

O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A.B. COTRIM NETO

1. De um continente com cerca de 42 milhões de quilômetros quadrados — a América — mais da metade integra aquela parte hoje conhecida como “América Latina”: com efeito, *latina* porque quase toda essa região foi conquistada, colonizada e aculturada pelas duas nações latinas da Península Ibérica, a Espanha e Portugal.

Ocorre que a denominação genérica de América Latina sugere a idéia de evolução histórico-cultural uniforme e, quiçá, de um sistema jurídico-político de certo modo comum a todos os países resultantes da desintegração das antigas colônias luso-espanholas.

Entretanto, nada mais enganosa do que essa idéia de uniformidade, pensada pelos europeus, sobretudo.

2. A realidade é muito diferente: primeiro, porque quase a metade geográfica da América Latina é representada pelo Brasil, de língua portuguesa falada por cem por cento de sua população, que corresponde à terça parte dos habitantes do subcontinente; em segundo lugar, porque a formação social brasileira aconteceu em termos assaz diferentes do verificado nas antigas colônias espanholas, onde os conquistadores não tiveram condições de completamente absorver ou dissolver as populações autóctones e sua cultura que — como os Aztecas no México e os Incas no planalto *peru-boliviano* — já haviam alcançado alto nível de civilização antes de Colombo. — Enquanto isso, no Brasil, os portugueses apenas defrontaram tribos indígenas em estágio pouco superior ao de *pedra lascada*, que foram quase totalmente eliminados durante as lutas da conquista da terra, quando não dissolvidos no *melting pot* da formação racial do País (seus aborígenes são hoje 250.000, número igual aos da Austrália; e cerca de um terço a um quarto dos existentes nos Estados Unidos e no Canadá).

Por demais, é de ser registrado que a formação política do Brasil e seu desenvolvimento cultural desde os primórdios do século anterior foram presididos pela Monarquia, que a velha dinastia lusitana dos Bragança plantou em solo americano, tendo sido um de seus membros exatamente quem faria a independência do novel Estado, em 1822.

Nessas condições, e para ilustrar a profunda diferença verificada entre a história da América espanhola a partir dos fins do século XVIII e a da América portuguesa na mesma época, basta apontar que enquanto a primeira se desintegraria em 20 Estados, freqüentemente inimizados entre si, a segunda teria preservada a unidade colonial e até ampliaria o seu território, como nostálgicamente observou o pensador mexicano José Vasconcelos em sua “Breve História de México”, obra de 1956: segundo este autor, a América espanhola, após sua independência, perdeu o “sentido imperial” da tradição ibérica, o qual seria substituído por um “provincianismo grosseiro, a origem de todas as nossas mesquinhas nacionalidades”, ao tempo em que “o Brasil conservava a cabeça e se preparava para beneficiar-se da desorganização geral” (pág. 255).

3. Desde os primórdios da ocupação do território, ao Brasil sempre acorreram aventureiros europeus que nele se fixariam, inclusive e sobretudo os holandeses que largo tempo — no século XVII — permaneceram em grande região do Nordeste, onde deixariam marcas de sua cultura e de sua etnia.

No entanto, com a mudança da família real portuguesa e numerosa corte para o Rio de Janeiro, em 1808, em fuga da invasão francesa na metrópole, foi quando ocorreria o maior e o mais súbito ingresso de elementos estrangeiros no Brasil; e não tanto pelo seu número, mas pelo influxo cultural que produziram na sede provisória — que o seria por quase 14 anos — da Monarquia lusitana, assim preparando-a institucionalmente para a independência, proclamada logo depois.

Um acontecimento relevante, igualmente conseqüente desse traslado da sede monárquica, foi — conforme a observação de Pedro Calmon — a “completa anglicanização do comércio brasileiro” com a Inglaterra, então a maior potência econômica do mundo; e depois, cessadas as guerras napoleônicas, o ingresso de missões culturais francesas no país e a participação marcante da Áustria no mesmo plano, graças às ligações de família do nosso primeiro imperador com a Casa reinante neste Império da Europa Central (a propósito ver a Dissertação Doutoral de Andreas Birkholz, de 341 págs., em 1970 publicada em Augsburg sob o título “Osterreich und Brasilien-1816/1831”: sobre as ações da França no Brasil, e quanto a isso, documentadas nos arquivos franceses e brasileiros, existe excelente publicação intitulada “France et Bré-

sil”, ed. Hotel de Rohan, Paris, 1955, c/ Prefácio de Charles Braibant, diretor dos Arquivos de França).

Voltando à Europa em 1821, o rei português D. João VI deixou no Brasil o herdeiro de seu trono, o Príncipe D. Pedro, que pouco depois, em 1822, envolvido pelo movimento nativista acabou — ele próprio — declarando a independência da antiga colônia.

4. No século XV e primeira metade do século subsequente Portugal era pequeno demograficamente, de limitada extensão geográfica, como de poucos recursos econômicos. Por isso, a admirável epopéia das navegações e conquistas ultramarinas pioneiras em que se empenhou nesse período, culminando com uma desastrosa Cruzada Cristã em que o rei S. Sebastião se engajou no norte africano, em 1578, teria o doloroso efeito de provocar sua decadência irreversível. — Nessas condições, e o registro agora é do maior sociólogo brasileiro moderno, Gilberto Freyre, o Brasil teve o infortúnio de vir a ser colonizado por uma nação de energias declinantes, assim carente dos meios necessários para desenvolver o império adquirido: não fora o episódio da instalação provisória, embora um tanto demorada, da sede da Monarquia lusitana em sua dependência americana e esta haveria chegado à secessão num grande atraso econômico e cultural, e teria tido o destino da América espanhola, a desintegração, a pulverização da Nacionalidade que já estava formada.

O que se verificou no Brasil nos primeiros vinte anos do século XIX foi, verdadeiramente, uma Revolução Cultural a par de um excepcional progresso econômico: revogadas antigas leis que proibiam a instalação de indústrias e vedavam o comércio exterior com outra potência que não a colonizadora, a colônia — que fora elevada ao *status* de ‘reino’ unido com Portugal, em 1815, — ficou plenamente aparelhada para ingressar no rol dos Estados soberanos. Mas essa Revolução, que introduziu em nossa terra as ideais político-jurídicas em ebulição na Europa e na América do Norte desde a segunda metade do século XVIII, viria sobrepor-se às instituições transplantadas desde os primórdios da colonização.

5. Não seria de estranhar, portanto, que os primeiros atos do Príncipe — agora aclamado Imperador Pedro I — objetivando a estruturação de seu recém-criado Estado, trouxessem a marca do sistema político-jurídico do velho continente, sobretudo da França que, recuperada do trauma bonapartista, reassumia seu papel de cadinho das idéias-força do Ocidente.

De fato, em março de 1924 uma Constituição seria outorgada pelo Imperador e aprovada pelos Conselhos Municipais, a qual — tendo sido redigida por uma Comissão designada pelo monarca — incorporaria grande parte dos estudos da Assembléia Constituinte que ele próprio convocara e dissolvera: na

manifestação do grande constitucionalista brasileiro dos primeiros quartéis deste século, Carlos Maximiliano, na redação do Estatuto também muito se aproveitaria “de duas fontes então apreciadíssimas, a Constituição francesa e a da Noruega”; a tais modelos, acrescentou o jurista, foi feita a adaptação dos ensinamentos do celebrado autor da “Politique Constitutionnelle”, o francês Benjamin Constant, que teria até palavras de sua obra “literalmente traduzidas” no Estatuto imperial pelo que esse livro passou a gozar “do prestígio de bíblia no Parlamento brasileiro durante cinqüenta anos, invocado a cada passo nas grandes batalhas tribunícias” (Extraímos as observações de Carlos Maximiliano dos seus “Comentários à Constituição Brasileira”, a de 1891, em 3ª ed., da Liv. do Globo, 1929).

6. Sucedia que os modelos europeus da Carta do Império do Brasil, e o próprio pensamento do constitucionalista francês nela enxertado, imprimiram a esse diploma um espírito acentuadamente unitarista centralizador. Isso foi útil, para evitar a desintegração de um país com quase 9 milhões de quilômetros de superfície, numa época de comunicações e transportes morosos; mas, por outro lado fez germinar a aspiração do Federalismo, que seria fecundado — de uma parte — pelo exemplo de prosperidade dos Estados Unidos e, de outra, após 1870, pelo exemplo de viabilidade de um Império Federativo, o caso da Alemanha.

No decorrer de grande parte do século XIX, apesar de suas crises, a instituição monárquica não era questionada, sobretudo porque o sucessor de Pedro I, o Imperador Pedro II se tornaria figura respeitada por sua austeridade. Contudo, em 1889, aproveitando-se de questão política eventual, um grupo ideológico (seguidores do francês Augusto Comte, criador de uma filosofia que ao mesmo tempo inspirava certa “religião da humanidade”) dotado de muita influência no seio do Exército — e curiosamente liderado por um professor da Escola Militar de nome Benjamin Constant... — proclamou a República, que se institucionalizaria nos moldes federativo e presidencialista dos Estados Unidos da América.

Nesse regime novo o centro de inspiração para a sua normatividade se deslocaria da Europa para o norte de nosso continente. E porque se estava a sair de um regime onde, para crescer a autoridade do Monarca como chefe do Poder Executivo (ele reinava, governava e administrava), superlativamente se o armara de um Poder Moderador, com o qual *velaria incessantemente* “sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”, agora pretendia-se instaurar outro, de contornos menos autoritários. — Daí essa opção que Rui Barbosa traduziria assim:

“Ora, para lhe dar feição liberal, a Constituição dos Estados Unidos era

o modelo, que se nos impunha. Fora dela só teríamos a democracia helvética, intransplantável para estados vastos, e os ensaios efêmeros da França, tipo infeliz, além de oposto às condições de um país naturalmente federativo como o nosso” (*apud* “Ruy Barbosa e a Constituição de 1891”, ed. Min. da Cultura, 1985).

Dessarte, para completar a cópia do modelo americano, com o Federalismo adotou-se também o Presidencialismo.

É inquestionável que essa *recepção* do modelo político-constitucional americano — república federativa e presidencialista — teria pleno acolhimento no Brasil, de tal sorte que jamais seria impugnada, nem mesmo quando entre 1937 e 1945 uma ditadura de coloração fascista presidiu os destinos da Nação Brasileira: pelo menos em caráter formal, embora apenas *formal*, não foi quebrada a forma do modelo...

Por isso, aos 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a primeira constituição para os “Estados Unidos do Brasil”, toda ela inspirada no Estatuto dos *founding fathers*, feito em Filadélfia no ano de 1767 para os 13 Estados então constituintes do que viria a ser os Estados Unidos da América: assim, do mesmo modo que essa Constituição brasileira se inspirava no modelo americano, inclusive no seu “sistema de freios e contrapesos” instaurado para firmar o equilíbrio dos Poderes separados, sua interpretação e aplicação haveria de ser feita com subsídio da “doutrina bebida em boas fontes norte-americanas” (segundo palavras de Carlos Maximiliano).

7. A crise econômica de 1929, que eclodiu nos Estados Unidos e repercutiria universalmente em condições dramáticas, não poderia deixar de alcançar o Brasil, onde um movimento insurrecional derrubou o Presidente Constitucional, que foi substituído por um Governo Discricionário: isso ocorreria em 1930, tendo sido ocasionado pelo *crack* do comércio do café, principalmente, que na época representava dois terços das exportações do País.

As dificuldades deste foram, no entanto, atribuídas ao sistema regido pela Constituição de 1891: portanto se impunha um novo Diploma, o qual se fez pela via de uma Assembléia Constituinte; que o promulgou em 1934. — Todavia, esta teria a vida das flores da malesherbia...

Em 1937, uma ditadura com indissimulável coloração fascista tomou o Poder, revogou a Constituição de 1934, outorgou outra que — embora apenas nominalmente — vigoraria até 1946, quando nova Constituinte promulgaria novo Estatuto, que teria vigência até 1967.

Não obstante, em 1964, manifestações populares exaltadas, com apoio das Forças Armadas induziram o Congresso Nacional a destituir o Presidente da República, que usava de seus poderes para tentar implantar um regime de

objetivos socializantes extremamente radicais: para terminar o mandato do destituído foi eleito outro Presidente. E o Congresso Nacional, investindo-se de Poderes Constituintes elaborou nova Constituição que, com Emendas, vigorou até 1988.

A pretexto de que o Diploma Constitucional de 1967, sobretudo por força de sua Emenda nº 1/69 correspondia a um regime exacerbadamente autoritário, o Congresso convocou Assembléia Constituinte, que depois de anos e meses de discussões promulgaria nova Constituição para o Brasil em 5 de outubro de 1988 — a sétima da história nacional, a contar da primeira, de 1824, — que na sua composição gráfica e no quadro normativo pode-se dizer tão dilatada quanto o somatório das seis precedentes. — Embora tenha apenas 245 artigos na sua parte permanente e 70 no adendo de disposições transitórias, a maioria de seus artigos é de tal prolixidade e conta tantos parágrafos que — no seu contexto global — pode ser dito sem erro que esta Constituição Brasileira é de longe a mais extensa do mundo (em composição gráfica, entenda-se).

8. Já tivemos ensejo de informar que a Constituição do Império do Brasil, de 1824, se inspirava no modelo e no pensamento constitucional francês da época; e que a Constituição inaugural da República em 1891 adotara o modelo do Estatuto dos Estados Unidos da América.

Deixamos, porém de comentar sobre os modelos tomados para as Constituições subseqüentes: a de 1934, que teria vigência apenas por 3 anos, apresentava notória vinculação doutrinária com a Constituição alemã de 1919, conhecida pelo nome do lugar de sua elaboração, Weimar. A Carta outorgada ditatorialmente em 1937 inspirou-se no homólogo Diploma polonês então vigente, com nítida tintura fascista; a de 1946 retomou as linhas gerais da Constituição de 1891, por que esta já fecundara o sistema constitucional brasileiro, de tal modo que mesmo a Constituição de 1967, embora em laivos formais traísse uma vocação para o autoritarismo, também não discreparia do primeiro Diploma republicano.

Diverso é o tratamento crítico por atribuir à Constituição mais recente, à de 1988.

9. O Brasil vive, nessa década dos anos 80, uma série crise econômica, que interrompe cerca de trinta anos assinalados por altas taxas de crescimento, por vezes das mais altas do planeta. Então o país saiu daquele estágio que os economistas classificam de *sub-desenvolvimento*, atribuído aos países mais pobres, para o das potências econômicas *em desenvolvimento*, na escala imediatamente precedente das *nações desenvolvidas*.

Não obstante a crise atual, o Brasil, nos dias que correm já é um país industrializado, com infra-estrutura técnica que o habilita a prosseguir no

caminho que poderá levá-lo ao estágio de que nos envaidecemos, às vezes, por classificar como *potência emergente*.

Triste foi, porém, que para edificar tal infra-estrutura, a nação tivesse de utilizar empréstimos externos, em face dos quais se é indolor a contra-partida dos *serviços da dívida*, em épocas de prosperidade, estes se tornam dolorosos, inquietantes, em épocas de crise.

Acontece, por demais, que a estrutura econômica do país apresenta um quadro realmente inquietante, qual aquele do acentuado desnível na participação dos segmentos sociais nas riquezas e rendas nacionais: tal situação bem retrata aquele paradoxo que ontem o idealista Henry George tão amargamente atacava, do *convívio da riqueza com a miséria*. E nas épocas de crise — outro tanto — o amargor dessa circunstância se exacerba; e a crise econômica explode em crise social.

Isso é o que está ocorrendo no Brasil, donde se haver elaborado uma Constituição que, se tem muito de um transplante dos sonhos do Plano Beveridge que nem a Inglaterra vitoriosa na II Guerra Mundial conseguiu realizar, tem pouquíssimo de um programa constitucional realístico.

Efetivamente: pelo dilatado de seu texto; pelo onírico de seu conteúdo social, que, confrontado com o “Wohlfahrtsstaat” escandinavo o fará parecer um programa individualista... mas sobretudo porque para entrar em pleno vigor ela exige quase duzentas leis complementares ou que apenas a implementem — e até hoje poucas foram feitas — nós estamos vivendo um sonho constitucional, do qual é difícil prever o despertar.

10. Um excelente constitucionalista do Brasil contemporâneo, Prof. Paulo Bonavides, — dissertando sobre o que se entende por “Sistema Constitucional”, — disse que para exprimir a realidade pertinente à organização e funcionamento das estruturas *básicas* da sociedade política não basta tomar-se a “Constituição”. — Para esse autor, o *constitucionalismo clássico* entendia que a Constituição de uma sociedade organizada com Estado encerrava-se toda no texto de um certo Diploma, como se fora ele o livro sagrado da liberdade, a bíblia de uma fé democrática, o alcorão dos princípios liberais, tendo por finalidade precípua limitar ou frear o exercício do Poder: então, “Constituição e Direito Constitucional se apresentavam coincidentes”, correspondendo a primeira simplesmente, ao lado jurídico do compromisso do Poder com a Liberdade, do Estado com o Indivíduo (“Direito Constitucional”, 3ª ed. Forense, Rio, 1988, pág. 75).

Esse entendimento prevaleceria a contento, enquanto a contento funcionaram as instituições liberais, a idade de ouro do positivismo liberal, preten-

siosamente dispensando os elementos sociológicos e filosóficos da realidade e proclamando a identidade absoluta do Direito e do Estado (Bonavides, *id.*, *ib.*).

Numa certa medida, o que o mestre brasileiro sustenta não discrepa do que sustenta o mestre da Universidade de Paris, (Maurice Duverger, no seu admirável “*Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*”, obra em que — segundo o catedrático Pablo Verdú, em Prólogo da edição espanhola — a orientação do escritor foi principalmente sociológica, pelo que abandonou uma concepção *a priori* do Estado e do Governo, para se deter nos *factos*. Proclama ademais Duverger, no século XIX os liberais pediam Constituições, uma estrutura política racional, estabelecida por um texto solene, para operar a modificação das instituições existentes: Constituição e Direito Constitucional tinham sentido comum mas inovador, de “Revolução pela via do Direito”. As *instituições* que os conservadores estimavam como *naturais*, por isso eles as queriam preservar, opor-se-iam ao pretendido pelos liberais, ao constitucionalismo.

De sua parte, atribuindo ao pensamento moderno a compreensão de que “uma lei, um regulamento jurídico, uma Constituição, não são a expressão da realidade, senão um esforço para condená-la” Duverger sustenta que as *instituições políticas* correspondem “à organização concreta e realidade das sociedades”, tendo portanto maior presença nestas do que a Constituição formal, assim reprimando a anterior colocação do tema pelos anti-liberais.

Em outros termos, o que desde ontem se tem questionado é sobre o que deve prevalecer numa Constituição, se a sua dimensão jurídica ou a política: frequentemente, no passado não longínquo foi prevalente o primeiro entendimento, com dispensa dos elementos sociológicos da realidade e a exaltação de um normativismo puro, que identificava o Direito com o Estado. Mas não escapam também à crítica os pregoeiros moderníssimos de um *constitucionalismo social*, promovido por aqueles que George Gurvitch identificou como “utopistas do direito”, que aprofundam o desequilíbrio entre a ordenação jurídica do Estado e a sociedade econômica (“*Eléments de Sociologie Juridique*”, ed. Aubier, Paris, 1940, págs. 247/248).

Esse questionamento todo haveria de resultar na compreensão de que *claro imperativo recomenda colocar a Constituição escrita dentro do sistema constitucional*, quer dizer daquilo que abrange todas as forças excluídas pelo Constitucionalismo clássico, ou por ele ignoradas, em virtude de visualizar, nela — na Constituição — apenas o seu aspecto formal, a sua face meramente normativa (Bonavides, *ob. citada*, págs. 76/78).

Com efeito, o Sistema Constitucional nos permitirá perceber como se deverá organizar a Constituição formal em face do ambiente social, que ela

deverá refletir e a cujos influxos há de estar sujeita numa alta escala de dependência. Portanto, a expressão Sistema Constitucional não será gratuita, pois induz a globalidade de forças e formas políticas a que uma Constituição necessariamente deve achar-se vinculada.

Desatender a tais princípios será cavar um abismo entre as promessas do *idealismo constitucional*, do formalismo abstrato do texto da Constituição e as forças imanentes da consciência social global.

11. Conforme tivemos ensejo de registrar, até aqui, as instituições do Brasil — e porque não dizer-se, seu Sistema Constitucional? — atravessaram várias circunstâncias: a primeira, no período Colonial, até quase seu término nos anos iniciais do século XIX, quando o modelo adotado fora o transplantado do colonizador, uma nação de energias exauridas; a segunda, no correr do século passado até seu último decênio, quando a Nação em vésperas de sua independência e, depois, sob regime monárquico adotou o modelo francês, embora posteriormente viesse este a ser influenciado, também, pelo britânico; e finalmente, depois de 1891, com a República, todo o Sistema Jurídico-Político, como, particularmente, o Sistema Constitucional do País refletiria o Sistema dos Estados Unidos da América que se nacionalizaria, no transcurso destes últimos cem anos.

Nestas condições, e tal assinalamos, ainda, a característica do regime governamental e da estrutura do Estado, toda ela passou a repousar no Presidencialismo e no Federalismo; e em certa medida, nas restrições à notória vocação do Estado — do Estado Contemporâneo — para exacerbar sua presença no processo social, ao estilo dos velhos Estados escandinavos, marcadamente moldado para o paternalismo do “Welfare State”, por eles germanizado como “Wohlfartsstaat”.

Todavia a Constituição brasileira de 1988 — dissêmo-lo acima — enfatiza tanto esse paternalismo estatal que, em confronto com ele os Estados de Escandinávia e seus programas de amparo social ficam reduzidos à dimensão de um programa individualista: a propósito, um dos maiores técnicos brasileiros de Seguro Social, Celso Barroso Leite — em recente conferência sobre “A Previdência Social na Nova Constituição” — advertiu:

“Ernani Regis, jornalista pernambucano, cita na sua coluna do Jornal do Comércio, de Recife, edição de 22 de outubro (de 1988), uma comparação entre os 20 *direitos fundamentais* da Constituição da República Federal da Alemanha e os 120 *da nossa*. Outro jornalista focalizou recentemente, após meticulosa contagem, o agudo contraste entre o elevado número de vezes que a palavra direito aparece em nosso texto e a escassíssima presença, aí, do correlato termo

dever” (publicado na “Carta Mensal” do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio, do Brasil, vol. 34, nº 407, de fevereiro de 1989).

Acrescente-se, e isso também foi mencionado por Celso Barroso Leite na sua conferência: o pior — nessa Constituição brasileira — é que, enquanto programada tanta generosidade nos planos de amparo social (“seguridade social”) nela inexistente previsão de recursos financeiros para sua concretização.

Por tudo isso; porque para entrar em vigência plena ela depende de duzentas leis que consumirão muitos anos em sua elaboração, se possível; porque programou benefícios sociais inexecutáveis em quaisquer países ricos... — é evidente que nós, os brasileiros, dispomos hoje de uma Constituição que Tomas Morus poderia ter editado para a sua “Nova Ínsula Utopia”...

Tendo, por demais, organizado um Presidencialismo onde o Chefe da Nação está algemado por estrutura de poderes do estilo Parlamentarista, com a chave de algema depositada no *Congresso*, já está acontecendo o que se prognosticou à época da votação constituinte: tornou-se assaz difícil, quiçá impraticável a tarefa do Poder Executivo, no regime instituído em que o Congresso compartilha com o Governo sua ação administrativa (sobretudo de forma negativa).

Destarte, por todas as suas extravagâncias, tudo indica, e tal é a análise do problema por grande parte da *intelligentsia* brasileira, esse Diploma não promete longevidade: e tal prognóstico resulta, ademais, do fato de a nova Constituição significar uma ruptura com o Sistema Constitucional histórico do Brasil, o que não propicia bons augúrios para a sua permanência.