

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II**

**ANDREA ABRAHAO COSTA**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

#### **Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Andrea Abrahao Costa; Paulo Roberto Barbosa Ramos. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-687-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa  
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis  
Santa Catarina – Brasil  
[www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br)



Universidade do Vale do Rio dos Sinos  
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil  
<http://unisinovale.com.br>

# XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

---

### **Apresentação**

Constituição e Democracia II, coletânea de artigos apresentados durante o XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Porto Alegre, de 14 a 16 de novembro de 2018, apresenta uma qualificada síntese sobre as principais discussões travadas atualmente no Brasil que orbitam em torno dos significantes constituição e democracia. Todos os artigos apresentados possuem conexão direta ou indireta não somente com o tema central da coletânea, mas também entre si, uma vez que estão comprometidos com mecanismos voltados a garantir a perenidade do texto constitucional de 1988 e a criar tanto condições para um processo maior de participação dos cidadãos no processo decisório, quanto reais condições materiais para que aquele ultrapasse a linha do formal. Pois bem. Os artigos tratam da tecnologia para garantir o controle do desempenho da atividade parlamentar, como também a respeito do princípio federativo, essencial para a descentralização do exercício do poder, notadamente em países com grandes extensões territoriais e diversidade culturais, como é o caso do Brasil; globalização e democracia, fenômeno que tem impactado sobremaneira na dinâmica de vida de todos os povos do planeta; ativismo judicial, questão que assumiu grande relevância na sociedade brasileira diante da atuação questionável do Supremo Tribunal Federal, que se impôs, nos últimos anos, como árbitro de crises políticas nacionais, ocasionadas por certas incoerências decorrentes do próprio texto constitucional e de atitudes não aceitáveis de agentes do executivo e legislativo; direitos humanos, temática de grande relevância para a garantia da dignidade da pessoa humana, mas que precisa ser melhor trabalhada e compreendida na sociedade brasileira, de modo a garantir de forma efetiva a integridade moral e física do ser humano e, finalmente, a experiência de nações mais desenvolvidas, a exemplo dos EUA, que lançaram mão da Suprema Corte para desempenhar, dentro de um Estado Federal, mecanismo de controle em relação aos poderes tirânicos eventuais do executivo, legislativo ou mesmo de maiorias ocasionais. Portanto, todos os artigos estão sintonizados com as preocupações do nosso momento histórico, razão pela qual devem ser lidos com atenção, de modo a tornar os debates sobre as questões abordadas ainda mais qualificados.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Profa. Dra. Andrea Abrahao Costa – FESPPR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.  
Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**PARA QUE POVO SE TEMOS A CONSTITUIÇÃO? O LUGAR OCUPADO PELA  
SOCIEDADE NA ELABORAÇÃO DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL  
BRASILEIRO**

**DO WE NEED PEOPLE IF WE HAVE THE CONSTITUTION? THE PLACE  
OCCUPIED BY SOCIETY IN THE ELABORATION OF BRAZILIAN  
CONSTITUTIONAL THOUGHT**

**Luciana de Faria Caramore <sup>1</sup>**

**Resumo**

O presente artigo tem por objetivo, analisar a formação do pensamento constitucional brasileiro, levando em consideração a forte influência exercida pelo direito estrangeiro a uma por não termos até o ano de 1827 faculdades de direito nacionais e a duas pelo sentimento periférico das nações latino americanas que, desde longas datas, se submete ao conhecimento produzido nos países cênicos. Aqui o que se pretende é demonstrar de que forma foi possível conjugar a preservação da memória das instituições nacionais e orientar na formação de uma nova ordem, capaz de se fazer valer e respeitar pela sociedade como um todo.

**Palavras-chave:** Direito constitucional, Pensamento constitucional, Constituição, Cidadania, Democracia

**Abstract/Resumen/Résumé**

The purpose of this article is to analyze the formation of Brazilian constitutional thought, taking into account the strong influence exerted by foreign law first because we do not have until the year 1827 national law faculties and second by the peripheral sentiment of the Latin American nations that were submitted to the knowledge produced in the central countries. Here the aim is to demonstrate how it was possible to combine the preservation of the memory of the national institutions and guide the formation of a new order, capable of being enforced and respected by society as a whole.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutional law, Constitutional thinking, Constitution, Citizenship, Democracy

---

<sup>1</sup> Mestre pelo PPGD/ UVA

## **Introdução**

O estudo da evolução institucional brasileira desde à época colonial até a República levanta alguns questionamentos no que se refere à formação do nosso modelo constitucional, tanto no que se refere ao modo como seus idealizadores se relacionaram com os sistemas estrangeiros, quanto à participação (ou não) do povo (se é que a população assim podia ser chamada).

A formação do pensamento intelectual brasileiro ocorreu sob forte influência do direito estrangeiro por duas principais razões, uma por não termos faculdades de direito nacionais até o ano de 1827, o que levou nossos jovens a estudar na Europa e nos Estados Unidos e outra pelo sentimento periférico das nações latino americanas que, desde longas datas, se submete ao conhecimento produzido nos países centricos.

Através de uma breve análise da divisão internacional do trabalho intelectual e das correntes constitucionais brasileiras, pretende-se demonstrar o porquê de, por tanto tempo, a constituição brasileira ter sido, nas palavras de Raimundo Faoro uma roupa que “está no armário, recortada e envolta em naftalina, pronta para ser vestida quando o corpo cresça e saiba usá-la sem rasgá-la”. (FAORO, 1981:11)

## **Pensamento ou teoria? O que fazemos no Brasil?**

Inicialmente cabe a diferenciação entre teoria e pensamento constitucional, o que nos permitirá compreender a lógica utilizada pelos políticos da época e concluir se havia ou não um pensamento constitucional brasileiro sobre federalismo e república ou se simplesmente importou-se uma experiência estrangeira sem os devidos ajustes ao nosso contexto histórico e social. A definição em teoria ou pensamento, de forma geral, passa pela consideração de três aspectos, a abstração, a universalização e a centralidade.

Pode ser dito que as teorias cuidam de conceitos abstratos e abrangentes, idealizam um modelo que, em tese, seria aplicado a situações similares. Quando se fala em pensamentos a ideia que vem à mente é de algo mais individualizado e concreto, decorrente da aplicação

prática do modelo teoricamente idealizado. Levando em conta o alcance territorial das teorias, lembre-se que elas são formuladas com pretensões universais, as teorias políticas, econômicas, sociais, etc. são pensadas para abranger a vida em sociedade onde quer que seja, são precursoras de conceitos genéricos e abstratos, cabendo aos pensamentos locais sua adaptação à realidade.

Elemento marcante a ser analisado na questão da diferenciação entre teoria e pensamento está na questão da centralidade dos países tidos como mais intelectualmente avançados (Estados Unidos, Inglaterra e França) e na posição subalterna assumida pelos países tidos como periféricos, cuja contraposição encontra-se muito clara nas palavras do doutor Christian Lynch quando afirma que “os europeus e norte-americanos seriam “adiantados”, “desenvolvidos”, “civilizados”, “primeiro mundo”, ao passo que os ibero-americanos eram “atrasados”, “subdesenvolvidos”, “bárbaros” ou “semibárbaros” (LYNCH, 2013). Esta noção geográfica do conhecimento encontra-se relacionada à divisão internacional do trabalho intelectual, em alguns lugares se produziria doutrina e teoria, ciência, filosofia, enquanto em outros a produção seria de pensamento. Seria uma divisão entre centro e periferia, a qual não se polariza apenas entre América Latina e Velho Mundo, sendo certo que mesmo dentro da Europa existem países centrais (França, Alemanha e Inglaterra) e países periféricos.

O constitucionalismo tem uma função de moldura, leva do formal para o concreto, o modelo constitucional é importado dos países cêntricos para levar à modernização os países periféricos. Cabe, no entanto, dizer que as regras de comportamento modernas importadas por uma sociedade atrasada não são capazes de mudar imediatamente a realidade. As doutrinas são trazidas para moldar a realidade, e o dogmatismo e a citação reverencial dos teóricos, não devem se propor a apagar a criatividade local, valendo lembrar que autores como Habermas e Rawls já afirmavam que suas teorias não eram universais, que elas só seriam aplicáveis na Alemanha e nos EUA respectivamente. Utilizar-se apenas do estudo das teorias estrangeiras seria alienação, é preciso se criar algo autêntico, adaptado ao nosso contexto político e social.

As experiências estrangeiras são usadas para modelar, organizar e modernizar o sistema. No entanto, o modelo importado nem sempre propicia as mesmas conquistas, ele acaba por ser adaptado à realidade social, muito se discutindo a reação da forma abstrata com o modelo constitucional local e se desta alquimia podem surgir alterações e adaptações. Daí se depreende que o pensamento constitucional brasileiro pode ser tido como o conjunto de reflexões sobre a tensão entre os modelos estrangeiros e a realidade brasileira, como eles são adaptados à nossa realidade concreta, sua aclimatação à realidade nacional. Quanto mais a

modernização avança, mais próximo se chega da efetividade, uma vez que vai levando a sociedade a se “encaixar” no modelo que foi preconizado pela nova ordem constitucional.

O desenvolvimento das teorias acerca das constituições teve sua maior concentração nos Estados Unidos, França e Inglaterra, países que consolidaram seus regimes políticos e acabaram por construir modelos que foram exportados para as periferias. O nosso pensamento constitucional não tem a pretensão de falar para o mundo inteiro, se preocupa apenas com o universo brasileiro. Não generaliza, não é abstrato! Cuida da forma como os juristas e os constitucionalistas brasileiros pensaram o direito constitucional brasileiro, cabendo aqui aproveitar por analogia as palavras de Christian Lynch “o “pensamento político” seria a “teoria política” em contexto nacional”. (LYNCH, 2013)

A cultura política e jurídica no Brasil se moldou pelo atraso, foi necessário trazer modelos prontos para ajustar a sociedade, modelos estes que vieram da Inglaterra, dos EUA e da França. A importação traz consigo o problema da inefetividade das normas devido ao distanciamento entre o **legal** e o **real**, devemos entender que os modelos estrangeiros não são capazes de dar conta das inúmeras peculiaridades da sociedade brasileira, e sua inserção crua acaba tentando mudar nossa realidade para que ela se enquadre na lei, ao invés de estimular a produção de normas capazes de contemplar o que já existe. Nesse sentido cabe destacar o diagnóstico realizado por Lynch sobre a dificuldade de harmonizar a produção jurídica com a realidade social:

**“Primeiro diagnóstico: atraso do país legal em face do país real.** A primeira era a de que as instituições (país legal) estariam atrasadas em relação às necessidades do estado social (país real). Nesse caso, queixando-se de que instituições políticas eram demasiado atrasadas, os atores políticos tenderam a rejeitá-las por seu caráter “retrógrado”, pedindo a sua adequação ou substituição. (...)

**Segundo diagnóstico: inefetividade do país legal sobre o real.** O segundo diagnóstico possível era o de que, embora as instituições (o país legal) estivessem em consonância com as necessidades do estado social (país real), elas não adquiriam efetividade: não “pegavam”, não saiam do papel. (...)

**Terceiro diagnóstico: adiantamento demasiado do país legal diante do real.** A terceira e última percepção possível era a de que as instituições (país legal) estariam demasiado adiantadas em relação às necessidades do estado social (país real). Nesse caso, a reação era no sentido de se demandarem reformas capazes de, levando em consideração a especificidade da sociedade periférica, reduzir o hiato entre o idealismo das instituições estrangeiras e a realidade periclitante da vida nacional”. (LYNCH, 2015:7-9)

Também em Oliveira Viana se encontra esta percepção do distanciamento entre o direito e a realidade social quando o autor aduz ser este afastamento “um traço dominante da história política dos povos latino-americanos” em consequência da sua condição de periféricos. (VIANA, 1999:356)

Aliada a esta internalização dos padrões estrangeiros sem preocupação com a adaptação à realidade social, aparece a falta de continuidade ideológica entre as nossas ordens constitucionais. Não se entende a lógica do direito constitucional brasileiro porque não se cria uma acumulação de conhecimento, estamos sempre começando do zero a cada nova constituição. Não existe uma disciplina que trate do pensamento constitucional brasileiro. Na Europa, o neoconstitucionalismo não está desvinculado da história constitucional, ao contrário do que ocorre aqui no Brasil, onde se entende que a cada nova constituição deve haver uma ruptura com a ordem anterior. Esse discurso de ruptura, embora equivocado, acaba sendo útil na medida em que aponta os defeitos do sistema anterior para justificar as “novidades” do presente. É um recurso retórico, no sentido de que a nova constituição tem o poder místico de mudar tudo, de fazer com que tudo seja diferente do que foi feito até então, como se estivesse sendo dado um basta aos erros anteriores e daquele momento em diante tudo pudesse ser modificado para melhor.

Toda constituição nova vem com a expectativa de criar, de fundar uma nova ordem. No Brasil, em 1824 ainda nem havia Estado, no entanto, já surgia a primeira constituição, a qual teve que dar conta de “criar” e organizar o Estado. Talvez a constituição de 1891 tenha sido a mais inovadora, a que de fato proporcionou uma ruptura, visto que houve efetiva troca de regime, passamos do Império à República. A carta de 1934 veio mais como uma correção, uma atualização da de 1891. O constituinte de 1988 repetiu muito da carta de 1967, o que mudou foi a interpretação, muito do texto foi repetido sob um novo enfoque, teve um “espírito” diferente, que permitiu interpretação diversa da que se fazia até então.

O pensamento constitucional brasileiro começa a surgir quando as instituições europeias e norte-americanas não mais se encaixam no direito público brasileiro e é necessário se fazer uma série de adaptações aos modelos. Os constitucionalistas brasileiros podem ser divididos em três grupos: os conservadores, os liberais e os nacionalistas. Aqui neste estudo será dada maior ênfase ao pensamento nacionalista de Oliveira Viana e Alberto Torres, porém, cabem algumas considerações em relação aos dois outros grupos.

## **A necessidade conservadora de manter a ordem e a preocupação liberal com as garantias individuais**

Os conservadores do Império encontram maior representatividade no pensamento do Marquês de Caravelas e do Marquês de São Vicente. A visão destes pensadores políticos estava direcionada para a necessidade de se instituir um Estado forte capaz de manter a ordem através de sua autoridade e assim ser capaz de assegurar as liberdades. A outorga da constituição de 1824 teve por objetivo maior a criação de um Estado, visto que até aquela data dizia-se não existir ainda que a independência já houvesse sido declarada, coube ao Marquês de Caravelas sua elaboração sendo a inclusão do Poder Moderador uma de suas maiores contribuições (LYNCH, 2014: 51).

No Segundo Reinado, destaca-se a figura do Marquês de São Vicente, um conservador moderado, alinhado com o pensamento de D. Pedro II, acabou por ser um dos juristas favoritos do Império, defendendo a necessidade de enraizar as instituições na ordem a fim de evitar a guerra civil e a anarquia. Em suas palavras, “a Constituição destina-se a ser o laço firme e imóvel que, sob essas condições, haja de aliar o poder com a liberdade, e servir de farol luminoso que em harmonia guie governantes e governados”. (SÃO VICENTE, 2002:105)

A Constituição de 1824 é liberal para os padrões da época, era monárquica como a maioria das nações europeias (Inglaterra e França eram os modelos de monarquias constitucionais da época). Era muito avançada, foi a 1ª constituição monárquica a incorporar a declaração de direitos. Deixar o liberalismo sem um Estado forte acabaria levando à guerra civil, como ocorreu em outros países da América latina, por isso o executivo era forte e centralizado, controlado pelo moderador.

Com o advento da República ganha mais força o pensamento liberal, defendendo a liberdade individual e o não intervencionismo estatal, tendo como seu maior representante à época o jurista baiano Rui Barbosa. Com o boom econômico decorrente da disponibilização e capital após a abolição da escravatura, havia uma necessidade de liberalização, uma necessidade de transformar o Império em estado de direito, uma demanda pela reconstrução do Império em bases mais liberais.

O pensamento do filósofo inglês John Stuart Mill em muito colaborou para a formação do ideário liberal de Rui Barbosa, sendo bem descrita por Lynch essa influência:

Pensando o direito como expressivo de um ideal de justiça intangível pela vontade política, a ética republicana e constitucional da tradição anglo-saxã, apresentada pelo liberalismo democrático de Stuart Mill, foi a forma que moldou politicamente o intelecto de Rui Barbosa e lhe permitiu organizar o tipo ideal do *bom governo* que nortearia sua vida pública.” (LYNCH,2014:205)

O grande fundamento do estado de Direito de Rui Barbosa é a jurisdição constitucional, é um judiciário forte capaz de defender o estado de direito contra o Estado (executivo e legislativo mancomunados). No período anterior quem mandava no Império era o legislativo, agora o que se pretende é sair do conservadorismo e se liberalizar. Enquanto Marquês de São Vicente e Marquês de Caravelas se preocuparam em estabelecer a ordem, Rui Barbosa vem cuidar de fundar e sedimentar o ideário liberal e não mais conservador. Se era o chefe do estado que garantia a ordem do Império, agora o poder judiciário é quem vai garantir a liberdade.

No século XX o que passa a ocorrer é uma releitura do pensamento liberal e da visão estadista conservadora dentro de uma ótica democrática. O nacionalismo vem com ideia de Estado forte novamente, só que não mais com a função de manter a ordem, mas sim para criar a Nação, para criar uma solidariedade que ainda não existe e promover a incorporação do povo, dos pobres, dos analfabetos, etc.

Na realidade, o que se percebe durante a Primeira República é a certeza de que o povo não está apto para exercer sua soberania, que devido à sua pouca educação e falta de sentimento de pertencimento à nação, devem ser guiados por uma elite política esclarecida capaz de tomar as decisões mais apropriadas para o bem estar geral. Aqui se verifica o que Christian Lynch denominou de **demofobia**, “o receio por parte das elites sociais de que a ampliação da participação cívica para além do seu círculo, numa perspectiva de democratização da vida social, desencadearia a desordem, a subversão e a final decadência do mundo político civilizado”. (LYNCH,2014:249).

## **O nacionalismo de Alberto Torres e Oliveira Viana impondo o aspecto social ao direito público**

O nacionalismo de Alberto Torres pode ser tomado como uma releitura das ideias do Marquês de São Vicente de um Estado forte, mas não no sentido de criar a ordem, e sim de criar a nacionalidade, uma volta ao despotismo ilustrado de antes. Foi uma espécie de novidade, mas na verdade era uma ideia requeitada para o momento de democratização que o país iria atravessar, também em Oliveira Viana aparece a necessidade de um Estado forte para manter a unidade nacional com base elitista até que seja possível a participação do povo, quando ele assim puder ser designado. Já Rui Barbosa deixa a discursão mais no campo político, sem preocupação com a questão social, pra Rui não há como se incorporar a massa de maneira produtiva na política se essa massa é analfabeta, miserável e dependente dos coronéis, os direitos sociais e civis teriam que preceder os direitos políticos.

Alberto Torres pode ser chamado de pai do nacionalismo brasileiro, ele vai ser adorado pelos militares e tenentes visto que ele é um nacionalista e conservador (defensor da ordem), ainda que liberal. O nacionalismo na verdade é a exaltação de sua pátria, a exaltação da sua terra, a ideia de que sua nação é melhor que as outras. No Brasil ele assume um caráter reativo, ele é autocrítico, não ufanista, ao passo que o nacionalismo europeu é patriota e xenófobo, sendo esta última característica incompatível com nosso país visto à grande participação de imigrantes na população.

Em outro ponto de crítica aos liberais, Alberto Torres vai contra a importação de modelos estrangeiros e principalmente a atuação das elites políticas que se recusam a se misturar como povo, a eles atribuindo a não existência de um sentimento de nacionalidade:

“Num paiz que não saiu do jugo da metrópole senão para ser dirigido por governos que não surgiram da carne e do sangue do povo e não comungam com seu espírito e suas tendências, fazendo tudo, pelo contrário, para desvirtuar-lhe o character, subordinando-o a idéas e costumes estrangeiros, não é de surpreender que o povo não se tenha formado,- faltando-lhe, como lhe faltou, a escola do determinismo, pelo exercício da liberdade e da autonomia: do progresso, physiologico e psychico, em summa, da atividade”. (TORRES, 1914:XXXVII)

Torres entende que para despertar o nacionalismo é necessário fortalecer o Estado, de retomar a centralização do Império, tendo por certo que a federação, com estados

praticamente independentes, acaba por enfraquecer o Estado. O Estado tem que ser unido e coeso, valorizando a autoridade, um Estado como agência capaz de manter a ordem social, econômica e política, o que não se confunde com despotismo e ditadura. Pretende a criação de uma nova república, a reforma constitucional que ele quer é de fato para mudar, para criar o sentimento de Nação. É necessário haver POVO, indivíduos unidos por sentimento de pertencimento, de noção cívica, e não simplesmente um amontoado de habitantes.

Ao contrário de Rui Barbosa, Alberto Torres não vê o problema do país como um problema moral, não acredita que um judiciário forte seja capaz e resolver os problemas nacionais, acredita na solução pela via política, através de um Estado forte e presente, além da necessidade de colocar o interesse geral acima dos individuais:

“A nossa situação social chegou entretanto, a um estado que impõe aos brasileiros o dilema de um movimento de energia viril, são e reflectido, ou da renuncia da nacionalidade e da segurança, para si e para a sua prole. Há momentos, na historia das nações, que que o esforço de cada indivíduo por sua própria sorte tem o valor de um bilhete de loteria. **É preciso que o esforço de todos e de cada um convirjam para o interesse geral, para que os interesses pessoais sejam solvidos**”. (TORRES, 1914:XXXIX)

A falta de sentimento de nacionalidade também se mostra presente na análise da formação da cidadania brasileira feita pelo historiador José Murilo de Carvalho, atravessando a formação da cidadania desde o Império até a República e afirmando que “pode-se concluir, então, que até 1930 não havia povo organizado politicamente nem sentimento nacional consolidado”. (CARVALHO, 2002: 83)

Na visão de Alberto Torres a solução da questão de ausência de sentimento de nacionalidade não está em aumentar os direitos políticos, é necessário aumentar os direitos civis e sociais para que o povo desenvolva maior consciência política. Até que o povo aprenda a votar, entende ser necessário que as decisões sejam mantidas nas mãos da elite política.

Assim como Alberto Torres, Oliveira Viana também defendia uma evolução da Primeira República, estando mais próximo dos oligarcas que dos liberais, defendendo a autoridade sem ofensa à democracia. É contrário à descentralização, admitindo o federalismo desde que não se enfraqueça o poder central, para ele o grande modelo de organização do país era o Segundo Reinado, seria a centralização do segundo reinado nas mãos de um presidente nacionalista e imparcial.

A crítica mais forte de Oliveira Viana aos liberais está na questão da alienação das elites. A elite intelectual não seria capaz de discutir os problemas locais com suas singularidades, pois é educada nos moldes da cultura cêntrica. Ele os enquadra na categoria de “homem marginal”, que vive entre duas culturas, a do seu povo e a do país onde estudou (Europa/EUA). Este acultramento estrangeiro das elites acaba se refletindo nas classes políticas e na produção legislativa e com isso o direito acaba se distanciando da realidade social, levando o político brasileiro a legislar para um “brasileiro” que não existe:

“É certo que todos eles timbram em dizer "legislam para o Brasil". Esta, pelo menos, é a intenção deles; mas o tipo do "animal político" que tomam para base dos seus raciocínios e das suas construções políticas ou administrativas, não é o brasileiro de verdade, o brasileiro como ele é -- tangível, sanguíneo, vivo”. (VIANA, 1999:357)

Ainda com relação ao “marginalismo das elites”, Oliveira Viana dedica um dos capítulos de suas Instituições de Direito Público à análise do pensamento de Rui Barbosa, sendo interessante perceber que, embora critique fortemente sua sua alienação ao que se passa no Brasil, o recurso excessivo à doutrina estrangeira e a falta de contato com a realidade social, ao final da análise conclui que Rui pensaria de forma diferente se tivesse vivido para ver o crescimento das ciências sociais e reconhece a importância de sua contínua defesa do direito, da justiça e da legalidade:

“Expressão demonstrativa do "marginalismo" intelectual e jurídico de Rui é, na sua enorme biblioteca -- de um lado, a copiosa abundância de livros estrangeiros, franceses, ingleses, norte-americanos e italianos (os alemães são pouco abundantes, embora ele dominasse o alemão e mesmo o falasse); de outro, a relativa insignificância da sua "brasileira"(2). Fora da literatura propriamente jurídica e parlamentar o Brasil lhe interessava pouco como povo -- isto é, como civilização, como psicologia coletiva, como estrutura. Em boa verdade, nunca o estudou”. (VIANA, 1999:370)

O que ele fez como construtor de um regime político é, hoje -- em face das realidades nossas e do mundo --, coisa certamente precíval, inadequada e falsa; as causas, porém, sempre justas e humanas, a que ele prestou o serviço do seu gênio e do seu idealismo, estas lhe asseguram a imortalidade”. (VIANA, 1999:395)

Vê Rui como personagem forte e combativo, disposto a defender seus ideais, no entanto, como uma consciência política diferente da do Império, visto que era incapaz de lidar com a politicagem, tendo sido o responsável por combater as arbitrariedades do Executivo no

regime presidencial, desenvolvendo teorias de limitação do poder (estado de sitio e intervenção) e de garantias de liberdade individual (habeas corpus). Teve função importantíssima na defesa de garantias de liberdade civil e política, soube conter o poder se contrapondo ao Estado e colocando-se ao lado do indivíduo, sempre buscando remédios para conter os abusos. Acredita que Rui Barbosa poderia ter sido muito melhor se tivesse adotado uma metodologia sociológica, se tivesse presenciado o advento das ciências sociais (1930).

Ainda no que se refere à sua crítica do pensamento barbosiano, Oliveira Viana destaca alguns outros pontos meritoriosos como seu sentimento de nacionalidade, seu federalismo temperado e sua leia pela contenção do avanço de um sistema confederativo com códigos autônomos para os estados. Para Oliveira Viana, a aplicação do regime norte-americano levaria por ter o sentimento nacionalista estimulando a independência administrativa dos estados e a formação de pequenos países dentro do Estado brasileiro. Além disso, por ter sido a constituição de 1891 foi inspirada na norte-americana, coube a Rui Barbosa introduzir os autores americanos uma vez que nossos juristas não estavam familiarizados com o constitucionalismo americano.

Também se encontra na obra de Viana crítica àqueles que atribuem a inefetividade da constituição a uma massa que corrompe o sistema, afirma que o que a elite chama de corrupção na verdade é a defesa das tradições culturais locais frente àquelas que lhes tentam impor a elite política. Segundo o autor, parte da responsabilidade por esta alienação se encontra no bacharelismo visto que os juristas formados no estrangeiro quando regressam da faculdade, deturpam tudo, tentam aplicar aqui o que aprenderam em países europeus, utilizam-se de um idealismo utópico. Essa desconsideração do elemento social leva à inaplicabilidade e inefetividade da constituição, visto que não considera o povo, não leva em conta a sociedade à qual a constituição será aplicada, não adianta dar a um povo, que nem se pode chamar de povo, uma constituição magnífica e inefetiva por não estar alinhada com a realidade social e não observar sua construção histórica.

Defende a necessidade de abandonar o trauma periférico, sendo preciso se conhecer, aprender com os países centricos e importar apenas aquilo que interessa para a nossa sociedade. Não se pretende que seja reinventada a roda, mas sim incorporar de forma crítica aquilo que vem de fora. Por isso não deixa de ser idealista, não assume a posição realista da acomodação. Defende um idealismo orgânico, partindo do conhecimento das realidades sociais para chegar a uma ordem constitucional adequada, um idealismo como os pés no chão, olhando para fora com os pés bem fincados no Brasil.

Acusa os legisladores de não atentarem para os aspectos sócio-culturais, de tentarem mudar a realidade social através das leis, afirmando que eles se atêm aos textos legais e princípios, ou ao direito comparado, do qual aproveitam instituições com base em semelhanças puramente gramaticais. Não levam em conta o povo nem seu modo de ser. Chega a ser sarcástico ao descrever que nossos legisladores querem mudar a realidade tão somente com a aprovação de leis:

“É que estavam e estão ainda, neste estado de espírito um tanto místico, em que a norma escrita é tudo e pode levar a tudo. Parecem conduzir-se como se a lei do Estado possuísse um dom misterioso, uma espécie de poder mágico e radiante, capaz de atuar sobre os homens -- como na fé dos crentes, os encantamentos dos feiticeiros, desde que acompanhados de certas palavras cabalísticas. Se puserem no texto da lei, por exemplo, a palavra Liberdade (com L grande) -- para logo a liberdade se estabelecerá nos costumes e na sociedade. Se, em vez da palavra Liberdade, puserem a palavra Igualdade (com I grande) -- a igualdade se instalará logo entre os homens. É tudo só e exclusivamente pela virtude mesma da lei escrita, devidamente promulgada, de acordo com os ritos preestabelecidos.

Daí seu empenho em fazerem Constituições modelares e progressistas, bem redigidas em vernáculo e promulgadas em nome do Povo ou de Deus. Parece ser crença deles que do simples literalismo da lei ou da Constituição (e por que não do seu vernaculismo?) emanarão eflúvios misteriosos; de cada palavra dos seus artigos e dos seus parágrafos irradiarão raios beta ou gama ainda não conhecidos nem isolados, que penetrarão as consciências, modificando-as, alterando-as na sua contextura íntima: e com isto os egoístas se tornarão em altruístas, os turbulentos em pacíficos, os pressores em servos, os maus em fontes inexauríveis do "leite da bondade humana", os cobiçosos do poder em desambiciosos, mais desprendidos das vaidades terrenas do que eremitas da Tebaida ou iogues em êxtase...” (VIANA,1999:364)

Para Oliveira Viana faz-se fundamental o conhecimento da sociedade brasileira para a aplicação do direito público e se preocupa em sua obra em tratar da necessidade de adoção de uma metodologia objetiva, com base em estudos feitos “sobre a nossa terra, sobre a nossa sociedade” e não repetindo os autores estrangeiros de forma mecânica e alienada da maneira como fazem os liberais que importaram como verdade tudo aquilo que aprendem na França, Inglaterra e EUA, sem considerar que tais conceitos foram formulados de acordo com as realidades daqueles povos. De certo modo, acaba por até mesmo desculpar as elites políticas por entenderem que elas assim se comportam devido ao seu complexo de inferioridade em face da Europa e dos Estados Unidos.

Importante influência na obra de Oliveira Viana está em Silvio Romero e Alberto Torres, os quais, assim como Viana, inseriram os fatores geográficos e sociais na equação de

solução dos problemas políticos. Embora considere que Torres recebeu bastante influência europeia em sua formação sociológica, e sua maior ligação com a filosofia que com as ciências sociais propriamente ditas, reconhece sua capacidade de compreender a sociedade brasileira, destacando sua oposição metodológica visto que “Torres partia do alto para baixo”; e, ele de baixo para cima.

Ainda com relação aos pontos de distinção apontados por Viana em relação à obra de Torres, cabe destacar a capacidade de Torres acreditar na bondade natural do homem, enquanto Viana se preocupava com o egoísmo do homem e sua necessidade de ser mantido dentro da ordem. Alternam posições também na necessidade de manutenção de um quarto poder capaz de controlar o Estado e na necessidade de considerar o elemento racial na formação histórica do povo brasileiro.

Fato é que, mesmo utilizando métodos não coincidentes, tendo formações distintas e diferentes níveis de crença na bondade do homem, Torres e Viana defendiam o nacionalismo e convergiam para um mesmo ideal:

“Daí - nos regimes constitucionais que ambos idealizamos para o Brasil -- a minha preocupação dos controles e a minha desconfiança do egoísmo dos homens, preocupação que não era tão dominante no espírito de Torres. Daí as minhas divergências com ele, divergências que nunca vieram a público e que, entretanto, davam uma extrema vivacidade às nossas palestras de intimidade. É o caso do Poder Coordenador, tão essencial no pensamento de Torres - e em cuja viabilidade eu nunca acreditei. E é ainda o caso, principalmente, do fator "raça", cuja importância Torres negava com decisão e a que eu, no entanto, nunca tive 404 Oliveira Viana razão - e não tenho ainda hoje, apesar de tudo -- para deixar de reconhecer o seu papel em nossa civilização e em nossa história”. (VIANA,1999: 404)

Em sua Metodologia do Direito Publico, Torres vai defender ainda uma concepção pluriculturalista do Brasil, tendo por base a formação histórica do país. Lembra que a colonização foi dispersa, individualista e irregular, o que levou a sociedade a se desenvolver de formas distintas nas diversas regiões em função do tipo de exploração colonial. Se preocupou em dividir o estudo nas características de três grupos populacionais distintos (o centro-sul, o extremo sul e o nordeste), marcando as diferenças sociais existentes entre estas populações.

## Conclusão

Em paralelo à formação do Estado brasileiro caminhou a formação de sua elite intelectual e do que se pode chamar de pensamento constitucional brasileiro. É inegável que, inicialmente, não havia que se falar em um pensamento autenticamente brasileiro visto que nossos intelectuais foram formados nas universidades europeias e norte-americanas, sendo natural a importação de modelos estrangeiros na ordem nacional. Embora os nacionalistas chamem de alienação esta apropriação, deve ser levado em conta que no período do Império ainda se guardavam muitas semelhanças estruturais com a metrópole, o que justificaria a analogia dos institutos europeus de direito público.

Com a transição para a República e a evolução da sociedade já não mais caberia manter o Estado brasileiro nos mesmos moldes dos países cêntricos, sendo necessário que o sistema passasse por uma adaptação severa para enquadrar o estado de direito nos moldes da sociedade brasileira. Ainda que não se defenda a total ruptura com tudo que vem de fora, certamente necessária seria a revisão de conceitos com a inserção de elementos nacionais capazes de refletir o novo Estado.

Aqui fazendo eco às vozes nacionalistas, para que uma ordem constitucional seja respeitada é necessário que ela encontre correspondência com a vida do país ao qual ela se aplica. Como imaginar uma população estritamente agrária vivendo sob uma legislação voltada para o desenvolvimento industrial, e como imaginar leis de inspiração monárquica tentando organizar uma república? O descompasso entre o legal e o real acaba levando as normas a uma situação de absoluta inefetividade que pode levar à anarquia.

Para a elaboração de um ordenamento efetivo faz-se necessário não só levar em conta o desenvolvimento histórico da sociedade que a ela será submetida, como também valorizar as ordens até então concebidas, não promovendo rupturas absolutas a cada nova constituição e sim observando e aprendendo com os erros e acertos do passado. Só podemos, no entanto, falar em aproximação da ordem com a sociedade quando a cidadania se exerce de forma efetiva, não só através do exercício do direito de voto como também através da participação na tomada das decisões por meio de um governo de fato representativo.

A instituição e desenvolvimento da disciplina Pensamento Constitucional Brasileiro mostra-se bastante útil ao tirar do campo da abstração as doutrinas clássicas, a elas

conferindo aplicabilidade, bem como para preservar a memória das instituições nacionais e orientar na formação de nova ordem, quando necessário e oportuno, capaz de se fazer valer e respeitar pela sociedade como um todo.

### **Referências Bibliográficas:**

BARBOSA, Rui. *O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira*. Disponível em [http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/p\\_a3.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/p_a3.pdf), consultado em 28/04/2017

----- *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989.

CARVALHO, J. M. de. *Cidadania no Brasil O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

FAORO, Raymundo. *Assembleia Constituinte – a legitimidade recuperada*. São Paulo, Ed. Brasiliense, 1981.

LYNCH, Christian Edward Cyril. *Por que pensamento e não teoria? A imaginação político-social brasileira e o fantasma da condição periférica (1880-1970)*. Revista Dados vol.56 no.4 Rio de Janeiro Oct./Dec. 2013.

----- *Da monarquia à oligarquia: história institucional e pensamento político brasileiro*. São Paulo, Alameda, 2014.

----- *Monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia: o pensamento político do Marquês de Caravelas*. Belo Horizonte, UFMG, 2014.

SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. São Paulo, Editora 34. 2002

TORRES, Alberto. *A Organização Nacional*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1914.

VIANNA, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília, Senado Federal, 1999.