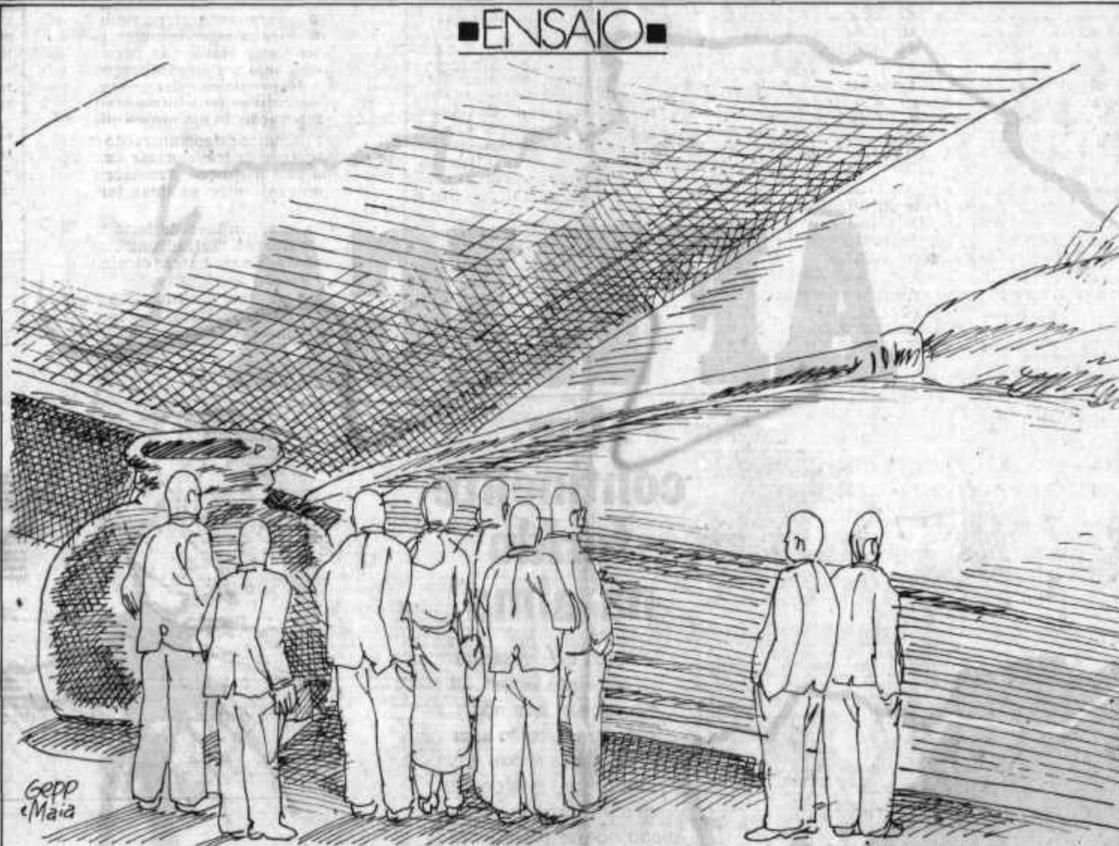


ENSAIO



Gepp (Maia)

# Reflexões sobre o constitucionalismo brasileiro

Respeitando suas origens e tradições, o Brasil no entanto se prepara para mudanças profundas. Diante desta perspectiva, como poderá e deverá ser produzida a nova Constituição do País?  
Por Ives Gandra da Silva Martins

O direito é uma realidade, simultaneamente instrumental e estrutural. Veicula a conformação convencional de um determinado povo, em certo espaço geográfico e de tempo, mas está inserido na própria essência da vontade desse povo ou dos que o pretendam representar, legitimamente ou não. Coloca-se, ainda, em patamar maior, na medida em que, enquanto ciência, objetiva atingir um ponto de otimização entre o fenômeno ideal e a concreção fática, o que levou Norberto Bobbio a concebê-lo, a partir de uma triplíce teoria (Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Teoria da Ciência Jurídica), que compõe sua visualização das diversas formas de governo (Norberto Bobbio, "A teoria das formas de governo", Ed. UNB, la. ed.).

Na procura de uma compreensão maior do fenômeno jurídico, em sua superior dimensão, Norberto Bobbio pretendeu conciliar a posição dos normativistas, meros adeptos da ciência instrumental, os quais reduziram a totalidade da produção fenomênica do direito à norma posta e incontaminada, com a dos jusnaturalistas, que entendiam nascer o direito com o homem, cabendo ao Estado apenas conformá-lo em sua apresentação formal. Para os primeiros, o direito prescindiria do ideal de justiça; em face de valer na medida em que o poder, capaz de exigir o cumprimento da norma, permanecesse. A justiça colocava-se em área distinta da atuação do jurista, pois não seria elemento essencial à lei. A norma pura seria o comando formal, impenetrável aos aspectos e elementos pertencentes a outras áreas de conhecimento e a outras ciências (Hans Kelsen, "Teoria da norma pura", Ed. Armênio Amadio, 4ª ed., Coimbra). Para os jusnaturalistas, contrariamente, o ideal de justiça seria a sua própria razão, posto que os homens nascem com seus direitos fundamentais, cabendo ao Estado apenas respeitá-los. O direito, mesmo que formalmente correto, se destituído de tal reconhecimento, seria corrupção e, portanto, poderia ser descumprido pelo governado que contra ele, de justiça, deveria rebelar-se (René Cassin "Human Rights Since 1945: an appraisal", The Great Ideas of Today, Ed. Britannica, 1971).

A concepção de Norberto Bobbio de sincretismo e composição das variadas teorias (Teoria do Direito e Teoria da Justiça) complementa-se com a Teoria da Ciência Jurídica, que permite o exame do evoluir de tais estudos na procura da metodologia jurídica, ou seja, o estudo ordenado da abrangência fenomênica, histórica, sociológica e real.

É bem verdade que os próprios formalistas, a partir de Kelsen, ponto maior do positivismo olímpico e desnaturalizado de outras ciências, refluíram, em todas as partes do mundo, principalmente após a hecatombe provocada pela 2ª Guerra Mundial, em que Adolf Hitler hospedou sua concepção e compôs seu direito desumano a partir da teoria de que o importante na lei seria a existência de um poder capaz de fazê-la ser cumprida, mediante a aplicação de sanções pertinentes à desobediência.

O interessante a notar é que o próprio Kelsen, inconscientemente, percebendo os problemas que a vedação ao penetrar de outras ciências nas fronteiras do direito acarretaria, assim como a relevância que o ideal de justiça poderia ter, indicou como a mais relevante das normas a de natureza sancionatória, posto que aquela garantiria o cumprimento das normas de comportamento.

## O normativismo

Assim é que a denominação de norma primária e de comportamento de secundária, não obstante falar, sem explicitar com segurança, em uma norma fundamental preexistente que seria a conformadora, em plano meramente racional, da primeira norma escrita, ou seja, a Constituição (Paulo de Barros Carvalho, "Teoria da norma tributária", Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed.).

As ineficiências do normativismo, pela redução sensível do campo de estudo do jurista, à evidência, levaram-no a ser abandonado nos países do Leste europeu, embora de plena justificativa nos países totalitários do Oeste continental, posto que a eliminação de um ideal de justiça e o Poder, sendo justificado pelo próprio poder, à luz do direito, por si só, outorgaram verniz suficiente para o domínio de uns poucos e a escravidão intelectual de muitos.

No Brasil, entretanto, o normativismo ainda viceja. A paixão por Kelsen influenciou algumas gerações de estudantes de Direito, que se autolimitaram no estudo do fenômeno social, abandonando a postura de nossos maiores e permitindo a invasão tecnocrática em áreas antes de predominância do jurista. Este, por ser obrigado a estudar todas as formas de regramento social, por sua própria vocação, tem a necessidade de conhecer os campos de atuação sobre os quais a norma incide e, portanto, possui visão mais ampla do fenômeno convencional. Ora, na medida em que sua experiência universalista, por excelência, foi substituída pela amputação da norma incontaminada e da Ciência Pura do Direito, sem vinculações, as gerações formadas sob essa perspectiva foram retirando-se e permitindo que os cientistas compartimentados da economia e da administração assumissem o controle nacional. E o resultado dessa deleteriana influência terminou por provocar o maior descompasso entre as aspirações do povo e a ordem legal vigente, entre as necessidades da Nação e os projetos elitistas de uma minoria de técnicos auto-suficientes, irresponsabilizáveis e desgovernados.

Miguel Sancho Izquierdo e Javier Hervada ("Compêndio de Derecho Natural", Ed. Euns, Pamplona, 1980), no esclarecimento das diversas correntes de Direito Natural, informam que só pertinem ao Direito Natural aqueles princípios "por necessidade" que o Estado não cria, mas reconhece. O direito à vida, por exemplo, é um direito não criado pelo Estado, mas por ele reconhecido. Não é construção humana, mas inerente ao próprio homem. O homem nasce com esse direito e com outros direitos fundamentais, que os Estados, por seu ordenamento jurídico, apenas consolidam. Compreende-se, pois, a razão pela qual o principal capítulo das garantias individuais das Constituições "civilizadas reconhece direitos, que não são criações intelectuais, mas pertencem, de forma individual e permanente, a cada ser humano.

Na formulação de Hervada e Izquierdo, que também é encampada por Francisco Ruiz ("Lecciones de Derecho Natural", Ed. Porto, Santiago de Compostela, 1970) e por Johannes Messner ("A ética social", Ed. Quadrante, S. Paulo), todavia, os princípios "acidentais" não são objeto do Direito Natural, posto que construção humana, como, por exemplo, o definir se a melhor forma de governo seria a monárquica ou a republicana. Ao Direito Natural tal indagação só diria respeito na medida em que os princípios "essenciais" estivessem em jogo, mas nunca em soluções contingenciais para níveis diferentes de civilização, no espaço e no tempo.

Tal concepção do Direito Natural, que diverge da formulada pelos racionalistas, que viam com clareza soluções naturais para todo o regramento legal da sociedade (José Carlos Graça Wagner, "A propriedade amanhã" in Caderno n. 2 de Estudos sobre o

57/84, 1978), à evidência não conflita, enquanto voltada para a realização de Direito Justo, com a concepção de Bobbio, que procura também eliminar divergências entre o positivismo e o jusnaturalismo, enquanto seus campos de estudo sejam examinados separadamente e não por um falso dilema que leve à exclusão de um ou de outro.

Para concluir esta primeira parte da análise, a concepção do fenômeno jurídico após Kelsen, no Brasil, foi a responsável pelo profundo desastre de nosso ordenamento, justificado pelo poder que o produziu. A influência nociva afastou os juristas da visualização mais universal do processo de criação normativa e permitiu que não-especialistas de direito (economistas e administradores públicos) passassem a representar o novo foco gerador, todos eles sem suficiência humanística de conhecimento e, por essa razão, tão compartimentalizados quanto os normativistas. Em verdade, por tal raquitismo cultural, foram incapazes de produzir projeto nacional, em nível de regramento jurídico e de aspirações populares, criando a falência do modelo desenvolvimentista, por falta de mecanismos universais de adaptação.

## A evolução do Direito

Tem-se como pacífica a clássica afirmação de que "ubi societas, ibi jus" e "ubi jus, ibi societas". Robinson Crusoe não precisaria do direito, posto que a ilha em que vivia lhe pertencia e não havia como ordenar sua convivência social, à falta de sociedade. A chegada de Sexta-Feira exigiu, todavia, o aparecimento do direito, no relacionamento social que se estabeleceu para que compartilhasse do espaço comum, de forma harmônica (Daniel Defoe: "Robinson Crusoe").

O direito, portanto, sempre existiu, muito embora a conformação de seu conteúdo ontológico assim como sua dimensão axiológica continuem a espiegar aqueles que estudam sua fenomenologia. L.H. Hart ("The concept of law", Ed. Clarendon), por exemplo, reexamina um dos sustentáculos de sua concreção (o hábito de obedecer) para lhe retirar relevância, considerando aspecto despiciente na relação obrigacional criada, muito embora atribua maior importância ao fato nas sociedades primitivas. O certo é que as sociedades primitivas, no seu próprio crescimento, foram criando elites governantes. As famílias primeiras, que evoluíram para as aldeias, principiaram a confiar sua segurança inicial aos mais dotados, os quais, na medida em que ampliavam seus conhecimentos, tendiam a transferir tais conhecimentos aos de sua própria família. A expansão demográfica terminou por gerar uma diferença de casta entre os que conheciam mais e assegurava a comunidade contra os inimigos, naturais e humanos, e aqueles que se marginalizavam e a eles se subordinavam.

De tal fenômeno, à medida que o conhecimento humano se ampliava, surgiu a crença inicial de que aquelas famílias de governantes eram privilegiadas, por terem recebido dos próprios deuses o direito de governar e o conhecimento que detinham. O povo passou a representar, na evolução da aldeia para a cidade e da cidade para o Estado, classe de servidores muito mais assemelhados a escravos que membros de uma comunidade de iguais (Ives Gandra da Silva Martins, "O Estado de Direito e o Direito de Estado", Ed. Bushatsky, 1977).

O Direito, enquanto ordenamento legal surgido no período, não é um direito de convivência social, mas de domínio, sendo as leis de Manu, o Código de Hamurábi, a legislação hitita e os mais sofisticados complexos legislativos de Dracon e Sólon apenas conjuntos de comandos normativos destinados à manutenção de estabilidade na convivência de dominantes e dominados e não dirigidos a permitir a evolução da sociedade como um todo.

É interessante notar que, não obstante o mundo eurasiático estivesse rigorosa-

mente dividido em três grandes blocos (Europa-Ásia Menor, Índia e China), o fenômeno se repetiu nos três planos espaciais, seja à época dos reinos combatentes na China, seja no período do rei Asoka na Índia, seja no cenário mediterrâneo e do Próximo Oriente (Toynbee, "A Humanidade e a mãe-Terra", Ed. Zahar, 2ª ed.).

Entre 600 e 480 antes de Cristo, entretanto, o mundo eurasiático recebeu o impacto de cinco grandes pensadores universais, que terminaram por influenciar sua nova feição filosófica, a saber: as concepções de Zaratustra, Buda, Confúcio, Pitágoras e Isaías. A partir de sua nova visão anticipatória, o homem ganhou outra dimensão, posto que, saindo das limitações naturais de um relacionamento de deuses soberanos e de povos escravizados, passou a conhecer, mais profundamente, suas potencialidades e seu universo amplificado-se.

Em que pese a influência que até hoje tais pensadores exercem em todo o mundo, a universalidade de Pitágoras — para efeitos de direito — teve repercussão maior, visto que o impacto do poder deus, embora penetrando a órbita do poder político, passou, principalmente, pela linha de relacionamento do homem dignificado por Deus. Pitágoras abriu, entretanto, o horizonte da contestação e descortinou o evoluir da filosofia grega, que, pelas lições de Sócrates, Platão e Aristóteles, terminou por dar o perfil atual da Ciência Política e de seu principal instrumento de realização, que é o Direito (Ives Gandra da Silva Martins, "Teoria da Imposição Tributária", Ed. Saraiva, 1983).

A suficiência grega, no descortinar horizontes insuspeitados no plano político, revelou-se insuficiente no concretizar a evolução do conhecimento do homem, mas permitiu que um povo vislumbrasse os novos tempos e terminasse por trazer, do plano ideal para o plano prático, as profundas descobertas do gênio helênico.

Roma, em rigor, foi a precursora da era moderna, na medida em que transformou o direito em forma de convivência social elevada, não obstante servisse como instrumento de domínio. O Império Romano somente resistiu — não obstante a fragilidade própria das lutas intestinas pelo poder, seja na Roma ocidental, seja na oriental — por tempo tão longo, graças ao fator de estabilização do Direito (Maurice Crouzet, "História Geral das Civilizações", Ed. Difel, vols. 3 e 4, 1961).

Antes, os povos dominavam pela força. Roma conseguiu que o Direito regulasse a conquista e que os povos conquistados almassem a garantia da cidadania romana, que os transformava em iguais, a ponto de, em plena decadência, ter sido tal cidadania estendida a todos os rincões do império e retardado o advento da queda inafastável (M. Aurelius Severus Antoninus, Caracala — 212 d.C.).

Ora, todo o Direito Romano ("jus civile" e "jus gentium") é alicerçado em uma visão da norma posta a serviço de uma realidade da qual não se distancia e a partir de concepção universalista, a ponto de Tácito se queixar, em sua época, de que os grandes oradores tinham sido substituídos pelos advogados, políticos e profissionais da palavra, em inequívoca demonstração da prática peculiar ao gênio romano (Tacitus: Dialogos de Oratoribus, Ed. Garnier, Paris).

O direito-vida, inserido na própria realidade social, como começo e fim de sua convivência, a partir de então passou a representar o elemento de sensível estabilidade entre os povos, sendo que sua violação, embora continuada, já não era mais conseguida sem as reações pertinentes a uma nova participação do homem na História.

rigor, já possuía o princípio fundamental da hierarquia de normas a preludiar o atual direito supremo.

Eis porque, não obstante o pequeno hiato de retrocesso provocado pela tentativa de reduzir-se o fenômeno jurídico a mera ciência instrumental — de tão rápido abandono pela Europa, mormente ao final da 2ª Guerra Mundial —, o impulso ofertado pelos romanos e pelos debates do século passado não foi eliminado e volta hoje, em todo o mundo, a ser estudado em sua dupla concepção instrumental e estrutural de convivência entre os homens.

E tal concepção volta a influenciar o próprio destino nacional, no momento em que a presidência e vice-presidência da República são entregues a bacharéis em Direito com visão universalista e não compartimentada (Cezar Saldanha Jr., "A crise da democracia no Brasil", Ed. Forense).

## As necessidades nacionais

Portugal, desde o seu nascimento como nação, distinguu-se dos demais países europeus por receber um perfil centralizador de governo. Desde Afonso Henriques, que assumiu a postura de um rei forte, reinando sobre senhores feudais subordinados, pelas próprias necessidades de permanência, pois que cercado por dois inimigos constantes (os reis espanhóis e os mouros), Portugal não se confundiu com as demais nações, em que o fenômeno se invertia, já que seus reis foram dirigidos por senhores feudais fortes, fator de obstaculização dos projetos para unificação política (Alexandre Herculano, "História de Portugal", 8 vols., Livraria Bertrand).

Compreende-se que uma estrutura política centralizadora não só permitiu a continuação de Portugal como nação, como propiciou o desenvolvimento do Direito — à época das grandes descobertas, o mais evoluído da Europa (Ordenações Afonsinas) — como das ciências, até mesmo daquelas destinadas à expansão de sua vocação marítima. Vocação de sobrevivência, em face de as rotas turbulentas por terra e as marítimas mediterrâneas passarem por domínios do inimigo potencial ou real (Espanha e mouros) que o levaram a gerar, pela Escola de Sagres, o grande projeto de conquista de novas rotas pelo espaço exterior.

Os dois momentos de intensa realização nacional de um pequeno povo em pequeno território só foram possíveis graças à centralização do poder e a uma política voltada para a busca de outras alternativas, só não tendo sido mais duradoura, em face do número reduzido de portugueses, à época menor que a da maior parte das grandes cidades brasileiras atuais.

Ora, o Brasil, destinado a Portugal, muito antes de sua descoberta oficial, antecipada por erro técnico de navegação e político de declaração atribuída a Pedro Álvares Cabral, desde o início surgiu, em sua conformação jurídica, com as mesmas características de Portugal, isto é, o Estado sendo estruturado legalmente antes do povo, por outorga de um poder central. O mesmo tipo de Estado, nascido de um poder central existente antes do povo em 1128, quando Afonso Henriques venceu a batalha de São Mamede e, no Castelo de Guimarães, iniciou a independência do Condado Portuense (1141).

Assim é que o Brasil foi dividido em capitães hereditários sem que houvesse gente para participar da divisão, tendo sido sua história, durante o período colonial, a expressão constante do centralismo português, cujo mérito maior, não obstante, residia em sua capacidade, herdada dos romanos, de integrar os povos por seu Direito, e cuja maior deficiência se encontrava na pouca flexibilidade às idéias liberais em matéria política.

Episódios como os de Amador Bueno ou da Inconfidência Mineira foram fenômenos locais, mais destinados à preservação de fontes regionais de sustentação nas colônias (liberdade para o bandeirantismo, sem

fiscal excessiva provocada pela derrama), mas nunca, a rigor, verdadeiros movimentos nacionais (Ives Gandra da Silva Martins, "Desenvolvimento Econômico e Segurança Nacional — Teoria do Limite Crítico", Ed. Bushatsky, 1971). Tanto é verdade que a independência do Brasil decorreu da ação de príncipe português, que, depois de imperador no Brasil, foi rei em Portugal.

Acresce-se, na história brasileira, que a herança romana, mais viva em Portugal que em outros países, em face de seu próprio ordenamento jurídico, mais superior na Idade Média e Renascença, terminou por integrar Brasil e Portugal, quando da vinda da família real, transferindo, de forma viva, o centralismo português e a noção de Estado antecedente ao povo e não sendo, dele resultante, da Europa para a América.

A inequívoca estabilidade do período imperial brasileiro, resultante de dois fatores (centralismo de um lado e forma mais evoluída de governo de outro — parlamentarismo) e decorrente da inexistência de guerras de libertação, acabou por tirar do limitado movimento republicano a autoridade de ter sido uma verdadeira revolução, posto que movimento surgido longe do povo e nos gabinetes dos intelectuais, que a proclamaram (Cezar Saldanha Jr., "O consenso no constitucionalismo brasileiro", tese de doutoramento, FDUSSP, 1984).

Compreende-se, pois, a razão pela qual as duas Constituições Brasileiras de 1824 e 1891 não surgiram das necessidades nacionais, mas das consequências pertinentes ao centralismo do poder, nem se podendo dizer que aquela redigida por Ruy Barbosa tenha introduzido a federação no País, visto que tanto o presidencialismo, responsável por inúmeras crises inexistentes à época do parlamentarismo imperial, como a federação foram modelos importados dos Estados Unidos e não retirados das aspirações populares.

E aqui, em rigor, principia a aguda crise institucional do País. Até então, malgrado a insuficiência das instituições anteriores, elas representavam aquelas que melhor se adaptavam à origem do Poder centralizado, nascido em Portugal. Havia uma certa conciliação entre a tradição centralizadora, o poder e o povo, em face de sete séculos de convivência no período reinol, colonial e imperial.

No momento, entretanto, em que a concepção do Poder continuou a mesma, mas o modelo deixou de ser original e passou a ser importado, o descompasso entre o ordenamento jurídico inadequado foi projetado para sucessivas crises em que o governo, o povo e as instituições se postaram em planos inconciliáveis, gerando problemas de identidade, até hoje não superados (Ives Gandra da Silva Martins, "O Poder", Ed. Saraiva, 1984).

Isto porque nossas Cartas maiores e nossa Federação formal, mas não real, criaram questões de tal magnitude que se tornou impossível equacioná-las, sem crises institucionais sérias, entremeadas de revoluções e períodos de exceção.

O problema só não foi maior e o descompasso mais agudo em face da permanente atuação dos políticos, bacharéis em direito, na reordenação nacional.

As Constituições de 1934, 1937 e 1946 — esta, formalmente, surgida de um Congresso livre —, em verdade, continuaram a repetir os mesmos erros de identidade, pretendendo dividir o Brasil em capitães hereditários, sob a forma de uma Federação, repetindo modelo que floresceu nos Estados Unidos, às avessas, onde os próprios Estados geraram a Federação.

O problema, todavia, se agravou de forma definitiva no momento em que os técnicos e os militares criaram o último diploma superior, sem a colaboração livre dos juristas nacionais, resultando no centro da grande crise do País o modelo albergado pela Constituição de 1967 e suas 24 emendas. Tais diplomas são os maiores responsáveis pelo drama do País, em face de teorizar direitos e praticar, em seus variados dispositivos, a centralização mais irresponsável que o Brasil conheceu, desde a independência.

Fala-se, portanto, agora, na convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, que o Brasil, em verdade, nunca teve, posto que nossos diplomas maiores surgiram sob variadas formas, mas nunca do livre e permanente debate da vocação nacional. Pela primeira vez se fala em um povo gerar a Carta Maior e não ser ela imposta por uma elite dominante. Mas será isto possível (José Eduardo Faria, "A Constituinte", *Jornal da Tarde*, 3 sábados de janeiro de 1985, e Celso Bastos, "Por uma nova Constituinte", *Jornal da Tarde*, 4/2/85, pág. 15).

## Assembleia Nacional

Em abril de 1984, as três instituições da classe dos advogados de São Paulo (o Instituto, a Associação e a Ordem) promoveram, com o apoio do Centro Acadêmico XI de Agosto, solenidade de lançamento da idéia de uma Assembleia Nacional Constituinte.

A linha pelas "diretas já" e, posteriormente, pela mudança do quadro político, através da eleição de um presidente de oposição, terminou por reduzir o impacto da campanha, então deflagrada mas agora rejeitada.

Permaneceu, todavia, a intensa elaboração doutrinária decorrente do período. A Associação dos Advogados de São Paulo dedicou um número da Revista do Advogado (n. 15) inteiramente ao Direito Constitucional, concluindo a série de artigos por um debate entre os professores Paulo Bonavides, Celso Bastos e nós mesmos, com a participação dos advogados Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, seu idealizador, Luis Sampaio Gouveia e Piza Fontes. O tema foi a relevância de uma Assembleia Nacional Constituinte para a elaboração de uma autêntica Carta neutra ("A crise institucional e a Assembleia Nacional Constituinte", pgs. 59/74).

Os estudiosos de Direito Constitucional têm sempre preferido o poder originário de uma Assembleia Constituinte que aquele derivado de um parlamento com tais poderes.

Entre muitos fatores que levam à preferência, é realçado o fato de o Parlamento ser organismo de produção legislativa, cujos participantes são políticos com vocação parlamentar que pretendem continuar sua carreira pública, os quais, quando revestidos da condição de constituintes, tendem a legislar sobre a lei maior como se de legislação ordinária ou cotidiana se tratasse. Até porque exercem, simultaneamente, as duas funções, não podendo dedicar atenção exclusiva àquelas de constituinte. Acresce-se outro aspecto, o de que estão vinculados às estruturas partidárias preexistentes, projetando muito mais a concepção de partidos, muitas vezes sem nenhuma conotação ideológica.

A Assembleia Nacional Constituinte, ao contrário, nasce de convocação para a qual se candidatam aspirantes, que pretendam trabalhar, objetivando a produção de Carta Maior e encerrando sua participação com a promulgação da lei suprema. O casuismo, portanto, passa a ser elemento de menor relevância, mormente se a Assembleia for convocada, a par do Parlamento, evitando-se que mandatos possam ser acumulados.