

# O direito constitucional e o momento político

PAULO BONAVIDES

Professor da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Ceará. Presiden-  
te do IBDC — Instituto Brasileiro de  
Direito Constitucional

O direito não é ciência que se cultive com indiferença ao modelo de sociedade onde o homem vive e atua. Não é a forma social apenas o que importa, mas em primeiro lugar a forma política, pois esta configura as bases de organização sobre as quais se levantam as estruturas do poder.

Trata-se, ao mesmo passo, de estruturas e bases inarredavelmente tributárias de uma certa tábua de valores, que definem a ideologia, o direito e a concepção de justiça vigentes em cada período da História. Tomado o direito por esse ângulo de observação e análise, é de todo possível discernir com clareza os vínculos entre a ciência jurídica e a ciência política, nomeadamente entre o direito constitucional e a ciência que ARISTÓTELES fundou há mais de dois mil anos, cujo renascimento no século XX tanto há contribuído para uma compreensão melhor dos processos mediante os quais se rege a sociedade humana.

Em virtude precisamente de sua conexidade com a ciência política é que avulta a importância do direito constitucional nas horas de crise. Disciplina de estudos fundamentais sobre a forma de Estado e de governo, a distribuição da competência entre os órgãos do poder e a garantia dos direitos humanos fundamentais, o direito constitucional não pode ficar ausente do debate que se fere sobre o momento político nacional e sobre a necessidade de refazer, mediante um pacto social, as instituições arruinadas.

Com efeito, o direito constitucional tem, desde as bases, uma dimensão política que não só o distingue das demais matérias do conhecimento jurídico, como faz impossível sua neutralidade ou alheamento diante das crises que envolvem o Estado, a sociedade e a Nação. É no direito constitucional que a liberdade deita raízes, e os valores da convivência ganham a segurança e a solidez das formas jurídicas e democráticas.

As épocas autoritárias foram sempre adversas ao florescimento do direito constitucional, tanto que o Estado Novo o reprimiu em nosso País e a ditadura intentou substituí-lo nas cátedras pela Teoria Geral do Estado. Os regimes de força em geral se revelam estéreis, com a proibição do pensamento livre se refletindo na decadência da produção jurídica. A Alemanha de Hitler e a Itália de Mussolini jamais poderiam formar constitucionalistas.

Que livro importante de direito público veio a lume nas quadras do nacional socialismo e do fascismo? Até mesmo CAL SCHMITT, o perseguidor de Kelsen em Colônia, não escreveu uma única obra de valor nos anos em que vivia bafejado das honras e dos aplausos do regime de Hitler. Tudo quanto deixou de valioso na teoria constitucional foi produzido à sombra da Constituição de Weimar.

Fora da liberdade, não há clima para o direito constitucional, pois ele é filho da liberdade mesma, como a História bem o demonstra. Seria deserção atroz e alienação inadmissível, se, na hora da maior crise por que passa o Brasil desde 7 de setembro de 1922, nós, juristas, nos omitíssemos perante o exame dos temas cruciais da conjuntura nacional.

Quando os tecnocratas subiram ao poder em 1964 e sobretudo logo que sua influência se fez sentir culminante por ensejo dos anos do "milagre", o regime, buscando um modelo de perpetuidade, deliberou ouvir cientistas políticos estrangeiros, nomeadamente americanos, como se a ciência política, desacompanhada do direito constitucional, pudesse ministrar fórmulas de estabilidade a um sistema sem leis e sem apreço aos princípios mais elementares da democracia.

Depois do malogro da república autoritária, sustentada à base de Atos Institucionais, de efeitos que ainda atuam na desorganização geral da sociedade brasileira e na carência de um ordenamento constitucional legítimo, o descrédito da tecnocracia deu espaço à interveniência de novas forças, cujo potencial de luta abre perspectivas restauradoras para as vias representativas normais.

Destas vias, 1964 nos afastou até hoje, fazendo indiretas, contra a vontade do povo, as eleições presidenciais. Os juristas têm diante de si graves problemas institucionais e se movem no campo das incertezas que rodeiam o advento de um sistema pluralista e democrático.

A Nação quer o fim das influências oligárquicas dominantes e rebeldes a todo o ensaio reformista. A caminhada do País em cinquenta e três anos de oscilação entre a liberdade e a ditadura tem sido assinalada por inúmeras dificuldades, que marcam avanços e recuos no domínio das relações normais da sociedade com o Estado.

Quais são essas dificuldades? Vamos intentar expô-las, traçando o mapa dos problemas que obstaculizam uma participação mais efetiva do povo na condução de seus destinos.

Temos de partir da verificação de que somos atualmente um País devastado de crises, e as crises entendem com o Estado de Direito e o Estado social, com a liberdade e a igualdade, com a segurança jurídica e a justiça — valores todos colocados em esfera de controvérsia e instabilidade.

## O Estado de Direito

Que é o Estado de Direito? Difícil defini-lo, mas fácil sem dúvida apontar alguns de seus dados essenciais. A estabilidade jurídica congrega dois aspectos básicos: um formal, outro material, ambos de notável significado histórico, correspondendo a distintas formas de Estado, conforme se acentue o primeiro ou o segundo.

São traços formais do Estado de Direito, consoante a concepção ocidental, entre outros, o princípio da separação de poderes, a independência do Poder Judiciário, a legalidade da administração pública, as garantias processuais e a proteção conseqüente da pessoa humana contra o arbítrio do poder.

Todos esses traços patenteiam na organização jurídica da sociedade uma opção qualitativa, que não se encontra, por exemplo, naquele conceito amplíssimo de que o Estado de Direito é simplesmente o Estado-Lei ou Estado-Norma, sujeito a diversas variantes históricas, como foi sustentado pelo constitucionista alemão CARL SCHMITT, um dos mais célebres juristas do autoritarismo e das ditaduras. Falava ele de Estado de Direito feudal e de Estado de Direito nacional socialista, como se bastasse haver direito positivo para haver Estado de Direito (1).

Os elementos formais introduzidos na estruturação do poder pelas Constituições normativas limitam o Estado e compõem um pressuposto da liberdade, mas não significam que todas as classes sociais deles se beneficiem necessariamente na escala dos interesses materiais, conforme já ficou de todo demonstrado durante a idade do liberalismo.

Aos aspectos formais sucederam os aspectos materiais referentes à construção do Estado de Direito. Aqui a liberdade abstrata é substituída por um novo postulado — o da liberdade concreta, jungida a valores de justiça e igualdade, os quais, buscados unilateralmente, resultariam na estatalidade social sem laços com a estatalidade jurídica.

Sujeitando o meio social a toda sorte de abusos e ingerências, essa estatalidade seria no espaço político um convite tácito a iteração dos regimes opressivos que fazem do homem coisa ou instrumento e não fim.

Não pode, portanto, haver Estado social legítimo sem Estado de Direito. Da união desses dois componentes é que emana o Estado justo, dimensionado pela liberdade e pelas limitações do poder.

Forma e conteúdo, o chamado Estado social de Direito, assim concebido, somente pode achá-los no interior de uma Constituição, onde as relações entre o cidadão e o Estado sejam reguladas juridicamente a partir do reconhecimento e do respeito aos direitos humanos fundamentais.

Depois de tantos anos de menosprezo sistemático do regime aos princípios constitucionais neste País, a sociedade brasileira, inegavelmente a maior vítima desse autoritarismo, já se persuadiu de que uma nova ordem constitucional só terá legitimidade se vier do povo. Um poder divorciado da sociedade é hostil

(1) CARL SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, 1932, p. 19 e 1934, p. 716.

à soberania popular tem por única alternativa a força com que manter a obediência e a dominação. Não é à toa que a Lei de Segurança tem sido de mais prestígio e serventia para o regime do que a Constituição.

Quando, porém, a autoridade se dilui por obra de pressões impossíveis de sufocar, provenientes da insatisfação do povo com seus governantes, faz-se mister reformar as instituições e procurar as fontes do poder legítimo, em ordem a estabelecer um novo contrato social. Vejamos, todavia, se há justificativa para essa procura diante da crise com que o País ora se defronta.

Os temas da atualidade, pertinentes ao Estado de Direito, ao Estado Social, ao princípio federativo, à forma de governo e ao sistema representativo nos darão uma resposta a esse respeito. Passemos, pois, a examiná-los, se possível, todos.

Desde a Independência, o Brasil forceja por fixar as bases de um ordenamento constitucional que traduza o consentimento da sociedade e que limite o raio de ação dos governantes.

A Constituinte de 1823, ao organizar os poderes, se inspirou mais em MONTESQUIEU do que BENJAMIN CONSTANT, mas ouviu nos debates tanto o argumento federativo como a tese unitarista da Coroa e foi mais sensível, no Projeto Antônio Carlos, à independência dos Poderes do que à sujeição a um quarto Poder, o Poder Moderador da Carta outorgada.

A promessa imperial de uma Constituição duplicadamente mais liberal se concretizou com o tempo menos no texto da Carta do que no exercício do poder e na realidade do Segundo Reinado. Foi aí, então, que se fez na monarquia um ensaio originalíssimo de governo parlamentar, interrompido pelo golpe de Estado de 15 de novembro de 1889.

A história constitucional hesita, porém, em asseverar se houve já Estado de Direito durante o Império, consideradas as ressalvas absolutistas dos artigos 98, 99 e 101 da Carta outorgada. O comportamento do Imperador, com suas ocasionais abdições à dimensão do poder pessoal, teria atenuado aquelas ressalvas, mas isso constitui ainda matéria controversa.

Não resta dúvida, contudo, que, desde a Constituição republicana de 1891, nasceu no País uma espécie de Estado formal de direito, enriquecido em suas garantias por obra do talento forense de RUI, cujas lições de hermenêutica constitucional, guiando os arestos do Supremo, cimentavam a doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Ocorre, todavia, que o direito roçava apenas a epiderme do social, ficando assim encoberta uma realidade mais densa e mais verídica: a das oligarquias, que nenhuma revolução pôde ainda suprimir.

A aliança dos oligarcas rurais com os bacharéis fez a relativa estabilidade da Primeira República: mas o Poder se revelou, como sempre, insensível à mudança, adverso à necessidade de reformas por via constitucional, acabando desse modo por abreviar a queda das instituições de 1891.

O Estado formal de Direito teve seu fim com a Revolução de 30, derrubado pelas armas tenentistas. O equívoco de 30 produziu um liberalismo de

palavras, que buscou sanar o processo eleitoral e limpá-lo na forma, sem evitar contudo que ele depois se corrompesse com a representação material dos interesses em conflito e com a qualidade de representante que engendrou.

A estabilidade jurídica entrou em crise com a primeira ditadura de Vargas, quando as atenções reformistas da Nação convergiram para o princípio da estatalidade social, cuja adoção nas leis marcou um novo período de nossa existência, trazendo resultados alentadores para a jornada de concretização do Estado social nas Constituições brasileiras.

Duas vezes buscamos pelas vias constitucionais legítimas assentar os dois princípios, os quais, numa sociedade democrática, não devem ser alternativos nem caminhar separados: o princípio da estatalidade jurídica e o princípio da estatalidade social.

A primeira vez ocorreu esse ensaio na Carta Magna de 1934 e a segunda na Constituição de 1946. Ali, o elemento conservador, conjecturando que se dera demasiada atenção aos direitos sociais, nada fez em socorro da Constituição e, intimidado com a polémica das ideologias, não trepidou em sacrificar a estatalidade jurídica acolhendo a alternativa parafascista do Estado Novo.

Depois, em 1946, acoimava-se a Constituição de simbolizar o *statu quo* social, a imobilidade, a lentidão reformista, o inteiro descompasso com uma realidade posta à vista de todos, e que se retratava principalmente na indeclinável necessidade de atravessar o mais cedo possível as fronteiras do subdesenvolvimento.

As duas épocas constitucionais de 34 e 46 foram assinaladas por uma crise de adequação a novos valores e conteúdos jurídicos.

Mas nunca se poderá negar que por aqueles caminhos a sociedade brasileira teria padecido menos traumas e alcançado resultados mais expressivos em fazer efetiva a estatalidade social do que seguindo as vias do arbítrio em 37 e 64. Aí as conseqüências foram funestas e desestabilizadoras para a ordem jurídica, acarretando o divórcio do Estado e da sociedade.

Enquanto, pois, não se operar a reconstitucionalização legítima do País, a estatalidade jurídica, sendo precária e caótica, jamais consentirá um avanço firme das instituições na direção social.

### *O Estado Social*

Vejamos, a seguir, numa digressão rápida o perfil histórico da estatalidade social em seu desdobramento nos períodos ditatoriais.

A ditadura do Governo provisório, após a Revolução de 30, inaugurou, como já asseveramos, o princípio do Estado Social no Brasil, aplicado principalmente às relações trabalhistas. Após o interregno da Constituição de 34, veio o Estado Novo de Vargas. A estatalidade social serviu, então, de escora à ditadura para manter um regime de supressão das garantias constitucionais e de aniquilamento das liberdades públicas e que representava a antítese do Estado de Direito.

Finalmente, uma nova ditadura, em menos de 35 anos, instalou a terceira fase do autoritarismo republicano. Mais prolongada e não menos compressiva que a do Estado Novo, estampava ela a pretensão arrogante de conferir legiti-

midade, por meio de um Ato Institucional, às partes remanescentes da Constituição de 1946, Constituição que fora obra de constituintes do povo e que o golpe de Estado de 1964 aniquilou em seus fundamentos.

O sistema autoritário, três anos depois de arrebatar o poder, produziu uma Carta constitucional, elaborada por um Congresso sem legitimação popular para o exercício pleno da função constituinte e decepado já nos seus quadros representativos pelas chamadas cassações revolucionárias de mandatos.

A crise constitucional se agravou com a Emenda nº 1 que o triunvirato militar, oriundo de uma usurpação de poder, promulgou em 1969, transformando a Constituição num Ato Institucional de duzentos artigos.

A ditadura de dez anos caiu afinal com a revogação do AI-5, a lei de anistia, as eleições diretas para Governador e a liberdade de imprensa, mas a Emenda nº 1, que não sabemos precisamente se é Emenda ou Constituição, embora haja sido, com certeza, como já dissemos, uma espécie de Ato Institucional, ainda permanece, e pior do que ela, a Lei de Segurança, esta sim, a verdadeira Constituição das ditaduras.

Durante esse período violento e repressivo, não só se pôs abaixo o edifício constitucional da sociedade brasileira, ou seja, aquele Estado de Direito, de cunho formalista e contextura clássica, herança de três Constituições republicanas, senão também que pouco se fez para dar continuidade à obra de construção do Estado Social emergente.

Muito ao contrário, o que vimos a esse respeito foi todo um programa de retrocessos sociais, como os da política de habitação, da política salarial, da política desenvolvimentistas, fazendo pesar sobre a sociedade o ônus injusto de sacrifícios acima de suas forças.

As ditaduras, em regra, têm seu Estado Social para compensar a quebra da estatalidade jurídica; esta última, porém, não o teve. Quis fazer pela força o que a economia do liberalismo, sem estatalidade social, não poderia fazer pelo consenso. Seu modelo coercivo, concentrador de renda e estatizante no pior sentido, afogou o País numa crise de proporções jamais vistas. Produziu uma dívida externa humilhante, ao mesmo passo que pôs a Nação de joelhos diante do Fundo Monetário Internacional.

Se perguntássemos onde está o poder constituinte da Nação, depois dos acordos danosos do FMI, a resposta que ocorreria ao País perplexo seria esta: na microconstituente dos tecnocratas, ou seja, no triunvirato da área econômica, que repete o da área política, autor do "pacotão" institucional de 1977.

A sociedade, em suas relações com o Estado, se acha, portanto, diminuída, tanto interna como externamente. Não há, tocante a esses fatos, soberania relativa quando se trata dos supremos interesses nacionais. Ou a soberania é ou não é. No Brasil do FMI ela não está sendo, mas poderá voltar a sê-lo no Brasil do Congresso e da sociedade, se o povo tomar em suas mãos a titularidade e o exercício do poder supremo que os tecnocratas usurparam.

Como fazê-lo? Aqui está o remédio: por meio de uma assembléia nacional constituinte.

## *A Questão Federativa*

Vimos, pois, a estatalidade jurídica e a estatalidade social, referidas ao contexto da crise brasileira. Vimos um Estado de Direito frágil, e sem futuro até que se restaure a legitimidade constitucional do poder. Vimos também um Estado Social que perde substância e peso, padecendo recuos e atropelos. Vejamos, agora, se com a forma de Estado é menos grave o desastre das instituições, já que vamos analisar o sistema federativo qual ele hoje se apresenta em face da realidade brasileira.

As três ditaduras republicanas do século XX foram manifestamente anti-federativas, centralizadoras e unitaristas. A primeira procrastinou a reconstitucionalização e feriu as autonomias; a segunda incinerou as bandeiras dos Estados-membros; e a terceira transformou o governo de cada Estado numa interventoria federal, com o processo da eleição indireta.

O problema federativo, em termos mais profundos, não é unicamente uma questão de mudar leis, alterar competências, suprimir, repartir ou instituir tributos, senão que abrange por igual a formação de uma consciência federativa exemplar.

Não haverá federalismo autêntico sem novos métodos de gestão da coisa pública, sem variação no comportamento político, nos hábitos de governo, nas relações entre os poderes, no egoísmo dos corpos intermediários, nas praxes centralizadoras, na educação partidária, na cultura política das camadas dirigentes, que não sabem efetivamente o que é uma Federação, nem possuem espírito federativo bastante para que possa aquela forma de comunhão de níveis de governo funcionar satisfatoriamente. Não haverá, tampouco, federalismo com governantes afeiçoados a exercer o poder pessoal e a absorver competências.

O sistema federativo inclina o homem e os grupos a valorizarem a liberdade e as autonomias, ao passo que o centralismo unitarista gera efeitos contrários na medida em que tolhe as faculdades criativas e fomenta as dependências.

O federalismo não desmembra nem separa, senão que mantém a união do todo, com um grau mais elevado de consenso, unificando assim as diversidades e solidarizando as distinções.

No Brasil, todas as aventuras autoritárias e centralizadoras do poder se fizeram sempre às expensas da sociedade e dos interesses municipais, estaduais e regionais, duramente sacrificados.

A república unitarista a que fomos reduzidos, além de conculcar a autonomia dos Estados, entronizou o tecnocrata, um ente que vê a sociedade como máquina e o homem como objeto; um calculista que perde por inteiro a noção de humanismo e universalidade. Ora, foi exatamente a casta dos tecnocratas a que mais conspirou no exercício do poder para desfazer o que ainda restava de nossa organização federativa.

A propósito da crise da Federação, declaramos, há alguns anos, em entrevista ao jornal *O Estado de S. Paulo*, que "nas federações deste fim de século

o Estado-Membro está sendo despolitizado. Enquanto cresce a responsabilidade administrativa que assume em matéria de cultura, educação, habitação, urbanismo, defesa e preservação do meio ambiente ou combate à poluição, declinam a autonomia e o poder decisório, pela dependência financeira a que fica sempre atado ao ordenamento federal. Os Estados-Membros se prendem assim, cada vez mais, a aspectos administrativos, ao passo que a União, nas relações com tais unidades, exprime sobretudo os aspectos políticos porque, em regime de monopólio ou privilégio, toma a decisão e outorga os recursos" (2).

Depois de outras considerações, concluímos com o exame dos aspectos regionais, cuja importância recrudescer em consequência da tragédia que ora se abate sobre o Nordeste. "Finalmente — dissemos — há um ponto que tocamos em vários trabalhos publicados com respeito à crise do federalismo brasileiro: não podemos ignorar as regiões. Devem estas entrar quanto antes em nosso sistema federativo, devidamente institucionalizadas, do ponto de vista político. Tanto nos Estados federais como nos Estados unitários tomam elas dimensão de claro teor federativo.

Com relação ao seu reconhecimento político e jurídico, estamos mais atrasados que a França, sem falarmos da Itália, duas repúblicas unitárias, onde a institucionalização das regiões constitui a base de um movimento de inspiração federalista irreprimível. Na França, votou-se já a lei de 5 de julho de 1972, relativa à criação e organização de regiões. Na Inglaterra e na Bélgica, o sistema de regiões é objeto de preocupações oficiais. A região é, enfim, a saída política descentralizadora mais importante, tanto para os Estados unitários como para os Estados federais, nestes, sobretudo, em razão da falência das autonomias estaduais".

A unidade nacional é sagrada. O federalismo das regiões assim como o movimento redencionista do Nordeste nada têm que ver com o separatismo, cujo perigo foi apontado pelo Deputado federal Tarcisio Burity, ex-Governador da Paraíba, em declarações ao jornal *O Norte*, edição de 28 de setembro passado. "O perigo — disse ele — não está no Nordeste, mas na política de discriminação ao Nordeste."

Mostrou com dados estatísticos que a região contribui com 12 por cento da produção nacional de petróleo e consome apenas 6 por cento dessa produção; é auto-suficiente em álcool, possui as maiores reservas de minério do País, destacando-se o urânio, minério estratégico, e em 1981 obteve um *superavit* de 2,5 bilhões de dólares na balança comercial. Acrescentou: "Por todos esses dados, o Nordeste não tem qualquer parcela de responsabilidade no processo inflacionário nem com relação a crise. Pagamos pelo que não devemos."

Quando essa mesma Região perde por ano, segundo denunciou também aquela fonte insuspeita, cerca de 1 bilhão de dólares correspondentes a 78 por cento de recursos que deixaram de ser proporcionados pelo mecanismo de incentivos 34/18, dantes aplicados em sua totalidade no Nordeste, ela já não se acha em presença das inspirações do chamado federalismo cooperativo, mas de um federalismo espoliativo, uma *contradictio in adjecto*, que paten-

(2) Entrevista ao *Estado de S. Paulo*, edição de domingo, 25 de janeiro de 1976.

teia simplesmente essa realidade unitarista e perversa, cuja resultante tem sido transformar o Nordeste numa espécie de África tribal encravada no interior da Nação.

De união ou república federativa temos apenas o nome. De império fica, porém, a realidade. Nunca a monarquia alcançou grau de centralização comparável ao do Estado brasileiro nos dias correntes. A vontade do Poder Central, que é tudo, decide o destino do País; a vontade do Estado, que é muito pouco, nem à própria administração provê com autonomia. Unitarismo, tecnocracismo e autoritarismo fazem difícil a sobrevivência de poderes autônomos. E sem ordenamentos providos de autonomia, a Federação será quimera ou ficção de juristas.

A reconstitucionalização do País em bases democráticas passa pois pelo meridiano da plenitude federativa do sistema, com abrangência do Estado-Membro, do Município e da região.

Não somos os federalistas de Jaurés, lembrados por um publicista belga, e “a quem CLEMENCEAU exprobase que todos os seus verbos se conjugavam no futuro” (3). Queremos já a Federação, mas a Federação de verdade e não a Federação de opereta, onde dançam os bailarinos da tecnocracia.

### *Presidencialismo e Parlamentarismo*

Se a forma de Estado — livre, democrática e consentida — é a Federação, a forma de governo poderá ser a parlamentar, ou seja, o parlamentarismo, que faz do Legislativo o centro de gravidade política da Nação, a cabeça do regime.

O País não pode continuar preso indefinidamente à forma presidencial executiva. O presidencialismo ou derruba governos e instituições ou vive em permanente estado de crise: crise crônica nas relações do Executivo com o Legislativo, de cujos atritos resultam tragédias como o suicídio de Vargas ou mistérios como a renúncia de Jânio Quadros; e crise aguda, que se repete a cada sucessão presidencial, colocando o País diante de alternativas sombrias, não raro a um passo da guerra civil ou do golpe de Estado.

Com o presidencialismo o Brasil não tem sido apenas mal governado, senão que tem sido também pouco governado, o que os publicistas costumam dizer que é muito pior. O governo, sendo qualidade e não quantidade, não se mede como tal pelo número de leis nem pelo volume dos atos de administração.

Do nosso presidencialismo, que breve completará um século, o mais que se pode dizer, em conclusão, é que ele fez da presidência um poder imperial, ora paternalista, ora autoritário, oligárquico e colonial; um poder quase intocável, de melindres abusivos, nomeadamente quando sua vontade colide com as das Casas do Congresso. Esse regime, portanto, não nos serve.

Que dizer, então, do sistema parlamentar? Tudo depende da espécie de parlamentarismo que se adotar, posto que o parlamentarismo seja a melhor das

(3) HENRI BRUGMANS, *La Pensée Politique du Fédéralisme*, Netherlands, 1969, p. 21.

formas de Governo. Em sua versão híbrida e dualista, repartindo competências de governo com o Chefe de Estado e o Primeiro Ministro, significaria ele um novo desastre para as instituições. Teríamos aí a reedição do Ato Adicional de 1961, com o casuismo do Governo, que o pânico das eleições diretas sopra na desorganização política do País. Por outro lado, poderá ocorrer também o casuismo da Oposição, que consistiria num parlamentarismo com eleição direta do Presidente da República. Obtendo um respaldo plebiscitário de tamanha magnitude, ficaria o Presidente capacitado a fazer sombra política ao Chefe de Gabinete com o sistema desse modo se arruinando num dualismo inviável.

O único parlamentarismo hoje admissível como remédio à crise brasileira é o que transfere ao Parlamento todas as prerrogativas de governo: é o parlamentarismo monista, de plenitude máxima, apto a neutralizar a função presidencial, confinada unicamente ao exercício da Chefia de Estado.

Fora desse caminho, e nas circunstâncias presentes, uma emenda parlamentarista imposta à Nação equivaleria a um golpe de Estado branco.

#### *A Assembléia Nacional Constituinte*

Resta-nos, a seguir, examinar outra alternativa para remover a crise, a alternativa que faz o País descer às nascentes da soberania, onde jaz o poder constituinte da Nação.

Aqui se levantam, como chave do problema, duas indagações preliminares, de capital importância e delicadeza: Quem convocaria a constituinte? Que espécie de poder constituinte tem legitimidade para fazer a nova Constituição?

O Professor AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, um dos mais abalizados constitucionalistas deste País, responde excelentemente à primeira inquirição, mas não se houve com o mesmo brilho no que toca à segunda.

Quanto à convocação, sobre a qual recai da parte dos juristas do poder um zelo de legalidade que eles jamais exibiram quando o Executivo despótico editava Atos Institucionais nas décadas de 60 e 70, veio a resposta clara e certa: a convocação pelo Congresso Nacional, por via de Resolução.

Mas logo a seguir veio também o erro, quando o jurista admitiu a possibilidade de o mesmo Congresso, pelo sobredito instrumento, se autoconstituir em assembléia nacional constituinte. Com isso se transforma o poder constituinte secundário, poder de segundo grau, num poder constituinte primário, ou seja, de primeiro grau, cuja titularidade nos sistemas legitimamente democráticos só ao povo pertence, não podendo, sem sua audiência, ser objeto de delegação por quem quer que seja.

Em termos de legitimidade, uma coisa é a iniciativa da convocação do poder constituinte, outra o exercício desse mesmo poder. Um poder constituinte derivado, que esbarra na Constituição com limites expressos e tácitos a sua competência revisora, não pode, salvo por um golpe de Estado legislativo, se autoconverter em poder constituinte originário.

O presente Congresso é órgão de representação e entre os poderes que o povo lhe conferiu não figura certamente o de fazer uma Constituição. Demais, se ele assim proceder, estará atuando com menos legitimidade que o de 1966, aquele que um Ato Institucional converteu em assembléia nacional constituinte. O Parlamento de 66, sem embargo da mutilação decorrente da perda de mandato de alguns de seus membros mais ilustres, por obra das cassações executivas, não acolhia nos respectivos quadros o corpo estranho dos Senadores biônicos, que a sugestão AFONSO ARINOS transforma, sem nenhum título de legitimidade, em constituintes da Nação.

A autoridade da Constituição se fortalece por suas origens. As Constituições outorgadas ou de procedência suspeita à vontade democrática não têm força para restituir à sociedade a confiança no regime e no exercício da função governante.

E como essa confiança tende a desaparecer ou já desapareceu em face das circunstâncias atuais da crise brasileira, só uma constituinte legitimada pelo sufrágio popular congrega elementos de apoio na opinião para normalizar as instituições. Se esta tarefa for cometida ao poder constituinte derivado, isto é, ao atual Congresso, não resta dúvida que o recuo, em matéria de legitimidade, nos fará morrer de inveja da antiga Carta do Império, promulgada numa época em que a soberania popular não havia ainda alcançado o grau de prestígio logrado no século XX com o sufrágio universal e a solidez das crenças democráticas.

Maiores, portanto, foram os escrúpulos de legitimidade de nossos antepassados, que impunham ao poder constituinte derivado limites tão rígidos que nem sequer a reforma constitucional admitiam sem a prévia audiência dos eleitores nas urnas.

Assim o Projeto Antônio Carlos, que malogrou com a dissolução da Constituinte, e assim também a Carta de 1824.

No primeiro, para que houvesse a revista, se fazia mister uma audiência tácita dos constituintes em três Legislaturas, coroada afinal pela convocação de uma assembléia revisora, equivalente a uma verdadeira Constituinte.

No segundo caso, isto é, na Carta de 24, que foi o direito constitucional positivo do Império, a mesma cautela e o mesmo controle da reforma pelos eleitores, posto que aí se abrandasse o rigor com a supressão do interstício das três Legislaturas previstas no Projeto Antônio Carlos. Mas, de qualquer maneira, nenhuma reforma ocorreria durante a mesma Legislatura da proposição, nenhuma reforma sem que os eleitores primeiro conferissem aos Deputados a especial faculdade para alterar os artigos da Constituição.

Foi desse modo que se procedeu por ocasião do célebre Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, antecedido pelo ato de autorização contido na lei de 12 de outubro de 1832.

Hoje, em plena idade da democracia e do povo soberano, querem, porém, nos reservar este paradoxo sem precedentes de entregar toda a Constituição a um poder constituinte de segunda classe, um poder sem representatividade

para tanto, abaixo dos níveis de legitimidade de que a Nação não prescinde sem abdicar a soberania interna.

Essa Constituição o povo a rejeitaria como rejeitou as de 67 e 69, ficando tudo no mesmo, a saber, na esfera das indefinições e das perplexidades, que ora caracterizam o cenário nacional. A Constituinte oriunda do povo é tão importante, tão essencial, tão inabdicável quanto as eleições diretas o são para o regime presidencial.

O atual sistema, assim como quis as eleições indiretas, cujos fracassos pertencem ao presente, assim também poderá querer a constituinte indireta, cujo malogro pertencerá ao futuro e fará, mais uma vez, a infelicidade das instituições.

Se há carência de legitimidade nas bases do presente sistema, faz-se mister que a Constituição venha de constituintes do povo. E uma vez projetada nos debates e deliberações, e aprovada nas votações do plenário constituinte, torne àquele mesmo povo, antes de sua promulgação, a fim de que, pelas vias referendárias, ela sob todos os aspectos, se faça a expressão legítima da soberania popular e do consenso nacional.

Não se caia, porém, no equívoco de supor que basta a Assembléia Nacional Constituinte para lograr, de imediato, o fim das dificuldades que o País atravessa.

A Constituinte não é panacéia, urge advertir. Mas é inquestionavelmente o princípio de uma solução, o meio de restaurar a crença, a legitimidade e a confiança nos poderes, principalmente quando se sabe que tais valores foram os mais abatidos e postergados na conjuntura da crise.

Muitas batalhas terá o povo que ferir para manter no território da decisão política níveis de representatividade legítima.

As Constituições não se fazem de símbolos nem as Constituintes são coros de anjos, mas um campo de peleja, uma praça de competições, uma assembléia de interesses frequentados pela realidade e pela ambição de grupos, não raro em porfia com os postulados mais altos do bem comum. Isto, contudo, não invalida a verdade de que das Casas constituintes emerge sempre a consciência nacional num momento culminante em que se elege o destino da coletividade e se legitimam as instituições.

Cabe neste ponto assinalar que não procedem as apreensões do elemento conservador quando, diante do argumento da Constituinte, manifesta o temor de que semelhantes assembléias resvalam para as criações radicais e sejam a expressão ou imagem de um poder revolucionário e imprevisível.

Teorizado nas épocas de reação ao absolutismo como uma vontade que se não deixa confinar, que desconhece limites ao seu decisionismo, que atua sempre *legibus solutus*, um tal poder a ciência política e a sociologia o ignoram e só existe nos conceitos metafísicos ou na região abstrata e idealista do pensamento e da filosofia.

Em verdade, não houve nem haverá jamais uma Constituinte ou um poder com a força de fazer, como dizia ALAIN, o que é injusto se tornar justo <sup>(3)</sup> e, muito menos, o que está fixo nas leis da sociedade e na essência do real se modificar ao capricho de um arbítrio ou de uma determinação irracional.

A sociedade em seus derradeiros fundamentos, tem mecanismos autônomos de ação e resistência, sendo em última análise a instância final das decisões supremas.

*A sociedade não é feita unicamente de indivíduos, mas de grupos ou poderes intermediários, não havendo como ignorar o ímpeto e a eficácia destes na sua projeção sobre o meio social e sobre as camadas dirigentes que legislam e governam, influenciando decisivamente sobre o caráter das leis e dos atos administrativos.*

Não há Constituinte que apague todo o direito preexistente nos domínios sociais. Basta este limite tácito e evidente, gravado na ambiência coletiva, para espancar aqueles temores, dúvidas ou suspeitas.

*O pessimismo sobre o teor material e real da Constituinte, sobre as virtudes e os vícios de seus membros, sobre a natureza das pressões que sobre eles e ela se exercitam, vindas tanto de forças ostensivas como de forças ocultas da sociedade, não nos deve despenhar no realismo rude de ROUSSEAU, quando se apartou do otimismo de sua filosofia contratualista para descer às reflexões amargas, porém vizinhas da realidade, estampadas nas *Considerações sobre o Governo da Polónia*.*

Ocupando-se da lei, dizia o pensador de Genebra: "Pôr a lei acima do homem é problema político que eu comparo ao da quadratura do círculo na geometria. Resolvi bem esse problema e o governo fundado nesta solução será bom e não cometerá abusos. Mas até aí, ficai certo de que onde vós credes fazer reinar as leis, serão os homens que reinarão" <sup>(4)</sup>. Uma linguagem muito diversa da que o filósofo cunhara no *Contrato Social* ao escrever: "Toda lei que o povo não haja ratificado pessoalmente é nula, não é lei" <sup>(5)</sup>.

Mas não queremos, ao contrário de ROUSSEAU, que punha no livro sobre a Constituição da Polónia o reino dos homens acima do reino das leis, colocar também a Constituinte acima da sociedade, mas primeiro que tudo, numa visão realista, inserir a Constituinte na sociedade mesma, reconhecendo-lhe as limitações à reforma e à mudança súbita das estruturas sociais, e, a seguir, sem embargo de tais ressalvas, proclamar que ela é o instrumento de legitimidade mais poderoso que existe no século democrático. Basta essa razão para justificar o reencontro da Nação com sua própria soberania.

Enfim, o Direito Constitucional sem Constituição, eis como se pode estabelecer o paradoxo que resume e reflete o desabamento institucional nesse

(4) ALAIN, *Politique*, PUF, 1952, p. 230.

(5) J. J. ROUSSEAU, *Considérations sur le Gouvernement de Pologne*, Cap. I.

(6) J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, Garnier, Paris, 1964, p. 302: "Toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle; ce n'est point une loi."

período de pós-autoritarismo, marcado ainda por uma incerteza e incompreensão relativa a novos rumos, cuja fixação é imperiosa para debelar a crise brasileira.

Não se pode chamar de Constituição um documento formal que, pelas suas origens e pelo seu conteúdo, se apartou por inteiro das exigências mais sentidas que devem orientar a revisão fundamental da ordem jurídica vigente.

Nunca houve no Brasil, em termos constitucionais, um fosso maior entre a legalidade e a legitimidade, entre o aspecto jurídico e o aspecto político da Constituição, entre a forma e o conteúdo. Não somente se separaram como estão em manifesto confronto. A Constituição ilegítima é uma agressão do Estado à sociedade.

Não é possível manter a continuidade dessa situação nem resolvê-la pelas vias paliativas de meras reformas ou emendas. Quanto mais se toca na presente Constituição, mais se põe a nu a fraqueza com que seu formalismo nos protege. A Constituição retrata um conjunto distorcido de valores em contradição.

Ocorre, porém, que toda ordem constitucional, para alcançar a plenitude de sua eficácia formal, demanda, num certo sentido, uma unidade axiológica, uma expressão congruente de princípios e convergências fundamentais, em outras palavras, um sistema de valores. É isso o que agora nos falta, pois a legitimidade material, assentada na vontade do povo e na consciência da Nação, vem sendo, em antagonismo com os anseios sociais, reprimida, desrespeitada e obstaculizada por uma legitimidade formal, de que o Estado é titular.

Em suma, não haverá neste País direito constitucional democrático enquanto o lado jurídico da Constituição estiver em desacordo com o lado político, enquanto o Estado não exprimir a vocação da alma coletiva, enquanto perdurar a menoridade do povo soberano, enquanto a legitimidade do corpo social não prevalecer sobre a legalidade do Estado na fundamentação dos comportamentos e das instituições.

Sem essa premissa de legitimidade, haverá, quando muito, uma falsa legalidade, jamais um Estado Constitucional, ou seja, um Estado de Direito, em nome da liberdade, da igualdade e da democracia, que afinal de contas é aquilo a que todos nós aspiramos.

Como se vê, a presente Constituição precisa de ser removida por incompatível com a abertura jurídica e a plenitude do Estado de Direito. Ela é por sua origem, espírito e conteúdo um Ato Institucional, como já afirmamos; o único, aliás, que ainda não se revogou. Pela sua origem, porque resultou de uma outorga e de uma usurpação; pelo seu espírito, porque se gerou em clima de autoritarismo e ditadura; e por seu conteúdo, porque contém dispositivos como os referentes à segurança nacional e aos poderes de exceção, as chamadas emergências que o Chefe do Executivo, se quiser, decretará, sem ouvir o Congresso e a Nação, conforme os recentes e deploráveis acontecimentos de Brasília evidenciaram.