Bicentenário do Poder Judiciário no Brasil

Edição Comemorativa dos Duzentos Anos de História Independente do Poder Judiciário no Brasil

(acompanha CD com a íntegra das Constituições)

Brasília, DF

2008

Paulo Bonavides
Christian Edward Cyril Lynch
Cláudio Pereira de Souza Neto
José Afonso da Silva
Fábio Konder Comparato
Valmir Pontes Filho
Luís Roberto Barroso

AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Notícia, História e Análise Crítica

Comissão Organizadora

Cléa Carpi da Rocha (Coordenadora)
Geraldo Escobar Pinheiro
Herilda Balduíno de Sousa
Luís Roberto Barroso
Valmir Pontes Filho

EDITORA

Ordem dos Advogados do Brasil - Conselho Federal

Gestão 2007/2010

DIRETORIA

Cezar Britto	Presidente
Vladimir Rossi Lourenço	Vice-Presidente
Cléa Carpi da Rocha	Secretária-Geral
Alberto Zacharias Toron	Secretário-Geral Adjunto
Ophir Cavalcante Junior	Diretor-Tesoureiro

CONSELHEIROS FEDERAIS

AC: Cesar Augusto Baptista de Carvalho, Renato Castelo de Oliveira e Tito Costa de Oliveira; AL: Marcelo Henrique Brabo Magalhães, Marilma Torres Gouveia de Oliveira e Romany Roland Cansanção Mota; AP: Cícero Borges Bordalo, Guaracy da Silva Freitas e Jorge José Anaice da Silva; AM: Eloi Pinto de Andrade, José Alfredo Ferreira de Andrade e Oldeney Sá Valente; BA: Durval Julio Ramos Neto, Luiz Viana Queiroz e Marcelo Cintra Zarif; CE: Jorge Hélio Chaves de Oliveira, Paulo Napoleão Gonçalves Quezado e Valmir Pontes Filho; DF: Esdras Dantas de Souza, Luiz Filipe Ribeiro Coelho e Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira; ES: Agesandro da Costa Pereira, Gladys Jouffroy Bitran e Luiz Antonio de Souza Basílio; GO: Daylton Anchieta Silveira, Felicíssimo Sena e Wanderli Fernandes de Sousa; MA: José Brito de Souza, Raimundo Ferreira Marques e Ulisses César Martins de Souza; MT: Almino Afonso Fernandes, Francisco Eduardo Torres Esgaib e Ussiel Tavares da Silva Filho; MS: Geraldo Escobar Pinheiro, Lúcio Flávio Joichi Sunakozawa e Vladimir Rossi Lourenço; MG: Aristoteles Atheniense, João Henrique Café de Souza Novais e Paulo Roberto de Gouvêa Medina; PA: Frederico Coelho de Souza, Maria Avelina Imbiriba Hesketh e Ophir Cavalcante Junior; PB: Delosmar Domingos de Mendonça Junior, José Araújo Agra e José Edísio Simões Souto; PR: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Manoel Antonio de Oliveira Franco e Romeu Felipe Bacellar Filho; PE: Octavio de Oliveira Lobo, Ricardo do Nascimento Correia de Carvalho e Sílvio Neves Baptista; PI: Marcus Vinicius Furtado Coelho, Reginaldo Santos Furtado e Willian Guimarães Santos de Carvalho; RJ: Carlos Roberto Siqueira Castro, Cláudio Pereira de Souza Neto e Nelio Roberto Seidl Machado; RN: Adilson Gurgel de Castro, Wagner Soares Ribeiro de Amorim e Sérgio Eduardo da Costa Freire; RS: Cléa Carpi da Rocha, Luiz Carlos Levenzon e Luiz Carlos Lopes Madeira; RO: Gilberto Piselo do Nascimento, Orestes Muniz Filho e Pedro Origa Neto; RR: Alexander Ladislau Menezes, Ednaldo Gomes Vidal e Francisco das Chagas Batista; SC: Anacleto Canan, Gisela Gondin Ramos e José Geraldo Ramos Virmond; SP: Alberto Zacharias Toron, Norberto Moreira da Silva e Raimundo Hermes Barbosa; SE: Carlos Augusto Monteiro Nascimento, Jorge Aurélio Silva e Miguel Eduardo Britto Aragão; TO: Dearley Kühn, Júlio Solimar Rosa Cavalcanti e Manoel Bonfim Furtado Correia.

EX-PRESIDENTES

1. Levi Carneiro (1933/1938) 2. Fernando de Melo Viana (1938/1944) 3. Raul Fernandes (1944/1948) 4. Augusto Pinto Lima (1948) 5. Odilon de Andrade (1948/1950) 6. Haroldo Valladão (1950/1952) 7. Attílio Viváqua (1952/1954) 8. Miguel Seabra Fagundes (1954/1956) 9. Nehemias Gueiros (1956/1958) 10. Alcino de Paula Salazar (1958/1960) 11. José Eduardo do P. Kelly (1960/1962) 12. Carlos Povina Cavalcanti (1962/1965) 13. Themístocles M. Ferreira (1965) 14. Alberto Barreto de Melo (1965/1967) 15. Samuel Vital Duarte (1967/1969) 16. *Laudo de Almeida Camargo (1969/1971) 17. *José Cavalcanti Neves (1971/1973) 18. José Ribeiro de Castro Filho (1973/1975) 19. Caio Mário da Silva Pereira (1975/1977) 20. Raymundo Faoro (1977/1979) 21. *Eduardo Seabra Fagundes (1979/1981) 22. *J. Bernardo Cabral (1981/1983) 23. *Mário Sérgio Duarte Garcia (1983/1985) 24. *Hermann Assis Baeta (1985/1987) 25. *Márcio Thomaz Bastos (1987/1989) 26. *Ophir Filgueiras Cavalcante (1989/1991) 27. *Marcello Lavenère Machado (1991/1993) 28. *José Roberto Batochio (1993/1995) 29. *Ernando Uchoa Lima (1995/1998) 30. *Reginaldo Oscar de Castro (1998/2001) 31. *Rubens Approbato Machado (2001/2004) 32. *Roberto Antonio Busato (2004/2007).
*Membros Honorários Vitalícios

Comissão de representantes da Ordem dos Advogados do Brasil para participar da organização das comemorações dos duzentos anos de história independente do Poder Jurídico brasileiro

Cléa Carpi da Rocha (Coordenadora)
Geraldo Escobar Pinheiro
Herilda Balduíno de Sousa
Luís Roberto Barroso
Valmir Pontes Filho

Cezar Britto
Presidente da OAB e Presidente Honorário da OAB EDITORA

Luiz Carlos Levenzon
Presidente Executivo da OAB EDITORA

Susele Bezerra Miranda
Capa e Projeto Gráfico

Aline Machado Costa Timm
Secretária Executiva

Ordália Lima Ferreira
Paulo Torres Guimarães
Produção Técnica

Conselho Editorial
Luiz Carlos Levenzon *(Editorial)*
Jorge Hélio Chaves de Oliveira
Lara Cristina de Alencar Selem
Ana Maria Morais
Ronnie Preuss Duarte
Silvia Lopes Burmeister

SAS Quadra 05 - Lote 01 - Bloco "M"
Edifício Sede do Conselho Federal da OAB
Brasília, DF - CEP 70070-939
Tel.: (61) 2193-9600
www.oab.org.br
E-mail: oabeditorial@oab.org.br

Ficha Catalográfica

Bonavides, Paulo.
As constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica / Paulo Bonavides ... [et al.]; coordenação Cléa Carpi da Rocha ... [et al.] – Brasília: OAB Editora, 2008.
168 p.

Edição comemorativa dos duzentos anos de história independente do poder judiciário brasileiro

ISBN 978-85-87260-93-2

1.Constituição – Brasil. I. Bonavides, Paulo. II. Lynch, Christian Edward Cyril. III. Neto, Cláudio Pereira de Souza. IV. Silva, José Afonso da. V. Comparato, Fábio Konder. VI. Filho, Valmir Pontes. VII. Barroso, Luís Roberto.

Suzana Dias da Silva: 340.05

SUMÁRIO

PREFÁCIO

Cezar Britto *09*

1824

A CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO E AS NASCENTES DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Paulo Bonavides *13*

1891

O CONSTITUCIONALISMO DA INEFETIVIDADE: A CONSTITUIÇÃO DE 1891 NO CATIVEIRO DO ESTADO DE SÍTIO

Christian Edward Cyril Lynch e Cláudio Pereira de Souza Neto *25*

1934

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, DE 1934

José Afonso da Silva *61*

1937

A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, DE 1937

José Afonso da Silva *79*

1946

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1946. UM INTERREGNO AGITADO ENTRE DOIS AUTORITARISMOS

Fábio Konder Comparato *95*

1967 - 1969

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967 E A EMENDA Nº 01, DE 1969

Valmir Pontes Filho *113*

1988

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

Luís Roberto Barroso *129*

PREFÁCIO

A história de nossas constituições é a história da construção de nosso País, tarefa ainda em curso. Conhecê-la é deparar-se com o imenso desafio que isso representa e a trajetória já percorrida, com seus recuos e avanços, heróis e vilões, mazelas e grandezas.

Recompô-la, interpretá-la e contextualizá-la não é tarefa fácil. Exige a paciência e acuidade do historiador e o senso crítico-analítico do exegeta. Este livro – "As Constituições Brasileiras: Notícia, História e Análise Crítica" -, editado como parte das comemorações dos 200 anos de história independente do Poder Judiciário no Brasil, é um esforço conjunto nesse sentido.

Reúne sete juristas consagrados - Paulo Bonavides, Christian Edward Cyril Lynch, Cláudio Pereira de Souza Neto, José Afonso da Silva, Fábio Konder Comparato, Valmir Pontes Filho e Luís Roberto Barroso - que pensam o direito constitucional em suas múltiplas dimensões: histórica, social, ética, ideológica e política. Propiciam, assim, vasto horizonte de reflexão.

Eles aqui tomaram a si a tarefa de analisar cada uma de nossas seis constituições, bem como o contexto histórico e político que as moldou. O resultado é um painel nítido e instigante que enriquece a bibliografia de Direito Constitucional brasileira.

O constitucionalismo brasileiro expressa nossas peculiaridades sociais e culturais, submetidas historicamente a influências externas diversas. A herança colonial nos impôs duas vertentes histórico-jurídicas básicas: a européia e a norte-americana.

A Carta Imperial de 1824, outorgada pelo imperador dom Pedro I, após fechar a Assembléia Constituinte e Legislativa de 1823, foi influenciada pelo recém-surgido constitucionalismo português.

Este, de sua parte, acolhia fundamentos jurídicos da Constituição espanhola de Cádiz, influenciada, por sua vez, pela Revolução Francesa. A Carta Imperial brasileira, não obstante sucessivas emendas que sofreu no curso de sua vigência, atravessou todo o período monárquico. Durou 65 anos. Foi a mais duradoura.

A Constituição de 1891, que fundou nossa República, sofreu forte influência das idéias liberais norte-americanas, ao ponto de transportar mecanicamente boa parte de seu formato.

Mas a República não operou a ruptura da ordem jurídica. O Direito velho projetou-se na nova ordem, e o direito civil colonial subsiste até 1917, quando foi promulgado o primeiro Código Civil da República, que vigorou até o início do século XXI.

O modelo constitucionalista norte-americano oferecia aos republicanos brasileiros mais atrativos em relação ao figurino francês, pois este estimulava a participação popular na formação do poder. E o perfil da elite brasileira, mais afeito ao caráter conspiratório das mudanças (vide as articulações pela Independência e a própria Proclamação da República), decididas no topo, sem a participação da base, estava mais para Montesquieu que para Rousseau.

A República, por isso mesmo, não fez as reformas básicas na educação e na terra, desafios que chegaram aos nossos dias, agravado por décadas e décadas de omissão. Alguns historiadores, como Nelson Werneck Sodré, interpretam essa lacuna como decisiva para que a

elite econômica do Império absorvesse sem resistências a nova ordem. O sistema de clientela e patronagem manteve-se.

As estruturas sócio-econômicas não se alteraram profundamente, perpetuando-se os valores tradicionais elitistas, antidemocráticos e autoritários.

A sucessão de constituições que, a partir da assim chamada Revolução de 1930, que desembocou na Carta de 1934 – e, após ela, em mais quatro outras: 1937, 1946, 1967 e 1988 -, é o reflexo dessa dívida social ainda não resgatada pela República.

Esse o desafio ainda presente.

O País, de 1889 para cá, passou por períodos autoritários e democráticos – as sístoles e diástoles de que falava o general Golbery do Couto e Silva -, que expressam a resistência de sua elite governante em suprimir o abismo social que até hoje marca dramaticamente o perfil sócio-econômico do País.

É essa história que cada um dos autores deste livro procura contar e traduzir, neste momento em que o Brasil celebra os 20 anos da Constituição de 1988, a Constituição-Cidadã, segundo a batizou Ulysses Guimarães. Já por esse epíteto fica claro o seu objetivo de dar-lhe conteúdo social. É uma Constituição imperfeita, mas que é criticada mais por suas qualidades que por seus defeitos. É uma Constituição generosa, cujo capítulo dos Direitos e Garantias Individuais é dos mais avançados do mundo.

Também isso é discutido aqui, neste livro, desde já leitura fundamental para quem quer entender o Brasil, das origens aos dias de hoje. Entender e transformá-lo, pois que o desafio que ensejou a República – e, dentro dela, seus mártires e heróis – permanece: a construção de uma ordem jurídica que dê conteúdo efetivo ao dístico da Bandeira Nacional - Ordem e Progresso.

CEZAR BRITTO

Presidente do Conselho Federal da OAB

AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Notícia, História e Análise Crítica

A CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO E AS NASCENTES DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Paulo Bonavides *

O Brasil constitucional em suas nascentes históricas compreende três períodos ou fases distintas: a pré-constituinte, a constituinte propriamente dita, e a pós-constituinte, consideradas conjuntamente.

Quando empregamos o termo pré-constituinte, estamos a eleger o colégio constituinte, convocado e depois dissolvido por D.Pedro I, como baliza histórica e referencial de um largo processo que, antes, durante e após aquele ato, transcorreu com distintas vicissitudes, marcando e configurando as nascentes históricas do constitucionalismo pátrio. Este melhor se explica, na clareza didática de uma exposição, se o repartimos, qual estamos a fazer, em três períodos diferentes e sucessivos.

Tomadas conjugadamente produziram essas fases resultados institucionais por inteiro distintos daqueles obtidos nas colônias espanholas do continente, bem como nas 13 americanas, ao se libertarem do domínio colonial inglês.

Deveras importante a consideração desse aspecto para bem compreendermos a formação do Estado e da nacionalidade no Brasil. Consta de traços bastante originais que fluem ou podem fluir deduzidos da narração e reflexão subseqüentes sobre matéria e episódios de suma importância para a formação e evolução constitucional do Brasil.

1. A FASE PRÉ-CONSTITUINTE

Vamos, por conseguinte, à fase pré-constituinte em que a querela se fere ao redor da emancipação , quando prevalece, na definição do regime, a alternativa república ou monarquia, pela qual combatiam com fervor duas correntes empenhadas em desatar o laço colonial.

Ao longo da primeira fase as duas correntes assinalam presença, mas correm autônomas, e às vezes paralelas na respectiva linha de ação. Os republicanos de Antonio Carlos, abraçados com a Revolução Pernambucana de 1817. Os monarquistas liberais, do genuíno elemento brasileiro, atuando em dois episódios célebres em que fizeram então o monarca português dar dois passos avante e logo retroceder com desaire para a realeza.

Os dois passos pareciam dirigidos a antecipar a ruptura com Portugal. O primeiro consistiu no decreto da criação de uma junta de procuradores, para executar tarefas afins àquelas de uma constituinte, paralela à de Lisboa.

O decreto de D.João VI, lavrado debaixo da inspiração de Palmela, estadista liberal, fazia o Reino do Brasil abranger a Madeira, os Açores, Guiné e Cabo Verde. Mas foi logo revogado em menos de dois dias por obra de insubordinação e de pressão da tropa portuguesa aquartelada no Rio de Janeiro.

**PAULO BONAVIDES é Professor Emérito da Universidade Federal do Ceará, titular da Medalha Rui Barbosa, Doutor "honoris causa" da Universidade de Lisboa, Membro do Comitê de Iniciativa que fundou em Belgrado a Associação Internacional de Direito Constitucional e Fundador e Diretor da Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais.*

Em seguida, ocorreu o segundo passo: o decreto outorgando a Constituição espanhola de Cádiz ao Brasil. Mas esse decreto se viu igualmente revogado pela reação do elemento militar português no Rio de Janeiro. Teve a Constituição de Cádiz portanto vigência efêmera. Durou menos de 24 horas!

A fase pré-constituinte, de feição e teor republicano, remonta à Inconfidência Mineira. Antecedeu o Reino do Brasil, instituído por D.João VI em 1815 e teve por inspiração já a Revolução Americana, sua fonte externa, já a Conjuração de Tiradentes, sua fonte interna. Mas esta fora também ao exterior buscar em França, por intermédio do estudante brasileiro de Montpelier, o auxílio do embaixador Tomaz Jefferson, ou seja, a solidariedade americana ao ideal republicano dos patriotas mineiros.

Essa primeira fase, pelo ângulo da inspiração republicana, logrou seu ponto culminante com a Revolução Pernambucana de 1817. Do ponto de vista constitucional, não concretizou a convocação de uma constituinte, mas nos legou as Bases de um projeto de Constituição. Essas bases foram elaboradas por Antonio Carlos, irmão de José Bonifácio.

As Bases pernambucanas de autoria do Andrada antecederam as elaboradas pelos revolucionários do Porto, que nas Cortes de Lisboa promulgaram a Constituição Portuguesa de 1822, a chamada Constituição Vintista, a primeira Lei Magna da velha monarquia lusitana.

A chama revolucionária do incêndio que a reação imperial apagara em 1817 foi reacesa em 1824 pelo efêmero movimento da Confederação do Equador debaixo da liderança de Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Não alcançou porém o bom êxito almejado.

O mártir carmelita recusara juramento ao Projeto da Carta outorgada por D.Pedro e fora às armas em protesto contra a dissolução da Constituinte de 1823. No voto de repúdio ao Projeto que se queria jurar sem restrição, disse o frade revolucionário "este artefato político é um sistema de opressão"; nele visualizou a obra dos "destruidores da nossa independência" e também um sistema "mau, opressor e ruinoso e portanto inadmissível".

O voto de frei Caneca, inspirado no contratualismo social de Rousseau e Locke, dizia textualmente que "uma Constituição não é outra coisa, que a ata do pacto social, que fazem entre si os homens, quando se ajuntam e associam para viver em reunião ou sociedade."

E concluía do seguinte teor esse célebre Voto:

"É por todas estas razões, que eu sou de voto, que se não adote e muito menos jure o projeto de que se trata, por ser inteiramente mau, pois não garante a independência do Brasil, ameaça a sua integridade, oprime a liberdade dos povos, ataca a soberania da nação, e nos arrasta ao maior dos crimes contra a divindade, qual o perjúrio, e nos é apresentado de maneira mais coativa e tirânica." (Ver Paulo Bonavides e Paes de Andrade "História Constitucional do Brasil", OAB Editora, 8ª edição, 2006, págs. 581 e 575)

A Confederação do Equador, dado que tenha ocorrido no período pós-constituinte, se inscreve, todavia, por termo final do constitucionalismo republicano da Revolução de 1817, que desembocou na tragédia dos mártires constitucionais de 1824 em Pernambuco e Ceará, as duas Províncias rebeladas mais importantes da malograda Confederação do Equador.

A linha monarquista do constitucionalismo brasileiro pré-constituinte, correspondente ainda ao período imediatamente anterior à Proclamação da Independência, teve um segundo fracasso, em certa maneira concomitante ao de D.João VI, quando a delegação constituinte

do Reino do Brasil às Cortes de Lisboa, vêem malogradas suas diligências por alcançar pela via constitucional a conservação do Reino Unido, como fora, por sem dúvida, a missão atribuída aos nossos delegados desde que entraram a compor o também soberano Colégio instituído pelos revolucionários de 1820.

Com efeito, a política desenvolvida na assembléia magna portuguesa não auscultava nem respeitava o sentimento autonomista dos emissários do Reino do Brasil, humilhando-nos, por via de conseqüência, e não raro ignorando a estatura política de nossa qualidade representativa naquelas Cortes, ao mesmo passo que estas lavravam e expediam os decretos reacionários de restauração do sistema colonial.

Acabaram as Cortes por provocar a ruptura irreparável de que resultou, primeiro, a deserção ou fuga encabeçada por Antonio Carlos, de uma parcela de nossos enviados à assembléia vintista, signatários, logo a seguir, do célebre manifesto de Falmouth, e, segundo, a inócua assinatura da Carta de 1822 pelos que ficaram em Lisboa, e, obviamente, debaixo de irresistível coação, tiveram que apor seus nomes ao texto da efêmera Constituição promulgada por aquela Casa constituinte.

O ensaio de D.João VI, constante do Decreto de 1821, fora talvez no sentido de separar por acomodação constitucional o Reino Unido, com o Brasil preservando competências autodeterminativas, às quais eram infestas as Cortes de Lisboa.

O bom monarca malogrou nesse intento, tanto quanto haviam malogrado, conforme se assinalou, aqueles delegados brasileiros que não vingaram estabelecer na Constituição vintista os laços constitucionais da união firme, sólida e estável do Reino do Brasil com a Coroa Portuguesa.

Veio abaixo esse projeto pelas razões acima expostas, recebendo o tiro de misericórdia com o grito de D.Pedro I, quando em 7 de setembro de 1822, às margens do Ipiranga, proclamou em São Paulo a Independência do Brasil.

Consumara-se assim pela via monárquica pré-constituinte a derradeira tentativa de fazer do Brasil um Reino constitucional em união com Portugal.

2. AS FASES CONSTITUINTE E PÓS-CONSTITUINTE DO CONSTITUCIONALISMO IMPERIAL.

a) **O Perfil do Imperador nas comoções do Primeiro Reinado**. D.Pedro I foi a figura central do constitucionalismo brasileiro, já na fase constituinte propriamente dita, proclamando a independência e convocando o colégio da soberania nacional, já na fase pós-constituinte, desde a outorga da Carta do Império, até a Abdicação, em que a nobreza de seu gesto sacrificou um monarca, mas não sacrificou a monarquia.

A singular personalidade do Imperador se destaca na visão histórica em matéria constitucional pelos subseqüentes aspectos de sua ação política desenvolvida em dois continentes.

Na América Portuguesa é o protagonista maior da criação do Império: proclama a Independência, funda a ordem constitucional do país recém-nascido, outorga a Carta política de

1824, sufoca a rebelião republicana e secessionista nas Províncias do Nordeste, manifesta certo pendor autocrático ao longo do primeiro Reinado e, não podendo recobrar a popularidade que dantes desfrutava, abdica o trono na pessoa do filho menor, o futuro D.Pedro II.

Na Europa aparece por Autor da Carta de 1826, redigida no Brasil e outorgada em Portugal. Monumento de institucionalização do pensamento liberal de feição conservadora, ela se segue à Constituição vintista das Cortes de Lisboa, obra efêmera do liberalismo radical e revolucionário da época.

Mas o perfil de D.Pedro, rei contraditório na grandeza de sua índole constitucional, fica mais nítido se considerarmos a imagem que a história gravou e nos transmitiu a esse respeito.

Liberal e generoso e resoluto durante os episódios decisivos do Fico, da Independência e da convocação da Constituinte, estampou ele, todavia, o semblante absolutista e autocrático no ato de dissolução da magna assembléia, onde a soberania nacional buscava estabelecer sua sede. E prosseguiu a linha do autoritarismo ao longo do Primeiro Reinado.

Houve porém quem entendesse que ao abdicar o trono D.Pedro fora magnânimo. Já não era o déspota do Primeiro Reinado, o ditador coroado das mudanças ministeriais que infringiam a Constituição do Império, já não atuava na segunda dimensão de sua personalidade quando dissolveu a constituinte, exilou os Andradas, reprimiu com violência o protesto constitucional das Províncias do Nordeste, fuzilou em Fortaleza e no Recife os sacerdotes da Confederação do Equador, instituiu as Comissões Militares, oprimiu e perdeu a Província Cisplatina, travou guerra desastrada com a Argentina, censurou a imprensa, perseguiu antigos correligionários, inclinou-se na ação política por um Estado mais afim ao absolutismo que às franquias constitucionais cujo estabelecimento propugnara nas nascentes do Império com ardor e força de convicção.

Mas verdade que a impopularidade do Imperador e dos seus ministros de Estado determinou o ocaso fatal do Primeiro Reinado.

Contudo, em Portugal, D.Pedro foi a estátua da legitimidade; o legítimo sucessor à coroa usurpada pelo irmão D.Miguel.

Ostenta títulos de glória. É Pedro IV, que outorga a Carta de 1826, tão louvada de Alexandre Herculano. É o general da liberdade, o pai da Constituição, o restaurador da legitimidade, o herói que ao lado do Duque da Terceira desembarca nas cercanias do Porto e comanda os legionários da causa liberal, cujas vitórias restabeleceram a tradição legitimista da realeza e puseram termo à usurpação.

Esse D.Pedro e seu pai D.João VI figuram na memória de dois séculos e bem merecem esse registro do papel que tiveram ou desempenharam na crônica constitucional de duas nacionalidades.

Os dois constitucionalismos gêmeos de Brasil e Portugal nasceram do ventre liberal de duas Cartas – a do Império, em 1824, e a da monarquia constitucional portuguesa em 1826; ambas outorgadas pelo mesmo monarca: D.Pedro I no Brasil e D.Pedro IV em Portugal, a saber, duas coroas numa só cabeça.

b) **A Fase Constituinte do Constitucionalismo Imperial e a crise nas relações do Imperador com a Constituinte.**

Mas vejamos a seguir como transcorreu, à luz da história, a fase constituinte do constitucionalismo imperial, por iniciativa dos dois Braganças, o pai e o filho: D.João VI, o precursor malogrado, e D.Pedro I, o ator bem sucedido.

Com a rubrica de Sua Alteza Real, o Príncipe Regente D.Pedro, expediu José Bonifácio de Andrada e Silva em 16 de fevereiro de 1822, portanto antes da proclamação formal da Independência, o Decreto que mandava convocar um Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil.

Era uma espécie de órgão preparatório e provisório de organização do Reino "até que pela Constituição da Monarquia se lhe desse uma final organização sábia, justa e adequada aos seus inalienáveis direitos, decoro e futura felicidade(.....)"

Sua finalidade era também "para utilidade geral do Reino Unido e particular do bom Povo do Brasil, ir de antemão dispondo e arraigando o sistema constitucional, que ele merece"(...)

Esse ato instituindo um colégio de procuradores, afrontara politicamente as Cortes de Lisboa, e foi seguido doutro muito mais profundo em seu alcance, o célebre decreto de 3 de junho de 1822, em certa maneira representativo já da futura e irremediável ruptura dos dois Reinos.

Com efeito, as Cortes de Lisboa não haviam ainda completado e promulgado a primeira Constituição portuguesa de 1822 e já o Reino rebelado, aparelhando a separação constitucional, consumava com aquele Decreto a convocação de uma Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, composta de Deputados das Províncias do Brasil. Era um passo ousado, mas indeclinável.

Em 19 de junho de 1822, vinham a lume as Instruções para eleição dos Deputados constituintes a que se referira o Decreto de 3 de junho.

O ano seguinte, em 3 de maio de 1823, instalou-se no Rio de Janeiro a Assembléia Constituinte do Império, sob a presidência do Bispo Capelão-Mor D.José Caetano da Silva Coutinho.

Mas a instalação solene somente ocorreu em 31 de maio, com a presença de Sua Majestade, o Imperador. Na Fala imperial perante os constituintes D.Pedro I fez graves recriminações a Portugal, asseverando que o Brasil "por espaço de trezentos e tantos anos sofreu o indigno nome de Colônia, e igualmente todos os males provenientes do sistema destruidor então adotado. Louvou a seguir o seu "augusto pai", D.João VI, rei de Portugal e Algarve "por nos haver elevado à categoria de Reino pelo Decreto de 16 de dezembro de 1815. "

Depois de relatar os sacrifícios, as dificuldades, os problemas já enfrentados pelo seu governo para sustentar e defender o país, D.Pedro reconheceu na Constituinte a assembléia que estava junta "para constituir a nação". E exclamou: "Que prazer! Que fortuna para todos nós!"

Mas a seguir logo reiterou a advertência que a história provou fatal, de que não abdicava sua faculdade soberana de defensor perpétuo do Império, e se colocou portanto como tutor da assembléia à qual dirigia sua Fala no solene ato da instalação.

Senão vejamos o teor literal das palavras do monarca:

"Como imperador constitucional, e mui principalmente como defensor perpétuo deste império, disse ao povo no dia 1° de dezembro do ano próximo passado, em que fui coroado e sagrado, que com a minha espada defenderia a pátria, a nação e a Constituição, se fosse digna do Brasil e de mim."

A frase de D.Pedro, deveras ambígua tocante a soberania da constituinte, ecoou desfavoravelmente, provocando reação de alguns membros da Assembléia, designadamente de José Custódio Dias, o qual afirmou:

"(...) e parece-me que o julgar se a Constituição, que se fizer, é digna do Brasil, só compete a nós como Representantes do Povo(...) Demais, se nós confiamos tudo nele, porque não confia Ele também tudo em nós?"

Depois da intervenção mediadora de Antonio Carlos, que propunha "uma Constituição digna da nação, digna do Imperador e digna de si", acudiram energicamente em defesa do pronunciamento de D.Pedro, os constituintes Rodrigues de Carvalho e José Bonifácio.

Em rigor, tudo pode resumir-se, respeitante às conseqüências, naquilo que escrevemos:

"A Fala do Trono trouxera já o germe da dissolução. A Constituinte entrou em crise desde o dia de sua instalação. A "frase ambígua", a que se reportaram Tobias Monteiro e Rodrigo Octávio Filho, pendia como uma ameaça sobre a cabeça dos Constituintes. Foram seis meses completos de pesada desconfiança e lenta agonia." (*Ver Paulo Bonavides e Paes de Andrade "História Constitucional do Brasil", OAB Editora, 9ª edição, 2008, pag. 51*)

Efetivamente, a 12 de novembro de 1823, depois de uma sessão dramática da Constituinte, D.Pedro com o apoio da tropa, desferiu o golpe mortal da dissolução.

Breve, à Constituição da legitimidade, sucederia a Constituição da outorga.

Com o golpe de Estado do Imperador, o constitucionalismo brasileiro mergulhou em crise constituinte. Crise ora latente, ora ostensiva, assim no Império como na República. Essa crise se tornou na história constitucional do Brasil o ponto vexatório que fez questionável a legitimidade de todas as nossas Constituições por não havermos nunca logrado sua remoção.

Com efeito, a dissolução da Constituinte deflagrou no país o mais funesto dos distúrbios institucionais que o constitucionalismo brasileiro registra: a crise constituinte.

Com recidiva em distintas épocas, já no Império, já na República, essa crise tem demonstrado a fereza e gravidade das lesões que ela sempre provoca, minando e destruindo não raro os tecidos mais nobres do organismo político da Nação.

A crise constituinte é a crise existencial de um regime. E o é por ser a crise mesma da

legitimidade. Difícil de conjurar, amarga de conseqüências, ela representa invariavelmente um desastre que fere fundo e faz perecer os sistemas, as formas de governo, as estruturas do poder.

A Constituição faz a nação. Mas a nação politizada, organizada, juridicizada nos princípios que a liberdade de último fez normativos ao fazê-los legítimos, enquanto concretização de valores superiores, à míngua dos quais a democracia não se implanta, o Estado de Direito é falácia, a Constituição folha de papel encadernada.

D.Pedro era homem político de dupla personalidade; uma absolutista, que recolhia a herança dos Bourbons e da casa de Bragança; outra, constitucional que fundava o Império, proclamava a Independência, convocava a Constituinte.

No Brasil desempenhou os dois papéis, perfeitamente ilustrados e conciliados com o ato de outorga da Carta do Império: ato de um poder pessoal e monárquico que estabelecia, todavia, um poder limitado, o da monarquia constitucional. A este porém não soube o Imperador guardar inteira fidelidade, maculando o Primeiro Reinado com as medidas repressivas de autoritarismo, cujo desfecho foi a Abdicação, conforme já vimos em lugares antecedentes.

Depois do 7 de abril, a história embarcou no Brasil o resignatário da Coroa como um absolutista e o desembarcou em Portugal como um libertador.

Em verdade, ficou de D.Pedro o perfil de fundador de duas pátrias constitucionais. Este homem, portanto, sem embargo de falhas inerentes à natureza do ser humano, é a glória de duas nacionalidades: a brasileira, porque nos alforriou do domínio externo prevenindo a recaída do País em três séculos de colonialismo predatório; a segunda, porque restaurou ali o trono constitucional que o absolutismo confiscara.

c) **Considerações Sobre a Carta do Império**

A Carta Política do Império de 25 de março de 1824 é "sui generis" no constitucionalismo latino-americano: este se inspira na obra dos constituintes de Filadélfia, a saber, nos autores da Lei Maior da União Americana, ao passo que nós nos inspiramos diretamente no modelo constitucional europeu.

Vejamos, a seguir outros traços relevantes de contraste da Carta Imperial em face das Constituições dos demais países do continente, cuja constitucionalização se fez em moldes americanos.

Aqui, uma constituição monárquica; ali uma constituição republicana; a primeira, obra do compromisso e da outorga, evolui para a forma parlamentar de governo, de raiz européia; a segunda, obra da revolução, do poder constituinte originário e da promulgação, adota a forma presidencial de governo, extraída do sistema americano. No Brasil o Império é Estado unitário, nas principais repúblicas da América Latina predomina o Estado federal, criado pelo gênio político dos constituintes americanos.

O nosso constitucionalismo imperial inova ousadamente, ao sopro doutro ramo da doutrina francesa que não foi o de Montesquieu, mas o de Benjamim Constant, quando este

instituiu a figura do quarto poder na distribuição de competência aos órgãos de soberania. Este poder, o célebre Poder Moderador; aparece em nossa Constituição imperial, a única do mundo que lhe deu acolhida, enquanto as demais Constituições das Américas se conservaram fiéis à clássica divisão dos três poderes elaborada por Montesquieu no "Espírito das Leis", a saber, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Por outra parte, não é de nosso conhecimento que alguma das constituições republicanas do continente haja adotado na mesma Carta disposições rígidas e disposições flexíveis, normas constitucionais materiais e normas constitucionais meramente formais, umas de garantia maior, outras de garantia menor tocante à possibilidade de introduzir alterações ou emendas intentadas pelo poder de reforma ou poder constituinte de segundo grau, como fez a Constituição do Império. Leia-se a originalidade criativa e teórica constante do teor normativo do art.178, que reza: "É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas do Poderes Políticos e dos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias."

Em matéria de direitos fundamentais de segunda geração a Carta do Império de 1824 é precursora; a Constituição Republicana de 1891 omissa; a primeira fala nos incisos 31,32 e 33 do art.179, de socorros públicos e instrução pública a todos os cidadãos, bem como de colégios e universidades, ao passo que a segunda silencia a esse respeito em todas as suas disposições.

d) **Traços diferenciais na origem dos dois constitucionalismos da América Latina**

O primeiro traço divergente ou diferencial entre o constitucionalismo da América Portuguesa e o da América Espanhola reside em que ali houve um esforço conjunto para produzir instituições comuns ou unificadas debaixo de uma só Constituição, como prova o trabalho das Cortes de Lisboa após a revolução vintista que abalou os alicerces do absolutismo em Portugal.

Às Cortes constituintes esteve presente uma deputação brasileira que antes da ruptura, já na fase final de elaboração da primeira Constituição portuguesa (de feição aparentemente revolucionária), desempenhava ali certo papel como expressão de um pensamento de unidade do sistema luso-brasileiro, em plena evolução política de caráter associativo, marcado em bases institucionais desde a fundação do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve.

Fora esta a conseqüência primeira e maior do processo inaugurado com a trasladação de D. João VI e da Família Real da antiga metrópole européia para a nova metrópole americana; uma espécie de inversão de papeis na geografia política da velha monarquia portuguesa, em que o Brasil, por obra da invasão napoleônica na extremidade da península, passava a ser a cabeça do Reino, e Portugal a Colônia. Razões estas desgastaram profundamente o trono português, regido por um monarca a duas mil léguas de distância e inclinaram os súditos europeus ao apelo armado, como ocorreu no levante do Porto, berço militar do ciclo constitucional iniciado pelos constituintes das Cortes de Lisboa. A estas, como assinalamos, o Brasil esteve associado, posto que parte de sua deputação haja desertado e os que não puderam fugir no auge da crise foram obviamente coagidos a jurar a Carta promulgada pelas Cortes em 1822.

Outra singularidade do cotejo entre o desenvolvimento constitucional na América Portuguesa e seu símile na América Espanhola deriva da ausência no Brasil de uma erupção revolucionária à semelhança daquela que partiu os laços entre as colônias e o império

castelhano, com recurso às armas e emprego de meios violentos – as campanhas militares da secessão – fazendo nascer, assim, por obra dos libertadores, repúblicas emancipadas cujo credo e inspiração se acercava mais de Filadélfia – o modelo norte-americano – que de Cádiz e Paris, donde procedeu aliás a sugestão recepcionada nas Cortes de Lisboa, por portugueses livres e brasileiros coactos, quando se promulgou em Portugal a Constituição de 1822.

O Brasil constitucional seguiu em certa maneira em seus primórdios uma trajetória relativamente pacífica, embora intercalada de episódios de luta, rebelião e resistência, que não lograram, todavia, alcançar o significado de uma revolução.

Aliás, os primeiros passos que demos no sentido de formar a nacionalidade livre se encaminharam na direção do modelo americano, que inspirou, por exemplo, a malograda Inconfidência mineira de Tiradentes. Nesse sentido há o testemunho do documento histórico relativo ao contacto de um estudante brasileiro com Tomás Jefferson em Paris, conforme já referimos.

Em verdade, essa fora a linha ou vertente de um constitucionalismo republicano que esteve na alma e no ânimo dos primeiros mártires da causa nacional e que voltou a manifestar-se na cognominada Revolução Pernambucana de 1817.

Nessa ocasião se proclamou uma república cujas Bases constitucionais, as primeiras já formuladas em língua portuguesa, foram obra de Antonio Carlos, um dos Andradas que fizeram com D.Pedro I a independência do Brasil, e que desempenhou, depois, notável papel nos trabalhos da Constituinte, que o Imperador dissolveu ***manu militari***, mediante um golpe de Estado, de funestíssimas conseqüências na evolução política imediata do Império.

A Revolução de 1817 foi sufocada, mas a chama que a inspirou, esteve novamente acesa nos eventos da chamada Confederação do Equador, movimento revolucionário que aglutinou as Províncias de Pernambuco (onde a rebelião teve início), Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará e Piauí; movimento nascido de um vigoroso protesto contra o ato truculento do Imperador, dissolvendo a Assembléia geral e Constituinte em 12 de novembro de 1823.

As forças imperiais de terra e mar, desarticularam porém o poder militar dos confederados e os derrotaram em poucos meses de campanha.

Frei Caneca, principal líder da insurreição, teve em 1824 o mesmo destino de Tiradentes em 1792: a morte afrontosa; o primeiro varado pelas balas de um pelotão de fuzilamento, o segundo sacrificado no cadafalso.

O derradeiro estertor dos que seguiam a divisa republicana e intentavam fundar no Brasil o mesmo sistema que prevalecera nos países irmãos do continente ocorreu com a guerra dos Farrapos. Durou dez anos a insurreição na extremidade do Império, ou seja, no Rio Grande do Sul, a província historicamente mais estratégica do País; no entanto, acabou sem alcançar os resultados almejados.

É de assinalar que em matéria de constitucionalismo, os farrapos, fundadores da República Rio-Grandense, chegaram a congregar em Alegrete uma constituinte, sem completar, todavia, a tarefa de promulgar a Constituição.

Como se vê, a linha paralela do constitucionalismo republicano do Brasil, similar àquela

vitoriosa na América Espanhola, fracassou aqui por completo, e se perdeu pela sua debilidade e por circunstâncias e motivações que fizeram a nação inclinar-se, em virtude da natureza mesma do processo institucional em curso, à adoção do modelo europeu.

Demais disso, se eficazes e triunfantes os surtos republicanos de independência na América Portuguesa, fieis portanto ao padrão americano implantado nas ex-colônias hispânicas do continente, o mais que teriam logrado estabelecer fora a criação de repúblicas minúsculas ou seja deplorável mosaico de Estados débeis oriundos do quebrantamento da unidade nacional.

A linha européia da monarquia constitucional, a cujo exame tornamos, fez o milagre político de conservação do Império enquanto centro de um poder que não fragmentou a nacionalidade brasileira.

À República o Brasil um dia chegaria, na confluência institucional do destino que partilhou com as demais coletividades do continente, mas sem desintegrar-se, como ocorrera na América Espanhola, onde se formaram tantos Estados, nascidos da mesma família política, da mesma identidade, dos mesmos valores de civilização.

e) **O papel do rei na monarquia constitucional**

Três realezas se sucederam até aos nossos dias no ocidente depois da queda do Império Romano: a do rei feudal, a do rei absoluto e a do rei constitucional.

O primeiro, um rei sem soberania, mais suzerano que propriamente monarca; o segundo, um rei de poderes soberanos; o terceiro, um rei de poderes restritos, atado aos freios representativos do sistema.

Após estabelecer com soberania o poder absoluto, fazendo submissas e vassalas as antigas aristocracias feudais, o rei da idade moderna passou depois pelo constrangimento de ter que repartir o poder político com o terceiro estado, debaixo das irresistíveis pressões econômicas e sociais da burguesia revolucionária, que forjou a realidade do século XIX, cifrada na fórmula monárquica e parlamentar dos reis constitucionais.

Na monarquia constitucional, o rei, que dantes inaugurara com a soberania o império absoluto sobre os súditos, tornando tributários e dependentes os estamentos feudais, teve porém ao transcurso da idade moderna, a partir das transformações oriundas da elevação econômica e social da burguesia, que dividir o poder político com o terceiro estado – o estamento burguês – e travar com este uma surda batalha de hegemonia e conservação de prerrogativas.

Foi desta luta do século XIX em busca da supremacia que resultou na realidade institucional a fórmula monárquica dos reis constitucionais.

Toda essa evolução do poder constitucional em que a realeza ainda prepondera, mas sempre na defensiva, sempre contestada, não raro intimidada, se tornou bastante clara com os fatos históricos ocorridos na América Portuguesa.

Aí, D. Pedro, convocando a constituinte e dirigindo-se à soberana assembléia nas falas do trono, teceu um discurso político em que a arrogância do Imperador reiterava com energia sua qualidade de titular máximo do poder constituinte e corroborava depois a dura assertiva dessa supremacia com a dissolução do grande Colégio, e com o ato de outorga de duas Cartas.

A primeira aos brasileiros: a Carta Política do Império, em 1824. A segunda aos portugueses em 1826, a qual ele ditara ao Chalaça, seu secretário particular, e fez chegar a Lisboa pela mão do embaixador inglês no Brasil, Mr. Brown, em trânsito para a Inglaterra.

Era como se vê, a certidão da pálida autolimitação de um poder que a monarquia não abdicara por inteiro, mas consentia partilhar com o terceiro estado, segundo condições restritivas supostamente declinadas e homologadas no pacto constitucional.

As Constituições monárquicas eram, em geral, nos anais da liberdade moderna, salvo uma ou outra exceção, a fórmula da democracia ascendente, sem afetar a continuidade das dinastias.

Ao longo do Império, durante os dois Reinados, o rei governava mais que as assembléias, e muito mais que o povo.

Demais disso, D. Pedro I exercia o poder em tamanha escala que a resistência e irritação dos súditos redundou na revolução silenciosa de 7 de abril: a abdicação do rei, o advento da Regência e depois a promulgação do Ato Adicional que reformava a Constituição do Império.

Mas a desfiguração do poder na monarquia constitucional não parou aí. Prosseguiu na fase da pós-maioridade quando o absolutismo remanescente tornou a coroar a cabeça do rei com a titularidade constitucional de dois Poderes: o Moderador e o Executivo. Isto estava na Constituição. Era o direito positivo do Império constitucional. Constava dos artigos 98 a 101, que se ocupavam do Poder Moderador no Título V da Lei Maior.

Nos termos da Carta o Poder Moderador era instituído como "a chave de toda a organização política" e "delegado privativamente ao Imperador como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que, incessantemente, vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos" (art. 98).

O artigo seguinte declarava textualmente "inviolável e sagrada" a pessoa do Imperador, dispondo que ele não estava "sujeito a responsabilidade alguma".

Por derradeiro, no art. 101 determinava o modo de exercício do poder moderador pelo Imperador atribuindo-lhe a nomeação de senadores, a convocação da Assembléia Geral Extraordinária, a sanção de decretos e resoluções dessa Assembléia para que tivessem força de lei, a aprovação e suspensão inteira das resoluções dos conselhos provinciais, a prorrogação ou adiamento da Assembléia Geral, a dissolução da Câmara dos Deputados nos casos em que o exigisse a salvação do Estado, a convocação imediata doutra que a substituísse, a livre nomeação e demissão dos ministros de Estado, a suspensão dos magistrados em determinados casos, o perdão ou a moderação das penas impostas aos réus condenados por sentença e, por derradeiro, a concessão de anistia em caso urgente se a humanidade e o bem do Estado assim aconselhar.

Toda essa concentração magna de Poder político ao dispor de um rei sagrado e inviolável e irresponsável, titular constitucional de dois Poderes da soberania – o Moderador e o Executivo – podia fazer do monarca um déspota coroado e da Constituição um código do despotismo. Ficava anos-luz de distância da neutralidade e imparcialidade daquele Poder que Benjamin Constant, seu criador, teorizou como uma espécie de poder judiciário dos demais Poderes.

O "constituinte" D.Pedro I ao outorgar aquela Carta, de rosto tão absolutista, não podia ser outro senão o que dissolveu a Assembléia Geral Legislativa e Constituinte que no senhorio da legitimidade votava a primeira Constituição da soberania nacional no Brasil, cuja promulgação não se pôde fazer em razão do golpe de Estado de novembro de 1823.

Contudo, promulgada a Carta de 1824, só um rei santo com as virtudes de D.Pedro II podia fazer daquele poder a chave de uma democracia imperial, transformando trevas de prerrogativas em luz e chama de moderação, a saber, o dom de converter a força em direito; força que a Constituição lhe pusera ao alcance com a legitimidade formal de competências constitucionalmente estabelecidas.

Exercitava o rei tão vastas atribuições na linha de uma legitimidade material que seu senso de justiça, observância do bem comum e fidelidade ao interesse público lhe recomendavam.

Eis o paradoxo: a Constituição nos termos dos artigos 98 a 101 não passava de uma carta régia do absolutismo; já o Imperador, no exercício das competências ali fixadas, era porém a efígie da prudência e da abstenção no emprego da força e da coerção.

O Segundo Reinado foi o coroamento de uma época constitucional de nossa história que transcorreu sem ocorrência de um único golpe de Estado, salvo aquele dos republicanos que consumaram a queda do Império. Mas o Império não foi o reino da virtude. Atravessou crises e comoções de grande calibre. Que o digam as mazelas da escravidão, as contendas partidárias, a semelhança de lioberais e conservadores, o imobilismo ministerial, os vícios do unitarismo sufocante e centralizador que emperrava e corrompia a máquina administrativa, as crises da Questão servil, da Questão religiosa, da Questão militar e, por derradeiro, da Questão federativa, que fez Rui Barbosa trocar a monarquia pela república. A monarquia era o Velho Mundo, a república o Novo Mundo. Com a República emigramos politicamente da Europa para a América.

O CONSTITUCIONALISMO DA INEFETIVIDADE: A CONSTITUIÇÃO DE 1891 NO CATIVEIRO DO ESTADO DE SÍTIO

Christian Edward Cyril Lynch[*] e Cláudio Pereira de Souza Neto[**]

"O estado de sítio (...) não salvou a Constituição: entronizou a ditadura".

Rui Barbosa[1]

Introdução

Nenhuma das constituições brasileiras foi cercada de tantas expectativas e considerações como aquela que primeiro serviu de marco legal à República. Quando, no fim do Império, os republicanos democratas volviam os olhos para a vizinha Argentina, ficavam extasiados com o seu crescimento econômico e o atribuíam ao seu modelo constitucional, elaborado à imagem e semelhança dos Estados Unidos. Para eles, a Constituição do Império continha um vício de origem: o fato de ter sido outorgada por Pedro I depois da dissolução da Constituinte. Agora tudo seria diferente. Derrocada a monarquia unitária que supostamente entravava o progresso e adotada a república federativa, legitimada por uma Constituição elaborada pelos representantes do povo, o País seria refundado; tudo seria diferente. Para esses entusiastas, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 (pois era assim que ela era conhecida) preparava o País para uma era de verdadeira democracia, grandeza e prosperidade, que nos associava definitivamente ao movimento do continente americano. Não poderia ser diferente: o principal autor do anteprojeto constitucional enviado pelo Governo Provisório àquela assembléia havia sido Rui Barbosa, o mais legítimo dos liberais democratas brasileiros, jurisconsulto verdadeiramente prodigioso.

Entretanto, as promessas da Constituição de 1891 não se realizaram. Apesar da excelência de seus autores e de sua relativa longevidade para os padrões nacionais – quase 40 anos –, a primeira Carta republicana entrou para a história brasileira como o símbolo da inefetividade constitucional, do ideal frustrado pela realidade.[2] Um ano depois de promulgada a Constituição, às voltas com a ditadura florianista e os efeitos do primeiro estado de sítio inconstitucional, o senador Amaro Cavalcanti já declararia querer "a Constituição como lei viva, não como letra morta". Para ele, a inefetividade das garantias liberais parecia uma constante entre nós: "É sempre assim na história política do nosso País. Escrevem-se nas páginas do direito preceitos tão adiantados, tão liberais, que as nações que precederam o Brasil na civilização ainda não puderam adotar; mas, desgraçadamente,

[*] *Professor da Universidade Federal Fluminense (UFF) e da Universidade Gama Filho (UGF). Pesquisador da Fundação Casa de Rui Barbosa (FCRB). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Doutor em Ciências Humanas pelo Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro (IUPERJ).*

[**] *Professor da Universidade Federal Fluminense (UFF) e da Universidade Gama Filho (UGF). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado e Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*

[1] *BARBOSA, Rui. O Estado de Sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites. Rio de Janeiro, Companhia Impressora, 1892, p. 242.*

[2] *A história constitucional brasileira tem se caracterizado pela predominância de constituições inefetivas. A partir desse diagnóstico, o consitucionalismo brasileiro pós-1988 tem buscado se constituir como "constitucionalismo da efetividade" (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica do princípio democrático; In: BARROSO, Luís Roberto (org.). A Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª.edição revista. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p.285.*

quando chega a vez da aplicação vem o sofisma, o espírito partidário, a conveniência do momento, o desejo de não desagradar ao amigo, a ambição do poder e a lei subsiste como morta, imprestável, na prática, ao regime verdadeiro"[3]. Do outro lado do plenário do Senado, o conservadorismo já havia articulado uma resposta contra aqueles que reclamavam, com menos de um ano de ordem constitucional, que aquela não era a república com que haviam sonhado. Para o patriarca conservador da República, o senador Campos Sales, o caminho para a república verdadeira exigia a ordem contra os agitadores, que só poderia ser garantida cercando do máximo de força a autoridade do Executivo:

> "Por minha parte, também direi que esta não é a República que eu sonhava; mas, com uma diferença: nunca me passou pelo espírito a fantasia de ver a República com que sonhava, perfeitamente organizada dentro de tão pouco tempo depois da destruição da Monarquia. Não é esta a república que eu sonhava, mas, é este seguramente o caminho por onde se há de chegar a fazê-la; é através dessas dificuldades, dessas agitações, de todas essas comoções, que nós havemos de chegar ao regime definitivo da forma republicana em nosso País. Mas, para isso (...), o meio principal, senão o único, é dar força a esta entidade que representa uma sentinela ao lado da República – o governo do País. Pela minha parte, declaro que presto apoio absoluto e incondicional a este governo, ao qual não pedi e não pedirei outra coisa senão que tenha coragem, resolução e energia para manter a ordem e a paz públicas, e para garantir a estabilidade das instituições republicanas"[4].

Os sintomas de esclerose precoce da ordem constitucional, atacada de paralisia conservadora, persistiram por todo o período até a década de 1920, quando se erodiu a fé de que ela poderia ser resgatada para se efetivar no plano da vida. Num quadro de baixíssima competição política e de escassa alternância no poder, causado pelo monopólio oligárquico e pela prática sistemática da fraude eleitoral, a oposição e a situação jamais chegaram a um consenso mínimo acerca do modo como deveriam funcionar os institutos constitucionais, como os limites e hipóteses de decretação do estado de sítio, da intervenção federal, do controle de constitucionalidade, do habeas corpus e das normas centrais da organização federativa. Esta situação se arrastou durante quarenta anos, apesar de a Carta consagrar um Supremo Tribunal encarregado de exercer o controle normativo da constitucionalidade e um Congresso incumbido de conferir inteligência às questões políticas. O desaparecimento do Poder Moderador e, com ele, de uma instituição competente para operar pelo alto a alternância do poder, não deu lugar à criação de um consenso constitucional mínimo visto como legítimo pela maioria dos atores envolvidos. Quase 25 anos depois, um jovem expoente da nova geração conservadora, o deputado sergipano Gilberto Amado, aludiria à inevitável e necessária natureza ficcional da Constituição brasileira. Numa sociedade incapaz de recepcioná-la, a Carta forçosamente ficaria "pairando no ar, como uma cúpula, sem conexão com a terra"; "erguida no alto", ela era "uma ficção, um símbolo, uma figura de retórica destinada ao uso dos oradores"[5].

---

[3] Anais do Senado Federal, sessão de 17 de maio de 1892.

[4] Anais do Senado Federal, sessão de 1º. de junho de 1892.

[5] AMADO, Gilberto. As Instituições Políticas e o Meio Social no Brasil. In: Três Livros: A Chave de Salomão e outros escritos, Grão de Areia e Estudos Brasileiros, e A Dança sobre o Abismo. Rio de Janeiro, Editora José Olímpio, 1963, p. 237.

As páginas seguintes tentarão lançar luzes sobre alguns aspectos jurídicos, políticos e ideológicos que envolveram o drama da inefetividade da Constituição de 1891. Nossa abordagem tomará como referência a disputa política e ideológica dos liberais e conservadores em torno da interpretação da Carta, disputa que se originara no Império e se repetia na República, embora de modo menos evidente pela dificuldade de se institucionalizar o conflito em partidos nacionais. Para tanto, recorreremos ao exame de textos legais e à reconstrução histórica dos debates travados no Congresso Nacional, responsável pela definição das questões políticas, que escapavam então à jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

1. A reação aristocrática dos últimos anos da monarquia. O manifesto republicano. A dimensão conservadora do republicanismo agrário.

O Império havia sido conformado pelo liberalismo da tradição francesa. Embora seu modelo institucional fosse o do governo parlamentar britânico, ele o era explicado pelos teóricos franceses da Monarquia de Julho, para quem o liberalismo não implicava a rejeição do unitarismo, da justiça administrativa e de um governo parlamentar baseado na confiança da Coroa e do Parlamento. Esses traços do regime orleanista foram adaptados no final da década de 1830 pelos conservadores brasileiros, como Vasconcelos e Uruguai, para organizar e estabilizar as instituições consagradas pela Carta de 1824. Esse modelo político caracterizado pelo governo parlamentar e unitário, tutelado pela Coroa, era justificado com dois argumentos básicos. O primeiro reivindicava a preeminência democrática do Imperador: sua aclamação popular, antes de reunida a Constituinte de 1823, fizera dele, e não da representação parlamentar, o intérprete privilegiado da vontade nacional.[6] O segundo argumento, de natureza sociológica, residia na invertebração da sociedade nacional, cuja pobreza e atraso intelectual se refletiriam na vacuidade da vida política e no individualismo de seus estadistas. Na falta de um ponto qualquer na base social, onde o sistema pudesse se apoiar, o sistema constitucional e representativo só poderia se organizar de cima, a partir da legitimidade de que a monarquia havia sido investida pela aclamação popular. Daí a centralidade adquirida pelo Poder Moderador da Coroa, forma estrutural de controle constitucional criada por Benjamin Constant que se tornara o pivô da estabilidade do Estado, ao proporcionar, do alto, a filtragem de uma liderança política relativamente autônoma das oligarquias e uma alternância artificial, mas eficaz, entre os partidos políticos, levando-os a renunciar às armas[7]. A relativa autonomia do Estado por sobre a sociedade inorgânica e oligárquica era a condição mesma da sua estabilidade, permitindo-lhe organizar a política para submeter os potentados rurais.[8]

---

[6] LYNCH, Christian Edward Cyril. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824). Dados, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p.611-654, set. 2005.

[7] Idem, A voz do Leviatã pela boca de Behemoth: o estado de exceção, o poder moderador e o controle normativo de constitucionalidade como meios de expressão da unidade da soberania popular. In: II Congresso Brasileiro de Direito e Política, 2005, Florianópolis. Direito e Política - Anais do II Congresso Brasileiro. Curitiba : Juruá, 2005. p. 31-40.

[8] MATTOS, Ilmar Rohloff de. O tempo saquarema: a formação do Estado imperial. 3. ed. Rio de Janeiro: ACESS, 1994.

Entretanto, a ideologia que justificava a hegemonia do modelo político conservador do Império começou a ser seriamente contestada a partir de 1867-1875, quando a segunda reforma eleitoral inglesa e a consolidação da República na França marcaram a inevitáveldemocratização de seus respectivos governos representativos; as teorias do *governo misto* e do *governo parlamentar* foram então substituídas pelas da democracia e do parlamentarismo. Referência de todas as monarquias constitucionais, na Inglaterra vigia um parlamentarismo que retirara a Coroa do centro decisório da política; por isso, ela deveria limitar-se a *reinar e não governar*.[9] Esse momento coincidiu com a queixa das oligarquias brasileiras contra a compressão exercida pelo governo nacional e suas reivindicações por maior autonomia política, administrativa e tributária para as províncias. Daí o seu apoio, aparentemente contraditório, à campanha promovida pelo Partido Liberal por reformas que incluíam a eleição direta, a descentralização, a autonomia do Judiciário, a extinção da justiça administrativa, a temporariedade do Senado e a neutralização do Poder Moderador. A ala esquerda dos liberais brasileiros, acreditando representar uma consciência pública democrática gerada pelo conhecimento científico, propôs romper as fórmulas de transigência que até então caracterizavam a política, pregando a separação entre Igreja e Estado, a democratização do sufrágio, a instrução pública universal e, eventualmente, o federalismo – medidas necessárias a uma sociedade moderna e, como tal, autenticamente liberal[10].

Ocorre que, se os liberais urbanos pretendiam na década de 1870 ampliar a esfera pública pela redução da autonomia do monarca, do Senado vitalício e do Conselho de Estado, em benefício das províncias e da Câmara dos Deputados, o intuito dos liberais e conservadores rurais era, ao contrário, o de reduzir o eleitorado para firmar a hegemonia direta da lavoura na política brasileira. A perspectiva da abolição da escravatura já se achava no horizonte e, com ela, o receio de que os escravos libertos pudessem participar da política ou usar seus votos para barganhar, com seus senhores, condições mais suaves de trabalho e moradia (como já faziam os trabalhadores livres). A tendência dos fazendeiros do sudeste no final da monarquia havia sido a de combater a autonomia da Coroa, que outrora desejaram para garantir o primado da ordem, mas que agora rejeitavam. Preocupada com seu status, ameaçado pela falta de mão-de-obra, a aristocracia rural passou a se organizar em congressos agrícolas para criticar a pretensão da Coroa de intervir no mercado de trabalho, a pretexto de promover a abolição da escravatura. O discurso reformista liberal da década de 1870 acabou sendo incorporado, na verdade, por uma reação aristocrática que pretendia instalar um parlamentarismo aristocrático onde apenas as elites estivessem no controle do Estado. Desse modo, o campo poderia evitar ou retardar a abolição da escravatura e melhor direcionar os recursos públicos em seu benefício, na forma de financiamento público por empréstimos, promoção da imigração estrangeira e construção de mais ferrovias que escoassem a produção[11]. A reforma eleitoral de 1881, efetuada em nome da democracia, embora tenha

[9] BAGEHOT, Walter. The British Constitution. Disponível em <http://www.ibiblio.org/ gutenberg/etext03>. Acesso em jun. 2007.
[10] SIMON, Jules. La politique radicale. 2.ed. Paris: Librarie Internationale, 1868.
[11] LYNCH, Christian Edward Cyril. O Momento Monarquiano: o Poder Moderador e o Pensamento Político Imperial. Rio de Janeiro, 2007. Tese de Doutorado em Ciência Política – IUPERJ.

suprimido a regra da eleição indireta, reduziu em mais de dez vezes o eleitorado, ao excluir do direito de voto os analfabetos, que eram 90 % da população[12].

No entanto, a retomada do processo de abolição da escravatura em 1884 logo revelouà lavoura os limites do parlamentarismo aristocrático. Na busca de outras fórmulas que eliminassem a autonomia do estado, a aristocracia rural aderiu sucessivamente ao federalismo e ao republicanismo, especialmente depois da Lei Áurea. Já eram perceptíveis as diferenças ideológicas entre as duas propostas de república então disponíveis sob o guarda-chuva geral de adesão ao modelo republicano norte-americano: primeiro, a republicana liberal, vinculada a determinados setores urbanos do Rio de Janeiro; segundo, a republicana agrária, vinculada à aristocracia rural de São Paulo. Grosso modo, os dois projetos representavam a radicalização das posturas dos dois partidos monárquicos, agora numa moldura republicana e federalizada. A tradição republicana brasileira da década de 1830, essencialmente urbana e democrática, havia sido preservada pelos liberais históricos; deles o bastão passara para os radicais e, daí por diante, para os republicanos propriamente ditos.

As idéias democráticas do partido foram condensadas em 1870 num manifesto de Quintino Bocaiúva conhecido como *Manifesto Republicano*. Os republicanos sabiam que a pedra de toque da monarquia brasileira era a teoria do governo misto e por isso buscaram vulnerá-la em nome da democracia pura e do progresso. Para Bocaiúva, a monarquia constitucional era uma solução espúria de compromisso entre o absolutismo e a democracia, que não poderia mais ser tolerada pela evolução natural das sociedades: era um regime de privilégio, na medida em que uma família tinha o monopólio da chefia de Estado. A república era uma forma de governo mais adiantada e, como tal, inevitável e necessária ao progresso do País. No conjunto, porém, o manifesto era antes um libelo antimonárquico do que um conjunto claro de proposições de reforma política. Além de não tocarem na questão social – leia-se: na escravidão –, os republicanos eram vagos a respeito do desenho institucional proposto, limitando-se a advogar uma república democrática, um executivo responsável e províncias unidas por um vínculo federal. Embora houvesse federalistas monárquicos, os republicanos frisaram que, do ponto de vista "doutrinário" e "empírico", a instituição da monarquia era incompatível com a federação das províncias, que só seria possível, portanto, dentro do modelo norte-americano. O federalismo era apresentado como a única possibilidade de preservar a unidade nacional brasileira e ao mesmo tempo coibir o intervencionismo estatal sobre o espaço privado, social e principalmente econômico[13]. Na verdade, o republicanismo liberal urbano somente adquirirá características definidas com o fim do período monárquico, quando Rui Barbosa assumiu o papel de vice-chefe do Governo Provisório.

Se esta era a versão liberal e urbana do republicanismo, elaborada na Corte, havia também a sua versão conservadora e rural, formulada pelos fazendeiros republicanos paulistas. Aqui, o filósofo que servia de referência era Herbert Spencer, figura de proa do

[12] CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. Rio, Civilização Brasileira, 2001.

[13] BOCAIÚVA, Quintino. Manifesto Republicano. In: Idéias Políticas de Quintino Bocaiúva. Seleção e organização de Eduardo Silva. Volume I. Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1986.

conservadorismo inglês. O darwinismo social spenceriano aplicava à organização social o ideal de mercado de uma concorrência perfeita entre os produtores econômicos, cobrando do Estado abstenção, sob pena de brecar a evolução social e comprometer a sobrevivência dos mais aptos. A pobreza era fruto da incapacidade congênita dos menos aptos na luta pela vida, que por isso deveriam ser deixados à própria sorte. Spencer condenava a legislação social, o socialismo, o direito de greve e a sindicalização, que interferiam no natural processo de competitividade, isto é, de luta pela vida[14]. Essas idéias constituíram o núcleo ideológico do republicanismo agrário, cujo maior doutrinador foi Alberto Sales. Embora respeitasse o princípio da igualdade perante a lei – indispensável à perfeita concorrência dos indivíduos –, toda e qualquer outra noção de igualdade era soterrada por determinismos geográficos, étnicos ou hereditários dos indivíduos em luta pela vida, alçados à condição de fatores determinantes das explicações[15]. Quando transpostas para o plano da ação política, as conseqüências da naturalização da hegemonia paulista eram claras. Em primeiro lugar, o Estado brasileiro deveria se retirar da cena econômica e social, adotando-se o federalismo, a separação entre a Igreja e o Estado, a liberdade de ensino, e a mais absoluta liberdade comercial e industrial. Em segundo lugar, emergia o "direito natural" da aristocracia rural paulista de dispor dos dinheiros públicos provinciais como bem lhe aprouvesse. Era também São Paulo que deveria dirigir a futura República: para o discurso conservador, as elites nordestinas e fluminenses eram dotadas de formação racial inferior, razão pela qual haviam se revelado decadentes e gerencialmente incompetentes[16]. Em terceiro lugar, e intimamente ligada à demanda federalista e separatista, estava a postergação do processo de abolição de escravatura.[17]

Apesar de formalmente expresso num discurso republicano, o âmbito da república defendida pelo republicanismo agrário paulista coincidia com aquele da "nação" da monarquia parlamentarista idealizada pelos conservadores e liberais do campo – um espaço público restrito aos proprietários de terras, aos profissionais liberais e aos altos funcionários do Estado – ou seja, aos patrões; ficando fora dela todo o resto da população, isto é, a força de trabalho que os abolicionistas queriam elevar à categoria de cidadãos plenos. Daí que o discurso republicano da aristocracia paulista acabasse tomando, na prática, contornos de um liberalismo muito mais autoritário que o do Império. À sombra da mesma ideologia liberal democrática do republicanismo urbano, surgiu um republicanismo militante do campo, amparado

[14] SPENCER, Herbert. Political Writings. Cambridge University Press, 1997.

[15] Assim, por exemplo, Sales atribuía a riqueza paulista à superioridade racial, psicológica e cultural da sua aristocracia, descendente de colonizadores da melhor cepa portuguesa. A decadência das demais províncias era explicada pela mistura de sangue do branco com o negro e com o índio, ao passo que a pureza racial das linhagens paulistas explicava "o notável desenvolvimento moral e intelectual de São Paulo". SALES, Alberto. A Pátria Paulista. Brasília, UnB, 1983, p. 102.

[16] A república e o federalismo dariam um fim a este "regime do privilégio e do monopólio, que atualmente caracteriza a nossa vida política, a ponto de serem as funções governamentais exercidas pelos menos competentes e não pelos mais aptos, como aliás o deveria ser numa boa organização social". SALES, João Alberto. Catecismo Republicano. In: VITA, Luís Washington. Alberto Sales – Ideólogo da República. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1965, p. 175.

[17] No final de 1887, os republicanos agrários paulistas aceitaram a abolição sem indenização, resolvendo impor aos associados do partido que, para comemorar o centenário da Revolução Francesa, deveriam libertar os seus escravos até... 14 de julho de 1889! Quando a data chegou, a monarquia já abolira a escravidão fazia mais de ano... SANTOS, José Maria dos. Os Republicanos Paulistas e a Abolição. São Paulo, Livraria Martins, 1942.

ideologicamente no darwinismo social, oligárquico e hierárquico, autoritário e racista, que sedutoramente acenava a toda a aristocracia rural como a solução definitiva de seus problemas políticos. Indispostos com o reformismo imperial, os principais conservadores monarquistas aceitaram sem pesar a ruptura institucional e o governo provisório dela decorrente; de fato, poucos dias depois, praticamente toda a grande aristocracia rural já estava nas fileiras do Partido Republicano[18]. Nesse quadro, não causará estranheza que, depois de assentado o novo regime, fosse ele elogiosamente descrito por um dos mais eminentes próceres paulistas, a esta altura senador, como uma "democracia autoritária"[19].

2. No Governo Provisório: os decretos norteadores, o anteprojeto constitucional e a modelagem do Supremo Tribunal Federal.

Instaurada a República, foi editado, para institucionalizá-la provisoriamente, o Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889. Ele foi precedido de uma proclamação do Governo Provisório que tentava justificar como produto da "perfeita comunhão de sentimentos" entre o povo, o Exército e a Marinha o golpe que extinguira a monarquia. Embora timbrasse em apresentar o novo governo como agente "da paz, da liberdade, da fraternidade e da ordem", a proclamação mandava fechar o Congresso Nacional. A ditadura era introduzida, porém, a título de introduzir um governo mais liberal e democrático que o anterior, promessa contida já na designação do novo regime de governo, no referido Decreto n. 1, como "república federativa" (art. 1º.). As antigas províncias, por suas vezes, passavam à condição de Estados, para formar, em seu conjunto, os *Estados Unidos do Brasil* (art. 2º.). Esses Estados eram qualificados como detentores de "legítima soberania" (art. 3º), expressão que, como veremos, oporia conservadores ultrafederalistas e liberais unionistas no Congresso Constituinte. Os três artigos seguintes instituíram legalmente o "Governo Provisório da República" e previram regras para que, em caso de reação monarquista, ele pudesse intervir militarmente nos Estados. O art. 7º previa que a República deveria ser confirmada pelo "pronunciamento definitivo do voto da Nação livremente expressado pelo sufrágio universal", idéia logo deixada de lado. Depois do Decreto n. 1, outros decretos também foram editados versando sobre matéria constitucional – como o de n. 6, que confirmou o sufrágio universal masculino como novo critério de eleição dos futuros representantes políticos, em substituição ao voto censitário. Na prática, a ampliação da esfera pública foi praticamente nula, porque não revogava a proibição do voto do analfabeto que, introduzido em 1881, fora a responsável pela redução abissal da participação eleitoral. O Decreto n. 7 mandou fechar as assembléias legislativas estaduais e fixou as competênciasdos governadores, tarefa típica das constituições federais. O Decreto de 19 de novembro de

[18] Embora os novos governos preferissem os republicanos históricos para ocupar cargos públicos, os ex-conservadores monárquicos, agora adesistas, não foram discriminados: o próprio Antônio Prado, chefe do Partido Conservador de São Paulo, foi eleito deputado à Constituinte de 1890 pelo Partido Republicano e ocuparia a prefeitura de São Paulo por treze anos consecutivos. Por sua vez, escolhido pelo antecessor Campos Sales (um republicano histórico), o conselheiro da monarquia Rodrigues Alves chegaria doze anos depois à presidência da República. Como se percebe, a afinidade essencial aqui é entre o espírito conservador da lavoura e não de regimes de governo. ARANHA, José Pereira da Graça Aranha. A vida realista de Antônio Prado. In: PRADO, Nazaré. Antônio Prado no Império e na República. Rio de Janeiro, F. Briguiet & Cia, 1929, p. 41.

[19] GLICÉRIO, Francisco. As Idéias Políticas de Francisco Glicério. Organização e seleção de João Sebastião Witter. Volume II. Fundação Casa de Rui Barbosa, 1982, p. 392.

1889 instituiu o sufrágio universal; o de 7 de janeiro de 1890, a separação entre Igreja e Estado; o de 24 de janeiro, o casamento civil; o de 11 de outubro, a Justiça Federal.

Esses decretos, que deram forma legal ao Governo Provisório, foram firmados por todos os seus membros. Essa forma colegiada de atuação dos integrantes do novo governo, em contrariedade ao princípio presidencialista que os guiava e seguindo as práticas parlamentaristas, manifesta principalmente a desconfiança recíproca no interior da própria coligação civil e militar que patrocinara o golpe de Estado. Era evidente que a coalizão reunira elementos que, por uma questão de oportunidade, haviam se juntado para ajudar a derrubar a monarquia unitária, mas que pouco tinham a ver entre si. O governo reunia generais como Deodoro e Floriano, inclinados à ditadura pura e simples; militares e civis positivistas, como Benjamin Botelho e Demétrio Ribeiro, propensos a uma democracia autoritária; aristocratas rurais conservadores, como Campos Sales e Francisco Glicério, que aspiravam a uma república oligárquica como a Argentina, e jornalistas até então liberais e democratas, como Aristides Lobo e Quintino Bocaiúva, que logo passariam para o campo conservador. Monarquista até os estertores do regime, Rui Barbosa compensou o fato de não ser militar nem republicano histórico graças à ciclópica cultura jurídica e administrativa, com o que manteve a ascendência sobre Deodoro. Manobrando para que a ditadura fosse, dentro do possível, um breve interregno para a organização democrática e liberal da nova República, Rui aproveitou o caráter colegiado do governo para, apesar de ser Ministro da Fazenda, influenciar boa parte da legislação institucional do período; por outro lado, sua conduta liberal e absorvente causou crises que resultaram na retirada de colegas e na eterna antipatia de outros, como o conservador Campos Sales. Ministro da Justiça e irmão de Alberto, Campos Sales seria o grande artífice do conservadorismo oligárquico da Primeira República e, como tal, adversário político de Rui, campeão da causa perdida do liberalismo urbano[20]. No seio do Governo Provisório já começava a larvar, pois, a tensão entre o conservadorismo do Ministro da Justiça e o liberalismo do Ministro da Fazenda, que encarnariam os dois pólos ideológicos antagônicos em que se dividiria a interpretação constitucional do novo regime.

Naquele momento, todavia, uns e outros precisavam da recíproca colaboração para atingir objetivos comuns. O primeiro deles, que era garantir o novo regime contra a reação monárquica, foi alcançado por uma legislação draconiana contra a liberdade de expressão, pelo empastelamento de jornais e pela edição de um regulamento eleitoral que impediria, pela intervenção do governo, a eleição de monarquistas para a Constituinte.[21] O segundo objetivo comum foi impor o modelo institucional norte-americano contra o grupo positivista, convocando uma comissão para elaborar o projeto constitucional comprometida com aquele modelo. Assim, o decreto n. 29 de 3.12.1889 nomeou uma comissão de cinco juristas – Saldanha Marinho, Américo Brasiliense, Santos Werneck, Rangel Pestana e Magalhães de Castro –, a maior parte dos quais vinculados à grande propriedade rural. O anteprojeto foi revisto por Rui Barbosa em 25 dias a pedido de todos

[20] Para Sales, Rui era "a negação formal de todas as qualidades de homem de governo". Empenhado sempre em obras "da desordem e da destruição", Rui era um "revolucionário de sangue. Onde aparece uma conspiração, ou uma revolta, lá está ele. Assim tem sido sempre" (DEBES, Célio. Campos Sales: perfil de um estadista. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1978. v. 2, p. 591-593). Rui também não gostava de Sales. Quando as atas do governo provisório vieram a lume, em 1901, sua primeira reação foi a de contestar a veracidade dos documentos, e a segunda, a de acusar o secretário de Deodoro, Fonseca Hermes, de estar mancomunado com Sales e Cesário Alvim para exaltar-lhes os atos e diminuir as dos outros ministros – principalmente as dele, Rui. (MAGALHÃES JR., Raimundo. Rui, o homem e o mito. 2. ed., corrigida e aumentada. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira 1965. p. 150-152). A má vontade recíproca comprova a durabilidade da animadversão, pessoal e ideológica.

[21] ABRANCHES, Dunshee de. Atas e atos do Governo Provisório. Introdução de Octaciano Nogueira. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1998. p. 124, 236, 249.

os ministros para que, em conjunto, pudessem solidariamente impô-lo a Deodoro, que queria incluir na Constituição a possibilidade de dissolução da Câmara dos Deputados pelo Chefe do Estado e a organização de um Judiciário unitário, mecanismos da Carta de 1824.[22] Vencido Deodoro, o anteprojeto foi promulgado pelo decreto n. 510 como Constituição Provisória da República, a 22 de junho de 1890, cujos dispositivos relativos à estruturação dos poderes já passavam a vigorar. Em parte, o Decreto 510 significou um ato constituinte. A Constituição Provisória era umatentativa consciente dos atores republicanos de romper a autonomia do Estado sobre a sociedade e superar a hegemonia da moldura intelectual francesa, para lhe sobrepor a norte-americana; na prática, isso foi feito substituindo-se o unitarismo pelo federalismo (art. 1º.), o parlamentarismo pelo presidencialismo (art. 39), a dualidade entre justiça administrativa e justiça comum por um judiciário uno e autônomo (art. 54), o tribunal de cassação por um supremo tribunal soberano (art. 55) e o poder moderador do chefe do Estado pelo controle jurisdicional da constitucionalidade (art. 58, § 1º, alíneas a e b).

Na confecção desse anteprojeto, a atuação de Rui Barbosa foi fundamental. Ele fez umas poucas alterações no modelo constitucional estadunidense, tendo em vista a evolução política daquele país desde 1787. Com receio da deficiente educação do povo, ele também adotou a eleição indireta para presidente e senadores; para evitar que as eleições presidenciais fossem tumultuárias, fixou uma duração mais longa, de seis anos, para o mandato presidencial. Receoso de que o Presidente manipulasse o Supremo Tribunal, fixou seu número de integrantes na Constituição; temendo o excesso de federalismo, fortaleceu a União, concedendo-lhe o poder de emitir moeda, a propriedade das terras devolutas e a competência para legislar sobre direito civil, penal e processual. No mais, com o propósito firme de transplantar as instituições anglo-americanas, com um olho na Constituição da Argentina, Rui se valeu de toda a sua *expertise* em direito público para reescrever o anteprojeto da comissão dos cinco, modificando-o para além de seu estilo, técnico ou vernáculo, ao enxertar novas normas, consagrar novas instituições e aprimorar a redação de quase todas as outras.[23] Ele melhorou os dispositivos referentes à intervenção federal, para permitir que os poderes judiciários e legislativos dos Estados pudessem requisitá-la, e ao estado de sítio, frisando a necessidade de que o Congresso Nacional fiscalizasse os atos do governo. Quanto ao controle normativo da constitucionalidade, foi ele quem o enxertou no capítulo do Poder Judiciário, quase todo reescrito. Ficaram também por sua conta a inviolabilidade parlamentar e a ampliação da declaração de direitos, evitando que ela fosse inferior à da Constituição de 1824.[24]

A adoção do presidencialismo merece uma análise mais circunstanciada, por constituir uma aparente contradição com a campanha parlamentarista movida pela oposição liberal desde pelo menos 1862, e radicalizada desde 1868/1871, que justamente combatia o "poder pessoal". Ao consagrar as doutrinas da separação dos poderes e dos freios e contrapesos, o arcabouço horizontal do projeto republicano ficava muito parecido com o da própria Constituição do Império, cuja primeira interpretação, no Primeiro Reinado e na Regência, respaldara o poder pessoal de Pedro I e do Regente Feijó – poder pessoal muito superior àquele exercido por Pedro II no quadro de um sistema parlamentar dualista e que tanto havia sido criticado por Rui. A existência de um poder pessoal do chefe do Executivo, ao menos teoricamente, não era um problema para os conservadores agrários, que apreciavam um chefe de Estado forte, enérgico, capaz de manter

[22] MONTEIRO, Tobias. Como se fez a Constituição da República. In: BARBOSA, Rui. A Constituição de 1891. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946. p. 371-374. (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 17, 1890, t. 1.)

[23] CARNEIRO, Levi. Dois arautos da democracia: Rui Barbosa e Joaquim Nabuco. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1954.

[24] CALMON, Pedro. Prefácio. In: BARBOSA, Rui. A Constituição de 1891. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946.

a ordem social contra as reivindicações dos setores alijados. A rejeição do regime monárquico pelos senhores rurais, na verdade, havia radicado menos no caráter pessoal do governo, por eles apreciado, do que no fato de sentirem, desde o início do processo da abolição, em 1871, que aquele poder não vinha sendo empregado em seu benefício, ou seja, da ordem social, mas contra eles, desorganizando o trabalho da lavoura e subvertendo a hierarquia social. Daí o apoio dado então à campanha parlamentarista. Com a queda da monarquia e o advento de um presidente eleito, as coisas mudavam de figura. Como explicava Campos Sales, a vantagem de substituir a monarquia parlamentar pela república presidencial estava na conjugação de um governo forte e pessoal, de um lado, com sua responsabilidade direta frente aos representantes do latifúndio reunidos no Congresso, de outro. Para ele, a república presidencial era a garantia de governo forte a serviço do *establishment* oligárquico[25].

Este não era o caso de Rui, liberal apaixonado pelo parlamentarismo que aderira ao presidencialismo por pura rigidez doutrinária. Embora acreditasse que, dado o histórico latino-americano, o sistema presidencial pudesse converter-se num veículo do arbítrio do Chefe do Estado, mas não vendo, por outro lado, o precedente anglo-americano de uma república federativa que comportasse a fórmula parlamentarista, Rui evitou incorrer em *hibridismo*.[26] Para ele, a elaboração constitucional exigia ortodoxia na transposição das instituições estrangeiras para o ambiente nacional. Além de envolverem contemporizações com o atraso político, as fórmulas híbridas aumentavam a imprevisibilidade do experimento e, com ela, o risco de um governo arbitrário. Daí que a boa Constituição não era a que correspondia ao estado sociocultural do povo, mas a que servia de bitola ou corretor ortopédico para aprumar o crescimento irregular do organismo social num caminho diverso daquele da liberdade. Se os valores morais da justiça eram universais e eternos, como ele acreditava, e encontravam nas instituições anglo-americanas sua mais acabada expressão, os povos atrasados precisavam urgentemente importá-las e praticá-las, para terem condições políticas de acelerar seu desenvolvimento. A ferramenta essencial para a adequada inoculação institucional do germe da liberdade num ambiente que lhe era hostil era, para Rui, o direito constitucional comparado. O relativismo cultural, a história ou a intuição sociológica tinham pouca ou nenhuma relevância. Por esse motivo, Joaquim Nabuco o acusaria de ser não "um organizador, um criador de instituições, mas um copista de gênio", "o jurista constitucional" do regime republicano.[27] A esperança de Rui era a de que as derivas autoritárias do governo presidencialista ou do Congresso fossem coibidas pelo Judiciário, cujo poder, por isso mesmo, tratara de fortalecer. Fixada sua competência para declarar a nulidade dos atos e leis incompatíveis com a Constituição e de julgar os conflitos entre os estados, e entre estes e a União Federal, o Supremo Tribunal Federal deveria exercer o papel "de um poder neutral, arbitral, terminal, que afaste os contendores, restabelecendo o domínio da Constituição".[28] Entretanto, não era nova e nem privativa dos republicanos a noção, corrente na época, de que o equivalente do Poder Moderador do monarca nas

[25] "Os que ainda não puderam ainda compreender bem a essência do regime, tal como o concebeu o nosso mecanismo institucional, mostram-se ingenuamente apavorados ante esta influência exercida legitimamente pela autoridade presidencial, supondo estarem na presença desse fantasma do poder pessoal, que outrora atribuíamos, nós, os republicanos principalmente, ao Imperador, buscando ai valiosíssimo subsídio para os ataques à Monarquia. Existe, é certo, no regime presidencial, um poder pessoal; mas – é nisso que se diferencia do poder pessoal dos soberanos – é um poder constitucionalmente organizado, sujeito a um tribunal político de julgamento". SALES, Manuel Ferraz de Campos. Da propaganda à presidência. São Paulo: [s.n.], 1908. p.215.

[26] BARBOSA, Rui. Escritos e discursos seletos. Seleção, organização e notas de Virgínia Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Nova Aguilar: Fundação Casa de Rui Barbosa , 1960. p. 352.

[27] ARQUIVOS da Fundação Joaquim Nabuco.

[28] DELGADO, Luiz. Rui Barbosa: tentativa de compreensão e síntese. Rio de Janeiro: José Olympio, 1945. p. 141.

repúblicas presidenciais e federativas era uma Suprema Corte dotada de poderes para declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos. Já em 1841, por exemplo, o liberal histórico Teófilo Otoni aludira a um "supremo Poder Moderador" que, detido pela Suprema Corte, teria o poder de declarar a inconstitucionalidade das normas nos Estados Unidos[29]; vinte anos depois, ele voltou a defender a tese de que Judiciário brasileiro tinha ou deveria ter a mesma função[30]. Em 1870, foi a vez de Tavares Bastos definir o Judiciário norte-americano como "o grande Poder Moderador da sociedade, preservando a arca da aliança de agressões, ou venham do governo federal ou dos governos particulares"[31]. Por fim, a crer-se no depoimento do republicano Salvador de Mendonça, o próprio Imperador Dom Pedro II teria cogitado em 1889 de criar um tribunal semelhante à Suprema Corte norte-americana para lhe transferir as competências do Poder Moderador[32]. Também não era nova a idéia de fortalecimento do Poder Judiciário. Pregando contra a justiça administrativa imperial, em 1869 Nabuco de Araújo e outros liberais haviam insistido que os juízes eram os únicos árbitros adequados das contendas individuais e mesmo eleitorais[33]. Tavares Bastos defendera em 1875 a entrega da magistratura de primeira instância às províncias ou, provendo os cargos por concurso, promover os magistrados por um processo que, envolvendo o Judiciário e o Legislativo, excluísse o Executivo[34]. Ao apresentar seu ministério em 1882, também o liberal Marquês de Paranaguá frisara a necessidade de emancipar o Judiciário da dependência do Executivo, de molde a inspirar a confiança dos partidos em sua neutralidade política[35]. O mesmo faria o primeiro-ministro liberal Lafaiete Rodrigues Pereira no ano seguinte, ao lembrar aos deputados que o Judiciário deveria ser fortalecido por conta da "idoneidade intelectual e moral do magistrado e sua perfeita independência pessoal" [36]. Em 1886 já estava no ar a possibilidade de se atribuir ao Supremo Tribunal de Justiça a verificação dos poderes dos parlamentares eleitos[37]. Por fim, em 1888, aquele tribunal já protestava contra a ingerência do Poder Executivo, em nome da igualdade entre os poderes políticos consagrada na Carta de 1824[38].

[29] OTONI, Teófilo. Discursos Parlamentares. Brasília, Câmara dos Deputados, 1979, p.140.
[30] Idem, ibidem, p.158.
[31] TAVARES BASTOS, Aureliano. A Província. Brasília, Senado Federal, 1997, p. 151.
[32] MENDONÇA, Carlos Sussekind. Salvador de Mendonça: democrata do Império e da Republica. Rio de Janeiro, Instituto Nacional do Livro, 1960.
[33] NABUCO DE ARAUJO, José Tomás. O Centro Liberal. Brasília, Senado Federal, 1979, p. 104.
[34] TAVARES BASTOS, Aureliano. Considerações gerais sobre a constituição da magistratura. In: Os Males do Presente e as Esperanças do Futuro. 2ª. edição. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1976, p.241.
[35] Anais da Câmara dos Deputados, sessão de 3 de junho de 1882.
[36] Idem, sessão de 24 de maio de 1883.
[37] NABUCO, Joaquim. Campanhas de Imprensa (1884-1887). São Paulo, Instituto Progresso Editorial, 1949, p.164.
[38] O Poder Executivo, em aviso de 17.12.1888, recomendara ao Supremo Tribunal de Justiça a observância de certas regras diversas daquelas que naquela Corte eram praxe. Os ministros Andrade Pinto e Magalhães Castro propuseram então uma moção de protesto que foi votada entre aplausos na primeira sessão do ano seguinte: "O Supremo Tribunal de Justiça, por si e como órgão mais elevado do Poder Judicial, protesta solenemente contra o aviso circular que foi anteontem dirigido ao seu presidente pelo Ministro da Justiça, por ser atentatório da soberania a independência do mesmo poder, não reconhecendo superioridade no Executivo ou de igual categoria política e com separada esfera de atribuições, para receberem deste outro poder os juízes e tribunais judiciários censuras e ordens sobre o modo por que devem eles exercer as funções da sua exclusiva competência e com a única inferioridade da hierarquia judicial".

Quando veio a República, portanto, estava mais do que pavimentado o caminho que levaria à substituição do Poder Moderador, de cunho estrutural, exercido pelo Imperador, por um controle normativo, exercido pelo Poder Judiciário. O papel do Supremo Tribunal Federal, que deveria exercer aquele controle em última instância e havia sido desenhado por Rui no anteprojeto, foi comentado doutrinariamente quatro meses depois, na exposição de motivos do decreto n. 848 de 11.10.1890, que organizou a Justiça Federal. Neste ponto, Rui Barbosa e Campos Sales, editor do decreto, estavam de acordo em reproduzir na nova república o arcabouço judiciário norte-americano, com um sistema de dualidade da justiça – federal e estadual – em cuja cúspide houvesse um tribunal encarregado de preservar a integridade do ordenamento constitucional para salvaguardar os direitos fundamentais. Ao contrário do que geralmente se afirma nos manuais de direito constitucional, o controle normativo (embora não jurisdicional) da constitucionalidade já existia antes da República, tendo sido introduzido pelo Ato Adicional, em 1834, juntamente com o semifederalismo; mas funcionava muito precariamente[39]. Com a República, o controle normativo foi ampliado para incluir as leis federais e entregue a um Judiciário independente, encarregado de arbitrar os conflitos normativos entre os poderes verticais (União e Estados) e horizontais (Executivo, Legislativo e Judiciário) do Estado. A americanização do direito público brasileiro foi completada pelo art. 387 do mesmo decreto 848: dali por diante as doutrinas e precedentes do direito norte-americano passavam à condição de fonte subsidiária oficial do direito público brasileiro. Eis como explicava Campos Sales o novo papel do Poder Judiciário:

> "O que principalmente deve caracterizar a necessidade de imediata organização da Justiça Federal é o papel de alta preponderância, que ela se destina a representar, como órgão de um poder, no corpo social. Não se trata de tribunais ordinários de justiça, com uma jurisdição pura e simplesmente restrita à aplicação das leis, nas múltiplas relações com o direito privado. A magistratura, que agora se instala no País graças ao regime republicano, não é um instrumento cego, ou mero intérprete, na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe, ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme, ou contrário à lei orgânica... Aí está posta a profunda diversidade de índole, que existe entre o Poder Judiciário, tal como se acha instituído no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto, na elevada esfera de sua atividade, para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão. É por isso que, na grande União Americana, com razão se considera o Poder Judiciário como a pedra angular do edifício federal e o único capaz de defender com eficácia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo de sua real soberania se desfazem os erros legislativos, e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo"[40].

[39] O controle normativo da constitucionalidade havia sido limitado às leis provinciais e não era exercido pelo Judiciário, mas pelo Legislativo, numa hibridação do sistema legicentrista francês da Carta de 1824 com o sistema constitucionalista norte-americano, que era o espírito mesmo do Ato. O problema é que ele funcionava muito mal: dezenas e dezenas de leis inconstitucionais eram elaboradas nas assembléias provinciais em prejuízo da União, sem que a Assembléia Geral cuidasse de anulá-las por falta de tempo, imparcialidade e preparo técnico. Daí que o controle normativo de constitucionalidade da monarquia fosse, segundo o Visconde de Uruguai, "moroso e na prática ineficassíssimo". URUGUAI, Paulino José Soares de Sousa, Visconde de. Estudos práticos sobre a administração das províncias do Brasil. Segunda parte. Rio de Janeiro, Tipografia Nacional, 1865, p. 424.

[40] Apud BARBOSA, Rui. O Estado de Sítio – sua natureza, seus efeitos, seus limites. Rio de Janeiro, Companhia Impressora, 1892, p. 21-21.

No Congresso Constituinte, haveria quem se apercebesse da envergadura dessas mudanças, como o deputado Gonçalves Chaves, que foi direto ao ponto: "O tribunal supremo é investido de um caráter eminentemente político, que dele faz o grande pilar da Constituição, uma espécie de Poder Moderador, destinado a manter o equilíbrio de todos os poderes da federação" [41]. E repetiria, noutra ocasião: "É o Poder Moderador da República"[42]. Era assim que a república substituía uma forma estrutural e política de controle constitucional por outra, de natureza jurisdicional e normativa.

3. Os debates do Congresso Constituinte: liberais unionistas e conservadores ultrafederalistas.

Enquanto providenciava a confecção do anteprojeto constitucional, o quadro político tornava-se muito delicado para o Governo Provisório. O câmbio baixava, a inflação subia e, com ela, o custo de vida, o que agravava sobremaneira o descontentamento geral. Como o governo precisava de dinheiro para cooptar os chefes políticos reticentes à República e aumentar sua base de apoio, ele teve de criar novos cargos, conceder aumentos a todo o funcionalismo, de aumentar as linhas de crédito para que os bancos emprestassem aos fazendeiros e aos empresários. A origem da República em um golpe militar criara um ambiente de desconfiança junto aos credores internacionais e, uma vez que não havia dinheiro suficiente para fazer frente a todos esses novos compromissos, a saída encontrada por Rui foi a de emitir papel-moeda. O resultado foi a famosa crise do Encilhamento, que agravou a crise financeira já em vigor. Somada às guerras civis dos anos subseqüentes, exigindo o crescente endividamento, e a baixa dos preços do café, a crise financeira e econômica levaria o País à beira da insolvência[43]. Para piorar, o regime republicano era impopular no Rio de Janeiro, onde o grosso do povo continuava monarquista[44] e agiam livremente muitos destacados políticos da monarquia, como Joaquim Nabuco, Ouro Preto, João Alfredo, Lafaiete, que pela imprensa combatiam o autoritarismo, a censura, o descalabro financeiro e o empastelamento de jornais pelo governo ou com apoio governamental.

O medo que o Governo Provisório tinha de uma reação do povo ou de seus desafetos quando da abertura do Congresso levou seus integrantes a deliberarem medidas que podassem os poderes, a composição, o tempo e até mesmo o lugar onde os constituintes deveriam se reunir, de modo a garantir que eles se limitassem a chancelar o anteprojeto que lhes seria enviado. O objetivo das medidas era o de cumprir formalmente o ritual democrático do poder constituinte, esvaziando-o, porém, de qualquer efetividade, para não correr o risco de surpresas desagradáveis ou de oferecer palanque e tribuna aos seus adversários. Antecipavam, assim, o espírito que prevaleceria na interpretação dos dispositivos democráticos e liberais da Constituição durante toda a Primeira República: esvaziar no

[41] Anais do Congresso Constituinte, sessão de 6 de janeiro de 1891.
[42] WITTER, João Sebastião (org.). Idéias políticas de Francisco Glicério. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1981, p. 76.
[43] SCHULZ,John. A crise financeira da abolição (1875-1901). Tradução de Afonso Nunes Lopes. São Paulo, Edusp, 1996.
[44] GOMES, Flávio. Negros e política. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2005. CARVALHO, José Murilo de. Os Bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo, Companhia das Letras, 1997.

conteúdo o que se consagrava na forma. Campos Sales, Ministro da Justiça, sugeriu suspender a convocação da assembléia, achando "mais simples e seguro" que o governo a outorgasse. Defendia assim o procedimento de Pedro I, que ele recriminara poucos meses antes, quando fazia a propaganda republicana[45]. Tentando manter as aparências, o governo resolveu convocar não uma assembléia, mas um congresso, com a adoção adicional de medidas que limitassem de antemão o seu "poder constituinte": já divididos em futuros senadores e deputados e já se deparando com a dualidade de justiça como fato quase consumado, o governo pensava que os constituintes tenderiam a se acomodar com o anteprojeto. O governo também temia que o povo carioca hostilizasse os constituintes republicanos, ou os pressionasse, ou promovesse reuniões e comícios públicos, tendo por isso cogitado transferir a sede do congresso do centro do Rio para Petrópolis[46]. Por fim, sempre preocupado com as aparências, o governo resolveu que, para conseguir a desmobilização cívica, bastava deslocar a sede do congresso para Paço de São Cristóvão, que estaria suficientemente longe do centro da cidade para desestimular a afluência do carioca. Por fim, o Ministro do Interior, Cesário Alvim, sugeriu a adoção de uma legislação eleitoral que permitisse ao governo eleger os seus candidatos, pela indicação de fiscais próprios junto às mesas eleitorais. A proposta de uma "constituinte constituída" foi adotada por maioria, sob protestos do próprio Ministro da Instrução, Benjamin Constant Botelho, que o julgava "imoralíssimo"[47]. Também ficou mais ou menos decidido que o Congresso deveria dispor de pouco tempo para deliberar sobre o projeto: três meses. De fato, dois meses depois de aberto o Congresso, os Estados-membros da federação foram autorizados a convocar eleições para as respectivas constituintes, o que foi feito, evidentemente, para apressar os constituintes federais a encerrarem logo os debates e promulgar o anteprojeto. As precauções tomadas pelo Governo Provisório conseguiram alijar do Congresso todos os inimigos declarados do regime, o que não impediu que, na assembléia, muitos deputados se revelassem parlamentaristas, unitaristas ou monarquistas.

Seja como for, os debates do Congresso Constituinte de 1890 reproduziram a divisão do campo político republicano entre conservadores e liberais em que estava dividido o próprio Governo Provisório. Reunidos os deputados, muitos deles, como o baiano César Zama, protestaram contra as cautelas antidemocráticas tomadas pelo governo: "Sinto, Sr. Presidente, a minha alma partida quando olho para essas galerias e não vejo o elemento que deveria nos cercar, o elemento popular, ao qual devemos doutrinar desta tribuna. Quereis fazer a república e afastai o povo dos lugares em que pode e deve aprender o que é uma democracia!"[48]. O deputado Pedro Américo também faria um comentário sobre as galerias vazias acima do plenário: "Há quem diga que o Congresso reúne-se longe da cidade para evitar as assuadas populares" [49]. O deputado mineiro Costa Machado se juntava a Zama: a república era "o governo de um eleitorado limitado, aristocrático, é uma mentira convencional" [50].

[45] *DEBES, Célio. Campos Salles, perfil de um estadista. Tomo 1. São Paulo, Instituto Histórico de São Paulo, 1977, p. 291.*
[46] *ABRANCHES, Dunshee de. Atas e atos do Governo Provisório. Introdução de Octaciano Nogueira. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1998. p. 124.*
[47] *Idem, ibidem, p. 236.*
[48] *Anais do Congresso Constituinte, sessão de 30 de dezembro de 1890.*
[49] *Idem, sessão de 27 de dezembro de 1891.*
[50] *Idem, sessão de 27 de janeiro de 1891.*

Diversa era, porém, a orientação de conservadores como Justiniano de Serpa, para quem o governo provisório agira muito bem: "No Brasil, como em toda parte, qualquer que seja o sistema preferido, quem governa não é a maioria da Nação, é a classe superior da sociedade, é uma porção mais adiantada, e, conseguintemente, mais forte da comunhão nacional" [51]. Por fim, o deputado Retumba exprimia sua opinião nada lisonjeira do povo brasileiro, pouco afeito ao trabalho e à disciplina por ter sido "composto de diversas raças, oriundas do índio bravio, porém selvagem e traiçoeiro, do preto africano, imbecil e indolente, de nossos primeiros colonizadores, os portugueses, compostos em sua maior parte de galés!" [52]. Com pouca variação, era a mesma visão aristocrática da sociedade brasileira que os fazendeiros do sudeste haviam exposto no Congresso Agrícola de 1878.

Ainda que não institucionalizada em partidos, a divisão entre liberais e conservadores ficou patente no debate sobre a natureza e os limites do Estado federativo. Para além da questão teórica atinente às relações que deveriam manter Estados e a União Federal, o grosso do embate travou-se no terreno da competência legislativa e tributária, bem como no da organização judiciária. Na ocasião, os conservadores gaúchos e paulistas ("republicanos históricos") defenderam um *ultrafederalismo* que expandia a competência dos Estados para além dos limites estabelecidos pelo anteprojeto de Rui. Nestes pontos, o Ministro da Justiça não hesitou em abandonar o colega da Fazenda para se reunir aos seus companheiros da lavoura. Campos Sales e seus colegas, como Bernardino de Campos e o próprio Prudente de Morais, presidente do Congresso, invocavam a doutrina da soberania dual, que consagrava a igual soberania dos Estados e da União em seus respectivos âmbitos de competência – doutrina que, segundo eles, ainda norteava o federalismo estadunidense. "Não conheço publicista moderno que não diga, que não afirme, em frente do direito público americano, ser incontroverso o princípio que reconhece uma dualidade soberana no Estado federativo", avançava Sales. "Nele aparecem dois governos, ambos soberanos, funcionando, paralelamente, um ao lado do outro – o governo do Estado e o governo da União; aquele soberano, como este, nos limites da sua competência, visto que a recíproca independência exclui qualquer hipótese de subordinação". Uma vez que havia dualidade de soberanias, era preciso que houvesse dualidade de judiciários: "ou isso, ou a negação do regime" [53]. A bancada gaúcha, liderada por Júlio de Castilhos, recorria às concepções descentralizadoras de Augusto Comte, para quem todas as nações estavam destinadas a se desagregar para formarem pequenas pátrias. A instauração da federação republicana equivalia a inverter as relações entre províncias e governo geral vigentes durante o unitarismo monárquico, de modo que o antigo predomínio da União deveria ceder ao predomínio dos Estados. Castilhos chegava a defender que a União vivesse das transferências tributárias dos Estados.

Opositores das bancadas gaúcha e paulista, os liberais (geralmente pernambucanos e baianos) frisavam a necessária precedência da União no novo quadro federativo e a necessidade

[51] *Idem, sessão de 31 de dezembro de 1890.*

[52] *Idem, sessão de 16 de janeiro de 1890.*

[53] *Idem, sessão de 7 de janeiro de 1890. Na verdade, a tese da soberania dual era uma velha bandeira da direita estadunidense, a que haviam se apegado os Estados do Sul para blindar o sistema de trabalho escravocrata da escravidão da pressão abolicionista até a Guerra da Secessão e, depois dela, ainda servira à conservadora Suprema Corte de Chase, Waite e Fuller para nulificar como inconstitucionais toda a legislação social decretada pela União para os Estados durante o período da Reconstrução – inclusive a declaração de direitos, que valeria apenas para o âmbito federal (SCHEIBER, Harry. Dual federalism. In: HALL, Kermit (ed). The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States. Oxford, 1992).*

de dotá-la de uma capacidade de arrecadação tributária que bastasse para o seu sustento. Era natural que assim fosse: os representantes dos menores Estados sabiam que o objetivo da federação era enfraquecer a União para favorecer os Estados maiores, que eram os grandes exportadores; eles reteriam suas receitas e ainda dominariam o cenário nacional. Uma vez que os menores viviam das transferências de receita da União, estava claro que eles perderiam na reforma tributária proposta, ficando relegados, no novo regime, a uma posição bastante secundária. Assim, Epitácio Pessoa já lamentava: "Os Estados grandes disputarão entre si a gestão dos negócios públicos e os Estados pequenos (...) hão de ser sempre esmagados pela enorme superioridade com que aos outros dotou a Constituição do País" [53]. A essas objeções respondia Campos Sales que fortalecer a União seria negar o sentido da obra federativa, que fora a causa da república; nesse caso, seria São Paulo obrigado a sustentar os outros Estados, o que não tinha cabimento[54]. No seu argumento, defender a União era um modo disfarçado de ser unitário e monarquista.

Mesmo assim, os unionistas não deram folga aos ultrafederalistas. Inspirado na figura de Hamilton e atacando o "apetite desordenado e doentio de federalismo" das bancadas paulista e gaúcha, Rui Barbosa entendia que o bem maior legado pela monarquia havia sido justamente a unidade da pátria, ou seja, a União, ao passo que, ao contrário do que afirmavam os conservadores paulistas, havia nos Estados Unidos um nítido movimento pelo fortalecimento do poder central[55]. Calcado em Jellinek e Laband, o jurista e deputado Amaro Cavalcanti refutava a teoria da soberania dos Estados: "Em uma federação não há estados soberanos, estes têm e exercem a autonomia de poderes, que lhes são reservados nos limites da Constituição. O soberano único é o povo, a nação" [56]. Para o deputado Ubaldino do Amaral, a existência autônoma da União era fundamental para a federação; por isso, lamentava que a maioria dos deputados se empenhasse exclusivamente em defender seus Estados, quando a União estava ali sem advogado. E concluía tristemente: "Cada um de nós ama a terra em que nasceu, o Estado de que é filho; vai-se formando (...) a concepção de pátria, mas ainda não está formada"[57]. O magistrado e deputado José Higino Duarte Pereira, por seu turno, argumentava que os Estados Unidos haviam se desenvolvido no ambiente do auto-governo, ao passo que o Brasil desde sempre se habituara "a ver no governo uma providência sublunar incumbida de pensar por eles e de fazê-los felizes"[58].

Concordando em princípio com a moldura constitucional norte-americana, os deputados Amaro Cavalcanti, Anfilófio de Carvalho, Ubaldino do Amaral e José Higino Duarte Pereira, futuros ministros do Supremo Tribunal Federal, defendiam também a unidade do direito substantivo e processual, bem como a unidade do Poder Judiciário, que não fora contemplada no anteprojeto. Quanto ao primeiro tópico, o pernambucano José Higino reclamava que os ultrafederalistas queriam "uma confederação de republiquetas", ao passo que, acerca do segundo tema, declarava solene: "O direito uno, produto da nossa história, é um dos mais fortes vínculos da nossa união nacional, e considero o rompimento desse vínculo um crime

[53] *Idem, sessão de 29 de janeiro de 1891.*
[54] *Idem, sessão de 17 de dezembro de 1890.*
[55] *Idem, sessão de 16 de dezembro de 1890.*
[56] *Idem, sessão de 13 de dezembro de 1891.*
[57] *Idem, sessão de 19 de dezembro de 1890.*
[58] *Idem, sessão de 18 de dezembro de 1890.*

de lesa-patriotismo" [60]. Como Higino, Anfilófio desmoralizava a teoria da soberania dual como "condenada na teoria e universalmente repelida na prática. O que estamos constituindo é um governo de federação, e esta ocupa lugar intermediário e de transição entre a confederação e o Estado simples ou unitário". Para ele, a dualidade judiciária abandonaria "de todo a interpretação das leis a tantos juízes e tribunais diferentes, sem nenhuma ligação hierárquica entre si, sem a essencial subordinação a um centro comum, que tenha a seu cargo dirimir os conflitos". Anfilófio era um magistrado que se formara e fizera carreira no Império; talvez por isso partilhasse visivelmente dos pressupostos institucionais dos estadistas conservadores do Império, como São Vicente e Uruguai: também para ele, sem uma instituição central moderadora que interligasse todas as jurisdições, "as paixões locais, as rivalidades políticas, a luta dos interesses, os sentimentos e os costumes dos Estados federados reagiriam contra a Justiça, e a unidade da lei desapareceria diante das interpretações contraditórias da jurisprudência". Anfilófio pensava o Supremo Tribunal Federal de forma análoga à que Uruguai pensava o Conselho de Estado. A existência daquela corte, porém, não consolava o deputado que, à maneira daqueles estadistas, previa profético o problema que a federação traria e que pelos 40 anos seguintes seria apontado por Rui Barbosa, Alberto Torres, Oliveira Viana e tantos outros:

> "Estes juízes (estaduais) vão ser, antes de tudo, agentes eleitorais, empreiteiros de eleições, instrumentos dos governos e dos partidos locais, no meio da luta intensa provocada por tantos cargos de eleição popular em cada Estado. Bem sabemos o que tem sido a política entre nós até agora, meus senhores, e bem podemos antever o que terá ela de ser em cada estado, alargada como vai ser a sua esfera de ação, de ação local, sobretudo, com os nossos costumes, com os nossos defeitos e vícios de educação política. Para a magistratura não haverá uma carreira; suas esperanças, suas aspirações serão limitadas pelos horizontes de cada estado". A reforma "será origem, causa permanente de uma situação de verdadeira anarquia na administração da justiça (...) como conseqüência de um tal estado de coisas, virá fatalmente a invasão da justiça federal nos domínios da justiça local. Esta reforma, este híbrido sistema de organização judiciária, além dos males que há de trazer ao País, anarquizando a justiça, será um fermento de desorganização política, um agente de dissolução do governo federativo, que temos em vista constituir. E como tal tribunal (o Supremo) há de ser constituído pelo arbítrio do presidente da República, para ele só serão nomeados indivíduos tirados dos estados maiores e mais populosos. Singular federação!"[61]

Esses argumentos não demoveram os conservadores. Se a centralização era a tutela do político sobre o econômico, da União sobre os Estados, do governo sobre a sociedade, o federalismo deveria importar na inversão de todas essas hierarquias, submetendo o político ao econômico, a União aos Estados e o governo à sociedade – ou seja, fundar um Estado mínimo. Assim explicava o deputado gaúcho Ramiro Barcelos: "Nós fundamos a república para fazer tabula rasa de todos os excessos da monarquia (...). O Estado não deve ser fazendeiro, não deve ser dono de casa. O Estado deve vender as propriedades nacionais

[60] *Idem, sessão de 17 de fevereiro de 1891.*
[61] *Idem, sessão de 2 de janeiro de 1890.*

(...). O Estado não é negociante, não é plantador de café" [62]. Conceitos como federalismo, liberdade pública e liberdade econômica eram tomados como sinônimos. Ao argumento de que a reforma tributária, que atribuía aos Estados os impostos de exportação, favorecia os Estados do sul em detrimento dos do norte, o paulista Bernardino de Campos respondia que o êxito de São Paulo devia-se exclusivamente ao árduo trabalho de seu povo; caso desejassem gozar dos mesmos benefícios, os demais Estados deveriam seguir o exemplo paulista e trabalhar duro[63]. Ramiro Barcelos ainda ameaçava com o separatismo, caso a maioria do Congresso não ampliasse a competência dos Estados:

> "Se o Congresso não tiver o máximo de cuidado em colocar na Constituição as medidas descentralizadoras de que precisamos, a agitação federalista, que já vem dos tempos da monarquia, há de continuar no seio da república e há de levar talvez o Brasil ao esfacelamento"[64].

O horror à centralização demonstrada pelos ultrafederalistas passava também pelo horror à cidade do Rio de Janeiro, metrópole que era o símbolo mesmo da centralização monárquica, das "massas urbanas", onde os republicanos sempre tiveram muita dificuldade em penetrar. Daí que defendessem agora a remoção da capital para um ponto mais remoto do País. Se, durante o Império, os defensores da mudança, como José Bonifácio, argumentavam com a necessidade de favorecer a maior integração do território nacional, para expandir o Estado pelo território e uniformizar a administração, os conservadores republicanos defendiam-na, por suas vezes, tendo em vista o excesso de gente e o caráter debochado e amoral da população carioca. Para Tomás Delfino, era preciso transferir a capital para evitar "o perigo da desordem urbana", ao passo que Virgílio Damásio se referia ao carioca como "a lia social", também referida às vezes como as "fezes sociais". A ignorância, a falta de espírito cívico, a ociosidade e a marginalidade das massas presentes no Rio constituíam "uma arma, uma alavanca poderosíssima nas mãos de agitadores"[65]. Também para Pedro Américo era "absolutamente necessário suprimir-se o quanto antes a maléfica influência desta terrível cidade, tão saturada de elementos nocivos à vida moral da nação" [66]. Foram deputados como estes que conseguiriam incluir na Constituição a previsão de transferência da capital federal para o planalto central, fato que, como se sabe, ocorreria muitas décadas depois e, em parte, devido aos mesmos argumentos.

Ao fim e ao cabo, os ultrafederalistas tiveram vitórias significativas ao estabelecer a eleição direta para Presidente da República e senadores; a redução do mandato presidencial para quatro anos e a ampliação da competência tributária e processual dos Estados. Conseguiram, em especial, a transferência das terras devolutas para o domínio estadual, inviabilizando um projeto federal de reforma agrária que as destinasse ao assentamento dos imigrantes e ex-escravos [67].

---

[62] Idem, sessão de 16 de dezembro de 1890.

[63] "No dia em que tivermos estabelecido a centralização econômica e financeira, aniquilando a vida dos Estados, nesse dia teremos instituído o regime unitário, porque as liberdades políticas não poderão substituir quando não tiverem o seu apoio nas liberdades econômicas, no direito de viver cada um organizado e desenvolvendo os próprios recursos". MOTA FILHO, Cândido. Uma grande vida: Bernardino de Campos. São Paulo, Edição de "Política", 1931, p. 78.

[64] Anais do Congresso Constituinte, sessão de 16 de dezembro de 1890.

[65] Idem, ibidem, sessão de 15 de dezembro de 1890.

[66] Idem, sessão de 27 de janeiro de 1891.

[67] Na Fala do Trono de 1889, referiu-se o Imperador, diante do Parlamento, à necessidade de "conceder ao governo o direito de desapropriar, por utilidade pública, os terrenos marginais das estradas de ferro, que não são aproveitados pelos proprietários e podem servir para núcleos coloniais" (JAVARI, barão de. Império Brasileiro: falas do trono, desde o ano de 1823 até o ano de 1889. Prefácio de Pedro Calmon. Rio de Janeiro: Itatiaia, 1993. p. 511.)

Inconformado com as alterações, Rui Barbosa passaria longos anos vergastando contra o "prurido lamentável, desastroso" que desfigurara na Constituinte seu anteprojeto, em prejuízo da soberania nacional[68]. Rui exagerava – na realidade, conforme os desejos do Governo Provisório, o anteprojeto havia sido pouquíssimo alterado. Curiosamente, o estado de sítio, a intervenção federal e o controle de constitucionalidade, que constituíram os temas nucleares, mais discutidos e polêmicos da República, passaram pela Constituinte sem terem sido sequer objeto de discussão. Perto de se concluirem os trabalhos, em meio à geral satisfação pela aproximação da promulgação da Constituição e do fim da ditadura, o deputado César Zama subiu à tribuna para saudar a mudança. O retorno à legalidade constitucional eram anseios de todo "brasileiro patriota". Entretanto, Zama confessava ter um mau pressentimento:

> "Mas receio que tal aspiração tão cedo não se realize, e que aqui estejamos discutindo uma Constituição para vê-la cotidianamente violada pelos que se acham na posse do poder público... Se habitássemos um País de melhores costumes eleitorais, se o governo se corrigisse do mau vezo de intervir nas eleições... Não sou tão otimista que acredite que o nosso governo mude rapidamente de hábitos, principalmente depois do espetáculo que há catorze meses observo. Receio que, em vez de uma república democrática, nós estejamos aqui organizando uma república autocrática, tais são os poderes conferidos ao Presidente, e tão ilusória e inexeqüível é a responsabilidade que lhe atribuímos"[69].

Zama não tinha apenas pressentimento: fazia uma profecia.

4. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891.

A Constituição de 1891, a despeito do contexto de turbulência política em que se encontrava o País, adotou instituições tipicamente liberais, sob a pronunciada influência do constitucionalismo norte-americano. O País assumiu como forma de Estado a federação; como forma de governo, a república; e, como sistema de governo, o presidencialismo. Do artigo 1º da Constituição Federal consta a seguinte proclamação: "A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil". Tal qual nos EUA, assumem o *status* de "órgãos da soberania nacional", independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Institui-se no Brasil o controle judicial da constitucionalidade das leis, na modalidade difusa, conferindo-se ao Poder Judiciário a possibilidade de deixar de aplicar as leis que considere incompatíveis com a Constituição. Como a Suprema Corte estadunidense, o Supremo Tribunal Federal, criado pela Constituição, teria a competência para julgar recursos interpostos contra decisões em que se contestasse a validade de lei ou tratado em face da Constituição.

As idéias republicanas se manifestaram na separação entre Igreja e Estado, bem como no não reconhecimento de "privilégios de nascimento", "foros de nobreza", "ordens honoríficas", "títulos nobiliárquicos e de conselho" (art. 72). Na Constituição, estabeleceu-se que nenhum culto ou igreja deve gozar de subvenção oficial, nem poderia ter relações de dependência

[68] *BARBOSA, Rui. Correspondência. Coligida, revista e anotada por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1932. p. 48-51.*
[69] *Idem, sessão de 27 de janeiro de 1891.*

ou aliança com o Governo da União ou dos Estados. Superava-se o princípio presente na Constituição do Império, segundo o qual o catolicismo era a religião oficial, tolerando-se as demais apenas em seu culto doméstico ou particular, sem forma alguma exterior ao templo (art. 5). Com a República, "todos os indivíduos e confissões religiosas" passariam, por proclamação constitucional, a poder "exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens". O Estado só reconhecia o casamento civil, os cemitérios passariam a ter "caráter secular" e a ser "administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes". O ensino ministrado nos estabelecimentos públicos seria leigo. O ideário republicano de secularização das instituições políticas manifestava-se com intensidade no texto constitucional de 1891, nada obstante a sociedade brasileira ainda se caracterizasse pela religiosidade e pela exclusão prática dos credos não católicos.

A federação era concebida no texto constitucional como "união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias" (art. 1º). Cada uma delas passava a formar um Estado. O antigo "município neutro" recebe a designação de "Distrito Federal", continuando a abrigar a "Capital da União". Os Estados eram providos de autonomia política e financeira. Caberia-lhes elaborar suas constituições e suas leis (art. 63). Com os recursos que arrecadavam, deveriam prover as necessidades de seu governo e administração. Suas competências seriam as remanescentes (art. 65, 2º): a Constituição fixava taxativamente apenas as competências da União (esp. art. 34).[70] O modelo de federalismo adotado é o "federalismo dual", de separação pronunciada entre as esferas de competência federal e estadual. Quase não há lugar, na Constituição de 1891, para a cooperação entre União e estados, como também ocorria nos Estados Unidos. A União apenas prestaria socorro aos Estados em caso de calamidade pública, quando sua ajuda fosse solicitada (art. 5º). A intervenção federal nos estados poderia ocorrer para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro; para manter a forma republicana federativa; para restabelecer a ordem e a tranqüilidade, por requisição dos próprios estados; para assegurar a execução das leis e sentenças federais (art. 6º).

Constava do texto constitucional de 1981 um amplo catálogo de direitos e liberdades básicas (art. 72 e segs.): o princípio da legalidade; a igualdade perante a lei; a liberdade de reunião; o direito de petição; a liberdade de locomoção; a inviolabilidade de domicílio; a liberdade de expressão e a vedação da censura; a impossibilidade da prisão sem culpa formada e sem pronúncia do indiciado, excepcionando-se a hipótese de flagrante delito; o princípio do juiz natural; a ampla defesa; o direito de propriedade; o sigilo de correspondência; o princípio da responsabilidade penal subjetiva; a vedação de penas de galés e banimento; a abolição da pena de morte; a garantia do habeas corpus; a liberdade de ofício, trabalho ou profissão; a liberdade religiosa, com separação entre Igreja e Estado. No entanto, suprimiu-se

[70] Essa regra geral de repartição de competências não vale para as finanças públicas. A Constituição lhes confere expressamente o poder de instituir e arrecadar impostos sobre a exportação de mercadorias de sua própria produção; sobre Imóveis rurais e urbanos; sobre transmissão de propriedade; sobre indústrias e profissões (art. 9º).

a gratuidade da instrução primária, presente na declaração de direitos da Constituição do Império. O catálogo se encerrava com a afirmação de que "a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna" (art. 78). Tratava-se de cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais, que permitia a atribuição do que hoje se denomina "jusfundamentalidade" a direitos não constantes do catálogo expresso.[71]

Além de positivar esse expressivo catálogo de direitos e liberdades básicas, a Constituição, em diversos preceitos, revelava o seu compromisso com a tradição liberal do Estado de direito. O texto constitucional adotava o princípio da separação de poderes, no modelo clássico da tripartição entre Executivo, Legislativo e Judiciário, tal como desenvolvido nos EUA.

O Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (art. 16). O Congresso Nacional compunha-se da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 16, § 1º). A Constituição de 1891 mantinha o modelo *bicameral*, que já vigorava na ordem constitucional anterior, agora adaptado à forma federativa de Estado. A Câmara dos Deputados exercia a função de representar o povo (art. 28). Os deputados eram eleitos nos Estados. Cada Estado elegia um número de deputados proporcional à população, no mínimo de quatro deputados. Para além da função conservadora de moderar os excessos da câmara, que já possuía no Império, o Senado passava, com a República federativa, a exercer a função de representar, em igualdade de condições, os Estados no legislativo federal: embora possuíssem populações muito diferentes, cada um elegendo três senadores. Os senadores, assim como os deputados, eram eleitos pelo voto direto (arts. 28 e 30).[72] A Constituição republicana acabava com os senadores vitalícios, que existiam no período monárquico. O resquício que restava do modelo anterior – que conferia ao Senado a função de câmara conservadora – era a exigência da idade mínima de 35 anos para que o cidadão se elegesse senador, como ocorre ainda hoje.[73]

O Poder Executivo era exercido pelo Presidente da República (art. 41, §1º), eleito simultaneamente ao Vice-Presidente dentre cidadãos brasileiros maiores de 35 anos, no pleno exercício de seus direitos políticos. O mandato presidencial era de quatro anos, inadmitindo-se reeleição para o período subseqüente (art. 43). O Presidente era eleito pelo voto direto, considerando-se eleito o que obtivesse maioria absoluta dos votos (art. 47). Se nenhum candidato alcançasse maioria absoluta, o Congresso elegeria o Presidente por maioria dos votos dos presentes, dentre os dois candidatos mais votados.[74] O Presidente da República era auxiliado pelos Ministros de Estado que nomeava (art. 49). No que toca à atividade legislativa, cabia ao Presidente da República apenas sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do

[71] Durante a vigência da Constituição de 1891, o habeas corpus exerceu importante função na garantia desses direitos e liberdades básicas. O Supremo Tribunal Federal foi ativista na defesa das liberdades básicas ampliando o âmbito de proteção do habeas corpus, que passou a ser utilizado não apenas para a defesa da liberdade de locomoção, mas também de outros civis e políticos, como a liberdade de expressão. O tema será retomado mais adiante.

[72] Observe-se que, embora a Constituição de 1891 adote o voto direto, não confere o direito de votar ao analfabeto, o que, na prática, exclui do processo eleitoral a maior parte do povo brasileiro, que, naquele contexto, não tinha acesso à educação.

[73] O Senado é presidido pelo Vice-Presidente da República e tem a competência para julgar o Presidente por crime de responsabilidade (art. 33). Deputados e senadores são invioláveis por suas opiniões palavras e votos (art. 19), nem poderão, desde que tiverem recebido diploma, ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua casa legislativa, salvo caso de flagrante de crime inafiançável (art. 20).

[74] Logo após a promulgação da Constituição, o primeiro Presidente da República seria eleito por voto indireto pelo próprio Congresso Nacional (art. 1º).

Congresso, bem como expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução (art. 48). A Constituição não previa instrumentos para que o Poder Executivo legislasse, como em constituições posteriores viria a ocorrer com a adoção do Decreto-Lei e da Medida Provisória. Também no que toca a esse aspecto, a Carta era tipicamente liberal, concebida para um Estado que não fosse demandado para intervir na dinâmica econômico-social.

Com a Constituição de 1891, o Poder Judiciário assumia feição propriamente federativa. O Poder Judiciário da União passava a ter como órgãos um Supremo Tribunal Federal e os Juízes e Tribunais Federais (art. 55). A Justiça dos Estados contava com Tribunais e Juízes estaduais (art. 61). A Constituição enfatizava que "as Justiças dos Estados não podiam intervir em questões submetidas aos Tribunais Federais, nem anular, alterar, ou suspender as suas sentenças ou ordens. E, reciprocamente, a Justiça Federal não podia intervir em questões submetidas aos Tribunais dos Estados nem anular, alterar ou suspender as decisões ou ordens destes, excetuados os casos expressamente declarados nesta Constituição" (art. 62). O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, seria composto por 15 juízes (art. 56) nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal (art. 48, 12º), tal como nos Estados Unidos. O Supremo reunia competências originárias e recursais. Dentre estas últimas, destacava-se a de julgar recursos interpostos contras a Justiça dos Estados "quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas" (art. 59, §1º). Destacava-se ainda a competência de julgar recursos contra decisões proferidas pela Justiça Federal, dentre as quais também entravam as que tivessem deixado de aplicar a lei para aplicar a Constituição (art. 59, II). Inaugurava-se no Brasil o controle judicial da constitucionalidade das leis.[75]

Quanto aos institutos encarregados de instaurar a constitucionalidade extraordinária, quando da ocorrência de situações de excepcional perigo para a existência da República, a Constituição consagrava o estado de sítio, cuja possibilidade de decretação estava prevista no artigo 80 da Constituição: "Poder-se-á declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina". A competência para declarar estado de sítio, naquela última hipótese, era do Congresso Nacional (art. 34, 21º) e, estando ele em recesso, do Presidente da República (ar. 48, 15º; art. 80, §1º). Se o estado de sítio fosse declarado pelo Presidente da República, o ato deveria ser submetido ao Congresso, que poderia aprová-lo ou suspendê-lo. Na vigência do estado de sítio, o Governo poderia determinar a detenção de pessoas "em lugar não destinado aos réus de crimes comuns", bem como aplicar o "desterro para outros sítios do território nacional". O Presidente deveria prestar contas ao Congresso das medidas de exceção que adotasse, sendo as autoridades que as tenham ordenado responsáveis pelos abusos cometidos (art. 80, §§ 3º e 4º).

[75] O Poder Judiciário, tal como os demais poderes, também goza de independência. Os Juízes federais são vitalícios, perdem o cargo unicamente por sentença judicial e seus vencimentos são irredutíveis (art. 57).

Como se observa, o texto da Constituição Federal de 1891 é amplamente comprometido com o Estado de direito. A experiência constitucional republicana, no entanto, não se desenvolveu à luz desse compromisso. Nada obstante a orientação geral do texto, o que predominou no período foi a inefetividade constitucional, o estranhamento entre as instituições proclamadas e o seu funcionamento concreto. Isso se deveu, em parte, a perpetuação do estado de sítio durante a Primeira República, como se verificará adiante.

5. A prática constitucional brasileira: o primado do Executivo e a onipotência do sítio.

Pouco depois de instaurada a República, para a surpresa do mundo político e da opinião pública, o deputado liberal Joaquim Nabuco, que havia sido principal artífice da campanha abolicionista contra o conservadorismo escravocrata, anunciou que deixaria a vida pública, o que efetivamente fez. Enquanto a maioria dos políticos aderia ao novo regime, Nabuco permaneceu fiel à monarquia, acreditando que a república seria um retrocesso político e social para todos os que defendiam reformas que elevassem o padrão de vida do povo. "Ninguém melhor do que eu reconhece o que há de patriótico e elevado na concepção republicana do Estado", afirmava Nabuco, "mas não posso me iludir no caso presente: o atual movimento republicano é um puro efeito de causas acumuladas que nada têm de republicanas; é uma contra-revolução social"[76]. Para ele, tão cedo a república não teria como florescer para além das meras formas constitucionais, porque seus bons resultados dependiam da preexistência de uma sociedade democrática guiada pelo espírito público, o que não haveria entre nós. Era devido à ausência desse requisito sociológico – uma sociedade democrática e livre – que todas as repúblicas ibero-americanas, igualmente presidenciais e federativas, oscilavam entre a anarquia e a oligarquia. A forma possível do bom governo, no Brasil, passava por uma política descolada das facções oligárquicas, capaz de garantir o bem comum e ampliar o espaço público em benefício do povo. Entregue diretamente ao governo de suas elites, ao contrário, a república brasileira o seria apenas na forma constitucional; na substância real, seria uma oligarquia autoritária e reacionária, sem espaço para o pluralismo político: "Em Países do nosso tipo, sob a forma republicana, nunca um partido cairá do poder senão pela revolução. Só do campo da guerra civil, das barricadas das cidades, poderão surgir novas situações políticas. O voto não vale nada" [77].

Confirmando o prognóstico de Nabuco, o exercício do poder político da Primeira República foi marcado pelo autoritarismo que sucessivamente lhe imprimiram as forças que a instauraram – o Exército e a aristocracia rural: primeiro, na forma de um militarismo positivista; depois, pelo conservadorismo oligárquico. Estabilizado depois de 1898, o regime republicano se acomodou como um arranjo das oligarquias estaduais coordenado pelo Presidente da República – a Política dos Governadores – cujo objetivo era o e impedir qualquer forma organizada de pluralismo político e, por conseguinte, preservar os vinte situacionismos da federação. Afora as tentativas de golpe contra o *establishment*, que foram inúmeras, houve três insurreições armadas nos primeiros vinte anos do regime, só na capital federal – as revoltas da Armada (1893), a da Vacina (1904) e da Chibata (1910). Em praticamente todos os Estados, quando não se resolvia pela fraude, a violência da luta política se manifestava em conflitos entre milícias privadas ou privatizadas, bombardeios navais às capitais (como em Salvador, em 1911, e Manaus, em 1912)

[76] *NABUCO, Joaquim. Diários 1874-1910. Tomo I. Rio de Janeiro, Bem-te-vi produções literárias, 2005, p. 109.*
[77] *Idem. A abolição e a república. Recife, UFPE, 1999, p. 72.*

em massacres de autoridades com a conivência das forças federais (como no Mato Grosso, em 1906). Rebeliões de caráter místico-monárquico, como Canudos (1897) e o Contestado (1914), eram dizimadas em campanhas de guerra, com saldo de milhares de mortos. Longe de a situação se estabilizar no decorrer dos anos, concedido sempre por um Legislativo de obedientes clientes, o estado de sítio e a intervenção federal se tornaram expedientes ordinários empregados pelo Presidente da República com a anuência do Congresso Nacional para superar a resistência dos opositores do *establishment* oligárquico e preservar o situacionismo. Como o regime não se permitia oxigenar, eram cada vez mais violentos os reclamos da oposição e, por conseguinte, a necessidade de recorrer a remédios violentos para reprimi-la.

Na falta do Poder Moderador, os três remédios previstos para esses casos eram, como vimos, o estado de sítio (arts. 6º e 81 da Constituição), a intervenção federal (art. 6º) – que ficavam a cargo do Presidente da República e do Congresso –, e o controle normativo da constitucionalidade (arts. 59, § 1º, "a" e "b"), cujo encarregado era, em última instância, o Supremo Tribunal. Ocorre que o vago das fórmulas constitucionais impunha a regulamentação do estado de sítio e da intervenção federal por lei ordinária; entretanto, a coalizão do positivismo castilhista com o conservadorismo oligárquico nunca o permitiu, nem a uniformização de seus entendimentos. Dizia Campos Sales que regular o art. 6º da Constituição, que previa a intervenção federal, representaria "um ataque de morte contra o coração do nosso corpo político".[78] A decretação do sítio, por sua vez, sofria da parte dos políticos conservadores, como veremos, uma interpretação extensiva que fazia dele um verdadeiro "interregno constitucional" durante o qual o governo estava livre para agir de forma plenamente discricionária.[79].

De 1910 em diante, quando começou o declive do regime republicano, os estados de sítio e as intervenções federais se tornaram parte da rotina institucional na qualidade de instrumentos de governo, sendo justificados pela necessidade de preservar a ordem contra a demagogia e a subversão. Durante a Primeira República, o estado de sítio seria decretado onze vezes: vigorou na capital do País durante 17 % de todo o período. Na última década do regime, o percentual chegou, porém, a atingir 36 %. Entre 1889 e 1930, por sua vez, o Governo Federal interviria oficial ou oficiosamente pelo menos quinze vezes nos Estados da federação. Para além da primeira vez, quando Floriano promoveu sublevações militares para mudar o governo de todos os Estados, exceto no Pará, houve – até onde nos foi possível saber – tentativas ou intervenções federais consumadas em Goiás (1906), Mato Grosso (1906), Sergipe (1906), Espírito Santo (1907), Rio de Janeiro (1910), Amazonas (1910), Pernambuco (1911), Bahia (1912), Ceará (1913), Paraíba (1913), Alagoas (1915), mais duas vezes na Bahia (1920 e 1924), mais uma vez no Rio de Janeiro (1923) e, por fim, no Rio Grande do Sul (1923).

[78] RIBAS, Antônio Joaquim. Perfil biográfico do Dr. Manuel Ferraz de Campos Sales. Brasília: Editora da UNB, 1983. p. 284.

[79] De fato, foi corriqueira durante a Primeira República a edição de leis que proibiam ao Judiciário o direito de apreciar a legalidade dos atos do governo. Velho conservador agrário, Rodrigues Alves pôs de lado a Constituição para munir de poderes ditatoriais o prefeito do Distrito Federal e seu higienista-chefe, com que puderam desapropriar, demolir e invadir casas, sobrados, chácaras e terrenos para disciplinar e sanear o espaço urbano. O art. 16 da lei de organização municipal de 1902 fazia, aliás, remissão expressa à razão de Estado (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Rodrigues Alves: apogeu e declínio do presidencialismo. Brasília: Senado Federal, 2003. v. 2, p. 411).

6. Rui Barbosa e o fracasso da pedagogia constitucional da efetividade.

Ao se retirar do governo provisório, às vésperas da promulgação da Carta republicana, Rui deu por encerrada a escalada normativa de seu ideal liberal–democrata, que iniciara na juventude. Bem sucedida essa primeira etapa, pela consagração das instituições constitucionais anglo-americanas, começava a segunda – a prática cotidiana da Constituição e o esforço de difusão e aprendizagem dos seus valores, educando as elites políticas e jurídicas na prática das instituições livres. Este era o tempo do *aprendizado constitucional*, "período de acomodação tanto mais dilatado quanto mais revolucionário foi o seu nascimento, quanto maior a distância entre os novos regimes e os regimes destruídos".[80] É que a efetividade dos valores constitucionais dependia "menos das suas qualidades intrínsecas, da superioridade de suas idéias, da habilidade de sua feitura, do que do meio, onde eles se desenvolvem, do revestimento moral, que os protege, isto é, da probidade da nação, que os adota. Opinião pública vigilante, representação popular honesta, justiça independente: tais os complementos necessários, os elementos integrantes de todas as cartas fundamentais".[81] Pela tribuna judiciária e parlamentar, pela imprensa e pelos comícios, Rui exerceria agora o papel de *pedagogo do regime republicano*, ensinando o povo a manejar as novas instituições conforme seus valores de justiça e moralidade.

Mas o comportamento dos atores políticos ficou muito aquém do que Rui Barbosa poderia deles esperar em matéria de constitucionalidade. O Marechal Deodoro renunciou à Presidência da República nove meses depois de constitucionalmente empossado, ao fracassar na segunda tentativa de fechar o Congresso Nacional (a primeira, lembramos, foi a 15 de novembro de 1889). O art. 42 da Constituição impunha a realização de novas eleições caso houvesse vacância da Presidência antes de vencida a primeira metade do mandato presidencial. Entretanto, o sucessor de Deodoro, o vice-presidente Floriano Peixoto, também Marechal, assumira disposto a permanecer até 1894, quando expirava o mandato para o qual havia sido eleito com Deodoro. Para justificar-se, Floriano apresentou uma interpretação capciosa do art. 1º, § 2º, das disposições transitórias, segundo o qual o presidente e o vice-presidente eleitos pelo Congresso Constituinte em 1891 ocupariam seus cargos "durante o primeiro período presidencial". Daí que, exercendo os poderes de presidente, o Marechal Floriano continuou a assinar "vice-presidente da República", recusando-se a convocar novas eleições. Com o crescimento da oposição, que exigia a realização do pleito e acusava seu governo de inconstitucional, Floriano decretou a 10 de abril de 1892 seu primeiro estado de sítio, usando como pretexto de "comoção intestina" o ajuntamento de duas dúzias de pessoas que haviam se dirigido à casa de Deodoro para aclamá-lo. O governo determinou então a detenção e o desterro de dezenas de políticos e jornalistas de oposição, inclusive senadores e deputados, acusados de conspirar para depor o Presidente.

Coerente com sua postura de pedagogo constitucional, nos primeiros meses de 1892, Rui começou a combater a ditadura florianista, verdadeiro "cesarismo republicano".[82] A decretação inconstitucional do sítio se mostrou ocasião propícia para que ele testasse pela primeira vez

[80] *DELGADO, Luiz. Rui Barbosa: tentativa de compreensão e síntese. Rio de Janeiro: José Olympio, 1945. p. 167.*
[81] *BARBOSA, Rui. O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1892. p. 166.*
[82] *BARBOSA, Rui. República: teoria e prática. Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira constituição republicana. Seleção e coordenação de Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1978. p. 225.*

os mecanismos por ele criados para a defesa da república liberal.[83] Com a ansiedade de um inventor que põe à prova a própria criação, Rui impetrou *habeas corpus* junto ao Supremo Tribunal para libertar os políticos e militares que haviam sido presos, desterrados e assim mantidos depois de findo o sítio, ajuizando também ações em que pedia a reintegração de servidores demitidos sem processo. À guisa de razões finais, Rui escreveu enormes arrazoados que foram depois publicados em livros que deram circulação à primeira grande interpretação liberal da Constituição: *O Estado de Sítio – sua natureza, seus efeitos, seus limites; e Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. Lançando mão de toda a sua erudição e veemência, Rui alegou que os governistas confundiam o estado de sítio com o de guerra, que o governo não podia ao mesmo tempo desterrar os suspeitos e mantê-los presos, que os efeitos do sítio em relação às pessoas que haviam sido objeto das medidas de segurança cessavam junto com o próprio sítio, não podendo o governo mantê-las presas e desterradas indefinidamente; que o Judiciário nunca ficava impedido de conceder *habeas corpus*, nem antes nem depois do sítio, desde que o governo extrapolasse os limites constitucionalmente fixados para a aplicação das medidas de exceção; e que as imunidades parlamentares não se suspendiam com o sítio – do contrário, o Presidente poderia moldar conforme sua conveniência a maioria do Congresso, que era juiz da oportunidade e conveniência do sítio; que a finalidade do sítio era somente repressiva e não preventiva. Na medida em que o sítio suspendia apenas algumas das garantias constitucionais – e não todas, como queriam os florianistas –, o *habeas corpus* era o único remédio capaz de impedir a degeneração do sítio pela razão de Estado. Do contrário, caía-se na situação da Argentina, que vivia sob um sítio intermitente desde 1853[84]. Não era, portanto, no Rio da Prata que deveríamos colher exemplos para fixar nossa jurisprudência constitucional, mas nas práticas liberais colhidas da experiência norte-americana:

> "A interpretação aqui, há de ser estritíssima; porque o contrário importaria o mesmo que permitir a transformação do estado de sítio em providência usual, converter o regime constitucional em regime de intermitências ditatoriais; fazer da vontade do Executivo a só Constituição verdadeira do Estado; entregar o direito nacional, nas suas garantias supremas, às emoções pessoais do presidente da República, às suas fraquezas, às suas iras, às suas obsessões" [85].

Infelizmente, a expectativa de Rui em relação ao papel do Supremo se frustrou, porque, pressionado pela ditadura, o tribunal negou o *habeas corpus*. Por meio do voto do relator, Ministro Barradas, a corte entendeu que a oportunidade e a conveniência da decretação do sítio constituía uma questão política, adstrita, portanto, ao juízo do Executivo e do Legislativo; que o sítio suspendia todas as garantias constitucionais; que os efeitos daquela medida, mesmo depois de cessada, se protrairiam no tempo em relação às pessoas detidas e desterradas; que o Judiciário era incompetente para examinar os pedidos de *habeas corpus* enquanto o Congresso Nacional, depois de cessado o sítio, emitisse seu juízo político sobre a constitucionalidade das medidas[86].

---

[83] "Ao cair do golpe de 7 de abril, senti vacilar sobre suas bases o edifício do nosso direito constitucional, isto é, a República, a Nação, a Liberdade; e compreendendo que, se um forte exemplo de resistência imediato não chamasse à ação os órgãos reparadores, estava fundado o absolutismo, anunciei para logo a minha resolução de apelar para o Supremo Tribunal." (MANGABEIRA, João. Rui: o estadista da República. 3. ed. São Paulo: Martins, 1960. p. 66.)

[84] Ibidem, p. 166.

[85] BARBOSA, Rui. O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1892. p. 32.

[86] RODRIGUES, Leda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal . Tomo I. 2ª. edição. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991, p. 22.

A decisão do Supremo caiu no meio liberal antiflorianista como uma bomba e fez a alegria de conservadores como Felisbelo Freire, Alcindo Guanabara, Campos Sales e Quintino Bocaiúva, cujas interpretações constitucionais elaboradas para defender no Congresso a legalidade dos atos praticados pelo Vice-Presidente da República foram dali para a frente reforçadas pela chancela do próprio Supremo Tribunal. Com efeito, os ultrafederalistas formaram um bloco governista que forneceu a Floriano o apoio "absoluto e incondicional" para continuar a repressão contra os liberais, monarquistas ou republicanos.[87] Para eles, a prática leal ou liberal da Constituição era secundária frente à ameaça de restauração da monarquia; daí que a ditadura viria em boa hora esmagá-la em nome da *legalidade republicana*. Depois de afastada a ameaça monárquica e consolidado o regime oligárquico, os conservadores poderiam se livrar dos militares e dos jacobinos, como outrora haviam se livrado da realeza e dos liberais. Era o que Campos Sales explicava ao se despir da velha fantasia de democrata liberal para, na condição de líder do governo Floriano no Senado, defender a aprovação dos atos por ele praticados durante seu primeiro sítio:

> "Não receio parecer contraditório com o meu passado republicano, sustentando estas idéias. Também não tenho receio de declarar perante o Senado, perante o País, que na República sou conservador. Quero o que está na carta de 24 de fevereiro; não desejo, por ora, ampliá-la nem restringi-la. Quero a ordem, porque quero a liberdade. Não sou anarquista. O País está fatigado; a vida de sobressaltos exaure as suas forças; é preciso que firmemos a paz" [88].

7. O constitucionalismo da inefetividade: as interpretações conservadoras do estado de sítio.

De um modo geral, a interpretação conservadora do estado de sítio no início da República coincidia com aquela estabelecida no acórdão do Supremo, enriquecida pelos exaustivos debates travados no Congresso Nacional. Para além daquelas orientações, a interpretação dos conservadores admitia três versões, duas mais radicais, para as quais o poder discricionário do Executivo era exercido contra ou fora da Constituição, e outra, mais moderada, que tentava compatibilizá-l com o texto constitucional.

A primeira versão radical era aquela admitida por um discurso de inspiração jacobina e positivista, que defendia uma democracia autoritária e via no Exército o guardião patriótico da República. Eles iam à França encontrar subsídios para equiparar o estado de sítio à lei marcial. Entre seus representantes no Congresso, estava o deputado Martins Júnior: "Para compreender a extensão do conceito de estado de sítio, conforme ele foi estatuído em nossa Constituição", era preciso remontar "ás origens desse instituto de direito constitucional" e detectar se sua origem era latina (francesa) ou anglo-saxônica (inglesa e americana). Para Martins Jr., o estado de sítio do art. 80 da Constituição, por vontade dos constituintes, não era o norte-americano, que se limitava a suspender o *habeas corpus*, mas o francês, surgido na França em 1791 e cujos efeitos eram "amplíssimos". "A letra figurativa da Constituição leva-nos a pensar que entre nós o estado

[87] *RIBAS, Antônio Joaquim. Perfil biográfico do Dr. Manuel Ferraz de Campos Sales. Brasília: Editora da UNB, 1983. p.238.*
[88] *Ibidem, p. 255.*

de sítio é a lei marcial, o *état* de *siège* da legislação francesa, o *assédio político* da legislação italiana". Por conseguinte, numa praça de guerra, só havia uma autoridade que mandava, a militar. A decretação do sítio suspendia, portanto, "todas as garantias constitucionais, os poderes da autoridade civil passam para as mãos da autoridade militar, não há o sigilo da correspondência, desaparece a inviolabilidade do domicílio, a liberdade de imprensa e o direito de reunião"[89]. O sítio suspendia provisoriamente a ordem constitucional e entregava o País à administração militar, com a conseqüente instauração de tribunais de exceção para o julgamento sumário dos traidores. Nilo Peçanha era da mesma opinião: o sítio era "a verdadeira lei marcial ou estado de guerra", aplicável às hipóteses de "uma comoção intestina ou de uma invasão estrangeira". É claro que, nesse caso, as imunidades parlamentares também ficavam suspensas: "O deputado não é irresponsável nem sagrado quando a Nação tem de sofrer todos os rigores do interregno constitucional, e os cidadãos, todos os vexames das leis de exceção. Isso não é democrático nem decente" [90].

A segunda versão radical sobre o estado de sítio era aquela defendida por Quintino Bocaiúva, figura egrégia do republicanismo histórico urbano, velho jornalista do liberalismo democrático que, depois da queda da monarquia, se tornara resolutamente conservador. A referência à experiência da Argentina e aos seus constitucionalistas – Alcorta, Sarmiento, Avallaneda – lhe parecia fundamental porque "lá, mais do que entre nós, mais do que em parte alguma, as sucessivas lutas intestinas têm tornado freqüente o emprego dessa medida excepcional em diferentes circunscrições da República". Feita essa observação de caráter doutrinário, Quintino advogava a tese verdadeiramente espantosa de que o estado de sítio suspendia toda a Constituição e que por isso, durante a sua vigência, o Presidente da República ficava investido de poderes absolutos. A decretação daquela medida importava na "declaração de um interregno constitucional, a instituição de uma verdadeira ditadura inconstitucional, embora restrita e provisória". Ainda que este "não fosse o espírito da Constituição", haveria, para Quintino, "uma lei superior a todas as Constituições: a lei da suprema necessidade, respeitada por todos os povos, lei que se impõe pela fatalidade das circunstâncias e que impulsiona os indivíduos e as sociedades ao emprego da resistência e ao uso da força na legítima defesa de sua conservação e da sua existência, quando ameaçada de um perigo iminente". Por isso, o sítio teria um caráter preventivo, devendo ser decretado pelo Governo antes da própria comoção intestina, em face da mera conspiração, "para impedir que da ameaça do perigo se passe à realidade da agressão e do transtorno da ordem social". Para Quintino, a decretação do estado de sítio se explicava pela teoria da razão de Estado:

> "As repúblicas, disse Maquiavel, que no supremo momento dos perigos não apelem para as ditaduras, estão arruinadas, estão perdidas. Tal é, senhores, efetivamente, a sanção da história. A República romana tanto compreendia isso, que em todas as graves emergências de sua vida nacional, nos momentos supremos de perigo para a integridade da pátria, ou para segurança do seu governo, apelava para o *senatus consultis*, pelo qual se investiam de poderes extraordinários os magistrados supremos nomeados para se encarregarem da defesa da pátria e da segurança nacional"[91].

[89] *Anais da Câmara dos Deputados, sessão de 30 de junho de 1894.*
[90] *Anais da Câmara dos Deputados, sessão de 25 de junho de 1894.*
[91] *Anais do Senado Federal, sessão de 7 de julho de 1894.*

Para as duas interpretações, portanto, a decretação do sítio implicava a suspensão de toda a Constituição, com a diferença de que, para a primeira, o País era entregue ao absolutismo militar, e, para a segunda, ao absolutismo civil. A última interpretação conservadora sobre o sítio era mais moderada e viria a ser aquela que efetivamente prevaleceu a partir do segundo decênio republicano. Seu principal artífice foi Campos Sales. Para ele, os liberais interpretavam o sítio de forma muito restritiva, como se fosse o recurso extremo, último, para enfrentar uma calamidade verdadeiramente excepcional. Mas o sítio também não era a lei marcial de Martins Jr., nem o interregno constitucional de Quintino, já que na sua vigência "o Executivo se restringe às medidas especificadas na própria Constituição", cada poder funcionando em sua respectiva esfera de influência[92]. Sales recorria à experiência argentina para qualificar o estado de sítio como "intermédio entre o de guerra e o de plena paz". Ou seja, como um instrumento jurídico mais ou menos corriqueiro e tipicamente americano, de repressão política aos adversários do regime. O governo poderia recorrer livremente ao sítio sempre que convencido de que seus adversários, fossem eles parlamentares ou não, pretendiam derrubá-lo, mesmo que ainda não tivessem praticado qualquer ato ofensivo. Daí seu caráter preventivo – e não só repressivo, como queria Rui Barbosa. Aos que temiam os abusos decorrentes dessa interpretação do sítio constitucional, que o tornava instrumento corriqueiro de repressão governamental, Sales respondia que não era pelo receio dos abusos que se haveria de privar o poder público "dos meios de reprimir a desordem". Para ele, o governo republicano deveria ser dirigido por um chefe de Estado enérgico, de vontade livre e decidida; como remédio aos excessos praticados, bastava sua responsabilidade perante o Congresso. Assim compreendido, o sítio não tinha nada de antiliberal ou antidemocrático; era um instituto a serviço da liberdade: "O estado de sítio é uma providência benéfica, que pode coexistir com as instituições francamente livres"; era "uma necessidade da sociedade moderna" que, "restringindo a liberdade individual por momentos, com medidas de caráter efêmero, assegura e garante os interesses permanentes da Nação"[93]. E explicava que interesses seriam esses:

> "Os fatos estão em toda a parte asseverando com sinistra eloqüência esta verdade, triste verdade para o estado presente da civilização. Por toda a parte acumulam-se elementos de perturbação, de anarquia e desordem, todos eles convergindo sistematicamente, pertinazmente e com bárbaro heroísmo para o ataque á autoridade. Foram esses elementos que se formaram na Rússia com a denominação de niilismo e que depois invadiram a Europa inteira chamando-se anarquismo"[94].

Como se pode perceber, o grande adversário dos "interesses permanentes da Nação" era o processo de democratização europeu, com a multiplicação das manifestações populares no terreno político e social. Tanto assim que, como exemplos recentes do alastramento desses elementos "perniciosos e perigosos", Sales recordava a vaia levada pelo primeiro ministro inglês na presença do Príncipe de Gales; a pressão exercida pelos operários sobre o parlamento belga para aprovar o sufrágio universal, que para ele era "anarquismo"; o fato de que o Imperador da Alemanha, do interior de seu palácio, ouvira "ecos de uma manifestação operária contra o seu governo"; os atentados contra chefes de Estado e de governo. Sales interpretava como subversiva e atentatória ao princípio da autoridade toda e qualquer manifestação de rua desfavorável

[92] *Anais do Senado Federal, sessão de 9 de julho de 1894.*
[93] *Anais do Senado Federal, sessão de 15 de junho de 1892.*
[94] *Anais do Senado Federal, sessão de 9 de julho de 1894.*

ao governo. "É uma verdadeira explosão de forças destruidoras". Para o futuro Presidente da República não era o "princípio da liberdade" que estava em jogo naquele momento, como pretendiam os liberais, e sim o "princípio conservador". Era "o princípio da autoridade", que, ameaçado de destruição, deveria ser salvo para, com ele, salvar-se a sociedade brasileira[95].

A interpretação conservadora dos institutos excepcionais prevaleceu. Ao examinar os atos praticados por Floriano durante o estado de sítio de 1894-1895, a maioria do Congresso se dispôs a coonestar todas as barbaridades cometidas pelo governo federal, como assassinatos, fuzilamentos, prisões arbitrárias, expropriações, etc., em nome da necessidade, da razão de Estado. No voto em que recomendou a aprovação dos atos de Floriano, embora reconhecesse que o governo praticara atos "proibidos pela Constituição", o relator da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, Dino Bueno, opinava que o Congresso deveria aprová-los como constitucionais face à "condição excepcional em que se achava o Poder Executivo", sem qualquer demérito para sua "consciência jurídica"[96]. No Senado, ainda que os qualificasse como "arbitrários e violentos", Quintino Bocaiúva defendeu também a aprovação de todos aqueles atos, pois haviam sido cometidos "em nome da suprema necessidade, em nome da razão de Estado para a salvação da República"[97]. Sintomaticamente, Rui era atacado como "a *alma mater* de todas essas revoltas de ambições e despeitos incontíveis"[98]. Se males haviam decorrido do sítio, a culpa não cabia a Floriano, que cumprira o seu dever, mas a Rui, que teria conspirado para derrubar o Marechal de Ferro e, com ele, a República, provocando o Judiciário e se valendo da imprensa.

Rui Barbosa continuou a pregar a necessidade de outro partido "contra o despotismo e a desordem". Entretanto, quando reclamava que o chefe dos republicanos paulistas, Campos Sales, desenterrava no Senado os pareceres do Visconde de Uruguai – "o pontífice da escola reacionária" [99] – para chancelar o sítio, ele já se dera conta de que o radicalismo democrático dos *republicanos históricos* nunca passara de peça de propaganda antimonarquista e, no fundo, antiliberal. Irritado, Rui passou a atacar ferozmente os adversários; para ele, havia apenas dois partidos naturais no País: "o dos que fraternizam com a ditadura e dos que lutam pela Constituição".[100] Os conservadores não deixavam Rui sem resposta, tratando-o como um desgarrado, que não punha, com seu purismo liberal, a República acima de todas as considerações; e que por isso estava, como lhe advertia Glicério, "politicamente no caminho errado".[101] Para piorar, jornalistas parlamentares que Rui sempre considerara bons liberais republicanos, como Quintino Bocaiúva e Aristides Lobo, também haviam desertado. Inconformado, Rui os acusava de não querer a República, mas "o domínio dos que se encantaram nela, o privilégio da minoria que absorve o País, a onipotência da individualidade, que faz da minoria o escabelo de seus pés e desta terra o pasto de sua ambição".[102] Aristides devolveria o petardo, elogiando Floriano, "fiel intérprete da ordem e da segurança social", de cujo fortalecimento dependia "a permanência da República", contra o "imaginário constitucionalismo mal pensado" de Rui[103]. Em 1898, por ocasião da

[95] *Idem, ibidem.*
[96] *Anais da Câmara dos Deputados, sessão de 7 de novembro de 1894.*
[97] *Anais do Senado Federal, sessão de 7 de julho de 1894.*
[98] *Anais da Câmara dos Deputados, sessão de 7 de novembro de 1894.*
[99] *BARBOSA, Rui. O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1892. p. 240-241.*
[100] *BARBOSA, Rui. Campanhas jornalísticas: Império: 1869-1889. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1956. p. 108-110.*
[101] *MANGABEIRA, João. Rui: o estadista da República. 3. ed. São Paulo: Martins, 1960. p. 72.*
[102] *BARBOSA, Rui. Campanhas jornalísticas: Império. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1956. p. 123.*
[103] *COSTA, Emília Viotti da. O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania. São Paulo: UNESP, 2006. p. 32.*

aprovação dos atos praticados por Prudente de Morais no sítio decretado no anterior, Rui Barbosa já se confessaria no Senado descrente do próprio instituto jurídico, que gostaria que desaparecesse do regime constitucional:

> "A experiência dos estados de sítio entre nós está feita. É uma arma temerosa e fatal, que pode ser útil em contingências extremas, para os governos educados nos deveres da vida pública, mas que, nas raças apaixonadas e ardentes como a nossa, entregue a mãos inexperientes e ocasionada à prudência, ao excesso de nossas lutas políticas, não serve senão para criar dificuldades ao governo e perigos às instituições" [104].

Os atos de Prudente foram aprovados pelo Congresso do mesmo jeito, como aconteceria com todos os Presidentes da República, sempre com a oposição de Rui Barbosa, até o fim do regime.

Conclusão: da inefetividade à erosão constitucional.

Como se percebe, os propósitos liberais da Carta de 1891 não se tornaram efetivos porque contra eles prevaleceu a razão do Estado, que colocava os seus dispositivos a serviço da dominação oligárquica. A interpretação conservadora da Constituição prevaleceria por toda a Primeira República, justificada a partir de uma ideologia aristocrática ultra-presidencialista, ultra-federalista, anti-judiciarista, situacionista, reacionária a qualquer reforma, obcecada pela defesa da hierarquia social, da propriedade privada e da autonomia do mercado (salvo para beneficiar o preço do café). O ultrapresidencialismo se explicava pela necessidade de uma autoridade executiva fortíssima, capaz de preservar a ordem republicana federativa pela decretação habitual do estado de sítio contra a desordem; o ultra-federalismo, pela preservação do poder dos grandes Estados e de suas oligarquias contra um poder central hegemônico e eventualmente autônomo, como havia sido o da Coroa. Os conservadores se oporiam sempre ao reforço do papel do Poder Judiciário, condenando todo o ativismo jurisdicional; bem como à possibilidade de se regularem, por lei ordinária, as hipóteses e limites da intervenção federal ou da decretação do estado de sítio. Ao invés de uma democracia liberal, houve então um verdadeiro *governo aristocrático, alheio à forma democrática então em vigor*. Príncipe do jornalismo conservador, subvencionado com as verbas secretas da Presidência da República, quando indagado sobre sua orientação conservadora, o ex-escravocrata Alcindo Guanabara assumia orgulhosamente a sua posição política:

"Sem a sombra de uma dúvida; sem a mínima hesitação! Sim, conservador, como o fui nos primeiros anos da minha vida, como o sou na idade madura e, já agora, como espero em Deus que serei até a morte: conservador por índole, conservador por tradição que não me deslustra e que eu não renego; conservador por educação, conservador por temperamento; isto é, um homem política e pessoalmente votado à defesa da autoridade, da lei e da ordem, do regular exercício dos poderes públicos, não concebendo o progresso senão como necessária conseqüência desses elementos capitais na sociedade"[105].

[104] *Anais do Senado Federal, sessão de 22 de setembro de 1898.*
[105] *Anais da Câmara dos Deputados, sessão de 30 de junho de 1894.*

Embora, depois de 1897, o Supremo Tribunal aperfeiçoasse sua doutrina sobre o estado de sítio, ele ficou longe de assegurar ao regime o equilíbrio que dele se esperava.[106] O Supremo enfrentava a resistência dos demais poderes ao reconhecimento de sua autoridade e ao acatamento de suas decisões, como ocorreu com Floriano Peixoto, Prudente de Morais e Hermes de Fonseca. Sancionada por constitucionalistas como Thomas Cooley, a tímida concepção do controle normativo vigente permitia que os governos alegassem, para desacatá-las, que as decisões judiciais invadiam o terreno político, de competência exclusiva do Executivo e do Legislativo. "Sobre questões políticas", pontificava Cooley, "os tribunais não têm qualquer autoridade, devendo aceitar a determinação dos órgãos políticos do governo como conclusivas."[107] Ocorre que, como a sua própria doutrina não enumerava de forma taxativa quais eram essas questões, ela fornecia argumentos para que o governo desobedecesse ao Judiciário, por exemplo, em matéria de *habeas corpus*.[108] Para piorar, o Supremo não dispunha do mecanismo do *stare decisis*,[109] com que a Corte estadunidense criava uma jurisprudência obrigatória que vinculava os juízes e tribunais inferiores aos seus julgados. Na medida em que, no Brasil, ao invés de surtir efeitos para todos os casos similares, a declaração de inconstitucionalidade só obrigava os órgãos públicos a respeitarem a decisão naquele caso concreto, os outros poderes e até mesmo os juízes inferiores estavam livres para continuarem a ignorá-la em todos os outros casos idênticos. Por fim, a própria nomeação dos ministros do tribunal pelo Presidente da República estava submetida aos critérios da política oligárquica. Os ministros votavam de acordo com os interesses das facções a que eram ligados, o que mantinha incertos os limites de aplicação da ordem constitucional[110]. Depois de 1910, os liberais conseguiriam o apoio de ministros como Enéas Galvão, Sebastião de Lacerda, Guimarães Natal e Pedro Lessa, formando uma minoria de admiradores de Rui que eventualmente conseguiu avançar significativamente no campo de interpretação constitucional no que tocava ao estado de sítio, à intervenção federal e ao *habeas corpus*. Essas conquistas, porém, foram revertidas pelo *establishment* conservador que, por meio de ministros como Coelho Campos, Muniz Barreto, Pedro Mibieli e outros, bloquearam o avanço da jurisprudência até 1926, quando a maré montante do autoritarismo situacionista, na reforma constitucional daquele ano, regularam aqueles institutos num sentido centralizador, presidencialista e antijudiciarista, que liquidou as veleidades da minoria liberal.

---

[106] Um discípulo de Rui chegaria a declarar que o Supremo fora o poder que mais faltara à República: "O órgão que, desde 1892 até 1937, mais falhou à República, não foi o Congresso. Foi o Supremo Tribunal. (...) O órgão que a Constituição criara para seu guarda supremo, e destinado a conter, ao mesmo tempo, os excessos do Congresso e as violências do Governo, a deixava desamparada nos dias de risco ou de terror, quando, exatamente, mais necessitada estava ela da lealdade, da fidelidade e da coragem de seus defensores." (MANGABEIRA, João. Rui: o estadista da República. 3. ed. São Paulo: Martins, 1960. p. 70.). Esta foi também a opinião de Afonso Arinos de Melo Franco: "Desde o princípio, o Supremo Tribunal brasileiro fracassou na sua missão (...). Não se pode acusar individualmente os seus membros, via de regra homens probos e juristas de mérito, embora muito raramente especialistas em direito público. A instituição, em conjunto, é que naufragou historicamente na fraqueza, na omissão e no conformismo" (MELO FRANCO, Afonso Arinos de; e PILLA, Raul. Presidencialismo ou Parlamentarismo. Rio de Janeiro, José Olímpio, p. XV).

[107] COOLEY, Thomas M. The general principles of constitutional law in the United States of America. Boston: Little, Brown and Company, 1898, p. 156. A primeira edição é de 1880.

[108] Ibidem, p. 159.

[109] Traduzindo: "respeitar as coisas decididas".

[110] KOERNER, Andrei O Poder Judiciário Federal no sistema político da Primeira República. Revista da USP, «Dossiê Judiciário», n. 21, 1994. p. 58-69.

Apenas a partir de 1909, quando Rui Barbosa rompeu de vez com o situacionismo e se candidatou à Presidência da República, contra Hermes da Fonseca, o liberalismo se tornou uma força de oposição com visibilidade e capacidade de mobilização da opinião pública nacional, tecendo fortes críticas ao conservadorismo estabelecido. Não por acaso, essa paternidade foi contestada ao mesmo tempo por conservadores como Felisbelo Freire e Campos Sales, que a atribuiriam ao governo provisório como um todo.[111] Tratavam assim de golpeá-lo no ponto que mais o fortalecia publicamente – a condição *de pai intelectual da República*. Do lugar etéreo que mediava entre o Império e a República, onde o plano cívico do ideal republicano e democrático se confundia com o da justiça e da religião, Rui forjou a *teologia política liberal* que lhe permitiria lançar-se duas vezes à presidência, na década de 1910, na qualidade de *missionário, apóstolo, mártir, profeta*. Ou o Brasil se salvava "pelo caminho da moral divina", ou se perderia "nos sinistros imprevistos da tremenda anarquia moderna, em que a política dos nossos aventureiros, irremediavelmente, nos acabará por mergulhar, desde que não seja coibida quanto antes, e não encontre quanto antes, para a represar, uma barreira de corações honestos".[112] Convertendo a tribuna em púlpito, bendizendo a Deus por lhe ter "dotado com o instinto divino de lançar a âncora da fé" –, Rui Barbosa equipararia os chefes conservadores aos *fariseus e vendilhões* – "ajuntamento desacreditado e tumultuário de oligarcas desabusados"; "massa de papa-moscas vilões e egoístas" – e apontaria ao povo brasileiro *a terra prometida da redenção democrática*, na qual a República deixaria de ser um apanhado de fórmulas vãs, para se tornar "um conjunto de instituições, cuja realidade se afirma pela sua sinceridade no respeito às leis e na obediência à justiça"[113]. Legitimado com sua insistente reivindicação da condição de *pai da Constituição*, Rui Barbosa conseguiu então veicular por todo o País a proposta de outra República, a democrática e liberal, que corresponderia à verdade constitucional contra os políticos que praticavam o regime[114].

A Campanha Civilista foi assim o divisor de águas no estabelecimento de uma clara divisão no campo político do regime: na medida em que o candidato oficial, Hermes da Fonseca, reuniu ao seu redor a maior parte do *establishment*, a oposição inicial entre civilistas e militaristas evoluiu rapidamente para o reconhecimento oficial da oposição entre liberais e conservadores. Daí por diante, até o fim do regime, a palavra "liberal" seria sempre apropriada por aqueles que, das classes médias urbanas ou das oligarquias fora do poder, quisessem contestar eleitoral e politicamente a ordem estabelecida, ao passo que "conservadores" seriam

[111] CARNEIRO, Levi. Dois arautos da democracia: Rui Barbosa e Joaquim Nabuco. Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1954. p. 115-116.

[112] BARBOSA, Rui. Campanhas jornalísticas: Império: 1869-1889. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1956. p. 33 e 269. (Obras Seletas de Rui Barbosa, v. 6.)

[113] MANGABEIRA, João. Rui: o estadista da República. 3. ed. São Paulo: Martins, 1960. p. 281, 227 e 193.

[114] Homem extraordinário, o fato de saber que, ainda que vencedora, sua candidatura seria sempre vitimada pela máquina de compressão e fraude da situação não desestimulava Rui – ao contrário, fortalecia sua capacidade de indignação. Quando sondado para candidato da resistência às oligarquias, em 1910, tentaram convencê-lo recordando-lhe que seu velho padrinho político, o senador Dantas, o qualificava na mocidade como o homem dos sacrifícios. Rui o admitiu emocionado: "Você tem razão. Eu sou dos sacrifícios. Se fosse para a vitória, não me convidariam, nem eu aceitaria, mas, como é para a derrota, aceito. A idéia não morrerá pelo meu egoísmo. Perderemos, mas o princípio se salvará". Daí que "não se luta só para vencer, luta-se também para perder. E às vezes é mais nobre perder do que vencer" .

todos os aqueles que a defendessem em nome da República, da autoridade, do progresso material. De um lado do ringue, no Partido Republicano Liberal de Rui Barbosa e Albuquerque Lins (1913), na Reação Republicana de Nilo Peçanha e José Seabra (1922) ou na Aliança Liberal de Getúlio Vargas e João Pessoa, a oposição liberal composta por Irineu Machado, Pedro Moacir, Maurício de Lacerda, Adolfo Bergamini e outros denunciaria os vícios da prática republicana, defendendo a reforma constitucional para fortalecer a União Federal, o Poder Judiciário, os direitos individuais e a lisura eleitoral. Para eles, a República verdadeira não havia sido efetivada: havia sido traída, desviada e sofismada pelos políticos – "os politiquinhos e politicotes, os politiquilhos e os politicalhos, os politiqueiros e os politicastros".[115] Verdadeira, era aquela República liberal e democrata que imaginara o chefe dos liberais, Rui Barbosa; falsa era a República real, conservadora – "corrupção do ideal republicano", "república de rótulo"[116] que não era a República *verdadeiramente republicana*, mas "*reprivada*"; "república de oligarcas, mandões e caudilhos"[117]. Também para o liberal radical Maurício de Lacerda, era preciso reintegrar a Nação no governo de si mesma, mobilizando o povo contra o domínio conservador, "sindicato político que explorava a República" ao lado do Presidente da República; que sustentava "oligarquias minazes, corroedoras e outras, acusadas de graves crimes de latrocínio do Tesouro dos seus Estados, e atentados dos mais vergonhosos contra a liberdade e a honra dos seus cidadãos"[118].

Do outro lado do ringue, defendendo o *status quo*, estavam os "conservadores". Descendentes do republicanismo histórico, reunidos no Partido Republicano Conservador de Pinheiro Machado (1911), na coligação conservadora de Artur Bernardes (1922) ou na Concentração Conservadora de Júlio Prestes (1930), políticos como Felisbelo Freire, Carlos Maximiliano, João Luís Alves e Tavares de Lira defendiam a intangibilidade da Constituição de 1891 e resistiam a todas as tentativas de se precisarem as hipóteses constitucionais de decretação do estado de sítio ou da intervenção federal, que para eles deflagrariam a anarquia demagógica da oposição e sua tendência centralizadora. Para conservadores, a oposição liberal era composta de "profissionais das masorcas", que pretendiam "abalar e destruir a ordem constitucional para, embora sobre as ruínas da Pátria, sobre os destroços das instituições republicanas, assaltarem as posições e o governo"[119]. Nem o apoio da população urbana aos liberais oposicionistas era considerado representativo da opinião pública nacional; neste aspecto, como noutros, os conservadores continuavam fiéis à parcela agrária e escravocrata do conservadorismo imperial, para quem apenas a aristocracia rural e a alta burguesia urbana representavam o País. Os populares que apoiavam a oposição jamais eram a "opinião pública", mas "um conluio de valdevinos", como queria o conservador Victor Silveira: "Isto que anda pelas ruas não é povo, não é nação, não é País, não é República"[120].

[115] *MANGABEIRA, João. Rui: o estadista da República. 3. ed. São Paulo: Martins, 1960. p. 321.*
[116] *BARBOSA, Rui. O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1892. p. 245.*
[117] *MANGABEIRA, João. Rui: o estadista da República. 3. ed. São Paulo: Martins, 1960. p. 236.*
[118] *Anais da Câmara dos Deputados, 29 de maio de 1914.*
[119] *Idem, 7 de maio de 1914.*
[120] *Idem, 24 de dezembro de 1914.*

Essa era a opinião do próprio chefe do Partido Republicano Conservador, Pinheiro Machado, para quem as instituições republicanas não poderiam ficar à mercê "da versatilidade demagógica das correntes populares"[121].

Seria em vão, porém, que os liberais reclamariam pela redução do poder presidencial, pela adoção do parlamentarismo ou pelo fortalecimento do Supremo Tribunal, ou ainda do vínculo federal entre os Estados. A despeito da aparente reiteração do quadro político-partidário da monarquia, a formação de partidos oficiais permanentes em nível federal era prejudicada pela Política dos Governadores implantada por Campos Sales e observada por seus sucessores, com o objetivo preciso de impedir a institucionalização de uma representação nacional de oposição. Por isso mesmo, num quadro de manipulação eleitoral da parte dos governos federal e estaduais, foi impossível à oposição liberal, ao contrário do que ocorria no Império, galgar pacificamente o poder durante a República. O retrocesso político em relação ao Império era flagrante para os próprios liberais, como tantas vezes se manifestaram Rui Barbosa, Maurício de Lacerda, Pedro Moacir e outros, ou mesmo para conservadores moderados, como Aurelino Leal, Pedro Lessa e Afrânio de Melo Franco, que faziam o elogio de Dom Pedro II [122].

A Constituição ficou assim prisioneira de uma interpretação conservadora que propositadamente deixava fluidos os limites de seus comandos fundamentais para que fossem aplicados conforme a conveniência do situacionismo oligárquico. O consectário lógico dessa impotência liberal em efetivar a ordem constitucional foi o crescente número daqueles que sucessivamente, frustrados pelas falsas esperanças alimentadas pelo regime, passaram a reivindicar a reforma da Constituição, na expectativa de converter a República numa realidade. Novamente frustrados, acabariam por desistir do próprio regime, crendo que somente sua derrocada pelas armas e sua substituição por outro regime poderia resgatar o País. Já em 1918 se difundira em tal grau a sensação de fracasso do regime de 1891, que ele pôde ser resumido e caracterizado por Lima Barreto num simples parágrafo à perfeição:

> "Uma rematada tolice que foi a tal república. No fundo, o que se deu em 15 de novembro foi a queda do partido liberal e a subida do conservador, sobretudo da parte mais retrógrada dela, os escravocratas de quatro costados. Isso de Benjamin Constant, Lopes Trovão, Silva Jardim foi uma isca que os matreiros 'bois de coice', 'rapa côcos' e outros de igual jaez se serviram, para 'forrar' a opinião da força e se apossarem do poder. Toda a administração republicana tem sido um constante objetivo de enriquecer a antiga nobreza agrícola e conservadora, por meio de tarifas, auxílios à lavoura, imigração paga, etc."[123] (BARRETO, 1953:110).

---

[121] Anais do Senado Federal, 20 de janeiro de 1915.

[122] "De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto... Esta foi a obra da República nos últimos anos. No outro regime, o homem que tinha certa nódoa em sua vida era um homem perdido para todo o sempre – as carreiras políticas lhe estavam fechadas. Havia uma sentinela vigilante, de cuja severidade todos se temiam e que, acesa no alto, guardava a redondeza, como um farol que não se apaga, em proveito da honra, da justiça e da moralidade gerais. Na República, todos os tarados são tarudos. Na República todos os grupos se alhearam do movimento dos partidos, da ação dos governos, da prática das instituições. Contentamo-nos hoje com as fórmulas e a aparência, porque estas mesmo vão se dissipando pouco a pouco, delas quase nada nos restando. Apenas temos os nomes, apenas temos a reminiscência, apenas temos a fantasmagoria de uma coisa que existiu, de uma coisa que se deseja ver reerguida, mas que, na realidade, se foi inteiramente". BARBOSA, Rui. Discursos parlamentares. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1974, p. 86-87.

[123] LIMA BARRETO, Afonso Henriques de. Coisas do Reino do Jambon. São Paulo, Brasiliense, 1953, p. 110.

Diante da erosão constitucional, surgiria no início da década de 1920 o tenentismo, outra espécie de oposição, mais heterogênea, mas também mais radical nos métodos e aspirações, cuja maior parte rapidamente passou a questionar os próprios fundamentos liberais da ordem estabelecida em 1891. Ao invés de campanhas parlamentares, os tenentes exprimiam-se em sublevações armadas, que ocorreram praticamente em todas as regiões do País, como Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Amazonas, sem falar na Coluna Prestes, que atravessou quase que todo o País. Inicialmente, os manifestos tenentistas abraçaram os ideais liberais, reclamando a reforma eleitoral e judiciária, e fazendo a critica dos governos oligárquicos estabelecidos. Entretanto, a maioria logo evoluiu para questionar os próprios fundamentos do regime, passando a reclamar uma transformação nacional ampla e a fazer a critica da própria atividade política profissional. Se em 1924 os revoltosos paulistas e amazonenses pediam o voto secreto e a unificação da magistratura e do processo, criticando os "governos de nepotismo, de advocacia administrativa e de incompetência técnica na alta administração", para "emancipar a Nação brasileira do jugo aviltador de meia dúzia de tiranos encapuçados que a depauperaram, e retaliam e desonram", em 1926 os tenentes gaúchos já admitiriam que "não importa estar este ou aquele nome na presidência da República (...). Ou a política se regenera, se torna sã e útil, ou nós a destruiremos (...) pela espada e pela metralha"[124].

Foi o que aconteceu a 3 de outubro de 1930.

[124] *CARONE, Edgar. O tenentismo. São Paulo, Difel, 1975.*

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, DE 1934

José Afonso da Silva

1. Antecedentes – 2. A Constituinte de 1933/1934 – 3. A Constituição de 1934. Conteúdo inovador – 4. Organização do Estado: o federalismo – 5. Organização dos Poderes – 6. Coordenação dos Poderes – a posição do Senado Federal – 7. Órgãos de cooperação nas atividades governamentais – 8. Segurança nacional – 9. Declaração de Direitos – 10. Ordem econômica – 11. Ordem social e direito dos trabalhadores – 12. Família, Educação e Cultura – 13. Educação e cultura – 14. Conclusão

1. Antecedentes

1. A Revolução de 1930 conduziu seu líder, Getúlio Vargas, à Presidência da República a 3.11.1930. Em seguida, expede ele o Decreto n. 19.398, de 11.11.1930, que instituiu o Governo Provisório dos Estados Unidos do Brasil. Começou declarando que o Governo Provisório exerceria discricionariamente, em toda a sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabelecesse ela a reorganização constitucional do País. Esse decreto, na verdade, desconstitucionalizou o País, transformando as normas constitucionais vigentes em simples regras de direito ordinário. Getúlio se inclina para a *questão social.* Logo, cria o Ministério do Trabalho. "A revolução respondia, com isso, e desde logo, à República Velha, que uma feita rotulara de **questão de polícia** a inquietação operária".[1] Prepara novo sistema eleitoral para o Brasil, decretando, a 3.2.32, o Código Eleitoral, instituindo a justiça eleitoral, que cercou de garantias e à qual atribuiu as funções importantíssimas de julgar da validade das eleições e proclamar os eleitos, retirando essas atribuições das assembléias políticas, com o que deu golpe de morte na política dos governadores e nas oligarquias que dominavam exatamente em virtude do processo de *verificação de poderes*. Assim preparado, por decreto de 3.5.32 marca eleições à Assembléia Constituinte para 3.5.33. Dois meses depois, estoura, em São Paulo, a Revolução, que se chamou *constitucionalista*. A derrota dos revoltosos pelo ditador não obstou mantivesse o decreto anterior de convocação das eleições, que se realizaram no dia aprazado, organizando-se a Constituinte que daria ao País a segunda Constituição republicana.

2. A Constituinte de 1933/1934.

2. Finalmente é instalada a Assembléia Constituinte, que viria a compor-se de 214 representantes políticos e de mais 40 deputados classistas, ou seja, representantes de associações profissionais, tocando vinte aos empregados, entre estes dois funcionários públicos, e vinte aos empregados, nestes incluídos três representantes das profissões liberais (Decreto 22.653, de 20.4.1933). A eleição dos representantes políticos ocorreu no dia 3.5.1933;

[1] *Cf. Calmon, Pedro, História do Brasil, Rio de Janeiro, Livraria José Olympio, 1959, v. II, p. 2.219.*

a escolha dos representantes classistas, feita na sede das associações, verificou-se entre os dias 20.5.1933 a 30.6.1933. Ainda não era desta vez que a democracia haveria de florescer na composição da Constituinte, pois, nela, ainda predominou a representação conservadora e oligárquica, que sobreviveu à Revolução de 1930. É certo que, nela, além de representantes classistas dos empregados, figuraram também deputados não oligarcas representantes de idéias progressistas, em número muito pequeno, todavia.

3. Antes, porém, de instalada a Constituinte, o Governo nomeou uma Comissão Especial para elaborar um anteprojeto de Constituição que apresentaria à Assembléia Constituinte entre cujos membros se destacavam os de Afrânio de Melo Franco, Assis Brasil, Antônio Carlos de Andrada e Silva (da mesma família daquele Antônio Carlos que pontificou na Constituinte do Império), Prudente de Morais Filho, João Mangabeira, Carlos Maximiliano, Artur Ribeiro, Agenor de Roure, José Américo, Osvaldo Aranha, Oliveira Vianna, Góis Monteiro e Themístocles Brandão Cavalcânti, que integravam uma subcomissão da Comissão Especial. É importante revelar as idéias gerais desses homens, porque alguns foram constituintes e porque o anteprojeto teve influência nos debates da Assembléia Constituinte. Para tanto, transcrevo manifestação de Afonso Arinos, nos termos seguintes:

"Percorrendo-se as opiniões manifestadas nos debates nota-se a existência de uma espécie de inclinação fascistizante nos espíritos revolucionários mais jovens. Góis Monteiro exprimia um nacionalismo militarista, desconfiado das tradições liberais e da técnica da democracia clássica, que, de resto, conhecia muito pela rama. Oliveira Vianna – grande figura intelectual – tinha as convicções sociologicamente aristocráticas e autoritárias, que compendia em toda a sua obra de discípulo dileto de Alberto Torres. José Américo e Osvaldo Aranha flutuavam nas indecisas aspirações de uma justiça social e de uma organização estatal influenciadas pelos novos modelos ditatoriais da Europa. João Mangabeira era o ilustre jurista e o insigne orador de sempre; como sempre brilhante e impetuoso, cedendo, às vezes, ás perigosas impressões de momento, que vestia com as roupagens sedutoras da sua dialética e de sua contraditória cultura, ao mesmo tempo liberal, às maneira de Rui, esquerdista à maneira da filosofia marxista. Surpreendente é o equilíbrio de Antônio Carlos. O que faltava ao Andrada em preparação intelectual, sobrava em finura, sensatez e experiência... Themístocles Cavalcânti dava, então, os primeiros passos na carreira de cultor do Direito Público, em que, depois, se notabilizou. Àquele tempo suas opiniões pareciam fortemente coloridas da influência autoritária a que há pouco me referi. O esforço de Melo Franco,[2] quase sempre bem sucedido, era o de coordenar os debates, esclarecer as obscuridades, contornar, habilmente, os choques, afastar, quando necessário, os desatinos, aceitar as inovações úteis ou inevitáveis, reunir tudo, enfim, no notável projeto que pode ser submetido à Constituinte".[3]

4. Na Constituinte, pela primeira vez no sistema representativo brasileiro, figuram representantes do pensamento socialista, Acir Medeiros e Vasco de Toledo (representantes classistas da categoria dos empregados) e Zoroastro Gouveia e Lacerda Werneck, eleitos pelo Partido socialista de São Paulo.[4] Quanto às figuras de destaque da Assembléia Constituinte de 1933/1934, mais uma vez me permito recorrer ao seguinte texto de Afonso Arinos de Melo Franco que dá deles notícia suficiente:

[2] *Afrânio de Melo Franco era pai do autor citado, Afonso Arinos de Melo Franco. Era um liberal conservador.*

[3] *Cf. Melo Franco, Afonso Arinos, ob. cit., pp. 178 e 179.*

[4] *Cf. Melo Franco, Afonso Arinos, ob. cit., p. 179.*

"A primeira sessão preparatória teve lugar a 11 de novembro e foi presidida pelo ministro do Supremo Tribunal, Hermenegildo de Barros, na qualidade de presidente do Superior Tribunal Eleitoral, o qual proferiu interessante discurso explicando a sua presença como decorrência natural das funções atribuídas à nova Justiça especializada. A presidência da Assembléia recaiu sobre o deputado mineiro Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, velho e experiente parlamentar e homem público, que continuava, na terceira Constituinte nacional, a tradição que os seus ancestrais haviam inaugurado na primeira. A instalação solene foi a 15 de novembro, tendo comparecido o presidente Getúlio Vargas. No dia seguinte ao da instalação foi formada a Comissão Constitucional, composta de 26 membros, um por cada unidade da Federação, incluindo o Distrito Federal e o Acre (total 22), e mais quatro representantes das categorias profissionais. No dia 16 foi também comunicado ao plenário o depósito, em Mesa, do anteprojeto do Itamarati. O presidente da Comissão Constitucional foi o deputado gaúcho Carlos Maximiliano, ilustre experiente constitucionalista, que conhecia a fundo o projeto, visto ter participado ativamente da sua elaboração. O vice-presidente foi o Sr. Levi Carneiro e o relator-geral o Sr. Raul Fernandes, ambos fluminenses e com folhas de serviço brilhantes na ciência jurídica e na vida pública. O líder da Assembléia foi, a princípio, Osvaldo Aranha, que não era deputado mas ministro, e como tal (como se dera em 1890) tinha assento nos trabalhos. Aranha renunciou em meados de janeiro, sendo substituído na liderança pelo baiano Medeiros Neto. Entre os constituintes havia figuras expressivas. Com nomes já consagrados na política ou no direito apareciam Antônio Carlos, Seabra, Sampaio Correia, Alcântara Machado, Cardoso de Melo, Cincinato Braga, Raul Fernandes, Carlos Maximiliano, Levi Carneiro. Da nova ou mais nova geração vinham Virgílio de Melo Franco, Prado Kelly, Pedro Aleixo, Agamenón Magalhães, Odilon Braga, Osório Borba, Olegário Mariano, Soares Filho, Gabriel Passos, Daniel de Carvalho. Três ilustres constituintes morreram durante os trabalhos: Calógeras e Augusto de Lima, deputados por Minas, e Miguel Couto, que representava o Distrito Federal. Um outro, também ilustre, afastou-se da Assembléia por meio de renúncia: Assis Brasil".[5]

3. A Constituição de 1934. Conteúdo inovador.

5. Instalada a Assembléia Constituinte em 15.11.1933, logo recebeu o projeto da comissão do Governo, que serviu de base dos debates, para a formação da nova Constituição que veio a ser a *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16.7.1934, terceira do Brasil e segunda da República. Trouxera conteúdo novo. Mantivera da anterior, porém, os princípios formais fundamentais: a república, a federação, a divisão de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), o presidencialismo, o regime representativo. Mas ampliou os poderes da União, encaminhando-se para o que se passou a chamar federalismo cooperativo. Aumentou os poderes do Executivo. Rompeu com o bicameralismo clássico, atribuindo o exercício do poder legislativo apenas à Câmara dos Deputados, transformando o Senado Federal em órgão de colaboração dos poderes. Definiu os direitos políticos e o sistema eleitoral, admitindo o voto feminino, já instituído no Código Eleitoral de 1932. A Justiça Eleitoral, também instituída neste, foi integrada entre os órgãos do Poder Judiciário. Adotou, ao lado da representação política tradicional, a representação corporativa de influência fascista, já constante da Constituinte.

[5] *Cf. ob. cit., pp. 183 e 184.*

Instituiu, ao lado do Ministério Público e do Tribunal de Contas, os Conselhos Técnicos, como órgãos de cooperação nas atividades governamentais. Ao lado da clássica declaração dos direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição de Weimar. Regulou os problemas da segurança nacional e estatuiu princípios sobre o funcionalismo público. Fora, enfim, um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo.

6. Teve em conta a *questão social*, que, para a Primeira República, era tida como uma simples *questão de polícia*. Pretendeu instaurar um Estado Social, que possibilitasse a todos uma existência digna. A liberdade econômica ficava subordinada à observância desse princípio de justiça. A lei deveria promover o amparo da produção e estabelecer as condições do trabalho, na cidade e no campo, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País, e definia os direitos básicos dos trabalhadores, assim como reconhecida os sindicatos autônomos e as convenções coletivas de trabalho.

4. Organização do Estado: o federalismo

7. O federalismo brasileiro, excluído o ensaio de 1834, foi estabelecido, formalmente, com a proclamação da República, pelo Decreto nº 1, de 15.11.1889, consolidando-se pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 24/2/1891. Outro decreto, também de um Governo provisório, em 11 de novembro de 1930, superou o sentido daquele de 15 de novembro de 1889, invertendo os termos de nosso processo histórico: adotando o aspecto integracionista, unitarista, contra o vigente, disjuncionista, que a política dos Governadores, em última análise, encarnava.

8. Esse decreto, apesar de unitarista, manteve e consagrou, nominalmente pelo menos (os centros de interesse, como fato social, não desapareceram), os componentes do Estado Federal, sucessivamente enumerados no final do seu art. 8º: *da União Federal, dos Estados, dos Municípios, do Território do Acre e do Distrito Federal*. Nisso, deu-se satisfação ao ideal federativo brasileiro, mas a centralização foi total quase quatro anos, até que veio a Constituição de 1934, a qual procurou o equilíbrio entre aquelas duas forças, constantes de nosso evolver histórico: *disjunção-integração*.

9. Surgia, com ela, a segunda República e o novo Estado Federal brasileiro. Seu art. 1º estatuiu: "A Nação Brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos *Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil*, mantém como forma de governo, sob o regime representativo, a *República federativa* proclamada em 15 de novembro." Defeituosamente, dava que a *Nação Brasileira* era constituída pela União, Estados, Distrito Federal e Território. Na verdade, deveria dizer que a *Federação Brasileira*, constituída pela união dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, etc.

10. Importa, porém, verificar que os Territórios foram constitucionalizados, União, Estados, Distrito Federal e os Territórios aparecem como elementos componentes da Federação. Os Municípios não surgem, na enumeração, como componentes, logo não são considerados entidades federativas. Mas já mereceram maior destaque na Constituição de 1934, especialmente no seu art.13. Também o Distrito Federal e os Territórios despontam como entidades de maior relevo, pois que fazem parte da União, e mereceram tratamento mais desenvolvido (art.15 e 16).

11. Deu-se maior precisão à partilha de competências. Enumeradas as atribuídas à União (art. 5º), com minúcia e amplamente. Enunciaram algumas competências estaduais (art. 7º). Considerando as peculiaridades locais, conferiu-se aos Estados-membros de legislar supletiva e complementarmente sobre matéria de competência legislativa expressa da União, a fim de "suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta." (art. 5º, §3º). Criou-se uma área de competência concorrente entre União e Estados-membros, com supremacia da legislação federal (art. 10). A partilha das rendas sofreu um processo de reformulação que afastou os defeitos fundamentais da Constituição de 91, atribuindo-se fonte tributárias específicas à União (art. 6º) aos Estados-membros (art. 8º), e aos Municípios (art. 13, § 2º), numa técnica exaustiva de enumeração de competência impositiva para as três esferas governamentais. Foi estabelecido um sistema de vedações constitucionais (arts.11, 17, 19), ainda como normas de ajustamento federativo. Ainda assim, o equilíbrio não foi encontrado. Temos, para nós, que, se essa fórmula houvesse sido adotada com a primeira República, o federalismo brasileiro se teria firmado no correr das décadas que antecederam a Revolução de 30. O mais seria questão de retoque e aprimoramento em face da evolução do País. Quando foi, porém, acolhido na Constituição de 1934, as dissensões políticas, especialmente as pressões do espírito disjuntivo, naturalmente ressabiado com o unitarismo recente, e novos fatores políticos, de natureza ideológica, acabaram por provocar o domínio exacerbado do princípio integracionista, que eclipsou o ideal federativo, sufocado pela Constituição de 1937.

5. Organização dos Poderes

12. A Constituição de 1934 manteve o princípio da separação de poderes, definindo como órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

13. A organização do *Poder Legislativo* rompeu com o bicameralismo clássico, para adotar basicamente o unicameralismo, nos termos de seu art. 22, segundo o qual o Poder Legislativo era exercido pela Câmara dos Deputados, com a colaboração do Senado Federal. Vale dizer, previa-se o Senado Federal, mas não como órgão do Poder Legislativo. Por isso, não se falou em Congresso Nacional, mas apenas em Câmara dos Deputados como órgão da função legislativa, composta de Deputados representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional e *sufrágio universal, igual e direto*, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais, na forma que a lei indicasse, ou seja, adotou a representação classista ao lado da representação política. Os Deputados das profissões (classistas ou corporativistas) seriam eleitos, na forma da lei, por *sufrágio indireto* das associações profissionais (portanto, sufrágio não universal, mas restrito), compreendidas, para esse efeito, com os grupos afins respectivos, nas quatro divisões seguintes: 1ª. lavoura e pecuária; 2ª. indústria; 3ª. comércio e transportes; 4ª. profissões liberais e funcionários públicos. O total de votos das três primeiras categorias seria, no mínimo, de seis sétimos da representação profissional, distribuídos igualmente entre elas, dividindo-se cada uma em círculos correspondentes ao número de Deputados que lhe coubesse, dividido por dois, a fim de garantir a representação igual de empregados e de empregadores. Aí o sentido corporativo fascistizante do sistema. O número de círculos da quarta categoria correspondia ao número de seus Deputados, número esse que seria o que sobrasse após definida a representação (6/7) das três primeiras categorias. Em relação às três

primeiras categorias, havia, em cada círculo profissional, dois grupos de eleitores distintos: um, das associações de empregadores; outro, das associações de empregados. Esses grupos de eleitores eram constituídos de delegados das associações, eleitos mediante sufrágio secreto, igual e indireto, por graus sucessivos (art. 23).

Os arts. 24 e seguintes dava minuciosa regulamentação ao funcionamento da Câmara dos Deputados, incluindo as prerrogativas dos Deputados, como a imunidade parlamentar, assim como seus impedimentos e incompatibilidades. Estabelecia pela primeira vez a possibilidade de criação de comissões parlamentares de inquérito sobre fatos determinados. Também pela primeira vez dispôs sobre a possibilidade de convocação de Ministros de Estado para perante ela prestar informações sobre questões prévias e expressamente determinadas, assim como facultava o comparecimento espontâneo deles quando quisessem solicitar providências legislativas ou prestar esclarecimentos. Deu à Câmara dos Deputados as atribuições e a competência para a formação das leis tal como a Constituição de 1891 conferia ao Congresso Nacional, logicamente sem os aspectos revisionistas que nesta cabia ao Senado, já que, nesse particular, o sistema era unicameral.

14. O *Poder Executivo* era exercido pelo Presidente da República, eleito por sufrágio universal, secreto, direto e maioria de votos, cento e vinte dias antes do término do quadriênio, ou sessenta dias depois de aberta a vaga, se esta ocorresse dentro dos dois primeiros anos. Se a vaga ocorresse nos últimos dois anos do período, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal (aqui ele participa), em sessão conjunta, com a presença da maioria de seus membros, elegiam o Presidente substituto, mediante sufrágio secreto e maioria absoluta de votos, caso em que o eleito apenas completava o mandato do Presidente substituído. Quer dizer, o Presidente da República era eleito para um mandato de quatro anos sem possibilidade de imediata reeleição, mas aquele que fosse eleito pela Câmara e o Senado, de modo indireto, tinha mandato apenas para completar o período presidencial.

O sistema era presidencialista, cabendo ao Presidente da República amplas atribuições que vinham enumeradas no art. 56. No exercício dessas atribuições, o Presidente era auxiliado pelos Ministros de Estado, a que competia subscrever seus atos, expedir instruções para a execução das leis e regulamentos, apresentar ao Presidente o relatório dos serviços do seu Ministério, comparecer à Câmara dos Deputados e ao Senado federal nos casos e para os fins especificados na Constituição e preparar a proposta de orçamento de sua Pasta. Os Deputados podiam ser nomeados Ministros de Estado sem perder o mandato, sendo substituído no exercício do mandato legislativo pelo suplente respectivo.

15. O *Poder Judiciário* compreendia a Corte Suprema, os juízes e tribunais federais, os juízes e tribunais militares e os juízes eleitorais. Não figurava aí a Justiça do Trabalho, que, no entanto, era prevista no art. 122 com a competência para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social. Ela não foi prevista aqui, precisamente porque o mesmo art.122 disse que não lhe eram aplicáveis as disposições relativas ao Poder Judiciário. Quer dizer, ela não integrava o Poder Judiciário como veio a integrar a partir da Constituição de 1946. Mas já consta dela (Constituição) a Justiça Eleitoral, prevista no Código Eleitoral de 1932. Foi criado também um tribunal, cuja denominação e organização seriam estabelecidas em lei, com a competência para julgar, privativa e definitivamente, salvo recurso voluntário

para a Corte Suprema em matéria constitucional, os litígios em que a União fosse parte. Seria o tribunal competente para julgar em grau de recurso as causas julgadas pelos juízes federais. Esse tribunal não chegou a ser instalado, mas aí está a origem do Tribunal Federal de Recursos que foi criado pela Constituição de 1946, transformado em Superior Tribunal de Justiça, com a criação dos Tribunais Federais Regionais pela Constituição de 1988.

16. A *Corte Suprema* foi o nome adotado para o Supremo Tribunal Federal, numa imitação desnecessária do sistema norte-americano. Compunha-se de onze Ministros, nomeados pelo Presidente da República com a aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores, tal como se dava com o Supremo Tribunal Federal no regime da Constituição de 1891, com a diferença de que este se compunha não de onze, mas de quinze Ministros. É certo que por proposta da mesma Corte o número de seus membros poderia ser elevado até dezesseis (art. 73). A Constituição de 1934 ampliou a competência da Corte (art. 76) em relação à que era prevista para o Supremo na Constituição de 1891.

A competência originária ficou praticamente igual à prevista na Constituição de 1891, mas, pela primeira vez, previu a Constituição a competência para julgar em *recurso ordinário* as causas, inclusive mandados de segurança, decididas por juízes e tribunais federais, assim como as questões resolvidas pelo Tribunal Superior de Justiça Eleitoral e as decisões de última ou única instância das justiças locais e as de juízes federais, denegatórias de *hábeas corpus*. Aí temos a indicação de três novidades no constitucionalismo brasileiro: o recurso ordinário, que persiste até hoje; o mandado de segurança que foi criação desta Constituição (art. 113, n. 33) e o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral como órgão de cúpula da Justiça Eleitoral também inovação desta Constituição, que também aperfeiçoou o sistema de controle difuso de constitucionalidade por via da previsão do *recurso extraordinário*, nome que ela atribuiu ao recuso não nominado previsto no §1º do art.59 da Constituição de 1891, onde se previa de modo insuficiente e até um pouco confuso o controle difuso de constitucionalidade.

Deu também melhor estruturação aos juízes federais e respectiva competência, relativamente às causas de interesse da União como autora ou ré, assistente ou opoente, como hoje, e previu a criação de tribunais federais, "quando assim o exigirem os interesses da justiça". Não se indicou a área de possível competência desses tribunais. A lei que os criasse o definiria.

Importante novidade foi a criação da Justiça Eleitoral, como visto, com a competência privativa para o processo das eleições federais, estaduais e municipais, inclusive a eleição dos representantes das profissões, mas não para a eleição indireta do Presidente da República no caso de vacância do cargo nos últimos dois anos, conforme previsto no art. 52, §3º. A estrutura da Justiça Federal, prevista na Constituição de 1934, e sua competência mantiveram-se sem alteração nas Constituições posteriores, salvo o Tribunal Superior da Justiça Eleitoral (depois, Tribunal Superior Eleitoral- TSE); um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado, no então Território do Acre e no Distrito Federal; e juízes singulares nas sedes e com as atribuições que a lei dispusesse, além das juntas especiais eleitorais (arts. 82 e 83). Igualmente nova foi a estruturação de uma Justiça Militar (previsto no art. 77 da Constituição de 1891) para o julgamento dos militares e pessoas assemelhadas nos delitos militares, composta do Supremo Tribunal Militar (hoje, Superior Tribunal Militar) e dos tribunais e juízes inferiores criados por lei (arts. 84-87).

6. Coordenação dos Poderes – a posição do Senado Federal

17. Como dissemos antes, a Constituição de 1934 não adotou o bicameralismo igualitário como tem sido da tradição brasileira. Previu um Senado Federal composto de dois representante de cada Estado e do Distrito Federal, eleitos mediante sufrágio universal, igual e direto, para um mandato de oito anos, renovável pela metade a cada quatro anos conjuntamente com a eleição da Câmara dos Deputados. Vê-se, pois,que o Senado manteve aí sua condição de órgão representante dos Estados e Distrito Federal preservando aí, assim, o dogma do federalismo que consiste em ter um Senado representante dos Estados-membros, apesar de que, na configuração dada pela Constituição de 1934, essa representação não inclui sua participação no Poder Legislativo, embora também participasse da elaboração legislativa em caso especiais.

18. Reservaram-se, porém, ao Senado Federal, importantes atribuições. Uma análise bem acurada descobrirá que o Senado, nessa configuração, tinha efetivamente a sua caracterização de órgão da Federação. A ele incumbia promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura das leis. Era assim um guardião da Constituição.

19. Os arts. 90, 91 e 92 discriminavam as atribuições do Senado para o cumprimento dessas missões que o art. 89 lhe incumbiu. Vale a penas dar uma olhada nessas atribuições para se ver que aí o Senado não foi diminuído em nada. Ao contrário, deu-se-lhe campo próprio de atuação, de tal modo que se pode dizer que só aparentemente é que a Constituição de 1934 acolheu o unicameralismo no seu art. 22 que o Poder Legislativo cabe à Câmara dos Deputados, e pôs o Senado, ali, como simples colaborador nessa função.

I – *Como órgão de coordenação dos poderes*, podemos destacar as seguintes atribuições do Senado Federal, constantes dos arts. 90 e 92:

a) aprovar, mediante voto secreto, as nomeações de magistrados, nos casos previstos na Constituição; as dos Ministros do Tribunal de Contas, a do Procurador-Geral da República, bem como as designações dos Chefes de Missões diplomáticas no exterior;

b) autorizar a intervenção federal nos Estados, no caso do art. 12, n. III, e os empréstimos externos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) iniciar os projetos de lei, a que se refere o art. 41, § 3º;

d) suspender, exceto nos casos de intervenção decretada, a concentração de força federal nos Estados, quando as necessidades de ordem pública não a justifiquem.

e) velar na observância da Constituição, no que respeita às prerrogativas do Poder Legislativo;

f) providenciar sobre os vetos presidenciais, na forma do art. 45, § 3º;

g) deliberar, *ad referendum* da Câmara dos Deputados, sobre o processo e a prisão de Deputados e sobre a decretação do estado de sítio pelo Presidente da República;

h) autorizar este último a se ausentar para país estrangeiro;

i) deliberar sobre a nomeação de magistrados e funcionários, nos casos de competênciado Senado Federal;

j) convocar extraordinariamente a Câmara dos Deputados;

k) organizar, com a colaboração dos Conselhos Técnicos, ou dos planos dos Conselhos Gerais em que eles se agruparem, os planos de solução dos problemas nacionais;

II – *Como órgão colaborador na feitura das leis*, incumbe-lhe colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre:

a) estado de sítio;

b) sistema eleitoral e de representação;

c) organização judiciária federal;

d) tributos e tarifas;

e) mobilização, declaração de guerra, celebração de paz e passagem de forças estrangeiras pelo território nacional;

f) tratados e convenções com as nações estrangeiras;

g) comércio internacional e interestadual;

h) regime de portos; navegação de cabotagem e nos rios e lagos do domínio da União;

i) vias de comunicação interestadual;

j) sistema monetário e de medidas; banco de emissão;

k) socorros aos Estados;

l) matérias em que os Estados têm competência legislativa subsidiária ou complementar, nos termos do artigo 5º § 3º.

m) rever os projetos de código e de consolidação de leis, que devam ser aprovados em globo pela Câmara dos Deputados;

III – *Como guardião da Constituição e órgão da Federação*, podem ser indicadas as seguintes atribuições:

a) examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais;

b) propor ao Poder Executivo, mediante reclamação fundamentada dos interessados, a revogação de atos das autoridades administrativas, quando praticados contra a lei ou eivados de abuso de poder;

c) suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

7. Órgãos de cooperação nas atividades governamentais

20. Aqui temos muitas novidades. A primeira delas é a institucionalização do Ministério Público, organizado na União, no Distrito Federal nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais, dando-se aqui o primeiro passo para a unidade organizacional

do Ministério Público que se completou com a Constituição de 1988. A Constituição de 1891 não mencionava o Ministério Público. Os Promotores de Justiça, como no Império, eram nomeados a critério do chefe do Poder Executivo, e, como não havia, uma instituição estabelecida, também não havia chefes. Assim é que não havia um Procurador-Geral da República nem Procuradores-Gerais de Justiça nos Estados, embora houvesse a função, que, no âmbito federal, era exercida por um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1934 criou o cargo e estatuiu que o Chefe do Ministério Público federal seria o Procurador-Geral da República, de nomeação do Presidente da República e aprovação do Senado Federal, mas demissível *ad nutum*. Deu-se-lhe importante competência no campo da jurisdição constitucional, relativamente a outra novidade da Constituição, qual seja a de comunicar ao Senado Federal a declaração de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo de lei ou ato governamental para os fins do art. 91, IV, ou seja, para a suspensão da execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pela Corte Suprema. Os membros do Ministério Público passaram a ser nomeados mediante concurso com a garantia de estabilidade no cargo.

21. Outro órgão que foi incluído na categoria de cooperador nas atividades governamentais foi o Tribunal de Contas. Este sim fora instituído pela Constituição de 1891 (art. 89) para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso Nacional. A Constituição de 1934 o manteve com as atribuições ampliadas, para o fim de, diretamente ou por delegação organizada de acordo com a lei, acompanhar a execução orçamentária e julgar as contras dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, registrar os contratos que, por qualquer modo, interessasse à receita ou à despesa, sem o que não seriam reputados perfeitos, registrar previamente os atos de administração pública, de que resultasse obrigação e pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste, e ainda dar parecer prévio sobre as contas que o Presidente da República devia prestar anualmente à Câmara dos Deputados, e outras providências constantes dos art. 101 e 102..

22. Finalmente a inovação dos Conselhos Técnicos juntos de cada Ministério, coordenados, segundo a natureza dos seus trabalhos, em Conselhos Gerais, como órgãos consultivos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

8. Segurança nacional

23. O problema da *segurança nacional* se pôs no correr da década de trinta em face dos conflitos ideológico que agitaram o período. Daí por que a Constituição de 1934 já se posicionou sobre o tema, especialmente pela criação de um Conselho Superior de Segurança Nacional, a que se deu competência para estudar e coordenar todas as questões relativas à segurança nacional. Sob a presidência do Presidente da República, era integrado pelos Ministros de Estado, o Chefe do Estado-Maior do Exército e o Chefe do Estado-Maior da Armada (Marinha). Sua organização, funcionamento e competência seriam estabelecidos em lei. Estabeleceu-se que incumbiria ao Presidente da República a direção política da guerra, enquanto as operações militares seriam

da competência e responsabilidade do Comando em Chefe do Exército ou dos Exércitos em campanha e do das Forças Navais. Não havia ainda o Ministério da Aeronáutica. Determinou-se também que o estado de guerra implicaria a suspensão das garantias constitucionais que pudessem prejudicar direta ou indiretamente a segurança nacional.

9. Declaração de Direitos

24. A declaração de direitos foi prevista no Tít. III da Constituição com dois capítulos. O primeiro para os direitos políticos, incluindo nestes o direito à nacionalidade (art. 106) e os direitos eleitorais (arts. 108 e 109), destacando-se regras sobre a suspensão, perda e requisição dos direitos políticos, como no art. 71 da Constituição de 1891, e a novidade de um dispositivo sobre inelegibilidades (art. 112). O segundo cuidava dos direitos e garantias individuais. É importante observar que foi esta Constituição que constitucionalizou o voto feminino, quando no seu art. 108 declarou que são eleitores os brasileiros de um ou de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistassem na forma da lei. Ela só o constitucionalizou, porque já estava institucionalizado pelo Código Eleitoral de 1932, tanto que um mulher participou da Constituinte de 1933.

25. O art. 113 manteve, no essencial, os direitos individuais que eram previstos no art. 72 da Constituição de 1891, mas trouxe novidades importantes como a garantia da estabilidade dos direitos subjetivos, com a declaração que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, que se tornou regra no constitucionalismo brasileiro. Previu-se o direito de propriedade, que não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, forma inicial da regra da função social da propriedade. Importante regra de direito social constava do n. 32 do art. 113: o direito dos necessitados à assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos. Declarava-se também que a todos cabia o direito de prover à própria subsistência e à da sua família, mediante trabalho honesto, mas o poder público devia amparar, na forma da lei, os que estivessem em indigência.

O *mandado de segurança* é a mais expressiva ação constitucional que foi criada pela Constituição de 1934, com o seguinte enunciado (art. 113, n. 33):

"Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, *certo e incontestável* (que as Constituições posteriores transformaram em *direito líquido e certo*, menos controvertido), ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes".

Outra ação constitucional, criada pela Constituição de 1934, que perdura ampliada até hoje, é a *ação popular*, nos termos seguintes (art. 113, n. 38):

"Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios".

10. Ordem econômica

26. A Constituição de 1934, pelo visto, trouxe muitas e importantes novidades, mas o marco que lhe dá destaque é o de introduzir no ordenamento brasileiro o constitucionalismo social, pela institucionalização de um título (o IV) sobre a *ordem econômica e social*, sob influência da Constituição de Weimar, ainda que esta, àquela altura, já tivesse sido superada pelo nazismo.

27. Nos termos do art. 115, a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos existência digna, e aí se punha os limites dentro dos quais se garantia a liberdade econômica. Incumbia aos Poderes Públicos verificar, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País, o que denota que a ordem econômica se destinava a manter um bom padrão de vida da população. Para tanto e por motivo de interesse público, a União, autorizada em lei especial, poderia monopolizar determinada indústria e atividade econômica, assegurada prévia indenização.

28. Incumbia à lei promover o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito, assim como a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se, em sociedade brasileiras, as estrangeiras que então operavam no País, o que era um avanço e que, pode-se adivinhar, deve ter levado o empresariado a apoiar a ditadura que viria pouco mais de três anos depois. Proibia-se a usura, que seria punida na forma da lei. Constitucionalizava-se assim no parágrafo único do art. 117 a proibição da usura e sua punição: detenção de seis meses a um ano, constantes do Decreto, com valor de lei, n. 22.626, de 1933.

29. O art. 118 separava a propriedade das minas e demais riquezas do subsolo da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial, esse aproveitamento, assim como das águas e da energia hidráulica, mesmo quando fosse em propriedade privada, dependia de autorização ou de concessão federal, conferida só a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, mas era ressalvada ao proprietário do solo a preferência na exploração ou co-participação nos lucros. Assim mesmo se previa a possibilidade de a lei regular a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País.

11. Ordem social e direito dos trabalhadores

30. Os sindicatos e as associações profissionais foram reconhecidos de conformidade com a lei, e aqueles tiveram reconhecida sua completa autonomia dentro do regime de pluralidade sindical.

31. Igualmente se estabeleceram regras de amparo à produção e às condições de trabalho, na cidade e no campo, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. Pela primeira vez foram fixados os preceitos a serem observados pela legislação do trabalho, quais sejam:

a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;

c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;

d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;

e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos;

f) férias anuais remuneradas;

g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

i) regulamentação do exercício de todas as profissões;

j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

Para os fins desses direitos, não haveria distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos. Por isso, o art. 123 dispôs que os que exerciam profissões liberais, seriam equiparados aos trabalhadores, para todos os efeitos das garantias e dos benefícios da legislação social. Mas o trabalho agrícola ficou de fora desses benefícios, porque foi deixado para regulamentação especial, em que se atenderia, quanto possível, àquelas disposições. Também se objetivava fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas.

32. Dispôs-se sobre os serviços de amparo à maternidade e à infância, e os serviços referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como à fiscalização e à orientação respectivas, que seriam de preferência incumbidos a mulheres habilitadas. Outro dispositivo (art. 141) dava maior eficácia a esse direito, declarando obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinariam um por cento das respectivas rendas tributárias. Outro (art. 138) ampliava a área do amparo, para além do amparo à maternidade e à infância, incumbindo à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;

b) estimular a educação eugênica;

c) socorrer as famílias de prole numerosa;

d) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;

e) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;

f) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

33. O § 6º do art. 21 trazia uma regra discriminatória a estatuía que a entrada de imigrantes no território nacional sofreria as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinqüenta anos, e § 7º do mesmo artigo vedava a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização e assimilação do alienígena.

34. Foi entre as normas da ordem social que se previu a contribuição de melhoria incidente sobre a valorização do imóvel por motivo de obras públicas (art. 124). É tema que deveria estar em outro lugar, ou seja, entre as regras da tributação (arts. 6º a 8º). Também em matéria tributária se estabeleceu que ficariam sujeitas a imposto progressivo as transmissões de bens por herança ou legado (art. 128).

35. Em seguida, vêm diversas disposições sobre a propriedade rural ou urbano. A primeira institui o chamado usucapião *pro labore* que consiste na aquisição, mediante sentença declaratória devidamente transcrita, da propriedade rural ou urbana, por brasileiro que ocupar um trecho de terra até dez hectares, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio (art. 125). A segunda é a redução de cinqüenta por cento dos impostos que recaíssem sobre imóvel rural, instituído em bem de família, de área não superior a cinquenta hectares e de valor até dez contos de réis (digamos, em valores de hoje, até dez mil reais). A terceira era que nenhuma concessão de terras de superfície superior a dez mil hectares seria feita sem que, para cada caso, precedesse autorização do Senado Federal (art. 130). A quarta estabelecia o *indigenato*,[6] ou seja, determinava o respeito à posse de terras pelos silvícolas que nelas se achassem permanentemente localizados, mas lhes vedava aliená-las, até porque não poderiam mesmo aliená-las já que só dispunham da posse e porque sobre essas terras pesava o domínio da União.

36. Depois disso, vêm ainda diversas disposições sobre vedações ou restrições à certos tipos de propriedade. A primeira consistia na vedação da propriedade de empresas jornalísticas, políticas ou noticiosas a sociedades anônimas por ações ao portador e a estrangeiros. Estes e as pessoas jurídicas não podiam ser acionistas das sociedades anônimas proprietárias de tais empresas. A responsabilidade principal e de orientação intelectual ou administrativa da imprensa política ou noticiosa só por brasileiros natos podia ser exercida. A lei orgânica de imprensa estabeleceria regras relativas ao trabalho dos redatores, operários e demais empregados, assegurando-lhes estabilidade, férias e aposentadoria. A segunda o estabelecimento de que só brasileiros natos poderiam ser proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais,

[6] *Cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 31ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 853s.*

bem como os tripulantes na proporção de dois terços pelo menos, reservando-se também a estes a praticagem das barras, portos, rio e lagos. A terceira é que a vocação para suceder em bens de estrangeiros existentes no Brasil seria regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos seus filhos, sempre que não lhes fosse mais favorável o estatuto do de *cujus*; esse, como se sabe, é uma questão de direito internacional privado que hoje está regulado, no mesmo sentido, pelo art. 10, §1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

37. Os arts. 135 e 136 traziam regras nacionalistas. O primeiro declarando que a lei determinasse a percentagem de empregados brasileiros que devessem ser mantidos obrigatoriamente nos serviços públicos dados em concessão, e nos estabelecimentos de determinados ramos de comércio e indústria. O segundo determinando que as empresas concessionárias ou os contratantes, sob qualquer título, de serviços públicos federais, estaduais ou municipais, deveriam: a) constituir as suas administrações com maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil, ou delegar poderes de gerência exclusivamente a brasileiros; b) conferir, quando estrangeiros, poderes de representação a brasileiros em maioria, com faculdade de substabelecimento exclusivamente a nacionais.

38. Seguiam-se disposições sobre fiscalização e revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedessem à justa retribuição do capital, que lhes permitisse atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços. E, finalmente, no esforço de combater o analfabetismo elevado do País, o art. 139 determinava que toda empresa industrial ou agrícola, fora dos centros escolares, e onde trabalhassem mais de cinqüenta pessoas, perfazendo estas e os seus filhos, pelo menos, dez analfabetos, era obrigada a lhes proporcionar ensino primário gratuito.

39. Uma conclusão poderia ser tirada se comparasse o sistema da ordem econômica e social da Constituição de 1934 com a da Constituição de 1988. Não é o caso de fazer aqui esse exercício comparativo, mas se o fizesse talvez se chegasse à conclusão de que a Constituição de 1934 parecer ser mais avançada no que tange ao controle estatal da ordem econômica. No que tange, porém, à ordem social a Constituição de 1988 é superiormente mais progressista do que a de 1934.

12. Família, Educação e Cultura

40. Esta matéria constitui o conteúdo do Título V com dois capítulos, um para a família e outro para a educação e cultura. Aqui só trataremos do tema família. À educação e à cultura dedicaremos o tópico seguinte (n. 13).

41. A família, sob a proteção especial do Estado, só se constituía pelo casamento indissolúvel, porque, então, não havia divórcio, mas apenas o desquite que não rompia o vínculo matrimonial. Exigia-se, porém, de conformidade com regulamentação da lei, prova de sanidade física e mental dos nubentes, tendo em atenção as condições regionais do País, exigência certamente inusitada.

42. Regras que perduraram nas Constituição posteriores foi a de que o casamento será civil e gratuita a sua celebração e a outorga de efeitos civis a casamento religioso: "O casamento perante ministro de qualquer profissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento". Tudo isso ficou bem mais simples depois. A Constituição de 1988, p. ex., só diz que o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei (art. 226, §2º). Facilitava-se também o reconhecimento de filhos naturais, isentando de imposto de selo ou emolumentos. Filho natural era apenas o filho da pai solteiro. O filho, fora do casamento, era tido como adúltero e não poderia ser reconhecido pelo pai.

13. Educação e cultura

43. Pouca coisa sobre a cultura. Só o disposto no art. 148, segundo o qual cabia à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual. Era pouco, mas era um extraordinário avanço, porque nada existia antes, e era mais do que as Constituições posteriores, exceto a de 1937, como veremos, e a de 1988 que deu bastante atenção à cultura e aos direitos culturais.

44. Já, em relação à educação, a Constituição de 1934 foi bastante avançada. Definiu pela primeira vez o direito de todos à educação que devia ser ministrada pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no Brasil, de modo a possibilitar eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolver num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana. Dava competência à União para:

a) fixar o plano nacional de educação, compreensivo do ensino de todos os graus e ramos, comuns e especializados; e coordenar e fiscalizar a sua execução, em todo o território do País;

b) determinar as condições de reconhecimento oficial dos estabelecimentos de ensino secundário e complementar deste e dos institutos de ensino superior, exercendo sobre eles a necessária fiscalização;

c) organizar e manter, nos Territórios, sistemas educativos apropriados aos mesmos;

d) manter no Distrito Federal ensino secundário e complementar deste, superior e universitário;

e) exercer ação supletiva, onde se faça necessária, por deficiência de iniciativa ou de recursos e estimular a obra educativa em todo o País, por meio de estudos, inquéritos, demonstrações e subvenções.

Parágrafo único – O plano nacional de educação constante de lei federal, nos termos dos arts. 5º, n. XIV, e 39, n. 8, letras a e e, só se poderá renovar em prazos determinados, e obedecerá às seguintes normas:

a) ensino primário integral gratuito e de freqüência obrigatória extensivo aos adultos;

b) tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível;

c) liberdade de ensino em todos os graus e ramos, observadas as prescrições da legislação federal e da estadual;

d) ensino, nos estabelecimentos particulares, ministrado no idioma pátrio, salvo o de línguas estrangeiras;

e) limitação da matrícula à capacidade didática do estabelecimento e seleção por meio de provas de inteligência e aproveitamento, ou por processos objetivos apropriados à finalidade do curso;

f) reconhecimento dos estabelecimentos particulares de ensino somente quando assegurarem. a seus professores a estabilidade, enquanto bem servirem, e uma remuneração condigna.

Aos Estados e ao Distrito Federal competia organizar e manter sistemas educativos nos territórios respectivos, respeitadas as diretrizes estabelecidas pela União.

45. Da Constituição de 1934 é que veio o Conselho Nacional de Educação com a competência para elaborar o plano nacional de educação que aprovado pelo Poder Legislativo, e para sugerir ao Governo as medidas que julgasse necessárias para a melhor solução dos problemas educativos, bem como a distribuição adequada dos fundos especiais. Reconhecia, também, a Estados e ao Distrito Federal, nos termos das leis respectivas e para o exercício da sua competência na matéria, a faculdade de estabelecer Conselhos de Educação com funções similares às do Conselho Nacional de Educação, assim a possibilidade de criar e manter departamentos autônomos de administração do ensino, de onde as secretaria estaduais de educação.

46. Admitia-se o ensino religioso com freqüência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno manifestada pelos pais ou responsáveis, o qual constituía matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais.

47. Os cargos do magistério oficial seriam providos mediante concurso de títulos e de provas, vedada sua dispensa, mas poderiam ser contratados, por tempo certo, professores de nomeada, nacionais e estrangeiros. "Aos professores nomeados por concurso para os institutos oficiais cabem as garantias de vitaliciedade e de inamovibilidade nos cargos, sem prejuízo do disposto no título VII. Em casos de extinção da cadeira, será o professor aproveitado na regência de outra, em que se mostre habilitado". Assim se estabelecia, por via constitucional, o sistema de cátedras vitalícias, cuja liberdade também se garantia. Esse sistema foi extinto no final da década de sessenta.

48. Importante disposição da Constituição de 1934, mantida nas Constituições posteriores, foi a de dispor sobre o financiamento do ensino mediante a destinação de certa percentagem de impostos. O art. 156 é que estabeleceu a regra, determinando que a União e os Municípios aplicariam nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal nunca mentos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos. Daquela percentagem da União, ela deveria reservar, no mínimo, vinte por cento para a realização do ensino nas zonas rurais. Ainda assim, a União, os Estados e o Distrito Federal deviam reservar uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação.

14. Conclusão

49. A Constituição de 1934 é um importante documento tais foram as inovações que ela importou para o constitucionalismo brasileiro, só superado pela Constituição de 1988. Pode-se dizer que o constitucionalismo brasileiro, do ponto de vista do conteúdo constitucional, se divide entre antes e depois da Constituição de 1934. Pena que sua pequena duração, pouco mais de três anos, não tenha possibilitado por em prática suas inovações, especialmente o seu bicameralismo inigualitário ou seu unicameralismo imperfeito. O certo, no entanto, é que ela abriu caminho para o acolhimento de diversas instituições constitucionais, especialmente as instituições da ordem econômica e social, incluindo aqui os princípios sobre a família, a educação e a cultura.

49. O melancólico término da Constituição de 1934 teve suas razões expressas por Afonso Arinos de Melo Franco, cujas palavras merecem ser transcritas aqui, ainda que um pouco extensas:

"O agravamento das condições políticas do País, principalmente com a aproximação da sucessão presidencial, tornou precária a existência da Constituição de 1934. O ditador, eleito presidente pelo voto da Assembléia Constituinte, não se conformava com a idéia de abandonar o poder. O levante comunista de 1935, com os seus aspectos boçais de traição e crueldade, veio facilitar o jogo dos que estimulavam a divisão dos extremistas, para facilitar o golpe caudilhista. Para isto contribuiu o levante integralista de 1936. Premida, de um lado, pelo medo e, do outro, por interesses políticos subalternos, a maioria da Câmara e do Senado aprovou as emendas suicidas de 18 de dezembro de 1935, ainda no rescaldo da fogueira da intentona vermelha. A primeira instituía o estado de guerra, figura jurídica obscura, sorte de agravação do estado de sítio, com a provável implantação da pena de morte fora do único caso previsto na Constituição, que era o de guerra externa. A segunda e a terceira retiravam, respectivamente, as garantias dos servidores civis e militares, formalmente no empenho de defender a ordem, mas praticamente deixando todos à mercê das interpretações do presidente. Era fatal a marcha para o 10 de novembro. O ambiente nacional propiciava a aventura, e o internacional não a dificultava".[7]

[7] *Cf. Curso de Direito Constitucional Brasileiro, v. II: Formação Constitucional do Brasil, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 200 e 201.*

A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, DE 1937

José Afonso da Silva

1. Introdução – 2. O Estado Novo – 3. A Carta de 1937 – 4. Eclipse do ideal federativo na Carta de 1937 – 5. Organização dos Poderes – 6. Nacionalidade e cidadania – 7. Direitos e garantias individuais – 8. A família – 9. Educação e cultura – 10. Ordem econômica – 11. Segurança nacional e estado de emergência – 12. Conclusão

1. Introdução

1. A palavra "constituição" é, em si mesma, rica de conteúdo ético-valorativo, portadora de sentido e valores democráticos. Ora, não é constituição, como repositório dos valores políticos de um povo, documento que não provenha do funda da consciência popular, fecundadora de uma autêntica ordem jurídica nacional. Por isso, o nome de "Constituição dos Estados Unidos do Brasil", dado ao documento ditatorial de 1937, não exprime o seu correto sentido, daí por que o certo será chamá-la de *Carta Ditatorial* ou, no máximo, por *Carta Constitucional*. Ainda assim não faltou quem a elogiasse, como é o caso de Araújo Castro:

"A Constituição de 1937 afasta-se, em certos pontos, das Constituições de 1891 e 1934, estabelecendo normas que se nos afiguram da mais alta relevância para a vida política do País, tais como a instituição de um Parlamento pouco numeroso, a eleição indireta para o provimento do cargo de Presidente da República, a criação do Conselho da Economia Nacional, como órgão consultivo do Legislativo e da Administração Pública, e a adoção de uma só justiça para o julgamento de todas as causas".[1]

2. Araújo Castro escreveu seu livro logo que a Carta de 1937 foi editada. Seu Prefácio é de abril de 1938, apenas seis meses após a expedição da Carta por Getúlio Vargas.Se tivesse esperado um pouco mais teria percebido que nada daquilo que ele julgou importante valeu, porque não foi posto em prática. De sorte que é preciso distinguir bem as formas da Carta e o regime político posto em prática de 11.11. 1937 (dada da expedição da Carta) a 29.10.1945 (dada da queda do ditador). Vale dizer, a Carta não retrata a realidade subjacente. A esse respeito, tenha-se em mente o que disse Miguel Reale, conforme indicação de Inocêncio Mártires Coelho: "incidiria em lamentável equívoco quem pretendesse estudar o Estado Novo à luz dessa constituição, não só porque aquele regime foi um na letra da constituição e outro na realidade constitucional, mas também porque algumas das suas normas de menor hierarquia – como a organização do DASP e a que instituiu o Estatuto dos Estados – pelos reflexos que tiveram na vida nacional, foram muito mais importantes para consolidar aquele governo autoritário do que o documento formal da sua proclamação".[2]

---

[1] Cf. A Constituição de 1937, Edição Fac-Similar, Brasília, Senado Federal, 2003, p. V. Sobre a Carta de 1937, cf. também Waldemar Martins Ferreira, História do Direito Constitucional Brasileiro, Edição Fac-Similar da Ed. de 1954, Brasília, Senado Federal, 2003, pp. 100s.

[2] Cf. Direito Natural/Direito Positivo, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 90, apud Inocêncio Mártires Coelho, Prefácio à Eidção Fac-Similar da obra citada de Araújo Castro.

2. O Estado Novo.

3. Vimos que o período iniciado com a Revolução de 1930 foi muito conflitivo. Grupos, partidos, clubes disputavam o poder e serviram de pretexto para o golpe de estado, conforme se vê destas palavras de Getúlio Vargas, na proclamação ao povo, para justificá-lo: " Por outro lado, as novas formações partidárias, surgidas em todo o mundo, por sua própria natureza refratárias aos processos democráticos, oferecem perigo imediato para as instituições, exigindo, de maneira urgente e proporcional à virulência dos antagonismos, o reforço do poder central."

4. E assim se implantou o regime ditatorial, conhecido por Estado Novo, mas que recebeu outras denominações características, como: Democracia Autoritária, Ordem Nova, Estado Ético, Estado Nacional, que se institucionalizou pela dita *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* de 10.11.1937.

3. A Carta de 1937

5. Essa *Carta Constitucional* do Estado Novo passou a ser conhecida por polaca, porque calcada na Constituição polonesa de Pilsudsky, que acabaria entregando a Polônia a Hitler em 1939. Foram suas principais preocupações: fortalecer o Poder Executivo, atribuindo-lhe possibilidade de intervenção mais direta na formação das leis; instituir mecanismos visando a eliminar as causas determinantes das lutas e dissídios de partidos, reformando o processo representativo, não somente na eleição do Parlamento, como principalmente em matéria de sucessão presidencial, que seria por via indireta; conferir ao Estado a função do orientador e coordenador da economia nacional, declarando, entretanto, ser predominante o papel da iniciativa individual, etc. Contudo, ela não teve aplicação regular. Não fora submetida ao referendo popular (via plebiscito) conforme previa seu art. 187. Por conseguinte, não se realizaram também as eleições ao Parlamento Nacional que seriam marcadas depois da realização do dito plebiscito (art. 78). Vale dizer, houve ditadura pura e simples, com todo os poderes executivo e legislativo concentrados nas mãos do Presidente da República. Liquidou-se também o federalismo. A Carta de 1937 sofreu vinte uma emendas por meio de *leis constitucionais*, que a alteravam ao sabor das necessidades e conveniências do momento e, não raro, até do capricho do ditador, que foi deposto no dia 29.10.1945, quando já se desenvolvia o processo eleitoral constituinte para a reconstitucionalização do País.

4. Eclipse do ideal federativo na Carta de 1937

6. Não cabe, aqui, pesquisa mais profunda sobre a crise constitucional da década de 30, que desembocou na ditadura Vargas. O certo é que o federalismo brasileiro também entrou em crise, e foi, de fato, suprimido da organização do Estado Novo, inaugurado com a Carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas. Marchávamos para o Estado social intervencionista que postula fortalecimento do poder central, e, pois, nova concepção do federalismo. Não se tratava, agora, de simples luta entre os aspectos contraditórios de disjunção-integração. Tornava-se imperioso meditar sobre as novas tarefas do Estado contemporâneo, para assentar-se em

bases sociológicas os novos princípios constitucionais do princípio federativo. O abandono do Estado liberal burguês impunha também a superação do federalismo clássico que constituía uma de suas facetas, no mecanismo de enfraquecimento do poder, em consonância com a teoria política de Montesquieu.

7. Mas o regime de 37, de fato, revogou pura e simplesmente o federalismo brasileiro, embora, de direito e formalmente, a respectiva Carta constitucional o reconhecesse, no art. 3º, ao declarar: "O Brasil é um *Estado Federal*, constituído pela *união* indissolúvel dos *Estados, do Distrito Federal e dos Territórios*". Mas, no art. 4º, já insinuava uma manifestação do unitarismo, quando estipulava que o território federal compreende os territórios dos Estados e os diretamente administrados pela União, podendo acrescer com novos territórios. Firmava-se aí a unidade territorial, aliás existente em qualquer federação, mas, na Carta de 37, essa declaração assumia importância relevante, em confronto com outras idéias e normas de caráter unitário, como aquelas constantes do art. 2º, proibitiva de outras bandeiras e armas. Foi mesmo característica marcante da Carta de 37 e centralismo de poder, quer vertical como horizontal. Se assim era em teoria e nos conceitos constitucionais, na prática tornou-se ainda mais intensa essa característica através da política ditatorial e interventorista, decorrente do Decreto-lei, n.1202, de 8 de abril de 1939, que eliminou, de vez, a autonomia das comunidades regionais.

8. Outra manifestação do desrespeito à autonomia dos Estados, acha-se na norma do art. 6º, onde se permitia à União criar, no interesse da defesa nacional, *com partes desmembradas dos Estados*, territórios federais, cuja administração seria regulada em lei especial. Com base nessa autorização, vieram os decretos-leis n. 4.102, de 9-2-1942, criando o Território Federal de Fernando de Noronha, e n. 5.812, de 13-9-1943, constituindo os Territórios do Amapá, do Rio Branco, do Guaporé, de Ponta Porá e do Iguçu, dentre os quais somente o de Fernando de Noronha caracterizava a exigência do interesse da defesa nacional. E o parágrafo único do art. 8º ainda consignava que o Estado que, por três anos consecutivos, não arrecadasse receita suficiente à manutenção dos seus serviços, seria transformado em território até o restabelecimento de sua capacidade financeira.

9. É de reconhecer, contudo, que, formalmente ao menos, o sistema de partilha das competências era melhor do que as Constituições anteriores. Enumerou-se as competências da União arts. 15 e 16, permitindo delegação de competência exclusiva da União aos Estados-membros, bem como a possibilidade de legislação estadual "no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais", ou, em não havendo lei federal, sobre as matérias previstas no art. 18. Manteve-se, por outro lado, a técnica de discriminação exaustiva das rendas tributárias, conferindo fontes próprias à União (art. 20), aos Estados-membros (art. 23) e Municípios (art. 28), conciliada com o sistema de atribuição de cotas em tributos de outra entidade. As normas de vedações completavam o regime discriminatório dos poderes entre as entidades federativas. Os Municípios tiveram suas autonomias fortalecidas, formalmente, apenas, pois, como os Estados, eram administrados por interventores.

5. Organização dos Poderes

10. Essa Carta não se preocupou com o princípio da divisão de poderes em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Previu um Poder Legislativo que seria exercido pelo Parlamento Nacional, com a colaboração do Conselho de Economia Nacional e do Presidente da República, e também um Poder Judiciário, mas não falou em Poder Executivo

de que o Presidente da República seria o Chefe. Não, previu o Presidente da República, concebido como autoridade suprema do Estado, a que cabia coordenar a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirigir a política interna e externa, promover ou orientar a política legislativa de interesse nacional, e superintender a administração do País e mais um enorme rol de atribuições. Era, como se nota, a autoridade dominante. Seria eleito por um colégio eleitoral, composto de vinte e cinco eleitores designados pelas Câmaras Municipais, cinqüenta eleitores, designados pelo Conselho da Economia Nacional, que era um órgão corporativo, que, entre sua composição, incluía quinze membros nomeados pelo próprio Presidente da República; vinte e cinco eleitores, designados pela Câmara dos Deputados e vinte e cinco designados pelo Conselho Federal (Senado). É de notar que ele nomeava dez dos membros do Conselho Federal; os outros eram eleitos pelas Assembléias estaduais.O mandato do Presidente era previsto para seis anos. Se isso houvesse sido aplicado, revelaria o enorme poder que tinha o Presidente da República no sistema, mas nada disso foi aplicado. Instaurou pura e simples um Governo ditatorial, sob a direção do Presidente da República, porque este não cumpriu o disposto no 187 da sua Carta Constitucional que determinava que ela fosse submetida plebiscito nacional na forma regulada em decreto pelo Presidente da República, e por isso também não se realizaram as eleições ao Parlamento Nacional que seriam marcadas depois do dito plebiscito (art. 178).

11. O dito Parlamento Nacional, nome inadequado, porque o sistema de governo não era parlamentarista. Era aparentemente presidencialista. Não diremos que era presidencialista, porque este sistema de governo, como o parlamentarismo, só se caracteriza por um regime de governo formado por eleições livres, em que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário funcionem com as garantias de independência reconhecidas por uma Constituição proveniente da atuação livre do poder constituinte originário. Não sendo assim, o chefe de governo de uma ditadura é simplesmente o ditador. Não cabe dar a um tal regime a qualificação de presidencialista ou de parlamentarista. O mencionado Parlamento Nacional, que nunca foi instituído e, portanto, nunca funcionou, segundo o art. 38, § 1º, se constituiria de duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal. Aquela seria composta de representantes do povo que, no entanto, seriam eleitos indiretamente pelos Vereadores à Câmaras Municipais e, em cada Município, mais dez cidadãos eleitos por sufrágio direto no mesmo ato da eleição da Câmara. O tal Conselho Federal se comporia de representantes dos Estados, sendo um por Estado eleito indiretamente por sua Assembléia Legislativa, mas o Governador do Estado teria o direito de vetar o nome por ela escolhido. Além desses representantes, o Presidente da República poderia nomear dez membros do Conselho.

É inútil dizer algo sobre suas reuniões e seu funcionamento que nunca aconteceram, como também é despiciendo falar das prerrogativas, impedimentos e incompatibilidade de seus membros que também nunca existiram.

12. O Presidente da República era declarado autoridade suprema do Estado e tinha como função:

a) coordenar a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, ou seja, Câmara dos Deputados e Conselho Federal;

b) dirigir a política interna e externa;

c) promover ou orientar a política legislativa de interesse nacional;

d) e superintender a administração do País.

Daí se vê que, mesmo que a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal tivessem sido instituídos e postos em funcionamento, assim mesmo seriam dominados pelos poder autoritário do Presidente da República, que além dessas funções específicas ainda dispunha de competência privativa e prerrogativas amplamente enumeradas no art. 74, incluindo a prerrogativa de indicar um dos candidatos à Presidência da República, de dissolver a Câmara dos Deputados, de adiar e prorrogar a convocação do Parlamento.

Também o Presidente da República era eleito indiretamente por um Colégio Eleitoral composto: de eleitores designados pelas Câmaras Municipais em número proporcionais à população do respectivo Estado; de cinqüenta eleitores designados pelo Conselho de Economia; e de vinte e cinco eleitores designados pela Câmara dos Deputados e vinte e cinco designados pelo Conselho Federal.

Os Ministros de Estado, ao modo do presidencialismo, eram auxiliares do Presidente da República, agentes de sua confiança que subscreviam seus atos, não eram, portanto, responsáveis perante o Parlamento, tal como também se previa na Constituição de 1891 (art. 52), ao contrário do que ocorre no parlamentarismo, daí por que o nome de Parlamento na Carta de 1937, neste contexto, não tem cabimento nem sentido; nem respondiam perante os tribunais pelos conselhos dados ao Presidente da República. Vale dizer, portanto, que eles estavam imunes da prática de crimes nessa situação, ainda que os conselhos induzissem o Presidente ao crime. No entanto, a Carta não estabeleceu as atribuições dos Ministros

13. O Poder Judiciário compreendia o *Supremo Tribunal Federal* (retomando assim o nome tradicional do órgão), os *juízes e tribunais dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios* e os *juízes e tribunais militares*. Veja que não se incluiu aí os juízes e tribunais eleitorais e nem deles se tratou em lugar algum da Carta de 37. É curioso, porque o mesmo Presidente da República que, por ato próprio e discricionários, criou a Justiça Eleitoral pelo Código Eleitoral de 1932, não a tenha incluído em sua "Constituição". Mas isso tinha sua razão de ser, qual seja a de que, sendo todos os tipos de eleição por sufrágio indireto por um colégio eleitoral formado por Câmaras Municipais e alguns cidadãos, não havia necessidade de uma justiça especializada para presidir e apurar as eleições. Não se contemplou igualmente os *juízes e tribunais federais,* o que significa que foram suprimidos da estrutura judiciária federal, e, de fato, as causas de interesse da União passaram a ser processadas e julgadas por juízes de direito da justiça estadual, os chamados Juízos da Fazenda Nacional, com recursos para o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, no regime da Constituição de 1946, com recursos para o Tribunal Federal de Recursos (arts. 103 a 105).

Outorgavam-se aos magistrados, como na Constituição de 1934, mas com as restrições expressas na "Constituição", as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Deu-se, porém, destaque à justiça estadual, prevendo os juízes e tribunais dos Estados entre os órgãos do Poder Judiciário, no art. 90, daí se entender que ela tenha concebido a jurisdição

como sendo apenas nacional. Reservaram-se à justiça dos Estados diversos dispositivos (arts. 103 a 110), onde se exigiu concurso para o provimento dos cargos de juiz de direito de primeiro grau e investidura nos graus superiores mediante promoção por antiguidade de classe e por merecimento, quer dizer, aí se previu a carreira da magistratura estadual, só estadual, porque não mais havia juízes e tribunais federais; por isso, o art. 107 pode dispor que, excetuadas as causas de competência do Supremo Tribunal Federal, todas as demais seria de competência da justiça dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios. Foi também daí que veio a regra de vencimentos vinculadas em escalonamento fundado nos vencimentos dos Desembargadores que, por sua vez, não poderia ser inferiores aos vencimentos dos Secretários de Estado. Regra essa reproduzida nas Constituições posteriores. Outra regra da Carta de 37 que perdura, *mutatis mutandis*, é a de que, na composição dos tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogados ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibadas.

Aqui entre as normas gerais relativas ao Poder Judiciário é que a Carta de 37 introduziu uma regra que se incorporou no sistema constitucional, qual seja a de que os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, em virtude de sentença judiciária, deverão ser feitos na ordem em que forem apresentados os precatórios e à conta dos créditos respectivos, vedada a designação de casos ou pessoas nas verbas orçamentárias ou créditos destinados àquele fim; e tais créditos serão consignados ao Poder Judiciário, a cujo chefe cabe expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor preterido em seu direito de precedência, autorizar o seqüestro da quantia necessária para satisfazê-lo.

14. O Supremo Tribunal Federal foi previsto nos mesmo termos em que a Constituição de 34 previa a Corte Suprema: com onze Ministros nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, não devendo ter menos de trinta e cinco anos, nem mais do cinqüenta e oito anos de idade. Como o Conselho Federal nunca foi eleito, o Presidente ditador nomeava os membros do Supremo sem nenhuma restrição, mas é justo reconhecer que os homens que ele nomeou para o Supremo preenchiam, no geral, aqueles requisitos.Todos os vinte e um Ministros que ele nomeou eram nomes de estatura moral e intelectual da melhor qualidade, quais sejam: , **Annibal Freire** da Fonseca, **Armando de Alencar**, **Ataulpho** Napoles **de Paiva**, **Carlos Maximiliano** Pereira dos Santos, **Eduardo Espinola**, Francisco Tavares da **Cunha Mello**, Frederico de **Barros Barreto**, João Martins de **Carvalho Mourão**, José de **Castro Nunes**, **José Linhares**, José **Philadelpho** de Barros **e Azevedo**, **Laudo** Ferreira **de Camargo**, Manoel da **Costa Manso**, **Mario Guimarães**, **Nelson Hungria** Hoffbauer, **Octavio Kelly**, **Orozimbo Nonato** da Silva, **Plínio** de Castro **Casado**, **Waldemar** Cromwell do Rego **Falcão** e **Washington** Osório **de Oliveira**. Alguns deles foram figuras de grande destaque no meio jurídico e foram de grande projeção como Ministros, tais, p. ex., Carlos Maximiliano, Eduardo Espínola, Castro Nunes, Philadelfo Azevedo, Laudo de Camargo, Costa Manso Mário Guimarães, Nelson Hungria, Orozimbo Nonato.

A competência do Supremo Tribunal Federal pouco diferia da competência da Corte Suprema do sistema de 34. Mas retirou dela a competência originária para processar e julgar o Presidente da República nos crimes comuns. Na verdade, em lugar algum a Carta de 37

previu competência para o processo e julgamento do Presidente nos crimes comuns. Dir-se-á que, então, caberia à justiça de primeira instância essa competência, mas isso contrariaria as prerrogativas do cargo. O mais certo é que, como autor da própria Carta, o Presidente ditador se sentiu imune a tais processos e julgamento. Na verdade, o Supremo, nesse regime, não tinha competência para julgar qualquer ato do ditador.

15. A *jurisdição constitucional* continuou prevista expressamente (art. 96), segundo o método difuso, com melhores enunciados para o *recurso extraordinário* que é peça fundamental no âmbito da jurisdição constitucional difusa, porque é o meio pelo qual se elevam as questões de constitucionalidade ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal (art. 101, III), mas não se deu ao Conselho Federal a competência que era prevista para o Senado Federal na Constituição de 34, paras suspender no todo ou em parte as leis declarada inconstitucionais, em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal. Mas foi também prevista uma limitação, conforme o disposto no parágrafo único do art. 96. Este, no seu caput, manteve a regra de que só por maioria absoluta de voto da totalidade de seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República. Regra que perdurou nas Constituições posteriores. Mas o parágrafo único do artigo acrescentou:

"No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal". Como o Parlamento nunca foi eleito, a sua função, nos termos do art. 180 da Carta, era da competência do próprio Presidente. Quer dizer, ele poderia, por conta própria, tornar sem efeito a decisão do Tribunal que declarasse a inconstitucionalidade da lei. Mas é justo reconhecer que o Presidente não abusou desta prerrogativa. Ao que me consta ele só a usou uma vez.

6. Nacionalidade e cidadania

16. A Carta de 37 não tinha um título para a declaração de direitos. Aliás, sua matéria não era organizada nem em livros, nem em partes, nem em títulos, nem em capítulos ou seções. Tecnicamente ela era muito mal feita. A matéria foi distribuída em rubricas. Mas ela dispunha de uma declaração de direitos, sem uma rubrica explícita. Tratou da *nacionalidade e da cidadania* nos arts. 115 a 121, e dos *direitos e garantias individuais* nos arts. 122, com dezessete itens, alguns deles especificados em alíneas.

17. O regime constitucional da nacionalidade e dos direitos políticos na Carta de 1937 é idêntico ao que dispunha a Constituição de 1934, menos as regras sobre inelegibilidade. Declara simplesmente que são inelegíveis os inalistáveis, salvo os oficiais em serviço ativo das forças armadas, os quais, embora inalistáveis, são elegíveis (art. 121). Não exigia condição alguma de elegibilidade para os membros da Câmara dos Deputados, por isso, Araújo Castro entendia que o candidato nada mais precisava possuir do que as condições necessárias para poder ser alistado eleitor. [3] Significa que, bastava ser alistado eleitor, para ter as condições de elegibilidade. Como a Câmara dos Deputados nunca existiu, tudo isso cai num vazio aterrador.

[3] *Cf. ob. cit., p. 262.*

7. Direitos e garantias individuais

18. Os *direitos e garantias individuais* vinham arrolados no art. 122 da Carta, cujo caput repetia os termos das Constituições de 1891 e 1934, ou seja, "A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residente no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:..." A Constituição de 1946, contudo, inovou na forma do enunciado e no acréscimo do direito à vida, ou seja: "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país *a inviolabilidade dos direitos concernente à vida*, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes..."(art. 141). A Constituição de 1988, começou com o direito de igualdade: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes..." Dá, assim, primazia à igualdade.

19. No entanto, as garantias asseguradas no *caput* do art. 122, ficaram sujeitas a regras de restrições estabelecidas especialmente para o direito de liberdade, condicionado, não raros, ao disposto em lei. Assim é que a inviolabilidade do domicílio e da correspondência que, nas Constituições anteriores, incluindo a do Império, era estabelecida com precisão e já com as restrições possíveis expressas; na Carta, ficam dependendo de exceções expressas em lei, quando houvesse, porque, por exemplo, a inviolabilidade da correspondência não comportava restrição (Constituição de 1934, art. 113, n. 8). No que tange ao domicílio, as Constituições anteriores diziam: "A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos em lei". A Carta de 1937: "A inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei" (art. 122, 6).

20. A *pena de morte* só era admitida pelas Constituições de 1891 e 1934 em tempo de guerra com país estrangeiro. A Carta de 1937, no entanto, além dos casos previstos na legislação militar em tempo de guerra, admitiu que a lei pudesse prescrevê-la para diversos atos, por ela tidos como crimes nas alíneas do inc. 13 do art. 122, quais sejam:

> "a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;
>
> "b) tentar, como auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;
>
> "c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operação de guerra;
>
> "d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;
>
> "e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;
>
> "f) o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade".

Afora, o caso da letra "f", os demais sera delitos de natureza política, todos estabelecidos contra as ações do partido comunista de Luiz Carlos Prestes, que era a única organização política subsidiada por Estado estrangeiro.

O conteúdo do direito de propriedade também ficava na dependência de definição nas leis que regulassem seu exercício (art. 122, 14).

Declarava-se livre a manifestação do pensamento, mas mediante condições e nos limites prescritos em lei. A lei podia prescrever, ainda, limites à liberdade. A Carta mesma indicou várias medidas que a lei poderia determinar, inclusive a censura prévia da imprensa e de manifestações, conforme se vê do n. 15 do art. 122:

"Todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

"A lei pode prescrever:

"a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da rádio-difusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;

"b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;

"c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem estar do povo e segurança do Estado.

"A imprensa regular-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:

"a) a imprensa exerce uma função de caráter público;

"b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei;

"c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente, nos jornais que o infamarem ou injuriarem, respostas, defesa ou retificação;

"d) é proibido o anonimato;

"e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa;

"f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal;

"g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao

> portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos".

Francisco Campos que foi o autor da Polaca deu o seu entendimento a respeito da função da liberdade de imprensa, nos termos seguintes:

"A Constituição, declarando que a imprensa exerce uma função de caráter público, não fez uma declaração arbitrária. À base dessa declaração existe a exata compreensão do fenômeno moderno da imprensa em toda a sua complexidade. A imprensa, como todas as técnicas, se transformou radicalmente do século passado [séc. XIX] para o nosso [séc. XX]. O seu poder cresceu em vertiginosas proporções. Pode-se dizer que a crise do regime representativo e liberal se deve em grande parte ao fenômeno da propaganda. O parlamento perdeu a sua importância como instituição representativa, à medida que os modernos instrumentos de propaganda se apoderaram da opinião pública. As instituições públicas, dependentes pela sua origem e pelo seu funcionamento da opinião pública, passaram a depender da propaganda, e, portanto, em primeiro lugar, da imprensa. Ora, a imprensa é uma empresa privada, dirigida, como a indústria, no interesse do capital. A publicidade governa a imprensa, como o rendimento governa a indústria. O instrumento de governo da imprensa é, porém, a opinião pública, a mesma fonte dos poderes públicos em regime democrático. O instrumento mais poderoso do governo não pode ficar à mercê do interesse privado. Se a imprensa dispõe de técnica e do poder de formar a opinião pública, não poderá empregar e exercer o poder senão no interesse público e para fins públicos. O controle da imprensa, estabelecido na Constituição, não é, portanto, um instrumento autocrático, mas uma exigência decorrente da própria natureza, do seu poder e da sua função. Poder público implica função pública, interesse público, responsabilidade pública".[4]

21. O *habeas corpus* foi mantido, tal como previsto na Constituição de 1934. Mas o mandado de segurança foi extinto, assim como a ação popular.

22. Em suma, é uma previsão de direitos e garantias individuais que, em si, não protege nada, porque, além da supressão de garantias fundamentais, os direitos declarados, ademais de grandes restrições estabelecidas, ainda ficam quase sempre na dependência de uma lei ordinária que lhes dê efetividade.

8. A família

23. A Carta de 1937 inverteu a ordem das matérias referentes à ordem econômica, família e educação e cultura. A ordem da Constituição de 1934 era: ordem econômica e social, família e educação e cultura. A daquela é: família, educação e cultura e, finalmente, ordem econômica. Aqui também se manterá essa ordem a começar pela família.

24. É preciso reconhecer que, nessa questão, a Carta de 1937, formalmente, é mais evoluída do que a de 1934. Reconhece, como esta, que a família é constituída pelo casamento indissolúvel e esta sob a proteção do Estado, mas acrescenta uma regra de inegável cunho social, para dizer que as famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. Isso, é evidente, estimulava o aumento da prole, mas isso não era um problema na época.

[4] *Cf. Cf. O espírito do Estado Novo, pp. 31 e 32, apud Araújo Castro, ob. cit., p. 295, nota 63.*

25. Demais, estabelecia ela que a educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. Mas o Estado não seria estranho a esse dever, colaborando, de maneira princípal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular. Quanto aos filhos naturais, vimos que a Constituição de 1934 isentava o seu reconhecimento de selos (imposto do selo) e de emolumentos. A Carta de 1937 ia bem mais adiante, dizendo que a lei, facilitando-lhes o reconhecimento, asseguraria igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais, regra avançada na época que se perdeu nas Constituições posteriores com exceção da de 1988 que foi além.

26. Trouxe também a Carta de 1937 importantes disposições sobre a infância e a juventude, que se perderam nas Constituições subseqüentes, menos na de 1988 que é mais avançada. De fato, o art. 127 estatuía que a infância e a juventude deveriam ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomaria todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades, e acrescentava que o abandono moral, intelectual, ou físico da infância e da juventude importaria falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e criava para o Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral, e concedia aos pais carentes de recursos o direito de invocar o auxílio e a proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

9. Educação e cultura

27. Araújo Castro entendeu que, no que tange à educação, nenhuma outra Constituição se avantajava à de 1937, "cujas prescrições visam assegura a proteção e o aperfeiçoamento da juventude, tornando-se não só elemento eficiente de trabalho como promovendo a sua formação moral e cívica, a fim de que possa bem cumprir os deveres que lhe incumbem para com a Pátria".[5] Nesse aspecto, cabe-lhe inteira razão, mas, ainda nesse aspecto, a Carta ia mais adiante, ao declarar que, à infância e à juventude, a que faltassem os recursos necessários à educação em instituições particulares, era dever do Poder Público assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais. Acrescentava ainda que o ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas era, em matéria de educação, o primeiro dever do Estado, cumprindo-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, Município e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais. Impunha-se o dever de as indústrias e sindicatos econômicos criar , na esfera de sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados.

28. No mais, mantinha, em geral, as regras da Constituição de 1934 sobre a gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário.Mas a Constituição de 1934 foi-lhe superior no estabelecer os princípios regentes da educação (art. 150), assim como no estabelecer que a educação é direito de todos (art. 149) e quanto à garantia da liberdade de cátedra, que a de 1937 não garantia. Mas havia outras disposições importantes que lhe davam, no conjunto, uma posição

[5] *Cf. ob. cit., Prefácio, p. V.*

superior à de 1934. Previa a educação física, o ensino cívico e o de trabalhos normas obrigatórios em todas as escolas primárias, normais e secundárias, assim como a fundação de instituições com o fim de organizar para a juventude períodos de trabalho anual nos grupos e oficinas, assim como prover-lhe a disciplina moral e o adestramento físico de maneira a prepará-la ao cumprimento dos seus deveres para com a economia e a defesa da Nação. Em alguns desses aspectos, certamente se descobre aquela idéia de toda ditadura de instituir educação moral e cívica para orientar e conduzir a juventude no interesse do regime.

29. Finalmente, quanto à *cultura*, a Carta de 1937 era melhor do que a de 1934 e quem sabe também do que as subseqüentes, exceto a de 1988. Declarou que a arte, a ciência e os seu ensino eram livres à iniciativa individual e à de associações ou pessoas coletivas, públicas e particulares, sendo dever do Estado contribuir para o estímulo e desenvolvimento de umas e de outras, favorecendo ou fundando instituições artísticas, científicas e de ensino (art. 128). E, finalmente, estabeleceu uma regra que fez fortuna nas outras Constituições: "Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos estados e dos municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional" (art. 134).

10. Ordem econômica

30. Sob essa rubrica mais simples, a Carta de 1937 abrangia toda a matéria que, na Constituição de 1934, se subordinava à rubrica da *ordem econômica e social*. Há muita semelhança entre ambas nessa matéria, por isso limitar-nos-emos a apontar as diferenças.

31. A Constituição de 1934 (art. 115) começa com uma norma de princípio que falta na Carta de 1937, qual seja a de que a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos existência digna. É uma declaração de princípio relevante porque orienta a interpretação e a compreensão das finalidades da ordem econômica. A Constituição de 1937 inicia a ordem econômica sobre a posição da iniciativa individual, para dizer que a riqueza e a prosperidade nacional se funda no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, o que é, sem dúvida, uma profissão de fé liberal individualista. Por isso, ela não foi tão intervencionista como a de 1934 que, como visto, admitia a intervenção no domínio econômico e até o monopólio de determinada indústria e atividade econômica. A de 1937 só admitiu a intervenção do Estado no domínio econômico, segundo o princípio subsidiariedade, para suprir deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representada pelo Estado. A intervenção no domínio econômico, assim, poderia ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta, mas não disse em que condições se faria essa gestão direta.

Admite as mesmas restrições a certas propriedades (jornalística, minas etc.) tal como fazia a Constituição de 1934, como vimos.

32. No que tange, porém, ao direito do trabalho a Carta de 1937 é bem mais avançadas. Começa enunciando o princípio de que o trabalho é um dever social e, em qualquer de suas formas, tem direito à proteção do Estado. Enunciava também que a todos era garantido o direito de subsistir mediante os seu trabalho honesto, e este, como meio de subsistência do indivíduo, constituía um bem que o Estado devia proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.

33. Quanto ao direito do trabalho em si, ficava ainda sujeito ao que a legislação estabelecesse, mas a legislação do trabalho observaria, além de outros, os seguintes preceitos:

"a) os contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, serão aplicados a todos os empregados, trabalhadores, artistas e especialistas que elas representam;

"b) os contratos coletivos de trabalho deverão estipular obrigatoriamente a sua duração, a importância e as modalidades do salário, a disciplina interior e o horário do trabalho;

"c) a modalidade do salário será a mais apropriada às exigências do operário e da empresa;

"d) o operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;

"e) depois de um ano de serviço ininterrupto em uma empresa de trabalho contínuo, o operário terá direito a uma licença anual remunerada;

"f) nas empresas de trabalho continuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta, a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço;

"g) nas empresas de trabalho continuo, a mudança de proprietário não rescinde o contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo;

"h) salário mínimo, capaz de satisfazer, de acordo com as condições de cada região, as necessidades normais do trabalho;

"i) dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei;

"j) o trabalho à noite, a não ser nos casos em que é efetuado periodicamente por turnos, será retribuído com remuneração superior à do diurno;

"k) proibição de trabalho a menores de catorze anos; de trabalho noturno a menores de dezesseis, e, em indústrias insalubres, a menores de dezoito anos e a mulheres;

"l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto;

"m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho;

"n) as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais".

Aí estão os preceitos que, em essência, perduraram quase sem modificação nas Constituições posteriores até à Constituição de 1988. Deu destaque às convenções coletivas do trabalho. Por isso mesmo é que é incompreensível que tenha vetado a greve, considerada com o "lock-out" recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatível com os superiores interesses da produção nacional.

11. Segurança nacional e estado de emergência

34. Foi a Constituição de 1934 que, por primeira vez, um capítulo sobre a segurança nacional, o Conselho Superior de Segurança Nacional, o conceito de estado de guerra com as limitações constitucionais por ele impostas, a criação de uma faixa de fronteira de cem quilômetros ao longo da fronteira (hoje é de cento e cinqüenta quilômetros), a ereção das Forças Armadas à condição de instituições nacionais permanentes, o serviço militar obrigatório (arts. 159s). Seria de esperar que uma Carta ditatorial, como a de 1937, desse à questão da segurança nacional um tratamento mais rigoroso. Não o fez, porém, manteve, nesse aspecto, as mesmas regras daquela.

35. O tratamento autoritário foi, porém, dado no tratamento da defesa do Estado, por via do *estado de emergência*, nos termos do art. 166, que dá amplos poderes ao Presidente da República, aumentado mais com a Lei Constitucional 5, de 1942, *in verbis*:

"**Art**. 166 - Em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas ou existências de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos, poderá o Presidente da República declarar em todo o território do Pais, ou na porção do território particularmente ameaçado, o estado de emergência.

Desde que se torne necessário o emprego das forças armadas para a defesa do Estado, o Presidente da República declarará em todo o território nacional ou em parte dele, o estado de guerra.

§ 1º - Para nenhum desses atos será necessária a autorização do Parlamento nacional, nem este poderá suspender o estado de emergência ou o estado de guerra declarado pelo Presidente da República.

§ 2º - Declarado o estado de emergência em todo o país, poderá o Presidente da

República, no intuito de salvaguardar os interesse materiais e morais do Estado ou de seu nacionais, decretar, com prévia aquiescência do Poder Legislativo, a suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade e de pessoas físicas ou jurídicas, súditos de Estado estrangeiro, que, por qualquer forma, tenham praticado atos de agressão de que resultem prejuízos para os bens e direitos do Estado brasileiro, ou para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residente no País".[6]

O mais grave ainda é que a própria Carta, no seu art. 186, declarou em todo o País o estado de emergência, com o que o submeteu aos amplos poderes discricionários e autoritários do ditador.

12. Conclusão

36. A conclusão que se tira, nitidamente, é a de que, em face da Carta de 1937, era clara a separação entre *Constituição formal*, traduzida nas regras da Carta, e *Constituição material* que se manifestava no regime político que tinha nos decretos-leis e nas leis constitucionais seus instrumentos de atuação. Assim também se caracteriza uma forma de Constituição semântica, segundo a teoria de Loewenstein: "se bem a Constituição seja plenamente aplicada, sua realidade ontológica não é senão a formalização da situação existente do poder político em benefício dos detentores do poder fáticos, que dispõem do aparato coativo do Estado... Se não houvesse em absoluto Constituição formal alguma, o desenvolvimento fático do processo do poder não seria notavelmente diferente. Em lugar de servir à limitação do poder [*tarefa original da Constituição escrita*], a Constituição é aqui instrumento para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores fáticos na comunidade".[7]

37. Enfim, para encerrar, essas considerações vale ainda transcrever uma passagem de Waldemar Ferreira;

"Desenhou-se complexamente o mecanismo do que se batizou – de Estado Novo. Não puderam os seus artífices, por isso mesmo, pô-lo em funcionamento. Não passou a carta de 1937 de engodo, destinado, pura e simplesmente, a disfarçar regime ditatorial em toda a amplitude do conceito. Destituída de sinceridade, aquela carta teve existência apenas no papel. Eis porque o seu organismo político nunca se armou. Tudo quanto nela se planejou foi mera fantasia. Não passou de cometimento demasiadamente longo para que se pudesse haver como simples tentativa: ma caracterizou-se qual documento inapto, tardiamente desfeito, posto que inicialmente malogrado, para que se pudesse haver como Constituição, que assim indevidamente se qualificou".

[6] Parágrafo incluído pela Lei Constitucional n. 5, de 10.2.1942, reenumerado o anterior parágrafo único para § 1º.

[7] Cf. Karl Loewenstein, Teoría de la Constitución, Barcelona, Ariel, 1964, pp. 218 e 219, trad. De Alfredo Gallego Anabitarte.

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1946
UM INTERREGNO AGITADO ENTRE DOIS AUTORITARISMOS

*Fábio Konder Comparato**

O direito e o avesso constitucional

Logo após a Revolução Francesa, o aristocrata Joseph de Maistre dizia que a França passara a dividir-se em dois países: o legal e o real. Para ele, as mudanças radicais operadas no regime político, a partir de 1789, confinavam-se à superfície das coisas. O país continuava monárquico, como sempre fora, e dividido nos três estamentos: o clero, a nobreza e o povo.

Pois bem, essa opinião de um dos mais retrógrados autores da época tem o seu ponto de verdade. Uma Constituição não é apenas, como pensaram os revolucionários norte-americanos e franceses do final do século XVIII, o documento solene que enuncia o sistema normativo supremo de organização política de um país. Por trás dessa forma, ou, se se quiser, no lado do avesso, há uma outra realidade, igualmente normativa, mas que não goza da chancela oficial. Tal como a *politéia* dos filósofos gregos, trata-se de algo semelhante a uma Constituição não escrita, mas nem por isso menos vigente, formada pelos usos e costumes tradicionais, os valores predominantes na sociedade e o complexo campo dos poderes privados.

Entre essas duas dimensões constitucionais, estabelece-se uma relação de recíproca influência. O direito positivo é tanto mais forte e eficaz, quanto menos oposição encontre do lado da mentalidade social, dos costumes políticos assentados e da urdidura dos poderes econômico-sociais, tecida na sociedade. Se ocorre o contrário, a Constituição oficial pode se transformar em mero ornamento jurídico.

No tocante aos costumes e valores políticos presentes historicamente na sociedade brasileira, um lugar de preeminência sempre foi ocupado pelo espírito de conciliação entre as forças opostas. Em toda a nossa história política, um mau acordo sempre foi tido como preferível a um claro rompimento.

A nossa Independência não resultou de uma insurreição dos brasileiros contra o rei de Portugal, mas da revolta dos portugueses contra a permanência do rei no Brasil. A *journée des dupes* do 7 de abril de 1831, como a denominou Teófilo Ottoni, com a abdicação de D. Pedro I em favor de seu filho, não passou, no dizer acertado de Joaquim Nabuco, de "um desquite amigável entre o Imperador e a nação, entendendo-se por nação a minoria política que a representa".[1] Durante todo o segundo reinado, os dois partidos existentes alternaram-se amigavelmente no governo, mas o ponto alto desse falso parlamentarismo foi, justamente, o gabinete dito de "conciliação", que tomou posse em 6 de setembro de 1853, sob a chefia de Honório Hermeto Carneiro Leão. A proclamação da República nasceu de um "lamentável mal-entendido",

* *Advogado titular da Medalha Rui Barbosa, outorgada pela Ordem dos Advogados do Brasil; Doutor Honoris Causa da Universidade de Coimbra, Doutor em Direito da Universidade de Paris, Professor Titular aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.*

[1] *Um Estadista do Império, Rio de Janeiro, Nova Aguilar, 1975, pág. 57.*

para tomarmos emprestada a expressão famosa de Sérgio Buarque de Holanda a respeito da experiência democrática entre nós:[2] o Marechal Deodoro da Fonseca queria destituir o primeiro-ministro, o Visconde de Ouro Preto; não tencionava mudar o regime político. A Revolução de 1930 decidiu-se na batalha de Itararé, que nunca chegou a ser travada.

Ora, o período histórico que ora nos ocupa foi balizado por episódios do mesmo gênero conciliatório: ele se iniciou com a pacífica deposição do ditador Getúlio Vargas em outubro de 1945, e encerrou-se com a mal chamada "revolução" de 1964, que não passou de um golpe de Estado, perpetrado por meio de um lance estratégico de movimentação de tropas, sem combate algum.

Quanto ao sistema de poder em vigor entre nós, ele tem sido invariavelmente oligárquico. As Constituições, autênticas ou contrafeitas, se sucedem, contendo proclamações sempre harmônicas com os valores políticos predominantes no mundo civilizado do momento. Mas esse direito constitucional mal esconde o seu avesso: em menos de dois séculos de vida política independente, logramos constituir um liberalismo de senzala, uma república privatista e uma democracia sem povo. A minoria que manda é sempre composta do chefe de Estado – Imperador ou Presidente da República –, em associação com grupos variados: parlamentares, burocratas, militares, proprietários e empresários e, antigamente, a Igreja Católica. Só o povo fica de fora, mas é justamente dele que as Constituições, a partir de 1934, declaram, solenemente, que emanam todos os poderes.

Ambos esses fatores, os valores políticos em vigor e o sistema efetivo de poder, foram determinantes na elaboração da Constituição que iria encerrar o período da ditadura getulista.

O ocaso do *Estado Novo*

A partir de 1943, a Segunda Grande Guerra entra em sua fase final e principia, coincidentemente, o ocaso do *Estado Novo*, instaurado por Getúlio Vargas em outubro de 1937, com a revogação da Constituição de 1934 e a outorga ao país de uma carta constitucional de fachada.

A democracia, nos anos que precederam o conflito bélico, foi considerada um regime político ultrapassado, incapaz de enfrentar os novos desafios do século XX, sobretudo no campo econômico-financeiro, com a depressão mundial iniciada com a quebra da Bolsa de Nova York em outubro de 1929. Foi tão-só com a perspectiva da iminente derrota das potências do "Eixo" – a Alemanha, a Itália e o Japão –, que o regime democrático, fundado na liberdade – política, econômica e cultural –, recobrou prestígio. Entre nós, após a Revolução de 1930, os únicos partidos atuantes, o comunista e o integralista, eram nitidamente antiliberais.

A União Soviética, que resistira bravamente à invasão nazista, conseguiu mudar o curso da guerra com a rendição do 6º Exército alemão em Stalingrado, no dia 2 de fevereiro de 1943.

[2] *Raízes do Brasil, 5ª edição revista, Rio de Janeiro, José Olímpio, 1969, pág. 119.*

Com isso, o movimento comunista, no mundo todo, perdia, pelo menos durante algum tempo, a conotação de inimigo mortal da democracia.

Tais acontecimentos forçaram Getúlio Vargas a alterar rapidamente a orientação política do *Estado Novo,* que nascera como um arremedo moderado do fascismo. Jamais chegou a se aproximar do totalitarismo, mas foi, indubitavelmente, um regime autoritário. Aliás, a distinção entre essas duas formas de Estado foi feita em doutrina, pela primeira vez, por um autor alemão radicado nos Estados Unidos, Karl Loewenstein, ao analisar no Brasil o funcionamento da ditadura getulista.[3] Ele salientou que no Estado autoritário, não obstante a supressão da liberdade política, a vida privada conserva uma certa autonomia. No Estado totalitário, diversamente, desaparece a distinção entre a esfera pública e a privada: tudo é estatal.

No campo externo, pressionado pelos Estados Unidos, já em julho de 1941 Getúlio assina um pacto secreto com o governo ianque para a construção de bases aéreas e navais no extremo oriental do Nordeste brasileiro, como trampolim para o transporte de tropas e armamentos norte-americanos em território africano, onde já operava a *Wehrmacht*. Em compensação, o governo americano libera um empréstimo de 20 bilhões de dólares para a fundação da Companhia Siderúrgica Nacional, em Volta Redonda. Em agosto do ano seguinte, após o torpedeamento de 21 navios mercantes brasileiros que navegavam em nosso mar territorial, o governo declara o estado de beligerância e, logo após, a declaração de guerra contra a Alemanha e a Itália. Um ano depois, em 9 de agosto de 1943, cria-se a Força Expedicionária Brasileira, que é finalmente enviada a combater na Itália em 1944.

A influência norte-americana fez-se presente também no plano da política interna, envolvendo os militares. Em 1943, o General Manuel Rabelo cria a *Sociedade Amigos da América*, que contava com o apoio dos Generais Horta Barbosa e Candido Rondon. Em 1944, Oswaldo Aranha, desde há muito amigo dos americanos, desliga-se do Ministério das Relações Exteriores.

Apesar de tudo, o ditador conseguiu adiar a mudança política interna até o início de 1945. Em 28 de fevereiro desse ano, ele tenta uma última cartada para manter em funcionamento o *Estado Novo*, e assina a Lei Constitucional nº 9. Ela altera fundamente a Carta de 1937 e determina que dentro em noventa dias sejam fixadas em lei "as datas das eleições para o segundo período presidencial e Governadores dos Estados, assim como das primeiras eleições para o Parlamento e as Assembléias Legislativas".

A expressão "segundo período presidencial" era bastante sutil. Ela pressupunha que o ditador exercia legitimamente, até então, a presidência da República, e ao mesmo tempo nada dispunha com respeito à sua eventual "reeleição", uma vez terminado o "primeiro período presidencial".

Em 2 de abril 1945, pouco mais de um mês antes da rendição da Alemanha nazista, Getúlio preparou-se para enfrentar a nova distribuição de cartas do jogo político, aproximando-se dos comunistas. Atendendo ao apelo feito por um enviado do governo norte-americano após

[3] *Brazil under Vargas, The MacMillan Company, Nova Iork, 1942.*

a Conferência de Ialta em fevereiro, foram estabelecidas relações diplomáticas com a União Soviética e decretou-se a anistia de todos os que haviam cometido crimes políticos desde julho de 1934. Com isso, Luiz Carlos Prestes pôde deixar a prisão, e passou a apoiar a permanência do ditador no poder. Enquanto isso, Getúlio fugia, como o diabo da cruz, de qualquer aproximação com os integralistas, herdeiros do fascismo.

Os Estados Unidos, por intermédio do embaixador Adolph Berle Jr.[4], voltaram a fazer pressão em favor da reconstitucionalização do país, o que acabou ocorrendo em maio com a edição do Decreto nº 7.586. Ele fixou as eleições do Presidente da República e dos membros da Assembléia Nacional Constituinte para o dia 2 de dezembro de 1945.

Iniciou-se, então, em todo o país, a movimentação de comunistas e líderes sindicais em defesa da "Constituinte com Getúlio"; vale dizer, da eleição de Vargas para o "segundo período presidencial".

Dessa vez, porém, o grande feiticeiro não logrou paralisar seus adversários com hábeis passes de mágica. Em 29 de outubro, um grupo de generais, liderado por Góis Monteiro, congrega a maior parte das Forças Armadas e depõe Getúlio Vargas.

A Constituinte de 1946

Embora deposto da presidência da República, Getúlio conseguiu exercer uma influência decisiva sobre as eleições de 2 de dezembro de 1945.

Em primeiro lugar, apoiou abertamente a candidatura do seu ex-ministro da guerra, General Eurico Gaspar Dutra, que acabou sendo eleito Presidente da República. Em segundo lugar, criou dois dos três partidos que dominaram a cena política até 1964: um à direita, o Partido Social Democrático, e outro à esquerda, o Partido Trabalhista Brasileiro. O PSD era o partido dos antigos interventores nos Estados e reunia os latifundiários, bem como os empresários que presidiam as federações das indústrias em Estados importantes, como Roberto Simonsen em São Paulo, Euvaldo Lodi no Rio de Janeiro e Américo Giannetti em Minas Gerais. Já o PTB era o partido dos sindicatos operários, que sempre viveram atrelados ao Ministério do Trabalho. Ou seja, como disse ferinamente Carlos Lacerda, o grande líder antigetulista da época, enquanto o PSD criava a miséria, o PTB explorava as suas conseqüências.

Aproveitando-se das disposições da lei eleitoral, que permitia candidaturas individuais em mais de um Estado, Getúlio Vargas foi eleito, na legenda do PSD, deputado federal por 7 Estados e senador por São Paulo e Rio Grande do Sul. Optou pela cadeira de senador do Estado gaúcho.

A oposição a Getúlio organizou-se sob a bandeira da União Democrática Nacional, que representou na origem uma frente ampla contra o Estado Novo, composta principalmente de intelectuais liberais e da esquerda, de advogados (os "leguleios em férias", como os classificou Getúlio), de militares favoráveis à liderança mundial dos Estados Unidos, de banqueiros e alguns setores da classe média. Em pouco tempo, porém, os políticos da esquerda abandonaram o

[4] Tratava-se de reputado scholar, autor, juntamente com Gardiner Means, do ensaio clássico Modern Corporation and Private Property, em 1932.

partido, que dentro em pouco passou a cortejar abertamente os chefes militares golpistas.[5]

Apurados os votos, verificou-se a seguinte distribuição de bancadas partidárias na Assembléia Constituinte:

PSD	–	54,0%
UDN	–	26,0%
PTB	–	7,5%
PCB	–	4,7% [6]
Outros	–	7,3%

Diante dessa distribuição de cadeiras, seria de esperar-se que os dois grandes partidos getulistas se unissem, dispensando qualquer negociação com a UDN. Não foi isto, porém, o que ocorreu durante os trabalhos constituintes: os parlamentares conservadores, tanto do PSD, quanto da UDN, passaram a atuar sem grandes divergências entre si, e a minoria da esquerda ficou reduzida à impotência.

Reproduzia-se, assim, mais uma vez, a política de conciliação entre conservadores e liberais, a qual dominou todo o nosso segundo reinado. Essa inesperada harmonia entre adversários políticos prosseguiu, uma vez encerrados os trabalhos constituintes, durante todo o governo do General Dutra, com a presença de dois udenistas, Raul Fernandes e Clemente Mariani, na chefia, respectivamente, do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Agricultura e Saúde.

Duas grandes discussões dominaram os trabalhos constituintes, iniciados em 31 de janeiro de 1946: a liberdade de funcionamento dos partidos políticos e a autonomia dos sindicatos.[7] Sobre ambas, pairava o espectro comunista. É verdade que o mundo já havia entrado, então, no período da chamada Guerra Fria, que opunha os Estados Unidos e seus aliados à União Soviética e seus satélites.

O Código Eleitoral de 1945 dispunha, em seu art. 114, que o Tribunal Superior Eleitoral poderia negar registro a qualquer partido cujo programa fosse contrário aos princípios democráticos ou aos direitos fundamentais do homem, como definidos na Constituição.

O Partido Comunista Brasileiro havia obtido o seu registro em maio de 1945. Mas já em março do ano seguinte, portanto com os trabalhos constituintes apenas iniciados, dois deputados[8] ajuizaram uma ação de cassação desse registro partidário na Justiça Eleitoral. A ação foi julgada procedente, por acórdão do Tribunal Superior Eleitoral de 7 de maio de 1947,

[5] Veja-se, a esse respeito, a monografia ainda insuperada de Maria Victoria de Mesquita Benevides, A UDN e o Udenismo – Ambigüidades do liberalismo brasileiro (1945 – 1965), Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1981.

[6] O Partido Comunista Brasileiro elegeu 15 deputados e um senador (Luiz Carlos Prestes), para grande temor dos conservadores.

[7] Sobre o assunto, consultar-se-á com proveito a monografia de João Almino, Os Democratas Autoritários – Liberdades individuais, de associação política e sindical na constituinte de 1946, São Paulo, Brasiliense, 1980.

[8] Tratava-se de Barreto Pinto e de Himalaia Virgulino. O primeiro perdeu o mandato, pouco tempo depois, por procedimento declarado incompatível com o decoro parlamentar: havia posado de cuecas para uma revista semanal de grande circulação. O segundo foi procurador junto ao infame Tribunal de Segurança Nacional, instituído por Getúlio Vargas após a frustrada revolta comunista de 1935.

com base no disposto no art. 141, § 13 da Constituição de 1946: "É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem".

Era a primeira vez que uma Constituição brasileira adotava disposição dessa ordem e, o que foi pior, no capítulo consagrado aos direitos e garantias individuais. Nem mesmo a Carta fascistóide de 1937 chegara a tanto.

A segunda questão a suscitar grandes debates, durante os trabalhos de elaboração da Constituição de 1946, foi a da autonomia sindical. A ela ligou-se, indissociavelmente, o reconhecimento da greve como um direito fundamental dos trabalhadores.

O início dos trabalhos constituintes coincidiu com o aumento substancial do número de greves e o notável incremento da sindicalização de trabalhadores. Em janeiro e fevereiro de 1946, registraram-se em todo o país mais de 60 movimentos paredistas, e no dia 20 de fevereiro, só em São Paulo, havia cerca de 100.000 operários em greve. O aumento no número de trabalhadores sindicalizados cresceu substancialmente, passando de um total de 474.943 em 1945, para 797.691 em 1946.

O governo Dutra não esperou a conclusão dos trabalhos constituintes para intervir no campo das relações de trabalho. Aproveitando-se do fato de continuar em vigor a Constituição de 1937, o Presidente da República editou, em 15 de março de 1946, o decreto-lei nº 9.070, que dispôs "sobre a suspensão ou abandono coletivo no trabalho", estabelecendo, a esse respeito, a distinção entre atividades profissionais fundamentais e acessórias. Na categoria das primeiras, onde a greve era proibida, o decreto-lei incluiu as seguintes atividades profissionais: "serviços de água, energia, fontes de energia, iluminação, gás, esgotos, comunicações, transportes, carga e descarga; nos estabelecimentos de venda de utilidade ou gêneros essenciais à vida das populações; nos matadouros, na lavoura e na pecuária; nos colégios, escolas, bancos, farmácias, drogarias, hospitais e serviços funerários, nas indústrias básicas ou essenciais à defesa nacional".

Como se isso não bastasse, o decreto-lei determinou que o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio teria o poder de, mediante simples portaria, incluir outras atividades entre as consideradas fundamentais (art. 3º, § 1º).

A Constituinte deparou-se, assim, com o fato consumado: a greve deixava, praticamente, de existir como remédio legal. Os debates parlamentares foram, desde então, meramente retóricos. Enquanto os deputados do PSD diziam preferir que as restrições ao direito de greve fossem expressamente incluídas na Constituição, os comunistas não admitiam restrição alguma. Quanto aos udenistas, malgrado ou em razão mesma de seu decantado liberalismo, encontravam-se muito divididos.

Prevaleceu, afinal, a emenda proposta pelo Professor Hermes Lima, paradoxalmente originário da Esquerda Democrática: "É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará". A fórmula foi desde logo aceita com alívio pelos conservadores, pois a lei já existia:

era o decreto-lei nº 9.070, que ninguém mais pensou em revogar.

O mesmo qüiproquó repetiu-se em matéria de liberdade sindical.

A proposta apresentada ao plenário pela Comissão encarregada de elaborar o projeto de Constituição afirmava o princípio da liberdade sindical, atribuindo à lei competência para regular "a forma de constituição, a representação legal nos contratos coletivos de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo poder público".

Os deputados comunistas imediatamente propuseram que o artigo se limitasse a declarar a liberdade de associação profissional ou sindical. Essa posição contou com o apoio da UDN, cujos deputados queriam, a todo custo, desvincular os sindicatos do governo e desfazer, portanto, nesse particular, o modelo fascista adotado por Getúlio Vargas.

Após acalorados debates, as forças getulistas do PSD e do PTB acabaram por se impor, sendo finalmente aprovado o art. 159, com redação idêntica à da proposta inicial da Comissão elaboradora do projeto de Constituição. Os sindicatos brasileiros continuariam, pois, controlados pelo governo federal.

A Constituição posta à prova dos fatos

O balanço final da Constituição, em seus quase 18 anos de vigência, mostra, lamentavelmente, que o avesso prevaleceu sobre o direito. Os grandes pontos negativos da organização constitucional foram a inaptidão do Estado a promover o desenvolvimento nacional, a persistência de um sistema agrário retrógrado e a constante insubordinação das forças militares aos poderes constituídos.

Vejamos, mais de espaço, cada um desses pontos.

1.– Os empecilhos institucionais à promoção do desenvolvimento nacional

Na data em que a Constituição entrou em vigor, 18 de setembro de 1946, começava a firmar-se, no mundo todo, a distinção doutrinária entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, em função da existência, ou não, de um processo harmônico de crescimento autônomo e de redução das desigualdades sociais e regionais. Entendia-se, naquela época, que competia ao Estado nacional dirigir esse processo, o que exigia uma adequada organização dos poderes públicos. O modelo do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), já posto em prática nos países escandinavos, principiava a ganhar adeptos em toda a Europa Ocidental.

A nova Constituição brasileira, porém, nada inovou a respeito das funções estatais, relativamente à de 1934; esta inspirada, principalmente, no modelo de Weimar de 1919, no tocante aos direitos sociais. Ora, o respeito a estes últimos, ao contrário do que sucede em matéria de liberdades fundamentais, pressupõe a ação e não a abstensão estatal.

A organização dos poderes públicos prendia-se – e até hoje se prende, aliás – ao esquema clássico tripartido de Locke e Montesquieu, próprio de um Estado estático, separado da sociedade civil, e cuja principal função era a edição de leis. A noção dinâmica de políticas

públicas, como programas de ação governamental, sempre esteve ausente dessa concepção teórica.

No mundo contemporâneo, a conseqüência inevitável da inadequação estrutural do Estado à realização de políticas públicas foi, em todos os países, a concentração de competências funcionais, regulares ou irregulares, no mal chamado Poder Executivo, em evidente contradição com o princípio da separação de poderes, fundamento da teoria clássica de organização do Estado. Até hoje, ainda não logramos estruturar os poderes públicos em função do desenvolvimento nacional, com a criação de um órgão de previsão e planejamento, autônomo em relação ao Poder Executivo, e que atue no longo prazo, não sujeito às periódicas mudanças eleitorais, mas contando com a participação efetiva dos setores diretamente interessados da sociedade civil: trabalhadores, empresários, pesquisadores, grupos sociais vulneráveis.

Ora, no momento em que a Constituição foi elaborada, não haviam ainda penetrado no meio dirigente brasileiro as noções de desenvolvimento e subdesenvolvimento.

O governo Dutra manteve-se, a esse respeito, fiel aos cânones da economia política clássica, depositando toda a sua confiança na livre iniciativa e na colaboração do capital estrangeiro.

Ao voltar legitimamente à presidência da República pela via eleitoral, em 1951, Getúlio Vargas pôs fim à orientação liberal privatista do seu antecessor. Logo após a posse, foi criada, junto à Secretaria da Presidência, uma Assessoria Econômica, composta de competentes administradores públicos de orientação nacionalista. Esse órgão exerceu, na prática, as funções de planejamento, dando especial atenção à política de investimentos na infra-estrutura do país. Da Assessoria Econômica presidencial saíram, entre outros, os projetos de criação da Petrobras, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, do Fundo Rodoviário Nacional e da Eletrobrás.

O projeto de criação da Petrobras, enviado ao Congresso Nacional em 6 de dezembro de 1951, foi afinal transformado em lei quase dois anos depois (Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953). O novo diploma legal, vencendo duras resistências no país e no exterior, instituiu o monopólio estatal do petróleo.

A segunda grande tentativa para pôr em ação um programa de desenvolvimento nacional, malgrado os entraves constitucionais na organização de poderes públicos, ocorreu com a presidência de Juscelino Kubitschek. No qüinqüênio 1956 – 1961, o governo federal adotou, enfim, a prática do planejamento de políticas públicas para a consecução de resultados predeterminados. Foi o Programa de Metas. Escolheram-se trinta e uma metas, classificadas em 6 grandes grupos: energia, transportes, alimentação, indústrias de base, educação e, finalmente, construção de Brasília.[9]

O cérebro de toda essa política de previsão e planejamento foi Celso Furtado. Ele participou do Grupo Misto de Estudos BNDE–CEPAL, que deu a público, em 1955 e 1956, o *Esboço de um programa de desenvolvimento para a economia brasileira: período de 1955–1962*.

[9] *Sobre o assunto, vejam-se Celso Lafer, JK e o Programa de Metas – Processo de planejamento e sistema político no Brasil, 1956-1961, bem como a monografia de Maria Victoria de Mesquita Benevides, O Governo Kubitschek – Desenvolvimento econômico e estabilidade política, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1976, pp. 210 e ss.*

Celso Furtado foi também, como todos sabem, o inspirador da criação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE, no final do governo Kubitschek (Lei nº 3.692, de 13 de dezembro de 1959).

Sem dúvida, os constituintes de 1946 manifestaram preocupação com o problema da seca do Nordeste e com a valorização da região amazônica. Decidiram, a esse respeito, incluir na Constituição disposições específicas de vinculação da renda tributária da União (arts. 198 e 199). Mas, como a experiência tem amplamente demonstrado, a obtenção de recursos financeiros, desligada de uma ação planejadora, nada resolve.

A criação da SUDENE representou a primeira experiência positiva de reformulação do federalismo brasileiro. Tal como o New Deal do Presidente Roosevelt nos Estados Unidos, durante a grande crise mundial iniciada em 1929, passou-se de uma organização federal estática a um federalismo cooperativo e desenvolvimentista. Por isso mesmo, a criação de um órgão de desenvolvimento para a região nordestina ampliada teve que enfrentar duras resistências do meio político local, acostumado a recusar toda interferência externa em suas bases eleitorais próprias. No caso, essa interferência apresentava, ainda, a agravante de ser feita pelo governo federal, pois a Sudene era vinculada à presidência da República.

Outro problema não resolvido, durante todo o período de vigência da Constituição de 1946, foi o do controle monetário e cambial. Os surtos de inflação foram freqüentes, e a disponibilidade de moeda estrangeira para pagamento das importações, muito restrita. As unidades componentes da federação, a começar pela própria União, não se submetiam a nenhuma disciplina fiscal. Demais, o país não tinha Banco Central, sendo a política de moeda e de crédito desempenhada por um departamento do Banco do Brasil, a SUMOC – Superintendência da Moeda e do Crédito, obviamente sujeito às injunções governamentais.

2.– A questão agrária

Não é exagero afirmar que a política agrária, isto é, o sistema oficial de atribuição de direitos reais sobre terras agrícolas, foi o principal fator de organização da sociedade brasileira, até meados do século passado. Em razão dele, com efeito, desenvolveu-se quase toda a nossa vida política e econômica, e moldaram-se as classes sociais.

A Constituição de 1946, em seu art. 156, limitou-se a reproduzir, com duas alterações, as normas inovadoras da Constituição de 1934 sobre o mundo rural. Uma dessas alterações foi a admissão expressa de que as terras públicas seriam suscetíveis de alienação e não apenas de concessão de uso. A outra consistiu em ampliar, de dez para vinte e cinco hectares, a área rural objeto de usucapião excepcional.

Mas no tocante especificamente à reforma agrária como política global de repartição de terras, a Constituição continha uma disposição genérica, sem nenhuma força cogente e, pior ainda, inaplicável:

> Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

O art. 141, § 16, aí citado, tornava impraticável qualquer plano de reforma agrária, pois exigia fosse paga, nas desapropriações, "prévia e justa indenização em dinheiro". A exigência de pagamento de indenização em dinheiro resultou de emenda ao texto do projeto original da Constituição, em reação contra as expropriações de imóveis urbanos, efetuadas no Rio de Janeiro para a abertura da Avenida Getúlio Vargas, cuja indenização se efetuou em apólices da dívida pública.

Como se percebe, os constituintes jamais tiveram em mira a necessidade de uma reforma agrária. Ora, essa omissão foi um dos focos infecciosos que levaram o país à supressão do regime constitucional em 1964.

O movimento de organização dos trabalhadores rurais no país inicia-se em 1950, com a realização em Campanha (MG), por iniciativa da Ação Católica Brasileira, da *Primeira Semana Ruralista*. O movimento prossegue, no Nordeste, com a criação, em 1º de janeiro de 1955, em Vitória de Santo Antão (PE), da *Sociedade Agrícola e Pecuária de Plantadores de Pernambuco*, embrião das futuras *Ligas Camponesas*, dirigidas pelo advogado Francisco Julião Arruda de Paula.

A reação dos grandes proprietários rurais foi imediata e intensificou-se sobremaneira com a investidura de João Goulart na presidência da República. Com efeito, a reforma agrária foi a principal das *Reformas de Base*, apresentadas pelo Presidente como seu programa de governo, uma vez encerrada a fase parlamentarista. Na intensa campanha ideológica desenvolvida, então, pelos latifundiários e empresários em preparação ao golpe de estado de 1964, tais reformas sempre foram apresentadas como um programa de "comunistização" do país.

O paradoxo é que uma das primeiras emendas constitucionais editadas pelo regime militar à Constituição de 1946 visou justamente possibilitar a reforma agrária (Emenda Constitucional nº 10, de 9 de novembro de 1964).

Ela acrescentou ao art. 147 os seguintes parágrafos:

> § 1º Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinqüenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas.
>
> § 2º A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões, bem como sobre as características dos títulos, a taxa de juros, o prazo e as condições de resgate.
>
> § 3º A desapropriação de que trata o § 1º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei.
>
> § 4º A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.

> § 5º Os planos que envolvem desapropriação para fins de reforma agrária serão aprovados por decreto do Poder Executivo, e sua execução será de competência de órgãos colegiados, constituídos por brasileiros de notável saber e idoneidade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal.
>
> § 6º Nos casos de desapropriação, na forma do § 1º deste artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada."

Em 30 de novembro daquele mesmo ano de 1964, o governo militar fez com que o Congresso Nacional votasse a Lei nº 4.504, mais conhecida como Estatuto da Terra, que permanece em vigor até hoje, embora com várias abrogações.

3.– O descontrole do poder militar

Tirante o Governo Dutra, todos os que o sucederam foram abalados por múltiplas rebeliões militares, amplas ou localizadas. Se não, vejamos.

Em fevereiro de 1954, o chamado "manifesto dos coronéis", reivindicando uma ampliação dos recursos orçamentários destinados ao Exército e protestando contra o aumento do salário mínimo em 100%, forçou Getúlio Vargas a exonerar João Goulart, Ministro do Trabalho, e o General Ciro Espírito Santo Cardoso, Ministro da Guerra.

Na madrugada do dia 5 de agosto, em frente à sua residência, Carlos Lacerda sofreu um atentado, que o feriu e matou o Major da Aeronáutica Rubens Florentino Vaz, encarregado de sua guarda pessoal. Imediatamente, os oficiais mais graduados daquela Arma reuniram-se em comissão de inquérito no aeroporto do Galeão (a chamada "República do Galeão"), e poucos dias depois obtiveram a confissão de membros da guarda pessoal do Presidente Getúlio Vargas de que o atentado fora por eles planejado e executado. A partir de então, os oficiais superiores do Exército e da Marinha manifestaram-se solidários com a Aeronáutica e passaram a exigir a renúncia de Getúlio. Buscou-se, sem êxito, até o dia 23 uma fórmula de conciliação. No dia seguinte, pela manhã, recebendo do irmão, Benjamin Vargas, a informação de que o oficialato das três Armas exigia sua renúncia imediata da presidência da República, Getúlio suicidou-se, provocando em todo o país, desde logo, a revolta popular.

Em 11 de novembro de 1955, o então Ministro da Guerra, General Henrique Teixeira Lott, decidiu prevenir um golpe de estado em preparalção para impedir a posse do Presidente da República regularmente eleito, Juscelino Kubitschek de Oliveira. O Presidente em exercício, Carlos Luz, foi deposto e o Vice-Presidente Café Filho, que sucedera Getúlio e se afastara da presidência por razões de saúde, impedido de voltar ao poder.

Em 1956 e 1959, oficiais da Aeronáutica declararam-se em estado de insurreição contra o Presidente Kubitschek, em Jacareacanga e Aragarças, respectivamente.

Após a renúncia do Presidente Janio Quadros em 25 de agosto de 1961, os ministros militares, Marechal Odílio Denis, Almirante Sílvio Heck e Brigadeiro Gabriel Grün Moss,

declararam-se contrários à posse do Vice-Presidente João Goulart, que se encontrava ausente do país em viagem oficial. Imediatamente, o Governador do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola, levantou-se contra os militares, obtendo o apoio do comando do III Exército, sediado em Porto Alegre.

O confronto acabou sendo resolvido por meio de uma transação conciliatória: os ministros militares aceitaram a investidura de João Goulart como Presidente da República, contanto que se adotasse o sistema parlamentar de governo; o que foi feito pelo Congresso Nacional ao votar a emenda constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961. Dita emenda previa, em seu art. 25, que a lei "poderá dispor sobre a realização de plebiscito que decida da manutenção do sistema parlamentar ou volta ao sistema presidencial, devendo, em tal hipótese, fazer-se a consulta plebiscitária nove meses antes do termo do atual período presidencial". Realizado o plebiscito, uma ampla maioria optou pelo retorno ao sistema presidencial de governo. O Congresso Nacional, dando cumprimento à vontade popular, aprovou a emenda constitucional nº 6, de 23 de janeiro de 1963.

Em 12 setembro de 1963, centenas de sargentos, fuzileiros e soldados da Aeronáutica e da Marinha de Guerra sublevaram-se em Brasília, ocupando na madrugada importantes centros administrativos. O motivo do levante foi a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, confirmando a inelegibilidade das pessoas enumeradas no art. 132, parágrafo único da Constituição (praças de pré, suboficiais, subtenentes, sargentos e alunos das escolas militares de ensino superior).

Finalmente, o vitorioso golpe de estado de 31 de março e 1º de abril de 1964 pôs fim ao regime constitucional instaurado em 1946.

Que concluir de tais fatos? A conclusão se encontra inscrita na máxima exarada por Montesquieu, no capítulo IV do Livro XI *do Espírito das Leis: « pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* ». Entenda-se: não é o direito que detém o poder, mas somente um contrapoder. É indispensável, portanto, que pela própria disposição dos diferentes poderes no tabuleiro político eles estejam contrapostos uns aos outros.

É aí que se vê, com a maior clareza, a insuficiência da análise positivista de uma Constituição. É muito fácil comentar textos normativos *in abstracto*. Basta manter um mínimo de coerência e a correta interpretação técnica do sentido dos vocábulos. Mas não é por esse método que se chega, minimamente, a **compreender** (*cum prehendere*) o direito vivo.

Dir-se-á que a disposição constitucional de poderes e contrapoderes não é tarefa jurídica e sim política. Ora, como se a política nada tivesse a ver com o direito e vice-versa! Como se uma Constituição atuasse no vácuo! Desde o início desta exposição, advertiu-se que, tal uma indumentária, toda Constituição tem um direito e um avesso; ou, em outras palavras, uma substância e uma forma. Contentar-se em analisar unicamente esta última é o mesmo que verificar a adequação de uma vestimenta a um manequim.

Toda relação de poder contém um elemento material e outro espiritual ou axiológico; um

elemento de força e outro de justiça. O poder murcha ou se esvazia, rapidamente, quando um desses dois elementos desaparece.

Os gregos sempre foram bem conscientes da necessidade de não separar a justiça da força. A mitologia personificou essas duas idéias em deuses irmãos: *Kratos* e *Bia*. Foi a eles que Zeus confiou a missão de punir Prometeu de sua rebeldia culpável.[10] Themis, a deusa da justiça, tem sido, desde a antiguidade, representada sob a figura de uma mulher que porta numa mão a balança e noutra a espada.

"A justiça sem a força", lembrou Pascal, "é impotente; a força sem a justiça, tirânica. A justiça sem a força é contradita, porque há sempre pessoas más; a força sem a justiça é acusada. É mister, portanto, juntar a justiça à força e, para tanto, fazer com que o justo seja forte, ou o forte seja justo".[11]

Ou, como assinala Camões:

> Quem faz injúria vil e sem razão,
> Com forças e poder em que está posto,
> Não vence, que a vitória verdadeira
> É saber ter justiça nua e inteira.[12]

De sua parte, Max Weber, ao distinguir a força (*Macht*) do senhorio (*Herrschaft*), salientou que o titular deste último jamais pode satisfazer-se com o fato puro e simples da obediência de seus subordinados. Ele procura sempre, de uma forma ou de outra, obter a confiança dos subordinados.[13]

Analogamente, o controle do poder faz-se de modo objetivo e subjetivo. Pode-se evitar o abuso de poder pela distinção de competências, como preconizaram Locke e Montesquieu, ou pela separação física de forças ou recursos materiais.

Este último modo de controle do poder é o mais apropriado no campo militar. Durante a nossa *Velha República*, o governo federal só não conseguiu intervir nos três Estados que dispunham de uma força militar respeitável, capaz de se opor ao Exército nacional: São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Como lembrado acima, o golpe de estado ensaiado pelos três ministros militares, em 1961, só não teve êxito, porque o III Exército, no Rio Grande do Sul, recusou-se a aderir.

Sob o aspecto subjetivo, a existência de uma justificativa social, representada pela aceitação majoritária do poder pelo povo, está na base da moderna teoria da legitimidade. Cada regime político tem a sua própria justificativa ética ou razão de ser; ou, como preferiu dizer

[10] Veja-se a tragédia Prometeu Acorrentado de Ésquilo, versículo 13.
[11] Pensées, ed. Brunschvicg, nº 298.
[12] Os Lusíadas, canto X, estrofe LVIII.
[13] "Keine Herrsachaft begnügt sich, nach aller Erfahrung, freiwillig mit den nur materiellen oder nur affektuellen oder nur wertrationalen Motiven als Chance ihres Fortbestandes. Jede sucht der Art der beanspruchten Legitimität zu erwecken und zu pflegen" (Wirtschaft und Gesellsachaft, 5ª ed. revista, Tübingen, J.C.Mohr, 1985, pág. 122).

Montesquieu, um princípio que anima a sua natureza. Esse princípio, para o grande pensador francês, seria, na república ou na democracia, a **virtude**, entendida como "amor da pátria, isto é, amor da igualdade"[14] ; na monarquia, a **moderação** ou a **honra**; no regime despótico, o **medo**.[15]

Seja como for, bem se vê, nessa classificação um tanto formalista de Montesquieu, que nenhum regime político funciona sem que o povo respeite os governantes. Se esse respeito, nos regimes despóticos, é fundado no temor da repressão, nos demais regimes ele é todo feito de confiança.

Aí está o grande fator de equilíbrio na organização política, como já havia salientado Confúcio, muitos séculos antes:

Zigong: Em que consiste governar?

O Mestre: Em cuidar para que o povo tenha víveres suficientes, armas bastantes e para que ele confie nos governantes.

Zigong: E se fosse necessário dispensar uma dessas três coisas, qual seria ela?

O Mestre: As armas.

Zigong: E das duas outras, qual seria dispensável?

O Mestre: Os víveres. Desde sempre, os homens são sujeitos à morte. Mas sem a confiança do povo, não há ordem política que subsista.[16]

É exatamente por isso, que os regimes fundados preponderantemente na força são todos, apesar das aparências, fracos. E é também por isso, que as classes dominantes, hoje, tomaram consciência de que um dos pressupostos indispensáveis à permanência no poder, numa sociedade de massas, é o controle dos meios de comunicação de massa; pois são eles que logram forjar, em grande parte, aquele elemento essencialmente mutável, que denominamos **opinião pública**.

Ora, o que se viu, durante todo o regime constitucional instaurado em 1946, foi, de um lado, a inexistência de uma soberania popular efetiva, dotada de instrumentos jurídicos de controle da ação dos governantes. Ao povo, só coube votar em candidatos escolhidos previamente pelos partidos, sem poder destituí-los em caso de perda de confiança (recall) e sem o direito de impor sua vontade aos governantes por meio de plebiscitos e referendos. O recurso ao povo, mediante a consulta plebiscitária de janeiro de 1963, foi uma exceção à regra do mando oligárquico, possibilitada unicamente pelo fato de sua divisão interna.

De outro lado, tivemos – e continuamos tendo – manifestações de confiança popular, não no regime político, mas tão-só em governantes determinados: naquela época, Getúlio Vargas e Juscelino Kubitschek.

---

[14] Foi esta a explicação dada por Montesquieu, na Advertência preliminar que fez publicar após as primeiras edições do Espírito das Leis, aos que o acusaram de negar a existência de virtude no regime monárquico.

[15] De l'Esprit des Lois, Livro III.

[16] Entretiens de Confucius, livro XII, 7, tradução do chinês, introdução e notas de Anne Cheng, Éditions du Seuil, Paris, 1981, pág. 97.

Deparamo-nos aí, mais uma vez, com dois traços salientes de nossa mentalidade coletiva, em todos os tempos: a **cultura da personalidade**, isto é, o apego a pessoas e não a instituições ou protocolos, e o **espírito cordial**, ou seja, uma orientação de vida norteada pelos sentimentos e não pela fria razão.[17] Para a massa do povo, bom governante é aquele com quem se pode manter relações, reais ou falsas, de aproximação e quase intimidade; não é o administrador racional e distante. O povo tinha manifesta empatia com *Gegê, o Pai dos Pobres*, e com JK, o otimista construtor de Brasília. Não tinha empatia alguma com os chefes militares e os políticos conservadores.

À época, as massas populares permaneceram impermeáveis às ideologias políticas, as quais, ao contrário, continuaram a encantar os intelectuais, sobretudo quando expressas em formas fixas e leis genéricas, que dispensam todo esforço de raciocínio e compreensão da realidade, necessariamente complexa e cambiante. Foi o que sucedeu com o positivismo e o marxismo, entre nós. Ao contrário, o integralismo, mais adstrito a símbolos e manifestações teatrais, no estilo tradicional das procissões religiosas, e fundado na veneração de um líder máximo, *alter ego* de um cacique tribal, não deixou de atrair multidões, mais fascinadas do que convencidas; e, por isso, feneceu rapidamente, com a derrota do fascismo no qual se inspirara.

Dir-se-á, no entanto, que os líderes do movimento de 1964 arregimentaram militares, religiosos, empresários e latifundiários com muita propaganda ideológica, à qual os militantes da esquerda responderam com ideologias contrárias. É verdade, mas aqueles defendiam seus privilégios e propriedades, enquanto estes acabaram, em grande parte, por sacrificar o seu futuro, quando não a própria vida. O resultado é que a massa do povo assistiu naquele momento, sem compreender, ao confronto de idéias, parecendo perguntar como o burro da fábula: Não terei a vida toda de carregar a albarda?

Em suma, por força do pronunciado descompasso entre a nossa vida política e o texto formal da Constituição de 1946, os seus preceitos vigoraram despidos de efetividade, sobretudo no terreno profundamente minado das relações entre o poder civil e a força militar.

Lições para o tempo presente

Das três questões fundamentais que puseram em xeque o regime constitucional de 1946, duas delas – a inaptidão do Estado a promover o desenvolvimento nacional e a ausência de reforma agrária – permanecem irresolvidas e continuam a ensombrecer o futuro do país na vigência da Constituição de 1988.

A organização das funções e poderes estatais permanece alheia às exigências modernas de previsão e planejamento na elaboração e condução das políticas públicas. O Poder Executivo continua hegemônico e concentrador de atribuições, mas desenvolve suas atividades no curto prazo do mandato de seu chefe, em busca de resultados fáceis e vistosos, que garantam a vitória nas próximas eleições. Essa tendência, que é uma constante de nossa vida política, ganha força atualmente com o predomínio do capitalismo financeiro, fundado na rápida circulação de riquezas, com a superposição de títulos especulativos, cuja vinculação aos valores materiais de origem torna-se cada vez mais remota. Continuamos à espera da criação de um órgão estatal

[17] *Cf. Sérgio Buarque de Holanda, op. cit., capítulos I. e V.*

de planejamento, que seja autônomo em relação ao Poder Executivo e trabalhe no longo prazo, com a participação efetiva dos setores diretamente interessados da sociedade civil.

A política de injusta distribuição da renda nacional continua a aprofundar a desigualdade. Ao contrário do que sucedeu durante o período de vigência da Constituição de 1946, o Banco Central tornou-se autônomo em relação à presidência da República, ainda que essa autonomia não tenha sido inscrita no texto constitucional. Além disso, o Congresso Nacional aprovou, em 2000, a Lei Complementar nº 101, que instituiu regras precisas de responsabilidade fiscal em todas as unidades da federação.

Mas o reverso dessa moeda é negativo. Durante os últimos governos, a política de moeda e de crédito deixou de ser instrumental, para tornar-se uma verdadeira finalidade pública, à qual devem submeter-se todas as demais políticas. Demais, o endividamento público passou a substituir largamente a arrecadação de recursos financeiros por meio de impostos. O serviço da dívida pública – pagamento de juros e amortização do capital – atingiu proporções gigantescas: cerca de 7% do PIB. Para se ter uma idéia aproximada do que isso significa em termos de repartição da riqueza nacional, é preciso considerar que, nos últimos exercícios financeiros, as parcelas pagas aos portadores de títulos públicos de dívida têm representado o quádruplo das despesas totais com o custeio do SUS – Sistema Único de Saúde, e mais de treze vezes o gasto anual com o Bolsa Família, durante o governo Lula.

Quanto ao Poder Legislativo, ele tende a representar cada vez menos o povo no seu conjunto. Em primeiro lugar, porque desde a Constituição de 1891 dividimos o povo em unidades federadas, profundamente desiguais em densidade demográfica e situação sócio-econômica. Em segundo lugar, porque o corpo de representantes do povo continua dominado majoritariamente, em razão do nosso defeituoso sistema eleitoral, por parlamentares ligados às oligarquias locais, ou sustentados na vida pública pelo poder econômico privado.

Em suma, a relação de confiança política continua, até hoje, a ser pessoal e não institucional. Ela pode ser incrementada com um programa de assistência social inteligente e eficaz, como sucedeu nos dois mandatos do Presidente Lula. Mas esta não é, por certo, uma garantia do desenvolvimento nacional, exigida pela Constituição de 1988 (art. 3º, II). É muito mais fácil e produz melhores resultados eleitorais distribuir uma média de R$100,00 por mês a cada família pobre o país, do que abrir postos de emprego formal para os mais de dois milhões de jovens que entram, todos os anos, no mercado de trabalho.

No tocante à reforma agrária, muito embora a Constituição em vigor a tenha tornado impositiva, esse dever fundamental do Estado tem sido mediocremente cumprido nos últimos vinte anos. A principal razão para esse resultado insatisfatório é, ainda uma vez, o atrelamento das políticas públicas exclusivamente ao governo, que exerce poderes discricionários na execução do orçamento e atua sempre no curto prazo, sem previsão nem planejamento adequados. O resultado é que, nos últimos anos, tem crescido a prática da escravidão agrícola, bem como o desalojamento de famílias de lavradores. Além disso, tem aumentado vertiginosamente a área total de terras adquiridas por estrangeiros, e vêm se multiplicando os conflitos oriundos da apropriação irregular de terras habitadas por indígenas.

Isto, sem falar no fato de que a questão agrária, hoje, já não se confina à necessidade de uma justa redistribuição da terra agrícola, mas vincula-se, sempre mais, ao dever fundamental do Estado de preservar o meio ambiente, impedindo os desmatamentos criminosos.

Ora, para surpresa geral, a questão das relações entre o poder civil e as forças militares, que ocupou a maior parte da cena política no período compreendido entre 1946 e 1964, volta à ordem do dia. Até há pouco, tinha-se a impressão de que se tratava de um problema superado com o advento da Constituição de 1988. Foi só com o atual debate sobre o alcance da lei de anistia de 1979, que se percebeu ter o conflito permanecido em estado latente, pronto a ressurgir a qualquer momento. Esquecemo-nos de que a lei de anistia foi negociada pelos últimos governos militares com o Congresso Nacional, como condição para se permitir a reconstitucionalização do país. Para o estamento militar, deixar de considerar anistiados os companheiros de farda que reprimiram criminosamente os opositores políticos, durante o regime castrense, seria quebrar os termos da negociação efetuada sob os governos de Ernesto Geisel e João Baptista Figueiredo. Saberemos vencer essa resistência, de modo a cumprir integralmente os deveres fundamentais decorrentes do sistema mundial de direitos humanos?

A primeira condição, para tanto, é vencer o tradicional regime oligárquico, reconhecendo ao povo brasileiro aquela *soluta potestas* de que falava Bodin; ou seja, uma soberania efetiva e não meramente retórica. Ora, isto implica, antes de mais nada, em quebrar o monopólio do Congresso Nacional de alterar a Constituição. Afinal, que soberania é essa, que não permite ao seu titular decidir, em última instância, sobre mudança constitucional alguma? Que democracia é essa, na qual o povo não tem nem mesmo o poder de iniciativa de emendas constitucionais; não tem o direito de votar em referendos e plebiscitos sem autorização dos seus representantes, nem o poder de destituir os mandatários que elegeu?

Essas as indagações capitais que devem ser feitas ao país pelas entidades cujo dever estatutário consiste em defender o Estado Democrático de Direito, como é o caso da Ordem dos Advogados do Brasil.

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967 E A EMENDA Nº 1, DE 1969

Valmir Pontes Filho

1. Constituição

A Constituição, para o Direito, revela o modo de ser do Estado. Vem a ser a lei fundamental, criadora do ente estatal e expressão de sua soberania. Deixadas de lado abordagens sociológicas, políticas ou históricas, o Estado vem a ser o seu próprio ordenamento jurídico, no topo do qual se encontra a Constituição, sendo esta, por sua vez, a norma fundamental que dá validade a todas as demais regras que compõem o dito ordenamento. O Direito, portanto, como instrumento de controle da vida social, se revela como uma estrutura escalonada de normas jurídicas. E as normas, por sua vez, só serão jurídicas se se acoplarem ao ordenamento, buscando em normas jurídicas de hierarquia superior - até que se chegue à Constituição - o seu fundamento de validade. Nisso, reside, afinal a unidade do Direito[1].

Formalmente, pois, Constituição é a norma jurídica de máxima hierarquia do sistema, que dá estrutura orgânica ao Estado. Carl Schmitt, todavia, também reconhece a diversidade de sentidos dessa expressão: *"... en una acepción general de la palabra, todo e cualquier hombre y cualquier objecto, cualquier estabelecimiento y cualquier asociación, se encuentra de alguna manera en una 'constitución', y todo lo imaginable puede tener una 'constitución'... Si se quiere llegar a una inteligencia hay que limitar la palabra 'constitución' a Constitución del Estado, es decir, de la unidad política de un pueblo"* [2].

Paulo Bonavides, de igual modo, admite que o termo Constituição *"... abrange toda uma gradação de significados, desde o mais amplo possível - a constituição em sentido etimológico, ou seja, relativo ao modo de ser das coisas, sua essência e qualidades distintivas - até este outro em que a expressão se delimita pelo adjetivo que a qualifica, a saber, a Constituição política, isto é, a Constituição do Estado"* [3]. Já para Afonso Arinos de Melo Franco, *"... depreende-se que o conceito de Constituição é variável, segundo for ela considerada do ponto de vista político ou estritamente jurídico. No primeiro caso, ela se confunde com o conjunto institucional do Estado, a sua forma, o seu Governo, em suma, todo o complexo normativo e costumeiro referente ao poder político e organizado de determinada nação.... No segundo caso, é o documento especial em cujo texto se encontram reunidas as normas superiores as ordenação jurídica do Estado"* [4].

São modos especialíssimos de ver as coisas, nem certos nem errados, mas apenas compreensíveis na medida em que também se compreendam os critérios utilizados para fazer

---

[1] É a seguinte a lição de Kelsen: "A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial de supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinação daquela é inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas uma ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora" (Teoria pura do direito, Coimbra, A. Amado, 1979, p. 310).

[2] Teoria de la constitución, México, Ed. Nac., 1966, p. 3.

[3] Direito constitucional, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 57.

[4] Direito constitucional, Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 113.

as distinções apontadas por tão autorizados autores. Há, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16), disposição segundo a qual "... não haverá Constituição onde não houver separação dos poderes e nem estiverem assegurados os direitos individuais". Assim, todavia, não me parece sejam as coisas. Esses requisitos, sem dúvida necessários para que haja uma "boa Constituição", não precisam estar presentes para que se constate a existência jurídica de uma Constituição. Mesmo num país em que não haja a "separação dos poderes", nem se garantam os "direitos individuais", haverá, sim, Constituição, ainda que ruim e digna de repulsa. Buscando formular conceito simples e completo de Constituição, Tagle Achával, em verdade, constrói vários, todos de elevada significação e encerrando o mesmo conteúdo: *"... Constitución es la norma que prescribe como se hacen las normas, en una comunidad... es la norma (genus proximus) que contiene las maneras de hacer las normas en una comunidad (diferencia especifica)... es la norma que prescribe quien hace la norma, cómo se hace la norma u qué puede ser objeto (contenido) de una norma... es la norma que prescribe cómo se cumplen los momentos legislativo, ejecutivo y judicial, de las normas en una comunidad... es la norma que prescribe cómo se hace el orden jurídica de una comunidad"* [5].

Há quem resista tenazmente a essa concepção, considerada formalista ao extremo. Dalmo de Abreu Dallari, em brilhante artigo intitulado "Constituição e Constituinte", se insurge contra os autores que *"... se apegam a aspectos exteriores, considerando Constituição o documento que apresenta certa aparência ou que tem superioridade dentro do sistema jurídico... uma variante dessa colocação é a concepção da Constituição como lei maior e fonte de todo o Direito. Segundo esse ponto de vista, não se pode discutir a legitimidade da Constituição ou a sua conformidade à realidade social. Desde que um governo impõe um documento como Constituição e tem força para obrigar o povo a obedecer, não há contestação possível"* [6]. Com todo o respeito pela opinião do prestigiado autor, entendo que há, sim, "contestação possível", só que sob a forma de *resistência política* à ordem constitucional imposta de modo não democrático. Tal contestação, porém, será considerada, sob o aspecto estritamente jurídico, contrária à Constituição. E se esta se mostra desconforme com a "realidade social", no máximo se poderá dizer que ela, a Constituição, tenderá a ser ineficaz e a ser substituída por outra. Dalmo, todavia, prefere ver a Constituição como *"... a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando à proteção e à promoção da dignidade humana* [7]*, estabelece os direitos e responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo"* [8].

Elogiável essa postura humanista, sem dúvida. Forçoso é reconhecer, porém, que nela se deu excessivo valor ao que está antes e por detrás da norma constitucional. Ao jurista há de importar, especialmente, o conceito jurídico de Constituição, embora reconhecendo ser ela

[5] *Derecho constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1976, p. 92, tomo I.*
[6] *Artigo citado, pp. 18/19.*
[7] *Schmitt já havia afirmado ser a Constituição uma "decisão política fundamental", embora não necessariamente do povo, que nem sempre está no exercício do poder; já quanto à "dignidade humana", certamente a concepção de Dalmo e deste autor da expressão não divergem... mas o mesmo não se poderá dizer quanto a outras pessoas, de diferentes formações étnico-culturais, por exemplo.*
[8] *Artigo citado, pp. 21/22.*

regra de conteúdo eminente político. E mais uma vez nos valemos da oportuna observação de Temer: *"... é Hans Kelsen quem demonstra, sob esse foco, o que é a Constituição. Ao fazê-lo, evidencia o que é o Direito, ressalta a diferença entre o Direito e as demais ciências, sejam as naturais, sejam as sociais. Enfatiza que o jurista não precisa socorrer-se da sociologia ou da política para sustentar a Constituição. A sua sustentação encontra-se no plano jurídico. O sociólogo e o politicólogo podem estudar a Constituição sob tais ângulos, mas as suas preocupações serão outras (sociológicas, políticas). O cientista do Direito busca soluções no próprio sistema normativo. Daí por que buscará suporte para a Constituição num plano puramente jurídico"* [9].

Já ficou dito que uma norma só pertence ao ordenamento, ou seja, só é jurídica, se encontrar fundamento de validade em outra norma jurídica superior, até que, finalmente, encontre suporte constitucional. Este o pensamento do Mestre de Viena, concluído com a assertiva de que a Constituição, colocada no topo da pirâmide do Direito, também encontra fundamento (lógico) de validade em outra norma: *a norma hipotética fundamental*. Esta última não está posta no sistema, mas pressuposta em plano lógico-jurídico, e cujo comando vem a ser, simplesmente, o *obedeça-se ao que está estabelecido na Constituição*.

Não me parece adequado afirmar, portanto, que só seja *lei* (no sentido largo do termo) aquela que for justa e legítima. A semelhança ou dessemelhança entre os vocábulos *juridicidade e legitimidade*, quer do ponto de vista léxico, quer sob o ângulo jurídico, é assunto a comportar sérias discussões. Não são poucos os que lhe emprestam idêntico significado. Em Aurélio, por exemplo, pode-se ler: "Juridicidade: qualidade ou caráter de jurídico, conformação ao Direito, legalidade ou licitude...; Legalidade: qualidade ou estado de legal, conformidade com a lei, legitimidade;... Legitimidade: qualidade ou estado de legítimo, legitimidade". Vê-se, aí, que o dicionarista deu às expressões idêntico significado, tal qual o fazem, infelizmente, alguns estudiosos do Direito, incorrendo esses, no meu modesto entender, em lamentável engano.

Para um melhor entendimento é necessário, antes de mais nada, estabelecer os limites da *legalidade*: no campo do legal está tudo aquilo que é expressamente permitido ou obrigatório pela norma jurídica. No da *ilegalidade*, tudo o que está proibido pela regra de Direito. Já no da *licitude*, o que não é expressamente permitido, obrigatório nem proibido pela lei. Nesse primeiro enfoque, não há perquirir se a norma é ou não *justa*, ou se atende ou não aos fatos ou interesses sociais correspondentes. Se, num Estado soberano, uma norma jurídica entra em vigor (obedecido, é claro, o processo legislativo constitucionalmente adotado), tudo o que se fizer de acordo com essa norma será legal, assim como tudo o que a contrariar será ilegal. Entretanto, se se for atrás de saber se a norma atende aos mais lídimos interesses da coletividade, ou, mais ainda, se o processo legislativo adotado para a feitura daquela norma foi ou não estabelecido por uma Constituição resultante do exercício de um Poder Constituinte democrático (popular), estar-se-á, então, em seara diversa: a da *legitimidade*, que representa, em verdade, uma instância de valor da norma.

O mesmo se diga se se for verificar se a mesma regra atende ou não, segundo os particulares convencimentos de cada um, aos preceitos de *justiça*. Nem tudo que é legal é legítimo e justo.

[9] *Ob. cit., p. 20.*

Legal é tudo quanto esteja conforme a lei, a norma de Direito. Legítimo, por outro lado, é apenas aquilo que atenda às aspirações da comunidade a que a norma é destinada, inclusive por haver sido elaborada de acordo com os procedimentos que essa própria comunidade, de forma democrática, estabeleceu (juridicamente) fossem cumpridos na sua formulação. Tratando do assunto, Tagle Achával, Professor de Direito Constitucional da Universidade de Córdoba, começa por dizer que no âmbito do Direito Constitucional se manejam freqüentemente estes conceitos (legalidade e legitimidade), em razão do que é necessário, no estudo científico da disciplina, tê-los bem esclarecidos e diferenciados: *"... lo que no es legal, se sostiene, no es legitimo. Este falso concepto es consecuencia, a su vez, de la concepción racional-normativa. Aunque también sea cierto que la legalidad entra como componente de la legimitidad, en alguma medida... la legitimidad es la cualidad que tiene el Poder del Estado cuando pode invocar en su favor es estar fundado en una ideologia politica vigente, siendo capaz de mantener el orden por consenso, o por tolerancia pasiva, sin descontar tambiém una cuota de fuerza para lograrlo"*[10]. Alargando um pouco o pensamento do autor, ter-se-á que a norma legítima é aquela que esteja de acordo com a ideologia política majoritária, sendo capaz de impor a ordem não apenas em razão de sua força coercitiva, mas porque é aceita como adequada às aspirações da comunidade a que ela se dirige.

Ainda sem fugir do tema, examine-se o problema da juridicidade e da legitimidade sob o prisma da formação da Constituição. Entendido o Poder Constituinte como a *vontade política*, anterior ao próprio Estado, capaz de gerar uma Lei Constitucional e que pode ser exercido, de fato, tanto por governante que a elabore e faça vigorar autocraticamente, como por Assembléia Constituinte eleita livre e democraticamente para o fim de criar a Constituição, somente neste último caso a ordem constitucional criada seria legítima. Uma Constituição é norma jurídica, mas não necessariamente legítima. A sua legitimidade dependerá da sua adequação à vontade política do grupo social a que ela se dirige. Mas Poder Constituinte, ainda que ilegítimo, gerará, inelutavelmente, uma Constituição e, subsequentemente, uma ordem legal que nela haverá de encontrar seu fundamento de existência ou validade.

Imagine-se, pois, uma Constituição "dogmática", ou seja, aquela criada com base em dogmas ou idéias políticas vigorantes em dado momento histórico (federalismo, republicanismo, presidencialismo, liberalismo econômico ou intervencionismo estatal etc.): todas as normas inferiores deverão estar, sob o aspecto material, compatíveis com esses dogmas, transformados em princípios constitucionais. E, uma vez elaboradas segundo o processo legislativo estabelecido, serão, de igual modo, formalmente adequadas à Constituição. De sua legalidade ou juridicidade não se duvidará. Resta indagar, porém, mas aí num plano metajurídico, a respeito da legitimidade de todo o ordenamento, inclusive da Constituição.

Se o Poder Constituinte foi exercido de forma democrática (por meio de uma Assembléia Popular Constituinte, por exemplo), tanto a Constituição como todas as demais normas produzidas com base nela gozarão de legitimidade, porque a representar a vontade popular. Mas o próprio critério de aferição da legitimidade poderá sofrer gradações. Digamos que um projeto de Constituição, elaborado por representantes do povo, reunidos em Assembléia Constituinte, seja submetido, ainda, a plebiscito. Parece-nos este processo ainda mais legítimo do que aquele que suprime a aprovação plebiscitária. Vale transcrever, a respeito, trecho da famosa "Carta aos Brasileiros", que teve no Prof. Goffredo Telles Silva Jr. seu principal redator: *"... Toda lei é legal, obviamente. Mas nem toda lei é legítima. Sustentamos que só é legítima a lei provinda de fonte legítima. Das leis, a fonte legítima primária é a comunidade a que elas dizem respeito...*

[10] *Ob. cit., p. 141.*

A fonte legítima secundária é o próprio legislador... Mas o legislador e os órgãos legislativos somente são fontes legítimas das leis enquanto forem representantes autorizados da comunidade".

O Estado é, por um lado, o ente resultante de uma norma constitucional e, ao mesmo tempo, órgão do qual emanam as normas do Direito. Eis, a respeito, a lição de Santi Romano: *"... A opinião, muito difundida, que pretende que o Estado seja um prius perante o Direito, um ente que por si não seria jurídico, mas que criaria o Direito, uma simples fonte deste último, é inadmissível... sua primeira afirmação é dada pela própria Constituição, sem a qual ele nem mesmo existiria, e é esta Constituição que determina o poder de ditar normas"*[11].

Cumpre ainda aludir à preocupação dos estudiosos sobre se existem, na Constituição, matérias ou assuntos substancialmente ou só *formalmente* constitucionais. Segundo o magistério de Paulo Bonavides, *"... do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição de competências, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição... Em suma, a Constituição, em seu aspecto material, diz respeito ao conteúdo, mas tão-somente ao conteúdo das determinações mais importantes, únicas merecedoras, segundo o entendimento dominante, de serem designadas rigorosamente como matéria constitucional"*[12]. Daí que as demais prescrições constitucionais, embora inseridas no Texto Maior, seriam só *formalmente constitucionais*, no sentido de que mereceriam essa qualificação apenas pelo motivo de fazerem parte, eventualmente (mas por decisão política superior do legislador constituinte), da Constituição. E por Constituição "formal" se deve entender, segundo José Afonso da Silva, *"... o peculiar modo de existir do Estado, reduzido, sob forma escrita, a um documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte"*[13], ou seja, um texto determinado, a que se dá o título de Constituição, e que passa a gozar de supremacia em relação às outras normas, mas que pode até mesmo englobar matérias *"... que não se reportem aos pontos cardeais da existência política, a saber, à forma de Estado, à natureza do regime, à moldura e competência do poder, à defesa e exercício da liberdade"*[14].

Esta é, enfim, uma questão que não deve preocupar, já que a Constituição, para assim ser considerada, é *rígida*[15] e, portanto, não distingue, no que concerne à sua supremacia em relação às demais normas do ordenamento, entre as matérias sobre que versam seus dispositivos (salvo para, quanto a algumas delas, submetê-las a uma rigidez de grau máximo). Tudo o que nela está é matéria constitucional, não importando perguntar se se está, por exemplo, limitando o poder estatal ou regulando o divórcio. Qualquer que seja o dispositivo constitucional, só poderá ele ser modificado (com exceção dos excepcionalmente infensos a qualquer alteração) mediante processo especial e solene, previsto pela própria Constituição.

2. O Poder Constituinte

Sob tais premissas, enfim, é que se deve enxergar o Poder Constituinte, que outra coisa não é senão a capacidade, incontrastável e insubmissa a qualquer regramento jurídico anterior, de

[11] *Princípios de direito constitucional geral, São Paulo, RT, 1977.*
[12] *Ob. cit.*
[13] *Ob. cit., p. 41.*
[14] *Ob. cit., pp. 57/58.*
[15] *Adiante se tratará do problema com mais detença, especialmente na abordagem do tema relativo ao controle da constitucionalidade das leis.*

produzir a Constituição, norma de maior hierarquia do sistema jurídico de um Estado soberano e que serve de fundamento para todas as demais manifestações normativas, estatais ou não. Daí tratar-se ele, como assinalado no tópico anterior, de uma *força* ou *capacidade* de índole política, é dizer, não sujeita a quaisquer regras jurídicas pretéritas que lhe gizem a atuação, quer quanto à forma, quer quanto ao conteúdo. Cumpre observar que esse poder é necessariamente *originário*, donde se concluir ser pleonástica a expressão "poder constituinte originário". Se é constituinte, o é por ser originário. E é originário exatamente por ser constituinte.

Eis o motivo pelo qual se pode asseverar que o eventual exercente do poder constituinte tem o condão de incluir no Texto Constitucional que está a produzir as prescrições que considerar adequadas, independentemente do que os sistemas jurídicos pretéritos hajam disposto. Nenhuma normatização jurídico-positiva anterior lhe cerceará ou induzirá a vontade e o agir, exatamente porque a ele é que cabe, em caráter originário, editar a Lei Suprema de um dado Estado.

Questão bastante discutida tem sido a pertinente à titularidade desse poder constituinte. Mas ela, definitivamente, não pode ser respondida pelo Direito, por uma única e simples razão: a ordem jurídico-positiva não é capaz, sob o ponto de vista lógico-normativo, de estabelecer prescrições no sentido de indicar a quem caberá a tarefa de inaugurar a que lhe vai suceder, criando, conseqüentemente, um novo Estado soberano. Nenhuma Constituição, enfim, irá antecipar sua própria morte, dizendo em que condições ou em qual momento se dará a elaboração de uma outra, capaz de promover a sua revogação. Seria desarrazoado, com efeito, supor que a vigente Constituição brasileira (de 5 de outubro de 1988) cuidasse de prever, de molde a estimular ou impedir, a deflagração de um movimento revolucionário popular ou de um golpe de estado, qualquer deles destinados a varrer do mapa as instituições político-jurídicas que ela mesma, Constituição, engendrou.

Revoluções e golpes, enfim, acontecem ou não, independentemente das estipulações constitucionais a respeito. São episódios político-sociais – a importar, no feliz dizer de Lourival Vilanova, uma ruptura na continuidade jurídica -- que não podem, por imperativo de ordem lógico-jurídica, repita-se, estar normativamente estabelecidos na Lei Suprema de país nenhum do mundo, em época alguma. E caso existam tais previsões normativas, serão elas inócuas. Neste sentido é a sempre segura lição do mestre Paulo Bonavides, para quem é impossível *"... conter, debaixo de certos limites, nos moldes de uma Constituição, o poder constituinte. Seu exercício, visceralmente político, não se sujeitaria, por natureza, a confinar-se dentro das fronteiras jurídicas traçadas pelo texto constitucional"*[16]. Afinal, se uma tentativa revolucionária restar frustrada, seus protagonizadores deverão, segundo a ordem jurídica vigente, sofrer as punições nela previstas. Caso, todavia, for vitoriosa, dela brotará uma nova ordem, à qual os defensores da que lhe antecedeu se devem dobrar[17].

Na esteira do pensamento de Paulo Bonavides, deve-se entender como revolução um movimento tendente a substituir uma dada ordem constitucional positivada por outra, preferida pelos revolucionários. Essa revolução não será necessariamente armada e sangrenta: se optar por caminhos não violentos, dir-se-á uma "revolução branca", em princípio legítima,

[16] "Curso de Direito Constitucional, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 130.

[17] Quando a nossa atual Constituição (de 1988) se atreveu a dispor, em seu art. 5º, XLIV, que "constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático", outra coisa não fez senão uma tentativa política de inibir tais ações; se estas, entretanto, ocorrerem e restarem vitoriosas – mesmo atentando contra a ordem constitucional e o Estado democrático – é evidente que não se poderá cogitar da aplicação de sanções aos insurgentes; a estes, enfim, é que caberá a inauguração de uma nova ordem jurídica.

posto que merecedora do apoio popular. Já a revolução armada poderá não sê-lo, assim como em princípio não são legítimos os "golpes de estado", embora pretensamente desferidos em nome do "interesse popular" ou "nacional".

Precisas, a respeito, as lições de Lourival Vilanova: *"... a revolução muda a Constituição, descontinua o processo de criação do direito, instaurando Constituição nova... No intertempo de uma Constituição que fenece e uma outra Constituição que surge, para preencher o vazio de governo (anarquia) e o vazio de normas (anomia), instala-se o governo-de-fato. O processo de poder personifica-se no governo provisório, emergente do processo revolucionário. No processo revolucionário mesmo já se forma a elite dirigente... processo que é de dinâmica sociológica. O poder toma a forma de governo-de-fato porque não tira sua legitimidade (no sentido de validade) na ordem jurídica anterior. Desfeita a ordem jurídica anterior, nenhum critério normativo o qualifica como fato jurídico, lícito ou ilícito"*[18]. Em irrepreensível linha de raciocínio, continua o alumiado jusfilósofo pernambucano: *"... A revolução é um processo de mutação jurídica que não se comporta em limitações de um ordenamento, por isso que é a retomada da força. Dentro do ordenamento vigente, a força pressupõe infringência de uma norma e vem, por isso, como sanção, que é, assim, sempre condicionada à realização do antijurídico. A revolução desfaz os tipos de antijuridicidade, antes os quais seria a conseqüência sancionadora. É a força, pois, sem ser a sanção do antijurídico... Desfazendo toda tipificação normativa, do lícito e do ilícito - por isso é revolução - da conduta, a revolução se coloca sobre o ordenamento vigente e antes do ordenamento a ter vigência. Nunca está dentro do ordenamento"*[19].

O Poder Constituinte, enfim, segundo Tagle Achával - *"... pressupõe uma situação jurídica virgem, diríamos, em que não há Estado nem, por conseqüência, ordem jurídica que o sustente. Em tal caso estamos diante do que temos chamado uma situação política 'pura', em que o poder constituinte é soberano, já que não há sobre ele órgão jurídico algum que possa revogar sua decisão, e é ilimitado no sentido de que tem poder para elaborar a constituição com os conteúdos que entenda procedentes, sem limite jurídico algum"*[20].

Quanto ao exercício do *poder originário* cabe, sim, discutir a sua legitimidade. Se ele o houver sido pelo povo, diretamente ou por seus representantes, eleitos para esse específico fim (o de elaborar uma nova Constituição), dir-se-á que esse exercício foi formalmente legítimo[21]. Caso o tenha sido por um ditador ou por grupo oligárquico, armado ou não, que haja empalmado o poder à revelia da vontade popular, assegurar-se-á que o seu exercício se deu de forma ilegítima. Mas a discussão não se afigura tão simples assim, desde que se levem em conta certas variantes. Poder-se-á chamar de ilegítimo o exercício do poder constituinte pelos que tenham integrado a cúpula de um movimento revolucionário armado, mas deflagrado com

---

[18] "Teoria Jurídica da Revolução", 1979. Separata do Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, os.3,4,7 e 8.

[19] Ob. Cit, p.13.

[20] "Derecho Constitucional", Depalma, Buenos Aires, 1976, p.112 (tradução livre do espanhol, feita pelo autor).

[21] Há quem, como o eminente Prof. José Afonso da Silva, seja sobremodo exigente quanto a isto: "... o problema dos procedimentos de formação de uma constituição democrática diz respeito aos modos de exercício do poder constituinte. Este é um poder que pertence ao povo, que tem de exercê-lo direta ou indiretamente. Descartemos, desde já, as formas autocráticas de fazer uma constituição: os processos de outorga constitucional. Pois não são formas democráticas, não constituem modos de exercício do poder constituinte, que tem como único titular o povo. A outorga constitucional é forma de usurpação do poder constituinte do povo" ("Poder Constituinte e Poder Popular", Malheiros, São Paulo, 2.000, p.70). Não há como discordar de José Afonso, sob o ângulo político-ideológico. Mas, juridicamente falando, temos opinião diversa.

nítido apoio popular? Talvez não. De outra sorte, essa legitimidade originariamente adquirida é permanente ou poderá desgastar-se com o tempo, à custa da prática de atos arbitrários, de perseguição político-ideológica, com os quais não concorde o povo? De certo que sim.

A todos os que almejam a instauração de um Estado cujo governo se inspire nos moldes democráticos, só parecerá politicamente aceitável o exercício legítimo e pacífico do Poder Constituinte. Tal não significa dizer que isso sempre tenha de ocorrer, nem muito menos que sempre haja ocorrido, por mais que a idéia infelicite e desagrade aos amantes da liberdade e da democracia. Demais disso -- e a consideração igualmente tem seu viés político -- cumpre sustentar a tese, de irretorquível logicidade, segundo a qual a atividade constituinte jamais deverá ser delegada a qualquer dos órgãos constituídos (pela Constituição, obviamente), mas, sim, a um órgão constituinte (originário) exclusivo, a ser dissolvido após o cumprimento de sua missão. Assim elaborada a Constituição, a esta é que competirá dizer quais serão os órgãos (constituídos) de governo, como se dará a investidura de seus integrantes e quais virão a ser as suas funções, a serem exercidas sempre em nível infraconstitucional, mesmo quando se tratar de reformar a própria Constituição.

Parece-nos acertado, pois, afirmar que não existe, sob o ângulo estritamente jurídico, um "verdadeiro titular" do Poder Constituinte. A esta questão o jurista não pode dar resposta, exatamente por não dispor de manancial normativo para tanto. Afirmar o contrário seria partir de um pressuposto valorativo, ideológico (e subjetivo, portanto), sempre sujeito a críticas e contrafações. Será o Poder Constituinte, enquanto fenômeno político, exercido por quem dispuser, em dado momento e em certas circunstâncias fáticas, de força política suficiente para tanto, seja esta força de origem democrática ou não.

A afirmação não exclui, obviamente, o elogiável posicionamento político-ideológico de quem, sendo defensor dos princípios democráticos, entenda só ser desejável que seja o poder constituinte exercido, direta ou indiretamente, pelo povo.

3. A Constituição de 1967

Em nosso país, de história constitucional nada elogiável, há exemplos notórios e repetidos de exercício ilegítimo do poder constituinte. Basta recordar a primeira Constituição Imperial, outorgada por D. Pedro I após haver dissolvido a Assembléia Constituinte então formada, já que lhe ocorrera a curiosa (para dizer o mínimo) idéia de fazer uma Constituição que "... fosse digna do Imperador". Ou da Constituição de 1937, imposta por Getúlio Vargas e inauguradora do "Estado Novo", de nítida inspiração nazi-fascista.

Mas não é só, infelizmente. A Carta de 1967, aprovada a toque de tambores por um Congresso Nacional mutilado por cassações de vários de seus integrantes, representou, na verdade, uma infeliz tentativa de institucionalização do Golpe Militar de 1º de abril de 1964, com o qual a ordem constitucional democrática inaugurada em 1946 caiu por terra e a partir do qual se instaurou, no país, regime autoritário que perdurou, lamentavelmente, por mais de vinte anos. Foram os chamados "anos de chumbo", a ensombrarem nossa memória política.

Com efeito, a "Constituição Republicana"[22] de 15 de março de 1967 foi formalmente discutida, votada, aprovada pelo Congresso Nacional de então, reunido extraordinariamente e a quem o Comando Revolucionário outorgou essa tarefa constituinte, de caráter meramente homologatório.

Eis o que ocorreu, nas certeiras palavras de JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO[23]: *"O Marechal Castello Branco, então no exercício da Presidência da República e movido pela necessidade de 'dar ao País uma Constituição que, além de uniforme e harmônica, represente a institucionalização dos ideais e princípio da Revolução", editou o Ato Institucional nº 4, de 7-12-1966, mediante o qual convocou o Congresso Nacional para se reunir, extraordinariamente, de 12-12-1966 a 24-1-1967, com um único objetivo: discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição apresentado pelo Chefe do Poder Executivo".* Foi ainda mais explícito o eminente jurista, que hoje honra a nossa Corte Suprema: *"Ressalte-se, contudo que o Congresso Nacional, que deliberou sobre o referido projeto, não mais se apresentava como órgão revestido de legitimidade política, especialmente para esse efeito, tantas e tais as graves ofensas, como a arbitrária violência que sofrera por parte do comando revolucionário. Além disso, ao Congresso foi imposto o prazo exíguo (quarenta e dois dias) para o desempenho de suas funções constituintes".*

Tratou-se, portanto, de uma Constituição ilegítima, outorgada pelo Comando da chamada Revolução de 64, sendo acertado afirmar que a utilização, para tanto, de Congresso um Congresso manietado e vilipendiado, não lhe retirou a origem espúria nem lhe enobreceu o conteúdo.

Novamente me valho, pela precisão e concisão dos comentários ali contidos, da magnífica obra de CELSO MELLO, para quem a Carta de 67: *"... caracterizou-se pela excessiva centralização espacial de poderes na União, em detrimento das outras unidades federadas, circunstância que se revelou apta a descaracterizar a prática institucional do Estado Federal; instituiu a centralização orgânica, dando primazia ao Executivo sobre os demais Poderes do Estado; afetou a autonomia política dos Municípios, restringindo as hipóteses de eletividade dos Prefeitos pelo voto popular e direto; ... privou o povo do Distrito Federal de representação política na Câmara dos Deputados e extinguiu a representação dessa mesma unidade no Senado da República - note-se que todas as Constituições republicanas anteriores, com a só exceção da Carta de 1937, sempre dispuseram em sentido contrário; inovou o processo legislativo (explícita previsão das diversas espécies normativas, limitação da iniciativa parlamentar das leis, criação do mecanismo da aprovação ficta, tácita ou presumida mediante o só decurso de prazo etc.); institucionalizou a eleição do Presidente da República pelo Colégio Eleitoral"*[24].

Cabe a observação de que não se processou pacificamente a reprodução, no texto da Constituição de 1967, dos enunciados que ja se haviam institucionaiizado no direito constitucional brasileiro. No projeto oficial de que se originou o texto imposto à Nação, por exemplo, a declaração de direitos vinha resumida, discreta, parcimoniosa, incompletamente formulada, sujeita à explicitação ou à regulamentação de lei posterior, o que a tornava desde

[22] Que de republicana nada tinha, evidentemente!
[23] Em sua excepcional obra, a carecer de reedição atualizada, "Constituição Federal Anotada", Ed. Saraiva, 1986, p.11.
[24] Obra citada, p. 12.

logo, em pontos essencias, insuscetível de aplicação ou de efetividade, até a promulgação das futuras normas legais regu!amentadoras. Tratavam-se, pois, de normas de eficácia contida, não se podendo sequer prever o tempo de demora dessa regulamentação, as condições em que ela viria a ser posta em prática ou as mudanças ou distorções a que a declaração de direitos poderia estar exposta.

Mas uma oportuna, embora inesperada resistência do Congresso, levou a que se reproduzissem, no novo texto, os enuncados libertários de 1946, ainda que com certas omissões, como as relativas à garantia de andamento rápido dos processos nas repartições públicas e da expedição de certidões requeridas para o esclarecmento de negócios admnistrativos. Tivemos, assim, copiada literalmente, em 1967, quase que na sua totalidade, a declaração do texto constitucional precedente, inclusive no tocante às garantias da supremacia do Judiciário, do mandado de segurança, da ação popular e do *habeas corpus*.

Mas à tolerância do Governo – ao admitir que se repetissem, no novo texto básico, essas garantias e esses direitos – não correspondeu igual atitude, da sua parte, quanto à retirada ou eliminação de certos pontos de estrangulamento da liberdade, que, vindos do projeto oficial, se introduziram na nova Carta Política. Assim é que, por exemplo, logo em seguida à enumeração dos princípios, constantes do seu art. 150, a Constituição de 1967 acena com a suspensão dos direitos políticos do cidadão e com outras punições, nos planos civil e penal, para o caso de "abuso" dos mesmos direitos políticos e dos direitos individuais de manifestação de pensamento e de convicção política ou filosófica, da liberdade de informação, de trabalho, de oficio ou profissão, de reunião e de associação (art. 151).

Conquanto a suspensão dos direitos políticos, nesses casos, dependesse de declaração do Supremo Tribunal Federal, assegurada ao paciente a mais ampla defesa, não deixava, como é óbvio, de constituir ameaça eficiente contra o simples uso daque!as liberdades, tanto mais quanto o abuso do exercício dessas liberdades não estava definido de modo satisfatório, relacionado como ficou com os "atentados contra a ordem democrática" e a "prática da corrupção", infrações de cuja conceituação precisa o texto não cogita. A esse respeito, é de assinalar-se que, ao lado da Constituição, vigoravam, também, por iniciativa da situação politicamente espúria instalada em 1964, duas leis ordinárias cerceadoras da liberdade: a Lei de Imprensa e a Lei de Segurança Nacional, diplomas claramente incompatíveis com o regime democrático.

Havia também, no novo texto constitucional, pronunciada tendência à hipertrofia do Poder Executivo, em detrimento da regra da separação e independência dos poderes e no sentido da inferiorização do Judiciário e do Legislativo, sobretudo deste último, reduzido, em quase todos os casos, à condição de mero homologador das decisões pessoais do Presidente da República, a quem foram outorgados poderes que nenhuma outra Constituição brasileira anterior, salvo a de 1937, havia ainda concedido ao Chefe do Executivo. O principio federativo, a seu turno, sofreu tamanho corte, principalmente em resultado da discriminação das rendas tributárias, que só por eufemismo ou formalismo terminológico se podia falar, hoje, em "governos" ou em "autonomias" estaduais ou locais.

Outro princípio, o da representação popular, teve o seu prestígio abalado profundamente com a instituição da eleição indireta do Presidente da Repúblca e a nomeação dos Prefeitos das Capitais. Já a sujeição dos civís ao foro da Justiça Militar, nos crimes contra a segurança nacional e contra as instituições militares, teve o propósito de enfraquecer ou diminuir o conteúdo de liberdade da declaração de direitos, desestimulado o exercício desses direitos pelo rigor dos critérios com que aquela Justiça costumava encarar os feitos submetidos ao seu julgamento, então mais do que nunca apertados na estreitíssima faixa deixada às atividades ou manifestações políticas pelas leis de imprensa e de segurança nacional. Além desses, alguns entraves ao exercício das liberdades públicas decorriam de outros preceitos da Constituição de 67, inclusive os que impunham limitações à organização dos partidos e à associação sindical. Sobre essas contradições entre os próprios textos, outras ainda ocorriam, entre as normas e costumes sócio-políticos, a concorrer para o desprestígio das garantias e dos direitos individuais.

Um dos mais lúcidos analistas da situação brasileira de então, FERNANDO PEDREIRA, observou, em artigo publicado no "Estado de São Paulo" (ed. de 10.09.67), que, *"... tanto entre os políticos como na vida pública em geral, a fase que o Brasil atravessa está longe de ser brilhante. E, no entanto, se queremos ter no país um regime democrático, nada nos será tão necessário agora quanto encontrar, entre os responsáveis pela condução da opinião pública e pelo governo, esse mínimo de bravura cívica e de firmeza de princípios sem o qual não se pode nem falar de homens livres"*. O articulista, observador arguto da vida política e social brasileira da época, mostrou-se, nesse como em vários outros trabalhos jornalísticos da sua autoria, pessimista quanto ao futuro da democracia no Brasil, que a seu ver estava "mais desarmado do que nunca" para a sua prática.

É verdade que ainda se mantinha, em certos segmentos da vida do país, não contaminados pela filosofia do arbítrio, da prepotência ou da força bruta, a noção do "direito de resistência" prrerogativa política que cada um, individualmente, tinha de se opor ao abuso de autoridade. O Poder Judiciário ainda dispunha, todavia, de instrumentos hábeis de imprimir à declaração de direitos da Constituição de 1967 o arejamento e o mínimo de amplitude, permitidos por tantos obstáculos que se antepunham, no próprio texto da Constituição e nas práticas correntes,ao seu útil aproveitamento.

Por mais que se insisitisse, aliás, em interferir no funcionamento ou nas atribuições da Justiça, para dominá-la ou subjugá-la, sempre havia a possibilidade, por meio da adequada e correta interpretação das leis, de se estabelecerem respiradouros para a liberdade. Exemplo disso tivemos quando, de modo surpreendente, o Superior Tribunal Militar concedeu *habeas carpas* a presos políticos, anulando processos oriundos de vários inquéritos paliciais instaurados por supostos crimes de subversão da ordem. O próprio Tribunal Federal de Recursos, corte de onde raramente partiam decisões contra o Governo, chegou a expedir ordem, por votação unânime, para a liberação de um livro no qual eram narradas torturas inflingidas a presos políticos em vários pontos do território nacional e que, sob pressão mi1itar, havia sido interditado pelo Ministério da Justica. Vale enaltecer, aliás, o papel assumido, em

meio ao vendaval político-militar a partir de 1964, pelo bravo Ministro Ribeiro da Costa, Presidente do STF, de saudosa memória.

Forte resistência ao arbítrio e à violência também se fez sentir da parte dos profissionais da advocacia em muitos pontos do país, sendo de assinalar, nesse tocante, a posição indomável e destemida do admirável Sobral Pinto, que bem poderia ocupar, se não tivéssemos a efígie de Rui, o lugar, a este reservado, de patrono dos advogados brasileiros. Grande número de congressistas igualmente se destacaram e afirmaram, no cenário político, na linha de defesa dos liberdades. A isto se devia somar a comovedora persistência e tenacidade com que o já então octogenário Tristão de Ataíde, lídimo representante da cultura humanística do Brasil, criticou e combateu, pela imprensa e pela palavra oral, em conferencias e discursos, o que ele mesmo denominou, com irrecusável propriedade, de "terror cultural", num gesto que espantava e escandalizava as nossas elites econômicas, por ele acusadas, abertamente, de constituirem uma "sociedade burguesa dominada pela fome do dinheiro e do prazer".

Não havia como deixar de participar desse pessimismo, se se tinha em vista o fato de que muitos eram os brasileiros que, sentindo a realidade nacional e com ela intimamente não se conformando, se encolhiam e se acomodava, num mutismo cúmplice ou em cuidadosa reserva, temerosos de receber a qualificação de "comunistas", de "subversivos" ou de "inocentes úteis", com que eram classificados aqueles que se opunham àquele estado de coisas.

Essa posição do eminente intelectual católico não era uma posição isolada, pois a seu lado estavam outros lustres vultos da intelectualidade nacional, escritores, poetas, artistas, jornalistas, políticos e homens de empresa. Tínhamos, além disso, embora diminuta, valente parcela da imprensa, que não se deixou voluntariamente censurar e que não poupava, em suas críticas diárias, as manifestações de ditatorialismo, ofensivas da liberdade. E o quadro da. resistência não estaria completo se não existisse, como efetivamente existiu, a intensa vibração que dominava a mocidade das escolas brasileiras, mocidade que, repelindo a tese de que"estudante devia apenas estudar", desejava interferir o processo político. E o fez a duras penas, enfrentando a violenta reação política que contra ela continuamente se promovia.

Numa sábia inspiração, o advogado e professor VALMIR PONTES[25], chegou a escrever naqueles sofridos momentos: *"Dessa mocidade atuante, muito mais que dos homens maduros, ou adultos, de espírito trabalhado pela malícia e amolentado pelo medo, é que talvez advenha, em dias futuros, algum brilho para a vida social e política do país, algo de mais positivo e estável na sustenção dos princípios da liberdade"*. Sua premonição, porém, só se concretizaria bem depois, já que tempos piores ainda estavam por vir.

4. O ATO INSTITUCIONAL Nº 5/68 E A EMENDA Nº 1, DE 1969

Após a eleição indireta, tal como constitucionalmente previsto, do segundo Presidente militar – Marechal Costa e Silva – logo se frustraram as expectativas de liberalização do regime e do retorno da normalidade democrática. Ao reverso, diante das constantes manifestações

[25] *Meu pai, em cujos inscritos busquei inspiração para retratar, neste artigo, a ambiência política da época.*

populares de repulsa ao sistema, notadamente após o assassinato de um estudante no Rio de Janeiro, mais dura a repressão se tornou.

Tendo como motivação imediata – já que mediatas muitas outras foram invocadas – a manifestação de um membro da Câmara dos Deputados[26], considerada ofensiva às Forças Armadas, findou-se por dar um "golpe dentro de outro golpe". Desconsiderando-se a própria Carta de 1967, já em si ilegítima, mas a partir da qual se imaginava interrompida a edição de uma cadeia de atos de força, iniciada em abril de 1964, decretou-se o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Paradoxalmente, porém, logo em seu art. 1º, o édito estabelecia: *"São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as constituições estaduais, com as modificações constantes deste Ato Institucional"*. Constituiu esse Ato, portanto, uma verdadeira anti-constituição.

Sendo o mais autoritário de todos, o AI-5 representou a implantação no país, sem peias ou rebuços, da "ditadura escancarada". Nas palavras do jornalista Carlos Castelo Branco, *"O texto do AI-5 é lido pelo Ministro Gama e Silva (da Justiça), eufórico... A violação dos direitos e imunidades parlamentares consagrados pela Constituição representou a institucionalização de um regime de força...O Congresso, posto em recesso por tempo indeterminado, está praticamente fechado, e tudo indica que se cumprirão as profecias de expurgo Poder Judiciário... Os partidos não foramexpressamente suprimidos, mas perderam sua função... tudo indica que algumas intervenções (nos Estados) serão consumadas[27]"*.

Além de prever tudo isto, a draconiana medida estabelecia a possibilidade de cassação de mandatos parlamentares e de suspensão de direitos políticos, pelo Presidente da República, "no interesse de preservar a revolução", além de suspender as garantias constitucionais do *habeas corpus*[28] e da vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade.

A ele se seguiram, todavia, vários outros Atos Institucionais e Complementares, todos com a mesmo índole e direção nefasta. Impedido o Presidente Costa de Silva de governar, por conta de grave moléstia, ao invés de se dar posse ao Vice-Presidente – tal como previa a Constituição moribunda – editou-se o Ato Institucional nº 12, que outorgou o exercício da Presidência aos Ministros da Marina de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, consumando-se, aí, um segundo golpe dentro do golpe originário. Essa Junta Militar cuidou, então, de exarar aquilo que achou por bem denominar de "Emenda nº 1 à Constituição de 1967", para entrar em vigor em 30 de outubro de 1969.

Como bem observou CELSO DE MELLO, a Constituição de 67 *"... teve existência efêmera, posto que, vigente a partir de 15-3-1967, veio a ser revogada pela atual Carta, outorgada pelos três Ministros Militares, em 17-10-1969. A questão da cessação de vigência da Carta de 1967, e sua conseqüente substituição por um novo e autônomo documento constitucional, perdeu o seu caráter polêmico, em face de decisão unânime do STF, reunidoem sessão plenária, quereconheceu, expressamente, que a Constituição do Brasil, de 1967, está revogada (v. RTJ, 98:952-63)"*[29].

---

[26] O Deputado Marcio Moreira Alves.
[27] Os Miltares no Poder 1964-1968, Ed. Nova Fronteira, 2ª ed., 2007, ps. 602/603).
[28] Nos casos de "crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular" – art. 10.
[29] Ob. Cit., p.12.

Com efeito, tal "Emenda" não foi, nem poderia juridicamente ser, uma emenda, mas uma Constituição nova. Ela apenas serviu, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, *"... como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil"*[30].

Manteve-se, nessa nova Carta Constitucional de 1969, em essência, a mesmo estrutura autoritária de poder, assinalando-se como algumas de suas principais características o estabelecimento de eleições indiretas para o cargo de Governador de Estado, a ampliação do mandato presidencial para cinco anos e a extinção das imunidades parlamentares. E nela se previu, também, de forma espantosa, a mantença do AI-5 que, como dantes afirmado, era uma verdadeira negação da supremacia constitucional, numa proeza que nem o mais arguto dos teóricos do constitucionalismo conseguia explicar.

A Carta de 69 (apelidada de "Emenda nº 1") foi, por sua vez, modificada por 25 emendas, até que veio a lume, para coroar o lento processo de redemocratização do Brasil, a "Emenda nº 26", de 1985, convocadora da Assembléia Nacional Constituinte. Após esse longo período de submissão a regime ditatorial, instaurado em 1964 e durante o qual quatro rupturas da ordem constitucional ocorreram[31], a Nação brasileira vislumbrou (já a partir de 1983) a possibilidade de livrar-se da repressão e de retornar à normalidade institucional. Não só por conta da heróica resistência de pessoas, grupos e instituições, mas, especialmente, pela ação espontânea, corajosa e irrefreável da sociedade como um todo, a clamar por liberdade e estabilidade constitucional.

Quando, por exemplo, se deflagrou a campanha pelas "Diretas Já", visando ao restabelecimento de eleições livres e diretas para Presidente da República e com milhões de cidadãos bradando em praça pública contra o arbítrio então vigente, a rigor ali ganhou concretude um movimento de muito maior alcance: o voltado à derrubada do regime e da ordem jurídica que lhe dava amparo. Desejava-se, sim, uma nova Constituição, que restituísse ao país sua identidade, a paz entre os segmentos sociais e a esperança de um Governo que pautasse sua conduta por regras democraticamente preestabelecidas. Almejava-se um Texto Supremo sob o qual governantes e governados haveriam, doravante, de atuar, reverentes aos seus ditames e gizamentos. De tudo resultou a convocação, sem dúvida oportuna, de uma Assembléia Nacional Constituinte, por intermédio da qual o povo viria a manifestar sua vontade política originária, redesenhando o Estado em suas estrutura e finalidades.

Três erros graves (e não só formais), porém, foram, à época, cometidos. O primeiro, o de ter-se operada a convocação da Assembléia Constituinte - ato eminentemente político e,

[30] *Curso de Direito Constitucional Poisitivo, Ed. Malheiros, SP, 24ª ed., 2005, p. 87.*

[31] *A primeira quando, à revelia das disposições da Constituição democrática de 1946, os golpistas assumiram o poder, destituíram o então Presidente da República, violentaram o Legislativo e o Judiciário (inclusive por via da cassação de mandatos e dos direitos políticos de integrantes seus), culminando pela outorgada da Constituição de 1967; a segunda, por ocasião da promulgação, por uma Junta Militar, da "Emenda Constitucional nº 1", a rigor uma nova Constituição sob os aspectos formal e material; a terceira, quando editaram seguidos Atos Institucionais (entre eles o de nº 5, verdadeira "anti-constituição"); e, finalmente, em 1977, quando o Chefe da Revolução – que já era o Presidente Ernesto Geisel - fechou o Congresso (que houvera rejeitado proposta sua de reforma constitucional relativa ao Poder Judiciário) e editou, ele próprio, duas Emendas (as de números 7 e 8, que acabou conhecido como o "Pacote de Abril").*

portanto, juridicamente revolucionário (Lourival Vilanova), a caracterizar explícito rompimento com a ordem normativo-constitucional que lhe precede - por meio de uma "emenda" à Constituição antiga (de 1969). Seria ilógico, irracional mesmo, supor que uma dada Constituição pudesse passar a albergar em seu bojo, por via de "emenda constitucional", disposição a lhe decretar a própria morte, em prazo certo. Sob uma perspectiva estritamente jurídica, repita-se, essa proposta de "emenda" sequer poderia ter sido levada à deliberação do Congresso (um órgão constituído), por evidente inconstitucionalidade. Mais, até: a simples manifestação desse desejo (de derruir a ordem constitucional, construindo outra), seria tido, para o Direito, como crime de responsabilidade.

A convocação da Assembléia Constituinte poderia - mais que isso, deveria - ter-se operado por meio de "Ato Deliberativo" (ou outro nome assemelhado), ainda que da lavra de quem exercesse então a Chefia de Estado e de Governo, respaldado este, porém, tão-só na manifesta e pulsante vontade popular, não em regra jurídica alguma.

Conforta-me saber que assim também pensa o mestre JOSÉ AFONSO, para quem *"Em verdade, a EC n. 26, de 27.11.85, ao convocar a Assembléia Nacional Constituinte, constitui, nesse aspecto, um ato político. Se convocava a Constituinte para elaborara Constituição nova que substituiria a que estava em vigor, por certo não tem a natureza de emenda constitucional, pois esta tem sentido precisamente de manter a Constituição emendada. Se visava a destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político"*[32].

O segundo, o de se ter confiado o superior encargo de elaborar a Constituição (e conseqüentemente de construir o Estado) a um "Congresso Constituinte", cujos integrantes passaram a cumprir o duplo e inconciliável papel de legislar ordinariamente (sob a égide da Carta insepulta) e de elaborar a nova Lei Maior. Pior ainda, quando se previu que os legisladores constituintes - que deveriam, em princípio, desincumbir-se de seu superior mister com exclusividade e, ao cabo dessa tarefa, dissolver a própria Assembléia -- continuariam Deputados e Senadores, membros de um Parlamento por eles mesmos constituído. Por último, o de se haver permitido, no dito instrumento convocatório, que tivessem assento nesse supremo órgão colegiado, a representar a legítima vontade do povo, parlamentares - alguns Senadores eleitos em pleito anterior, mas ainda no exercício de um mandato de oito anos - a quem o povo não conferiu a excepcional capacidade de fazer uma Constituição em seu nome (mas simplesmente a tarefa de legislar sob a égide da Constituição anterior).

Tais manchas, entretanto, não tiveram o condão de retirar-lhe a legitimidade, alcançada por obra da intensa participação da sociedade civil em sua feitura, inclusive por meio de organizações sindicais, profissionais e de classes. Da pressão legítima exercida sobre os constituintes resultou, pode-se afirmar, um verdadeiro pacto entre as mais diversas tendências da sociedade: a Constituição de 1988.

Muitas são as críticas a ela dirigidas, inclusive a de ser extensa em demasia, "casuística" e não só principiológica (como se diz ser a Constituição norte-americana). Primeiro se há de pontuar que a Constituição dos Estados Unidos da América não é constituída apenas de seus poucos artigos e de algumas também poucas emendas. Graças ao sistema lá adotado (o do case law), a Constituição dos EUA é diuturnamente (re)construída por obra da

[32] *Ob. Cit., p.87.*

Suprema Corte, cujas decisões a respeito de questões constitucionais acabam por agregar-se a ela, com força de normas cogentes. Depois, porque se, naquele país - como em outros, europeus - há uma verdadeira história de solidez das instituições político-jurídicas e de respeito ao constitucionalismo, o mesmo, infelizmente, não se pode dizer do Brasil, onde sequer se pode falar, como naqueles, em "crise constitucional", mas, sim, em permanente "crise constituinte" (Paulo Bonavides).

Isto é certo exatamente porque, por estas bandas, os governantes não elaboram seus programas de governo segundo a Constituição... querem, sim, adaptá-la, caprichosamente, aos seus programas de governo. Cada um deles, enfim, deseja fazer a Constituição que lhe agrada, à sua imagem e semelhança.

Ora, se éramos saídos de um assombroso regime de trevas políticas, em que as liberdades eram garroteadas e as reivindicações sociais ignoradas, como imaginar que pudéssemos ter, após a redemocratização, uma Constituição que não fosse minuciosa, detalhista, mormente em termos de garantias de direitos individuais e conquistas sociais? Ela tinha de ser mesmo do jeito que foi moldada pela vontade popular. Gerações serão necessárias para que possamos, libertados desse passado nada glorioso em termos de estabilidade constitucional, adotar uma Constituição mais sucinta em suas prescrições.

Costuma-se ouvir o discurso liberal de que a Carta de 88 é "irrealizável", "utópica" e que "torna o país ingovernável". Resta-nos, diante de tão absurdas afirmações, indagar: é preferível adaptar a Constituição brasileira à terrível realidade que vivemos ou, numa atitude corajosa e inovadora, buscar a adaptação dessa triste realidade aos ditames constitucionais? Fico com a segunda opção.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

*Luís Roberto Barroso**

***Sumário*: Introdução. Da vinda da família real à Constituição de 1988. Parte I. Do regime militar à democracia constitucional. I. O longo caminho. 1. 1964-1985: ascensão e ocaso do regime militar. 2. Convocação, instalação e natureza da Assembléia Nacional Constituinte. 3. Os trabalhos de elaboração da Constituição. 4. O texto aprovado. II. A consolidação democrática brasileira. 1. O sucesso institucional da Constituição de 1988. 2. Os governos Fernando Collor e Itamar Franco. 3. O governo Fernando Henrique Cardoso. 4. O governo Luís Inácio Lula da Silva. III. Um balanço preliminar. 1. Alguns avanços. 2. Algumas circunstâncias. 3. Alguns revezes. Parte II. O desempenho das instituições. I. Poder Executivo. II. Poder Legislativo. III. Poder Judiciário. Parte III. As transformações da teoria constitucional. I. A doutrina brasileira da efetividade. II. Neoconstitucionalismo ou o novo direito constitucional. III. A constitucionalização do Direito. Conclusão. A vitória do constitucionalismo democrático. I. O que ficou por fazer. II. O que se deve celebrar.**

Introdução

Da vinda da família real à Constituição de 1988

Começamos tarde. Somente em 1808 – trezentos anos após o descobrimento –, com a chegada da família real, teve início verdadeiramente o Brasil. Até então, os portos eram fechados ao comércio com qualquer país, salvo Portugal. A fabricação de produtos era proibida na colônia, assim como a abertura de estradas. Inexistia qualquer instituição de ensino médio ou superior: a educação resumia-se ao nível básico, ministrada por religiosos. Mais de 98% da população era analfabeta. Não havia dinheiro e as trocas eram feitas por escambo. O regime escravocrata subjugava um em cada três brasileiros e ainda duraria mais oitenta anos, como uma chaga moral e uma bomba-relógio social. Pior que tudo: éramos colônia de uma metrópole que atravessava vertiginosa decadência, onde a ciência e a medicina eram tolhidas por injunções religiosas e a economia permaneceu extrativista e mercantilista quando já ia avançada a revolução industrial. Portugal foi o último país da Europa a abolir a inquisição, o tráfico de escravos e o absolutismo. Um Império conservador e autoritário, avesso às idéias libertárias que vicejavam na América e na Europa [1 e 2].

* *Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela Yale Law School. Doutor e livre-docente pela UERJ.*

[1] *Sobre o tema, v. Oliveira Lima, Dom João VI no Brasil, 1945; Pedro Calmon, História do Brasil, v. IV, 1959; Boris Fausto, História do Brasil, 2003; Patrick Wilcken, Império à deriva, 2005; Francisco Iglesias, Trajetória política do Brasil 1500-1964, 2006; Laurentino Gomes, 1808, 2007; Jorge Pedreira e Fernando Dores Costa, D. João VI: um príncipe entre dois continentes, 2008.*

[2] *A crítica severa não nega, por evidente, o passado de glórias de Portugal e o extraordinário Império marítimo que construiu. Não desmerece, tampouco, o grande progresso trazido ao Brasil com a vinda da família real. Nem muito menos interfere com os laços de afeto e de afinidade que ligam os brasileiros aos portugueses.*

Começamos mal. Em 12 de novembro de 1823, D. Pedro I dissolveu a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa que havia sido convocada para elaborar a primeira Constituição do Brasil[3]. Já na abertura dos trabalhos constituintes, o Imperador procurara estabelecer sua supremacia, na célebre "Fala" de 3 de maio de 1823[4]. Nela manifestou sua expectativa de que se elaborasse uma Constituição que fosse digna dele e merecesse sua imperial aceitação. Não mereceu[5]. O Projeto relatado por Antônio Carlos de Andrada, de corte moderadamente liberal, limitava os poderes do rei, restringindo seu direito de veto, vedando-lhe a dissolução da Câmara e subordinando as Forças Armadas ao Parlamento. A constituinte foi dissolvida pelo Imperador em momento de refluxo do movimento liberal na Europa e de restauração da monarquia absoluta em Portugal. Embora no decreto se previsse a convocação de uma nova constituinte, isso não aconteceu. A primeira Constituição brasileira – a Carta Imperial de 1824 – viria a ser elaborada pelo Conselho de Estado[6], tendo sido outorgada em 25 de março de 1824[7].

Percorremos um longo caminho. Duzentos anos separam a vinda da família real para o Brasil e a comemoração do vigésimo aniversário da Constituição de 1988. Nesse intervalo, a colônia exótica e semi-abandonada tornou-se uma das dez maiores economias do mundo. O Império de viés autoritário, fundado em uma Carta outorgada, converteu-se em um Estado constitucional democrático e estável, com alternância de poder e absorção institucional das crises políticas. Do regime escravocrata, restou-nos a diversidade racial e cultural, capaz de enfrentar – não sem percalços, é certo – o preconceito e a discriminação persistentes. Não foi uma história de poucos acidentes. Da Independência até hoje, tivemos oito Cartas constitucionais: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, em um melancólico estigma de instabilidade e de falta de continuidade das instituições. A Constituição de 1988 representa o ponto culminante dessa trajetória, catalizando o esforço de inúmeras gerações de brasileiros contra o autoritarismo, a exclusão social e o patrimonialismo[8], estigmas da formação nacional[9]. Nem tudo foram flores, mas há muitas razões para celebrá-la.

---

[3] Curiosamente, a convocação da constituinte se dera em 3 de junho de 1822, antes mesmo da Independência, e fazia menção à união "com a grande família portuguesa". A Independência veio em 7 de setembro, a aclamação de D. Pedro como imperador em 12 de outubro e a coroação em 1º de dezembro de 1822.

[4] "Como imperador constitucional, e mui principalmente como defensor perpétuo deste império, disse ao povo no dia 1º de dezembro do ano próximo passado, em que fui coroado e sagrado, que com a minha espada defenderia a pátria, a nação e a Constituição, se fosse digna do Brasil e de mim. (...) [E]spero, que a Constituição que façais, mereça a minha imperial aceitação..." (grifos acrescentados). V. "A fala de D. Pedro I na sessão de abertura da constituinte". In: Paulo Bonavides e Paes de Andrade, História constitucional do Brasil, 1991, p. 25.

[5] Marcello Cerqueira, A Constituição na história: origem e reforma, 2006, p. 387.

[6] O Conselho de Estado era composto por dez membros, nomeados pelo Imperador para elaborar a Constituição.

[7] V. Waldemar Ferreira, História do direito constitucional brasileiro, 1954; Afonso Arinos de Mello Franco, Curso de direito constitucional brasileiro, v. II, 1960; Marcelo Caetano, Direito constitucional, v. 1, 1987; Manoel Maurício de Albuquerque, Pequena história da formação social brasileira, 1981; Aurelino Leal, História constitucional do Brasil, 1915, edição fac-similar; e Paulo Bonavides e Paes de Andrade. História constitucional do Brasil, 1991.

[8] V. Ricardo Lobo Torres, A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal, 1991.

[9] Para uma densa análise da formação nacional, das origens portuguesas até a era Vargas, v. Raymundo Faoro, Os donos do poder, 2001 (1ª. ed. 1957). Embora sob perspectivas diferentes, são igualmente considerados marcos para a compreensão do Brasil: Gilberto Freyre, Casa grande e senzala (1ª. ed. 1933); Sérgio Buarque de Holanda, Raízes do Brasil (1ª. ed. 1936); e Caio Prado Júnior, Formação do Brasil contemporâneo (1ª. ed. 1942). Sobre a importância dessas três últimas obras, v. Antonio Candido, "O significado de raízes do Brasil". In: Silviano Santiago (coord.), Intérpretes do Brasil, 2002. Para uma anotação sobre a obra de Raymundo Faoro e de Sergio Buarque de Holanda, que considera representantes de correntes opostas, v. Fernando Henrique Cardoso, A arte da política: a história que vivi, 2006, p. 55-6, onde também averbou: "Ancorado na tradição ibérica, o patrimonialismo transposto para as terras americanas confunde família e ordem pública, interesse privado e Estado".

Parte I

Do regime militar à democracia constitucional

I. O longo caminho

1. 1964-1985: ascensão e ocaso do regime militar[10]

O movimento militar deflagrado em 31 de março de 1964, que derrubou o presidente João Goulart, tinha o compromisso declarado de manter as eleições presidenciais do ano seguinte. Não o cumpriu. Após seguidas cassações de direitos políticos, inclusive os de Juscelino Kubitschek, candidato favorito no pleito que não houve, atos institucionais dissolveram os partidos políticos[11] e prorrogaram o mandato do Marechal Castelo Branco, primeiro Presidente do regime militar[12]. Em 1967, sob a imposição de prazos fatais e grande pressão do Poder Executivo, foi aprovada uma nova Constituição, votada por um Congresso privado de suas principais lideranças, cujos direitos políticos haviam sido compulsoriamente retirados[13]. A Constituição de 1967 não resistiu à ascensão da linha dura nas Forças Armadas e ao curso ditatorial inexorável, cuja força se impôs sobre a resistência democrática esboçada em diferentes capitais. No Brasil, 1968 foi o ano do embate ideológico entre a ditadura e as forças que defendiam a volta à legalidade[14]. Venceu a ditadura, com data certa: em 13 de dezembro de 1968 foi baixado o Ato Institucional nº 5, que dava poderes praticamente absolutos ao Presidente da República[15].

---

[10] Para um rico e documentado relato do período militar, indo da deposição de João Goulart ao final do governo de Ernesto Geisel, v. os quatro volumes escritos por Elio Gaspari: A ditadura envergonhada, 2002; A ditadura escancarada, 2002; A ditadura derrotada, 2003; e A ditadura encurralada, 2004. Sobre o processo de redemocratização, v. a obra coletiva Alfred Stepan (org.), Democratizando o Brasil, 1985, com textos de autores que viriam a ter papel relevante após a redemocratização, como Fernando Henrique Cardoso, Edmar Bacha, Pedro Malan e Francisco Weffort.

[11] Ato Institucional nº 2, de 27.10.1965, que também tornou indireta a eleição presidencial. O Ato Complementar nº 4, de 27.10.1965, estabeleceu as regras para a formação de novos partidos. A partir daí, produziu-se um sistema bipartidário artificial, composto de um partido de sustentação do governo militar – a Aliança Renovadora Nacional (Arena), fundado em 4.04.1966 – e outro de oposição: o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), fundado em 24.03.1966. Ambos existiriam até 29 de novembro de 1979, quando se reestruturou o sistema partidário e deu-se a volta ao pluripartidarismo (v. infra).

[12] Ato Institucional nº 3, de 5.02.1966, que marcou a data da eleição presidencial para 3 de outubro de 1966. A rigor, o adiamento já havia sido previsto no AI 2, tendo sido apenas fixada a nova data. O AI 3, ademais, tornou indireta a eleição de governadores de Estado e de prefeitos de capitais, claramente uma resposta à vitória da oposição nas eleições para os Governos do Rio de Janeiro e Minas Gerais, realizadas em 1965.

[13] O Ato Institucional nº 4, de 7.12.1966, convocou o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente entre 12.12.1966 e 7.12.1967, para o fim de discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República. Em demonstração da falta de soberania da Assembléia Constituinte ad hoc que instituíra, O AI 4 fixava a data em que a nova Constituição seria publicada. Para uma análise crítica do processo, v. Oscar Dias Corrêa, A Constituição de 1967: contribuição crítica, 1969.

[14] Sobre a seqüência de fatos desse ano fatídico, v. Zuenir Ventura, 1968: o ano que não terminou, 1988. Um dos últimos atos de resistência política foi a "Passeata dos cem mil", no Rio de Janeiro. No plano cultural, foi o lançamento do disco-manifesto Tropicália, de Caetano Veloso e Gilberto Gil. 1968 foi um ano agitado em todo o mundo: houve a insurreição estudantil na França, os assassinatos de Martin Luther King e Robert Kennedy nos Estados Unidos, a repressão à "Primavera de Praga", na Tchecoslováquia e o acirramento do "apartheid" na África do Sul, dentre muitos episódios. V. Folha Online – Especial – 2008 – Maio de 1968, http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2008/maiode68/, acesso em 1º de maio de 2008.

[15] O AI 5 permitia ao Presidente da República: decretar o recesso do Congresso Nacional, Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores, assumindo ele próprio poderes legislativos plenos; decretar a intervenção federal nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição; suspender os direitos políticos de qualquer cidadão por dez anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais. Suspendiam-se, ainda, as garantias constitucionais e legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, podendo o Presidente da República, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas, bem como reformar militares. Ficava igualmente suspensa a garantia do habeas corpus. Os atos praticados com base no AI 5 ficavam excluídos da apreciação judicial.

O Marechal Artur da Costa e Silva, que assumira a presidência da República em 15 de março de 1967, afastou-se por motivo de doença em 31 de agosto de 1969, morrendo meses depois. Em golpe dentro do golpe, o poder foi arrebatado por uma Junta Militar, que impediu a posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo e outorgou a Constituição de 1969[16]. Após acirrada disputa interna entre os militares, o General Emílio Garrastazu Médici foi indicado Presidente da República, cargo que exerceu de 30 de outubro de 1969 até 15 de março de 1974. Seu período de governo ficou conhecido pela designação sugestiva de anos de chumbo. A censura à imprensa e às artes, a proscrição da atividade política e a violenta perseguição aos opositores do regime criaram o ambiente de desesperança no qual vicejou a reação armada à ditadura, manifestada na guerrilha urbana e rural[17]. A tortura generalizada de presos políticos imprimiu na história brasileira uma mancha moral indelével e perene[18]. A abertura política, "lenta, gradual e segura", teve seu início sob a presidência do General Ernesto Geisel, que tomou posse em 15 de março de 1974[19].

Apesar de ter se valido mais de uma vez de instrumentos ditatoriais[20], Geisel impôs sua autoridade e derrotou resistências diversas à liberalização do regime, que vinham dos porões da repressão e dos bolsões de anticomunismo radical nas Forças Armadas[21]. A posse do General João Baptista Figueiredo, em 15 de março de 1979[22], deu-se já após a revogação dos atos institucionais, que representavam a legalidade paralela e supraconstitucional do regime militar[23]. Figueiredo deu continuidade ao processo de descompressão política, promovendo

[16] A Constituição de 1969 foi aprovada sob o rótulo formal de Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969. Sem negar a autoria, o preâmbulo da Constituição se inicia com a seguinte dicção: "Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar...". Em seguida, o preâmbulo explica que a competência constituinte é exercida com base nos Atos Institucionais nos 16 e 5, e em razão de ter sido decretado o recesso do Congresso Nacional.

[17] V. Elio Gaspari, A ditadura escancarada, 2002, que se inicia com a seguinte passagem: "Escancarada, a ditadura firmou-se. A tortura foi o seu instrumento extremo de coerção e o extermínio, o último recurso da repressão política que o Ato Institucional nº 5 libertou das amarras da legalidade. A ditadura envergonhada foi substituída por um regime a um só tempo anárquico nos quartéis e violento nas prisões. Foram os Anos de Chumbo". Sobre a luta armada, v. tb.: Fernando Gabeira, O que é isso companheiro?, 1979; Fernando Portela, Guerra de guerrilha no Brasil: a saga do Araguaia, 1979; e Alfredo Sirkis, Os carbonários, 1980.

[18] Sobre o tema da tortura, v. Brasil: nunca mais, 1985, publicado pela Arquidiocese de São Paulo, com prefácio de D. Paulo Evaristo Arns, ex-Cardeal Arcebispo de São Paulo e figura proeminente na defesa dos direitos humanos durante o regime militar.

[19] Em convenção nacional realizada em 23 de setembro de 1973, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) lançou como candidatos à presidência e à vice-presidência Ulysses Guimarães e Barbosa Lima Sobrinho. Como as eleições eram um jogo cujo resultado já se sabia de antemão, Ulysses se apresentou ao país como "anticandidato" e viajou pelo país denunciando a "anti-eleição". Sem surpresa, venceu a chapa Ernesto Geisel-Adalberto Pereira dos Santos. Apesar da derrota previsível, o episódio deu ao presidente do MDB visibilidade e prestígio. Sobre o tema, v. Alzira Alves de Abreu, Israel Beloch, Fernando Lattman-Weltman e Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão (coords.), O dicionário histórico-biográfico brasileiro, 2001, v. III, p. 2709; Para um registro jornalístico do episódio, v. Veja Online, 23 mar. 2005, "Vitória da democracia". Disponível em http://veja.abril.com.br/230305/p_046.html, acesso em 1º de maio de 2008.

[20] Em abril de 1977, o Presidente decretou o recesso do Congresso Nacional e outorgou as Emendas Constitucionais nº 7, de 13.04.1977, e nº 8, de 14.04.1977, que continham uma reforma do Judiciário, medidas casuísticas que asseguravam a preservação da maioria governista no Legislativo e mantinham eleições indiretas para governadores. Além disso, ao longo do seu governo, Geisel cassou o mandato de vereadores, deputados estaduais e federais.

[21] Sobre seu período na presidência, v. o longo depoimento prestado pelo ex-presidente em Maria Celina D'Araujo e Celso Castro (orgs.), Ernesto Geisel, 1997. V. tb. Elio Gaspari, A ditadura derrotada, 2003, e A ditadura encurralda, 2004, em que relata a parceria entre Geisel – o "Sacerdote" – e o General Golbery do Couto Silva – o "Feiticeiro" – na terminologia que cunhou.

[22] O MDB lançou como candidatos à presidência e à vice-presidência o General Euler Bentes Monteiro e o Senador Paulo Brossard. Na eleição realizada em 15.10.1978, venceu a chapa da situação, integrada por Figueiredo e Aureliano Chaves, que obteve 355 votos contra 226.

[23] A Emenda Constitucional nº 11, de 13.10.1978, revogou todos os atos institucionais e os atos complementares que lhes davam execução.

a anistia[24] e a liberdade partidária[25]. Centenas de brasileiros voltaram ao país e inúmeros partidos políticos foram criados ou saíram da clandestinidade. As forças ditatoriais ainda se manifestariam em espasmos de violência[26], seqüestrando personalidades civis e religiosas[27], enviando cartas-bomba a instituições representativas da luta pela redemocratização – como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)[28] e a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) – ou cometendo atentados, como o estarrecedor episódio da bomba no Riocentro, em 1981[29].

Apesar da incapacidade ou inapetência do governo para punir os envolvidos em atos de terrorismo de Estado, a verdade é que tais grupos se tornavam cada vez mais isolados e o apoio a suas ações definhava. A derrota do movimento pela convocação imediata de eleições presidenciais – as Diretas já –, em 1984, após ter levado centenas de milhares de pessoas às ruas de diversas capitais, foi a última vitória do governo e o penúltimo capítulo do regime militar. Em 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral elegeu, para a presidência da República, a chapa contrária à situação, encabeçada por Tancredo Neves, que tinha como vice José Sarney[30]. O regime militar chegava ao fim e tinha início a Nova República, com a volta à primazia do poder civil. Opositor moderado da ditadura e nome de consenso para conduzir a transição pacífica para um regime democrático, Tancredo Neves adoeceu às vésperas da posse e não chegou a assumir o cargo, morrendo em

[24] A anistia política foi concedida pela Lei nº 6.683, de 28.08.1979, que em seu art. 1º previa: "É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares".

[25] Em 1979, foi reformulado o sistema partidário, com a extinção de MDB e ARENA e a implantação do pluripartidarismo. O PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro), fundado em janeiro de 1980, foi o herdeiro do MDB, tendo como principal liderança Ulysses Guimarães. Formaram-se, no entanto, outros partidos de oposição ao regime militar: o Partido dos Trabalhadores (PT), fundado em fevereiro de 1980, liderado por Luís Inácio da Silva, o Lula; o Partido Democrático Trabalhista (PDT), fundado em setembro de 1980, sob a liderança de Leonel Brizola, que voltou do exílio; e, mais à frente, em junho de 1988, foi criado o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), tendo à frente nomes como Mário Covas e Fernando Henrique Cardoso. A ARENA, por sua vez, foi sucedida pelo Partido Democrático Social (PDS), fundado em janeiro de 1980, que teve como primeiro presidente o então Senador José Sarney. Uma dissidência do PDS, iniciada em 1984, veio a formar o Partido da Frente Liberal (PFL), oficialmente fundado em janeiro de 1985, mas que desde o ano anterior oficializara seu apoio à candidatura de oposição, de Tancredo Neves. Formada a Aliança Democrática entre o PFL e o PMDB, José Sarney foi indicado como candidato a vice-presidente. Para informações mais aprofundadas sobre os partidos políticos nacionais, v. Alzira Alves de Abreu, Israel Beloch, Fernando Lattman-Weltman e Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão, Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro, v. IV, 2001.

[26] Sobre esses episódios e outros relacionados à abertura política, v. Thomas Skidmore, A lenta via brasileira para a redemocratização: 1974-1985. In: Alfred Stepan (org.), Democratizando o Brasil, 1985, p. 27 e s., especialmente p. 58-61.

[27] Sobre o papel da Igreja no processo de redemocratização no Brasil, v. Ralph Della Cava, A Igreja e a abertura, 1974-1985. In: Alfred Stepan (org.), Democratizando o Brasil, 1985, p. 231 e s.

[28] A Ordem dos Advogados do Brasil foi uma das principais instituições da sociedade civil brasileira na resistência ao regime militar e no processo de reconstrução democrática. Merece destaque a atuação, à frente da entidade, de Raymundo Faoro, presidente no período entre 1977-1979. Em 27 de agosto de 1980, uma carta-bomba dirigida ao então presidente, Eduardo Seabra Fagundes, explodiu na sede da OAB, no Rio de Janeiro, causando a morte da funcionária Lyda Monteiro da Silva.

[29] Militares ligados ao Departamento de Operações de Informação do I Exército, no Rio de Janeiro, organizaram um atentado que consistiria na colocação de bombas no local de realização de um espetáculo de música popular brasileira, promovido por organizações de esquerda. Uma das bombas explodiu no veículo em que se encontravam dois dos militares, matando um e ferindo o outro. Sobre o episódio, escreveu o jornalista Chico Otávio, anos depois, em caderno especial do jornal O Globo, 28 mar. 2004: "O exército passou 18 anos sustentando a versão de que o sargento (...), morto na ação, e o capitão (...), gravemente ferido, haviam sido vítimas do atentado. Só em 1999 um novo inquérito sobre o caso responsabilizou os dois militares pela ação, mas o tratou como um ato isolado".

[30] Por 480 votos a 180, Tancredo Neves, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), derrotou Paulo Maluf, candidato do Partido Democrático Social (PDS), que era o partido de sustentação política do governo militar, sucessor da Aliança Renovadora Nacional (ARENA).

21 de abril de 1985. José Sarney, que fora um dos próceres do regime que se encerrava – mas que ajudou a sepultar ao aderir à oposição – tornou-se o primeiro Presidente civil desde 1964.

2. Convocação, instalação e natureza da Assembléia Nacional Constituinte

Cumprindo compromisso de campanha assumido por Tancredo Neves, o Presidente José Sarney encaminhou ao Congresso Nacional proposta de convocação de uma constituinte. Aprovada como Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985, nela se previu que "os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal" reunir-se-iam em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana[31]. Instalada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Carlos Moreira Alves, em 1º de fevereiro de 1987, a Assembléia Constituinte elegeu em seguida, como seu Presidente, o Deputado Ulysses Guimarães, que fora o principal líder parlamentar de oposição aos governos militares. Da constituinte participaram os parlamentares escolhidos no pleito de 15 de novembro de 1986, bem como os senadores eleitos quatro anos antes, que ainda se encontravam no curso de seus mandatos. Ao todo, foram 559 membros – 487 deputados federais e 72 senadores –, reunidos unicameralmente.

Como se constata do teor da EC 26/85, não prevaleceu a tese, que teve amplo apoio na sociedade civil, da constituinte exclusiva, que se dissolveria após a conclusão dos seus trabalhos[32]. Optou-se, ao contrário, por atribuir poderes constituintes aos membros das duas casas do Congresso Nacional, aí incluídos os senadores que não haviam sido eleitos para esse fim específico. Circunstâncias da conjuntura política impediram que se adotasse a fórmula ideal, consistente na separação clara entre poder constituinte e poder legislativo, isto é, entre política constitucional e política ordinária[33]. Em vez de uma Assembléia Constituinte, um Congresso Constituinte[34]. As conseqüências dessa opção manifestaram-se muito nitidamente no trabalho elaborado, que trouxe para o texto constitucional inúmeras matérias que teriam melhor sede na legislação comum.

Em razão de a Assembléia Constituinte ter sido convocada por emenda constitucional, houve quem sustentasse não ter sido a Constituição de 1988 obra do poder constituinte

---

[31] Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985: "Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Art. 2º. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente. Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte".

[32] Relator da Proposta de Emenda Constitucional nº 43, de 1985, que previa a convocação da Assembléia Constituinte, o Deputado Flavio Bierrenbach apresentou substitutivo no qual propunha que, mediante consulta plebiscitária, o povo se manifestasse diretamente sobre dois pontos: (i) se delegava o poder constituinte originário a uma assembléia exclusiva ou ao Congresso Nacional; (ii) se os senadores eleitos em 1982 poderiam exercer funções constituintes. O substitutivo não foi aprovado. Sobre o tema, v. Flavio Bierrenbach, Quem tem medo da constituinte, 1986.

[33] V. Luís Roberto Barroso, Curso de direito constitucional contemporâneo, v. 1, 2008. Entendendo que a não adoção da constituinte exclusiva teria comprometido a legitimidade democrática da Constituição, v. Fábio Konder Comparato, "E agora, Brasil?". In: Folha de São Paulo, 3 mar. 2008. Sobre política ordinária e política constitucional, v. Bruce Ackerman, We the people: foundations, 1995, p. 6-7. Há uma edição brasileira dessa obra: v. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional, 2006, coord. Luiz Moreira, 2006, p. 7-8.

[34] V. José Afonso da Silva, Poder constituinte e poder popular, 2007, p. 78: "Não se tire das conclusões supra que eu aprove o modo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte feita pela Emenda Constitucional 26, de 27.11.1985. É procedente a crítica que se fez e ainda se faz à forma como a Constituinte foi convocada, porque, a rigor, foram outorgados poderes constituintes ao futuro Congresso Nacional. O modo correto seria convocar a Assembléia Nacional Constituinte a ser composta pelos representantes do povo a serem eleitos na data marcada. (...) o que teremos é um Congresso Constituinte, ou uma Constituinte Congressual".

originário, mas, sim, de um poder reformador, derivado, que não expressava a soberania popular[35]. Não se está aqui de acordo com esse ponto de vista. O poder constituinte é um fato político, consistindo na capacidade de elaborar e fazer valer uma Constituição. Situa-se ele na confluência entre o Direito e a Política, e sua legitimidade repousa na soberania popular. Nas sociedades democráticas, costuma vir associado a um momento cívico especial, caracterizado pela mobilização ampla do povo em torno de novos valores e de uma nova idéia de Direito. É fora de dúvida que todos esses elementos estavam presentes nas diferentes manifestações do conjunto da sociedade brasileira, que se densificaram nos anos de 1984 e 1985, exigindo o fim do regime militar, eleições diretas e uma nova ordem constitucional. O mecanismo formal da emenda foi um ato de reconhecimento e de acatamento da vontade popular soberana. Vale dizer: do poder constituinte originário[36].

3. Os trabalhos de elaboração da Constituição

Após a eleição e antes da posse que não viria a ocorrer, Tancredo Neves havia anunciado o propósito de designar uma comissão formada por personalidades de diversas áreas de atuação para elaborar um anteprojeto de Constituição a ser encaminhado à Assembléia Constituinte. A despeito da morte do Presidente eleito, José Sarney instalou a comissão[37], integrada por cinqüenta membros, sob a Presidência do jurista Afonso Arinos de Mello Franco[38]. A "Comissão Arinos" produziu um texto com muitos aspectos positivos, que poderia ter servido como um bom ponto de partida para os trabalhos constituintes[39]. Não foi, todavia, o que aconteceu. O anteprojeto enfrentou resistências diversas. O Presidente Sarney não tinha, nas circunstâncias, força política para enviá-lo como um projeto do Governo[40], além de não haver apreciado a opção parlamentarista nele contida. Ulysses Guimarães, por sua vez, liderança de destaque na *Nova República*, não desejava um texto-base produzido fora da Assembléia Constituinte, além

[35] Nesse sentido, v. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, O poder constituinte, 1999, p. 37 e, também, Significação e alcance das "cláusulas pétreas", Revista de Direito Administrativo 202:11, 1995, p. 16. Esse ponto de vista foi igualmente defendido pelo Consultor-Geral da República e, depois, Ministro da Justiça no governo José Sarney, Saulo Ramos, conforme escreveu em Código da vida, 2007, p. 204.

[36] No mesmo sentido, José Afonso da Silva, Poder constituinte e poder popular, 2007, p. 66-79; e Luís Virgílio Afonso Silva, Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado, Revista de Direito Administrativo 226: pp. 13-4 e 27-8, 2001.

[37] Pelas condições especiais em que se dera sua posse e pela delicadeza do momento político de transição, o Presidente Sarney esteve sujeito, sobretudo no início de seu governo, a duas contingências. A primeira foi a de preservar todas as decisões políticas e todas as nomeações já anunciadas por Tancredo Neves. A segunda foi aceitar o papel de preeminência desempenhado por Ulysses Guimarães, Presidente do PMDB e fiador político de sua posse, quando se levantaram dúvidas acerca da legitimidade da investidura. Ulysses, que viria a ser escolhido Presidente da Assembléia Constituinte, exerceu grande influência nas deliberações políticas do governo.

[38] O Decreto 91.450, de 18.07.1985, instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, integrada por nomes representativos que incluíam juristas, empresários, sindicalistas, escritores, jornalistas, economistas, sociólogos. Alguns dos inúmeros "notáveis" que participaram da comissão, além de seu presidente: Candido Mendes, Celso Furtado, Cristovam Buarque, Gilberto Freyre, Jorge Amado, José Afonso da Silva, José Paulo Sepúlveda Pertence, Miguel Reale, Paulo Brossard e Raul Machado Horta.

[39] A despeito de sua criticável extensão, com 436 artigos e 32 disposições transitórias. Para um testemunho positivo dos trabalhos da Comissão, na ótica de uma de suas duas integrantes do sexo feminino, v. Rosah Russomano, "Facetas da 'Comissão Arinos' – e eu...", Revista de Informação Legislativa 95:281, 1987. Para uma crítica severa do anteprojeto elaborado, v. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, O anteprojeto dos notáveis, 1987.

[40] Nelson Jobim, à época líder do PMDB e, posteriormente, Ministro da Justiça, do Supremo Tribunal Federal e da Defesa, ofereceu seu testemunho na matéria: "A morte de Tancredo tinha destruído a possibilidade do modelo que nós usamos no Brasil de 1891 a 1934, que era um projeto enviado pelo Poder Executivo a ser votado pelo Congresso constituinte. (...) O Presidente Sarney não tinha força política para enviar um Projeto à Assembléia Constituinte, pois seria rejeitado. Qual a razão? Porque havia disputa, naquele momento, entre Ulysses e Sarney. Isso era 1987". V. Nelson de Azevedo Jobim, "A constituinte vista por dentro – Vicissitudes, superação e efetividade de uma história real". In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), Quinze anos de Constituição, 2004, p. 10.

de alimentar a idéia – que não se concretizou – de elaborar um projeto preliminar sob sua coordenação[41]. Sem apoios políticos relevantes, o Anteprojeto da Comissão Arinos foi encaminhado aos constituintes como mero subsídio, tendo sido praticamente ignorado.

A ausência de um texto que servisse de base para as discussões dificultou de modo significativo a racionalização dos trabalhos, que se desenvolveram em três grandes etapas: (i) a das Comissões Temáticas; (ii) a da Comissão de Sistematização; e (iii) a do Plenário[42]. O processo constituinte teve início com a formação de oito Comissões Temáticas[43], cada uma delas dividida em três Subcomissões, em um total de 24[44]. Coube às Subcomissões a apresentação de relatórios, que foram consolidados pelas Comissões Temáticas, surgindo daí o primeiro projeto de Constituição, que foi encaminhado à Comissão de Sistematização. Na elaboração do Projeto da Comissão de Sistematização[45], prevaleceu a ala mais progressista do PMDB, liderada pelo Deputado Mário Covas, que produziu um texto "à esquerda do Plenário"[46]: nacionalista, com forte presença do Estado na Economia e ampla proteção aos trabalhadores. Em Plenário verificou-se uma vigorosa reação das forças liberal-conservadoras, reunidas no "Centro Democrático" (apelidado de Centrão), que impuseram mudanças substantivas no texto afinal aprovado[47]. Em 5 de outubro de 1988, após dezoito meses de trabalho, culminando um processo constituinte exaustivo e desgastante, muitas vezes subjugado pela política ordinária[48], foi aprovada, em clima de moderada euforia, a Constituição da República Federativa do Brasil.

---

[41] Ainda no depoimento de Nelson Jobim: "Restava à Assembléia Constituinte de 87 trabalhar no modelo de 46. (...) Nereu Ramos e a Assembléia Constituinte de 46 resolvem construir, dentro do seu conjunto, uma Comissão, chamada Grande Comissão Nereu Ramos, composta de Deputados e Senadores, para que se votasse um projeto para a Assembléia Constituinte de 1946. Podíamos, portanto, em 1987, fazer um processo constituinte pelo modelo de 46". Essa possibilidade, segundo o mesmo relato, frustrou-se pelo fato de o Deputado Fernando Lyra, também do PMDB, ter decidido disputar a presidência da Câmara dos Deputados (e da Constituinte) com Ulysses Guimarães, e haver denunciado essa intenção de elaboração de um projeto por um grupo seleto. De posse do esboço, disparou, segundo relata Jobim: "Estão vendo o quê o doutor Ulysses quer fazer? (...) Quer eleger a sua Grande Comissão, modelo de Nereu Ramos, composta, e lembrem-se dessa linguagem, composta pelo clube do poir ampliado, e vocês, deputados de segunda categoria, vão aguardar o trabalho no sabies". E conclui Nelson Jobim: "E isto, ao se espalhar, ateou fogo dentro da Assembléia Constituinte. Eleito Ulysses, não havia mais como fazer um projeto de Constituição no modelo de 1946". V. Nelson de Azevedo Jobim, "A constituinte vista por dentro – Vicissitudes, superação e efetividade de uma história real". In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), Quinze anos de Constituição, 2004, p. 11.

[42] V. José Roberto Rodrigues Afonso, Memória da Assembléia Constituinte de 1987/88: as finanças públicas. In: www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1102.pdf.

[43] Para uma descrição detalhada dos trabalhos da Assembléia Constituinte, v. Paulo Bonavides e Paes de Andrade, História constitucional do Brasil, 1991, p. 449 e s. V. tb. José Adércio Leite Samapaio, "Teoria e prática do poder constituinte. Como legitimar ou descontruir 1988 – 15 anos depois". In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), Quinze anos de Constituição, 2004, p. 36.

[44] No âmbito das Subcomissões realizaram-se incontáveis audiências públicas, com ampla participação de setores econômicos, movimentos sindicais e entidades de classe.

[45] A Comissão de Sistematização era presidida pelo Senador Afonso Arinos, tendo como relator o Deputado Bernardo Cabral, ex-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil.

[46] Nelson de Azevedo Jobim, "A constituinte vista por dentro – Vicissitudes, superação e efetividade de uma história real". In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), Quinze anos de Constituição, 2004, p. 12.

[47] Enviado à Comissão de Redação, o Projeto ainda sofreria acréscimos de natureza material, que obrigaram a uma nova votação em Plenário, em dois turnos e por maioria absoluta.

[48] A Assembléia Constituinte, que teve a maioria de seus membros eleitos no embalo do sucesso temporário do Plano Cruzado, em novembro de 1986, teve o final dos seus trabalhos marcado pela disputa presidencial do ano de 1989 e pelos múltiplos interesses que ela engendrava.

4. O texto aprovado

Aclamada como "Constituição cidadã"[49] e precedida de um incisivo *Preâmbulo*[50], a Carta constitucional foi promulgada com 245 artigos, distribuídos em nove títulos, e setenta disposições transitórias. O Título I foi dedicado aos *Princípios Fundamentais*, com a enunciação dos fundamentos, objetivos e princípios que deveriam reger a República em suas relações internas e internacionais. O Título II transportou para a parte inicial da Constituição *Os Direitos e Garantias Fundamentais*, mudança simbólica, típica das Constituições promulgadas após o segundo pós-guerra, que procurava remarcar a sua primazia na nova ordem[51]. O Título III, *Da Organização dos Poderes*, disciplinou o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, bem como as denominadas funções essenciais à justiça, que incluem o Ministério Público e a advocacia (pública, privada e defensoria pública). O Título V cuidou da *Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*, provendo sobre o estado de defesa, o estado de sítio, as Forças Armadas e a segurança pública. O Título VI teve por tema *Tributação e Orçamento*, ordenando o sistema tributário nacional e as finanças públicas. O Título VII foi cometido à *Ordem Econômica e Financeira*, regulando o papel do Estado na Economia, as políticas urbana e agrícola e o sistema financeiro nacional. O Título VIII abrigou diferentes temas associados à *Ordem Social*, que vão da saúde à proteção dos índios, passando por educação, ciência e família, dentre outros. Por fim, o Título IX contemplou as *Disposições Constitucionais Gerais*.

II. A consolidação democrática brasileira

1. O sucesso institucional da Constituição de 1988

A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, realizaram-se cinco eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. Mais que tudo, a Constituição assegurou ao país duas décadas de estabilidade institucional. E não foram tempos banais. Ao longo desse período, diversos episódios deflagraram crises que, em outros tempos, dificilmente teriam deixado de levar à ruptura institucional. O mais grave deles terá sido a destituição, por *impeachment*, do primeiro presidente eleito após a ditadura militar, sob acusações de corrupção. Mas houve outros, que trouxeram dramáticos abalos ao Poder Legislativo, como o escândalo envolvendo a elaboração do Orçamento, a violação de

[51] Constituição cidadã foi o título de discurso proferido por Ulysses Guimarães, na presidência da Assembléia Constituinte, em 27 de julho de 1988, onde afirmou: "Repito: essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria". V. íntegra do texto em http://www.fugpmdb.org.br/frm_publ.htm. A expressão tornou a ser por ele utilizada quando da promulgação da nova Carta, em 5 de outubro de 1988, em discurso intitulado Constituição coragem. V. http://www.fugpmdb.org.br/frm_publ.htm. Acesso em 5 de abril de 2008.

[52] No texto do Preâmbulo, a fotografia, retocada pela retórica e pelo excesso de boas intenções, do momento histórico de seu nascimento e das aspirações de que deveria ser instrumento: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil".

[53] Tradicionalmente, as Constituições brasileiras, desde a do Império, abriam o seu texto com a organização do Estado e dos Poderes, e não com a declaração de direitos.

sigilo do painel eletrônico de votação e o episódio que ficou conhecido como "mensalão". Mesmo nessas conjunturas, jamais se cogitou de qualquer solução que não fosse o respeitoà legalidade constitucional. Não há como deixar de celebrar o amadurecimento institucional brasileiro.

Até aqui, a trágica tradição do país sempre fora a de golpes, contra-golpes e quarteladas, em sucessivas violações da ordem constitucional. Não é difícil ilustrar o argumento. D. Pedro I dissolveu a primeira constituinte. Logo ao início do governo republicano, Floriano Peixoto, vice-presidente da República, deixou de convocar eleições após a renúncia de Deodoro da Fonseca, como exigia a Constituição, permanecendo indevidamente na presidência. Ao fim da República Velha, vieram a Revolução de 30, a Insurreição Constitucionalista de São Paulo, em 1932, a Intentona Comunista, de 1935 e o golpe do Estado Novo, em 1937. Em 1945, ao final de seu período ditatorial, Getúlio Vargas foi deposto pelas Forças Armadas. Reeleito em 1950, suicidou-se em 1954, abortando o golpe que se encontrava em curso. Eleito Juscelino Kubitschek, foi necessário o contra-golpe preventivo do Marechal Lott, em 1955, para assegurar-lhe a posse. Juscelino ainda enfrentaria duas rebeliões militares: Jacareacanga (1956) e Aragarças (1959). Com a renúncia de Jânio Quadros, em 1961, os Ministros militares, inicialmente, vetaram a posse do vice-presidente João Goulart, levando à ameaça de guerra civil, diante da resistência do Rio Grande do Sul[52]. Em 1964 veio o golpe militar. Em 1968, o Ato Institucional nº 5. Em 1969, o impedimento à posse do vice-presidente civil, Pedro Aleixo, e a outorga de uma nova Constituição pelos ministros militares. A enunciação é meramente exemplificativa, mas suficientemente esclarecedora.

A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira. Nos últimos vinte anos, superamos todos os ciclos do atraso: eleições periódicas, Presidentes cumprindo seus mandatos ou sendo substituídos na forma constitucionalmente prevista, Congresso Nacional em funcionamento sem interrupções, Judiciário atuante e Forças Armadas fora da política. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

2. Os governos Fernando Collor e Itamar Franco[53]

O governo Sarney ainda duraria pouco mais de um ano após a promulgação da Constituição, que reduziu o mandato presidencial de seis para cinco anos[54]. O primeiro governo civil desde o movimento militar de 1964 chegou ao fim podendo creditar-se do início bem sucedido da transição democrática, embora o Presidente tenha conservado, desde a primeira hora e ao longo dos anos, uma visão crítica severa da Carta constitucional[55].

---

[52] Para assegurar a posse de Goulart, adotou-se uma fórmula de compromisso: uma emenda constitucional foi aprovada às pressas, instituindo o sistema parlamentar com o fim de enfraquecer o poder do Presidente. O parlamentarismo nunca funcionou na prática e sua superação por plebiscito, em 1963, apenas acirrou a tensão política.

[53] V. Abreu, Beloch, Lattman-Weltman e Lamarão, Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro, v. V, 2001; www.cpdoc.fgv.br, verbetes José Sarney e Fernando Collor de Mello; Mario Sergio Conti, Notícias do Planalto: a imprensa e Fernando Collor, 1999; Pedro Collor, Passando a limpo. A trajetória de um farsante: memórias, 1993.

[54] V. Abreu, Beloch, Lattman-Weltman e Lamarão, Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro, v. V, 2001, p. 5301: "Em 2 de junho, o plenário da Constituinte determinou que o mandato de Sarney duraria cinco anos e marcou para 15 de novembro de 1989 a escolha do sucessor. Alguns anos mais tarde, Sarney revelaria, em entrevista à Folha de São Paulo (22/8/1993), que, na expectativa da resolução da assembléia, informara ao ministro da Justiça, Paulo Brossard, que, caso a Constituinte optasse por reduzir seu mandato para quatro anos, entenderia o fato como uma 'moção de desconfiança do Congresso' e renunciaria. A decisão da Constituinte fez com que os membros do Bloco Independente do PMDB, partidários do prazo de quatro anos, abandonassem a legenda para fundar, em 24 de junho, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB)". V. tb. www.cpdoc.fgv.br, verbete José Sarney:

[55] Em entrevista à Folha de São Paulo, 18 fev. 2008, o ex-Presidente José Sarney reiterou sua posição em relação à Constituição: "Eu não tive condições nenhuma de influir na Constituinte, fiquei como contestador da Constituinte dizendo que ela ia tornar o país ingovernável. E na realidade isso ocorreu".

Na Economia, vivia-se um quadro grave de hiperinflação, que derrotou seguidos planos econômicos e mudanças de moeda[56]. As primeiras eleições presidenciais no país desde a sagração de Jânio Quadros, em 1960, realizaram-se em 15 de novembro de 1989. Vinte e cinco candidatos se apresentaram[57], sendo que Fernando Collor de Mello, do minúsculo PRN (Partido da Reconstrução Nacional), e Luís Inácio Lula da Silva, do PT (Partido dos Trabalhadores), passaram ao segundo turno. Collor venceu obtendo 42,75% do eleitorado, correspondentes a 35.089.998 votos. Com um discurso fundado no combate à inflação, na moralidade administrativa e na abertura da economia, sua campanha contou com o apoio dos grandes grupos empresariais e de setores liberais e conservadores.

Collor tomou posse em 15 de março de 1990 e, no dia seguinte, editou medida provisória veiculando um ambicioso plano econômico[58], que incluiu a controvertida retenção de ativos depositados em instituições financeiras[59]. O período inicial do governo foi marcado pelos propósitos de abertura da economia, pela extinção e privatização de empresas estatais e por uma inédita e exagerada exposição à mídia. A partir de junho de 1991, com recrudescimento no primeiro semestre de 1992, uma disputa local entre o irmão do presidente, Pedro Collor, e o tesoureiro da campanha eleitoral, Paulo Cesar Farias, gerou uma enxurrada de denúncias, expôs um universo de manipulação privada do poder e de benefícios indevidos ao Presidente. Em 1º de junho de 1992 foi instalada uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar os fatos, na qual foram colhidos depoimentos altamente incriminadores. Em 22 de agosto, foi aprovado o relatório final da CPI, que concluiu que o presidente recebera 6,5 milhões de dólares do "Esquema PC" e recomendou seu *impeachment*.

Em meio a ampla mobilização, que reunia diferentes setores da sociedade civil, incluídos os estudantes que voltaram às ruas, foi apresentado à Câmara dos Deputados o pedido de *impeachment* de Collor, firmado por Barbosa Lima Sobrinho, presidente da Associação Brasileira de Imprensa (ABI), e por Marcelo Lavenère, presidente da Ordem dos

[56] A inflação, desde o início da década de 80 até meados da década de 90, assombrou o país com índices mensais de mais de dois dígitos, desorganizando a economia, impedindo o planejamento de médio e longo prazos e corroendo os salários. O Plano Cruzado, deflagrado em 28 de fevereiro de 1986, trouxe resultados iniciais e ajudou o PMDB a eleger 22 dos 23 Governadores nas eleições de 1986, bem como 46 dos 72 Senadores e 260 dos 487 deputados. (Cabe relembrar que esses parlamentares, eleitos em 1986, exerceriam o papel de constituintes). No entanto, pouco após as eleições de 15 de novembro, voltou-se à situação de descontrole inflacionário. Ainda no governo Sarney, foram lançados os Planos Cruzado II (novembro de 1986), Bresser (1987) e Verão (1989). Na passagem do governo a Fernando Collor, a inflação disparou, como registra Saulo Ramos, Código da vida, 2007: "Sarney (...) transmitiu o cargo a seu sucessor no mês de março, quando a inflação bateu em 84,32%, e isso em virtude das medidas anunciadas pelo próprio Collor, pois, até dezembro anterior, o surto inflacionário estava sob controle".

[57] Concorreram com Collor, no primeiro turno, 24 candidatos, dentre os quais: Aureliano Chaves (PFL), Guilherme Afif Domingos (PL), Leonel Brizola (PDT), Luis Inácio Lula da Silva (PT), Mário Covas (PSDB), Roberto Freire (PCB), Paulo Maluf (PDS) e Ulysses Guimarães (PMDB). V. Abreu, Beloch, Lattman-Weltman e Lamarão, Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro, v. II, 2001, p. 1443. V. tb. www.cpdoc.fgv.br, verbete Fernando Collor.

[58] O Plano Brasil Novo, que ficou conhecido como Plano Collor, dentre outras medidas, extinguia 24 empresas estatais, reintroduzia o cruzeiro como moeda nacional, em substituição ao cruzado novo, previa o fim de cheques e títulos ao portador acima de determinados valores, instituía o câmbio flutuante, congelava preços e salários e previa a redução progressiva das alíquotas de exportação. V. Abreu, Beloch, Lattman-Weltman e Lamarão, Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro, v. V, 2001, p. 1445. V. tb. www.cpdoc.fgv.br, verbete Fernando Collor.

[59] A Medida Provisória nº 168, de 15.03.1990, instituiu o cruzeiro como nova moeda e dispôs sobre a "liquidez dos ativos financeiros". Na prática, tornou indisponíveis por 18 meses os depósitos à vista e os saldos de caderneta de poupança superiores ao R$ 50.000,00 (cinqüenta mil cruzeiros).

Advogados do Brasil (OAB)[60]. Em 29 de setembro, por 421 votos contra 38, foi admitida a acusação e o presidente foi afastado. Em 29 de dezembro de 1992, no início da sessão do Senado Federal que iria julgar o seu afastamento definitivo, Collor enviou, por meio de advogado, a carta renúncia. Ainda assim, o Senado prosseguiu no julgamento e decretou a perda de seus direitos políticos por oito anos[61]. O Presidente ainda viria a questionar, perante o Supremo Tribunal Federal, a continuação da sessão do Senado após a renúncia, mas sem sucesso[62]. Mais à frente, todavia, o STF, por maioria de votos, julgou improcedente ação penal instaurada contra Collor[63].

Itamar Franco, que assumira interinamente a presidência após a decisão da Câmara dos Deputados que importou no afastamento do titular, foi efetivado no cargo com a renúncia de Collor, no apagar das luzes de 1992. Poucos meses depois, em 21 de abril de 1993, realizou-se o plebiscito sobre a forma e o sistema de governo, previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Por 66% contra 10,2%, venceu a República sobre a Monarquia; e por 55,4% contra 24,6%, o país reincidiu na fórmula presidencialista, ficando vencida a proposta parlamentarista. Itamar recebeu o governo em meio a grave crise econômica, tendo a inflação atingido 1.100% em 1992 e chegando a 2.484% no ano seguinte[64]. Após diversas trocas de Ministros da Fazenda, o presidente convidou para o cargo o então Ministro das Relações Exteiores, Fernando Henrique Cardoso. Em fevereiro de 1994 foi lançado o Plano Real, primeiro plano de estabilização econômica, dentre os muito deflagrados desde 1986, que produziu resultados de longo prazo, permitindo que a inflação fosse finalmente controlada. Embalado pelo sucesso do Real, Fernando Henrique Cardoso, lançado pelo PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira), saiu vitorioso nas eleições presidenciais de 3 de outubro de 1994, derrotando o candidato do PT, Luís Inácio Lula da Silva. Com Cardoso, finalmente chegou ao poder a geração que fora perseguida pelo regime militar.

3. O governo Fernando Henrique Cardoso[65]

Fernando Henrique Cardoso foi eleito em primeiro turno – com maioria absoluta de votos, portanto – nas eleições de 3 de outubro de 1994, tendo tomado posse em 1º de janeiro de 1995. Durante seu primeiro governo foi aprovada a controvertida Emenda Constitucional nº

[60] O procedimento de impeachment é disciplinado na Lei nº 1.079, de 10.04.1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. O art. 14 da lei prevê ser permitido a "qualquer cidadão" – e, portanto, não a órgão público ou entidade privada – denunciar o Presidente da República ou ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados.

[61] Constituição Federal, art. 52, parágrafo único.

[62] Revista Trimestral de Jurisprudência, edição especial intitulada Impeachment, 1996, MS 21.689-DF, Rel. Min. Carlos Velloso. Por maioria, o STF entendeu que as penas de perda do cargo e de inabilitação por oito anos eram autônomas e que, como conseqüência: "A renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de 'impeachment'".

[63] STF, DJU 13 out. 1995, AP nº 307-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão. A denúncia imputava ao ex-Presidente o crime de corrupção passiva (Código Penal, art. 317). Para uma crítica política e técnica a essa decisão, v. Evandro Lins e Silva, O salão dos passos perdidos, 1997.

[64] De acordo com o DIEESE – Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. V. http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatec36SalarioseBaixaInflacao.pdf). Fernando Henrique Cardoso, que assumiria a área econômica quase sete meses depois, em 19 de maio de 1993, afirmou em seu A arte da política, 2006, p. 141: "Fui o quarto ministro da Fazenda em sete meses (...). A inflação poderia ultrapassar, se anualizada nos momentos de pico, os 3.000% ao ano".

[65] V. Fernando Henrique Cardoso, A arte da política: a história que vivi, 2006; € Sítio pt.wikipedia.org/wiki/Fernando_Henrique_Cardoso; Sítio do Instituto Fernando Henrique Cardoso: www.ifhc.org.br

16, de 4.06.1997, que em contraste com a tradição republicana brasileira, admitiu a reeleição do Presidente[66]. Foi reeleito em 4 de outubro de 1998, novamente em primeiro turno de votação, derrotando ainda uma vez o candidato do PT, Luís Inácio Lula da Silva. Permaneceu no poder até 31 de dezembro de 2002[67]. Seus dois mandatos foram marcados pelo esforço bem sucedido de consolidação da estabilidade econômica – ao custo de juros elevadíssimos e de períodos de recessão –, de combate ao déficit público e por reformas econômicas e administrativas que modificaram substancialmente o papel do Estado no domínio econômico. Fernando Henrique governou sob oposição cerrada do PT e da esquerda em geral, que condenavam a desestatização, a abertura aos investidores internacionais e a adoção de políticas públicas preconizadas no "Consenso de Washington"[68].

De fato, sucessivas emendas constitucionais suprimiram restrições ao capital estrangeiro[69], flexibilizaram monopólios estatais[70] e, coadjuvadas por ampla legislação infraconstitucional, deram ensejo a um abrangente programa de desestatização[71]. Nesse processo, foram privatizadas inúmeras empresas controladas pelo governo federal, tanto as que exploravam atividades econômicas – e.g., siderurgia e mineração – como as prestadoras de serviços públicos, em áreas como telefonia e energia elétrica. Outros serviços públicos relevantes, como a construção, recuperação e manutenção de rodovias foram dados em concessão à iniciativa privada, com base em legislação específica aprovada[72]. A diminuição da atuação direta do Estado no domínio econômico foi acompanhada pelo surgimento e a multiplicação de agências

[66] A EC 16, de 2005, permitia, também a reeleição de governadores e prefeitos.

[67] O prazo de mandato, no texto da Constituição original, era de cinco anos. A Emenda Constitucional de Revisão nº 5, de 7.06.1994, reduziu esse período para 4 anos.

[68] A expressão "Consenso de Washington" foi cunhada por John Williamson, referindo-se ao "menor denominador comum" das políticas públicas recomendadas para os países latino-americanos, em 1989, pelas instituições financeiras baseadas em Washington, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. Tais políticas incluíam: disciplina fiscal, redirecionamento de gastos públicos para áreas como saúde primária, educação elementar e infraestrutura, reforma tributária para aumentar a base tributável, juros e taxa de câmbio fixados pelo mercado, abertura comercial, eliminação de restrições ao investimento estrangeiro direto, privatização, desregulamentação e respeito ao direito de propriedade. Com o tempo, a locução passou a ser associada, pelo pensamento de esquerda, ao "neoliberalismo" e aos efeitos negativos da "globalização". V. sítio do Center for International Development at Harvard University http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/washington.html, com referências a John Williamson, "What Should the World Bank Think About the Washington Consensus?", World Bank Research Observer. Washington, DC: The International Bank for Reconstruction and Development, Vol. 15, No. 2 (August 2000), pp. 251-264. V. tb. Déborah Barros Leal Farias, Reflexos da teoria neoliberal e do Consenso de Washington na Constituição brasileira de 1988, Revista de Direito Constitucional e Internacional 59:70, 2007.

[69] A Emenda Constitucional nº 6, de 15.08.1995, suprimiu o art. 171 da Constituição, que trazia o conceito de "empresa brasileira de capital nacional", à qual poderiam ser outorgados proteção, benefícios especiais e preferências. A mesma emenda eliminou a exigência de controle por capital nacional para as empresas da área de mineração. Já a Emenda Constitucional nº 7, também de 15.08.1995, modificou o art. 178, extinguindo restrições protecionistas na navegação de cabotagem.

[70] A Emenda Constitucional nº 5, de 15.08.1995, permitiu que os Estados-membros concedessem a empresas privadas a exploração dos serviços locais de distribuição de gás canalizado, que antes só podiam ser delegados a empresa sob controle estatal. A Emenda Constitucional nº 8, de 15.08.1995, suprimiu a exigência de que serviços de telecomunicações só poderiam ser explorados por empresa sob controle acionário estatal, permitindo a privatização das empresas de telefonia. E a Emenda Constitucional nº 9, de 9.11.1995, permitiu a contratação de empresas privadas para as atividades relativas à lavra, às pesquisas e a outras etapas do ciclo econômico do petróleo.

[71] A Lei nº 8.031, de 12.04.90, ainda do governo Collor, instituiu o Programa Nacional de Desestatização, sendo depois substituída pela Lei 9.491, de 9.09.97. Os anos 90 foram assinalados por fecunda produção legislativa em temas econômicos, que incluiu diferentes setores, como energia (Lei 9.427, de 26.12.96), telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16.07.97) e petróleo (Lei nº 9.478, de 6.08.97), com a criação das respectivas agências reguladoras; modernização dos portos (Lei nº 8.630, de 25.02.93) e defesa da concorrência (Lei nº 8.884, de 11.06.94).

[72] Sobre concessões e permissões, vejam-se as Leis nºs 8.987, de 13.02.95 e 9.074, de 7.07.95.

reguladoras[73]. Merece registro, também, a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal[74], bem como o saneamento e venda dos bancos públicos estaduais, com renegociação da dívida dos Estados e seu enquadramento no programa de ajuste fiscal.

O governo Fernando Henrique ainda conseguiu aprovar, no Congresso Nacional, uma indispensável Reforma da Previdência[75] e uma Reforma Administrativa[76] de alto custo político e poucos resultados práticos. Ao longo do segundo mandato, o governo conviveu com crises políticas no Legislativo[77], crises econômicas[78] e com problemas graves no abastecimento de energia elétrica, que levaram à necessidade de racionamento no ano de 2001. Apesar da popularidade e da avaliação histórica positiva, Fernando Henrique Cardoso não conseguiu fazer seu sucessor. O candidato do PSDB, José Serra, importante quadro do governo que se encerrava – no qual foi Ministro do Planejamento e da Saúde –, foi derrotado pelo candidato do PT, Luís Inácio Lula da Silva. Em sua quarta tentativa, o sindicalista que ajudou a reorganizar politicamente os trabalhadores, no final do regime militar, e que liderou a formação de um partido de esquerda de grande militância, chegou finalmente ao poder.

4. O governo Luís Inácio Lula da Silva

Lula inicia seu governo em 1º de janeiro de 2003, sob o forte simbolismo do trabalhador de origem humilde alçado ao topo, que não se abateu nas derrotas. Ligado aos setores políticos de esquerda e aos movimentos sociais, o novo Presidente, ainda na campanha eleitoral, já dera passos em direção ao centro, ampliando seu apoio entre as classes médias urbanas e na comunidade internacional[79]. Surpreendendo adversários e desagradando aliados, o governo perseguiu a estabilidade econômica e o controle da inflação, dando autonomia na

[73] V. Luís Roberto Barroso, Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Temas de direito constitucional, v. II, 2003, p. 283. Até o início de 2002, haviam sido criadas no país as seguintes agências: a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; a Agência Nacional do Petróleo – ANP; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária; a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; a Agência Nacional de Águas – ANA, e as recentes Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. No primeiro governo Lula foi deflagrado um debate – que ficou inconcluso – acerca da legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras, seu controle social e os riscos de captura pelo setor regulado. Sobre o tema, v. Alexandre dos Santos Aragão, O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de direito, Revista de Direito Administrativo 242:1, 2006.

[74] Lei Complementar nº 101, de 4.05.2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. A lei procura restabelecer a saúde fiscal das entidades estatais, impondo a supremacia do orçamento e instituindo medidas relevantes como a fixação de limites para as despesas com pessoal e para a dívida pública, o estabelecimento de metas para controle de receitas e despesas e a limitação da atuação dos governantes em ano eleitoral.

[75] A Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, enfrentando grande resistência, modificou as regras referentes à aposentadoria, tanto no setor privado (regime geral, art. 201), quanto no público (regime próprio dos servidores, art. 40). A Reforma introduziu inovação substantiva na contagem do tempo para a aposentadoria, com substituição do critério tempo de serviço pelo tempo de contribuição, além da previsão de idade mínima para aquisição do direito de passar à inatividade.

[76] A Emenda Constitucional nº 19, de 4.06.1998, criou a figura do subsídio para retribuição dos servidores públicos, refixou o teto remuneratório e procurou flexibilizar a estabilidade dos servidores públicos. Nenhuma dessas providências produziu o impacto esperado sobre a estrutura e sobre os gastos da Administração Pública.

[77] A crise teve sua origem, em 2001, em razão da violação do sigilo do painel eletrônico do Senado Federal. Três destacados senadores responderam a acusações por abuso de poder e quebra de decoro e, após longa agonia, tiveram de renunciar para evitar a cassação. A Imprensa considerou que esta foi "a crise mais grave dos 175 anos do Senado" (V. Almanaque Abril, 2008, p. 342).

[78] Em janeiro de 1999, na esteira de crises ocorridas em outros países da América Latina, como Equador e Argentina, o país sofreu grave abalo econômico, com queda significativa da Bolsa de Valores e ataque especulativo ao real, gerando perda de divisas internacionais e drástica desvalorização da moeda.

[79] Lula escolheu como candidato a vice-presidente José Alencar, político e empresário mineiro, que representava a convivência harmoniosa com as classes produtoras. Além disso, em junho de 2002, em meio à campanha, credores e investidores internacionais foram tranqüilizados com declarações de respeito às obrigações internacionais do país, veiculadas em uma "Carta ao brasileiros". V. http://pt.wikipedia.org/wiki/Carta_aos_Brasileiros_(Lula).

prática ao Banco Central e chancelando uma política monetária ortodoxa, apesar das críticas de crescente relaxamento fiscal. O governo conseguiu aprovar no Congresso Nacional, com altíssimo custo político e esgarçamento da sua base de apoio[80], uma nova e igualmente indispensável Reforma da Previdência, diminuindo o desequilíbrio entre as aposentadorias do setor público e do setor privado[81]. Foi aprovada, também, depois de mais de dez anos de tramitação, a Reforma do Judiciário, com a criação do Conselho Nacional de Justiça e de institutos de racionalização da prestação jurisdicional, como a súmula vinculante e a repercussão geral[82].

No plano social, depois do fracasso operacional do Programa Fome Zero, de distribuição de alimentos, o governo retomou e ampliou, com resultados expressivos, programas sociais importantes, como o Bolsa Família, consistente na transferência condicionada de renda para famílias miseráveis ou muito pobres. Na área econômica, colheu sucessos significativos em termos de diminuição da pobreza, aumento do salário mínimo, extinção prática da dívida externa e confiança dos investidores estrangeiros[83]. Nada obstante, o governo Lula sofreu – como seu antecessor – oposição implacável, que levou à instauração de sucessivas comissões parlamentares de inquérito e a crises graves, que privaram o presidente de dois dos seus principais Ministros: José Dirceu, da Casa Civil, e Antônio Pallocci, da Fazenda. Sob o olhar severo da mídia em geral, o governo passou muitos meses sob vendavais constantes, que tiveram seu ápice em meados de 2005, por conta do episódio conhecido como "mensalão", decorrente de denúncias de que haveria um esquema de compra de votos no Congresso Nacional para favorecer a aprovação de projetos do Executivo[84].

O presidente, todavia, salvo por curto período, conseguiu descolar-se da perda de prestígio do PT junto à opinião pública e não enfrentou abalo significativo na sua popularidade. Em 29 de outubro de 2006, foi reeleito para o cargo, derrotando o candidato lançado pelo PSDB, Geraldo Alckmin. O segundo governo começou com o lançamento do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), em janeiro de 2007, e com o agravamento da crise econômica mundial, tendo como causas decisivas a crise do mercado de hipotecas americano e as altas recordes do preço do petróleo. Até meados de 2008, a repercussão da crise sobre o Brasil era limitada. Ainda em 2008, propostas de modificação da Constituição para permitir que Lula se candidatasse a um terceiro mandato foram lançadas ao debate público, tendo sido repelidas pelo próprio Presidente e pelos formadores de opinião. Em uma democracia em construção, como a brasileira, o ritual da alternância regular no poder continua a ser um símbolo imprescindível.

---

[80] Foi sobretudo em torno da aprovação da Reforma da Previdência que ganhou corpo a criação do PSOL – Partido do Socialismo e Liberdade, fundado por parlamentares dissidentes do PT que foram expulsos do partido, como Heloísa Helena, Luciana Genro e João Batista.

[81] Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003. Sobre o tema, v. Marcelo Leonardo Tavares org.), A reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controvertidos, 2004; Paulo Modesto, Reforma da previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional nº 41/2003, 2004; e Luís Roberto Barroso, Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios). In: Temas de direito constitucional, t. III, 2005, p. 167 e s.

[82] Emenda Constitucional nº 45, de 31.12.2004. Para a aprovação da emenda, registre-se o empenho denodado do Ministro da Justiça do primeiro governo Lula, Márcio Thomaz Bastos. Sobre o tema, v. Sergio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini (orgs.), Reforma do Judiciário, 2005; Tereza Arruda Alvim Wambier et. all., Reforma do Judiciário, 2004; Luís Roberto Barroso, Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça, Interesse Público 30:13, 2005.

[83] No início de maio de 2008, a agência de classificação de risco Standard & Poors elevou a avaliação do país para "grau de investimento" (investment grade), fato celebrado pelo governo, pela comunidade financeira e pela imprensa (v. Revista Veja, 7 mai. 2008).

[84] A denúncia foi recebida em relação aos quarenta acusados. V. STF, DJU 9 nov. 2007, Inq. 2245, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

III. Um balanço preliminar[85]

1. Alguns avanços

Em inúmeras áreas, a Constituição de 1988 consolidou ou ajudou a promover avanços dignos de nota. No plano dos direitos fundamentais, a despeito da subsistência de deficiências graves em múltiplas áreas, é possível contabilizar realizações. A centralidade da dignidade da pessoa humana se impôs em setores diversos. Para que não se caia em um mundo de fantasia, faça-se o registro indispensável de que uma idéia leva um tempo razoável entre o momento em que conquista corações e mentes até se tornar uma realidade concreta. Ainda assim, no âmbito dos direitos individuais, as liberdades públicas, como as de expressão, reunião, associação e direitos como o devido processo legal e a presunção de inocência incorporaram-se com naturalidade à paisagem política e jurídica do país. É certo que não ainda para todos[86]. Os direitos sociais têm enfrentado trajetória mais acidentada, sendo a sua efetivação um dos tormentos da doutrina[87] e da jurisprudência[88]. Nada obstante, houve avanços no tocante à universalização do acesso à educação, apesar de subsistirem problemas graves em relação à qualidade do ensino. Os direitos coletivos e difusos, por sua vez, como a proteção do consumidor e do meio ambiente, disciplinados por legislação específica, incorporaram-se à prática jurisprudencial e ao debate público[89].

---

[85] Vejam-se alguns balanços anteriores, aos dez e aos quinze anos da Constituição, em: Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), Uma Década de Constituição: 1988 – 1998, 1999; Alexandre de Moraes (coord.), Os 10 anos da Constituição Federal, 1999; Uadi Lammêgo Bulos, Decênio da Constituição de 1988, Revista de Processo 98:307, 2000; Luís Roberto Barroso, Dez Anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?), Revista Forense 346:113, 1999; Fernando Facury Scaf (org.), Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988, 2003; Ordem dos Advogados do Brasil, 15 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988: comemoração: palestras: Carmen Lúcia Antunes Rocha, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva; Paulo Roberto Soares de Mendonça, A Constituição de 1988, a globalização e o futuro, Revista de EMERJ 25:22, 2004.

[86] V. Luís Roberto Barroso, Discurso de despedida como Conselheiro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, mimeografado, 2005: "O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana é uma janela privilegiada de onde se avistam imagens de um Brasil real, tristemente real. Atávico, primitivo, violento. O Brasil dos excluídos. O País dos grupos de extermínio, de ponta a ponta, tolerados, incentivados; da violência policial – mas não de uma violência policial autônoma: a polícia serve os desígnios da sociedade –; o País das chacinas variadas, de índios, de crianças, de pobres em geral; o País do sistema penitenciário sórdido. (...) Desprestigiadas, desequipadas, mal-treinadas e mal-remuneradas, as forças policiais protagonizam, rotineiramente, espetáculos desoladores de truculência. São de triste e recente memória as chacinas do Carandiru, de Eldorado dos Carajás e de Vigário Geral, ocorridas na última década do século XX. E quando estes episódios começavam a se embotar na memória, a chacina de dezenas de pessoas nos Municípios de Queimados e de Nova Iguaçu, menos de um ano atrás, vieram nos lembrar, mais uma vez, que muitos brasileiros são vítimas daqueles que deveriam protegê-los. (...) Mas o Estado brasileiro tem faltado à causa dos direitos humanos não apenas por ação, mas também por omissão. Nas grandes cidades brasileiras, parcela da população encontra-se submetida ao arbítrio do tráfico de drogas. O Estado democrático de direito ainda não alcançou as partes do nosso território onde vivem os mais humildes. A exclusão social não se traduz apenas como privação de direitos econômicos e sociais. Implica também a privação dos direitos mais básicos, como a inviolabilidade do domicílio e a liberdade de locomoção. O que se nega aos favelados brasileiros não é só a igualdade. É também a liberdade, na sua dimensão mais nuclear".

[87] V. Ricardo Lobo Torres, A jusfundamentalidade dos direitos sociais, Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro 12:1, 2003, e A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: Ingo Wolfgang Sarlet, Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado, 2003; Ingo Wolfgang Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, 1998 e Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise, Ajuris 31:103, 2004; Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002; Andreas Krell, Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha, 2002; Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 1990; Marcos Maselli Gouvêa, O controle judicial das omissões administrativas, 2003.

[88] V. Rogério Gesta Leal, A quem compete o dever de saúde no Direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional, Revista de Direito do Estado 8:91, 2007; e Fábio César dos Santos Oliveira, "Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do Poder Judiciário", Revista dos Tribunais 865:54, 2007.

[89] Questões envolvendo escolhas difíceis entre bens jurídicos protegidos pela Constituição, como o desenvolvimento nacional, de um lado, e a preservação do meio ambiente, de outro, estiveram presentes na imprensa e nos tribunais, como a transposição do rio São Francisco e a construção de usinas hidroelétricas em área de floresta tropical. A esse propósito, o país ainda se ressente da falta de uma política clara e consistente em relação à Amazônia.

A Federação, mecanismo de repartição do poder político entre a União, os Estados e os Municípios, foi amplamente reorganizada, superando a fase do regime de 1967-69, de forte concentração de atribuições e receitas no Governo Federal. Embora a União tenha conservado ainda a parcela mais substantiva das competências *legislativas*, ampliaram-se as competências *político-administrativas* de Estados e Municípios, inclusive com a previsão de um domínio relativamente amplo de atuação comum dos entes estatais. A partilha das receitas *tributárias*, de outra parte, embora um pouco mais equânime do que no regime anterior, ainda favorece de modo significativo a União, principal beneficiária da elevadíssima carga tributária vigente no Brasil. De parte isto, ao longo dos anos, a União ampliou sua arrecadação mediante contribuições sociais, tributo em relação ao qual Estados e Municípios não têm participação, contribuindo ainda mais para a hegemonia federal. A verdade inegável é que os Estados brasileiros, em sua grande maioria, apesar da recuperação de sua autonomia política, não conseguiram encontrar o equilíbrio financeiro desejável. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também seguiu, como regra geral, um lógica centralizadora[90]. O reequacionamento do federalismo no Brasil é um tema à espera de um autor.

A nova Constituição, ademais, reduziu o desequilíbrio entre os Poderes da República, que no período militar haviam sofrido o abalo da hipertrofia do Poder Executivo, inclusive com a retirada de garantias e atribuições do Legislativo e do Judiciário. A nova ordem restaurou e, em verdade, fortaleceu a autonomia e a independência do Judiciário, assim como ampliou as competências do Legislativo. Nada obstante, a Carta de 1988 manteve a capacidade legislativa do Executivo, não mais através do estigmatizado decreto-lei, mas por meio das medidas provisórias. A Constituição, juntamente com suas emendas, contribuiu, também, para a melhor definição do papel do Estado na Economia, estabelecendo como princípio fundamental e setorial a livre iniciativa, ao lado da valorização do trabalho. A atuação direta do Estado, assim na prestação dos serviços públicos (diretamente ou por delegação), como na exploração de atividades econômicas, recebeu tratamento sistemático adequado.

2. Algumas circunstâncias

O processo constituinte teve como protagonista uma sociedade civil que amargara mais de duas décadas de autoritarismo. Na euforia – saudável euforia – de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um notável exercício de participação popular. Nesse sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, essa abertura para todos o setores organizados e grupos de interesse fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de reinvindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais. A participação ampla, os interesses múltiplos e a já referida ausência de um anteprojeto geraram um produto final heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantesentre extremos. Um texto que, mais do que analítico, era casuístico[91],

[90] O STF exige que os Estados-membros observem o modelo federal e o princípio da simetria na maior parte dos temas relevantes, aí incluídos, por exemplo, o processo legislativo e as regras de aposentadoria.

[91] Para uma visão crítica severa nessa matéria, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, A revisão constitucional brasileira, 1993, p. 5-6; e, tb., Organizações sociais de colaboração (descentralização social e Administração Pública não-estatal), Revista de Direito Administrativo 210:184.

prolixo e corporativo[92]. Esse defeito o tempo não curou: muitas das emendas, inclusive ao ADCT, espicharam ainda mais a carta constitucional ao longo dos anos[93].

Outra circunstância que merece ser assinalada é a do contexto histórico em que se desenrolaram os trabalhos constituintes. Após muitos anos de repressão política, o pensamento de esquerda finalmente podia se manifestar livremente, tendo se formado inúmeros partidos políticos de inspiração comunista, socialista, trabalhista e social-democrata. Mais organizados e aguerridos, os parlamentares dessas agremiações predominaram amplamente nos trabalhos das comissões, até a reação, de última hora, já narrada, das forças de centro e de direita. Ainda asim, o texto aprovado reservava para o Estado o papel de protagonista em áreas diversas, com restrições à iniciativa privada e, sobretudo, ao capital estrangeiro, aí incluídos os investimentos de risco. Pois bem: um ano após a promulgação da Constituição, caiu o muro de Berlim e começaram a desmoronar os regimes que praticavam o socialismo real. Simultaneamente, a globalização, com a interconexão entre os mercados e a livre circulação de capitais, impôs-se como uma realidade inelutável. Pelo mundo afora, ruíam os pressupostos estatizantes e nacionalistas que inspiraram parte das disposições da Constituição brasileira.

3. Alguns revezes

A Constituição brasileira, como assinalado, consubstanciou-se em um texto excessivamente detalhista e que, além disso, cuida de muitas matérias que teriam melhor sede na legislação infraconstitucional. De tais circunstâncias decorrem conseqüências práticas relevantes. A primeira delas é que a constitucionalização excessiva dificulta o exercício do poder político pelas maiorias, restringindo o espaço de atuação da legislação ordinária. Em razão disso, diferentes governos, para implementar seus programas, precisaram reunir apoio de maiorias qualificadas de três quintos, necessárias para emendar a Constituição, não sendo suficientes as maiorias simples próprias à aprovação da legislação comum. O resultado prático é que, no Brasil, a política ordinária – i.e., a implementação da vontade das maiorias formadas a cada época – se faz por meio de emendas constitucionais, com todo o incremento de dificuldades que isso representa.

Chega-se, assim, sem surpresa, à segunda conseqüência da constitucionalização excessiva e minuciosa: o número espantoso de emendas, que antes do vigésimo aniversário da Carta já somavam 56. Houve modificações constitucionais para todos os gostos e propósitos:

---

[92] Luís Roberto Barroso, Dez Anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?), Revista Forense 346:113, 1999, p. 117-118: "A Constituição de 1988 convive com o estigma, já apontado acima, de ser um texto excessivamente detalhista, que em diversos temas perdeu-se no varejo das miudezas – seja no capítulo da Administração Pública, como no título da ordem tributária ou no elenco de mais de 70 artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para citar apenas alguns exemplos. Não escapou, tampouco, do ranço do corporativismo exacerbado, que inseriu no seu texto regras específicas de interesse de magistrados, membros do Ministério Público, advogados públicos e privados, polícias federal, rodoviária, ferroviária, civil, militar, corpo de bombeiros, cartórios de notas e de registros, que bem servem como eloqüente ilustração".

[93] Em prática singularíssima, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foi tendo novos artigos e disposições acrescidos por emendas constitucionais, passando de 70 para 89 artigos (o art. 89 foi acrescentado pela EC 38, de 2002), sendo que muitos deles tiveram sua redação alterada, igualmente por emenda (a EC 56, de 2007, prorrogava prazo previsto no art. 76 do ADCT). Sobre o ponto, v. Oscar Dias Corrêa, Os 15 anos da Constituição de 1988 (breves anotações), Revista da EMERJ 6:15, 2003, p. 19: "E foi o que se viu: o ADCT, ao invés de servir, como usual, de roteiro à passagem do regime velho para o novo, normas de transição, na verdade se transformou em espaço que passou a recolher todas as normas não transitórias que não encontrassem lugar no texto vigente, e servissem às conveniências da hora".

limitação da remuneração de parlamentares, restrições à criação de Municípios, realização de reformas econômicas, administrativas, previdenciárias, do Judiciário, prorrogação de tributos provisórios, desvinculação de receitas, atenuação da imunidade parlamentar formal, contenção das medidas provisórias, redução do mandato presidencial, admissão da reeleição e daí por diante. Há risco de se perder o fôlego, a conta e a paciência. Tudo isso sem qualquer perspectiva de inversão de tendência. Naturalmente, essa disfunção compromete a vocação de permanência da Constituição e o seu papel de simbolizar a prevalência dos valores duradouros sobre as contingências da política.

Parte II

O desempenho das instituições

Empreende-se, a seguir, uma análise de aspectos relevantes associados ao funcionamento dos três Poderes da República ao longo dos vinte anos de vigência da Constituição. São examinadas, ainda que brevemente, algumas das mudanças constitucionais que repercutiram sobre a atuação de cada um deles, bem como o desempenho do Executivo, Legislativo e Judiciário na realização concreta de seus papéis constitucionais. Não será difícil detectar a subsistência do presidencialismo hegemônico da tradição brasileira, sem embargo da recuperação de espaço político pelo Legislativo, que vive, no entanto, grave crise de legitimidade. Talvez o traço mais nítido da paisagem política dos últimos anos seja a ascensão institucional do Poder Judiciário, que teve participação decisiva em diversos acontecimentos políticos da história recente, das reformas constitucionais aos processos criminais contra agentes públicos do primeiro escalão.

I. Poder Executivo

Examinam-se, a seguir, alguns aspectos relacionados à estrutura e à atuação do Poder Executivo ao longo da vigência da Constituição de 1988. São destacados pontos como a manutenção do presidencialismo, a redução do mandato presidencial, a previsão da possibilidade de reeleição dos chefes do Executivo, a criação do Ministério da Defesa e duas competências que têm dado margem a abusos: as relativas à edição de medidas provisórias e à possibilidade de contingenciamento de verbas orçamentárias.

Revelando uma aspiração dos setores mais progressistas, tanto o anteprojeto da Comissão Arinos como o anteprojeto apresentado pela Comissão de Sistematização propunham a implantação de um sistema de governo parlamentarista. A proposta foi derrotada em Plenário, com a mobilização do Presidente Sarney e de outras forças políticas, que aspiravam conquistar a presidência nas eleições de 1989. Como fórmula de compromisso, aprovou-se o art. 2º do ADCT, que previa a realização de um plebiscito para definir o sistema de governo. A consulta popular direta veio a ser antecipada[94], tendo vencido, por ampla maioria (v. *supra*), a manutenção do presidencialismo. Registre-se uma irônica curiosidade histórica: PT, PDT e PMDB, cujos candidatos potenciais imaginavam ter boas chances nas eleições do ano seguinte (1994) –

[94] A EC 2, de 1.09.1992, antecipou o plebiscito, previsto para 7 de setembro de 1993, para 21 de abril de 1993. A constitucionalidade da emenda foi argüida perante o Supremo Tribunal Federal, que considerou válida a medida. V. STF, ADIn 830-7, DJU 16 set. 1994, Rel. Min. Moreira Alves.

respectivamente, Lula, Leonel Brizola e Orestes Quércia – apoiaram a causa presidencialista. O PSDB, de Mário Covas e Fernando Henrique Cardoso, que à época não tinha um candidato forte à presidência, defenderam sem sucesso o parlamentarismo, na linha do programa partidário. Por trapaça da sorte, Fernando Henrique tornou-se, por dois mandatos sucessivos, o principal beneficiário do modelo que combatia: o presidencialismo imperial à brasileira.

No primeiro semestre de 1994, o ambicioso projeto de se proceder a uma ampla revisão constitucional, tal como previsto no art. 3º do ADCT, viu-se reduzido à aprovação de apenas seis emendas constitucionais de revisão (ECR), em temas de menor controvérsia política. Uma delas, a ECR nº 5, de 9.06.1994, reduziu o mandato presidencial, previsto no art. 82 da Constituição, de cinco para quatro anos. Vivia-se o último ano do governo Itamar. Na seqüência histórica, já no governo Fernando Henrique e em meio a debate acirrado, foi aprovada a EC nº 16, de 5.06.1997, que passou a permitir a reeleição, para um único período subseqüente, do presidente, governadores e prefeitos. Merece registro destacado, no tocante à estrutura do Poder Executivo, a criação do Ministério da Defesa, pela EC nº 23, de 3.09.1999, marco simbólico relevante da submissão do poder militar ao poder civil.

Duas competências freqüentemente malversadas pelo Executivo devem ser assinaladas em um balanço da experiência dos últimos vinte anos. A primeira delas é o emprego abusivo das medidas provisórias (MPs). Concebidas como um mecanismo excepcional de exercício de competência normativa primária pelo Presidente da República, reservada aos casos de "relevância e urgência" (CF, art. 62), tornaram-se um instrumento rotineiro de o Executivo *legislar*, inclusive sobre questões de menor relevância e de nenhuma urgência, minimizando o papel do Congresso Nacional e comprometendo, em muitos casos, a transparência e o debate público que devem preceder a inovação da ordem jurídica. Em razão da tolerância do próprio Legislativo e do Judiciário[95], foram editadas e reeditadas, entre 1988 e 2002, cerca de seis mil medidas provisórias[96]. A disfunção só veio a ser coibida, ainda que não integralmente, com a edição da EC nº 32, de 12.09.2001, que previu a vigência da medida provisória pelo prazo máximo de 60 dias, prorrogáveis uma única vez, por igual período, com trancamento da pauta até que haja deliberação por parte de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

A segunda competência utilizada abusivamente pelo Executivo diz respeito ao contingenciamento da execução orçamentária. Aliás, a elaboração do orçamento e, posteriormente, a arrecadação de receitas e a realização de despesas constituem um grande espaço democrático negligenciado no Brasil[97]. A competência do Executivo é máxima, já no momento de elaboração da proposta, até porque é ele que detém os dados e as informações que permitem ordenar as estimativas de receitas e de despesas. Enviado

[95] O Legislativo não exercitou, ao longo do período, sua competência para rejeitar liminarmente medida provisória, no momento do seu recebimento. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, admitiu a prática da reedição de medidas provisórias (e.g., DJU 19 dez. 2003, ADIn 1.614-MG, Rel. Min. Nelson Jobim) e entendeu que, como regra geral, os requisitos de relevância e urgência tinham natureza discricionária, só sendo passíveis de controle judicial em caráter excepcional (e.g., DJU 27 fev. 2002, ADIn-MC 1.910-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; DJU 23 abr. 2004, ADIn-MC 2.213-DF, Rel. Min. Celso de Mello).

[96] V. quadro geral das medidas provisórias no Brasil, antes e depois da EC 32, de 2001, no sítio eletrônico da Presidências da República (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Principal.htm). A estatística referida encontra-se em Almanaque Abril, 2008, p. 67.

[97] De fato, ao contrário do que se passa em outros países, entre nós simplesmente não há debate público relevante acerca das grandes opções nacionais de gastos e de investimento. No ano de 2006, o orçamento foi aprovado cinco meses após o início do exercício, sem que houvesse qualquer conseqüência mais significativa e até mesmo sem que a maior parte da sociedade sequer se desse conta.

o projeto de lei orçamentária para o Congresso, o poder de emenda dos parlamentares é extremamente reduzido e antes dá margem ao paroquialismo e ao fisiologismo do que a discussões abertas e republicanas. Pior que tudo, uma vez aprovado o Orçamento – tido como meramente autorizativo, e não impositivo –, o Presidente da República, de maneira discricionária e sem dever de motivação, pode contingenciar as verbas, deixando de liberá-las e sem que tal decisão esteja sujeita a qualquer tipo de controle por parte do parlamento. À exceção dos repasses feitos por mandamento constitucional – como os do Legislativo, do Judiciário, do Ministério Público, dentre outros –, as demais destinações são implementadas se e quando o Presidente desejar, a despeito da aprovação e vigência da lei orçamentária[98].

II. Poder Legislativo

No que toca ao Poder Legislativo, cabe assinalar a recuperação de suas prerrogativas dentro do novo quadro democrático, embora permaneça visível o decréscimo de sua importância no processo legislativo. É certo, contudo, que, como contrapartida, expandiram-se suas competências de natureza fiscalizatória e investigativa. Merecem registro, também, algumas disfunções estruturais e funcionais do sistema político brasileiro, que têm comprometido a representatividade e a legitimidade da classe política.

Ao longo do regime militar, o Poder Legislativo foi o que sofreu as conseqüências mais graves do autoritarismo. Com efeito, inúmeros de seus membros, de 1964 a 1977, tiveram os mandatos e direitos políticos cassados. Nesse período, em diversos momentos, o Congresso Nacional foi fechado, passando o general-presidente a concentrar todos os poderes legislativos, inclusive os de reforma constitucional. Paralelamente a isso, sob as Constituições de 1967 e 1969, exacerbaram-se as competências materialmente legislativas do Presidente da República, por meio da edição de decretos-leis. E, além de tudo, a maior parte dos projetos de lei relevantes votados pelo Congresso eram de iniciativa do Poder Executivo. Com a reconstitucionalização do país, em 1988, desapareceram os riscos de cassação e de recesso parlamentar. A verdade, no entanto, é que o papel do Congresso Nacional, no processo de produção legislativa, continuou bastante reduzido, à vista do espaço ocupado pelas medidas provisórias (v. *supra*) e pelos projetos resultantes de mensagens do Executivo[99].

---

[98] Sobre o tema, v. Eduardo Mendonça, A constitucionalização das finanças públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia, 2008, mimeografado, dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito Público da UERJ. V. tb., do mesmo autor, Alguns pressupostos para um Orçamento Público conforme a Constituição. In: Luís Roberto Barroso, A reconstrução democrática do direito público no Brasil, 2007, p. 666: "Em um sistema presidencialista, como o existente no Brasil, a modificação do orçamento por ato unilateral e imotivado do Executivo deveria suscitar ainda mais perplexidade. Diversas razões podem exigir adaptações no orçamento e deve haver meios para realizá-las com a agilidade necessária e sem abrir espaço para o estabelecimento de um balcão de negócios entre os Poderes. Isso é diferente de dizer que o Executivo pode simplesmente ignorar as escolhas veiculadas na lei orçamentária e renovar todas as decisões a respeito da alocação de recursos sem qualquer exigência de fundamentação".

[99] Sobre o tema, v. Clèmerson Merlin Clève, Aividade legislativa do Poder Executivo, 2000. Merecem registro, a propósito, algumas leis relevantes aprovadas na vigência da Constituição de 1988, quase todas de iniciativa do Executivo: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.1990); o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, 11.09.1990); a Lei de Licitações (Lei nº 8.666, de 21.06.1993); a Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784, de 29.01.1999); a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, que disciplina o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade; a Lei nº 9.882, de 3.12.1999, que disciplina o julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental; o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.07.2001); a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2.06.1992); o novo Código Civil (Lei nº 10.406, 10.1.2002); e a Lei de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101, de 9.02.2005). A elas se somam diversas leis de reforma do Código de Processo Civil e as já mencionadas leis relativas a desestatização, concessões, petróleo, telecomunicações etc.

Diante da crescente hegemonia do Poder Executivo no desempenho da função legislativa – fenômeno que não é típico apenas da experiência brasileira, mas global –, a ênfase da atuação do Legislativo tem se deslocado para a fiscalização dos atos de governo e da Administração Pública, de uma maneira geral. Sob a Constituição de 1988, um dos principais instrumentos dessa linha de atuação tem sido as comissões parlamentares de inquérito (CPIs). Muitas delas tiveram grande visibilidade pública, como a que apurou as denúncias de corrupção no governo Collor (1992 – CPI de PC Farias), a que investigou o conjunto de parlamentares que controlava a elaboração do Orçamento (1993 – CPI dos "Anões do Orçamento"), a CPI do Judiciário (1999) e, no ano de 2005, as CPIs dos Bingos, dos Correios e do Mensalão. As comissões parlamentares de inquérito, nos termos do art. 58, § 3º da Constituição, têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias, devendo suas conclusões ser encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos implicados, se for o caso. Os limites dos poderes de tais comissões foi sendo paulatinamente definido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (v. *infra*)[100].

Um problema estrutural importante do sistema eleitoral brasileiro, com repercussão sobre a composição do Legislativo, é a desproporcionalidade da representação política na Câmara dos Deputados. O art. 45, § 1º da Constituição prevê um número mínimo de oito deputados e um máximo de setenta deputados por Estado. De tal previsão resulta que Estados muito populosos tenham uma sub-representação, e que Estados menos populosos sejam super-representados. Isso faz com que o peso dos votos, por exemplo, de cidadãos de São Paulo e de cidadãos de Roraima não sejam os mesmos, não vigorando a máxima de *um homem, um voto*[101]. Esses limites poderiam ser justificados, em tese, por razões de equilíbrio federativo[102], o que não ocorre no caso brasileiro, em razão da composição paritária do Senado Federal. Sob o prisma da própria idéia de proporcionalidade, o problema está em que tal regra de alocação de cadeiras também se reflete na distribuição partidária na Câmara de Deputados, distorcendo a justa participação de cada um. Tal descompasso não é desimportante[103].

Durante a vigência da Constituição de 1988, algumas modificações do texto constitucional repercutiram sobre o funcionamento do Poder Legislativo dos diferentes níveis da Federação e sobre o regime jurídico dos parlamentares. A EC nº 1, de 6.04.1992, estabeleceu limites para a remuneração de deputados estaduais e de vereadores. A EC nº 25, de 15.02.2000, fixou limites de despesas com o Poder Legislativo municipal. No plano federal, a EC nº 50, de 15.02.2006,

[100] Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. In: Temas de direito constitucional, v. I, 2002, p. 97 e s.

[101] Sobre a questão, v. Vandré Augusto Búrigo, Sistema eleitoral brasileiro – a técnica de representação proporcional vigente e as propostas de alteração: breves apontamentos, Revista de Informação Legislativa 39:177, 2002, p. 182; e Fabiano Santos, Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil, Dados, v. 42, n. 1, 1999, p. 8.

[102] Por todos v. Luis Virgílio Afonso da Silva, Sistemas eleitorais, 1999, p. 160.

[103] Por exemplo: nas eleições de 1994, o PFL, embora tenha conseguido 12,9% dos votos, obteve 17,3% das cadeiras, enquanto o PT, que contabilizou 12,8% de votos, conseguiu apenas 9,6% das cadeiras. V. Jairo Nicolau, As distorções na representação dos Estados na Câmara dos Deputados, Dados, v. 40, n. 3, 1997, p. 10; David Samuels, Determinantes do voto partidário nos sistemas eleitorais centrados no candidato: evidências sobre o Brasil, Dados, v. 40, n. 3, 1997, p. 10. Isso ocorreu porque o PT tinha maior representatividade em Estados sub-representados e o PFL, nos Estados super-representados. Nessas condições não é possível afirmar que a Câmara de Deputados possa representar fielmente o pluralismo de idéias que caracteriza o meio social.

aumentou em algumas semanas os períodos de reunião do Congresso Nacional[104]. A ECR nº 6, de 9.06.1994, previu que a renúncia do parlamentar, após a instauração de processo que envolva a perda de mandato, não impede a deliberação final da Casa Legislativa[105]. Em tema de imunidade parlamentar processual, a EC nº 35, de 21.12.2001, introduziu modificação substantiva, deixando de exigir prévia licença da Câmara ou do Senado para a instauração de processo criminal contra parlamentar. No novo regime, o Supremo Tribunal Federal pode receber diretamente a denúncia. A casa legislativa pertinente, todavia, poderá, pelo voto da maioria, até a decisão final, sustar o andamento da ação durante o exercício do mandato, ficando suspensa a fluência do prazo prescricional.

O país vive, no vigésimo aniversário da Constituição, um momento delicado, em que a atividade política passa por uma situação de preocupante desprestígio[106]. Uma grave crise no sistema representativo compromete a legitimidade democrática das instituições legislativas. Nesse cenário, não é possível negar a falta de sintonia entre a sociedade civil e os órgãos de representação popular, em decorrência de um modelo político que deixou de servir adequadamente ao país. Por essa razão, tornou-se imprescindível a realização de uma Reforma Política, já de há muito adiada, capaz de fomentar a legitimidade democrática, a governabilidade e as virtudes republicanas. Adiante se voltará ao ponto.

II. Poder Jucidiário[107]

Nos últimos vinte anos, o Judiciário ingressou na paisagem institucional brasileira. Já não passa despercebido nem é visto com indiferença ou distanciamento. Há mais de uma razão para esse fenômeno. A ascensão do Poder Judiciário se deve, em primeiro lugar, à reconstitucionalização do país: recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Uma segunda razão foi o aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira. De fato, sob a Constituição de 1988, houve uma revitalização da cidadania e uma maior conscientização das pessoas em relação à proteção de seus interesses. Além disso, o

[104] Na redação original da Constituição, o Congresso Nacional se reunia entre 15 de fevereiro e 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro. O art. 1º da EC 50, de 2006, fez ligeira alteração nos prazos, prevendo: "Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro".

[105] Disso resulta que, mesmo renunciando, o parlamentar estará sujeito à inelegibilidade de oito anos, prevista na Lei Complementar nº 64, de 18.05.90, com a redação dada pela Lei Complementar nº 81, de 13.04.94.

[106] Refletindo esse sentimento, o presidente do Senado Federal e do Congresso Nacional, em entrevista à Revista Veja, de 2 abr. 2008, p. 13-14, declarou: "O Congresso deixou de votar, de legislar, de cumprir sua função. É uma agonia lenta que está chegando a um ponto culminante. Essa questão das medidas provisórias é emblemática da crise do Legislativo, que não é mais uma voz da sociedade, na é mais uma caixa de ressonância da opinião pública. Está meio sem função. O Congresso está na UTI, e ninguém do mundo político percebe que esse desapreço pelo Poder Legislativo é uma coisa que está minando as suas bases de sustentação (...). Hoje, o Congresso só quer atuar na fiscalização de outros poderes, através das CPIs, mas esquece que precisa antes fazer uma faxina dentro de casa".

[107] No mesmo ano em que se registra o vigésimo aniversário da Constituição de 1988, está sendo comemorado, por iniciativa do Supremo Tribunal Federal (v. Portaria nº 14, de 31.01.2007, da Ministra Ellen Gracie, então presidente da Corte), o "bicentenário do Judiciário independente no Brasil". A contagem do tempo toma como marco a instalação no Rio de Janeiro, em 10 de maio de 1808, da Casa de Suplicação, mais alta Corte de Justiça portuguesa, que deu origem ao Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema, v. Roberta Jansen, Supremo Tribunal Federal Tropical, Caderno História do Jornal O Globo, 17 mai. 2008.

texto constitucional criou novos direitos e novas ações, bem como ampliou as hipóteses de legitimação extraordinária e de tutela coletiva. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo[108].

Aos fatores mencionados acima – ascensão institucional do Judiciário e aumento da demanda por justiça – somam-se inúmeros outros que contribuíram para alçar a atuação de juízes e tribunais a uma posição central na vida pública contemporânea. De fato, circunstâncias como a amplitude da Constituição, a combinação da jurisdição constitucional concentrada e difusa, bem como a constitucionalização do Direito (v. *infra*) deram lugar a um fenômeno muito visível no Brasil contemporâneo: a judicialização das relações políticas e sociais. Judicialização, entenda-se bem, não se confunde com usurpação da esfera política por autoridades judiciárias, mas traduz o fato de que muitas matérias controvertidas se inserem no âmbito de alcance da Constituição e podem ser convertidas em postulações de direitos subjetivos, em pretensões coletivas ou em processos objetivos[109]. Assim, o Supremo Tribunal Federal ou outros órgãos judiciais têm dado a última palavra em temas envolvendo separação de Poderes, direitos fundamentais, políticas públicas, constitucionalidade de planos econômicos, preservação ambiental, demarcação de terras indígenas e mesmo em questões do dia a dia. Não é difícil ilustrar a tese.

Inúmeros programas de governo ou decisões políticas importantes, veiculadas, inclusive, por via de emendas à Constituição, tiveram sua deliberação definitiva em ações perante o Supremo Tribunal Federal. Antes que tudo, a Corte firmou sua própria competência para o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais[110]. Em matéria de Reforma do Judiciário, a criação do Conselho Nacional de Justiça só foi possível após chancela do STF, por decisão majoritária[111]. As diferentes Reformas da Previdência geraram embates judiciais, tanto em relação aos limites máximos dos benefícios[112] como no tocante à contribuição de inativos, que foi rejeitada quando instituída por lei[113], mas admitida quando veiculada pela EC nº 41, de 2003[114]. Nas discussões envolvendo o sistema político, o STF se pronunciou sobre a não aplicação das novas regras sobre coligações (fim

[108] Uma das principais reformas constitucionais do período foi a do Judiciário, materializada na EC nº 45, de 31.12.2004, que criou o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público, institucionalizou figuras processuais como a súmula vinculante e a repercussão geral, previu a possibilidade de federalização dos crimes contra os direitos humanos e de se dar status constitucional aos tratados sobre direitos humanos, democratizou o acesso aos órgãos especiais dos tribunais de justiça e instituiu um direito fundamental à razoável duração do processo, em meio a ouras providências.

[109] Em seu discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, em 23 de abril de 2008, o Ministro Gilmar Mendes se manifestou sobre o ponto: "Não há 'judicialização da política', pelo menos no sentido pejorativo do termo, quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direitos". V. http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/posseGM.pdf, acesso em 25.04.2008.

[110] STF, DJU 18 mar. 1994, ADIn 939-DF, Rel. Min. Sydney Sanches: "Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituinte originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição".

[111] STF, DJU 17 mar. 2006, ADIn 3367-DF, Rel. Min. Cezar Peluso.

[112] STF, DJU 16 mai. 2003, ADIn 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches. O STF deu interpretação conforme a Constituição ao art. 14 da EC nº 20, de 1998, para excluir do limite máximo dos benefícios pagos pela previdência social o salário da licença gestante, em nome da proteção da maternidade e da não discriminação da mulher no mercado de trabalho.

[113] STF, DJU 12 abr. 2002, ADIn-MC 2.010-DF, Rel. Min. Celso de Mello.

[114] STF, DJU 18 fev. 2005, ADIn 3105-DF, Rel. p/ ac. Min. Cezar Peluso.

da verticalização) às eleições que se realizariam em menos de um ano[115], derrubou a cláusula de barreira[116], determinou a redução do número de vereadores nas Câmaras Municipais[117] e impôs regra sobre fidelidade partidária, superando longa inércia do Legislativo na matéria[118].

Em matéria de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal entendeu que eles não se esgotam no elenco do art. 5º da Constituição, podendo ser encontrados fora dele, como é o caso do direito à anterioridade da lei tributária[119]. Em decisão histórica, repudiou o racismo anti-semita[120]. Decidiu, igualmente, ser inconstitucional dispositivo de lei que vedava a progressão de regime prisional para os condenados pela prática de crimes hediondos[121]. Em memorável julgamento, considerou constitucional a lei que autoriza e disciplina as pesquisas com células-tronco embrionárias[122]. Em meados de 2008, ainda se encontravam pendentes de julgamento, dentre diversas outra ações, a ADPF acerca da legitimidade ou não da interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos[123] e outra ADPF na qual se discute a extensão do regime jurídico da união estável às parcerias homafetivas[124].

No tocante às comissões parlamentares de inquérito, o sentido da cláusula constitucional "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais" foi progressivamente fixada pelo STF. Ao definir o limite das competências das CPIs, o Tribunal admitiu a possibilidade de elas ordenarem, sem intermediação judicial, a quebra de sigilo bancário, fiscal e

[115] STF, DJU 10 ago. 2006, ADIn 3.685-DF, Rel. Min. Ellen Gracie. O STF entendeu que a EC 52, de 8.03.2006, com novas regras sobre coligações partidárias (extinguindo a denominada "verticalização"), não poderia ser aplicada nas eleições que se realizariam a menos de sete meses de sua promulgação, violando a anterioridade exigida pelo art. 16 da Constituição.

[116] STF, DJU 30 mar. 2007, ADIn 1.351-DF, Rel. Min. Marco Aurélio. O Tribunal considerou inconstitucionais dispositivos legais que condicionavam o funcionamento parlamentar a determinado desempenho eleitoral, o que acabaria limitando de maneira drástica a participação de alguns partidos no Fundo Partidário, bem como o tempo de que disporiam para a propaganda partidária nos meios de comunicação.

[117] STF, DJU 7 mai. 2004, RE 197.971-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa. A Corte determinou que o número de vereadores fosse reduzido, para ser fixado proporcionalmente à população dos Municípios, nos termos do art. 29, IV da Constituição. Em nome do princípio da segurança jurídica, deu-se à decisão efeitos prospectivos.

[118] STF, Inf.STF 482, j. 3 e 4 out. 2007, MS 26.602-DF, MS 26.603-DF e MS 26.604-DF, Rels. Mins. Eros Grau, Celso de Mello e Carmen Lúcia. O STF chancelou o entendimento manifestado pelo TSE de que "os partidos políticos e as coligações partidárias têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, se, não ocorrendo razão legítima que o justifique, registrar-se ou o cancelamento de filiação partidária ou a transferência para legenda diversa, do candidato eleito por outro partido".

[119] STF, DJU 18 mar. 1994, ADIn 939-DF, Rel. Min. Sydney Sanches. Veja-se, a propósito, passagem do voto do Min. Carlos Mário Velloso: "No que tange ao princípio da anterioridade, deixei expresso o meu pensamento de que as garantias dos contribuintes, inscritas no art. 150 da Constituição, são intangíveis à mão do constituinte derivado, tendo em vista o disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição".

[120] STF, DJU 19 mar. 2004, HC 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa. Da ementa do julgado constam as seguintes passagens que merecem destaque: "10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. (...) 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica".

[121] STF, DJU 1 set. 2006, HC 82.959-SP: "Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90".

[122] STF, ADIn 3.510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

[123] STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

[124] STF, ADPF 132, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

telefônico (para fins de obtenção de dados e de registros, não de interceptação), desde que exista causa provável (i.e., indícios suficientes) e motivação prévia. Deverão, por outro lado, respeitar o direito à não-incriminação e não podem exercer competências decisórias de cunho materialmente jurisdicional, como decretação da indisponibilidade de bens ou prisão[125]. O STF estabeleceu, também, que a instalação de uma CPI é prerrogativa das minorias parlamentares e, preenchidos os requisitos constitucionais, não pode ser frustrada por ação ou omissão das maiorias[126].

A lista poderia prosseguir, indefinidamente, para incluir temas como a vedação do nepotismo, a limitação à criação de Municípios, o combate à guerra fiscal entre Estados, o teto remuneratório dos servidores públicos, a revitalização do mandado de injunção, a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, em meio a muitos outros. Como inevitável, essa expansão do papel do Poder Judiciário, notadamente do STF, acende o debate acerca da legitimidade democrática de sua atuação. Não é o caso de se aprofundar, nessa instância, a reflexão sobre o tema, salvo para breve registro. O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais, deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o deficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

Por fim, uma referência ao que a Constituição denominou de "funções essenciais à justiça". O Ministério Público viu consagrada sua independência político-administrativa e financeira, teve reconhecido um conjunto amplo de funções próprias e, ao lado do Judiciário, viveu, soba Constituição de 1988, uma fase de expressiva ascensão institucional. Ao lado do seu papel proeminente no processo penal, o Ministério Público tem experimentado uma significativa expansão do seu papel em matéria cível e administrativa, com intensa atuação na tutela do meio ambiente, do consumidor e da moralidade administrativa. Em meados de 2008, ainda se encontrava pendente de decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de promotores e procuradores conduzirem diretamente a investigação criminal[127]. A Advocacia-Geral da União, por sua vez, foi criada pela Constituição de 1988 e implantada a partir de 1993[128], consumando a separação entre a defesa da sociedade, que cabe ao Ministério Público, e a defesa da Fazenda Pública, que cabe aos advogados da União. As Procuradorias-Gerais dos Estados encontram-se estruturadas em todas as unidades federativas, o que já não é o caso das Defensorias Públicas, que em muitos Estados não existem ou estão sujeitas a condições extremamente precárias. Tal fato, como intuitivo, compromete o acesso à justiça das pessoas necessitadas.

A advocacia, liderada pela Ordem dos Advogados do Brasil, vencida a batalha pela consolidação democrática, vive as complexidades inerentes à prática profissional

[125] STF, DJU 12 mai. 2000, MS 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

[126] STF, DJU 4 ago. 2006, MS nº 24.831-DF, Rel. Min. Celso de Mello.

[127] A matéria está sendo discutida no HC 84.548, Rel. Min. Marco Aurélio.

[128] Prevista no art. 131 da Constituição, foi organizada pela Lei Complementar nº 73, de 10.02.93, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

contemporânea. Ao mesmo tempo em que procura assegurar ensino jurídico de qualidade e conduzir processos de seleção que preservem a proficiência dos profissionais que ingressam no mercado de trabalho, a Ordem enfrenta as incompreensões rotineiras em relação à profissão, procurando resguardar as prerrogativas dos advogados e confrontando-se, por vezes, com os arroubos policialescos do Estado brasileiro[129].

Parte III

As transformações da teoria constitucional

Nas últimas duas décadas, a teoria constitucional, sob a influência de movimentos históricos, políticos e doutrinários – domésticos e internacionais – , passou por um processo de reelaboração extenso e profundo. Tais concepçoes inovadoras são a seguir sistematizadas em três grandes blocos: a conquista de status normativo e de efetividade pela Constituição; o surgimento de um novo constitucionalismo, sobre bases filosóficas e teóricas diversas; e a constitucionalização do Direito, vale dizer, a irradiação dos valores e princípios constitucionais por todo o sistema jurídico.

I. A doutrina brasileira da efetividade

Na ante-véspera da convocação da constituinte de 1988, era possível identificar um dos fatores crônicos do fracasso na realização do Estado de direito no país: a falta de seriedade em relação à Lei Fundamental, a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser. Dois exemplos emblemáticos: a Carta de 1824 estabelecia que a "a lei será igual para todos", dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Outro: a Carta de 1969, outorgada pelo Ministro da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, assegurava um amplo elenco de liberdades públicas inexistentes e prometia aos trabalhadores um pitoresco rol de direitos sociais não desfrutáveis, que incluíam "colônias de férias e clínicas de repouso". Buscava-se na Constituição, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, era a falta de efetividade das normas constitucionais. Indiferentes ao que prescrevia a Lei Maior, os estamentos perenemente dominantes construíam uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado.

É bem de ver que o próprio reconhecimento de força normativa às normas constitucionais é conquista relativamente recente no constitucionalismo do mundo

[129] *Em seu discurso na posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência do Supremo Tribunal Federal, em 23 de abril de 2008, assinalou o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Cezar Britto: "Aqui, a 'lógica policialesca' também ousa se instaurar. Volta-se a dizer que bandido bom é bandido morto, especialmente quando metralhado exemplarmente do alto de um helicóptero. Começa-se a pregar que no combate ao crime tudo é permitido. Dados da CPI dos Grampos revelam que mais de quatrocentas mil escutas telefônicas foram autorizadas judicialmente. E, longe de combatê-las ou coibir o seu abuso, as autoridades, hoje, disputam quem tem o maior poder de bisbilhotagem sobre a vida dos outros. (...) Por essa razão, a OAB tem se empenhado em denunciar ações que atropelam fundamentos elementares do Estado Democrático de Direito, a começar pelas prerrogativas da advocacia - que são, na verdade, prerrogativas do cidadão, já que a ele, à sua defesa, se destinam. Deflagram-se operações que põe em cena um arsenal de práticas ilegais e autoritárias: grampos ambientais em escritórios de advocacia, prisões espalhafatosas, cerceamento do trabalho dos advogados e a criminalização da própria atividade advocatícia. Quase sempre essas operações findam na libertação da maioria dos detidos, com ações de reparação junto à Justiça, por danos morais, a serem pagas pelo contribuinte". V. http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocezarbritto.pdf, acesso em 25.04.2008.*

romano-germânico[130]. No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como *doutrina brasileira da efetividade*[131]. Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas das crônicas disfunções da formação nacional, registradas acima, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Como conseqüência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio da ação e da jurisdição –, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais[132].

Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que se tornou fonte de direitos e de obrigações, independentemente da intermediação do legislador. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para aascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O *positivismo constitucional*, que deu impulso ao movimento,não importava em *reduzir* o direito à norma, mas sim em *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como conseqüência, passa a ter atuação decisiva na realização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se registrou acima, de uma metodologia *positivista*: direito constitucional é norma; e de um critério *formal* para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base *pós-positivista*, como a teoria dos princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e o mínimo existencial.

---

[130] Sobre o tema, v. Konrad Hesse, La fuerza normativa de la Constitución. In: Escritos de derecho constitucional, 1983. Trata-se da tradução para o espanhol de um ensaio seminal, publicado em 1958. V. tb., Eduardo García de Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 2006. No modelo que vigorou na Europa até o segundo pós-guerra, a Constituição não era vista como uma norma invocável perante os tribunais. As proposições nela contidas funcionavam como mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. Somente quando tais conteúdos eram desenvolvidos por atos do parlamento ou por atos administrativos, é que se tornavam exigíveis judicialmente.

[131] Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2006 (a primeira versão do texto é de 1987)

[132] Aqui cabe relembrar que o constitucionalismo europeu seguiu trajetória diversa do americano até a segunda metade do século passado, quando iniciou um percurso de aproximação. Nos Estados Unidos, desde a primeira hora, a Constituição foi vista como um documento jurídico, dotado de supremacia e força normativa, passível de aplicação direta pelos tribunais. V. Marbury vs. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803.

II. Neoconstitucionalismo ou o novo direito constitucional

O direito constitucional, nas últimas décadas, notadamente no mundo romano-germânico, passou por um vertiginoso conjunto de transformações que modificaram o modo como ele é pensado e praticado. É possível reconstituir essa trajetória, objetivamente, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico. Neles estão contidas as idéias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

O marco *histórico* do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. Como assinalado no presente estudo, sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição promoveu uma transição democrática bem sucedida e assegurou ao país estabilidade institucional, mesmo em momentos de crise aguda. Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. O surgimento de um *sentimento constitucional* no país é algo que merece ser celebrado[133]. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

O marco *filosófico* das transformações aqui descritas é o pós-positivismo[134]. Em certo sentido, apresenta-se ele como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando da sua elaboração. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética[135].

---

[133] Sobre o sentido e alcance dessa expressão, v. Pablo Lucas Verdú, O sentimento constitucional, 2004 (trad. Agassiz Almeida Filho).

[134] Autores pioneiros nesse debate foram: John Rawls, A theory of justice, 1980; Ronald Dworkin, Taking rights seriously, 1977; Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, 1997 (1ª. ed. Alemã 1986). Sobre o tema, vejam-se também: Gustavo Zagrebelsky, El derecho dúctil: lei, derechos, justicia, 2005 (1ª. ed. 1992); Ernesto Garzón Valdés e Francisco J. Laporta, El derecho y la justicia, 2000 (1ª. ed. 1996). No Brasil, vejam-se: Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 2004; Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: Temas de direito constitucional, t. II, 2003; Antonio Carlos Diniz e Antônio Carlos Cavalcanti Maia, Pós-positivismo. In: Vicente Barreto (org.), Dicionário de filosofia do direito, 2006. A propósito do sentido do termo, v. a pertinente observação de Albert Calsamiglia, Postpositivismo, Doxa 21:209, 1998, p. 209: "En un cierto sentido la teoría jurídica actual se pude denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política".

[135] V. Ricardo Lobo Torres, Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários, 2005, p. 41: "De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de 'virada kantiana' (kantische Wende), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro A Theory of Justice de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas idéias".

Por fim, o marco *teórico* do novo direito constitucional envolve três conjuntos de mudanças de paradigma. O primeiro, já referido, foi o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata, transformando-se em fundamentos rotineiros das postulações de direitos e da argumentação jurídica. O segundo foi a expansão da jurisdição constitucional. No mundo, de uma maneira geral, esse fenômeno se manifestou na criação de tribunais constitucionais na grande maioria dos Estados democráticos. No Brasil, em particular, materializou-se ele na atribuição do direito de propositura de ações constitucionais diretas a um longo elenco de órgãos e entidades, o que permitiu fossem levadas ao Supremo Tribunal Federal algumas das grandes questões do debate político, social e moral contemporâneo. A terceira grande transformação teórica se verificou no âmbito da hermenêutica jurídica, com o surgimento de um conjunto de idéias identificadas como *nova interpretação constitucional*. Nesse ambiente, foram afetadas premissas tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como foram elaboradas ou reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica[136].

III. A constitucionalização do Direito

"Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma"[137]. O fenômeno da constitucionalização do Direito tem como ponto de partida a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde foi deslocado o Código Civil[138]. No Brasil, a partir de 1988 e, especialmente, nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. Compreendida como uma ordem objetiva de valores, transformou-se no filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico[139].

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os

[136] Sobre a interpretação constitucional contemporânea, v. Luís Roberto Barroso, Curso de direito constitucional contemporâneo, 2008, especialmente o capítulo "Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional".

[137] A primeira parte da frase ("Ontem os Códigos; hoje as Constituições") foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB: "Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer".

[138] V. Pietro Perlingieri, Perfis do direito civil, 1997, p. 6: "O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional". Vejam-se, também, Maria Celina B. M. Tepedino, A caminho de um direito civil constitucional, RDC 65:21, 1993 e Gustavo Tepedino, O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: Gustavo Tepedino (org.), Problemas de direito civil-constitucional, 2001.

[139] Na Alemanha, a idéia da Constituição como ordem objetiva de valores, que condiciona a leitura e interpretação de todos os ramos do Direito, foi fixada no julgamento do célebre caso Lüth, julgado em 1958, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que assentou: "Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho" (Jürgen Schwabe, Cincuenta años de jurisprudência del Tribunal Constitucional Federal alemán, 2003, Sentencia 7, 198). No caso concreto, o tribunal considerou que a conduta de um cidadão convocando ao boicote de determinado filme, dirigido por cineasta de passado ligado ao nazismo, não violava os bons costumes, por estar protegida pela liberdade de expressão.

demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

A constitucionalização do Direito produz impacto relevante sobre todos os ramos jurídicos. No direito civil, exemplificativamente, além da vinda para a Constituição de princípios e regras que repercutem sobre as relações privadas – e.g., função social da propriedade, proteção do consumidor, igualdade entre cônjuges, igualdade entre filhos, novas formas de entidade familiar reconhecidas –, houve o impactorevolucionário do princípio da dignidade da pessoa humana. A partir dele, tem lugar uma *despatrimonialização*[140] e uma *repersonalização*[141] do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica. A aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas também passou a ser um tema objeto de crescente interesse[142]. No direito administrativo, a constitucionalização produziu mudanças doutrinárias e jurisprudenciais importantes, que incluíram a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a vinculação do administrador à noção mais ampla de juridicidade e não apenas à lei e a possibilidade de controle de mérito doato administrativo, com base em princípios como razoabilidade, moralidade e eficiência[143].

Conclusão

A vitória do constitucionalismo democrático

I. O que ficou por fazer

A comemoração merecida dos vinte anos da Constituição brasileira não precisa do falseamento da verdade. Na conta aberta do atraso político e da dívida social, ainda há

[140] *O termo foi colhido em Pietro Perlingieri, Perfis do direito civil, 1997, p. 33. Aparentemente, o primeiro a utilizá-lo foi Carmine Donisi, Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato. In: Rassegna di diritto civile 80, 1980 (conforme pesquisa noticiada em Daniel Sarmento, Direitos fundamentais e relações privadas, 2004, p. 115).*

[141] *Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, Revista Trimestral de Direito Civil 4:243, 2000: "(A) aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da repersonalização imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da proteção da dignidade humana em relação às relações jurídicas patrimoniais". A respeito da repersonalização do direito civil, v. também Adriano de Cupis, Diritti della personalità, 1982.*

[142] *Sobre este tema, v. Daniel Sarmento, Direitos fundamentais e relações privadas, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, Direitos fundamentais e interpretação constitucional, 2005.*

[143] *V. Patrícia Batista, Transformações do direito administrativo, 2003; Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o direito administrativo, Revista de direito administrativo 239:1, 2005; Daniel Sarmento (org.), Interesses públicos versus interesses privados, 2005; Humberto Ávila, Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular", Revista Trimestral de Direito Público 24:159, 1999. V. tb. Diogo Figueiredo Moreira Neto, Mutações do direito administrativo, 2000; Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo, 2003; Odete Medauar, Direito administrativo moderno, 1998.*

incontáveis débitos. Subsiste no país um abismo de desigualdade, com recordes mundiais de concentração de renda e déficits dramáticos em moradia, educação, saúde, saneamento. A lista é enorme. Do ponto de vista do avanço do processo civilizatório, também estamos para trás, com índices inaceitáveis de corrupção, deficiências nos serviços públicos em geral – dos quais dependem, sobretudo, os mais pobres – e patamares de violência que se equiparam aos de países em guerra[144]. Por outro lado, o regime de 1988 não foi capaz de conter a crônica voracidade fiscal do Estado brasileiro, um dos mais onerosos do mundo para o cidadão-contribuinte. Sem mencionar que o sistema tributário constitui um cipoal de tributos que se superpõem e cuja complexidade exige a manutenção de estruturas administrativas igualmente custosas. Há, todavia, uma outra falha institucional, que por sua repercussão sobre todo o sistema, compromete a possibilidade de solução adequada de tudo o mais.

Nos vinte anos de sua vigência, o ponto baixo do modelo constitucional brasileiro e dos sucessivos governos democráticos foi a falta de disposição ou de capacidade para reformular o sistema político. No conjunto de desacertos das últimas duas décadas, a política passou a ser um fim em si mesma, um mundo à parte, desconectado da sociedade, visto ora com indiferença, ora com desconfiança. As repetidas crises produzidas pelas disfunções do financiamento eleitoral, pelas relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e pelo exercício de cargos públicos para benefício próprio têm trazido, ao longo dos anos, uma onda de ceticismo que abate a cidadania e compromete sua capacidade de indignação ede reação. A verdade, contudo, é que não há Estado democrático sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem parlamento atuante e investido de credibilidade. É preciso, portanto, reconstruir o conteúdo e a imagem dos partidos e do Congresso, assim como exaltar a dignidade da política. O sistema político brasileiro, por vicissitudes diversas, tem desempenhado um papel oposto ao que lhe cabe: exacerba os defeitos e não deixa florescer as virtudes.

É preciso desenvolver um modelo capaz de resgatar e promover valores como legitimidade democrática, governabilidade e virtudes republicanas[145], produzindo alterações profundas na prática política[146]. Há inúmeras propostas na matéria, apesar da

[144] V. Ilona Szabó de Carvalho e Pedro Abramovay, O custo da violência. In: O Globo, 14 mar. 2008, p. 7, Opinião. À época em que publicaram o artigo, os autores eram, respectivamente, coordenadora do Programa de Segurança Humana do Viva Rio e Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça: "O país perde cerca de 50.000 brasileiros por ano, vítimas de homicídio. Segundo o IPEA, as perdas econômicas para a nação com a violência são de mais de 90 bilhões de reais por ano. A maior concentração de violência ocorre nas periferias das grandes cidades, locais de enorme desagregação social, sobretudo em conseqüência da ausência de políticas públicas consistentes para essas regiões". Sobre o tema da segurança pública, v. Cláudio Pereira de Souza Neto, A segurança pública na Constituição Federal de 1988, Revista de Direito do Estado 8:19, 2007.

[145] A expressão "virtudes republicanas" é aqui utilizada para designar a preservação da integridade pessoal dos agentes públicos e a observância de padrões éticos de gestão da coisa pública, que levem à promoção do interesse público, e não dos interesses particulares dos governantes ou de terceiros identificados. Tais virtudes se expressam nos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da finalidade pública na ação política e administrativa. A expressão também é freqüentemente empregada, no debate político, para denotar o exercício consciente e ativo da cidadania.

[146] Com efeito, é preciso: 1. em relação à legitimidade democrática: a) propiciar maior identificação entre sociedade civil e classe política, com aumento da coerência entre discurso e prática, e maior visibilidade e controlabilidade da atividade parlamentar; b) conferir maior autenticidade programática aos partidos políticos, fomentando a fidelidade e mitigando a pulverização partidária; c) reduzir a influência do poder econômico no processo eleitoral, com o barateamento das campanhas, a limitação dos gastos e, eventualmente, o financiamento público; 2. em relação à governabilidade: a) facilitar a formação de maiorias de sustentação política do governo; b) institucionalizar as relações entre Executivo e Legislativo, com predomínio dos partidos e não do poder individual atomizado de cada parlamentar; c) criar mecanismos de superação de crises políticas, que impeça a longa agonia de governos que perderam sua base de apoio no parlamento e na sociedade; 3. Em relação às virtudes republicanas: a) eliminar o poder de barganha individual de cada parlamentar, gerador de mecanismos de troca de favores por votos; b) tornar o debate político mais programático e menos clientelista; c) esvaziar a necessidade de loteamento de órgãos públicos e de distribuição de cargos em troca de apoio.

pouca disposição para o debate. Uma delas defende para o Brasil, como sistema de governo, o semipresidencialismo, nos moldes de França e Portugal; como sistema eleitoral, a fórmula do voto distrital misto, que vigora, por exemplo, na Alemanha; e, como sistema partidário, um modelo fundado na fidelidade e na contenção da pulverização dos partidos políticos[147].

II. O que se deve celebrar

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. O imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institucional, que procura combinar Estado de direito (supremacia da lei, rule of the law, Rechtsstaat) e soberania popular, a melhor forma de realizar os anseios da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância e – quem sabe? – até felicidade. Para evitar ilusões, é bom ter em conta que as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem do plano das idéias vitoriosas para a plenitude domundo real. O curso do processo civilizatório é bem mais lento do que a nossa ansiedade por progresso social. O rumo certo, porém, costuma ser mais importante do que a velocidade.

O modelo vencedor chegou ao Brasil com atraso, mas não tarde demais, às vésperas da virada do milênio. Os últimos vinte anos representam, não a vitória de uma Constituição específica, concreta, mas de uma idéia, de uma atitude diante da vida. O constitucionalismo democrático, que se consolidou entre nós, traduz não apenas um modo de ver o Estado e o Direito, mas de desejar o mundo, em busca de um tempo de justiça, fraternidade e delicadeza. Com as dificuldades inerentes aos processos históricos complexos e dialéticos, temos nos libertado, paulatinamente, de um passado autoritário, excludente, de horizonte estreito. E vivido as contradições inevitáveis da procura do equilíbrio entre o mercado e a política, entre o privado e o público, entre os interesses individuais e o bem coletivo. Nos duzentos anos que separam a chegada da família real e o vigésimo aniversário da Constituição de 1988, passou-se uma eternidade.

[147] *V. Luís Roberto Barroso, A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil, Revista de Direito do Estado 3:287, 2006.*