

SOBRE CONSTITUIÇÕES (1974*)

Friedrich Müller**

RESUMO

Este artigo apresenta a constituição como meio dialético de controle social, apto a disciplinar os limites de legitimidade dentro do qual devem ocorrer os conflitos entre estado e grupos de pressão. Essa tensão dialética fundamental entre liberdade e coerção, uma vez desaparecida, terminaria por minar a força normativa de uma constituição.

PALAVRAS-CHAVE

Liberdade. Coerção. Constituição. Controle Social.

I

Uma Constituição não é “organização da liberdade”. É o que afirma a ideologia¹ do tipo de Estado, do qual faz parte a República Federal da Alemanha. Na visão de Hegel, um Estado constituído deve ser a organização do *conceito* de liberdade, portanto, a síntese entre liberdade e coerção. Este conceito organiza *aquela* situação, em que é insatisfatório para o conhecimento absoluto, equivocadamente para a consciência correta e – perante a ação dos que empregam a força – proibido para a conduta digna exigida, o fato de ainda se indagar sobre liberdade e não-liberdade como meras antíteses, como evidentes contradições. Ainda mais proibido, é pô-las em prática, perante o Estado, como posições antagônicas.

* Texto original do ano de 1974; © Friedrich Müller; primeira versão para o português do Brasil: Tito Lívio Cruz Romão.

** Friedrich Müller nasceu em 1938. Estudou Direito e Filosofia em Erlangen-Nurembergue e Friburgo-em-Brigau (Alemanha). Em 1964, doutorou-se em Direito pela Universidade de Friburgo-em-Brigau e, em 1968, obteve o título de livre-docente e a licença para assumir cátedras nas áreas de Direito do Estado, Direito Administrativo, Direito Eclesiástico, Filosofia do Direito e do Estado, bem como Teoria do Direito. De 1968 a 1971, lecionou na Universidade de Friburgo-em-Brigau. Em 1971, assumiu uma cátedra na Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, onde coordenou o Núcleo de Direito Público de 1973 a 1975. A partir de 1975, e novamente a partir de 1979, foi diretor daquela Faculdade de Direito. Desde 1989, vem-se destacando nas áreas de pesquisa e de publicações científicas. Também tem atuado como professor-visitante e pesquisador em diversas universidades estrangeiras, sobretudo na África do Sul e no Brasil. Além de sua carreira jurídica, Friedrich Müller também se destaca como literato (poesia e prosa), tradutor e cineasta.

II

Em uma Constituição e no Estado desta, coerção e liberdade não são fatores da mesma ordem; enquanto tais, também não são o produto de uma síntese. Enquanto processo legítimo e organizado, enquanto instrumento de poder do aparelho estatal, uma Constituição fundamenta o potencial de coerção do Estado.

Liberdade como antítese *equivalente* é uma quimera. A ideologia liberal, desde o Iluminismo, vai ainda um pouco mais à frente, ao formular como tese a liberdade dos indivíduos. Para haver uma coexistência harmoniosa dos potenciais de liberdade de tantos indivíduos, faz-se mister contrapor-lhes – Kant não era o único a pensar assim – coerção organizada como contrapeso necessário, como antítese benéfica. Esta tranquilização preventiva mescla regra e exceção. Ela parte do pequeno-burguês prazerosamente acomodado, que cuida de seu jardinzinho e não enfrenta nenhum embate com as autoridades. Como se mirasse, na verdade, o todo, a tranquilidade aponta para as lacunas da totalidade: as fendas existentes no sistema do poder. Nesse sentido, os chamados espaços livres no Direito não são, de jeito nenhum, espaços livres de Direito. Por meio de Direito estatal, são consentidos como áreas relativamente livres – pelo menos atualmente – de poder estatal, sob a ressalva de um “abuso” da liberdade e com outras restrições, cujo monopólio de definições, em todo o caso, cabe ao aparelho do Estado.

III

Como isso pode acontecer? O que leva um potentado monárquico a fazê-lo ou os grupos sociais hegemônicos (*constituent groups*) a deixar “livres” alguns espaços de sua vasta força?

Direito Constitucional é Direito. O Direito é a meretriz das relações de poder (assim como as meretrizes fazem parte de suas vítimas humanas). As respectivas normas expressam as respectivas possibilidades de dominação, suas formas diretas e indiretas, formalizadas e informais: de dominação em qualquer esfera, tanto econômica quanto social, política ou pessoal. Para conseguir perdurar ao longo do tempo, a dominação também traz como elementos o acordo e o recuo, o pacto e a cooperação; aderem à dominação com a mesma obstinação que o diabo ao bom Deus.

Quando o Direito concede aos fracos uma proteção um pouco mais além, estes não eram, na verdade, totalmente fracos. Ali, obrigaram os fortes a fazê-lo, para estes poderem continuar seu *direito do mais forte*² sem incômodos por demais inconvenientes. Onde a força é limitada, de tal forma, pelo Direito, onde a situação dos explorados é mitigada um pouco através de dispositivos legais, ali não atua uma força de compensação justa inerente ao

Direito. Ali se torna evidente, mais uma vez, a aplicabilidade irrestrita do Direito, até mesmo a serviço dos (não demasiadamente fracos) mais fracos.

Remontando a suas formas preliminares à época dos antigos estamentos, como a Magna Carta de 1.215, bem como a suas estranhas garantias de liberdade e igualdade religiosas vigentes no antigo Império Alemão (como na Pax Augustana ou na Paz de Vestfália), e estendendo-se até as Declarações Norte-Americanas a partir de 1.776 e até a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Assembléia Nacional Francesa em 26 de agosto de 1.789, a história dos direitos humanos e fundamentais é uma história de legitimações efetuadas a contragosto, de restrições e reincidências, de atos desonestos e tramóias. É um exemplo comum do caráter involuntário, com o qual são abertos espaços livres por aparelhos estatais de tipo diverso: não como mimos oferecidos por bondade ou reconhecimento, mas como prestações reparatórias após derrotas em batalhas. O direito cabível, em um certo sentido, a algumas minorias confessionais no início da liberdade religiosa promovida pela Reforma, que lhes permitia optar pelo exílio (*ius emigrationis*), era executado com cinismo pelas forças estatais como aquilo que era e é, em conformidade com a matéria, a transferência de pequenas porções de liberdade para a esfera decisória privada, a despeito de quaisquer explicações liberais.

Os direitos de participação, impostos paulatinamente contra a Monarquia pelos parlamentos estamentais e, mais tarde, pelos parlamentos constitucionais, são outra fonte de exemplos, primeiramente apenas no tocante ao orçamento; ou as medidas visando à proteção de minorias dentro e fora dos parlamentos; ou as possibilidades de tutela judicial contra atos soberanos, as quais, do ponto de vista histórico, só vieram a ser amealhadas tardiamente. A conquista de todos estes espaços relativamente livres de força estatal exigiu lutas e mais lutas, sem quaisquer garantias contra reincidências e retomadas.

É desnecessário acrescentar que aí não houve mudanças. O dia 26 de agosto de 1789 é um ponto final apenas da pré-história e não de uma história da ameaça aos direitos do homem e do cidadão. Também sob a vigência da Lei Fundamental^{***}, os direitos fundamentais não são, para representantes e atores da força estatal, sobretudo do Executivo, liberdades de participação na vida da Constituição compreendidas positivamente e exercíveis por seus titulares sob a própria responsabilidade destes. São itens residuais, pontos inexplorados, concedidos às margens da força soberana do Estado (pois agora já estão registrados como texto na carta constitucional).

Uma prática jurídica dominante caracteriza a condição sócio-política em que esta se pode manter dominante e é utilizada. Do ponto de vista prático, os direitos fundamentais são definidos subtraindo-se aquilo a que o cidadão relegado ao grau de “bourgeois” não tem direito. A qualidade real de validade das garantias e sua capacidade normativa de motivar e de impor uma prática humana na sociedade dependem da metodologia, da dogmática e da política jurídica dos direitos fundamentais. Estas, por seu turno, apóiam-se nas *garantias sociais* do

sistema, nas quais toda postura, inclusive aquela favorável aos direitos fundamentais, encontra seu limite: nos centros de poder publicamente constituídos e naqueles preferivelmente dissimulados, no nível de dependência direta do povo perante o Poder Público, no grau de insensibilidade do Estado oligárquico de partidos e corporações, na manipulação da opinião pública pela opinião publicada, na notória desigualdade perante a Lei e a Justiça, através da qual, com muita freqüência, uma classe decide a sorte da outra. Ademais, também se apóiam no desequilíbrio sócio-econômico existente nos âmbitos materiais e nos âmbitos da norma dos próprios direitos fundamentais, muitas vezes transformando em ilusão ou relegando ao plano ideológico uma igualdade de chance de os titulares formais dos direitos exercerem efetivamente suas garantias constitucionais. O cúmulo da vergonha é o tratamento desigual dispensado pela força estatal a titulares, formalmente iguais, de direitos fundamentais em setores bem protegidos, expostos à iluminação indiscreta apenas em situações excepcionais, como é o caso do Direito Tributário, da perseguição penal ou das áreas da administração interna propensas à corrupção. A formalização e o esvaziamento do princípio geral de igualdade perante a lei (Artigo 3º, inciso 1, da Lei Fundamental), relegando-o ao nível de uma proibição de arbitrariedades difusa, sem muita força normativa, é um sintoma sintetizador.

Afinal de contas, ao se indagar sobre como é possível garantir direitos contrários parciais contrariando a força do Estado, faz-se necessário retrucar com a contrapergunta para a qual a prática constitucional sempre convergiu: *a quem* deverão ser concedidos estes direitos, *quem* deverá poder beneficiar-se com eles? As situações de liberdade e as chances de participação à época dos antigos estamentos beneficiavam a eles próprios, e não ao povo. Mais tarde, a função do Estado Constitucional moderno consistiu em oferecer a clareza técnica e o profissionalismo de que carecia a sociedade burguesa centrada no dinheiro e nas transações comerciais. À medida que o aparelho estatal absolutista ia sendo eliminado, registrava-se um efeito de liberação política, mas que somente ocorria com *garantias sociais* em benefício da burguesia, ou seja, da classe *certa*, já que ela lutara para alcançar este objetivo. A expansão dos direitos fundamentais e humanos, ocorrida nas fases seguintes, também entre aquelas camadas da população para as quais não haviam sido concebidos, faz parte de uma dialética do Estado constitucional, a qual não questiona o valor da observação aqui anotada.

Uma codificação de leis é o registro de uma luta de interesses, uma Constituição, o congelamento de uma guerra civil. Garantias de liberdade e de participação puderam e podem ser escalonadas formalmente no texto constitucional e distribuídas de acordo com critérios seletivos (tais como raça, confissão, receita fiscal). Ou são asseguradas formalmente com equidade, embora também com a expectativa tranqüilizadora de se inserirem no contexto de uma forte desigualdade social com valores muito diferenciados: para alguns, muitas vantagens, para os outros, pouco significado prático. Desta forma, nos textos de John Locke, em relação à sociedade de sua época (e da época posterior), os direitos de liberdade, que foram desenvolvidos, não por acaso, com base na

propriedade, referem-se ao proprietário, ao comprador da força de trabalho alheia, desprovido de preocupações e provido de influência econômica e política – e não às massas de vítimas condenadas à miséria, expulsas de suas terras pelos aristocratas cúmplices da burguesia proprietária. Com tantas vantagens para a aparência da legitimidade do novo sistema constitucional, com tão fortes garantias visando à sua permanência a serviço dos poucos, os grupos dominantes, durante muito tempo, pareceram não achar muito arriscado proclamar instituições liberais e liberdades individuais em prol de suas prerrogativas pós-feudais.

IV

Uma Constituição é organização da força. Como logra constituir a força? Os *âmbitos* da norma de suas regras concernem a segmentos essenciais da sociedade. E os *textos* normativos de suas disposições legais, manifestando-se expressamente ou deixando de fazê-lo, descrevem, mediante uma tematização consciente ou uma eloqüência tácita, a demarcação de uma trégua, o esboço de uma linha demarcatória. Esta linha compõe-se do material mais frágil imaginável: a língua. Na carta constitucional, através de grupos textuais com teor juramentatório e legitimador, organizador, discricionário e ordenador, ela põe para funcionar aquele imenso mecanismo composto de textos com teor imperativo e justificatório, a que se costuma chamar ordem jurídica. Examinando-se mais a fundo, este aparato sempre já *está* em funcionamento. E uma nova Constituição apenas pode tentar exercer influência em sua marcha rangente.

Constituições normalmente são documentos magnânimos. Frente ao peso da realidade, pouco conseguem mudar da situação histórica. Se os textos constitucionais normativos darão origem a uma legislação constitucional, trata-se de uma questão que depende da densidade específica do grau de constitucionalização real da respectiva sociedade.

O Direito é um *meio* de dominação. Por ter uma forma específica, também é, ao mesmo tempo, instrumento de uma *limitação* (formal) dos objetivos e dos processos de dominação. Enquanto surgir, temática e proceduralmente, como *direito*, ou seja, nas formas especiais do direito, e enquanto tiver sido obrigada politicamente a surgir, esta limitação também já se encontra submetida a condições, transgressões e controles específicos (direito escrito, codificação sistemática, regras antigas e recentes, papel do direito processual em relação ao direito material, revisão político-constitucional de normas vigentes, maior imutabilidade de cartas constitucionais, a experiência de intermináveis diferenças quanto ao significado e à interpretação de textos normativos).

A formalização do direito acontece *por meio da* língua. Desta forma, ela expõe a dominação a um grau de comunicação mais intenso; abre-a na direção dos falantes, da necessidade de justificação lingüística e da oportunidade de uma crítica (lingüística) a esta justificação.

Na condição real da sociedade, podem surgir contradições que de quando em vez remontam, como finas fissuras capilares, ao efeito de textos constitucionais que liberam um maior espaço à chance de uma Constituição com validade *transformadora*. Não obstante, frente à manipulação de contradições, as Constituições também entendem como se automanipular. Mas isso está escrito em uma outra folha, não na carta constitucional.

V

Até os limites de sua linha de demarcação lingüística, considera-se legítima a prática aberta da força *do Estado*, e mais ainda a força sempre atuante no subterrâneo estável, a força existente e em atividade nas instituições. Ou seja, desta maneira, ela se mostra bem-sucedida. Só surge como injusta, quando a Constituição, como um todo, deixa de vigor; ou, em outros casos, respeitada a vigência da Constituição, apenas para além de determinados pontos da linha (p.ex.: “abuso de poder”, “uso indevido de competências”, “golpe de Estado”, “direito de resistência”).

Para o aparelho estatal e *contra* os grupos sociais contrapostos a ele ou entre si, o limite formulado por textos normativos é a linha demarcatória para a *legitimidade* da força. Esta tanto pode permanecer latente quanto pode tornar-se atual. Em qualquer um dos casos, o aparelho estatal é sujeito; grupos sociais e indivíduos, por sua vez, tanto são objetos subordinados à prática da força estatal quanto destinatários, supostamente pertencentes a uma mesma ordem, da prática de força social.

A Constituição distribui legitimidade *em dupla direção*. Excetuando-se o direito de resistência, que dificilmente pode ser constituído com retidão, não se reconhece força social contra o aparelho estatal. Em outras áreas, como p.ex. Economia, Trabalho, Educação, Medicina etc., a força é considerada justa em uma dimensão desmesurada; ou então não é abordada pela Constituição e, enquanto os indivíduos afetados pelo problema não forcem outra situação, também não o será pelo Legislativo, permanecendo em seu *status quo*. Deste modo, mediante uma Constituição burguesa, situações de força existentes na sociedade ou são confirmadas abertamente ou consolidadas através do silêncio em torno de si ou sofrem restrições devido a uma forte contrapressão. A força dos proprietários privados, dos patrões frente aos assalariados, dos adultos frente às crianças, da chefia hospitalar frente a pacientes internos, bem como outros campos de poder social são uma rica fonte de exemplos. Já um outro tipo de força, como a exercida por grupos empresariais, igrejas, bancos e associações, enquanto não onerar o sistema, pode sofrer restrições à margem, vendose, porém, em outras situações, confirmada. Não apenas o texto de uma Constituição, mas também seu silêncio revela-se através do detalhe.

O que se pode dizer sobre o tipo e o grau de funcionamento de uma Constituição, quando passa a ser usada cada vez mais como arma política e quando, no

final, só restam para os grupos antagônicos (excetuando-se um deles a cada vez) “inimigos da Constituição”? Isso não acontecia apenas por volta de finais da República de Weimar; também é a tendência dominante após um quarto de século da Lei Fundamental de Bonn. Quando os conceitos de uma Constituição ou seus floreios retóricos transformam-se em conceitos de luta, quando uma Constituição começa a ser vista, por todas as partes, sobretudo como instrumento punitivo, pode-se então afirmar que sua força de validade enfrenta um naufrágio.

Nesse sentido, *viger* baseia-se em reconhecer: reconhecer toda a Constituição, e não o seu caráter instrumentalizável através da jurisprudência situacional dos *lobbies*. Validade funda-se na observância de regras, que deve ser garantida pelos próprios responsáveis das tomadas de decisões e, por este motivo, também pelos indivíduos afetados pelas decisões. Se os primeiros – e são principalmente eles que contam com esta opção – utilizam a Constituição não mais como norma *equanimemente* sustentadora da paz jurídica, preferindo empregá-la, desta ou daquela maneira, de acordo com o caso, como um arsenal manipulável de fórmulas combativas e defensivas, então, neste caso, a obrigatoriedade constitucional já foi traída. A longo prazo, isso jamais passará despercebido aos indivíduos afetados por tais atos. Da mesma forma, se uma ordem de força fundamentalmente legítima tornar-se uma mera ordem de força, a norma reconhecidamente vigente no caso normal acabará transformando-se em uma norma ainda sujeita apenas à obrigação.

¹ Acompanhei-a com esta expressão, defendendo a forma liberal contra uma forma autoritária do Estado Constitucional burguês, ainda na crítica feita ao trabalho de H. Krüger “Allgemeine Staatslehre”, in: *Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte* 1967, p. 541. [Obs.: também publicado em: *Rechtsstaatliche Form – Demokratische Politik*, 1977, p. 221, 223.].

² “Ora, que direito é este que perece quando cessa a força? (...) Vê-se, portanto, que a palavra *direito* nada acrescenta à força; aqui não significa absolutamente nada”; ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução brasileira: Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. Curitiba: Editora Hemus, s.d., p. 20.

*** **Nota do tradutor:** Trata-se da Constituição da República Federal da Alemanha a partir do final da Segunda Guerra Mundial.

ABSTRACT

The article presents the constitution as a dialectic instrument of social control, Able to rule on the limits of legitimacy in which the conflicts between the state and pressure groups might take place. Such fundamental dialectic unrest between freedom and coercion, once vanished, would undermine the normative force of a constitution.

KEYWORDS

Freedom. Coercion. Constitution. Social Control.