

Princípios e Problemas de Govêrno

CHARLES GROVE HAINES

(Professor de Ciência Política da Universidade de Califórnia)

E

BERTA MOSER HAINES

(Tradução de Espirito Santo Mesquita)

CAPÍTULO XIII

CONSTITUIÇÃO E ELABORAÇÃO DE CONSTITUIÇÕES

OS governos de hoje, com raras exceções, baseiam-se em cartas conhecidas por constituições. Estas são consideradas como “lei fundamental de acôrdo com a qual o govêrno de um Estado é organizado e as relações dos indivíduos com a sociedade em geral são reguladas.” Também pode ser um documento ou uma coleção de leis promulgadas num determinado tempo ou, ainda, o resultado de uma série de atos legislativos, de decisões judiciárias, de precedentes, jurisprudência e regulamentação usuais. A maioria das constituições de hoje consiste de um documento só. A constituição inglesa, porém, da qual tôdas as outras são, de um certo modo, derivadas, nunca foi posta em forma sistemática.

A ORIGEM DAS CONSTITUIÇÕES

A constituição escrita é um instrumento relativamente novo em matéria de govêrno. A distinção entre certas leis que são básicas e permanentes e outras que são temporárias e mutáveis é, porém, uma idéia velha. Esta distinção foi reconhecida na Grécia e em Roma, definindo-se e tornando-se mais específica na Idade Média quando a antiga lei da natureza foi suplementada pela lei de Deus para reforçar e perpetuar estatutos e regulamentos estabelecidos pela Igreja. Muito embora a distinção entre leis fundamentais e permanentes e os atos legislativos e executivos ordinários fôsse reconhecida nos tempos antigos e medievais, não se estabeleceu nenhuma linha divisória muito clara entre as leis consideradas fundamentais e as consideradas temporárias. Com exceção da Carta Magna, e certos estatutos ou declarações de direitos, não havia documentos escritos para diferenciar as leis permanentes das temporárias. (1)

Não se diferenciaram, porém, especificamente, se não depois da metade do século dezoito, a lei fundamental das estatutárias e temporárias,

diferenciação esta feita pelos autores franceses e ingleses. A distinção foi claramente exposta na obra de Vattel, *The Law of Nations* que apareceu em França em 1773 e que foi traduzida para o inglês e muito lida na Inglaterra e na América do Norte. Vattel declarou que “as leis elaboradas visando ao bem-estar público são leis políticas e nesta classe estão as que interessam o próprio corpo social e a existência da sociedade, a forma de govêrno, a maneira por que a autoridade pública é exercida, isto é, os que em conjunto formam a constituição de um Estado e que são as leis fundamentais.” Essas leis fundamentais, sustenta Vattel, não podem ser modificadas pelo legislativo e devem ser consideradas como invioláveis a não ser pela própria nação. Esta doutrina, apoiada como foi pela teoria medieval *de lei da natureza*, era tida como superior às leis ordinárias, superior a elas e reforçada pela teoria de Sir Edward Coke de que a lei comum estava acima tanto do Rei como do Parlamento, o que promoveu o desenvolvimento da idéia de que as leis fundamentais devem ter uma forma bem definida e ser incorporadas num documento escrito. O instrumento de govêrno preparado por Cromwell parece ser um dos primeiros documentos desta espécie.

Constituições escritas no sentido em que são conhecidas hoje, originaram-se, porém, nas colônias americanas quando estas repudiaram os governos estabelecidos pela Inglaterra e empreenderam organizar novos governos. Procurou-se elaborar, sob forma escrita e sintética, as normas e regras básicas, de acôrdo com as quais o govêrno devia ser conduzido. Deu-se novo ânimo à idéia de instituir-se governos fundados em constituições escritas com a elaboração e promulgação da constituição federal em 1787-1789. Logo depois, os governos revolucionários da França tentaram basear a autoridade pública em leis escritas fundamentais. Os países da América do Sul e Central também promulgaram as suas constituições modeladas de algum modo pela americana. Os países europeus também elaboraram seus documentos para guia da autoridade política, sendo a Inglaterra, onde a distinção entre a constituição e a lei ordinária é quase incerta, uma notável exceção. O movimento em prol da adoção de uma constituição escrita estendeu-se não só pela Europa e América, mas também, pela Ásia e África. Os governos autônomos das

(1) Vide *The Revival of Natural Law Concepts*, de Charles Grove Haines (Harvard University Press, 1930, parte I).

colônias do Canadá, Austrália e África do Sul também foram organizados com base em leis escritas que são superiores às leis ordinárias. Os Estados da Europa central formados, em consequência do Tratado de Versalhes, também elaboraram leis fundamentais escritas, das quais algumas se tornaram inoperantes devido à implantação de ditaduras. Assim, a constituição escrita é uma das principais características das modernas organizações políticas.

TIPOS DE CONSTITUIÇÕES

A distinção entre a Inglaterra, onde a constituição não é escrita e onde não se aprovou um documento separado como lei fundamental, e os Estados Unidos, com uma constituição escrita tem sido consideravelmente exagerada. Embora a Inglaterra não tenha uma constituição escrita, a maioria dos assuntos de importância básica é tratada em atos estatutários especiais que podem ser considerados como partes de uma constituição. Nos Estados Unidos, por outro lado, os assuntos que não são objeto da lei fundamental são objeto de leis ordinárias. Nas palavras de Lord Bryce "seja a constituição escrita ou não, deve-se prever os necessários meios para sua ampliação e as constituições escritas devem evoluir da mesma maneira que as não escritas." (2) A eficácia dos documentos escritos para garantir um bom governo foi muito exagerada nos séculos dezoito e dezenove. É fato notável que duas das maiores organizações políticas, a de Roma e da Inglaterra, não se baseiam em constituições escritas. Certos países da América do Sul demonstram como é fácil desprezar esses documentos e governar-se, a despeito desses documentos, de acordo com a vontade dos grupos dominantes. Os países europeus que adotaram constituições depois da guerra de 1914 não hesitaram em desprezar os dispositivos de suas leis gerais para executarem planos de reorganização econômica e política. De outro lado, os laços políticos entre a Inglaterra e seus domínios mostram que um intrincado mecanismo político pode funcionar muito bem com poucas provisões escritas.

As primitivas diferenciações entre as constituições escritas e não escritas eram mais de grau do que de espécie, conforme já se demonstrou. De fato, todas as constituições estão contidas em documentos, estatutos ou numerosas leis escritas e que são, uniformemente, aceitos como guias para as autoridades públicas. A constituição inglesa é, desse modo, em grande parte escrita, mas não está vazada em um único instrumento. Está, ao contrário, dispersa por muitas leis, sendo grande na Inglaterra o papel desempenhado pelo costume e pela tradição. De outro lado, os Estados que possuem constituições escritas também têm, ligados à constituição escrita, muitos costumes, tradições, interpretações judiciárias, executivas e legislativas

de modo que o direito constitucional do país deve ser às vezes retirado de muitas outras fontes que não sejam as da legislação escrita. Nos Estados Unidos, por exemplo, os partidos políticos e o Gabinete Ministerial (o ministério) não estão previstos na constituição federal, muito embora ambos sejam parte integrante do governo. Podemos pensar, diz o Ministro Cooley, da Suprema Corte, "que temos uma constituição diante de nós; mas, por razões práticas constituição é exatamente aquilo que o governo, em seus vários ramos, e o povo, no cumprimento de seus deveres de cidadãos, respeitam e reconhecem como tal."

Uma outra distinção foi a que se fez entre constituições flexíveis e rígidas. As diferenças básicas nesse particular devem ser encontradas na constituição da Inglaterra, que está sujeita a modificações por ato ordinário do Parlamento, e a constituição dos Estados Unidos, que exige um processo especial e uma maioria extraordinária para a aprovação de emendas constitucionais. Há, porém, uma tendência para eliminar-se essa distinção. Quando o processo de modificação da constituição envolve uma reorganização, o requisito de uma maior porcentagem majoritária ou outros processos diferentes dos exigidos para a aprovação de leis ordinárias, é possível estabelecer-se uma diferença entre a função constituinte ou de elaboração de constituições e a função legislativa ordinária, determinando-se, assim, o grau de rigidez e de flexibilidade da lei básica. Alguns Estados, porém, (como a Itália de antes do fascismo), não separam a função constituinte das legislativas ordinárias. Na Suíça e em alguns países americanos a constituição pode ser emendada por meio da *iniciativa* e do *referendum* de acordo com os mesmos dispositivos regulamentares que regem a aprovação de leis ordinárias. Nesses Estados é impossível traçar uma linha divisória entre o processo de reforma (emenda) da constituição e os poderes do legislativo. Além disso, há uma distinta tendência no sentido de fazer com que todas as constituições possam ser facilmente emendadas, tornando-se, assim, menos significativa a distinção entre constituições rígidas e flexíveis.

Os principais tipos de constituição podem ser caracterizados pelos da França, Inglaterra e Estados Unidos. As principais características da constituição inglesa, segundo A. Lawrence Lowell, são: "Primeiro, que nenhuma lei é considerada *constitucional*, podendo ser todas elas modificadas pelo Parlamento, sendo, portanto, inútil procurar estabelecer uma linha de diferenciação entre as que fazem parte da constituição e as que o não fazem; segundo, que a tradição e os costumes desempenham um importante papel, sendo cuidadosamente respeitados, muito embora lhes falte, inteiramente, a sanção legal." (3)

O termo "constitucional" como é usado no direito inglês, nada mais significa se não que uma

(2) *Studies in History and Jurisprudence*, de James Bryce (Oxford University Press, 1901, Vol. I, pág. 139).

(3) *Government of England*, de A. Lawrence Lowell (The Macmillan Company, 1916, Vol. I, pág. 9).

lei aprovada pelo Parlamento está em harmonia com o espírito da constituição inglesa. O termo negativo "inconstitucional" não tem sentido quando se trata de atos do Parlamento desde que eles não podem ser considerados como violação da lei básica e, em consequência, nulos.

Muito embora a constituição francesa, diferente da britânica, seja um documento escrito, formal, ela dá ao legislativo ampla competência e só de uma maneira geral prevê a organização e distribuição dos poderes. A constituição francesa depende, no que pese sua interpretação e execução, do critério e da vontade do legislativo. Para o francês a constitucionalidade só pode ser determinada pelo fato de o legislativo não considerar a medida como contrária aos artigos da constituição. O direito constitucional desempenha um papel menos importante no governo da França.

Nos Estados Unidos, a Constituição Federal é considerada como lei básica que impõe uma obrigação ao legislativo e ao executivo e os impede, legalmente, de praticar qualquer ação contrária a seus dispositivos. Se, em qualquer ocasião, o executivo ou o legislativo ultrapassa os limites da competência prescrita para cada um deles pelo instrumento escrito, o judiciário interpõe o seu julgamento e anula ou impede os atos tidos como contrários à constituição. É isto o que se quer dizer com "inconstitucionalidade de uma lei", isto é, que o judiciário decidiu que, a seu ver, a medida contraria a lei fundamental, sendo, por isso, declarada nula.

As constituições, conforme foram aqui examinadas, recaem em duas principais categorias: as que são defendidas pelo judiciário e aquelas cujas interpretações e definições cabem ser feitas pelo próprio legislativo. Nos Estados Unidos, uma declaração de direitos de certo modo minuciosa, declaração essa por cuja observância as côrtes se encarregam de zelar a fim de evitar a exorbitância de poderes pelo governo, torna a constituição um instrumento muito importante do ponto de vista do indivíduo, ocupando, por isso, o direito constitucional um lugar importante no estudo do direito. No Canadá e na Austrália, onde não há declaração de direitos ou onde a constituição só faz referências a alguns direitos individuais, a lei básica tem menos significação. Na França, onde a interpretação da constituição cabe ser feita pelo legislativo e não há declaração específica de direitos, o direito constitucional é de menos importância.

IDÉIAS AMERICANAS SOBRE GOVÊRNO CONSTITUCIONAL

O governo constitucional aperfeiçoa-se, segura e sistematicamente, nos Estados Unidos, tanto que o conceito americano de constituição escrita passou a constituir uma relevante base e serviu de modelo para muitas constituições escritas.

Quando o governo estava em processo de formação nos Estados Unidos, decidiu-se que os poderes públicos deveriam encontrar a fonte e a san-

ção de sua autoridade em documentos escritos. Temia-se que os governos se tornassem arbitrários, autocráticos e sujeitos aos caprichos pessoais dos governantes. Para evitar a despótica insolência das autoridades públicas e a fim de evitar o perigo de um excesso de democracia, os deveres que os governantes são obrigados a cumprir têm que ser definidos com muita precisão, os limites às respectivas competências e poderes têm que ser claramente determinados e as funções de governo têm que ser divididas entre entidades separadas. Foi um dos principais objetivos dos líderes políticos da época implantar o sistema em que os poderes legislativo, executivo e judiciário estivessem separados para que pudessem existir, conforme os constituintes de Massachusetts declararam com a frase: "um governo de leis e não de homens." (4)

A muito conhecida doutrina inglesa de supremacia da lei a que os reis deviam obediência fôra transformada num instrumento novo. Contribuíram para essa transformação as doutrinas de uma lei natural soberana e dos direitos naturais do indivíduo, direitos êsses em que a autoridade pública não deve interferir. A idéia geral foi consubstanciada na declaração de que se queria implantar o "reinado da lei e não dos legisladores". Das teorias políticas peculiares desses tempos, moldadas sob a influência das novas condições de vida, surgiram duas notáveis contribuições dos Estados Unidos para a arte de governo, isto é, o conceito americano de uma constituição escrita e o processo americano de revisão dos atos legislativos pelo judiciário. É bom falar das idéias americanas em relação a essas características de governo porque em nenhum outro país foram elas aceitas com sentido e importância similares.

Um governo de leis e não de homens é uma máxima que, como muitas outras, contém qualquer coisa de verdade muito embora com uma boa dose também de falsidades. "Nunca houve um tal governo", disse um eminente estadista. "Constituíam os governos como quizerem; êles serão sempre governos de homens e nenhuma parte deles é superior aos homens aos quais essa parte é confiada." (5)

Não há dúvida de que a personalidade do homem se impõe em toda a administração e que as opiniões individuais influenciam e determinam mais ou menos a natureza de todos os atos públicos. Os elementos da personalidade e as idéias políticas de cada indivíduo não foram eliminadas do governo constitucional. A verdade é que algumas das normas de ação são expressamente estabelecidas, esperando-se que os indivíduos que exercem autoridade pública obedeçam tanto às disposições e limitações explícitas como às implícitas das leis.

Um dos principais objetivos do governo constitucional é o da proteção dos direitos e liberdades

(4) A idéia de um governo de leis e não de homens é de antiga origem. James Harrington, confessando seguir Aristóteles, definiu o governo como o "império das leis e não dos homens" na OCEANA — Works (Ed. 1937, pág. 37).

do indivíduo. Visando a essa proteção, a tendência é para definir privilégios e garantias na parte da lei geral chamada de *capítulo dos direitos*. É preciso impedir que a ação governamental fira os direitos do indivíduo no que respeita a sua vida, sua pessoa ou suas propriedades. Liberdade de palavra, liberdade de reunião e liberdade de culto devem ser, também, preservadas e vários outros modos de interferência na liberdade individual devem ser proibidos. Para garantir essas restrições, considera-se indispensável dar ao indivíduo o necessário recurso, particularmente contra a ação das autoridades legislativas e executivas, e colocar a defesa dos direitos individuais nas mãos do judiciário.

PRINCÍPIOS QUE REGEM AS CONSTITUIÇÕES ESCRITAS AMERICANAS

A teoria americana de uma constituição escrita tem por base três princípios fundamentais: primeiro, que uma constituição escrita é uma lei básica e soberana e, conseqüentemente, superior às leis ordinárias; segundo, que os poderes do legislativo são limitados, a constituição escrita tem o caráter de uma outorga a êsse legislativo a quem delega poderes e cujas limitações define; terceiro, que os juizes são os guardiães especiais dos dispositivos das constituições escritas que têm o valor de instruções compulsórias aos juizes que devem sustentar êsses dispositivos e recusar executar qualquer ato do legislativo que com êles colidam. Além disso, os fundamentos de tôdas as constituições escritas dos Estados da União Americana é a teoria dos direitos naturais. (6)

É questão de conhecimento geral que a lei natural e os direitos naturais eram uma das idéias dominantes dos líderes da Revolução Americana e, também, dos elaboradores das nossas primeiras constituições. James Otis, Samuel Adams, John Adams, Thomas Paine, Patrick Henry, Thomas Jefferson e outros concordaram em generalizar a noção popular de direito. De acôrdo com a Declaração da Independência, os homens são investidos de certos direitos inalienáveis; entre êstes estão o da vida, liberdade e busca da própria felicidade. Muitos dos patriotas revolucionários acreditavam,

como Dickinson, que as liberdades não resultam das constituições; estas são, apenas, definições de direitos preexistentes. Êles estão baseados, segundo John Adams, "na própria natureza humana, enraizados na constituição do mundo intelectual." Mais significante de tudo é o fato de que as constituições, federal e estaduais, foram elaboradas quando a filosofia dos direitos naturais estava particularmente em voga. Nas declarações de direitos, em frases sôltas nos textos constitucionais e na opinião geral relativamente à natureza das constituições, é que se encontram as evidências dos direitos naturais, por exemplo, conforme são expressos na constituição de New Hampshire que declara que "todos os homens têm certos direitos naturais, essenciais e inerentes entre os quais está o de gozar e defender a vida e a liberdade, de adquirir, possuir e proteger a propriedade e, numa palavra, de buscar e obter a felicidade." Era geral a idéia de que os governos foram instituídos, principalmente, para tornar mais seguros êsses direitos preexistentes (7) e que era essencial formulá-los numa lei fundamental.

O conceito americano de constituição escrita implica numa definição de poderes do legislativo, do executivo e do judiciário, com limitações expressas, particularmente, do legislativo e do executivo. Exige, além disso, uma formulação específica dos direitos do indivíduo contra o govêrno ou uma declaração de direitos e exige também que se tomem as necessárias medidas para que os limites fixados pela constituição não sejam ultrapassados.

Anos depois de ser adotada a primeira constituição escrita, ainda não se sabia se a sua preservação devia ficar a cargo do legislativo, com o direito de apêlo extremo ao eleitorado, ou a um órgão especialmente constituído, tal como um conselho de censores ou os tribunais de justiça. A tendência do pensamento político do tempo, auxiliada pela liderança vigorosa de homens de inclinações conservadoras, como James Wilson e Alexander Hamilton, fêz com que se atribuísse às côrtes o dever de guardiães da lei fundamental escrita. A garantia de um govêrno da lei e não de homens devia ser confiada a juizes colocados em posições relativamente estáveis e livres do contrôle do eleitorado — exceto em certos casos, como no da reforma da lei básica. Havia, pensava-se, princípios imutáveis incorporados ao direito público que de modo algum estavam sujeitos a modificações, devendo os guardiães da lei ocupar posições na torre de vigia a fim de darem o grito de alerta e opor-se às violações dêsses princípios.

A revisão dos atos legislativos pelas côrtes (a fim de verificar sua conformidade com os preceitos das constituições escritas, como meio de preservar a lei básica e de garantir que êsses princípios imutáveis não sejam violados), foi vagarosamente adotada e com várias modalidades de sucesso pelas

"A Política" de Aristóteles, III, XVI, 4, 5. John Marshall, proferindo sua sentença no caso de Marbury contra Madison, disse: "O govêrno dos Estados Unidos foi enfaticamente denominado de govêrno de leis e não de homens" (1803) "Todo o nosso sistema jurídico se baseia no princípio geral de igualdade da aplicação da lei. Todos os indivíduos são iguais perante a lei"; "Êste é um govêrno de leis e não de homens"; "Nenhum homem está acima da lei"... "Estas são máximas que revelam o espírito de nossos legisladores, executivos e juizes, espírito êste que, segundo se espera, deve assistir a elaboração, execução e aplicação das leis". Ministro do Supremo, Taft, pronunciando-se no caso de Truax contra Corrigan (1921). Vide também a opinião do Ministro Matthews no caso Yich Ho-Hopkins. (1885)

(5) *Constitutional Government in the United States*, de Woodrow Wilson (Columbia University Press, 1908).

(6) *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, de C.G. Haines (University of California Press, 1932).

(7) *The Law of Nature in State and Federal Judicial Decisions* (Yale Law Journal, junho de 1917, Vol. XXV, pág. 617).

côrtes estaduais e federais. Mas nos meados do século dezenove passou a ser vista essa revisão como pedra angular da estrutura política federal e como um requisito essencial, nos Estados. Houve pouca discussão pública a respeito das questões em jôgo no tempo em que a prática se transformou numa parte integral do sistema governamental. Só em alguns casos verificou-se tenaz resistência, nos Estados, à confirmação dessa autoridade pelas côrtes. Muito embora o sistema judiciário federal estivesse freqüentemente sujeito a críticas, sofrendo grande oposição determinadas decisões, só um século mais tarde é que os argumentos em prol da adoção da medida de revisão dos atos do legislativo pelo judiciário foram seriamente atacados de modo a se transformarem num caso político nacional. Mereceu pouca consideração o excelente estu-

do dos argumentos de defesa da medida, de autoria do juiz Gibson, que foi, mais tarde, Presidente da Suprema Côrte de Pennsylvania.

Os princípios gerais da teoria americana de constituição escrita, com a justificativa do direito de revisão dos atos do legislativo pelo judiciário, formulados pela primeira vez em julgamentos de casos no tempo colonial e, posteriormente, em sentenças de tribunais federais e estaduais, são perfeitamente definidos nas palavras de John Marshall; devido a sua significação no sistema de govêrno americano e porque serviu de modelo para as interpretações posteriores das constituições, merece ser citada por extenso a definição de Marshall.

(*Continua*)