

Assembleia Constituinte

15 FEV 1986

JORNAL DA TARDE

pequenas omissões
 num assunto vasto.

DIREITO O DEBATE CONSTITUINTE, AGORA MAIS RICO.

As análises realistas sobre o tema Constituinte foram enriquecidas com a monografia de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, professor titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo.

Afastando-se de um tratamento meramente formalista, que tem sido o mais usual no exame de questões relativas àquela matéria, o sucessor de Miguel Reale na reflexão dos problemas filosóficos do Direito em nosso país não se omitiu perante o debate sobre os rumos políticos da sociedade brasileira, em momento de crise tão profunda como esta, provocada pelos 20 anos do pesadelo autoritário e da desorganização institucional que a ditadura de 64 acarretou. A monografia, como seus subtítulos indicam, se ocupa de questões pertinentes à Assembleia, ao processo e ao poder, numa linha de exposição, histórica e sistêmica, de manifesta inspiração sociológica.

As origens universitárias do professor Ferraz se vinculam naturalmente ao influxo filosófico que ele recebeu na Mogúncia, Alemanha Ocidental, onde, em 1979, ouviu dos professores Theodor Viehweg e Ottmar Ballweg, o primeiro já aposentado e o segundo em pleno exercício da função docente, um testemunho de aplauso, simpatia e respeito ao colega brasileiro.

De Viehweg, o pontífice da Tópica, Ferraz fora discípulo; de Ballweg, colega e amigo. A presença, pois, do professor paulista não poderia faltar, como não faltou na obra *Teoria Retórica do Direito (Rhetorische Rechtstheorie)*, publicada por Ballweg e Seiber em 1982, onde Tércio faz uma análise retórico-pragmática da norma permissiva.

A projeção internacional do professor Tércio Ferraz Júnior, está portanto fora de dúvida, sendo esta mais uma razão para festejarmos como das mais significativas a sua presença no debate constituinte do País. Com o professor Tércio, sentimos muitas afinidades metodológicas no campo do Direito. A maneira como ele colocou a Constituinte, fugindo aos cânones formais, só nos merece louvores.

Os reparos subsequentes configuram, todavia, divergências, sobre certas afirmativas contidas na obra. Senão, vejamos. Primeiro, escreve Ferraz: "Para que exista poder constituinte derivado é necessário que o poder constituinte originário estabeleça limites às alterações da própria Constituição" (1). Até aqui estamos de inteiro acordo, sobretudo quando ele, a seguir, distingue tais limites em formais e materiais. No entanto, prossegue textual: "Existem ordens constitucionais, porém, com a norte-americana que não conhecem a idéia de poder constituinte derivado, pois só admitem o poder constituinte originário" (2). A esta altura, discordamos por completo. O poder constituinte originário só se exercitou nos Estados Unidos uma única vez, há cerca de 200 anos, quando a Assembleia de Filadélfia fez talvez a mais longa e rígida das Constituições existentes.

Todas as mudanças formais ulteriores, adicionadas ao texto constitucional norte-americano, foram sempre obra de um poder constituinte derivado ou constituído ou de segundo grau, que outro não é senão o poder de reforma da Constituição, de que é dotado o Congresso dos Estados Unidos — tanto quanto o nosso, um poder constituído — tão constituído como os demais poderes, o Executivo e o Judiciário, estruturados segundo o modelo clássico de Montesquieu, nascido de reflexões historicamente falhas sobre a Constituição da Inglaterra (3). Logo, os Estados Unidos, foram, em verdade, o padrão por excelência de um poder constituinte derivado, de natureza jurídica, e o foram na medida em que sua Constituição projetou as limitações formais além do Congresso (aqui *quorum* de dois terços das duas Casas para aprovação da emenda constitucional), ou seja, ao exigirem, também, num excesso de formalismo federativo (já em parte satisfeito com a intervenção do Senado), a ratificação da emenda por três quartos partes das Assembleias Legislativas dos Estados-membros da União Americana.

Discordância também ponderável assinalamos, tendo em vista o que Ferraz asseverou: "A república americana... não nasceu junto com a idéia de república" (4). Se isso fosse verdade, toda a contribuição do "Federalista", onde escreveram os Pais da Constituição, viria abaixo.

Afigura-se-nos igualmente temerária ou errônea outra assertiva, com que ele dá continuidade àquela parte transcrita de seu texto: "Ao contrário, a Constituição que foi depois estabelecida na Constituição americana era uma Constituição mais do tipo parlamentar, parlamentarista, mais ou menos na esteira do que havia na Inglaterra" (5). Ora, não há nada no texto da Constituição norte-americana que invoque a forma constitucional parlamentarista, nem no texto, nem na realidade.

Desde os primeiros momentos, desde a inauguração ali do regime presidencial, houve, em rigor, um presidencialismo rígido, modelo da nova forma governativa, oposta ao sistema parlamentar inglês. Se a Inglaterra inspirou o presidencialismo americano, foi unicamente com a memória do rei poderoso e absoluto, cujas prerrogativas os súditos sublevados no século anterior haviam reprimido mediante o sangue real derramado sobre o cadafalso de Carlos

I, ou até mesmo abolido, como a ditadura republicana de Cromwell, para finalmente restaurá-las, em bases monárquico-constitucionais, após a "Gloriosa Revolução" de 1688. Mas aí — reitere-se o entendimento inequívoco — já sob o signo restritivo e constitucional da ascensão parlamentar, que desembocou na vitoriosa hegemonia do Parlamento. Isso é porém uma cadeira de sucessos que transcorrem ao longo de três séculos e chegam até as primeiras décadas do atual. Poder-se-ia ainda dizer, para invalidar aquela afirmativa do professor Tércio Ferraz, que há dúvidas se a Inglaterra já possuía, durante a segunda metade do século XVIII, uma genuína forma parlamentarista de governo.

Com certeza, não nos consta fosse naquela época a Constituição americana "uma Constituição mais do tipo parlamentar, parlamentarista, mais ou menos na esteira do que havia na Inglaterra", pois nem na forma nem na realidade encontramos jamais nos Estados Unidos um primeiro-ministro, uma responsabilidade ministerial ou uma dissolução parlamentar, técnicas ou artefatos políticos mediante os quais se compõem a essência e a fisionomia da forma parlamentarista de governo. Tampouco poderia uma espécie híbrida de parlamentarismo ou presidencialismo dispensar jamais aqueles instrumentos, como o presidencialismo americano sempre o fez. Desde as nascentes de sua organização constitucional, os Estados Unidos consagraram, portanto, outro modelo político, de perfil autônomo e distinto, qual seja, o presidencialismo, mais perto ali de sua pureza e de sua antítese clássica ao parlamentarismo do que qualquer outro sistema político conhecido.

Quando se ocupa das Constituintes brasileiras, no capítulo nº 7 da monografia comentada, o professor Ferraz escreve: "O Estado brasileiro, desde que nasceu, foi um Estado Constitucional, um Estado cujo Poder era limitado e organizado através de uma Constituição escrita". E na página seguinte: "O Brasil nasceu um Estado constitucional, em 1822, logo depois, em 24, com a Constituição do Império" (6). Ora, o Estado brasileiro nasceu formalmente com a Independência, a 7 de setembro de 1822, mas não nasceu constitucional, pois não nos consta houvesse já então uma Constituição escrita organizando e limitando-lhe o poder. A Constituinte viria em 1823. Dissolvida no mesmo ano, seria sucedida pelo ato de outorga da Constituição do Império, obra de um Conselho de Estado que o Imperador presidira, mas em verdade fruto da vontade privilegiada e absoluta de quem tivera o poder de desferir contra a Constituinte o funesto golpe de Estado de 12 de novembro de 1823.

Não nos parece tampouco aceitável a peremptória assertiva do jurista segundo a qual "no Brasil, ao contrário, é preciso reconhecer que o ideal constituinte se implantou como um movimento no interior do aparelho do Estado". A sociedade civil poderia ser elitista, mas já existia e era atuante através de bacharéis, sacerdotes e militares. A aspiração constituinte, ainda como ideal, era facilmente identificável na rebelião republicana de 1817, em Pernambuco, anterior ao advento do Estado, e com muito mais força depois, no movimento armado da Confederação do Equador, de que resultaram até esboços de Constituição. Nunca esquecer que Frei Caneca, sacerdote e mártir, foi na pregação do "Typhis Pernambuco" nosso primeiro constitucionalista.

Enfim, faltaram ao estudo "Constituinte, Assembleia, Processo, Poder", de autoria de Tércio Ferraz Jr., a resposta e o debate sobre as seguintes questões concretas, que, a nosso ver, são de magna contutura para o momento constituinte nacional: Constituinte Congressional ou Constituinte autônoma? (a legitimidade do processo constituinte), Constituição do povo ou Constituição das elites? Estado social, com pluralismo, democracia e consenso ou Estado de Direito meramente formal, patrocinado por liberais e conservadores, debaixo de formas aparentemente progressistas, como se fez em 1946?

Não sendo o professor Ferraz um constitucionalista, mas um brilhante pensador e mestre de outras áreas do Direito, as considerações expendidas em nada desmerecem a monografia que ele publicou. Valiosa no seu conjunto e sólida na sua estrutura, nem por isso se acha ela isenta de falhas ou omissões, as quais, via de regra, nos sujeitamos todos quando enfrentamos matéria tão vasta, tão completa e tão polêmica como esta de Constituinte e Constituição.

Notas

- (1) Tércio Sampaio Ferraz Júnior, "Constituinte, Assembleia, Processo, Poder", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, pág. 31
- (2) Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ob. cit., pág. 31
- (3) Veja-se o Capítulo VI do Livro XI do "Espírito das Leis", de Montesquieu
- (4) Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ob. cit., pág. 36
- (5) Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ob. cit., pág. 36
- (6) Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ob. cit., pág. 47
- (7) Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ob. cit., pág. 49.

Paulo Bonavides