

PRESENÇA E AUSÊNCIA DE RUI NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

SÍLVIO MEIRA

Quando se comemorou o 1º centenário de nascimento de Rui Barbosa, a 5 de novembro de 1949, tivemos oportunidade de proferir conferência na Assembléia Legislativa de nosso Estado sobre o tema *Rui Barbosa — A Constituição Republicana. O Código Civil. O Conceito de Liberdade*.

Àquela altura, sob a vigência da Constituição Federal de 1946, procuramos demonstrar a enorme influência de Rui na confecção da Carta de 1891 e a sua repercussão, anos afora, nos textos de 1934 e 1946. Alguns juristas seguiram a nossa esteira em congresso na Bahia (1949).

Mudaram os tempos. Substituíram-se as Constituições, e hoje em dia vemos a nossa nação regida por uma nova Carta Política, promulgada a 8 de outubro de 1988.

Cabe a pergunta, parodiando o célebre poeta: — Mudaram as Constituições ou mudamos nós?

Substituíram-se os preceitos, mas também se transformaram as condições sociais, a “natureza das coisas”, como diria Montesquieu, de que as leis são as relações necessárias, e, sobretudo, mudaram os homens.

A mitologia antiga criou as figuras imaginárias dos gigantes. Os gregos em tudo viam gigantes: Adamastor, Atlas, Hércules, Cíclopes e Titãs. As culturas românicas assimilaram os conceitos gregos e quando se quer dizer que alguém é notável diz-se ser um *Titã*, se é poderoso é um *Hércules*. Adamastor está entre as figuras míticas de Camões — Canto V, 51: “Fui dos filhos aspérrimos da terra/ chamei-me Adamastor.”

Ao lado dos gigantes, utilizados pela metáfora para simbolizar os grandes da pátria, há também os anões, muito comuns na mitologia nórdica e nos contos árabes. O demônio de Hans Sachs, nas terras germânicas, era um anãozinho

esperto e safado. Goethe, na sua preocupação demonológica, põe em realce a diferença entre uns e outros, na variedade fâunica dos diabos de todas as categorias.

Todas as pátrias têm os seus gigantes e os seus anões.

Plutarco preferiu chamar aos primeiros “Varões”, cantados por Virgílio: *Arma virunque cano*. Canto as armas e os varões. E Camões: “*As armas e os varões* (ou barões) *assinalados*”, e por Augusto Meira, aos quais chama “heróis”, à maneira de Carlyle e Emerson: “As armas cantarei troféus e heróis...” (Brasileis).

Rui Barbosa, embora de pequenas proporções físicas, pertence à categoria dos gigantes da Pátria, aqueles que a carregam nos ombros e não permitem que desapareça. Em nosso passado, *irmana-se* na grandeza a Caxias e a Rio Branco, a Cairu e José Bonifácio e a outros gigantes da Pátria, como Mauá e Rondon.

O conceito, todavia, não é físico, mas moral. Há gigantes morais em corpos franzinos. Na tradição hebréia, Golias, gigante físico, foi derrotado pelo minúsculo David, gigante moral.

Rui Barbosa pertencia à raça dos gigantes morais. Aqueles que, no nascedouro das nacionalidades, são os seus maiores epônimos — os pais da Pátria — como o foi Andres Bello no Chile e o foram Lincoln e Washington, nos Estados Unidos.

Daí decorre a sua projeção histórica, a sua sombra longa que se estende sobre o panorama imenso da Pátria, à proporção que esse panorama se projeta para o futuro.

Eis a razão que nos traz a esta tribuna, nas comemorações de seu nascimento (ocorrido a 5 de novembro de 1849) e dentro na sua própria casa, em que viveu horas de inquietação e de angústia sobre os destinos da nacionalidade. As suas estantes, os seus livros, os seus objetos de uso diário, as paredes desta casa, guardam a memória de sua intensa vida, fazendo-nos lembrar os versos de Cassiano Ricardo quando diz, referindo-se a outra personalidade: “Quem morreu não foi ele/ foram as coisas, que deixaram/ de ser vistas pelos seus olhos.”

Decorrido mais de um século da promulgação da Constituição Republicana de 1891, ele parece ainda estar presente no texto que nos rege, muito embora se possa dizer que existe *uma presença e uma ausência* de Rui Barbosa na Constituição de 1988. *Presença* em muitos institutos jurídicos ainda vigentes, embora transformados pelo tempo, e *ausência*, lamentável ausência, não apenas nos textos, mas nos hábitos, nos costumes políticos, nas práticas parlamentares.

Devemos ser objetivos. Tentaremos, tanto quanto possível, demonstrar a

tese que adotamos: Onde a presença de Rui na Carta que Ulisses Guimarães chamou “cidadã” e “Constituição-coragem”.

“Diferentemente das sete constituições anteriores — escreveu Ulisses no seu estranho “prefácio” — começa com o homem.”

Não, não começa com o homem. Começa com a Federação. Dí-lo o artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal...”

A opção pela República e pela Federação não é obra do acaso, mas o fruto de uma longa tradição que antecede a proclamação de 1889 e na qual está sempre presente a palavra de Rui. Este dizia ter sido federalista antes de ser republicano. A História do Império, com as revoluções nele geradas, sempre se fizeram em torno de tais sonhos. A Inconfidência Mineira, 1817, e 1824 no Nordeste, os farroupilhas e outras pretensões ousadas, aqui e ali, todas elas falam em implantar uma república no Brasil. Rui, porém, foi o grande intérprete e executor quando, ao lavrar o decreto nº 1 do governo provisório, ali cristalizou a idéia da república federativa, constituída de províncias “reunidas pelo laço da Federação... constituindo os Estados Unidos do Brasil...” Esse laço da Federação, a que se referia o decreto, possuía atrás de si uma longa história, que pode entroncar-se nas raízes romanas do “foedus” (*foedus aequum* e *foedus iniquum*), nas *civitates foederatae*, que aquele povo instituiu, com finalidade de paz e de guerra. O decreto, porém, como bem o salienta Aureliano Leal, dizia erradamente: “*legítima soberania*” (art. 3º).

É elementar em direito constitucional a distinção entre *soberania* e *autonomia*; aquela, integrante das nações livres ou confederadas; esta, das que são federadas, ligadas pelo “laço” federativo. Mais tarde vemos renascer a palavra soberania em pronunciamentos de Campos Sales. Perigosa palavra, que traz em si o vírus do separatismo.

A República federativa foi proclamada provisoriamente. E esse provisório haveria de durar um século, na expectativa de um plebiscito (artigo 7º).

O uso indevido da palavra soberania no artigo 3º foi logo apagado pelo texto do artigo 5º, onde se lê: “Os governos dos Estados *federados* adotarão com urgência tođas as providências necessárias para a manutenção da ordem e da segurança pública, defesa e garantia da liberdade e dos direitos dos cidadãos, quer nacionais quer estrangeiros.”

É bem verdade que, doutrinariamente, o federalismo assume numerosas e variadas formas. O de Rui não seria rigorosamente idêntico ao que se proclama hoje em dia. O jurista francês Raoul de La Grasserie aponta nada menos de 25 estruturas federalistas, de acordo com as épocas, a geografia e os costumes dos povos.

Como bem salienta Paulo Bonavides (“Política e Constituição”, Forense 1985, p. 5): “o modelo dualista — União e Estados — da Constituição de 1891 quase ignorava por conseguinte a participação da esfera local ou municipal. A menção ao Município naquele documento federativo é fugaz e rápida. Consta de um único artigo onde se diz que os Estados se organizarão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.”

O tema é polêmico e merece, por sua vastidão, um estudo especial. Fala-se hoje em *federalismo solidário*, em *federalismo regional*, tendo em vista os blocos socioeconômicos que se desenvolvem: nordeste, norte, centro-oeste, centro-sul, etc.

O próprio municipalismo adquire novas feições, em contraste com a simplória definição da Carta de 1891.

Apesar de todas essas modificações e até distorções, o assinalável é que os dois pilares de nossa organização política — a República e a Federação — se incorporaram ao decreto nº 1 e à Constituição republicana pela mão de Rui Barbosa. E até hoje causam polêmica. Até hoje sobrevivem. Não faltaram tentativas no sentido de transformar esta nação em confederação, com as constituições estaduais ultrapassando os limites federativos e estabelecendo até Ministérios das Relações Exteriores e da Guerra. Ceará chegou a ter um Ministro da Guerra, Major Manuel Bezerra de Albuquerque, e um das Relações Exteriores, Joaquim Catunda. (vd. Barão de Studart, “Datas e Fatos para a História do Ceará”, Fortaleza, 1929, pp. 3 e 4 e P. Bonavides, cit., p. 6).

Copiosa é a produção de Rui Barbosa em torno dessas idéias e dessas realidades.

Bem sabemos que as idéias, como as nuvens, tomam mil aspectos diferentes, nos céus da História. Espírito polêmico, Rui mesmo às vezes admitia revisão em seu pensamento e propunha mudanças substanciais. O texto de 1891, em que sua pena esteve permanentemente presente, mereceu observações suas quanto à reforma e adaptação aos novos tempos. Pregou a reforma constitucional.

Toda Constituição deve repousar sobre uma realidade social. E essa realidade, por sua vez, repousa sobre outra mais densa e profunda, a realidade econômica, e esta tem a seu lado a realidade financeira.

Consideramos a partilha tributária o sistema circulatório do organismo do Estado, como o sangue, levado pelas veias e artérias, inunda e alimenta os corpos vivos.

Partilha tributária e federação estão intimamente ligadas, são entidades inseparáveis. Maior ou menor autonomia depende muitas vezes de maior ou

menor receita de tributos. O povo participa intimamente desse fenômeno orgânico, contribuindo com o seu trabalho e os seus lucros para a sustentação da formidável máquina estatal, *o mais frio dos monstros frios*, no dizer de Frederico Nietzsche.

O pensamento de Rui está também presente em todas as constituições brasileiras, inclusive na atual, em vários tópicos relacionados com a tributação. No artigo 9º de 1891 proibiu aos Estados tributarem de qualquer modo ou embarçar com qualquer dificuldade ou gravame regulamentar ou administrativo, atos, instituições ou serviços estabelecidos pelo governo da União. E no artigo 10 vedou a cobrança de impostos interestaduais nocivos à vida econômica dos Estados. E, finalmente, no artigo 11 manteve a supremacia da União nos assuntos que pertencem concorrentemente ao seu governo e aos dos Estados.

Esses três artigos (9º, 10 e 11) são um espelho da partilha tributária, que se vem aperfeiçoando ou deteriorando através dos anos nas Cartas de 1934, 37, 46, 67, 69 e 88, com passagem pela revisão de 1926. Os chamados impostos de trânsito (art. 11, § 1º) constituem teimosa pretensão de muitas unidades federativas, que tentaram ultrapassar os limites da simples autonomia, adotando uma postura de soberania. Até hoje essa luta eclode em nosso país, disfarçadamente embora. A discussão em torno do Imposto de Circulação de Mercadorias, que favorece alguns grandes Estados em evidente prejuízo de pequenos estados consumidores, é um exemplo a ser bem examinado.

A Carta atual, em seus arts. 150 a 152, sob a rubrica *das limitações do poder de tributar*, é bem um espelho das sugestões de Rui. O art. 150 veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios — “estabelecer limitações ao tráfego (a carta de 1891 falava em *Trânsito*) de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público”.

Consideramos aqueles três artigos da Carta de 1988 um dos melhores aspectos desse diploma. Nele se repetem conceitos seculares, advindos do apostolado de Rui Barbosa: exigir ou aumentar tributos sem leis que os estabeleçam; instituir tratamento desigual entre contribuintes; cobrar tributos em relação a fatos ocorridos antes do início da vigência das leis; cobrá-los no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu; instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros; templos de qualquer culto, patrimônio, renda ou serviços de partidos políticos; livros, jornais periódicos, e o papel destinado à sua impressão, etc.

É bem verdade que nem tudo é de Rui. Seria exagero afirmá-lo. Muitas idéias foram apenas por ele transmitidas, extraídas da Constituição americana ou inspiradas por ensinamentos de tratadistas anglo-saxões.

Dele, porém, é a essência. A inspiração. O sentimento. A propulsão. A força geratriz.

Se pudéssemos, por um passe de mágica, apagar da História constitucional brasileira a figura de Rui, restaria um enorme vazio, de impossível suprimento.

Quando a Carta atual, em seu art. 142, dá ao Presidente da República o comando supremo das Forças Armadas, nada mais faz do que atualizar o que se continha no art. 48, 3º e 4º.

No que se refere ao Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, numerosos preceitos do capítulo V, seção III, registram a presença de seu autor. É digna de menção, todavia, a discrepância entre o art. 56 de 1891: “O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze (15) juizes, nomeados na forma do art. 48, 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação elegíveis para o senado”, e o art. 101 (decorrido um século): “O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze (11) ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco (35) e menos de sessenta e cinco (65) anos de idade, de notável saber *jurídico* e reputação *ilibada*”.

Não podemos afirmar se a redação de 1891 tentou ampliar o campo de escolha, permitindo que mais tarde Floriano, afoitamente, procurasse nomear médico e generais para a Suprema Corte, ou se seria esse preceito um retrocesso à prática romana da república de entregar o julgamento das causas, no processo formular, não a jurisconsultos, mas a homens notáveis daquela época, mesmo leigos.

Quando a Carta atual preceitua que *competete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição* dá-lhe uma altitude só comparável à prática norte-americana em que, no passado, pontificou Marshall e que Rui procurou transferir para o Brasil, mais com os olhos no céu do que os pés na terra.

No-art. 59 ficou estabelecida a vasta competência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Presidente da República nos crimes comuns e dos ministros de Estado nos crimes comuns e de responsabilidade; dos ministros diplomáticos; das causas e conflitos entre a União e os Estados ou entre estes uns com os outros; dos litígios e das reclamações entre nações estrangeiras e a União e os Estados; dos conflitos dos juizes ou Tribunais federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos juizes e tribunais de um Estado com os juizes e Tribunais de outro Estado; julgar em grau de recurso as questões resolvidas pelos juizes e tribunais federais, e finalmente rever os processos findos, em matéria crime.

Preceito ruiano é o do § 1º do art. 59 citado: “Das sentenças das justiças

dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal.” Quando a Carta atual declara, art. 25, § 1º: “São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”, nada mais faz do que repetir o § 2º, do art. 65, de 1891: “Em geral todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.”

A abolição da pena de morte (art. 5º, XLVIII, a) foi incluída por Rui no art. 73, § 22 da Carta de 1891.

Caracterizou melhor o *habeas-corpus* no art. 91, § 23, ampliando essa garantia aos casos de “ilegalidade ou abuso do poder ou iminência evidente desse perigo”.

Garantiu, no art. 2º, parágrafo único, das Disposições Transitórias, as patentes, postos, cargos inamovíveis, concessões e contratos outorgados pelo Governo Provisório. Admitiu a reforma da Constituição, mediante iniciativa do Congresso Nacional ou das legislaturas dos Estados, no art. 86. Proibiu projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa ou a igualdade de representação dos Estados no Senado. Firmou a competência do Judiciário para “decidir a constitucionalidade das leis.” Tornou o Senado tribunal de justiça “presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal para julgar o Presidente da República”. Atribuiu exclusivamente à Justiça Federal decidir sobre crimes políticos. Estabeleceu o processo de execução das sentenças e ordens da magistratura federal. Fixou a preeminência dos tribunais federais. Não tolerou ao Estado recusar fé a documentos públicos da União e rejeitar a moeda nacional. Concedeu ao estrangeiro a capacidade de ser elegível aos postos municipais. Fixou o princípio de que o castigo não deve passar da pessoa do delinqüente. (Vd. conf. de n. autoria, 1949, e H. Pires.)

A Constituição de 1946 repetiu muitos preceitos provindos de 1891 e que foram de autoria de Rui. Entre eles o do art. 17, redação do próprio Rui: “É vedado ao Governo Federal criar distinções e preferências em favor dos portos de uns contra os de outros Estados, mediante regulamentos comerciais ou fiscais.”

Onde, porém, Rui parece ter marcado de maneira mais profunda a consciência nacional é na defesa dos direitos fundamentais do Homem, o culto da liberdade, através de sua atuação, não apenas como Constituinte, mas, também, como jornalista, orador e advogado.

Em um de seus mais veementes escritos faz alusão ao “exercício viril do direito” e tece um hino à liberdade porque “diz ele — no fundo de minha consciência eu te vejo incessantemente como estrela no fundo obscuro do espaço —”. Dizia mais que “a natureza impregnou dos teus elementos a

substância do meu ser.” Na sua arrebatada oratória compara-se a David diante de Golias: “ousei pôr na funda do jornalista pequenino a pedra, de que zombaram os gigantes”. Embora republicano e federalista, reconheceu logo que aquela não era a república dos seus sonhos: “quando a república principiou a desgarrar do teu rumo, enchi do teu clamor a imprensa, o parlamento, os tribunais”.

Quem lê o art. 5º, com seus 77 incisos, da Constituição atual, referente aos direitos e deveres individuais e coletivos, ali vislumbra, enumerados de forma tão derramada, a presença inegável daquele que sempre lutou por tais princípios.

O *caput* do art. 72 da Carta de 1891 assegurava a brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade dos direitos concernentes à *liberdade*, à *segurança individual* e à *propriedade*. Compare-se com o *caput* do art. 5º vigente no qual se garante aos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito à *vida*, à *liberdade*, à *igualdade*, à *segurança* e à *propriedade*. Dois novos vocábulos aqui se incluem: *vida* e *igualdade*. O direito à vida parece dirigir-se diretamente à proibição do aborto e o direito à igualdade é uma redundância, uma vez que, em ambas as constituições, todos são iguais perante a lei (art. 5º na de 1988 e 72, § 2º, de 1891).

Na rubrica do capítulo I, do Título II da Carta em vigor há uma ampliação de conceitos ao se colocarem os deveres ao lado dos direitos. Textualmente: *Dos direitos e deveres individuais e coletivos*.

Não há propriamente originalidade nessa inovação. Quando se elaborou a Constituição Política do Estado do Pará, de 1947, tivemos oportunidade de apresentar emenda, que se transformou no artigo 127 e seguintes, título XII: *Da declaração de direitos e deveres*. Art. 127: “São deveres individuais e sociais a obediência à lei, o trabalho honesto, o respeito recíproco e o amparo à família.”

Não temos a pretensão de querer reivindicar para nós o alto papel de precursor em matéria de tal altitude, mas a verdade é que, no elenco de constituições estaduais então promulgadas em todo o país, aquela foi a pioneira. Éramos, então, presidente da Comissão que elaborou o projeto constitucional e líder da maioria.

A nossa justificação foi longa, demonstrando que ao lado dos DIREITOS devem ser previstos DEVERES, para que haja equilíbrio nas relações humanas. Direitos, só direitos, sem deveres, importa numa hipertrofia de medidas protectionistas do indivíduo ou de uma coletividade. Há, talvez, uma superabundância de direitos na longa enumeração constante do art. 5º, em 77 incisos. Há também outra redundância. Dizer que homens e mulheres são iguais em direitos

e obrigações é legislar sobre o óbvio. Já o Código Civil, em seu artigo 2º, declarava, desde 1917, que todo *homem* é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. Homem, aí, seguindo a velhíssima tradição romana, tanto é o ser do sexo masculino, como o do feminino. Falar em homens e mulheres é pouco técnico e vulgar; (I). “*Hominis appellatione tam foeminam quam contineri non dubitabatur*” (D. 50.16 fr.156, GAIO).

Também dizer que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei é princípio tradicional de nosso direito, que já se tornou lugar-comum. (II) O mesmo pode dizer-se do inciso III referente à proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante. Esta é uma tradição não apenas legal e constitucional, mas latente na consciência de todos os brasileiros, mas sempre violada, sempre conspurcada, em todos os tempos, no Império e em todas as repúblicas, velhas ou novas. Ainda há pouco tempo os jornais noticiaram casos de tortura ocorrida em Anápolis. E nada mais degradante do que o tratamento que se dá a milhares de presos nas penitenciárias, seres humanos, embora delinquentes, amontoados como animais em jaulas. Acreditamos que seria o caso até de requerer-se ao Supremo Tribunal Federal um *habeas-corporis* coletivo para todos os presos retidos em condições subumanas em nossas penitenciárias, sem saúde, sem assistência, sem alimentação adequada, sem condições de sobrevivência. Vivemos em uma sociedade hipócrita, com leis e constituições hipócritas, em que o EGO dos homens públicos se satisfaz com a pomposa declaração nos textos constitucionais de que todos são iguais perante a lei e é proibida a tortura e o tratamento desumano e degradante.

Chegamos, então, ao ponto a que chegou o jurista francês Lambert, de que as leis no Brasil nada mais são do que declarações de boas intenções, que nunca se transferem para a realidade. De que adianta escrever tantas coisas belas em textos que não são cumpridos, quando milhares de seres humanos apodrecem entre as grades, mendigos e crianças povoam as nossas praças e ruas, mata-se, tortura-se, humilha-se? Há uma distância muito grande entre LEI e REALIDADE, e quando falamos em LEI incluímos, genericamente, na categoria, as CONSTITUIÇÕES de todos os tempos.

Os 77 incisos do art. 5º da Carta atual são, em grande parte, a repetição mastigada de preceitos do passado, especialmente da Constituição do início da República, de que participou tão intensamente Rui Barbosa. Mas Rui Barbosa não podia fazer tudo, ser profeta e executor, ser arauto e meirinho, indicar rumos e executá-los num país de contraditória vocação totalitária, que gerou tipos estranhos e autoritários, que chegaram a alcançar a Presidência. E o pior não é isso. Os antigos poderiam ser violentos, mas eram probos. Mais recentes,

ao lado da violência bruta aliam um outro ingrediente: a improbidade. Ímprobos sob a bandeira de reformadores e salvadores do povo. A velha fábula do lobo com pele de cordeiro, que atravessa os séculos, encantando as crianças e apavorando os adultos.

Para que tantos direitos se não temos direitos?

Vicente Ráo, eminente jurista, escreveu um livro interessante: *o direito e a vida dos direitos*. Ele mesmo, Ráo, foi vítima de ataques de adversários, que o chamavam “Ministro da ditadura”. No Brasil, infelizmente, a ditadura é como a lepra nervosa, que se esconde por baixo da epiderme, mas está viva, destruindo o organismo. Façam-se bonitas leis e o pobre povo ficará encantado. Muita gente acreditava que, com a promulgação da Carta de 1988, iriam correr rios de leite, surgiriam empregos para todos, uma nova era se abriria nos horizontes da pátria. E o que vimos e vemos: a Bahia, berço de Rui e Teixeira de Freitas, a gloriosa Bahia, hoje em dia, berço de alguns salteadores da pátria, expostos à execração pública pela CPI do Congresso.

Estas palavras de fogo são necessárias, quando se trata de homenagear a memória de um homem que combateu como ninguém as violências, o arbítrio, a improbidade: RUI.

Seguindo-se na análise dos incisos do art. 5º — que Rui chamaria de “rabilongo” — lemos o de número IV, que assegura a livre manifestação do pensamento. Isso já estava no texto de 1891, com mais abundância até: art. 72, § 12: “em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos excessos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.”

As leis, neste país, muito bem redigidas, ficam soterradas pelo tempo e vez por outra ressurgem em novos textos, que logo caem em esquecimento. Parece haver uma certa indolência coletiva, que despreza seus próprios direitos, produto — quem sabe? Da estranha mestiçagem?

Goethe escreveu certa vez que a liberdade deve ser conquistada dia-a-dia. O que passou, passou. Quando surge novo sol e nova aurora, é preciso que o homem se reafirme numa atitude viril de reação em defesa de seus próprios direitos ameaçados.

O inciso V prevê o direito de resposta e o VI a liberdade de consciência e de crença e o livre exercício do cultos religiosos. A Carta de 1891 já no art. 72, 3º: “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.”

Como é fácil verificar, quase todos os incisos do art. 5º da Carta de hoje

possuem um ancestral na de 1891 e que, às vezes, já provinha da Constituição imperial de 1824. Fastidioso seria comentar um a um tais dispositivos, bastando reproduzir os mais importantes.

O IX prevê a livre expressão da atividade intelectual, que se entronca historicamente no § 26, do art. 72 de 1891: “Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.”

É o célebre DIREITO AUTORAL (expressão criada por Tobias Barreto), malsinado direito autoral, tão belamente legislado e tão execravelmente violado neste país. Já a Carta imperial trazia preceito e respeito. No início da República a chamada Lei Medeiros de Albuquerque procurou disciplinar-lhe o exercício. Com o passar dos tempos toda a legislação piorou, vindo a culminar com a absurda lei de 1973, que nada protege, a não ser o interesse de seus violadores. Convenções internacionais são assinadas e descumpridas. Na prática de todos os dias autores e criadores de obra de arte são “passados para trás”, como se diz na linguagem vulgar. Até quando? Criou-se um Conselho de Direito Autoral que um famigerado governo extinguiu, não faz muito tempo.

Os incisos X e XI protegem a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e a casa, asilo inviolável do indivíduo. Tudo isso vem sendo violentamente agredido por alguns espetáculos de televisão vulgares, grosseiros e imoralíssimos, que penetram nos lares, assustam as crianças e ofendem os adultos. Há nessa prática um contingente considerável de produções estrangeiras, especialmente americanas do norte, enlatados feitos para corromper os costumes. Como combatê-los se os mísseis americanos estão apontados para todos os continentes?

Já a Carta de 1891, inciso 11º do art. 72 dizia que “a casa é o asilo inviolável do indivíduo: ninguém pode aí 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.”

Eis aí a novidade velha da Carta atual, repetidora, nem sempre feliz, do que já foi dito e proclamado, em textos, muitos deles, da lavra de Rui Barbosa.

O atual inciso XII sobre a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas encontra o seu ancestral histórico no parágrafo 18, do art. 72 da Constituição republicana, com a redação enxuta tão ao gosto de Rui: “É inviolável o sigilo de correspondência.”

O inciso XIII da Carta em vigor quando diz “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais

que a lei estabelecer” é um filho histórico do parágrafo 24 (72): “É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.”

E desta forma vamos confrontando o texto de hoje com o texto de ontem e encontrando as raízes seculares, muitas delas ali plantadas por Rui Barbosa e vigorosas até hoje: a livre locomoção (inc. XV), o direito de reunião pacífica (XVI), a garantia do direito de propriedade (XXII). A Carta de 1891 dizia, no § 17 (art. 72): “o direito de propriedade mantém-se em toda a plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.” Aqui e ali, o diploma em vigor avança um pouco quando estabelece que é assegurado a todos o acesso às informações (XIV) ou firma que a propriedade exercerá a sua função social (XXIII); ou ainda quando exclui da penhora a pequena propriedade rural ou mesmo quando estabelece o óbvio, garantindo o direito de herança (XXX), matéria de direito civil. Acrescenta também, quando assegura a defesa do consumidor (XXXII).

Todas essas aparentes novidades, enumeradas na Carta atual, já se continham, implicitamente, em um só preceito, no texto de 1891: (art. 78) “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.” A diferença entre os dois diplomas reside apenas na vasta enumeração, em 77 incisos, de muitos direitos decorrentes do regime e da legislação ordinária. Outros poderiam ser acrescentados, dando a impressão de que o diploma de 1988 é mais amplo na concessão de direitos a indivíduos e coletividades. Procurando ampliar, enumerando, colocou numa camisa-de-força tantos direitos.

O inciso XXXIV: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Ou do inciso XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito”. São preceitos que vêm de longe e que se enquadram nas prescrições históricas republicanas. Igualmente, a proibição de tribunais de exceção (XXXVII), que a Carta de 1891 assegurava: “31 (72) é mantida a instituição do júri”, “livre exercício”, “a lei assegurará”, etc., os preceitos sobre direito penal (XXXIX, XL, XLI), já estavam no texto revisto por Rui Barbosa: “§ 19 — Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente; § 20: Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial; § 21: fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra.”

§ 15 — Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada; § 14 — ninguém será conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado a prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea, nos casos em

que a lei a admitir; § 16 — “aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa”, e assim por diante.

A atual Carta introduziu uma inovação quanto ao racismo, considerado crime inafiançável e imprescritível. Inovou também quanto à prática do tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo e os crimes hediondos (XLIII). As especificações do inciso XLVIII são mais do campo da lei ordinária do que propriamente do âmbito constitucional. A abolição da pena de morte, das de caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimento, cruéis (XLVII) já estavam no texto de 1891.

Um inciso importantíssimo e não levado em conta na realidade é o do inciso XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.” Pura hipocrisia legislativa.

Assim seguem-se as enumerações, até atingir o número 77. De permeio algumas inovações como o *mandado de injunção* e o *habeas-data*, cuja aplicação objetiva parece não vir dando muitos frutos. Onde, de fato, a Carta de 1988 adquiriu amplitude foi no Capítulo II *Dos direitos sociais* e no capítulo IV *Dos direitos políticos*, e ainda no título VII *Da ordem econômica e financeira*.

Compreende-se.

A Carta de 1891 era mais uma estrutura de natureza jurídica como todas Cartas mundiais. Os grandes eventos que abalaram o século XX, como o fortalecimento da classe operária, o êxodo rural e as migrações internas, as lutas de categorias sociais, ainda não se haviam definido suficientemente. A partir da 1ª grande guerra, mais especificamente da Constituição de Weimar de 1919, as constituições deixaram de ser arcabouços jurídicos para receberem em seu bojo preceitos de natureza econômica e social. Um espelho da sociedade, sem dúvida.

Rui, porém, em escritos pela imprensa e em orações de toda natureza, já abordara quase todos esses temas que estavam fora do texto constitucional, mas que, na realidade, eram objeto de suas preocupações. Os juristas da época — entre eles Inglez de Souza — muito se interessaram pelas questões sociais e lutaram pelas reivindicações dessa natureza.

Como é fácil verificar, a presença do pensamento de Rui está sempre viva.

Muitos outros assuntos, de interesse vital, podem ser comuns às Cartas de 1891 e de 1988, como o estado de sítio (art. 80/1891; art. 138/1988). Forças Armadas (art. 14/1891; art. 142/1988); liberdade de imprensa (art. 72/1891; art. 220/1988); instrução pública (art. 72, inc. 6º/1891; art. 205/1988); tributação federal (art. 7º/1891; art. 153/1988); competência do Presidente da República (art. 48/1891; art. 84/1988), competência do Congresso Nacional (art. 34/1891;

art. 48/1988); composição do senado (art. 30/1891; art. 46/1988); competência privativa da União (art. 34/1891; art. 22/1988); intervenção federal (arts. 5º e 6º/1891; art. 34/1988); autonomia dos estados (art. 63/1891; art. 25/1988); composição do senado (art. 30/1891; art. 46/1988); votos (art. 47/1891; art. 14/1988); soberania popular e cidadania (art. 69 e segs./1891; art. 14/1988); propriedade (art. 72/1891; art. 5º/1988); *habeas-corpus* (art. 72, 22/1891; art. 5º, XLVIII/1988); liberdade e prisão (art. 72, 13 e 14/1891; art. 5º XL, LXI e LXVII/1988); retroatividade da lei penal (art. 11, 3/1891; art. 5º, XL/1988), júri (art. 72, 31/1891; art. 5º XXXVIII/1988); brasileiros e estrangeiros (art. 72/1891; art. 5º, XV; XXIX, XXXI/1988); liberdade de expressão (art. 72, 24, 26/1891; art. 5º, IX/1988); órgãos da soberania nacional (art. 15/1891; art. 2º/1988).

Fazendo-se um confronto, chega-se à conclusão de que, em certos casos, a redação de 1891 era melhor, mais segura, mais enxuta. Assim ocorre no que diz respeito à proibição de leis retroativas, em que o texto atual alude a leis penais, que só podem retroagir para beneficiar o réu; enquanto a Carta de 1891 dizia simplesmente: “art. 11 — É vedado aos Estados, como à União; 3º) Prescrever leis retroativas.” O mesmo pode dizer-se com relação à liberdade de expressão. A redação de 1891 (art. 72, 24, 26) parece-nos mais precisa e pura.

Enquanto a Carta de 1891, sob a censura de Rui Barbosa, apresenta pureza de linguagem, pureza que ele imprimiu também ao Código Civil, que entrou em vigor a 1º de janeiro de 1917, a Constituição atual às vezes é prolixa e claudicante.

Não podemos negar, todavia, repetindo o que já foi dito antes, que o diploma em vigor, obedecendo às imposições da época, alargou os seus horizontes, prescrevendo normas sobre direitos do trabalhador, direitos da gestante, higiene e segurança do trabalho, acidentes de trabalho, isonomia salarial, administração pública, estabilidade do servidor público, ordem econômica, ordem social e família.

O importante é saber se tão longos e abrangentes preceitos alcançam em profundidade o meio social, ou se valem apenas como belas intenções, ali insertas, com fins demagógicos.

Lamentavelmente, dos 245 artigos da Constituição de 1988, somados aos 70 das Disposições Transitórias, num total de 315, cerca de 110 (cento e dez) — talvez os melhores — são inaplicáveis por falta de regulamentação. Esta é uma Constituição não do *presente*, mas do *futuro*.

As expressões *a lei disporá, na forma da lei, até que a lei disponha, até que seja aprovada a lei*, estão em toda parte. Mais de cem leis são aguardadas

sobre os assuntos mais importantes. O povo espera com ansiedade esses diplomas. Cremos que nem em meio século esse Congresso conseguirá elaborar essa massa legislativa, que constitui o reclamo maior da sociedade.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 dispunha de apenas 91 artigos, mais oito (8) das Disposições Transitórias. Em muitos dispositivos vem sendo repetida nas cartas posteriores até nossos dias. O que há de melhor nela foi introduzido pela pena de Rui Barbosa, apesar dos ataques que lhe faziam alguns contemporâneos, negando-lhe a paternidade de todo o diploma, entre eles Felisbello Freire, Carlos Maximiliano e Paulo de Lacerda.

Podemos repetir com seu biógrafo, o também baiano João Mangabeira: “Demais, nem Teixeira de Freitas e Lafayette reunidos, para só falar dos nossos juristas máximos, influíram tanto na preservação e no desenvolvimento do sentimento jurídico no ânimo do povo brasileiro como Rui, no curso do seu apostolado.”

Impõe-se, todavia, uma observação final: assim como há uma presença de Rui Barbosa na Constituição de 1988, há também uma AUSÊNCIA: o culto do espírito público, a procura da verdade, aquele sentimento originário da raiz latina *Pater*, o patriotismo, o amor à gleba natal, o entranhado desejo de vê-la grande e respeitada.

Rui está fazendo falta a este país, onde os pigmeus proliferam, os ádvenas aventureiros dominam economicamente e o povo, o pobre povo, aparvalhado, a tudo assiste sem saber reagir, nem como reagir.

Só a educação e o exemplo poderão salvar este país.

Rui é o exemplo.

NOTAS

Barbosa, Rui — Obras Completas, Fundação Casa Rui Barbosa, Rio de Janeiro, RJ.

Bonavides, Paulo — Política e Constituição, Forense, Rio de Janeiro, 1985.

Camões, Luís de — Os Lusíadas. Porto Editora, Portugal, 1990.

Eckermann, Johann Peter — Gespraech mit Goethe. D. Buch-Gemeinschaft. Berlin. S. D.

Freire, Felisbello — História Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil, Tipografia Aldina, Rio de Janeiro, 1894.

Grassérie, Raoul de la — L'État Fédératif. a. Fontemonig. Paris. 1897.

Guimarães, Ulisses — Prefácio à Constituição Federal de 1988.

- Guimarães, Ulisses — Prefácio à Constituição Federal de 1988.
- Hamilton, Edith — A Mitologia, Pub. Dom Quixote, Lisboa, 1983.
- Leal, Aurelino — História Constitucional do Brasil, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1915.
- Marshall — Decisões constitucionais — Imprensa Nacional, Rio, 1903. (Tradução de Américo Lobo.)
- Meira, Sílvio — Rui Barbosa. A Constituição Republicana. Imp. Nac. 1952.
- Meira, Augusto — Brasileis. Ed. Pongetti. Rio de Janeiro, 1958.
- Nietzsche, Friedrich — Also Sprach Zarathustra. — Werke. Alfred Kroner Verlag. Leipzig. PP 287 e segs. S.d.
- Plutarco — Vidas Paralelas. Vies des hommes illustres. G. Charpentier, Ed. Paris, 1885.
- Ricardo, Cassiano — Poesias Completas. J. Olímpio. Rio, 1957.
- Studart, Barão de — Datas e fatos para a História do Ceará. Fortaleza, 1929.

--oOo--

Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais da nação.

LASSALLE, Ferdinand. — “Que é uma Constituição?”, pág. 117 (Edit. Laemmert. Rio de Janeiro, 1969).