do absolutismo, especialmente no século XVIII (despotismo esclarecido, *Aufklärung*), a noção de pacto, nas origens de uma constituição política, reaparece na época da Revolução de 1789, mas agora sob a inspiração individualista. A bilateralidade das obrigações do rei e dos súditos era um princípio essencial do direito público hispânico, enunciado já nos tempos da monarquia antiga, isto é, sob o Império Visigótico, e formulado nos Concílios de Toledo. Esse princípio acompanhou o desenvolvimento das instituições até o advento do absolutismo, após o qual a *concordia* do período medieval se dissolveu na noção romana de *imperium* retomada pelos legistas. A mesma idéia de reciprocidade

dade está na base do regime feudal, constituído sobre o reconhecimento do valor da fidelidade. É verdade que as instituições e os costumes feudais não tiveram na península hispânica a mesma expansão que nos outros reinos da Europa. A tradição política das Espanhas nos apresenta uma concepção de leis fundamentais calcada no postulado do pacto central entre o Soberano e a Nação.

Não é necessário chegar ao tempo de Suárez (*De legibus*, 1612) para encontrar essa tradição. Sabemos que o mestre de Coimbra e seus contemporâneos de Salamanca defendiam no século XVII a origem popular da soberania, contra a tese protestante da monarquia do direito divino. Essa foi, mais tarde, a mesma posição de Velasco de Gouveia (1589 ou 1590-1659) com as doutrinas da Restauração de Portugal (1640), que interpretavam polemicamente o *pactum subjectionis* como uma delegação do poder feita ao príncipe pelo povo, no qual se via o sujeito imediato da autoridade originária de Deus. Mas desde a Idade Média já se ensinava que o rei deve jurar respeito aos *fueros*, liberdades e franquias do Reino. Não se podia ter soberania plena, legitimidade completa, sem o respeito pelo direito histórico e pelo cumprimento das leis fundamentais.

Com a Revolução de 1789, o direito abstrato prevalece sobre o direito histórico. A Declaração dos Direitos tem em vista o homem saído da selva para formar a sociedade, segundo a imagem de Rousseau (1712-1778). O edifício da ordem tradicional é derrubado e constrói-se em seu lugar essa nova sociedade. A constituição torna-se elemento de origem da ordem jurídico-positiva, servindo de ponto de partida para as demais leis e fonte primeira dos direitos e das liberdades. Esta idéia, proveniente dos direitos do homem segundo o jusnaturalismo racionalista, conduziu ao mais rígido positivismo jurídico, que reduz todo o direito positivo ao direito fundamental da constituição, expressão da vontade soberana do legislador.

Sobretudo o regime constitucional moderno de origem franco-revolucionária, cujo espírito influenciou também o direito anglo-saxônio, transpõe a idéia de *imperium*, originária do absolutismo monárquico, para o plano de organização democrática da sociedade. A constituição torna-se o resultado da vontade criadora do povo. É a idéia que nos permite chegar ao fundo da concepção revolucionária da constituição política. Albert Sorel (1842-1906), em sua obra clássica sobre a Europa e a Revolução Francesa (*L'Europe et la Révolution Française*), sustenta a tese segundo a qual a *Revolução de 1789 está em germe no Antigo Regime*, o que se pode verificar também em *L'Ancien Régime*, de Tocqueville (1805-1859) e em *Les origines de la France contemporaine*, de Taine (1828-1893). Com efeito, o absolutismo monárquico contém já os princípios dos quais os adeptos da concepção rousseauiana da democracia se servirão para elaborar a tese da soberania popular. Sob o absolutismo monárquico, a vontade do príncipe era lei, e a nova concepção transferia o mesmo atributo à vontade do povo. O povo cria *ex nihilo* a ordem jurídica: eis a essência da teoria revolucionária do *pouvoir constituant* e da «constituição», ato desse mesmo poder.

A constituição é concebida não enquanto acordo, mas principalmente como declaração da vontade do povo soberano. A constituição *outorgada* é um ato unilateral de declaração da vontade do Chefe de Estado. A constituição *elaborada* por uma assembléia é, sem dúvida, um compromisso, um acordo, mas desse compromisso das diversas correntes políticas representadas na Constituinte resulta a apuração da vontade geral, a vontade da maioria, a vontade do povo, decidindo por meio de seus mandatários. Eis o decisionismo no plano democrático. É este o significado mais profundo da teoria da constituição elaborada pela Revolução Francesa.

Na ordem prática, porém, não se pode perder de vista o mecanismo que deflagra esse decisionismo. Isto porque a democracia moderna é uma democracia de partidos. E a vontade do povo, que se manifesta por meio de seus representantes, passa ainda por outro intermediário: a partido político. Verifica-se, então, que a vontade do povo é geralmente a vontade de um grupo, que controla o partido dominante, seja a direção desse partido, seja algum dos grupos de pressão que se multiplicam em nossos dias e entre os quais é preciso destacar sobretudo aqueles que representam as grandes forças econômicas. Por sua vez, os arranjos e combinações entre vários partidos ou grupos se processam sem nenhuma participação efetiva da vontade do povo. Essa realidade levou Karl Löwenstein a afirmar que «a soberania pertence de fato aos partidos políticos» («Réflexions sur la valeur des constitutions politiques dans une époque révolutionnaire», in *Revue Française de Science Politique*, vol. II, núm. 12, 1952, pág. 231).

Será preciso fazer-se abstração dessa realidade, para examinar a teoria da constituição tal como foi posta a partir de 1789. Desde então, a constituição é a dogmático-formal, ou seja, o documento solene, elaborado por um órgão composto de mandatários do «povo soberano» e investido das prerrogativas genéticas do *pouvoir constituant*, apto, desse modo, a *criar* as normas fundamentais de certa ordem jurídico-política. Por isso, somente é atribuída legitimidade à constituição ungida pelo «poder constituinte» —inerente ao povo ou à nação — e que é exercido por seus delegados reunidos em «assembléia nacional constituinte», eleita por «sufrágio universal», instrumento indispensável à manifestação da «soberania» do povo» ou «soberania nacional». Essa vontade nacional é sempre legal, pois ela é a lei mesma, e é legal independentemente de qualquer outra condição, visto que é a origem de toda a legalidade. Essas afirmações do panfleto *Qu'est-ce que le Tiers État?* (1789), de Sieyès, soam como um eco do *Du contrat social* de Rousseau, que ensina que a vontade geral do povo é «sempre reta» e não tem necessidade de justificar seus atos. Nesse panfleto, o autor proclama que o «poder constituinte» se distingue do «poder legislativo», por ser o poder gerador da Constituição, e, conseqüentemente, também dos poderes constituídos, entre os quais o próprio poder legislativo. A esse ritualismo básico — a que se tem conferido caráter imutável e universal, senão sacral — podem ser acresci-

dos outros procedimentos de validação do texto constitucional, como a aprovação de seus dispositivos mediante *quorum* especial dos «constituintes», e, às vezes, também, a ratificação final do documento por *referendum* do eleitorado.

Em sua generalidade, as constituições atuais podem ser definidas como um conjunto de normas jurídico-políticas que caracterizam a forma de Estado e a de governo, o processo de aquisição e exercício do poder, a estruturação de seus órgãos e a delimitação de suas competências, dispondo também acerca dos direitos fundamentais e suas garantias. Várias são as denominações de constituição adotadas pelos autores, conforme o critério a que eles se atenam. Assim, segundo o *conteúdo*, chamar-se-á constituição *material*, por encerrar as normas estruturais do Estado, o estabelecimento de seus órgãos e os direitos fundamentais; ou constituição *formal*, quando se tratar de documento solene, emanado do «poder constituinte» a cuja modificação deve obedecer a procedimento especial previsto em seus dispositivos. No tocante à *forma*, ter-se-á uma constituição *escrita* quando o documento for elaborado pelo poder competente, que sistematiza — em geral num só texto — as normas fundamentais da organização do Estado; ou *não-escrita*, a constituição cujas normas derivam de costumes ou praxes consolidadas pelo tempo e de jurisprudência firmada. Quanto ao *processo elaborativo*, diz-se constituição *dogmática* a que é produzida pela «assembléia nacional constituinte» ao editar preceitos fundados em doutrinas políticas (dogmas); ou constituição *consuetudinária* ou *histórica*, a que decorre da sedimentação, ao longo do tempo, de tradições que consubstanciam uma forma típica de organização sócio-política, cujas regras básicas em geral têm raízes em costumes seculares, como é o caso da Inglaterra. Em função da *origem*, é considerada *democrática* a constituição elaborada pela «assembléia nacional constituinte», adrede eleita para esse fim; ou *outorgada*, a elaborada por quem detém o poder, sem proceder à audiência prévia do povo, enquanto titular do «poder constituinte», embora possa o povo manifestar-se mediante *referendum*. Sob o aspecto da *estabilidade*, famosa é a classificação de James Bryce (*Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, *Essay*, 3): *rígida (stationary, solid)* é a constituição que somente poderá sofrer modificações mediante estrita observância de certas formalidades (maioria qualificada, consulta aos Estados federados — como nos Estados Unidos e na Suíça — realização de *referendum* popular — como na Suíça e na Austrália — etc.), formalidades essas mais severas do que as exigidas para a elaboração de leis ordinárias ou complementares; e *flexível (moving, fluid)* é a constituição modificável pelo processo legislativo ordinário. Também se considera *semi-rígida* a constituição cujas disposições são em parte rígidas, ou seja, somente alteráveis por processo legislativo especial, e em parte flexíveis, ou seja, alteráveis pelo processo legislativo ordinário, como era previsto no artigo 178 da Constituição brasileira de 1824: «É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos e individuais dos Cidadãos. Tudo o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas pelas

Legislaturas Ordinárias.» Pode-se falar, ainda, de constituição *hiper-rígida*, que é aquela que estabelece certos limites materiais intransponíveis para a realização da própria reforma. É o caso das constituições que vedam, taxativamente, a apreciação de qualquer emenda tendente a abolir a República (todas as constituições francesas, desde a de 1875; igualmente as brasileiras, desde a de 1891 — exceto a de 1988 —, e a italiana, de 1947) e a Federação (todas as constituições republicanas do Brasil e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha). De outro lado, há constituições que prevêm a própria modificação total sem a ruptura da «legalidade», com a mudança até mesmo da forma de governo e da forma de Estado. Foi assim que se deu a substituição da Constituição da Confederação Helvética de 1848, com a promulgação, em 1874, por meio de revisão total, de uma nova constituição.

Há, outrossim, regras políticas não codificadas —ou seja, resultantes de costumes e práticas iterativas — que têm igual ou maior força do que normas constitucionais formais. É o que se verifica nos Estados Unidos com o «controle da constitucionalidade das leis», o «direito de veto» do Presidente, a existência do *Electoral College* nas eleições presidenciais, a expansão do poder federal em detrimento das competências dos Estados-membros.

Também cabe observar que o formalismo encarnado na «assembléia nacional constituinte» vem perdendo a auréola mítica. O ocorrido no próprio berço da doutrina do *pouvoir constituant* (que, de 1791 a 1946, já havia dado à França 15 constituições) é digno de registro. A Constituição de 1958, que fez nascer a V República, na França, decorreu de um projeto elaborado por assessores do governo, segundo um modelo prefixado pelo general Charles de Gaulle (1890-1970), com vistas a pôr cobro à anarquia que se instalara na vida político-administrativa da França a partir da Constituição de 1946. Esse projeto foi submetido a um *Comité Consultif Constitutionnel* composto de 39 membros (uma parte, de deputados de legislaturas passadas, e outra parte, de elementos escolhidos pelo governo). Em seguida, o Conselho de Estado deu o seu *placet* ao projeto. E, em 28 de setembro de 1958, o povo francês, que não participou da elaboração da Constituição, aprovou-a, por maioria esmagadora, mediante *referendum*. Tendo reformulado o regime político em alguns de seus aspectos mais anarquizantes, ainda assim a Constituição de 1958 manteve intactos os princípios do voluntarismo rousseauiano, capaz de conduzir, pelas vias democráticas, ao estatismo totalizante, como demonstra, na mesma França, a vitória eleitoral dos socialistas em 1982.

Embora se pretendesse decapitar o absolutismo do poder real — ao dogmatizar, em 1789, o artigo 16 da *Déclaration des Droits de l'Homme e du Citoyen*, que *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* —, a história das instituições políticas permeadas pelos preceitos do constitucionalismo moderno revela que o formalismo jurídico-político relativo à separação de «poderes» e às

«garantias individuais» não tem sido obstáculo ao crescimento do poder do Estado. E deve-se isso ao fato de as constituições se fundarem nos princípios do individualismo revolucionário, que defluem da concepção mítica do homem como ser associal, e propiciando a expansão do Estado ao tentar corrigir as distorções sociais. Por se tratar de constituições ideológicas, prenhes de formulações apriorísticas, vale dizer, desligadas da vida, acabaram por encontrar nos fatos resposta adversa, e às vezes trágica, às pretensões visadas, pois se frustraram tanto a limitação do poder do Estado, quanto a garantia das liberdades individuais.

A propósito, assinala Nelson de Souza Saldanha: «como se sabe — e creio que Laski foi um dos primeiros a apontar o problema —, há um caminho direito de Rousseau a Hegel, no tocante à valorização do Estado. Em Rousseau, a vontade geral tende a estatizar-se, e a onipotência do legislador não apenas conduz a um juspositivismo latente (diante do jusnaturalismo dos ideais revolucionários), como leva a um conceito de liberdade em que a adesão à ação do Estado é elemento central. E Carl Schmitt demonstrou, em seu livro sobre a história do conceito de ditadura, que a atuação concreta do *pouvoir constituant* implicou a presença de uma ditadura de comissários do povo, em consonância com o *Comité du Salut Public* e outros aspectos. Enfim, a complicação da “máquina administrativa” foi aumentando, e dentro do constitucionalismo como movimento e programa e realidade do *Estado constitucional* se tornou prevacente e absorvente. O crescimento da presença do Estado se daria justamente através das novas formas constitucionais, cada vez mais requintadas» («Da Magna Carta ao Poder Constituinte», em *As tendências atuais do Direito Público*, Forense, 1976, págs. 318/319).

Esse requinte chega ao clímax no pensamento jurídico-constitucional com o normativismo kelseniano. Segundo Kelsen, o *dever ser* é independente do *ser*, ou seja, desvinculado de qualquer valor transcendente, de qualquer elemento de natureza ética, histórica, política, etc. A norma é *dever ser* que radica em outro *dever ser*, e assim sucessivamente, num encadeamento de normas subordinadas e subordinantes, segundo uma estrutura piramidal cujo ápice é a «norma hipotética fundamental» (*Grundnorm*), a norma primária. Por conseguinte, o Estado não é senão um sistema jurídico conforme a essa «norma hipotética fundamental» (tida como «fundamento de validade da Constituição»). A *Grundnorm*, porém, não é norma de direito positivo, é simplesmente lógico-jurídica. É *pressuposta*. Daí por que cada sistema jurídico tem a sua «norma hipotética fundamental», que a ele dá validade mediante processo meramente lógico-formal. Esse formalismo conduz ao abstracionismo radical e ao próprio absolutismo constitucional: «Todo direito é direito do Estado, como todo Estado é Estado de direito» (Hans Kelsen, *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff*, J.C.B. Mohr, 1928, pág. 253). Assim, qualquer direito «justifica» qualquer Estado, vale dizer, qualquer Estado justifica a si mesmo, pois é ele a fonte única do direito.

Tudo isso vinha a ocorrer porque — consumado que foi o desprezo pela ordem natural das coisas, isto é, pela *constituição* natural e histórica da sociedade (com a multivariabilidade de grupos sociais autônomos, ou seja, detentores de direito próprio à auto-organização e ao autogoverno, suscetível por isso mesmo de propiciar a limitação concreta do poder político e a conseqüente preservação das liberdades) — as constituições passaram a «construir» o Estado, apoiando-o em bases ideológico-abstratas, fato este que, na prática, vem sujeitando os homens a verdadeiro regime de servidão, ao manietá-los nas malhas da tecnoburocracia peculiar ao estatismo e ao totalitarismo modernos. Na verdade, não é possível escapar ao dilema: ou o Estado existe para o homem, ou o homem existe para o Estado. E a constituição em que este se estruturar terá que levar em conta um dos lados desse dilema, que envolve necessariamente uma ordem de valores vinculada a uma concepção da vida e do mundo (*Weltanschauung*). No entanto, é a concepção do homem abstrato que vem prevalecendo nas instituições políticas modernas.

Até mesmo num país como os Estados Unidos, onde a incidência do abstracionismo político é menos profunda (pois considerável substrato histórico impregna as instituições políticas norte-americanas), seus efeitos, todavia, não deixam de ser expressivos. E isto porque, embora a Constituição de 1787 tenha sido a primeira constituição escrita do mundo moderno, e nela se tenham estabelecido, também pela vez primeira, a «separação de poderes» e as «garantias individuais», tão crescente é o poder central que — a despeito de todo o ostentado apanágio norte-americano de paradigma universal da democracia — Paulo Bonavides não hesitou em afirmar que o Presidente dos Estados Unidos «enfeixa pois mais poderes que um monarca absoluto. Luiz XIV, redivivo, trocaria talvez sem titubear o manto real de seu poder pela faixa presidencial de Kennedy ou Johnson» (*Ciência Política*, Fundação Getúlio Vargas, 1967, pág. 238). E é a esse Luís XIV que se atribui a famosa frase *L'État c'est moi*.

Nessa ordem de considerações, ressalte-se que — em face da distinção entre as fontes formais e as fontes reais do direito — a constituição política significa propriamente a constituição formal. É a constituição jurídica da sociedade política (*Polis, Civitas, Estado-Nação*). À constituição política tomada nesse sentido jurídico-formal pode-se opor a constituição política real. Uma e outra podem coincidir ou estar em desacordo. Quando a realidade constitucional política não corresponde à constituição formal, então vê-se aparecer aquilo que Georges Daskalakis chama de paraconstituição ou contraconstituição. Na primeira hipótese (paraconstituição), a constituição formal permanece em vigor, mas é modificada, em suas aplicações, por regras de direito escrito, pelos costumes, interpretação ou usos constitucionais. Na segunda hipótese (contraconstituição), a constituição torna-se mero «pedaço de papel» e as práticas políticas são radicalmente contrárias ao espírito e às instituições fundamentais do regime constitucional formalmente estabelecido (Georges Daskalakis, *Droit constitutionnel et re-*

*alilé constitutionnel*, tese apresentada ao Congresso Internacional de Juristas de Atenas, em 14 de junho de 1955, *Compte-rendu du Congrès International de Juristes, Commission Internationale de Juristes*, La Haye, págs. 41-45).

Esta distinção era já feita por Aristóteles, no Livro V da *Política*, ao dizer que a constituição legalmente estabelecida em vários Estados, ainda que não democrática, pode ser aplicada democraticamente, em razão dos costumes e da educação do povo, enquanto outros Estados nos oferecem o exemplo de uma constituição democrática e de um governo oligárquico.

O conceito de paraconstituição suscita o problema do costume constitucional, que ocorre em países de constituição escrita. No Brasil e nos países centrossul-americanos, por exemplo, a contraconstituição prevalece muitas vezes, porque as leis fundamentais têm sido elaboradas ao nível do idealismo utópico das elites marginais, sobre o qual as realidades sociais e as práticas políticas manifestam um desmentido inapelável, como faz ver reiteradamente Oliveira Vianna (1883-1951). O caudilhismo e a predominância das oligarquias, na realidade constitucional hispano-americana, são exemplos que ilustram a hipótese de Aristóteles: conflito entre a constituição real, oligárquica, e a constituição formal, que é geralmente uma carta ideológico-democrática.

De outro lado, nas democracias modernas, a realidade dos grupos políticos mais ou menos esotéricos, ou do poder econômico manipulador do poder político, é a fonte da contraconstituição, enquanto o princípio da origem popular do governo corresponde à expressão teórica da constituição formal. É também importante considerar a influência do poder militar, e não é em vão que se tem falado de Estado militarista.

O ponto de vista sob o qual os juristas estudam o direito é o das fontes formais. Esse formalismo, legítimo em si mesmo, deve ser completado por uma visão sociológica do fenômeno jurídico. Quanto ao direito constitucional, é preciso reconhecer que uma constituição, laborada segundo os preceitos da técnica jurídica seguidos pelo legislador constituinte, procede de influências ideológicas, isto é, de uma filosofia, assim como de circunstâncias históricas que condicionam os movimentos políticos, as revoluções e as reformas legislativas. O direito constitucional, e toda a ordem jurídica, não se reduz à pura normatividade, mas consiste na "síntese da tensão entre a norma e a realidade" (Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Revista de Occidente, Madrid, 3.<sup>a</sup> ed., 1953, pág. 20).

Tudo isso, que se poderia chamar «o problema da constituição», nos coloca diante do seguinte: se é verdade que as leis devem ser construídas sobre a realidade, é isso ainda mais verdadeiro quando se trata da lei fundamental do Estado, especialmente ao fundar-se um novo Estado, porque então é preciso procurar instituições que sejam efetivamente ajustadas ao meio, aos hábitos sociais, às tradições locais, ao caráter geral do povo, enfim, todo um *background* psicossociológico, geopolítico e econômico. Esta contextura natural da sociedade nos

apresenta o que há de mais fundamental e mais essencialmente constitucional. É a *constituição histórico-social*, que deve servir de base à *constituição jurídico-formal*, a qual, por isso mesmo, não deve ser criada *a priori*, não pode ser *fabricada* à maneira de um relógio, não é obra de arte, mas fruto da prudência legislativa. Com essa prudência, o legislador, partindo de valores permanentes, intrínsecos à natureza humana, leva em conta, na formulação da norma o contexto sócio-histórico característico de cada nação.

