

# REQUISITOS FORMAIS E REQUISITOS SUBSTANCIAIS DAS CONSTITUIÇÕES\*

## REQUISITI FORMALI E REQUISITI SOSTANZIALI DELLE COSTITUZIONI

FULVIO FENUCCI\*\*

*Recebido para publicação em julho de 2005*

**Resumo:** A análise da perspectiva constitucional da lei não pode ser estudada sem uma cuidadosa consideração do conceito de Constituição, o qual não reúne apenas o objeto, mas também os princípios constitucionais. Primeiramente, a Constituição é analisada como uma especial fonte do direito, a essência. Esta é a lei fundamental, cujas provisões resultam em efeitos imediatos sem intermediários legislativos. Ademais, estudos são necessários para definir a Constituição como Lei. Tendo realizado a distinção entre a lei formal e a essencial, os principais requisitos da lei enfatizados são o vigor do típico significado da efetividade da lei e o “valor” que representa a totalidade do regime da fonte legislativa. Até mesmo para a Constituição, cuja lei, no sentido técnico, os requisitos formais, para uma Constituição inflexível são a força e o valor da lei constitucional, prevalecendo acima dos requisitos essenciais. Entretanto, se o núcleo rígido da Constituição é, como se costuma dizer, o destaque dos ideais fundamentais e dos princípios supremos inexpugnáveis mesmo pela comunidade da lei. Estes requisitos essenciais fazem a função histórica e filosófica da Constituição e o conseqüente reflexo cultural, social e cultural-religioso da população. Sua importância é apreciada caso se considere o nascimento da Constituição e as diferentes fases pelas quais passou desde que foi elaborada. Emblematicamente, as palavras são ditas por um eminente constituinte, Piero Calamandrei, na assembléia constituinte, em 4 de março de 1947, como testemunha da tensão moral que acompanhou o nascimento da nova Constituição republicana. A força inovadora dos princípios fundamentais foi inicialmente contrastada por uma interpretação conservadora que a considerava como normas programáticas. O agradecimento ao Tribunal Constitucional pela lógica interpretativa tem sido subvertido, de um lado conferindo aos princípios e valores supremos completa efetividade e de outro lado confirmando sua natureza de parâmetros de legitimidade constitucional da lei e de similares.

**Palavras-chave:** Essência da Constituição.

**Abstract:** The analysis of the constitutional perspective of law cannot be studied without careful consideration of the concept of constitution, which makes up not only the object but also the content of constitutional law. Firstly, the constitution is analyzed as a special source of law, the main one. It is the fundamental law, whose provisions result in immediate effects without legislative intermediaries. Further studies are necessary to define constitution as “law”. Having made the distinction between formal and substantial law, the essential requirements of the law emphasized today are the “strength” meaning typical effectiveness of law and the “value” that is to say the whole regime of legislative source. Even for the constitution, which is law in the technical sense, the formal requirements, that for an inflexible constitution are the strength and value of constitutional law, prevail over the substantial ones. However, if the normative content isn’t an essential requirement of the constitution, that which is defined the hard nucleus of the constitution is, that is to say the set of fundamental ideals and supreme values impregnable even by community law. These substantial requirements make up the historical and philosophical content of constitutions and consequently reflect the cultural, social and religious culture of a population. Their importance is appreciated if one considers the birth of constitutions and the different phases through which they are formed. Emblematic are the words spoken by an eminent constituent, Piero Calamandrei at the constituent assembly on the 4<sup>th</sup> March 1947 which bear witness to the moral tension that accompanied the birth of the new republican Constitution. The innovative force of fundamental values was initially contrasted by a conservative interpretation, which considered them as a programmatic norms. Thanks to the Constitutional Court this interpretative logic has been subverted, on one hand conferring to the principles and supreme values complete effectiveness and effective protection and on the other affirming their nature of parameters of constitutional legitimacy of law and similar acts.

**Key words:** Constitutional Essence.

\* Texto traduzido por Juliana Salvetti

\*\* Professor de Direito Constitucional da Universidade de Salerno, Itália.

1. Em primeiro lugar tentarei não ultrapassar os limites do tema escolhido, para o sexto número da Revista brasileira de Direito Constitucional, ou seja, a teoria constitucional do direito.

O direito constitucional pertence ao setor do ordenamento jurídico que adquire uma importância crescente no mundo moderno e, ao mesmo tempo, um conjunto de princípios que orientam todas as outras ramificações, de modo que, segundo alguns – eis uma primeira definição – seria um direito por princípios. Outros preferem sublinhar que característica do direito constitucional é a tentativa de impor uma regra à política: isso, de qualquer modo, seria uma utopia ou um desafio, considerando a facilidade com que o poder político se desvincula do direito. O direito constitucional, logo, como teoria jurídica da política. Mas, se bem que ela possa ser subestimada pela sua aparente banalidade, característica apropriada e não controvertida, deu-se pelo fato que o direito constitucional constituiu aquele setor do ordenamento jurídico que tem como objeto a Constituição nos seus múltiplos significados, formal (texto escrito), material (disposição transmitida ao Estado pelas forças políticas dominantes), substancial (o conjunto da Constituição e de todos os outros textos normativos que disciplinam matérias constitucionais), vivente (a jurisprudência constitucional).

Além do mais, a Constituição é também conteúdo do direito constitucional. De fato, como matéria de estudo e de ensino, tem por objeto a Constituição, enquanto essa última, como parte do ordenamento jurídico, identifica-se com o direito constitucional.

Então, a análise do conceito de ordenamento constitucional como manifestação típica do direito não pode deixar de lado um aprofundamento do conceito de Constituição. Os dois termos são especulares, o primeiro constitui uma projeção da outra.

2. Essa premissa é necessária para entender porque, para examinar a perspectiva constitucional do Direito, devemos nos dedicar à Constituição.

Podemos iniciar partindo de uma outra consideração aparentemente banal: a Constituição é uma fonte do direito, uma especial fonte do direito, a principal, não é (ou não é somente) o documento político de um Estado, a sua carta de identidade; e é estranho que o esqueçam as Disposições sobre a lei em geral, as quais precedentes ao código civil italiano, segundo o qual (art. 1) são fontes do direito as leis, os regulamentos e os usos, a menos que não se queira pensar que o legislador de 1942, quando estava ainda em vigor, na Itália, a Constituição monárquica, de tipo flexível, tenha calculado não mencioná-la expressamente, como fonte especial do direito, porque nada mais seria que uma lei comum. A dúvida parece reforçada pelo art. 3, 1º par., das mesmas Disposições preliminares ao código civil italiano, segundo o qual o poder regularmente do Governo é disciplinado por “leis de caráter constitucional”. Dessa maneira a diferença entre Constituição e lei, reduzida a uma diferença de conteúdo (matéria constitucional) aparece depreciada. A Constituição não seria uma lei especial, a lei fundamental, mas uma lei comum.

Tal interpretação não parece confirmada pela sucessiva Constituição republicana, além do mais do tipo rígido, cujo art. 54, 1º par., institui uma clara contraposição entre a Constituição e lei, que, todavia, não pode ser superestimada a ponto de chegar à conclusão que a Constituição não é uma lei. A constituição é uma lei, mas uma lei especial, a lei fundamental, como se expressa o 4º par., da 18ª disposição transitória da Constituição italiana vigente. Por isso, a Constituição é uma fonte do direito em senso restrito, não é um preâmbulo histórico-político ou histórico-filosófico do ordenamento jurídico. Não o é nem ao

menos no conjunto de princípios, definidos fundamentais, com os quais a Constituição italiana se inicia, mesmo se tais princípios protegem a hereditariedade liberal-democrática do pensamento político europeu dos últimos séculos. Tais princípios são parte integrante da Constituição, normas jurídicas no sentido técnico e não devem ser confundidos com aqueles princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado que, por força do art. 12, 2º par., das Disposições preliminares ao código civil italiano, constituem critérios interpretativos das leis, não são normas codificadas e são deduzidos em fase de abstração do ordenamento jurídico. Ao contrário, os princípios fundamentais da Constituição são normas codificadas, mesmo se de um tipo especial, porque, usando a linguagem da Corte Constitucional italiana, eles constituem os valores supremos sobre os quais se sustenta o ordenamento republicano. Em certos aspectos, eles também compõem alguns critérios de interpretação das leis, porque, na dúvida, é necessário escolher o significado em conformidade à Constituição e aos seus princípios.

3. Seja como for, firma-se o ponto que a Constituição é uma lei.

Na Itália, na linguagem coloquial, usa-se chamar de lei uma multiplicidade de fenômenos jurídicos, não só os atos do parlamento, mas também as sentenças do juiz, o próprio juiz e as corporações policiais, com base em uma aplicação inconsciente da teoria gradualística de Kelsen.

É evidente que não pode ser compartilhado esse amplo uso do termo, tanto mais que na evolução da teoria da lei registra-se uma tendência, cada vez maior, a limitar-lhe o significado.

Se não se utiliza a linguagem comum, mas aquela própria dos juristas (estudiosos e operadores do direito) e dos textos legislativos, reduz-se, mas não se limita total-

mente a ambigüidade do termo. Insistente, acima de tudo, é confusão antiga entre norma jurídica e lei, entre conteúdo e forma de lê, não obstante o grande esforço de elaboração teórica da doutrina publicística na segunda metade do século vinte.

No século dezenove, inversamente, era o ensino oposto que prevalecia, principalmente dos estudiosos alemães que, não dissipando o equívoco, havia chegado à primeira fragmentação do conceito de lei, contrapondo uma lei substancial a uma lei formal. Sabe-se que, enquanto a segunda refere-se a uma idéia de lei cuja principal característica é a forma, individuada no procedimento de formação, na autoridade competente (órgão legislativo), nos poderes exercitados (poderes legislativos), no ato produzido (lei ordinária, lei regional), a segunda prescinde de tudo isso e acentua o conteúdo normativo.

Chega-se assim a uma plena equivalência entre função normativa e função legislativa.

Com a noção de lei substancial, tornavam-se comuns todos os atos de conteúdo normativo, leis e regulamentos, conseqüentemente até o poder executivo, no exercício da autoridade regulamentar, podia ser definido, de qualquer modo, poder legislativo, derogando o princípio da divisão dos poderes.

Apreciada, principalmente, pelos estudiosos alemães do século dezenove, a distinção entre lei formal e substancial, não resistiu às pesadas críticas da doutrina sucessiva, segundo a qual a distinção pecava por excessiva abstração, ignorando que eram e são freqüentes os casos onde os ordenamentos positivos pressupõem atos formalmente legislativos sem conteúdo normativo.

Para a Constituição italiana citam-se freqüentemente os exemplos do art. 80, segundo o qual as Câmaras autorizam através da lei a ratificação dos tratados in-

ternacionais que são de natureza política; como também no art. 81, segundo o qual com a lei de aprovação do balanço não se podem estabelecer novos tributos e novas despesas. Nesses casos, como é conhecido, fala-se também de medida de lei. Por outro lado, não faltam, nos textos legislativos, exemplos opostos, que pressupõem a identificação da função legislativa com aquela normativa. Cita-se o exemplo do art. 11 das disposições preliminares ao código civil italiano, segundo o qual a lei prepara para o que pode acontecer e não tem efeito retroativo; do art. 14, das mesmas disposições preliminares, segundo o qual as leis penais e aquelas que são exceção “para regras gerais e para outras leis”, não se aplicam nesse artigo além dos casos e períodos considerados. Refere-se, pelo que concerne à vigente Constituição italiana, ao art. 101, 2º par., segundo o qual contra as sentenças e contra as medidas, sobre a liberdade pessoal, pronunciado pelos órgãos jurisdicionais ordinários e especiais, é sempre aceito recurso na Cassação “por violação de lei”. Pode-se derrogar a tal norma somente pelas sentenças dos tribunais militares, em tempo de guerra.

Fora essas oscilações dos textos legislativos e constitucionais, já é geral o consenso sobre o fato que o conteúdo normativo não é requisito essencial da lei, linearmente com a jurisprudência da Corte Constitucional, segundo a qual a função legislativa não tem limites de conteúdo, à medida que existe para excluir uma “reserva de administração” aos órgãos administrativos.

São essas as razões pelas quais dos manuais mais recentes de direito constitucional desapareceu totalmente a noção de lei substancial. Hoje se destaca com insistência que os requisitos essenciais da lei são a “força”, entendida como eficácia típica da lei, e o “valor”, ou seja, o regime total da fonte legislativa.

Em todo caso, tão forte é a sugestão da teoria da lei substancial que ainda nas últimas décadas do século passado qualquer influente estudioso introduzia a noção de “lei no sentido meramente formal”, referindo-se aos atos legislativos desprovidos de conteúdo normativo: conceito que tem um sentido uma vez que se pressupõe a idéia oposta de lei no sentido substancial.

Por outro lado, a mesma Corte constitucional italiana na decisão n. 66, de 1959, em oposição com outra sua jurisprudência, fala de “lei substancial”.

Parece agora que, apesar das oscilações da doutrina da jurisprudência e dos textos legislativos, uma primeira conclusão seja suficientemente incontestável: não existem leis substanciais como não existem leis meramente formais, existem somente leis, sem adjetivos. Elas são identificadas somente através dos requisitos formais da “força” e do “valor”.

4. Teve-se como recordar que as Constituições são leis no sentido técnico, mesmo se de tipo especial. Desejando-se utilizar a fórmula censurada, poderíamos acrescentar que elas não são leis puramente no sentido formal, ou seja, aprovadas com um particular procedimento legislativo e datadas da força de lei, mas desprovidas de real conteúdo normativo, pelo fato, como já foi também sustentado, as suas disposições, geralmente sob forma de princípios, seriam de tipo programático, não preceptivo, não seriam imediatamente operantes, tratando-se apenas de diretivas para o legislador. Elas, ao contrário, são verdadeiros textos normativos que distendem efeitos sem intermediações legislativas.

Contudo, já que são leis verdadeiras poderíamos ponderar, de acordo com as considerações feitas, que prevalecem para a identificação da sua natureza, os requisitos formais sobre os substanciais,

ou melhor, sejam considerados essenciais somente os primeiros.

Na realidade, se a Constituição é de tipo flexível e pode ser modificada até com a lei ordinária, os seus requisitos essenciais são a força e o valor de lei ordinária, ou seja, a eficácia e o regime geral dessa última. Se ela é de tipo rígido, a força e o valor de lei constitucional são os seus requisitos essenciais, de acordo com o art. 138 da Constituição italiana vigente, segundo o qual as leis de revisão constitucional são adotadas por cada Câmara, com duas sucessivas deliberações em um intervalo não inferior a três meses, e são aprovadas, pela maioria absoluta dos componentes de cada Câmara, na segunda votação.

Também para a Constituição, que lei no sentido técnico, o conteúdo normativo não é um requisito essencial. Ela, de modo geral, pode compreender disposições de caráter providencial, como, para a Constituição italiana, parece ser o art. 12, segundo o qual a bandeira da República é formada pelas três cores: verde, branco e vermelho, em três faixas verticais de idênticas dimensões; ou ainda mais visível, a décima segunda disposição transitória, segundo a qual é proibida a reorganização, sob qualquer forma, do dissolvido partido fascista; ou a décima terceira, segundo a qual os membros e os descendentes da Casa Sabóia não são eleitores e não podem ocupar cargos públicos, nem cargos eletivos. Aos ex-reis da Casa Sabóia, aos seus consortes e aos seus descendentes masculinos são proibidos a entrada e a estadia no território nacional. Os bens existentes no território nacional do ex-rei da Casa Sabóia, das suas consortes e dos seus descendentes masculinos estão atribuídos ao Estado. As transferências e as constituições de direitos reais sobre tais bens, ocorridos após o dia 2 de junho de 1946, são nulos. Recentemente, da décima terceira disposição transitória, foram eliminados o primeiro e

o segundo parágrafo. E jamais foi posto o problema da divergência entre tais disposições e os princípios fundamentais, como por exemplo, o princípio da igualdade.

\*\*\*

Se o conteúdo normativo não é requisito essencial, no entanto o é, em outros aspectos, o conteúdo. Referimo-nos ao núcleo rígido das Constituições, constituído pelo conjunto dos princípios fundamentais e pelos valores supremos, impenetráveis, segundo a Corte constitucional italiana, também ao direito da União européia.

A Corte considera valores supremos aqueles bens e aqueles interesses cuja tutela constitui o principal título de legitimação do ordenamento constitucional, como a liberdade pessoal, a liberdade de pensamento, o princípio democrático, o princípio de igualdade. Eles ainda são considerados limites implícitos à revisão da Constituição. Por essa razão as normas que os garantem não são modificáveis, nem ao menos com o procedimento previsto pelo art. 138. Aliás, segundo alguns, não só as Constituições rígidas, mas também aquelas flexíveis, consideradas geralmente modificáveis, em parte ou no todo, com leis ordinárias, não poderiam ser modificadas nos princípios fundamentais e nos valores supremos, tanto que, quando na Itália o ordenamento monárquico foi substituído pelo republicano, foi necessária uma nova Constituição precedida e legitimada por um referendun popular.

Não é concebível uma Constituição moderna desprovida de princípios fundamentais que lhe constituem o título de legitimação.

\*\*\*

As Constituições são um conjunto de normas que regulam a vida de certas instituições. Mas, assim definidas, elas não se distinguem de outros corpos de normas

que não podem ser consideradas Constituições. Pode-se dar o exemplo do estatuto, municipal, da província, regional, e até dos regulamentos dos condomínios particulares.

A característica, que distingue as Constituições desses complexos de normas, é dada pelo fato que elas, e somente elas, são Leis fundamentais de instituições soberanas, ou seja, de Estados, por isso, atualmente, na Europa duvida-se que, aquela que é chamada Constituição da União Européia, seja uma verdadeira Constituição, justamente porque a União Européia não é uma instituição soberana, apesar de que os Estados membros tenham cedido a ela parte da sua soberania, como o governo da moeda.

Isso implica também a necessidade, típica do constitucionalismo moderno que traz a sua origem do iluminismo, da revolução francesa, daquela norte-americana e da história constitucional inglesa dos últimos três séculos, de justificar, legitimar, fundar o Estado sobre alguns princípios e sobre certos valores da convivência civil, que, na área da civilização ocidental, coincidem geralmente com os princípios da democracia liberal na sua versão mais moderna do Estado social. Somente as Leis fundamentais dos Estados necessitam desse requisito.

Assim sendo, uma primeira conclusão provisória parece possível: pode-se afirmar que requisitos essenciais das Constituições não são somente aqueles formais (força e valor de lei ordinária ou de lei constitucional), mas também aqueles que poderiam ser definidos requisitos substanciais, atinentes ao conteúdo, não no significado em que seja requerido um conteúdo normativo, como pelas assim chamadas leis substanciais, mas no significado em que seja requerido um conteúdo qualificado por princípios fundamentais e por valores supremos.

5. Tais requisitos substanciais constituem o conteúdo histórico e filosófico das Constituições que, sob tal perfil, são também definidos textos jurídicos onde se cristalizam as tradições culturais, civis e religiosas de um povo.

As Constituições documentam os acontecimentos históricos. Oportunamente, na Itália é freqüente explicar a preferência dos Constituintes de 1946 por um Executivo frágil, e a desconfiança nas confrontações de cada projeto de reforma constitucional, que prevê o fortalecimento do Governo e do premier, com a preocupação de desvios autoritários que nasce da experiência da ditadura.

No que se refere às tradições religiosas, há o exemplo dos artigos 7 e 8 da vigente Constituição italiana e, nota-se que, enquanto o art. 8, segundo o qual todas as confissões religiosas são igualmente livres perante a lei, posiciona-se no âmbito do pluralismo religioso e reafirma o princípio de igualdade sob a perspectiva do Estado laico, o art. 7 que o precede, em clara dissonância com tais princípios fundamentais, confere à Igreja Católica uma condição especial, conferindo a ela soberania e independência, e pressupõe uma especial disciplina das suas relações. Como justificar esses contrastes se não com a história italiana e a presença do Papado na Itália? É, também, de inspiração católica o art. 29, segundo o qual a República reconhece os direitos da família como sociedade natural fundada no casamento.

A respeito do conteúdo filosófico, nota-se que as Constituições podem ser consideradas complexas estratificações culturais (logo pensamos nas vinte e uma Constituições francesas) que codificam as etapas fundamentais da história do pensamento político. Pensa-se na soberania popular, no princípio de igualdade substancial, enunciado no art. 3 da Constituição italiana, segundo o qual é dever da Repú-



blica remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando realmente a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores à organização política, econômica e social do País. É inegável que esse princípio provém do humanismo socialista e do humanismo cristão. Como negar que o art. 27, 3º par., segundo o qual as penas não podem resumir-se em tratamentos contrários ao sentido de humanidade e devem almejar à reeducação do condenado, inspiração do iluminismo Lombardo? Os exemplos seriam infinitos.

6. Desse ponto de vista, os princípios constitucionais podem ser variavelmente definidos. Como as ouvertures que introduzem algumas composições musicais, eles podem ser considerados uma espécie de ouvertures das Constituições, não só porque usualmente eles são colocados nos primeiros artigos, mas também porque, como as ouvertures musicais, anunciam os vários temas que depois serão desenvolvidos no texto. Para a Constituição italiana podem ser usados como exemplo os artigos 1, 2 e 3.

Diz-se até que os princípios fundamentais constituem o objeto próprio do c.d. pacto constitucional: uma metáfora para indicar o acordo dos Constituintes sobre o destino futuro de um povo; em suma, uma “visão do mundo”. Outros ainda comparam os princípios constitucionais a um juramento solene dos Constituintes (art. 13 da Constituição italiana: a liberdade é inviolável). Outros falam de aspirações dos povos codificadas em um texto constitucional. Pensa-se à primeira página da História da Europa, de Croce, onde se exalta a religião da liberdade. Outros ainda consideram os princípios constitucionais uma mensagem, uma espécie de testamento espiritual (de tradições, ideais e valores éticos)

cos) para as gerações futuras, relembrando que, uma vez que as constituições são destinadas aos povos, esses não são constituídos somente pelos cidadãos viventes, mas também pelas gerações futuras, segundo a famosa definição de povo que nos alcança da remota antiguidade, com as palavras que Tucídides, o grande histórico grego, faz pronunciar a Péricles no famoso discurso comemorativo pelos pericidos na guerra do Peloponeso, que ainda hoje é o elogio mais belo da democracia.

“Vivemos sob a forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos; ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar os outros. Seu nome, como tudo o que depende não de poucos, mas da maioria, é democracia”.

Péricles, *Oração fúnebre*, in Tucídides: *A Guerra do Peloponeso*, Livro II, 37.

\*\*\*

Notou-se também que, para melhor esclarecer a importância desse conteúdo histórico e filosófico, é necessário pensar no nascimento das Constituições e nas várias fases através das quais elas se formam. Seria uma etapa “dolorosa”, da luta política que reflete o drama da história que muda, por meio das guerras, violências e sofrimentos. Pensa-se às duas Constituições italianas, naquela monárquica de 1848 e, principalmente, naquela republicana de 1948. O cinema italiano descreveu, melhor do que os livros de história, aqueles acontecimentos. Para citar alguns títulos como *Tutti a casa*, com Alberto Sordi, *Roma città aperta* de Rossellini, *La ciociara*, o filme extraído do romance de Moravia e interpretado por Sofia Loren. Por essa razão fala-se do parto sangrento das Constituições: logo se pensa, obviamente, nas Constituições francesas do final do século dezoito.

Seria aqui, pois, uma etapa “vitoriosa”, do poder político dos vencedores que

arrasta aquele dos vencidos e elimina o “direito dependente”, a Constituição não legitimada. Assim na Itália no ano de 1946 foi abolida a monarquia, foram abolidos todos os títulos nobres. Enfim, aqui seria “a etapa do alto silêncio” o momento constituinte, “a autocriação do direito”, a etapa mais difícil. Eliminado o referente divino (pensando na Itália, durante o Preâmbulo da Constituição monárquica e à legitimação religiosa do poder político), os Constituintes são constrangidos a empreender uma viagem na solidão da sua consciência, à procura de novos valores fundamentais, os valores laicos da convivência civil, pelos quais se combateu, sofreu e venceu.

Nasce assim o constitucionalismo moderno.

Com a mesma prosa túrgida e sonora chega-se, afinal, à conclusão: na última fase o vencedor se submete à lei. Por sua vez “a vitória silencia”. Tal metáfora refere-se aqui ao poder político que na exaltação da vitória subjuga o direito. O vencedor pronuncia uma velha palavra que se tornou nova, “virginal”, a palavra Constituição. Refere-se aqui ao famoso fenômeno da assim chamada jurisdição da soberania, na fórmula, mencionada, também pela Constituição italiana vigente (art. 1), segundo a qual a soberania pertence ao povo, que “a exerce nas formas e nos limites da Constituição”. Através dos princípios fundamentais e os valores supremos, a nova Constituição legitima o novo poder político.

7. Para participar da Assembléia Constituinte italiana, eleita no ano de 1946, foi convidado um ilustre estudioso, docente de procedimento civil e reitor da Universidade de Florença: Piero Calamandrei. Em um memorável discurso, durante a reunião do dia 4 de março de 1947, ele testemunhou desse modo a tensão moral do nascimento das Constituições: “Eu me pergunto como as gerações futuras, daqui a cem anos, jul-

garão essa nossa Assembléia Constituinte: se a ouvirão alta e solene como nós ouvimos a Constituinte Romana, onde há um século participava e falava Giuseppe Mazzini. Eu creio que sim: creio que os nossos descendentes ouvirão, dentro de um século, mais do que nós, que dessa nossa Constituinte nasceu de fato uma nova história: e imaginarão, como sempre acontece, a história se transforma em lenda com o passar dos séculos, que nessa nossa assembléia, enquanto se discutia a nova Constituição republicana, sentados nessas bancadas não tenhamos sido nós, homens efêmeros cujos nomes serão apagados e esquecidos, mas tenha sido todo um povo de mortos, daqueles mortos, que nós conhecemos um a um, mortos nas nossas fileiras, nas prisões e nos patíbulos, nos montes e nas planícies, nas estepes russas e nas areias africanas, nos mares e nos desertos, de Matteotti a Rosselli, de Amendola a Gramsci, até os juvenzinhos partidários (partigiani)(...) Eles estão mortos sem retórica, sem grandes frases, com simplicidade, como se fosse um trabalho diário a cumprir: o grande trabalho necessário para devolver à Itália liberdade e dignidade. Desse trabalho eles guardaram para si a parte mais árdua e mais difícil: a de morrer (...) Para nós, restou uma obrigação cem vezes mais leve: aquela de traduzir em leis claras, estáveis e honestas o seu sonho: de uma sociedade mais justa e mais humana, de uma solidariedade entre todos os homens, aliados para debelar o sofrimento”.

Alguns anos depois, participei de uma convenção, em Milão, sobre as raízes culturais da Constituição e naquela ocasião tive a sorte de escutar um dos últimos ilustres constituintes, Dossetti. Provocou-me uma grande emoção, tal qual Calamandrei, a sua linguagem profética.

8. Nas primeiras Constituições modernas, os princípios fundamentais eram enunciados em uma espécie de Declaração



introdutória. Como é conhecido, o exemplo mais famoso é o da Declaração dos direitos do homem ou do cidadão do dia 26 de agosto de 1789, citada nos Prefácios das constituições francesas de 1946 e de 1958. Com a mesma intenção foi também utilizado o mesmo Prefácio sóbrio e breve na Constituição dos Estados Unidos da América, mas de forma ampla nas constituições francesas.

Na constituição italiana vigente o Preâmbulo não é mencionado. Todavia aparece uma parte introdutória, rubricada: “Princípios fundamentais”. A doutrina menos atual considerava que Declarações e Preâmbulos não fizessem parte da Constituição no sentido restrito, enquanto na Itália os primeiros comentadores, da Constituição republicana, chamavam os princípios fundamentais de normas programáticas, que eram contrapostas às normas preceptivas, no sentido que os princípios não teriam sido nada mais que diretivas para o legislador, que teria tomado as medidas oportunas para transformá-los em normas vinculativas. Indubitavelmente, tratava-se de uma interpretação conservadora, que rejeitava as maiores novidades da Constituição republicana. Com o tempo, principalmente sob o estímulo da jurisprudência constitucional, a doutrina mudou opinião. Atualmente ninguém mais lembra dessa distinção, onde se manifestava a tentativa de expelir da Constituição, entendida como fonte do direito, os princípios fundamentais, invalidando-lhe os aspectos revolucionários. O papel interpretado pela Corte constitucional em permitir novamente essa ameaça de narcotizar a Constituição foi decisivo, sobretudo no campo dos direitos fundamentais, que daqueles princípios são o natural desenvolvimento.

Aqueles que, por comodidade de exposição poderiam ser chamados de conservadores, acreditavam na idéia de que o conteúdo histórico e filosófico das Consti-

tuições traçado nos princípios constitucionais e nos valores supremos fosse desprovido de relevância jurídica. O legislador ordinário chamado para transformar os princípios em leis não seria forçado nem a tomar medidas nem em qual prazo tomar medidas.

A Corte constitucional aniquilou radicalmente essa lógica interpretativa, afirmando, por um lado, que os princípios constitucionais são normas jurídicas no sentido restrito e como tais são diretamente operantes e devem ser aplicados pelo juiz; e, por outro lado, que os mesmos princípios e valores supremos são parâmetros (critérios de juízo, termos de referência) da legitimidade constitucional das leis e dos atos equiparados. Não é um caso que um dos princípios mais freqüentemente invocados pela Corte como parâmetro de legitimidade constitucional é o princípio de igualdade, de ascendência iluminística e revolucionária, pedra angular do constitucionalismo moderno. A lei, mais que transformá-lo em norma, deve revigorar-se ao princípio constitucional. No caso de divergência, ela é declarada constitucionalmente ilegítima e desaparece do ordenamento.

Os méritos dessa jurisprudência constitucional, que transforma, aquilo que podia ser considerado pelos céticos o reino da utopia e do sonho, em uma realidade jurídica, atribuindo a princípios e a valores supremos uma plena eficácia e efetiva tutela, nunca serão enaltecidos devidamente, mesmo considerando o fato que com essa jurisprudência a Corte constitucional italiana efetua o metabolismo, assim expondo, do conteúdo histórico e filosófico da Constituição, transformando com a atribuição de efeitos jurídicos os seus requisitos substanciais em critérios formais de avaliação da legitimidade constitucional das leis.