

Constituição e instituições

JOSÉ ARTHUR RIOS

Sociólogo criminal e pesquisador. Professor de Sociologia Criminal e Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Ex-membro do Comitê de Prevenção de Crime e Tratamento de Presos, da ONU e Consultor dessa Entidade

A nova Constituição emerge num amplo horizonte de expectativas e esperanças. De olhos postos nos céus da Nova República aguardamos essa iniciativa auroral certos de que irá trazer-nos prosperidade econômica, estabilidade social e confiança política. O velho messianismo que dorme no fundo da alma nacional, mas que acorda lépido a cada solavanco brusco da história, retorna em cada um de nós, com forças dobradas. É bom que nos sintamos assim, jovens e esperançosos, num mundo que revela tantos sinais de decrepitude. O que não podemos permitir é que a esperança se transforme em ilusão e nos feche os olhos a uma realidade arestosa e hostil.

Somos todos obrigados a atentar para riscos que, nessa obra constituinte, encontram-se dentro de nós, em nosso modo de ser. É o vazo de nos deixarmos levar por mecanismos formais e, insensivelmente, substituí-los ao senso da realidade. Esse risco tem precedentes históricos e mergulha suas teimosas raízes em nossa herança cultural. Estamos longe de ter sepultado o ingênito bacharelismo de nossas elites que outra coisa não é senão a confusão entre o fundo e a forma;

e a ingênua convicção de que a realidade, por mesquinha que seja, será resgatada pela magia da palavra, os problemas, por mais intrincados, resolvidos pela lei escrita. Essas convicções impregnaram nossa formação, empapada de Enciclopedismo e de uma visão nominalista da lei e do direito.

Uma Constituição remete a instituições — para criá-las, mantê-las ou destruí-las. Dessa dialética, que pode resultar em harmonias felizes ou em fundos desequilíbrios, depende a sorte dos Governos e dos povos. O indumento constitucional pressupõe um arcabouço institucional, como debaixo da pele o jogo escoreito dos músculos e da ossatura.

Ainda que em crise declarada, as instituições são resilientes. É mais fácil que sofram a erosão dos tempos ou se dissolvam pela inexorável entropia social do que se modifiquem por um reformismo de superfície. Mais comum é que se renovem pelas lentas mutações históricas do que pelas revoluções ou pelos modismos. Disso tivemos recentes e sobradas lições.

A Constituição de 91, por exemplo, não alterou a organização social do País. Foi precisamente sobre esse hiato entre a realidade social e as idealizações da Constituinte de 91 que incidiu a crítica de OLIVEIRA VIANNA. A inserção das liberdades fundamentais no corpo da lei não as legitimou, nem atenuou o entrechoque feroz das clientelas que disputavam o poder. Para caracterizar essa distância, o sociólogo fluminense usou termo nobre, dando-lhe sentido depreciativo. Não é outro o significado do "idealismo utópico" que atribuiu aos nossos Constituintes (contrapondo-o ao "idealismo orgânico"), e cuja origem vinculou erroneamente à cultura política alienígena desses pró-homens. O primeiro tipo de idealismo não levaria em conta os dados da experiência; o segundo "só se apóia na experiência... só se orienta pela observação do povo e do meio" (1).

Não importa discutir o cerne dessas idéias; nem indagar se a política pode ser feita unicamente de experiências despidas de toda idealização. Mas não cabe dúvida que incidimos várias vezes nesse idealismo utópico cujo verdadeiro nome seria alienação. Conta-se que, após ter jurado cumprir a Constituição de 34, o Presidente Getúlio Vargas teria dito a um confidente: "É totalmente impraticável!" O que mostra, entre outras coisas que, mal envergara a faixa presidencial, já ruminava propósitos ditatoriais.

Onde ficaram as intenções de representação classista dos Constituintes de 34? Mais resumidamente — onde ficou a Constituição de

(1) J. F. OLIVEIRA VIANNA. *O Idealismo da Constituição*. São Paulo, 2.^a ed., 1930, p. 13.

34? Fulminou-a o sociólogo fluminense: "Num País como o nosso e num regime como o que temos, onde não há um rei para encarnar a Nação, a preponderância da Câmara, quero dizer, a subordinação do Presidente da República a ela, é absurda." Mas a Carta que a substituiu, a de 37, que o sociólogo considerava fundamentada em "lição colhida da nossa própria experiência" — que restou dela? Teria vindo, para o mesmo Mestre, resgatar erros de um regime ultrapassado: "Não há, na nova Carta, (referia-se à de 37) uma única restrição ao poder do Parlamento ou à autonomia dos Estados que não tenha, para fundamentá-la, um abuso, um erro, uma tradição nociva, verificados na vida do regime abolido a 10 de novembro: eis o fato" (2).

E, no entanto —, "où sont les neiges d'antan?" Onde foi parar a Constituição de 37 e sua forma corporativa de governo nunca sequer ensaiado? Tudo são ensinamentos de um passado recente que merecem ser meditados e assimilados.

Esse fervor constitucionalista que nos deu, no espaço de quinze anos, três Constituições, esfriou a tal ponto que passamos outros quinze praticamente sem nenhuma, ou seja, governados apenas por uma Emenda Constitucional, o que escandaliza o senso jurídico, mas para muitos talvez represente bela lição da experiência.

Por que, afinal, uma Constituição? Será uma necessidade intrínseca ou produto de mera convenção, simples modismo jurídico que se propagou pelo Ocidente a partir do século XVIII? No momento em que afiamos a pena e temperamos a voz para o grande debate constituinte, essas perguntas se impõem, quando menos para uma ordenação do problema.

A idéia original dessa invenção política foi contrapor ao poder pessoal uma lei maior; submeter os caprichos do monarca ou do tirano a princípio mais alto, protegendo, portanto, o homem comum dos abusos e desmandos do Príncipe. As Constituições surgiram em momento de declínio do poder pessoal; foi aí que se percebeu sua necessidade (3).

Sob essa inspiração surgiu, no século XIII, na Inglaterra, a primeira Carta. No século XV a teoria da representação emergia, acabada. Mais tarde, a Revolução inglesa de 1638 buscou a proteção dos direitos individuais. A consciência desses direitos não é casual, nem corresponde, nas sociedades ocidentais, a mera elaboração ideológica. Surge quando se rompem as proteções estamentárias e comunitárias da Idade Média dando lugar à sociedade de classes, e à dura compe-

(2) As citações de Oliveira Vianna, *ib.*, pp. 155-56.

(3) Ver WALTON H. HAMILTON, verbete "Constitutionalism" in *Encyclopedia of the Social Sciences*, New York, 1931, vol. IV, pp. 255 e segs.

tição entre elas. A classe média nas cidades — a burguesia, no sentido lídimo do termo — transforma suas necessidades — de estabilidade, segurança, continuidade — na postulação de direitos ameaçados, primeiro, pelos senhores feudais; depois, pelos representantes do poder real, dantes seu aliado. As aspirações dessa classe chocavam-se violentamente com as discriminações e privilégios da sociedade estamental. Um dos pontos de conflito eram os tribunais especiais; outro a imposição de tributos; outro a liberdade de trânsito; outro ainda a livre manifestação do pensamento. Essas reivindicações de uma classe burguesa e comerciante passaram a generalizar-se e universalizar-se e, após a Revolução francesa — nesse ponto atrasada de um século em relação à inglesa — passaram a constituir pontos fundamentais nas relações dos cidadãos com o Poder.

Outra idéia-força na composição do Constitucionalismo é a concepção das relações entre governantes e governados como um tipo de pacto ou convênio — o contrato social. Aos poucos a idéia de contrato, nascida na esfera do comércio e das obrigações civis, transfere-se para o domínio das relações públicas. A idéia encontra antecedentes ilustres. Antes de eclodir com ímpeto revolucionário em ROUSSEAU, arranca de uma tradição patristica e medieval, radicada na concepção de que Deus e o povo — nessa ordem — são as fontes do Poder. GUILHERME DE OCKHAM, entre outros, retomando Santo AGOSTINHO e por ele CÍCERO, afirmava que a autoridade do soberano derivava de contratos originais. O que nada mais era que o desdobramento da idéia do Estado, segundo o tribuno romano, como *societas* (4).

Em ROUSSEAU, o pacto social não é propriamente uma forma de governo. O pensador genebrino afirmou apenas que constitui a base essencial da sociedade. Foi a solução que descobriu para um problema que armara: “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se aos demais, só obedeça, no entanto, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes.” Expressamente o declarou, páginas adiante: “só há um contrato no Estado, é o da associação: este por si exclui todos os demais” (5).

Generaliza-se, a partir do século XVIII, a idéia do pacto entre soberano e súditos, e com ela a forma que logo assume de Carta, de Constituição. Para isso contribuía, não só a necessidade de garantir aqueles direitos fundamentais e de estendê-los, pelo menos em teoria, a todos os participantes do corpo social; e algo mais importante, tornar

(4) OTTO GIERKE. *Political Theories of the Middle Age* (tradução inglesa). Boston, 1958, pp. 39 e 47, nota 136.

(5) JEAN-JACQUES ROUSSEAU. *Du Contrat Social* (1761), Livro III, cap. XVI.

previsíveis as relações de direito público, exigência indispensável a uma sociedade onde o político tendia a girar na esfera do econômico (6).

Esses são os fundamentos do Constitucionalismo — para alguns marxistas, apenas uma modalidade passageira de “ideologia jurídica” —, (7) mas cujo objetivo seria sobretudo assegurar aos cidadãos proteção contra o déspota. “Lei para o governo (é a lição de WALTON HAMILTON), salvaguarda de direitos individuais, consignados em letra de forma — eis a Constituição” (8). Limitação do Poder, portanto, de suas operações e incursões.

Curiosa forma de transição é a que se encontra na história das colônias norte-americanas, antes de 1787, onde as Cartas outorgadas pela metrópole foram paulatinamente se convertendo em Constituições de comunidades livres. Até que a Revolução americana, proclamando a Constituição de 1787, converteu-as em algo mais — em manifesto, símbolo, declaração de guerra ao Poder absoluto. No que foi seguida e imitada pela Revolução francesa.

Dai por diante, o constitucionalismo se transforma em modismo e gera, por vezes, o culto fetichista da letra constitucional, identificando-se com os movimentos liberais. Todo país que se prezasse teria de viver o rito constitucional, arrancar do monarca um diploma outorgado, ou vetá-lo em movimentadas assembléias. A Carta passou a ser, sobretudo para as antigas possessões, um padrão de anticolonialismo, de independência, de liberdades políticas duramente conquistadas às metrópoles (9).

Através da Constituição o processo histórico que explodiu nas revoluções liberais consagraria novas instituições: o sufrágio universal, a igualdade perante a lei, o júri, e assim por diante — formas de desigual recepção (10).

(6) MICHAEL E. TIGAR e MADELEINE R. LÉVY. *O Direito e a Ascensão do Capitalismo* (tradução brasileira). Rio de Janeiro, 1979, p. 272; e JOSÉ ANTONIO MARAVALL. *Estado Moderno y Mentalidad Social*. Madrid, 1972, vol. II, pp. 57 e segs.

(7) TIGAR e LÉVY, *op. cit.*, pp. 269 e segs. Assim os dois autores a definem: “Um enunciado, em termos de sistema de regras legais, das aspirações, objetivos e valores de um grupo social.” *Ib.*, p. 275.

(8) HAMILTON, *op. cit.*, p. 255.

(9) CARL FRIEDRICH, verbete “Constitutions and Constitutionalism” in *Encyclopedía of the Social Sciences*, New York, 1968, vol. III, pp. 318 e segs.

(10) Nessas invenções às vezes foram menos felizes. Para as instituições criadas no Brasil, ver OLIVEIRA VIANNA — *Instituições Políticas Brasileiras*, Rio de Janeiro, 1949, vol. II, p. 129.

A reflexão, o senso crítico e a experiência apuraram os textos constitucionais. Isso não abateu o que uma autoridade, nos Estados Unidos, chamou "culto constitucionalista". Amiudaram devoções na capela da liberdade e da lei. A Carta seria o mais perfeito instrumento de governo jamais concebido; suas bases repousavam na rocha indestrutível da justiça imparcial para todos. Foi, na pena dos doutrinadores, grande alento, norma e ordenação divina, supremo altar, espelho fiel do coração do povo, fortaleza impenetrável preservando as portas da liberdade e muito mais. Como os Dez Mandamentos devia ser lida e cabalmente entendida. O douto autor que colheu essas hipérboles na história do constitucionalismo norte-americano considerava-as simples amostra, porque uma lista exaustiva das manifestações dessa religião secular ainda está para ser feita. De onde se vê que lá e cá a retórica é a mesma ⁽¹¹⁾.

O tempo e o uso foram poindo e esgarçando o pergaminho das Cartas. Evidenciaram-se suas limitações. Primeiro, formais, depois, mais profundas, verdadeiros desencontros sócio-culturais. O destino desses textos, como o de toda lei, por mais venerável, é o de serem interpretadas por homens que lêem sua letra miúda com as lentes da formação pessoal e da opinião. A interpretação lógica sobrepõe-se uma visão pessoal, às vezes preconceituosa, que enseja a distorção e o debate. Em vão o Evangelismo, nos Estados Unidos, pretendeu estender à Lei Maior norte-americana os critérios estreitos com que decifrava os textos bíblicos. Cautamente, o grande juiz da Suprema Corte, Wendell Holmes, advertiu:

"A vida da lei não é lógica: consiste em experiência. As necessidades do tempo, as teorias morais e políticas predominantes, as instituições da política, manifestas ou latentes, até os preconceitos que os juizes partilham com seus concidadãos, têm tido maior importância que o silogismo na definição das regras pelas quais os homens se governam" ⁽¹²⁾.

Daí a necessidade de embutir na própria Lei Magna, sem desfigurá-la, mecanismos de revisão e emenda, e que muitas vezes leva a agudos confrontos entre Legislativo e Judiciário, de que é referta a história constitucional. As construções formais cedem à autoridade maior de intérprete.

"Uma sociedade que pensa em termos estáticos, de perfeição política, produz o melhor governo possível e preserva-o mediante cláusulas rígidas de emenda; enquanto uma

(11) HAMILTON, op. cit., p. 256.

(12) OLIVER W. HOLMES. *O Direito Comum* (tradução brasileira). Rio de Janeiro, 1967, p. 29.

sociedade que visa o progresso, em termos dinâmicos, descobre, no estatuto, formidável obstáculo à adaptação política" (13).

Apesar disso, o processo de revisão não chega a ser um teste da rigidez, ou da flexibilidade, das Constituições. McBAIN, autoridade norte-americana, mostrou que a exigência dos dois terços das duas casas legislativas para a votação de uma emenda à Carta jamais constituiu obstáculo à revisão. O que é rígido ou flexível é a sociedade, a mentalidade, sobretudo a dos juristas, ou essa força vaga, mas consistente, que é a opinião (14).

A Constituição tem de ser pensada num contexto cultural. Se resulta, como quase sempre ocorre, de um confronto entre necessidades e aspirações, compromisso entre ideais e realidades, entre essências e circunstâncias, cabe considerar a formação do constituinte e do legislador como elemento imediato, desprezando-se abstrações remotas como as forças econômicas que atuam sempre pela intermediação do hábito intelectual e da mentalidade jurídica.

Nítidas certas aspirações do povo brasileiro, provadas e demonstradas no seu caminho histórico: um ecumenismo racial e social, a solidariedade que extravasa das barreiras de classe, o amor à justiça e à liberdade, uma religiosidade singela. Se algum sentido assume a expressão, a democracia no Brasil tem de revestir essas características e a Constituição será seu espelho.

Não menos poderosas, no entanto, são as forças que trabalham na nossa psyché, e messianismo — a espera sebastianista num salvador que nos redima da fome, da inflação, da miséria, da dívida externa e de tantos outros flagelos; certo providencialismo mágico que nos leva à crença nos "milagres" sociais e econômicos sem muita correlação com esta ou aquela ideologia — o que nos torna vítimas potenciais dos demagogos de qualquer corrente; o apego bizantino à letra e, no caso da lei, a crença em sua função miraculosa e salvífica (15).

Essa mentalidade articula-se num quadro institucional não menos presente e atuante. A organização parental, paternalista, autoritária e repressiva da sociedade sempre desmentiu, na prática, as aspirações generosas de algumas constituintes: a igualdade perante a lei, os direi-

(13) HAMILTON, p. 158.

(14) É opinião de HOWARD LEE McBAIN, verbete "Constitution" in *Encyclopedia of the Social Sciences*, New York, 1931, vol. IV, p. 261.

(15) Sobre os efeitos do messianismo na mentalidade brasileira a grande autoridade é MARIA ISAURA PEREIRA DE QUEIROZ. Ver ainda José Oswaldo de Meira Pena "Sebastianismo e Militarismo no Brasil" in *Carta Mensal*, CNC, Rio de Janeiro, vol. XXXI, n.º 361, abril, 1985.

tos uniformes da cidadania; viciou instituições políticas, o jogo dos Poderes constitucionais, a representação partidária, e até a famosa expressão da vontade popular pelo voto.

Chegar à verdadeira Constituição do país é superar seus andaimes formais e perceber, além deles, aquilo que uma autoridade chamou a "Constituição viva" (16) e que os transcende.

Fundamentais, sem dúvida, são os princípios inerentes a toda ordem democrática. Entre eles avulta, de primeiro, a proteção — não do indivíduo que é uma abstração inexistente —, mas da pessoa, conjunto de corpo e alma, contra o aviltamento da miséria e contra as forças leviatânicas que, de toda parte, a ameaçam (17). Desde logo, o próprio Estado, o Poder na sua realidade nua, a força coativa sem a qual a lei nada é, mas que pode voltar-se contra a própria sociedade e destruí-la. Outra, é a onipresença da massa que hoje ameaça valores pessoais como a integridade e a intimidade. A pessoa é o núcleo inviolável do homem, feito de crenças e convicções, aquilo que o faz viver e sobreviver. Em torno dela desdobram-se direitos — os chamados direitos fundamentais que podem retrair-se ou ampliar-se e cujo conteúdo varia com os tempos.

O segundo princípio formal seria a proteção da comunidade política contra o monolitismo estatal, o que foi tentado através da chamada "divisão dos poderes". Costuma-se associar essa idéia a MONTESQUIEU, mas já está contida na concepção aristotélico-tomista do governo misto; e formulada pelo teórico da Revolução inglesa, do século XVII, JOHN LOCKE, que pensara o Governo apenas em termos de Rei, Lordes e Comuns. Só em 1701 o *Act of Settlement* reconheceria a independência do Judiciário. MONTESQUIEU, aliás, não pensava grande coisa deste último, do qual participava, porque chegou a escrever que em certo sentido era nulo — "dans une façon nul", ou seja zero... (18) Foi nos Estados Unidos que cresceu a importância da Suprema Corte, transformada em verdadeiro "Poder Moderador".

(16) A expressão é de HOWARD LEE McBAIN e título de seu livro *The Living Constitution*, New York, 1927.

(17) Da importância da pessoa na ordem política, que FRIEDRICH restringe, a nosso ver, sem razão ao *self*, ver as páginas definitivas de JACQUES MARRITAIN "The Human Person and Society" in *Scholasticism and Politics* (tradução americana), New York, 1960, pp. 61 e seqs.

(18) BLACKSTONE chegava a considerar a supremacia do Judiciário sobre o Parlamento como subversiva. In *Commentaries on the Laws of England*, Chicago, 1979, vol. I, p. 91. Para ele, os três Poderes eram o Rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns; e seria indispensável que o Executivo fosse um ramo e não o todo da Legislatura. *Ib.*, p. 149. WALTER BAGEHOT (cuja influência em Nabuco foi decisiva) nem sequer menciona o Judiciário — *The English Constitution* (1872), New York, s/d, passim. Ver Joaquim Nabuco — *Minha Formação*.

A divisão de poderes sofre hoje, nos Estados Unidos, áspera crítica que coincide com a revisão do presidencialismo clássico. Woodrow Wilson, da sua cátedra de Princeton, já esboçara, antes da I Grande Guerra, um movimento em prol do sistema parlamentar; mas idênticas manifestações têm amiudado nos últimos anos. A sensação de que o regime presidencialista e a divisão de poderes vêm ameaçando a qualidade de vida do país e seu nível de bem-estar levou um grupo de políticos e estudiosos a criar, nos Estados Unidos, uma organização particular, uma *corporation*, para analisar a Constituição e seu impacto sobre a vida nacional. Sugere-se uma forma de democracia parlamentar que torne clara a responsabilidade do Chefe do Governo e seu Partido na condução dessas políticas.

Seria curioso fenômeno de recepção legislativa, se, volvidos quase cem anos da nossa primeira Constituição republicana, toda marcada pela influência do presidencialismo norte-americano, retornássemos pela mesma via, uma tradição parlamentarista esquecida. Talvez, agora, com fundamento no dito de que o que é bom para os Estados Unidos é bom para o Brasil⁽¹⁹⁾.

Os pais-da-pátria americanos, inspirados em LOCKE e MONTESQUIEU, sobretudo fundamentados numa vivência histórica, na prática democrática da comunidade, acrescentaram a tudo isso o federalismo, a revisão da Constituição pelo Judiciário e o processo da emenda constitucional, meio flexível que lhes permitiu ter uma lei básica, de poucos artigos e ainda atualizá-la na medida das necessidades⁽²⁰⁾.

A esses elementos pouco veio somar a Revolução francesa que os incorporou e depois os destruiu na brutal ditadura jacobina, precursora do terrorismo contemporâneo, produto direto da "democracia totalitária" de JEAN-JACQUES ROUSSEAU⁽²¹⁾.

Foi esse, em linhas gerais, o modelo dos constitucionalistas do século XIX que apenas introduziram depois da Guerra de 14 a 18 o capítulo "Da ordem econômica e social", no qual se procurou contemplar, contra a ameaça da Revolução comunista, as iniciativas reformistas de Bismark, e adaptar os ensinamentos das Encíclicas Pontifícias.

(19) Para a nova corrente parlamentarista norte-americana, seus membros e suas idéias e a bibliografia já considerável sobre o assunto, ver Dom Bonafede "Reform of U.S. System of Government on the Minds and Agendas of Many", *National Journal*, 6-29-85, pp. 1521-24.

(20) Sobre a influência da paróquia nas instituições políticas americanas ver DANIEL BOORSTIN -- *The Americans: 1 -- The Colonial Experience*, New York, 1958, p. 152.

(21) Ver a respeito J. L. TALMON -- *The Origins of Totalitarian Democracy*, Londres, 1961.

Depois da II Grande Guerra, o debate constitucional se voltou para as grandes questões do parlamentarismo e do federalismo e abriram-se tentativas de constitucionalizar um governo mundial, que se esboça na ONU e na sua Carta básica. Agora se pretende introduzir nos textos a inovação do superfiscal, o *ombudsman* ou ouvidor — indício, outro, da fadiga dos clássicos Poderes constitucionais.

Acompanhar essa trajetória do constitucionalismo, tal como a registram seus historiadores, e inscrevê-la na nossa Lei Básica seria apenas mantê-la ao nível dos tempos. Para isso não nos têm faltado alento e talento. Basta percorrer o índice ou ementa de nossas Constituições para sentir que acompanhamos de perto, às vezes com apetite de recém-chegados, o cardápio constitucional mais recente. Lá encontramos, discriminadas, as competências da União, dos Estados, dos Municípios; as atribuições dos três Poderes, na disposição clássica. Nem falta a sonante e consabida, embora às vezes inócua, Declaração de Direitos.

Convém lembrar, no entanto, na frase de FRIEDRICH, que “o problema defrontado pelo moderno constitucionalismo é o de adaptar a experiência do Governo constitucional às circunstâncias particulares de tempo e lugar” (22). Quais seriam estas, no aqui-agora brasileiro, que mereceriam ser contempladas na nova Constituição ao lado das estipulações de praxe? Arrisquemo-nos a delineá-las.

Parece-nos que o problema maior, no caso do Brasil, não é tanto um novo exercício constitucional, como uma inovação e consolidação de instituições. A democracia, entre nós, tem medrado mofina, em areia movediça, porque é falha e fraturada a geologia do terreno. De carências institucionais temos vivido, sobejamente apontadas por pensadores e sociólogos desde que a crise dos anos 30 nos abriu os olhos ofuscados pelo liberalismo e pelo ufanismo. São falhas intoleráveis em nação moderna e que entra no século XXI arrastando mazelas do novecentos (23).

“O problema fundamental de uma reforma política em nosso povo”, escrevia OLIVEIRA VIANNA em 1922 (24), “será registrar um conjunto de instituições específicas, um sistema de freios e contra-freios que, além dos fins essenciais a toda organização política, tenha também por objeto: a) neutralizar a ação nociva das toxinas do espírito de clã do nosso organismo político-administrativo; b) quando não seja possível neutralizá-las, reduzir ao mínimo sua influência e nocividade”. Este é o grande problema que ainda hoje se impõe às nossas elites.

(22) Salutar advertência de FRIEDRICH, *op. cit.*, p. 325.

(23) Dentre eles destaque-se Raymundo Faoro — *Os Donos do Poder*, Porto Alegre — São Paulo, 2.^a ed. 1975, 2 vols. É o estudo clássico do patrimonialismo brasileiro cuja síntese se encontra no vol. II, pp. 734 e segs.

(24) OLIVEIRA VIANNA, *op. cit.*, p. 186.

Mais importantes que freios e contrafreios (já os tivemos demais e inoperantes), parecem-nos necessárias liberações e sobretudo invenções institucionais. Sem a pretensão de elaborar uma lista exaustiva de nossas carências, tentemos indicar algumas das maiores e mais graves.

A mais aguda é a desigualdade da cidadania, nossa tolerância com a permanência de uma vasta categoria de cidadãos de segunda classe, à margem da sociedade civil, desencarnados de direitos e proteções válidas, inassimilados ao corpo social. São todos os que desconhecem as garantias da lei, os marginais do respaldo legal, vítimas habituais em seus corpos e haveres da violência policial e da indiferença judicial. Deles se poderia dizer, em verdade, que são "iguais perante a lei e desiguais perante o juiz" (25). Não só porque constituem objeto de discriminação ativa em função de preconceitos ou distorções sociais, mas porque não logram acesso aos meios normais de defesa do cidadão.

É sabido que a eliminação desse teimoso bagaço social só se fará plenamente pela concorrência das forças do mercado e pela incorporação dessas camadas ao âmbito do associativismo e da cooperação comunitária. Mas, por outro lado, para que esta se constitua de modo cabal, torna-se necessária a eliminação dos privilégios e mordomias, resíduos ainda vigentes entre nós do mercantilismo oligárquico, erroneamente crismado de capitalismo. É o tratamento privilegiado de categorias e corpos sociais, o uso do Poder para enriquecimentos e favorecimentos pessoais, a indiscriminação intencional entre o público e o privado na economia, o que OLIVEIRA VIANNA chamava o espírito de clã e melhor se diria, com Nestor Duarte, o "familismo" pacífico e triunfante, todo o conjunto de práticas clientelistas e nepotistas que já penetram portas a dentro da Nova República.

Nem seria necessário mencionar, a par dessas medidas que talvez coubessem nos "freios e contrafreios" do sociólogo fluminense, a supressão das restrições que ainda obstam à expansão do mercado, ao aumento da produtividade, ao crescimento da pequena empresa, tudo enfim que alimenta a estrutura concentracionária da sociedade brasileira — a começar pelo monopólio da terra inculta —, e vai até as apropriações e escravizações da mão-de-obra, as servidões não só provenientes da escassez, ela própria uma servidão, mas oriundas de um passado que tarda em morrer.

Não há como esquivar a reformulação do instituto da propriedade — não para estatizá-la ou restringi-la, mas exatamente para ampliar seu raio de alcance. Isso, em dois sentidos: escovando os restos

(25) DJACIR MENEZES — "Todos são iguais perante a lei e desiguais perante o juiz" in *Carta Mensal* -- CNC, Rio de Janeiro, ano XXVIII, n.º 328, julho, 1982.

da pátina romana, o seu caráter absoluto; e deslocando a tônica do "uso e gozo" para a função social; e do indivíduo soberano para as associações organizadas. Sem falar na urgente remoção do parasitismo cartorário que bloqueia a circulação da riqueza e o acesso do menos aquinhoado aos registros e cadastros.

A representatividade do fraco não se esgota nas suas manifestações individuais. A descentralização e a desconcentração do Poder, processos irmãos mas diversos, só virão através da legitimação de associações familiares e comunitárias como formas de participação cívica e manifestações de poder decisório, sem falar na sua eminente função distributista. Constituem a única forma, concreta e não puramente nominal, de expansão da sociedade civil, sem a monótona recaída no individualismo liberal ou na socialização estatizante. Em suma, a Constituição deverá refletir as aspirações permanentes da sociedade brasileira, fortalecendo a família, a comunidade, as cooperativas e associações de trabalho.

É fato marcante em nosso tempo o aparecimento de novas formas de organização do território, dando ensejo a manifestações políticas, de configuração espacial: regiões, áreas metropolitanas, distritos industriais que talvez se incluam na divisão espacial de poderes segundo CARL FRIEDRICH que deu nova conceituação ao federalismo⁽²⁶⁾.

A abolição dos privilégios e mordomias da nossa **Nomenklatura** terá de ser acompanhada pela ampliação da base organizacional e associativa da sociedade e pela legitimação de novos órgãos de expressão e decisão política. Só assim poderemos dar partida a um processo amplo de reformulação da sociedade, conferindo aos processos conflituais, hoje correntes, uma função creativa e desarmando sua enorme carga destrutiva.

Desse ponto de vista, a extensão do direito de voto do analfabeto foi medida inócua porque não contribuiu nem para a solução do analfabetismo nem para a promoção da massa inculta, mas leva, isso sim, ao enquistamento do iletrismo. Não se pretende, é claro, impedir que o analfabeto vote em **qualquer** circunstância: as associações de trabalho e a participação nas decisões locais não exigem, por que o contrário seria absurdo, prévia alfabetização dos interessados.

Não há dúvida que grande parte das instituições públicas vigentes são fechadas, restritivas, exclusivistas, contribuindo para o perfil de uma sociedade montada em monopólios e dependências, o que

(26) FRIEDRICH, *ib.*

gera conflitos permanentes entre os "haves" e os "have nots". Esses estrangulamentos se manifestam, sobretudo, nas áreas de emprego, da habitação, da educação, do treinamento e da formação profissional, da saúde, da previdência social, da segurança pública e da repressão ao crime, da participação associativa. É precisamente aí que a ordem legal terá de abrir espaços mais amplos para extinguir as carências, aumentar a produtividade e expandir o mercado, arejar os capilares enfartados da promoção social. Esse é o grande papel do jurista, só então credor do título que alguém lhe conferiu de "arquiteto das estruturas sociais" (27).

Essa vasta abertura institucional, indispensável a uma real abertura política, e que teria como meta a promoção de extensas camadas da população, exige a implantação de mecanismos de escopo mais amplo que os existentes e de mais rápido efeito. A desburocratização, por exemplo, no sentido de extinção de mordomias, é saudável, mas insuficiente. Porque a burocratização renasce da própria estrutura da sociedade e da economia, firmada em privilégios, controles e restrições que ensejam a fraude e a corrupção. Está nos registros — desde o Registro de Imóveis até o de Patentes; na Justiça demorada e ineficiente; em todos os procedimentos administrativos morosos que provocam o intermediarismo e o suborno. É todo o processo de certificação, indispensável a qualquer sociedade que tem de sofrer profundas mudanças.

O Estado deve, enfim, devolver à sociedade, por delegação, tarefas de que vem se desincumbindo de forma insuficiente e precária. Não se trata, novamente, de saber o que cabe aqui à iniciativa pública ou à empresa. Essa distinção, e o artificial confronto de interesses que dela resulta, nasce de uma visão distorcida, já que o particular e o público se encontram confundidos na realidade. Essa suposta divisão de trabalho, na prática, desfecha no crescimento desapoderado da área pública, por natureza expansionista. Dizer-se, por exemplo, que cabe à empresa tratar do econômico e ao Estado cuidar do desenvolvimento social é meia-verdade. Caberá sempre ao Estado regular o econômico e distribuir os recursos, gerados no setor privado, de tal modo que o social não permaneça desfavorecido. Mas seria totalmente improdutivo confiar exclusivamente ao Estado a execução de programas nessa área.

Dai a importância da **participação**, processo central nas sociedades democráticas, tanto nos seus aspectos formais, propriamente juri-

(27) Em artigo recente, GILBERTO FREYRE chamou-os "engenheiros sociais", atribuindo-lhes idêntico papel.

dicos, como no sentido amplo, cooperativo e associativo, ao qual já nos referimos. A participação para ser eficaz tem de ser graduada. Não é absolutamente necessário que o voto seja exercido por todos para a eleição dos representantes em todos os escalões do Poder. Para isso existem mecanismos de representação e delegação, sem os quais, nas sociedades complexas, a democracia se tornaria inviável. Como inviável se torna quando exercida em comícios, manifestação só cabível em pequenas comunidades para decisões e escolhas em âmbito local: nos cantões suíços ou na república democrática de Cuba...

Essa perspectiva exige a disseminação de parlamentos, núcleos decisórios, no corpo social. É impensável hoje uma sociedade democrática sem a forma parlamentar de decisão política. Permitimos a concentração do poder nos diversos tipos de presidencialismo, quer civil, quer militar, que desafortunadamente vimos adotando e que têm levado, na prática, à ditadura do Executivo e ao clientelismo. É preciso agora sanear a orla do Governo com o sentido da responsabilidade e restaurar a autoridade legítima nos termos do regime parlamentar.

Da mesma forma, é urgente difundir na sociedade mecanismos de arbitragem para a solução rápida e eficaz de conflitos, o que trará alívio aos tribunais. A falta de justiça rápida, eficaz e barata é a maior causa de revoltas e ressentimentos no povo, além dos prejuízos pessoais e patrimoniais que acarreta. A arbitragem é uma forma de acelerar a distribuição da justiça no corpo social, rompendo um dos mais injustos monopólios que atravancam o desenvolvimento, agravam privilégios e dificultam a expansão da sociedade civil. A criação dos Juizados de pequenas causas é, esse sim, um passo de alto alcance social que poderia servir de modelo a uma desburocratização autêntica e de longo fôlego.

A atual crise brasileira resulta de uma rutura do pacto social em sentido mais profundo do que indica o uso comum dessa expressão. É a própria idéia de serviço que vacila, e, quando isso acontece, a coerção do Estado torna-se inócua e a própria sociedade se rompe em classes, ou na linguagem atual, em "categorias" agressivamente reivindicantes. Essa cisão é contrária à própria idéia de solidariedade social e resulta de uma preeminência do Estado sobre a Nação ou sobre o que hoje se convencionou chamar a sociedade civil. A arbitragem entre os grupos é feita ao sabor de interesses imediatos, geralmente políticos, às vezes demagógicos, e o instituto da greve é manejado com a presteza e a agilidade de gazua para a obtenção de maiores vantagens e benefícios. O que na cúpula é obtido através de conchavos e compadrios, na base é decidido pela pressão do número.

ORTEGA Y GASSET, lembrando RENAN — para quem a Nação era um plebiscito cotidiano —, definia essa forma de particularismo como a substituição da parte pelo todo. “Todo particularismo de classe, dizia, é sintoma muito mais grave de decomposição que os movimentos de secessão étnica e territorial, porque as classes e grupos profissionais são partes num sentido mais radical que os núcleos étnicos e políticos”. Por isso não hesitava em afirmar que “todo particularismo leva à ação direta”⁽²⁸⁾. Diríamos que é contrário à concepção de Parlamento no que encerra de mais profundo e essencial, a idéia de convívio político. A dialética do ativismo leva ao golpe de Estado e ao terror. A dialética do Parlamento leva ao debate e à seleção das lideranças.

O que ocorre no Brasil de hoje é o esfacelamento da Nação em classes que disputam o naco maior no banquete do Estado. O que demonstra que nem o Estado forte nem a doutrina da segurança levam, por si sós, necessariamente, à unanimidade nacional que só pode ser criada por uma idéia de tarefa comum e de risco. Se a Constituição não contemplar essas graves questões e vier a repetir monotonamente os chavões do passado, o Estado brasileiro continuará manobrado por minorias predatórias, ao revés dos verdadeiros interesses nacionais.

No mundo moderno, chocam-se duas concepções de sociedade aparentemente adversas, na realidade gêmeas. A volta dos “socialismos” — muitas vezes como, entre nós, meras propostas populistas, mal enroupadas em linguagem neo-marxista — revela profundo mal-estar ante as mesinhas do receituário liberal. Fórmulas mal compostas de capitalismo e socialismo vêm abrindo caminho na prática a crescentes avanços do Estado ou à penetração solerte de grupos de interesses que esmagam o consumidor, espoliam o fraco e destroem as riquezas naturais. O individualismo liberal encontra sua última trincheira na defesa dos chamados “direitos humanos”, mas não consegue, por suas premissas mesmas, construir o arcabouço institucional que visa a garantir seu exercício. O socialismo de Estado sacrifica esses mesmos direitos ao mito do plano e da produtividade, mas não logra demonstrar sua valia na prosperidade e no bem-estar das populações. Será essa a única alternativa que se oferece ao homem — optar entre a democracia totalitária e as utopias revolucionárias?

Ao contrário, sustentamos que devemos buscar uma concepção orgânica e participativa da democracia que é o contrário da variante

(28) Em *Espania Invertebrada*, Madrid, 1921, p. 43.

liberal e individualista e o avesso do Estado totalitário⁽²⁹⁾. Baseia-se no reconhecimento e na legitimação dos órgãos sociais intermediários e numa ampla participação de seus membros nas tarefas da cidadania — em primeiro lugar — e em seguida no direito ao acesso de todos os cidadãos aos bens e serviços essenciais, não como indivíduos mas como **sócios**, ou seja, membros atuantes de instituições e comunidades nas quais exercem direitos decisórios de voto e veto, de escolha e recusa política.

Esse tipo de sociedade nada tem a ver, como se percebe, com os regimes corporativistas que o fascismo mentidamente propunha em substituição às assembleias políticas; nem com os regimes classistas, de qualquer natureza, que, na realidade, visam assegurar a uma dada classe o monopólio do Poder. O reconhecimento dos grupos e instituições intermediários e a criação de outros abre caminho a uma participação real e não fictícia, e limita o Poder do Estado que ameaça as liberdades fundamentais.

O mundo moderno, na sua ala avançada, resolveu praticamente o problema da fome, propiciou instrução universal, difundiu a saúde e os benefícios da assistência e da previdência social. Conseguiu resolver esses problemas graças à formidável acumulação de riqueza que caracterizou as sociedades chamadas capitalistas. Defrontam agora esses países novos impasses: a ameaça nuclear; a incorporação e aculturação de uma mão-de-obra subdesenvolvida que põe em risco seus padrões de civilização; a destruição dos recursos naturais por uma tecnologia de enorme capacidade. A distribuição da riqueza nessas sociedades levou à democratização da informação, ao primado da competência sobre o clientelismo, da meritocracia sobre a mediocracia. Hoje cabe temperar a eficiência do mercado com os ditames da humanização.

Podemos hoje assimilar algumas experiências da liderança internacional evitando suas danosas conseqüências. Separar o enriquecimento da massificação, e atingir o progresso social sem adotar necessariamente o controle da natalidade, o abortismo, a permissividade, a tecnocracia. A visão orgânica da sociedade, ao contrário das concepções materialistas e mecanicistas, é uma salvaguarda contra esses erros de civilização e uma forma permanente de defesa do mais autêntico e permanente no homem. Esperemos que a Nova Constituinte, sob as luzes do Espírito Santo, venha a adotá-la.

(29) Cabe aqui citar GLADSTONE CHAVES DE MELO, nas pegadas de MARTAIN: "Se a liberal democracia é inaceitável, aceitável e digna de louvor é uma verdadeira democracia, não necessariamente como regime, nem talvez inteiramente como sistema, mas como ideal sempre buscado e talvez jamais plenamente atingível neste vale de lágrimas" in "Considerações sobre a Democracia" *Carta Mensal. CNC*, Rio de Janeiro, ano XXVIII, n.º 328, julho, 1982.