

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
OUTUBRO A DEZEMBRO 1987
ANO 24 • NÚMERO 96

Rui Barbosa — Constituinte

RUBEM NOGUEIRA

Do Instituto dos Advogados Brasileiros. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica da Bahia. Ex-Deputado Federal

Em começos de 1822, o Príncipe Regente do Reino Unido do Brasil, herdeiro da derradeira monarquia absoluta imperante no continente americano, teria vagas idéias políticas, notadamente acerca do Poder Constituinte, concepção então novíssima, em geral desconhecida das próprias elites intelectuais do País, e posta a circular a partir de um opúsculo até hoje notável: *Qu'est ce que le Tiers État?*

Com essa pequena brochura editada em fins de 1788, o vigário-geral de Chartres, EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, menos sacerdote que pensador político voltado para questões de direito público, na força dos seus quarenta anos e numa ocasião convulsionária, como que faz o anúncio da ascensão de uma nova classe social, a burguesia, aos quadros até ali fechadíssimos do poder político.

O pequeno e famoso livro, nada mais nada menos, subministra substância jurídica à revolução em gestação, fornece combustível de elevada explosividade à transformação dos Estados gerais de França, prestes a reunir-se, numa eletrizante *Assemblée Nacional*, dotada do poder de deliberar e votar pela Nação inteira, sem exceção alguma. E, pela primeira vez, elabora a nova teoria do Poder Constituinte do povo, como direito originário e exclusivo, que a Nação possui, de se constituir soberanamente, dando-se a si mesma *leis fundamentais*.

Para SIEYÈS o Terceiro Estado, representativo de 25 a 26 milhões de franceses contra apenas duzentos mil nobres e eclesiásticos, identificava-se com a Nação, estava acima de tudo, era anterior a tudo, a origem de

tudo, sua vontade sendo sempre legal, ou a própria lei. Antes e acima dela só o *direito natural*. De sua vontade emanavam as *leis constitucionais*, intocáveis pelos corpos existentes e atuantes em virtude delas. O direito de decidir sobre a Constituição — dizia — pertence unicamente à Nação, independente de todas as condições possíveis, com o que firmava a base doutrinária da representação constituinte e do caráter *inicial e incondicionado* do Poder Constituinte.

Ao desenvolver tais idéias ter-se-á antecipado a grandes criações teóricas de hoje, prenunciando a concepção kelseniana da hierarquia das normas.

Quase duzentos anos se passaram depois de enunciadas as proposições de SIEYÈS, as quais, não obstante, conservam perfeita concordância, em sua essência, com o direito constitucional contemporâneo.

No ano anterior havia o povo americano criado a primeira Constituição legislada do mundo, sem cogitar de poderes constituintes, mas mediante Convenção dos Estados Confederados, abdicatários de uma boa parte das prerrogativas de sua independência a benefício da instituição de uma só soberania, a dos Estados Unidos da América. Donde a necessidade da sua ratificação pelo povo de nove Estados, para começar a ter vigência o texto que os convencionais de Filadélfia tinham aprovado a 17 de setembro de 1787.

Os atos de D. Pedro

Ao assinar o Decreto de 3 de junho de 1822, convocatório de uma *Assembléa Geral Constituinte e Legislativa*, sem dúvida por inspiração do seu Ministro de Estado José Bonifácio de Andrada e Silva, o Príncipe Regente tinha, entretanto, consciência do seu poder de fato, discricionário e pleno, apto conseqüentemente a ser transferido a outrem, se ele o decidisse. Noutras palavras, Dom Pedro, ainda não coroado, era naquele momento o titular do Poder Constituinte *inicial e incondicionado*, segundo as concepções atuais, e tinha a faculdade de exercê-lo pessoalmente, dando-nos uma Constituição, ou de delegá-lo a representantes eleitos do povo, que assim lhe assumiriam a titularidade, para elaborar a Constituição.

Mas o Regente sublinhou no Decreto convocatório que a futura Constituinte estaria investida tão-só *naquela porção de soberania que essencialmente reside no Povo deste grande e riquíssimo Continente*. Foi como se quisesse prevenir que a *outra porção de soberania* continuava a pertencer-lhe.

Ao cindir o incindível, mostrava, entretanto, desconhecer a teoria do Poder Constituinte de SIEYÈS e cometeu o primeiro erro fatal de sua dinastia. O equívoco trágico do Regente pouco mais adiante levaria o Imperador a não aceitar as manifestações de soberania da nossa primeira Constituinte. Assim, apenas seis meses depois de instalada, ao amanhecer de 12-11-1823, surpreendeu-a ele próprio montado a cavalo e à frente de tropas, violentamente dissolvendo-a, para em seguida outorgar a Constituição de 25-3-1824.

A experiência de 1945

Nada de espantar, contudo, a defeituosa noção de Poder Constituinte manifestada por D. Pedro.

No fim do seu consulado, Getúlio Vargas, pressionado por fatos resultantes do desfecho da Segunda Guerra Mundial e “considerando as tendências manifestas da opinião pública brasileira”, editou a discricionariamente chamada Lei Constitucional n.º 9, de 28-2-1945, na qual, entre outras coisas, convocou eleições gerais, inclusive para Presidente da República, a realizarem-se a 2 de dezembro daquele ano.

A 29 de outubro ocorreu, porém, sua deposição, com a entrega do poder ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, por decisão dos chefes militares e demais responsáveis pela queda do ditador. Estava na consciência geral dos brasileiros a incompatibilidade da Carta de 1937 com a nova realidade política, mas como ter-se outra Constituição sem Constituinte convocada?

O Tribunal Superior Eleitoral, com o intuito talvez de remover o obstáculo, em lugar de sugerir ao *governo de fato* a edição de ato convocatório de uma Assembléia Nacional Constituinte, cortou o *nó górdio* mediante um aresto interpretativo, segundo o qual os poderes que, nos termos da suposta Lei Constitucional n.º 9, promulgada por Vargas, a Nação iria outorgar aos eleitos seriam *poderes constituintes*.

A essa interpretação dada pela nossa mais alta Corte de justiça eleitoral seguiu-se a promulgação, pelo Presidente José Linhares, de outra “Lei Constitucional”, a de n.º 13, de 12-11-45. Invocando o acórdão interpretativo do TSE, bem como “a conveniência de pôr termo às controvérsias então suscitadas a respeito do julgado, em torno da legitimidade e da extensão dos poderes que a Nação iria delegar aos eleitos no dia 2 de dezembro de 1945, estatuiu: “Os representantes eleitos a 2 de dezembro de 1945 para a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão no Distrito Fe-

deral, sessenta dias após as eleições, em *Assembléia Constituinte*, para votar, com poderes ilimitados, a Constituição do Brasil” (art. 1.º).

No fundo, essa segunda lei constitucional funcionou como manifestação de um poder *de fato*, de índole *revolucionária*, dotado, pela sua ilimitação, das condições necessárias para convocar uma *Assembléia Constituinte*.

O caso atual

Em nossos dias, a Emenda Constitucional n.º 26, regularmente aprovada e promulgada pelo Congresso Nacional, em 27-11-1985, ao tempo em que convoca uma reunião da Assembléia Nacional Constituinte para o dia 1.º de fevereiro de 1987, declara-a pleonasticamente *soberana e livre* (art. 1.º), mas logo em seguida estranhamente lhe dita regras de procedimento, estatuinto que a futura Constituição deverá ser aprovada *em dois turnos de discussão e votação pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Nacional Constituinte* (art. 3.º).

Tal disposição, passível de ser considerada inconseqüente, parece desprovida da mais insignificante coatividade, porquanto a representação nacional extraordinária eleita a 15 de novembro de 1986 com poderes constituintes está acima dos poderes *constituídos* (um dos quais sabidamente é o poder de reforma constitucional) e de quaisquer normas do direito positivo anterior. Acima do seu poder pairam só os princípios não escritos, supremos, imodificáveis e universais do Direito Natural.

O exemplo de 1889

Já os revolucionários de 1889, sob a presumível liderança intelectual de Rui Barbosa, procederam mais corretamente. Disso temos documento valiosíssimo, embora pouco conhecido. Refiro-me à *Proclamação do Governo Provisório*, endereçada aos *concidãos*, sem data, mas elaborada talvez antes do Decreto(lei) n.º 1, de 15-11-1889, que instituiu a República Federativa. No seu quarto parágrafo ou período diz: “O governo provisório, *simples agente temporário da soberania nacional*, é o governo da paz, da liberdade e da ordem.”

Grande documento, esse, muito expressivo da consciência que seu redator tinha de residir, então, no *poder de fato* o supremo poder, que é o

Poder Constituinte, contemporaneamente tido como “a manifestação mais poderosa e fundamental da soberania da Nação”.

O redator da *Proclamação* implicitamente afirmava a delegabilidade desse poder, ao declarar que o Governo Provisório o detinha transitóriamente, na condição de *agente temporário da soberania nacional*.

Não será difícil a atribuição de autoria desse histórico texto legal, subscrito pelos primeiros cinco Ministros do Governo Provisório (Aristides Lobo, Interior; Rui Barbosa, Fazenda e interino da Justiça; Benjamin Constant, Guerra; Eduardo Wandenkolk, Marinha; e Quintino Bocaiúva, Relações Exteriores e interino da Agricultura, Comércio e Obras Públicas) — dentre os quais Rui, que por seus já notórios conhecimentos jurídicos foi o preferido de Deodoro para redigir os primeiros grandes atos oficiais do novo regime.

Não só por isso, mas ainda pela circunstância de haver adiante elaborado, de próprio punho, em sucessivas reuniões diárias do Ministério, quase todo o Projeto de Constituição que o Governo Provisório remeteria à Assembléia Constituinte para servir de base às suas deliberações, há-de ter vindo dele a influência maior para a promulgação do Decreto n.º 78-B, de 21-12-1889, designativo do dia 15-9-1890 para a eleição da Constituinte e de sua reunião unicameral, dois meses depois, na Capital da República.

Desde os momentos iniciais do novo regime, Rui defendera, entre os companheiros do Governo Provisório, a convocação imediata da Assembléia Constituinte, usando um argumento muito original que era o de considerá-la *como a mais urgente de todas as medidas financeiras*. Não tive dificuldade em lhes mostrar a evidência dessa proposição — diria — que em todos eles encontrou para logo simpático acolhimento.

Não foi naturalmente por outra razão que, na hora mais dramática daquela assembléia extraordinária, quando no seu seio corria o risco de deformação o projeto governamental, lhe coube a difícil tarefa de opor resistência eficaz aos excessos dos reformadores e de dar-lhes rumos compatíveis com os interesses nacionais.

Presença marcante de Rui

A idéia-força da Constituinte de 1890 foi o *federalismo*, como a de 1823 tinha sido o sentimento de *independência nacional*. Federalismo, entretanto, a qualquer preço, exaltado, romântico, reivindicatório de prerroga-

tivas das unidades estaduais nem sempre coincidentes com o próprio sistema político fundado.

O Governo Provisório tinha muitas responsabilidades no desenlace daqueles trabalhos, pois queria ver preservadas as linhas mestras do seu projeto constitucional. Além disso, graças a disposições da legislação eleitoral em vigor, conseguira eleger vários Ministros, sem que nenhum se desincompatibilizasse do cargo, como, entre outros, Rui, Campos Sales e Quintino Bocaiúva. Impunha-se a qualquer deles toda habilidade para intervir nos debates e conter a vaga ameaçadora do *estadualismo* nascente.

Algumas bancadas possuíam figuras carismáticas, como a do Rio Grande do Sul, cujo líder, Júlio de Castilhos, chefe regional do positivismo comteano, era doutrinariamente a favor de uma *ditadura aristocrática*. O Apostolado Positivista, pelo seu arauto Demétrio Ribeiro, poderia fortalecer as exageradas reivindicações das antigas províncias, até pouco antes contidas num regime de forte centralização, sem autonomia política, mas agora, repentinamente declaradas Estados, já não havia autonomia que lhes bastasse. A Federação mesma estava assim em iminente risco de soçobrar.

Sua defesa teria de caber a um dos membros do Governo Provisório com assento na Constituinte, possuidor de suficiente experiência parlamentar e autoridade intelectual derivada de cultura jurídico-política, para se impor a um plenário passional e conseguir os efeitos desejados.

Rui Barbosa, absorvido pelas atividades administrativas, pouco participou dos trabalhos constituintes. Nas sessões de 16, 22 e 23 de dezembro de 1890 fez todos os seus pronunciamentos orais, além de uma breve declaração escrita de apoio de emenda e outras de declaração de voto.

A consulta dos Anais da Assembléia Constituinte de 1890, contudo, permite apurar este fato inquestionável: o grande papel aí desempenhado coube ao Ministro da Fazenda do Governo Provisório. Com um só discurso, de longa duração (o Deputado mineiro Chagas Lobato, inscrito também para falar a seguir, compreensivamente cedeu-lhe seu tempo), poucas vezes interrompido por breves apartes, Rui Barbosa assentou a que deveria ser a diretriz fundamental da Constituinte: assegurar a continuidade da União Federal e seu fortalecimento financeiro, sem prejuízo de ampla autonomia dos Estados.

Essa oração proferida no dia 16 de dezembro foi o momento máximo da Assembléia Constituinte Republicana. Em face dos radicais regionalistas, afirmou que, se as primeiras medidas adotadas por aquele Congresso não demonstrassem o mais firme dos propósitos de manter incólume, indivisível, sob um forte governo nacional, a grande Pátria brasileira, então a República terá sido a mais dolorosa de todas as decepções dos amigos do País.

Considerou-se desnecessária a existência de um exército nacional permanente, mas ao mesmo tempo dava-se como admissível a de esquadras estaduais; nem queriam que a União tivesse forças aquarteladas nos Estados. A União não poderia mobilizar as polícias militares estaduais em tempo de guerra externa; qualquer unidade federada, em tal situação, poderia negar-lhe o auxílio militar pedido e declarar-se *neutra*, reconhecendo-se aos governadores a faculdade de remover de seus territórios os corpos do exército neles estacionados. Demétrio Ribeiro, porta-voz do Apostolado Positivista, pretendeu que no art. 1.º da Constituição, ao invés de “união perpétua e indissolúvel das antigas províncias”, figurasse apenas a “união livre” delas. Assim, não era o Brasil que lhes dava autonomia, e sim as antigas províncias é que resolviam consentir a continuação do Brasil.

A discriminação das rendas, dentro da organização federal, era o instrumento da *superexcitação mórbida*, das “exagerações singulares e perniciosas” dos ultrafederalistas. Condenou-as francamente. Chegou-se a ameaçar a unidade monetária do país, outorgando aos Estados a faculdade de emitir e fabricar dinheiro.

Surgiram nada menos de dezesseis sistemas tributários modificativos do plano estabelecido no projeto do Governo Provisório. Júlio de Castilhos queria deixar à União somente o imposto de importação e o de selo, além das taxas postais e telegráficas, ficando tudo mais para os Estados.

O Ministro da Fazenda, federalista desde a juventude, mostrou os equívocos dos radicais. Sua argumentação, com base na verdadeira idéia da nova forma do Estado, por fim venceu todas as resistências. Otimamente: a federação — explicou — é *uma aspiração de nacionalidade adulta* correspondente a *uma fase superior de desenvolvimento econômico*. Nela parte-se da União para os Estados e não destes para a União. A federação pressupõe a União e deve destinar-se a robustecê-la. Não a dispensa nem se admite que coopere para o seu enfraquecimento. “Assentemos a União

sobre o granito indestrutível; e depois será a oportunidade de organizar a autonomia dos Estados com os recursos aproveitáveis para a sua vida individual.”

Presentes no plenário grandes expressões da inteligência brasileira, dentre as quais José Higino Duarte Pereira, João Barbalho, Amaro Cavalcanti, Leopoldo de Bulhões e o então jovem mas já fulgurante tribuno Epitácio Pessoa. Nenhum lhe opôs embargos aos princípios defendidos. Foi escutado respeitadamente até o fim. Advertiu: “Se os Estados não pudessem viver federativamente sem absorver elementos de renda indispensáveis aos compromissos do Tesouro Nacional, nesse caso, nossos anseios de federalismo seriam prematuros e vãos... A União é o meio, a base, a condição absoluta da existência dos Estados... Se há no Brasil Estados mais fortes e menos fortes, mais fracos e menos fracos, a condição necessária da existência de todos, fracos ou fortes, grandes ou pequenos, pobres ou ricos, é a sua coesão, a solidariedade de sua vida integral no seio da federação organizada segundo os moldes práticos que a experiência indica.”

O sistema federativo organizado no projeto constitucional do Governo Provisório era bastante para satisfazer as aspirações dos autênticos federalistas.

Que Rui conseguiu esclarecer o plenário da Constituinte, uma vez por todas, acerca da necessidade do fortalecimento econômico da União, a prova está no resultado final da votação do sistema tributário. Preservado ficou o principal do projeto por ele defendido. A discriminação de rendas considerada pelo orador indispensável à manutenção do equilíbrio federativo foi aprovada, com uma diferença de apenas 20 votos entre 226 constituintes presentes. A Nação ficou, pois, a dever-lhe esse serviço sem preço que pode ser lembrado hoje como um dos vivos sinais de que Rui Barbosa esteve sempre identificado com as aspirações do povo brasileiro.

Tomara lhe observem os constituintes de 1987, na medida do possível, o exemplo de dedicação à unidade brasileira, sem perder de vista a sentença de ORTEGA Y GASSET: *O homem não é nada positivo se não é continuidade. Para superar o passado é preciso não perder contato com ele; pelo contrário, senti-lo bem sob nossas plantas, porque sobe ele nos erguemos* (*).

(*) (In *Enstismamiento y Alteración*, p. 314 do vol. V, seg. ed., das *Obras Completas de José Ortega y Gasset*, Madrid, 1951 — Revista de Occidente).