

# ABRANGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL

SILVA PACHECO

Membro Titular da Academia

SUMÁRIO: 1. O problema constitucional. 1.1. Introdução. 1.2. Fixação do problema. 2. As projeções sob a perspectiva do pensamento e da teoria constitucional. 2.2.2 Vínculo com o Estado e as mutações. 3. Vínculo com o Estado. 3.1. A Constituição e o Estado. 3.2. Novas categorias estatais. 3.3. Novas relações internacionais. 4. Vínculo com as mutações. 4.1.1. Pressuposto da mutação e necessidade de alteração. 4.2. Da revolução. 4.3. Da mudança social e cultural. 4.4. Das mutações deste Século. 4.5. Das mutações atuais. 5. Propostas de discussão. 5.1. Sobre os ordenamentos. 5.2.1. Do ordenamento social. 5.2.2. Do ordenamento cívico-político. 5.2.3. Do ordenamento econômico. 5.2.4. Do ordenamento jurídico. 5.2.5. Do ordenamento tributário. 5.2.6. Da fiscalização da legalidade. 5.3. Da organização nacional. 6. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

Todo período de crise ou de transição, independente de ser ou não decorrência de revolução, acompanha-se de amplo debate sobre o problema constitucional, relampeante de aspectos tempestuosos.

Não adotando a Academia ou sua *Revista* a exigência contida no estatuto do Queen's College, de omitir-se a exposição de assunto polêmico <sup>(1)</sup>, encontramos-nos livres para, em rápido bruxuleio, focalizá-lo como problema, não porque esteja em nossas mãos suscité-lo, arbitrariamente, mas porque emerge da realidade a sua deficiente transparência: imperfeição da realidade ou do entendimento que, nem sempre, tem iluminação bastante para percebê-la. Para consolo, invoquem-se as palavras de LESSING de que Deus é o único ser sem problemas...

## 1.2. A FIXAÇÃO DO PROBLEMA.

No questionário que AONSO ARINOS distribuiu para servir de base ao relatório já ultimado <sup>(2)</sup>, dava-se destaque a saber se a constituição deveria ser refeita parcial ou totalmente e se, no seu conteúdo, deveria cogitar, apenas, da organização do Estado ou abranger outras matérias.

Relativamente à questão da letra *b* supra, respondemos que, na hipótese de ser elaborada outra constituição, deveria ela conter nova divisão e matéria mais abrangente de natureza social, política, econômica e jurídica, além da organização nacional. Continuamos com esse ponto de vista, embora sintamos a tendência em se esvaziar o conteúdo do texto constitucional <sup>(3)</sup>.

## 2. AS PROJEÇÕES SOB A PERSPECTIVA DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL E DA TEORIA CONSTITUCIONAL

### 2.1. PERSPECTIVA DO PENSAMENTO E DA TEORIA CONSTITUCIONAL

Para a discussão de qualquer problema constitucional brasileiro, insta enxergar, ainda que de relance, o pensamento constitucional, no decurso da história, assim como a teoria constitucional que se sublimou neste século <sup>(4)</sup>.

### 2.2. VÍNCULOS COM O ESTADO E AS MUTAÇÕES

Dentro da perspectiva do pensamento e da teoria da constituição, sobressaem-se com relação a esta, os vínculos com o Estado e com as mutações.

## 3. VÍNCULO COM O ESTADO

### 3.1. A CONSTITUIÇÃO E O ESTADO

É curial que a Constituição diz respeito à organização do Estado, que tem, como essenciais, a institucionalização do poder, <sup>(5)</sup> o elemento humano, para o qual existe, e o território.

Todos os problemas derivados de cada um desses três elementos, em qualquer de seus aspectos, além dos relativos à própria es-

trutura organizacional da entidade estatal, podem ser considerados e tratados no texto constitucional.

Embora, no curso da história, tenha sido mais freqüente a idéia de dar-lhe, através da carta básica, a estrutura organizacional e os meios de limitar o poder para evitar o arbítrio, não se pode deixar de reconhecer a relevância dos demais aspectos.

### 3.2. *NOVAS CATEGORIAS ESTATAIS*

No que concerne ao exame dos Estados, tanto teoricamente como em concreto, não se pode contentar com as classificações arcaicas, uma vez que "a última década testemunhou o florescimento de enorme variedade de novos tipos de grande valor e originalidade" (6), com a caracterização das estruturas e de suas inter-relações, numa diferenciação de novas categorias estatais.

### 3.3. *NOVAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS*

Não se pode ignorar não só os condicionamentos do sistema internacional em que está mergulhado o Estado, mas principalmente, os seus parceiros ou competidores: os demais Estados, as organizações internacionais, as organizações transnacionais e as empresas multinacionais (7).

## 4. *VÍNCULO COM AS MUTAÇÕES*

### 4.1. *PRESSUPOSTO DE MUTAÇÃO E NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO*

O exercício do poder constituinte, que provém do povo, em seu nome deve ser exercido, no ato criador, organizador ou constitutivo do Estado, equiparado ao ato de elaboração da Constituição, ou no ato de emenda ou reforma desta. Em qualquer caso, pressupõe-se mutação e necessidade de alteração constitucional.

### 4.2. *DA REVOLUÇÃO*

Impõe-se tal problema, com tanto mais veemência quanto maior a amplitude da mudança.

No que se refere ao processo revolucionário, quer se o considere, sob a ótica sociológica, pela perspectiva marxista (8), funcio-

nalista <sup>(9)</sup> ou da teoria da sociedade de massa <sup>(10)</sup>; sob o enfoque psicossocial ou simplesmente psicológico <sup>(11)</sup>; ou sob o ângulo jurídico <sup>(12)</sup>, ainda não há qualquer estudo exaustivo à guisa de idônea teoria geral, como aliás, havíamos consignado no já longínquo 1950 <sup>(13)</sup>. Embora mais volumosa a literatura à base de MARX, segundo o qual tem-se a revolução como inevitável consequência da estrutura social, que traria ínsita, em seu bojo, a gênese conflitual, <sup>(14)</sup> não se pode reconhecê-la como abrangente e satisfatória.

#### 4.3. DA MUDANÇA SOCIAL OU CULTURAL

Contudo, não se pode deixar de discernir que o conflito e a mudança são elementos necessários para a teoria geral do conflito. Encontram-se neste o nódulo criador de toda sociedade e o ensejo para a liberdade, num desafio para resolver e controlar, racionalmente, os problemas sociais <sup>(15)</sup>, porque na realidade, todos os sistemas sofrem mudanças e em toda a história das instituições nunca apareceu um sistema absolutamente imutável <sup>(16)</sup>.

#### 4.4. AS MUTAÇÕES DESTE SÉCULO

No início desta centúria, já se processava a desintegração cultural dos valores dominantes no espírito do século passado, como se pode observar do exame de qualquer setor: filosófico, sociológico, econômico, político, jurídico, artístico, literário...

NIETZSCHE, FREUD, as crises das ciências, a diversificação das ciências sociais, os abalos artísticos e jurídicos, a imigração, e os movimentos migratórios internos, assinalam a passagem dos século XIX ao século XX, com a sua marcante influência e indizível rol de consequências.

O que há três séculos era apresentado como aumento de conhecimentos e poderes — quantitativos, à maneira de CONDORCET e da tecnocracia economista, ou qualitativos, à maneira de SPENCER e COMTE e da tecnocracia social, ou ainda como conquista necessária, mas dramática, à maneira de HEGEL, é, do ponto de vista da vontade, do ponto de vista da vida, apontado como decadência, por NIETZSCHE.

As análises freudianas, por outro lado, no seu conjunto, insistiam em desalojar os valores herdados do período clássico do século

XIX, entre os quais o "Eu", a consciência, a vontade livre, a harmonia social, o ideal da sociedade transparente e feliz. Enaltecendo o inconsciente, considerando-o o elemento primordial do Ego, agride não só a moral tradicional, mas toda a concepção que, desde DESCARTES, com o seu princípio *Cogito, ergo sum* ("Penso, logo sou"), baseava-se na consciência da personalidade, essencialmente livre; e, por outro lado, a sua ótica do indivíduo como realidade complexa e radicalmente conflitual dá golpes na idéia da ordem e harmonia que marcavam a concepção clássica do século passado.

Através de uma série de crises, que atingiram, inicialmente, as matemáticas e, depois, a física, a química e a biologia, puseram-se em destaque a insuficiência dos esquemas metodológicos e os raciocínios advindos das leituras clássicas, advertindo que o progresso científico de conhecimentos e o domínio cada vez maior da natureza resultam de uma série de rupturas, de transformações dos sistemas conceituais e dos materiais de investigação, realçando que cada descoberta é índice de nova pesquisa, que levará a nova descoberta ou exigirá a reelaboração das teorias, arrastando a investigação para novos setores.

Sendo assim, também nesse caso, como no de NIETZSCHE, de FREUD, de EINSTEIN, a consideração dinâmica das ciências fazia ruir as certezas pretensamente fundamentais e profetizava a entrada em ação de uma racionalidade diversa, em seu funcionamento, da que guiou o século passado.

A atividade científica, por sua vez, tornava-se parte decisiva da vida social e não somente na medida em que, combinada à indústria, integrava-se às forças produtivas, mas também, e sobretudo, em que sob o aspecto da economia política, da informática e das ciências da administração e da comunicação, tornava-se elemento constitutivo da administração da coletividade.

A arte pela arte, como objeto e fim de uma atividade específica, nasceu após a Renascença, mas tal concepção dominou todo o século XIX, considerando-se o artista como servidor exclusivo e, ao mesmo tempo, senhor absoluto do Belo.

Assim como, na prática, as ciências se ergueram contra a ciência absoluta e positivista do século passado, as diversas artes entram em luta contra as Belas-artes e, a seu modo, na literatura, no teatro,

na música, na pintura, na escultura, na arquitetura, na poesia, no cinema, as artes passaram a apresentar, através do imaginário que constroem, as concepções do mundo e da sociedade, concepções essas que são críticas da realidade concreta.

Para ficar só no terreno da literatura do final do século e princípio deste, basta ver as obras de Henry George, em 1879; Emile ZOLA, em 1885; Gerhart HAUPTMANN, em 1892, as peças de IBSEN e de CHEKHOV, Thomas MANN e WILLIAM BEVERIDGE... e tantos outros.

No campo das ciências sociais, estilham-se em ciências diversificadas, e dentro de cada uma delas, novas diversificações específicas, como que a arremedar o que acontecia com o átomo... Na esfera do Direito, multiplicam-se os ramos e esmaecem as distinções pretéritas...

#### 4.5. AS MUTAÇÕES ATUAIS

O processo de mudança social porque passamos, atualmente, em todos os setores, tem três fases: a) a primeira vai desde os fins do século passado até a 1.<sup>a</sup> guerra mundial e se caracteriza pela reação contra as idéias tradicionais dos últimos quatrocentos anos; b) a segunda situa-se entre as duas guerras, em que se discutiram novos modos de expressão em todos os setores; c) e a terceira é a que ainda atravessamos, desde a 2.<sup>a</sup> guerra, em que foram abandonadas muitas das experiências da fase anterior, mas sem haver, ainda, a cristalização de uma nova perspectiva do mundo, em que muitas das nossas atitudes foram remodeladas pela revolução da ciência e pelo impacto da tecnologia, principalmente, das comunicações e informática, e em que a nova sociedade de massas de nossa época ainda não deixa distinguir, nitidamente, formas próprias e definitivas de expressão.

Fala-se, hoje, na grande crise que o Brasil atravessa, de que são pontos críticos a dívida externa, a inflação e o desemprego e, anteriormente já tivemos várias crises, todas qualificadas de enormes, e grandes, em 1922-24, 30-32, 35-37, 45, 54-55, 61-64 e, agora, 1984.

O pessimismo que vê todas as mudanças como mudanças para pior é um tema invariável na história e que a história, invariavelmente, refuta.

Para todos e também para o cientista ou jurista é mais fácil descrever a desintegração das antigas atitudes e padrões do que descrever ou projetar a formação dos novos padrões e novas atitudes, sujeitas, sempre, a eventuais desvios de rota por causas, embora previsíveis, nem sempre diagnosticadas com isenção: é mais fácil também, apontar as mazelas, queixar-se dos sintomas, do que fazer a diagnose ou a terapia.

Contudo, não se pode afastar do óbvio de que não é sabedoria política lançar à miséria milhares de cidadãos despedidos e em paralisar obras indispensáveis ao progresso da Nação e tudo isso para que, através de sofrimentos, se equilibrem orçamentos fictícios ou se anunciem saldos de encomenda...

## 5. AS PROPOSTAS A DISCUSSÃO

### 5.1. A DIVISÃO

Da consideração do que se expôs e da realidade brasileira, em confronto com a realidade multiforme do mundo atual, parece-nos que a nova constituição brasileira deve classificar-se em dois livros distintos, o primeiro destinado aos ordenamentos básicos e o segundo à organização nacional.

### 5.2. SOBRE OS ORDENAMENTOS EM CINCO TÍTULOS DISTINTOS

O livro I, em cinco títulos distintos, poderia cuidar do ordenamento social, político, econômico, jurídico e tributário, como a seguir se sugere.

#### 5.2.1. DO ORDENAMENTO SOCIAL

O título I do Livro I deveria conter normas básicas sobre educação, higiene, saúde, alimentação, habitação, família, trabalho e cultura.

#### 5.2.2. DO ORDENAMENTO CÍVICO-POLÍTICO

O título II do Livro I poderia traçar as normas fundamentais sobre (A) a nacionalidade; (B) os Partidos, associações ou institutos políticos; (C) os direitos políticos.

### 5.2.3. *DO ORDENAMENTO ECONÔMICO*

O título III do Livro I deveria conter normas basilares sobre o sistema, tais como as relativas: (A) aos princípios gerais; (B) à propriedade e sua função social; (C) à empresa privada e a certos setores específicos de natureza relevante para a coletividade; (D) à atuação do Poder público na atividade econômica em caráter pioneiro, supletivo e estimulador; (E) às empresas especiais; (F) às associações profissionais e sindicais; (G) aos direitos e deveres básicos dos empresários, do Estado, dos profissionais, proprietários e trabalhadores (16).

### 5.2.4. *DO ORDENAMENTO JURÍDICO*

O título IV do Livro I poderia conter regras básicas, em relação: (A) ao Direito objetivo federal, estadual, municipal ou de outras fontes; (B) aos direitos subjetivos, tais como os dos arts 153 e 154 da atual Constituição Federal; (C) às medidas excepcionais transitórias (medidas de emergência, estado de sítio e de emergência).

### 5.2.5. *DO ORDENAMENTO TRIBUTÁRIO*

O título V do Livro I poderia trazer regras básicas sobre: (A) o sistema tributário; (B) os direitos e deveres do Poder público de natureza tributária; (C) os direitos e deveres do contribuinte.

### 5.2.6. *DA FISCALIZAÇÃO DA LEGALIDADE*

O título VI poderia esboçar normas gerais sobre o Ministério Público, o ombudsman ou defensor público.

### 5.3. *DA ORGANIZAÇÃO NACIONAL*

O livro II deveria conter as normas sobre a estrutura organizacional do Estado brasileiro, como entidade, dotada de personalidade jurídica, em dois grandes títulos, respectivamente dedicados à organização nacional e ao poder federal.

O primeiro título se comporia de capítulos relativos: (A) às disposições gerais; (B) à União; (C) aos Estados; (D) aos municí-

pios; (E) ao Distrito Federal; (F) aos Territórios; (G) à interação entre a União, Estados, Municípios, Territórios, Distrito Federal, autarquias e patrimônios especiais. Dentro deste capítulo, há que distinguir as relações de cooperação nas regiões geo-econômicas, nas regiões metropolitanas, nos convênios, no planejamento e sua execução, nas atividades básicas de educação, saúde, polícia, trânsito, controle ambiental e obras públicas, e as relações de conflitos.

O segundo título cuidaria do Poder Federal, com normas básicas sobre o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Sobre a Corte Suprema, são de valia, entre outros, os estudos comparativos relativos à Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Japão, Suécia, Noruega, França, Bélgica, Holanda, Itália, Suíça, República Federal da Alemanha, URSS, Polônia, Iugoslávia e à Comunidade européia (17).

## 6. CONCLUSÃO

Embora não tenha ocorrido revolução nem qualquer processo equiparado, as mudanças advindas e com as quais convive o nosso povo estão a indicar que se não pode ficar na era do Iluminismo ou do simples "juridicismo", urgindo compatibilizar as normas constitucionais aos reclamos do presente em sua projeção para o futuro.

Em matéria política, nem sempre se distingue, com nitidez, o panfletário ou jornalista do politicólogo, cientista social ou jurista, porque não podem estes últimos deixar de considerar os fatos e fatores apontados por aqueles, o que leva os desavisados a confundí-los. O certo, porém, é que o cientista e jurista, ao focalizar os assuntos relatados por aqueles, procuram questioná-los, uma vez que "o obstáculo para a melhor compreensão, geralmente, não provém da dificuldade de encontrar respostas, mas de descobrir novas perguntas, de reformular novos problemas, que tornarão possível sua solução". (18)

Quando 70,7% das respostas à pesquisa realizada pelo Indipo sustentaram a limitação aos mecanismos do governo, "sem considerar temas conjunturais", não quiseram dizer que excluía considerações essenciais de natureza social, política, econômica e cultural, que mereceram aprovação expressa de 54,9% das respostas (19).

Incluím-nos entre aqueles porque não entendemos que da constituição deva fazer parte assunto conjuntural facilmente alterável,

mas também entre estes porque achamos que dela devem constar normas básicas, referentes ao ordenamento social, político, econômico, jurídico, tributário e de fiscalização da legalidade, além daquelas pertinentes à própria organização da entidade estatal.

## NOTAS

- (1) Howard Warrender, "O Estudo da Política", 1981, p. 157.
- (2) A pesquisa "As aspirações nacionais com vistas à reforma da Constituição" teve o seu relatório final apresentado, em 1984, em 4 volumes. 78,9% das respostas reconhecem a necessidade de nova constituição para o Brasil. (Afonso Arinos, Conclusão, vol. IV, pág. 336.)
- (3) 70,7% das respostas são no sentido de limitar-se a regular os mecanismos de governo, "sem focalizar temas de natureza conjuntural que exigiria a sua permanente atualização" (Afonso Arinos, Conclusão do Relatório, vol. IV, p. 336). Contudo, 54,9% opinaram no sentido de concentrar o texto nos problemas magnos do país, de natureza social, política, econômica e cultural, fornecendo diretrizes para o seu equacionamento.
- (4) Nelson Saldanha, "Formação da teoria constitucional", Rio, 1983.
- (5) George Burdeau, "Traité de Science Politique", 7 vols. Paris, 1952 a 1957; Maurice Duverger, "Droit Constitutionnel et Institutions Politiques", 3.<sup>a</sup> ed., Paris, 1958; Luis Pinto Ferreira, "Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno", 4.<sup>a</sup> ed., SP, 1962.
- (6) Samuel E. Finer, "Comparative Government", 1970.
- (7) Marcel Merle, Sociologia das Relações Internacionais, 1981.
- (8) Shlomo Avineri, "The Social and Political Thought of Karl Marx", Londres, 1968; C. Wright Mills, "The Marxists", 1962; Robert C Tucker, "The Marxian Revolutionary Idea", Londres, 1970.
- (9) Chalmers Johnson, "Revolutionary Change", Boston, 1966; idem, "Revolution and Social System", 1964; Ralf Dahrendorf, "Class and Class Conflict in Industrial Society", 1959.
- (10) Wright Mills, "The Power Elite", Londres, 1956; Hannah Arendt, "The origins of Totalitarianism", 1958; William Kornhauser, "The Politics of Mass Society", 1959.
- (11) Lawrence Stone, "The causes of the English Revolution", 1972; Crane Brinton, "The Anatomy of Revolution", 1960; George Sawyer Pettee, "The Process of Revolution", 1971; Lyford P. Edwards, "The Natural History of Revolution", 1965; Pitirim Sorokin, "Culture and Personality", 1969; idem, "The Sociology of Revolution", 1967; James C. Davies, "Toward a Theory of Revolution". American Sociological Review, 1962.
- (12) Georges Burdeau, "Traité de Science Politique", tomo III; Giuseppe Ferrari, "Filosofia da Revolução"; Ignacio Maria de Lojendio, "El

derecho de revolución"; Ignacio Gonzalez Rubio, "La revolución como fuente de derecho"; Carlos Cossio, "El concepto puro de Revolución", Barcelona, 1936; G. Piet-Véaux. "Essai d'une théorie juridique des révolutions", 1942; Lucio Mendieta y Nuñez, "Teoría de la Revolution", 1959.

- (13) Silva Pacheco, "O Problema da Guerra", SP, 1950.
- (14) A.S. Cohan, "Teorias da Revolução", 1981.
- (15) Ralf Dahrendorf, "Sociedade e Liberdade", 1981.
- (16) Robert Dahl, "Análise Política Moderna", 1981; "Silva Pacheco", Tratado de Direito Empresarial, Sociedade Anônima e Valores Mobiliários, vol. I, n.º 20.
- (17) João Paulo II, Encíclica Laborem Exercens, de 14-09-81.
- (18) Michel Banton, "Sociologia das Relações Raciais", Paris, 1971.
- (19) Ver nota n.º 3 retro.