

Os dilemas institucionais no Brasil

RONALDO POLETTI

Procurador de Justiça do Estado de São Paulo. Professor da UnB. Ex-Consultor Jurídico do Ministério da Justiça. Ex-Consultor-Geral da República. Assessor Especial do Ministro da Educação

SUMÁRIO

1. *Dificuldades do tema.* 2. *Propósito.* 3. *Sentido do termo instituição.* 4. *Visão institucional.* 5. *Pluralismo.* 6. *Menos Estado e mais direito.* 7. *Funções jurídicas do Estado.* 8. *O povo brasileiro.* 9. *A consciência da realidade não age sobre os projetos de organização.* 10. *Ausência de debates e a consequência do País legal.* 11. *Revolução ou institucionalização.* 12. *Estado e despolitização.* 13. *Constituinte: uma oportunidade perdida.* 14. *Nova Carta ou reforma.* 15. *Formação da Constituinte.* 16. *Mentalidade analítica e a pulverização das idéias.* 17. *A não convocação da inteligência nacional.* 18. *Dilemas institucionais.* 19. *O problema da classe política.* 20. *O símbolo brasileiro de massa.* 21. *A Constituição social e a representação do homem situado.*

1. O tema revela, desde logo, uma situação emergencial, onde nos encontramos por ocasião de uma "Assembléia Constituinte" (entre aspas), como a indicar dilemas solucionáveis, mas também de difícil, imprevisível e distante solução. Vivemos e sofremos pelos dilemas, porém não vislumbramos a sua superação, o que, dada a "Constituinte", mostra uma oportunidade perdida, sem que saibamos quanto tempo passará até que solução possa haver.

A amplitude do significado de "instituição" inviabiliza uma sistematização apressada e difícil, sobremaneira, uma avaliação correta da conjuntura e sua perspectiva no tempo próximo, quando se nos avizinha o limiar de um novo século.

2. Inobstante as dificuldades do tema, cabível o propósito de indicar alguns pontos da realidade contemporânea brasileira de modo a possibilitar um nexu explicativo entre a situação desfavorável das instituições brasileiras, a Constituinte como possibilidade desperdiçada de aprimorá-las, e o rumo dos acontecimentos futuros com a participação, neles, do homem, de modo a lograr o aperfeiçoamento daquelas.

3. O termo "instituição", como as palavras de nosso tempo, parece conter certa ambigüidade ou possibilitar mais de uma compreensão. De pronto, "instituição" se vincula à idéia de regime político = "... o conjunto das instituições que regulam a luta pelo poder e o seu exercício, bem como a prática dos valores que animam tais instituições". Estas, por sua vez, "... constituem, por um lado, a estrutura orgânica do poder político, que escolhe a classe dirigente e atribui a cada um dos indivíduos empenhados na luta política um papel peculiar. Por outro, são normas e procedimentos que garantem a repetição constante de determinados comportamentos e tornam assim possível o desenvolvimento regular e ordenado da luta pelo poder, do exercício deste e das atividades sociais a ele vinculadas" (do verbete "Regime Político", assinado por LUCIO LEVI, in *Dicionário de Política*, de NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI e GIANFRANCO PASQUINO, Ed. Universidade de Brasília, 1986).

No entanto, nem sempre instituição tem o sentido com que a palavra vem empregada no texto acima. Nem sempre instituição significa algo ligado diretamente ao poder, à pólis, ao Estado. Quando se fala, por exemplo, que o Brasil vai mal é porque não tem instituições ou porque elas não funcionam a contento. A referência não se resume às instituições políticas, mas a outras.

4. Daí a implicação necessária de uma visão institucional do direito e da sociedade. Na verdade, há instituições ligadas diretamente ao Estado, como ele próprio, a Constituição, o povo e sua representação política, a federação, os órgãos do poder, a administração pública, a justiça, as forças armadas etc.

Há, todavia, instituições aquém ou além do Estado: a Igreja, as associações de diversos fins, as fundações, os clubes, a família, a universidade, a imprensa, os sindicatos, as corporações profissionais, as comunidades.

Há aquelas, bem se vê, cuja natureza não é estatal, inobstante insuscetíveis de classificação fora do Estado, dada a nossa realidade política de onipresença estatal: a universidade, o partido político, os sindicatos, as corporações e as empresas econômicas.

5. A existência de instituições dentro e além ou aquém do Estado leva-nos a uma concepção pluralista da vida social. Tal pluralismo jurídico e político significa admitir, como realidade, um direito estatal mas além dele e até contra ele outros direitos. Considera, portanto, uma multiplicidade de ordenamentos. O direito não se confunde com o Estado. É preciso frisar, contu-

do, que essa adversidade entre *pluralismo* e *monismo* não leva a qualquer contenda ideológica. O *pluralismo* possui diversas faces, como o corporativismo fascista, o neoliberalismo, o institucionalismo católico, o sindicalismo revolucionário. E o *monismo* é defendido, p. ex., por KELSEN, cuja vocação democrática é evidente.

Convém salientar, todavia, que o *pluralismo* corre o risco de descambar para um sociologismo, em prejuízo de uma verdadeira ciência do direito, e, na verdade, foi mesmo uma reação contra o Estado de direito concebido à maneira de KANT. Enquanto o *monismo* pode estiolar o fenômeno jurídico, amarrando-o ao Estado, ou seja, a uma realidade presumidamente efêmera (desde que concebido como Estado nacional ou moderno). Além disso, a identificação Estado-direito reduz o objeto da ciência jurídica às normas, nem sempre nítidas no universo do direito, dadas as variadas formas em que esse último se manifesta. As normas, todas elas provenientes ou reconhecidas pelo Estado, resultam em algo, embora suscetível de crítica, revelador de uma realidade inafastável. Ficam como despojadas de sentido social e moral para o jurista, que se vê, por isso, diminuído em seu nobre mister.

Apesar de a dualidade tipológica — monismo e pluralismo — não conter, necessariamente, uma definição política atinente aos valores democráticos, é fora de dúvida que o autoritarismo não penetra jamais no pluralismo, onde a manifestação social e fática acarreta também a multiplicidade de maneiras de pensar e de agir, enquanto a máquina estatal será sempre a possibilidade de um domínio ou de uma opressão.

Os dois pólos mostram duas tendências. Uma em que o direito tem por fim o Estado, identificado como uma realização concreta de ideais éticos. Já o pluralismo nega o primado interno do direito estatal e proclama a supremacia do direito das instituições particulares. O direito desorgânico ou direito social ou de integração (GURVITCH).

O pluralismo se opõe ao Estado e repudia o poder como fundamento da ordem jurídica positiva.

Há, porém, um pluralismo mitigado que concilia a multiplicidade de ordenamentos com a hierarquia de ordem legal ou de sistemas normativos. Essa segunda corrente (HAURIOU e SANTI ROMANO) sai da tese de uma normatividade pura para ater-se ao fenômeno jurídico concreto. O pluralismo nada tem que ver com qualquer tendência anti-social. Ao contrário, parece fortalecer a concepção de uma sociedade forte independentemente do Estado. Não diz, tão-somente, que há direito fora do Estado, mas que esse direito não estatal é pleno e dotado de garantia jurídica. Mais ainda, que há uma equivalência qualitativa entre o direito positivo estatal e o não estatal. Certamente essa visualização nada tem que ver com um novo medievalismo, mas a posição de GIERKE cabe ser destacada. Na verdade, uma nova Idade Média parece nascer pelo menos na concepção internacionalista e plural de Estados, cuja soberania já não se adota como critério para distingui-los.

Embora não estejam ligadas diretamente ao tema, as idéias de OTTO GIERKE merecem lembradas. Ele elaborou a teoria organicista ou realista para explicar a pessoa jurídica, como sujeito de direitos, por oposição à teoria da ficção. Para tanto se valeu das comunidades medievais. Cada associação possui uma personalidade real e efetiva, personalidade natural e originária que não vem do Estado e que lhe garante uma atividade autônoma, independente da ação do Estado. Cada corporação tem um sistema de direito próprio, sendo idêntica ao Estado do ponto de vista de sua personalidade legal, pois "toda comunidade orgânica é capaz de produzir direito". As comunidades — entes coletivos — unidades sociais — são limites naturais à autoridade do Estado, porquanto o Estado é uma pessoa jurídica dotada de soberania, mas não cria as pessoas jurídicas e coletivas. O Estado é a corporação por excelência. Mas em GIERKE ainda o Estado está acima das unidades sociais, de uma certa forma nele inseridas.

Já outros (DUGUIT) formularão a idéia de um plano igual entre o Estado e as comunidades.

O Estado é somente o Estado funcional, cujo papel vem muito mitigado e pouco lembra a sua origem, como Estado-nacional. Além do governo, no Estado-funcional, há uma força que permanece estável acima da vontade daquele e um nexo presente na sociedade, que lhe garante a existência e que *tecniciza* as atividades estatais, transformando-as em instrumentos dela (a sociedade).

6. Dentro dessa concepção institucional e pluralista da sociedade e do direito, admitindo a realidade estatal nem sempre desejável, será mister visualizá-la na melhor das hipóteses como uma condição. Não certamente como o Estado puro de direito à moda kantiana, alheio aos problemas sociais ou inconsciente das desigualdades aguçadas pelo exercício da liberdade. Não é o Estado liberal, no sentido daquele que jamais age a não ser para produzir a ordem jurídica. Mas também não é o Leviatã, que tudo açambarca. Há de ser, no mínimo, o Leviatã contido, limitado pelo direito. Se não podemos destruí-lo, pelo menos devemos acorrentá-lo dentro de limites razoáveis. Trata-se do mínimo de Estado. A sociedade política como condição para a existência das instituições nela encerradas. Meio para que as instituições e os homens nela presentes atinjam os seus fins e se realizem. Que o Estado não seja o bem comum, mas que o forneça. Como na frase-título da livro de ATALIBA NOGUEIRA: "Estado é meio e não fim".

Sabemos da importância da questão social e como ela foi tratada nas Constituições do após a Primeira Guerra Mundial, dando ensejo à democracia social; sobretudo como isso presidiu o discurso constitucional brasileiro em 1934, com repercussão até na problemática da "Constituinte" presente. No entanto, indispensável considerar que também o excesso de Estado pode, ao contrário de atenuar a questão social, agravá-la pelo desperdício público, sobretudo em países como o Brasil, em que o Estado não é apenas um ordenamento, mas uma aparatosa e dispendiosa máquina burocrática a servi-

ço não da sociedade mas de uma oligarquia. Um exemplo cotidiano interessante consiste nos planos econômicos que visam a uma estabilidade. Eles são frustrantes porque é sua condição a diminuição do déficit público, na contenção da despesa pública. Mas isto é inviável, porque o Poder se sustenta pelo gasto do dinheiro público. Além disso, de nada ou pouco adianta o Estado rico e o povo pobre. As nações crescem não em função de seus governos mas da sociedade, de suas instituições, de algo que cresce independente do Estado. Daí, a idéia divulgada por LAURENT COHEN-TANUGI: "O direito sem Estado". "Liberalismo: menos Estado e mais direito". Repugna ao sentimento de justiça e ao bom senso a pregação de que a presença do Estado resolve ou atenua a questão social, como se o fenômeno da estatização, no sentido não exclusivamente econômico, viesse ao encontro dos desfavorecidos sociais. Se da presença estatal, sobretudo no caso brasileiro, resultasse uma espécie de "socialismo" ou de "socialização", pela repartição social dos bens disponíveis, ainda se vislumbraria algum argumento, de ordem prática, a seu favor. O que se verifica, todavia, consiste na expansão do Estado em benefício, não do povo, mas de alguns poucos que, pelo "aparelho estatal", o dominam. Noutras palavras, a estatização, não sendo socialismo, é forma de ampliar os poderes de uma oligarquia, a qual é um pouco econômica, mas é bastante política, demagógica, oportunista e matreira.

7. *As funções jurídicas do Estado, a legislação, a administração e a jurisdição, bem como os seus produtos, a lei, o ato administrativo, a sentença, reforçam a idéia de que o Estado de direito se realiza mais através de uma concepção pluralista. O Estado de direito se purifica na medida em que aquelas funções e os seus produtos não são suscetíveis de distinção cientificamente válida. A função do Estado se resume em produzir o direito, tal como as outras instituições. Ele o faz através da lei, da sentença e do ato administrativo. Pode produzi-lo para as instituições, não lhe competindo, porém, reconhecer o direito nascido naquelas, ou discipliná-lo ou restringi-lo. O Estado tem sua existência justificada pelas suas funções em favor da sociedade, para servi-la, não para ser servido por ela.*

8. Colocados esses pressupostos, um pouco teóricos, cabe indagar como o povo brasileiro, em sua senda histórica, tem resolvido o seu problema em relação ao Estado. Como o povo tem se organizado? Como a Constituição, que é a organização política e jurídica do Estado, tem servido à presença do povo na política?

Antes de mais nada, convém saber que é o povo? E o povo brasileiro? O conceito político de povo tem sua origem em Roma. O partido popular, em um determinado momento, passou a ter uma relevante presença na gestão do poder, ou seja, passou a ser sujeito da vida política. Essa situação, todavia, tem variado na história. O povo ora é esquecido de maneira absoluta, ora é lembrado de maneira demagógica, ora assume de forma efetiva o seu papel.

O povo brasileiro, não a massa de qualquer forma manipulada, pode, através de sua elite, ter consciência de sua origem e perquirir de seu destino.

As peculiaridades desse povo vêm reveladas, desveladas, pelos homens que o pensaram. Somente uma parte do povo pôde ler os poetas, os romancistas, os historiadores, os sociólogos, que mostram, nas suas obras, a face verdadeira do povo, ou teve acesso a seus músicos e pintores. Uma parte do povo pôde ler *Casa Grande e Senzala*, de GILBERTO FREIRE; *Raízes do Brasil*, de SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA; *Formação Econômica do Brasil*, de CAIO PRADO JÚNIOR; *Os Donos do Poder*, de RAIMUNDO FAORO; ou pôde ler e entender OLIVEIRA VIANNA e ALBERTO TORRES, EUCLIDES DA CUNHA e ÉRICO VERÍSSIMO, PANDIÁ CALÓGERAS, NABUCO, os autores da vertente integralista, e tantos outros.

Esse povo revelado pelos seus artistas e pensado pela sua elite e conhecido por poucos privilegiados com acesso àquelas revelações nada tem que ver com as abstrações jurídicas ou com as construções doutrinárias e ideológicas. É, ao contrário, um povo de uma realidade concreta e nessa realidade é constituído de homens comuns, sensíveis e de plena afetividade.

9. A questão, todavia, não está em saber da realidade do povo, afinal condição de sua organização; nem interessa se as explicações sociológicas estão certas. O problema reside em ser fora de dúvida que a consciência cultural brasileira não tem atuado ao nível da ação política e, sobretudo, não tem influenciado, salvo em episódios, na elaboração de nossas Cartas constitucionais.

É lógico que, em 91, houve a influência positivista da propaganda republicana e a inspiração, logo cunhada, e com razão, de idealismo abstrato, porque importado, do modelo americano; que, em 34, sobretudo na elaboração do anteprojeto, um publicismo jurídico nasceu, as idéias críticas da organização republicana afloraram e as novidades atinentes à questão social estiveram presentes; que, em 46, houve figuras intelectuais de importância a defender um liberalismo sempre almejado e invariavelmente frustrado. No entanto, essa participação da inteligência nacional parece esporádica, quando não dominada pela ideologia e pelo sectarismo revolucionário.

10. Além disso, o Brasil parece não ler, não debater, não discutir. De vez em quando um patrulhamento ou uma promoçãozinha, aqui e acolá, do amigo ou quase sempre do companheiro; uma propaganda dissimulada pela televisão, dirigida em um ou outro sentido.

Como, porém, estamos distantes do verdadeiro debate democrático das idéias! Disso que está tão presente nas *Memórias* do RAYMOND ARON. Ele mostra como as suas idéias e a dos outros foram debatidas, não somente no plano da filosofia ou da sociologia, mas também no da ação política, nela repercutindo, positiva ou negativamente, não importa.

No caso brasileiro — no máximo — as Constituições são discutidas depois, não antes. Toda a política se dirigiu, em tempos recentes, ao tema da Constituinte, não da Constituição. A Constituinte foi bandeira de comícios, que deu e não deu certo, pois vingou apenas na aparência.

As idéias constitucionais e menos a realidade do povo, e sequer a sua participação, não agem sobre a elaboração da “futura” Carta. Isso para não falar do anteprojeto em trâmite após a sua “sistematização”, na Comissão desse nome. Como não houve anteprojeto do Governo, nem de ninguém, o que chegou à Comissão de Sistematização é algo “insistemalizável” e, portanto, insuscetível de avaliar-se desde já. Mas, abstraindo isso, como também a discussão a respeito das implicações possíveis, convém anotar um dos ranços totalitários, que mostra como a Constituinte tem ficado à margem da problemática contemporânea. O texto diz que a “soberania” pertence ao povo e que os Poderes são instrumentos do povo para exercê-la. Ora, em primeiro lugar, no mundo de hoje, com tantos problemas e tanta necessidade de equacionamentos internacionais, falar em “soberania”, por exemplo, soa ao século XVIII. De qualquer maneira, a soberania não é do povo, mas do Estado. A soberania, se concebível em termos hodiernos, se exerce, também, sobre o povo e o território, que são elementos do Estado. Depois, essa história de “Estado do povo” não passa de um jargão autocrático. Nasceu um pouco para corrigir o deslize semântico de MARX ao considerar o Estado capitalista como instrumento de luta de classes da burguesia, portanto “a ditadura da burguesia”, a qual, com a revolução, passando o Estado para as mãos da maioria explorada, ensejaria a “ditadura do proletariado”. O Estado, mal inafastável no momento revolucionário, continuaria com os seus defeitos, mas, tão-somente, passaria a ser instrumento do proletariado na luta de classes. Para corrigir a expressão incômoda, “ditadura”, os teóricos começaram a sustentar a superação da luta de classes e o surgimento de “O Estado do povo inteiro” etc. Acontece que, se o Estado pertence ao povo, passam a ser injustificáveis os direitos do povo, ou das pessoas que o integram, contra o Estado. Não há lugar para os direitos públicos subjetivos. O Estado não pertence ao povo, como não deve pertencer a ninguém, nem ao rei ou ao partido ou à classe ou à raça ou à Igreja. O Estado não há de ser concebido como “objeto”, porém como “sujeito”, pois somente assim terá “direitos” e “deveres”; somente assim será possível, no plano interno, controlá-lo pela lei garantidora dos direitos; limitar-lhe o governo, através da separação de poderes ou da federação; dividi-lo, mesmo, em diversos “entes” para a sua ação interna, aí sim, em relação ao território e ao povo.

Essa inconsciência da realidade brasileira tem gerado essas abstrações, esses “idealismos”. Continuamos, como na primeira Carta republicana, naquele “idealismo” de méritos formais e lógicos, que OLIVEIRA VIANNA tão bem diagnosticou. Mas na questão social, a Constituição de 34 tem também sua culpa. Nunca é demais louvar-se aquele documento tão efêmero e mais, ainda, o anteprojeto tão inovador, e criativo, elaborado por

uma Comissão, realmente de notáveis. Há quem diga, parece que é o Professor Afonso Arinos, que tudo de bom e de mal existente no constitucionalismo brasileiro provém daqueles tempos. No entanto, na busca de resolver a questão social, na implantação dos valores sociais democráticos, tudo na esteira da influência mundial da época, acabamos por reincidir no erro do idealismo anterior. E a Constituição avolumou-se de normas boas, porém de exequibilidade problemática. Vieram os mandamentos programáticos, o sonho, o desejo de mudar a realidade com a letra da lei. Daí para o demagogismo populista hodierno foi um passo. A nossa Constituinte é um pouco a Comissão do anteprojeto de 34, sem os méritos dessa última.

A nossa realidade e o debate sobre ela não têm servido a uma orientação constitucional. A consequência está em que não se faz uma história nova, nem se reescreve.

11. A ausência na Constituinte da consciência da realidade nacional, com as necessárias consequências no texto da futura Lei Maior, gera graves problemas em torno das instituições. Essas questões trazem à baila um dilema básico, consistente na alternativa entre uma solução revolucionária ou um encaminhamento institucional, vale dizer, através de alterações na ordem jurídica de maneira a fazer funcionar, a contento, as instituições. Ou institucionalização ou revolução. Uma solução institucional não é uma solução revolucionária, mas o seu contrário. A revolução não visa a institucionalizar, mas a derrubar o que resta das instituições, já em frangalhos, e assim preencher o vazio institucional pelo movimento da força revolucionária.

O livro de ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *O Antigo Regime*, explica bem esse problema. Ele, aristocrata, é contra a Revolução Francesa. Procura demonstrar, o que parece verdade, que ela surgiu onde as instituições antigas não funcionavam mais ou funcionavam muito mal. Ao contrário, onde elas cumpriram suas finalidades, não aconteceu a Revolução.

Dessa maneira, se estamos diante de crise institucional, agravada e não atenuada pela "Constituinte", convém optar entre os dois caminhos. Se a escolha for revolucionária, que redunde em uma simplificação, a discussão sobre o tema pode ser encerrada. Se, todavia, o objetivo for a institucionalização, o primeiro passo está em respeitar as instituições, servi-las, ampará-las, ouvi-las e atendê-las.

12. A idéia de confundir o povo com a população, com a massa, está de mãos dadas com a ficção idealista e republicana de que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido. Trata-se de mera proclamação retórica. Não basta à democracia. É preciso saber como o povo vai exercer o poder. De que maneira vai participar do poder. Insuficientes as eleições, do contrário prevaleceria a crítica de ROUSSEAU, adversária da representação política: o povo somente é livre, quando vota, depois. . .

Afinal, o povo não é constituído apenas de cidadãos, mas de homens concretos e históricos, presentes em diversas instituições.

Se o Estado, fundado na ficção popular, não considera, em seu sistema de representação política, o povo real e interfere, sem medidas, nessa realidade, a consequência é a despolitização, o que não deixa de ser um paradoxo. Quanto mais Estado, menos política. Os laços não se fortalecem, antes, são enfraquecidos pelo desinteresse, pela impotência, pelo desânimo. O Brasil não sobreviverá com um Estado forte, mas com uma sociedade livre de interferência quase sempre indevida da sociedade política maior, nacional, do Estado, enfim. É enganoso pensar o contrário. Nem a força, nem o paternalismo assistencialista, de resto necessários se usados com moderação e comedimento, o que significa também afastar o populismo demagógico, nem a força nem o paternalismo serão suficientes para impedir o esfacelamento de uma unidade, tida como milagrosa. Mas o risco existe e em função do não funcionamento das instituições ou do desrespeito a elas.

Assim o dilema institucional implica na sobrevivência. A institucionalização significa admitir a realidade das instituições, a verdade como elas se concretizam como fatos sociais.

13. A idéia de Constituinte foi antes uma propaganda política, transformada em tema de comícios, de modo a instrumentalizar a crítica à legitimidade do regime, do que um projeto consciente, com um conteúdo próprio, de reforma ou modificações das instituições. Noutras palavras, a "Constituinte" foi bandeira política em que a futura Constituição não foi debatida.

Em face disso e do rumo dos acontecimentos, o temor mora na ânsia de um desperdício da ocasião. A futura Carta teme-se como uma oportunidade perdida. Daí representar um tópico necessário.

Nas circunstâncias em que se deram sua convocação e trâmite, a "Constituinte" se revela nó de difícil deslinde.

14. O impasse inicia com a indagação sobre como conceituar o futuro texto constitucional. Tratar-se-á de uma nova Carta ou de uma reforma da antiga? A Emenda Constitucional n.º 26, que convocou a Assembléia Constituinte, dando esse nome ao Congresso existente, foi de iniciativa do Poder Executivo. Para criar-se a Constituinte, foi preciso emendar a Constituição! Não houve qualquer ruptura! Há uma Constituinte com o País constitucionalizado! Tudo se resume em uma inversão. O Congresso diz, mediante emenda do Poder Executivo, devidamente constitucionalizado, que vai haver uma Constituinte e que ela é ele, o Congresso. Mas não deveria ser a Constituinte que diria da existência do Congresso ou do Governo, em geral?

Salvo o simulacro de 67, as outras ocasiões, 1824, 1891, 30/34 e 46, foram "constitucionalizantes", por força da ruptura com a ordem anterior e com a necessidade de constitucionalização. Nunca se fez, como agora, Constituinte com o País constitucionalizado.

Dar ao Congresso poderes constituintes é dizer o que a Lei Maior já afirmava.

Não há qualquer Poder Constituinte "originário", porém e tão-somente o "derivado", i.e., o que já havia, atribuído ao Congresso, antes da Emenda Constitucional n.º 26.

Os atributos do Poder Constituinte originário são a soberania, a indivisibilidade e a incondicionalidade. Soberania porque não tem poder superior, salvo, naturalmente, o do próprio povo que o constituiu. Indivisível, porque é uno, sem limites, sem pesos e contrapesos, sem qualquer outro poder que se lhe oponha. Incondicionado, pois nenhuma condição existe para o seu funcionamento ou para o cumprimento de suas funções, que se resumem na elaboração da futura Carta política.

O Poder Constituinte derivado não é soberano, nem indiviso e se condiciona pelos fatores que uma situação previamente existente lhe impõe. É o que acontece com a chamada "Assembléia Constituinte" de agora. Ela está sujeita às limitações da Constituição em vigor, mesmo porque, constitucionalizado o País, estão nele instalados poderes, em plena operosidade. O poder, por isso, já está dividido. Sem a garantia jurídica dos poderes existentes e instalados, como seria possível a Constituinte? Afinal, a Emenda n.º 26 foi proposta pelo Presidente da República, investido em seu cargo, por força da Constituição vigente, e o Congresso que aprovou a emenda da Constituinte era, e é, Congresso por força, também, da Constituição.

Desnecessário alongarem-se essas considerações. Em termos teóricos (receiam-se as repercussões igualmente práticas), não há Constituinte originária. Há, tão-somente, um processo malicioso de reforma da Constituição.

15. Esse quadro se agravou com a formação da Assembléia Constituinte. A eleição dos constituintes-parlamentares, que a compõem, vem sendo, muito justamente, contestada pelo fato de a vontade popular haver sido viciada pela interferência desmedida do poder econômico e pela ausência de partidos políticos verdadeiros, pois o processo eleitoral e partidário não foi aprimorado, nem refeito; o poder econômico não foi contido e os partidos continuaram a ser meros instrumentos, sem conteúdo doutrinário; a confusão das eleições para o Congresso-Constituinte com as realizadas para os Governos estaduais, somada à manipulação pelo principal partido governista de um "plano econômico" cujo sentido, dada a gravidade da situação, seria cabível apenas se acima da contingência política, proporcionaram grave simulação, inviabilizando, também por isso, uma manifestação livre das urnas.

16. Instalada a Constituinte e não lhe oferecendo o Governo, nem ninguém, à discussão um projeto de Carta política, deu-se início a um processo analítico, disforme, assistemático, dissimulado quanto às verdadeiras intenções e temas adotados.

O Governo deveria ter enviado o seu projeto. Não importa que fosse rejeitado liminarmente ou desprestigiado pelas lideranças congressuais. Ainda assim, seria melhor para a Nação, do que nada. O Presidente da

República teve a oportunidade de, ao receber o anteprojeto da Comissão dos cinquenta "notáveis", trabalhar sobre ele e transformá-lo em seu projeto. Nesse mister, não lhe faltariam homens desprendidos e juristas *talentosos que, à sombra, sem aparecer, lhe prestariam inestimável colaboração*. Não tendo sido esse o caminho, ocorreu a oportunidade, não sem alguma malícia, para que a Constituinte gerasse a pulverização das idéias em um texto demagógico e populista, *feito para não vingar, fruto de estéril acerto nas subcomissões e nas comissões temáticas, antes de chegar à Comissão de Sistematização, a qual pouco pôde fazer*. A verdade reside em que, com a Constituinte inoperante, ninguém sequer sabe o que se discute, salvo temas setorizados e de interesse restrito, como a duração do *mandato do Presidente*, o regime parlamentarista-presidencialista, a reforma agrária imprecisa e difusa; com a inoperância, salvo a de engendrar-se uma cortina de fumaça, ficou resolvido também o problema incômodo de um Congresso, hoje tão rebelde, *mas tornado inerte*.

17. A ausência de uma discussão nacional e da convocação da inteligência, bem como o seu *não aproveitamento*, substituídas, como o foram, pelo populismo, oferece vantagens ao Poder. A participação ficou a cargo dos grupos poderosos e seus *lobbies*. Não são apenas os dos empregadores e proprietários. A diferença, embora difícil de ser captada, não está entre os do poder econômico, titulares dos bens de produção, e, por isso, *participantes e influentes*, e os outros, *sem meios econômicos e financeiros para interferirem*. A diferença entre os que podem e aqueles que não podem influenciar decorre de um controle sobre as organizações, às vezes marionetes de outras mais espertas, e, também, quase sempre, das forças que controlam os meios de comunicação.

Esse quadro oferece, como matéria de reflexão, o argumento de que, sendo as forças influentes as mesmas de antes, a Constituição a fazer-se não será diferente da que existe.

18. A par do dilema, já posto, "*institucionalização ou revolução*", há outros interligados entre si, os quais podem ser assim arrolados.

Síntese ou análise. A Constituição precisa escolher entre esses dois caminhos. Ou bem contém, tão-somente, os princípios gerais atinentes à matéria constitucional propriamente dita; ou baixa a pormenores, tecnicamente mais próprios à legislação ordinária. A Carta deve ser sintética ou analítica?

O primeiro dilema (*síntese ou análise*) tem desdobramento em outros.

Ordem constitucional ou ordem jurídica. O que se intenta é produzir uma nova ordem constitucional, fundamento de todo o arcabouço estatal, ou, como transparece, a motivação se dirige não apenas à ordem constitucional, mas a toda a ordem jurídica. Aqui, restamos em terreno perigoso. A Constituição é uma base, mas não é tudo. Se ela sair de seu campo próprio, visando a, diretamente, revolucionar a ordem jurídica, correr-se-á o risco de, pela falta de arquitetura jurídica, fazer ruir o edifício social.

Retórica ou concreção. A tendência para um populismo demagógico proporciona o afastamento do concretismo, necessário ao direito, e conduz a uma retórica abstrata. A nossa Constituição está repleta de sonhos, de ideal, de normas programáticas e de boas intenções. O projeto da futura Carta parece exacerbar essa tendência meramente retórica, que reacende o dilema mal resolvido da primeira República: *idealismo ou realidade*. O exame do texto constitucional vigente, mesmo na parte sensível da questão social, mostra que, salvo a revolução, todas as normas possíveis estão presentes. É voz corrente: — o que falta é cumprir a Constituição. Daí não interessar a proclamação solene dos princípios, mas a sua adoção em realizações concretas. Por isso, o outro dilema conseqüente é: *direito material ou instrumental*. Parece já termos, e em evolução razoável, o primeiro. Necessitamos dos instrumentos para cumpri-lo. Noutras palavras, o aperfeiçoamento constitucional possível está nas garantias e seus procedimentos eficazes. De nada adianta proclamar o direito de ir e vir, sem uma medida, como o *habeas corpus*, que o garanta; ou a proteção de direitos líquidos e certos, sem a ação do mandado de segurança; ou a proteção do patrimônio público, sem a ação popular. E assim por diante. O dilema se resolve facilmente a favor da concreção, da realidade, do direito instrumental.

A solução implica, por outro lado, em afastar o *dogma* constitucional que impõe à *história* os seus designios, sem considerar o fato de a realidade lutar contra ele, o dogma, quase sempre transfigurado em ficção jurídica. As Constituições históricas parecem, pelo respeito à realidade, atender mais aos reclamos sociais. Entre o *dogma* e a *história*, fica-se com essa, de igual maneira que entre uma Constituição, que intente agir sobre a realidade a fim de transformá-la, ou revolucioná-la, e outra que pretenda — e como isto é difícil — espelhar a realidade, a última será preferível. Afinal, as Constituições não existem para o homem abstrato, parcial, cidadão, trabalhador, ou emissário de uma doutrina política ou da politização, em geral, ou da educação; elas são feitas para o homem concreto e histórico, com todas aquelas dimensões e outras imanentes à sua natureza social. Essa Constituição, que pretende agir sobre o processo histórico ou educar o homem, lembra, também, aquela condenável idéia-proposta de o rei querer fazer felizes os seus súditos, ainda que seja à força. Não! Ninguém tem o direito, e muito menos o Estado o tem, de escolher o caminho da felicidade do povo.

A questão do povo, ou melhor, da concepção que se tenha sobre esse elemento do Estado, reabre um dilema, com repercussões na prática constitucional, desta vez sob o ângulo da democracia. *Povo ou massa?* Qual o regime político que se pretende projetar? A democracia representativa, vale dizer, o governo do povo pelos seus representantes, se prende a alguma organicidade e em nada se vincula à representação da massa, informe e manipulável. *Representação liberal* à antiga, *representação partidária*, ou *fórmulas novas* garantidoras não somente da origem popular do poder, mas

do controle do seu exercício, a permanente penetração da vontade e decisão dos governados na decisão dos governantes, de que nos fala ALAIN.

Poder limitado pelo próprio poder ou *limitação meramente formal*, com exclusão das forças vivas da economia e dos elementos sociais presentes nas instituições não estatais. Tal dilema pode também ser formulado de outras maneiras, segundo uma perspectiva liberal. *Economia livre ou economia planejada? Sociedade ou Estado? Estado ou direito?* A questão diz respeito ao próprio destino nacional, que não prescinde de uma escolha fundamental: ou bem seguimos um tipo de regime político-econômico em que deixamos à própria sociedade, pelos seus meios, apenas auxiliada pelo Estado, a solução dos seus problemas; ou bem assumimos, de vez, a idéia do Estado-paternalista, assistencialista, do todo-poderoso, que agora se pretende ser objeto de propriedade do "povo" e ele tudo açambarcar para realizar o grande natal com os presentes aos desfavorecidos, pelo mito da distribuição da riqueza (se existir), correndo, assim, os riscos do burocratismo, da inoperância, da ineficiência e, pior, da oligarquia. Daí o dilema ser também, como referido linhas atrás, o do *Estado-objeto versus Estado-sujeito*.

19. O problema que se coloca após os dilemas é sobre quem os decidirá. Quem os decidirá, ouvindo ou não o povo, são os representantes dele erigidos, pela eleição, em constituintes. É a classe política. A expressão é nova, pós-64, e falaciosa. A locução não podia ser pior. A origem da palavra *classe* está no censo dos romanos para o efeito de arrecadação de tributos. Em MARX, a expressão adquire conteúdo sociológico e revolucionário. Mas a palavra *classe* se aplica aos trabalhadores, aos conservadores, ou às corporações de ofício, como a classe dos alfaiates, dos jogadores de futebol, do advogado etc. A novidade enganosa, porém, está na "classe política". Em um regime democrático *pluralista*, a política não compreende uma profissão exclusiva de alguns, mas uma obrigação de todos. Os políticos não são um grupo de escolhidos ou privilegiados. A política pertence a todos. Daí que os dilemas somente serão resolvidos de maneira satisfatória na medida em que todos participarem do processo de sua solução.

20. Em um dos seus passos brilhantes, o livro de ELIAS CANETTI, *Massa e Poder*, examina os símbolos de massa de algumas nações, quase lhes dando cunho religioso ou, pelo menos, militar, porque refletem a maneira como elas vão à guerra.

O símbolo dos ingleses é o mar. Reúne ele o sentimento nacional e o acendrado individualismo. O inglês é um capitão de um pequeno grupo de homens em um navio. Por toda a parte, o mar. O homem está quase só. O capitão se isola na cabine de comando. E o mar é dominado, singrando-o o inglês e o seu navio na direção de suas colônias.

Já o símbolo do holandês, tão semelhante ao inglês, é nisso diferente. Ele precisou conquistar ao mar a terra onde habita. O dique é o princípio e o fim da vida nacional. A massa dos homens se identifica com os próprios diques; unidos, eles opõem resistência ao mar.

E assim por diante. O símbolo alemão é o exército, que marcha como uma floresta compacta, onde moraram seus antepassados. Na França, tudo está na revolução. A data nacional é a da queda da Bastilha. Os fracassos são do rei, as vitórias, da revolução e do seu general. Na Suíça, são as montanhas que funcionam como diques e onde, confundido, está o seu exército. Na Espanha, assim como o capitão inglês, há o "matador". O mar obedece ao capitão. O toureiro é o dono da multidão que o admira; o animal se confunde com o monstro traiçoeiro das lendas. Já na Itália, o fascismo fracassou ao tentar-se impor como símbolo de uma Roma já ausente, dos litores e os seus *fascas*. O símbolo de massa dos judeus é o êxodo do Egito.

Pois bem! Não é conhecido o símbolo de massa do Brasil, a justificar o exercício do poder político disciplinado por uma Constituição legítima e realista. Seriam as manifestações do trópico no futebol e nos carnavais das Escolas de Samba? Ou o sincretismo religioso, atuando diante da omissão do cristianismo? Ou o amálgama das raças? Ou a vocação de império, pela expansão territorial imensa e a costa para o mar inexaurível?

Não importa! Basta lembrar uma frase de PROUDHON, que serve de advertência para os constituintes todos, de todos os países e de todas as épocas. Diz ele que as Constituições políticas nada mais têm feito do que destruir as Constituições sociais.

Por isso, a Constituição brasileira, a Lei Maior, se quiser vingar e perenizar-se, há de considerar a realidade do Brasil, do homem e do povo brasileiros.

21. Essa temática tem muito que ver com a questão da representação política e das instituições, porque somente o homem situado nessas instituições será capaz de aprimorá-las e transformar-se em sujeito da história e do poder político.

A representação necessária, porque impossível a democracia direta, não deve fundar-se no homem abstrato, como o é o cidadão, no homem cívico do liberalismo político, nem no homem econômico, como o trabalhador nos regimes comunista e fascista-corporativo. A representação política no mundo moderno há de repousar na realidade da vida para a qual devem existir o Estado e seus serviços.

A representação há de fundar-se no *homem-real*, situado nos seus círculos de vida, como o ambiente de seu trabalho ou do seu lazer, de sua Universidade ou da sua agremiação cultural, esportiva ou social, sua igreja etc. Círculos de liberdade, de onde o homem poderá representar-se no Estado, mas imune às interferências desse monstro de modernidade, ainda poderoso mas contido pela representação do homem situado em suas instituições.

Nesse sentido, precisa ficar bem claro que, a par dessas questões todas, uma coisa é certa: a Constituição deve deter o poder e o Estado, não amordaçar a sociedade.