

História e futuro do direito brasileiro

Por Ives Gandra da Silva Martins

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martín de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e RS, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO – SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS.

Acompanhe o Boletim Busca.Legal:

A homenagem que se presta ao Professor Ignácio Poveda é merecida, por ter se tornado dos mais conhecidos professores da História do Direito no Brasil, ostentando o título de Professor Titular de sua principal Faculdade (USP).

Conheço-o desde que chegou ainda muito jovem, da Espanha. Tornou-se amigo da família, desde então, podendo se aquilatar, ao lado de seus indiscutíveis predicados intelectuais e de grande jurista, o ser humano, cultor de valores, de que, há muito, a humanidade está carente. Sua vida tem sido um exemplo para os que o conhecem e, no campo do direito, para todos os juristas.

Legítima, pois, a homenagem que se lhe presta pelos seus 60 anos.

Falar sobre a história e o futuro do Direito Brasileiro, em 10 a 15 páginas, é tarefa para os superdotados, com especial poder de síntese e de conhecimento, qualidade que, se um velho de 84 anos não possuiu no passado, agora, com muito mais razão, não consegue ostentar.

Tenho, repetidas vezes, afirmado que a história brasileira –e história e direito marcham juntos, como relatei no meu discurso de posse na Academia Paulista de História –tem origem no Estado português, que a influenciou, desde sua fundação, em 1.140.

Com efeito, tendo Afonso Henriques derrotado os espanhóis, na Batalha de São Mamede, em 1128, na cidade de Guimarães, e os mouros, em 1140, em Lisboa, estabeleceu o reino de Portugal, com características pouco vivenciadas, na Europa Medieval, em que senhores feudais fortes impunham-se aos reis fracos e os países eram pulverizados em múltiplos pequenos reinados, como ocorria na Espanha, Alemanha, Itália. Em Portugal, havia um rei forte e nobres que lhe serviam sem contestação.

A necessidade de um poder central com autoridade era fundamental, pois Portugal enfrentava, permanentemente, a luta contra espanhóis e mouros, desde os seus primórdios, tendo apenas desfrutado de um “período de paz intranquila”, após o condestável Nuno Álvares derrotar os espanhóis, em Aljubarrota, à época em que também a presença moura, na península ibérica, enfraquecera.

O projeto português foi, então, delineado, principalmente, após o início da dinastia de Avis. Percebendo, seus reis, que a união do Estado espanhol ocorreria, mais cedo ou mais tarde, tão logo expulsos os mouros, Portugal partiu para a aventura marítima, formando seus navegantes, na Escola de Sagres –seu perfil histórico ainda não tem um retrato claro– e lançando-se pelo Atlântico, na busca de novos caminhos de sobrevivência como forma de manter-se como nação, visto que o número de seus habitantes era consideravelmente menor que o de seus tradicionais adversários.

Assim é que os lusitanos conquistaram o Brasil e abriram a rota para a Índia. Em Sagres, estudaram dois outros históricos navegantes: Fernão de Magalhães, português, serviu a Espanha para encontrar o Pacífico, através do estreito que levou o seu nome e Cristovão Colombo, a serviço da Itália, que chegou à América.

O Tratado de Tordesilhas, à época em que Portugal detinha a arte da navegação, não foi senão um acordo sobre o conhecimento das terras americanas, celebrado entre Espanha e Portugal, para dividir a América entre as duas nações. Por esta razão, com população reduzida e seus homens voltados para a conquista asiática, na Índia, Portugal, assegurado nas terras americanas, após o anúncio oficial de Pedro Álvares Cabral (1500), somente se preocupou com o Brasil 32 anos depois, com a expedição Martins Afonso de Souza. Divide-as em capitânicas hereditárias, tentando sustentar as três frentes (Ásia, África e América) sem ter população e bens suficientes para o fazer.

Daí se compreende que, com a derrota de Dom Sebastião, em “Alcacer-Quibir” e a inexistência de um herdeiro do trono em Portugal –não tinha Dom Antonio Prior de Crato condições, até por seu caráter de vocação religiosa, de assumir o governo– Felipe da Espanha assumisse o controle de Portugal, quando já unificadas, há mais de um século, as Casas de Fernando e Isabel, por questões dinásticas.

Durante 60 anos (1580-1640), a Espanha controlou Portugal e suas colônias. Só com Dom João IV reconquistou a independência, à época em que havia uma fragilização do trono espanhol.

É interessante notar que a Espanha em guerra com a Holanda não se preocupou, de imediato, em retomar o domínio de Portugal, o que permitiu a Dom João IV consolidar o reino português.

O Brasil, que neste período ficou à margem dos interesses maiores da península ibérica, viu a sua região mais rica (Pernambuco) ser tomada pelos holandeses, que só perderam seus territórios no nordeste, depois da batalha de Guararapes, em que índios, negros e brasileiros derrotaram as bem treinadas tropas holandesas, no primeiro grande gesto de nacionalidade do país. Basta dizer, que o Exército brasileiro comemora a data da batalha de Guararapes como a data de sua fundação.

Naqueles anos, após restauração do reinado português, o embaixador de Dom João IV, o Padre Antonio Vieira, procurou apoio externo da França e da Holanda, por entender que a Espanha poderia reconquistar, a qualquer momento, a ainda débil monarquia portuguesa.

O Cardeal Richelieu disse ao Padre Vieira que, antes de procurar acordos internacionais, Dom João IV deveria buscar consolidar-se como rei de um país independente. A negativa de Richelieu levou o Padre Vieira a tentar um acordo com a Holanda, oferecendo-lhe Pernambuco em troca de sua proteção contra eventual confronto com a Espanha. Justificou toda a arquitetura de seu pretendido acordo no famoso escrito "O papel forte".

A vitória da batalha de Guararapes, todavia, fez com que a eventual aliança com a Holanda fosse descartada e o próprio Padre Vieira perdesse sua influência sobre o rei português.

Ocorre que o centralismo português foi a característica maior de sua presença no Brasil, de tal maneira que, num espaço presumivelmente semelhante, após o Tratado de Tordesilhas, a América portuguesa veio a transformar-se num único país continental, o Brasil, enquanto a América espanhola foi pulverizada em um grande número de países, reflexo também da tendência de pulverização dos povos espanhóis, até hoje em conflito, como, por exemplo, os bascos e os catalães. Não obstante, outras regiões aceitaram, sem maiores contestações, a unificação, como, por exemplo, os aragoneses e da galegos.

É bem verdade que o Tratado de Tordesilhas se tornou obsoleto, após a conquista dos bandeirantes, que alargaram as fronteiras brasileiras além dos limites impostos em 1498, limites estes reconhecidos pelo Tratado de Madrid, em 1750, elaborado por Alexandre de Gusmão e definitivamente reformulado pelo Tratado de Santo Ildefonso, nos começos do século XIX.

Pode-se afirmar, pois, que, na origem do direito brasileiro, está o centralismo português, em que o rei tudo definia e de tudo cuidava, sem maiores contestações internas, sendo este o direito do país.

Assim é que a independência brasileira foi promovida por um rei português, Pedro IV, que, no Brasil, recebeu a designação de Pedro I – pois, em Portugal, depois de deixar o Brasil e vencer Dom Miguel, tornou-se rei, até seu prematuro falecimento. Esse fato permitiu que Maria da Glória, sua filha, viesse a se tornar rainha de Portugal, brasileira, com o que tornou-se o único país europeu a ter como ocupante do trono pessoa nascida no continente americano, no século XIX.

O império brasileiro, que durou de 1822 a 1889, também foi a única experiência dinástica na América, visto que o rei auto declarado do México (Maximiliano), não ascendeu naturalmente ao poder, como no Brasil. A dinastia de Orleans e Bragança teve como território e povo toda a nação herdada no estilo de Portugal, pois não havia, então, uma federação, mas simplesmente províncias submetidas ao Imperador.

Assim é que não houve dificuldade, após o período de regência (1831-1840) de Dom Pedro II instalar, em 1847, um governo parlamentar, copiando monarquias constitucionais europeias, principalmente a inglesa, onde surgiu o parlamentarismo (1688-89).

Ora, a proclamação da República brasileira – em que o Marechal Deodoro pensou ter derrubado o gabinete Ouro Preto e não o Imperador Dom Pedro II de quem era amigo -, fruto da luta de nossos principais pensadores que, há décadas, batalhavam pela instalação do regime republicano, de uma Federação no continente americano e da abolição da escravatura (esta ocorrida pouco antes), terminou por implantar os três objetivos, com a Constituição de 1991, tendo o gênio de Rui Barbosa influenciado o formato do Estado e do governo.

O centralismo português, todavia, pouco afeito a forma federativa, não deixou de existir, tendo a federação brasileira, até 1930, exteriorizado o governo denominado "café com leite" de São Paulo e Minas, que definiam, nada obstante as eleições, quem seria o presidente da República. De 1930 a 1945, a Federação ficou subordinada ao ditador Getúlio Vargas. De 1945 a 1964, apesar da Constituição de 1946, não se conseguiu dar maior autonomia aos entes federativos. De 1964-1985, novamente, a Federação brasileira perdeu força, sem autonomia política, sendo a indicação dos governadores feita pelo presidente da República, sujeita, a sua política financeira e administrativa, em grande parte, ao governo central. Com a Constituição de 88, por fim, formalmente, o Brasil concedeu maior autonomia a Estados, incluindo os municípios entre os entes federativos, mas, de rigor, com aproximadamente 60% da receita tributária sendo destinada a União e 40% a Estados e Municípios, é ainda uma Federação com relativa autonomia financeira.

Esta é a razão pela qual entendo que o centralismo português condicionou o centralismo do direito público brasileiro, da forma de Estado e de Governo (presidencial e não parlamentar), com uma Federação com a tríplice autonomia (administrativa, política e financeira) assegurada pela Constituição, mas ainda bastante débil, pois sem uma real autonomia financeira, os Estados e Municípios ficam sempre dependentes do governo central, como se vê, neste ano de 2019, em que 15 dos 26 Estados, não tem como honrar suas dívidas e pagar seus funcionários.

Sem o auxílio da União, não conseguirão cumprir a lei de responsabilidade fiscal.

Neste quadro, o futuro do Direito do Brasil é uma incógnita. Criamos uma República Burocrática, em que todos os direitos foram outorgados aos detentores do poder, com previdência privilegiadíssima, subsídios elevados e vantagens de toda a espécie, que se multiplicam como cogumelos. A cidadania, colocada sempre sob suspeita, perde cada vez mais o direito de defesa, sob o domínio dos salvadores da pátria, Ministério Público e Poder Judiciário, sob aplausos da imprensa em geral.

Entendo que o protagonismo excessivo do Poder Judiciário, o auto poder que se outorgaram os membros do Ministério Público – que não tem constitucionalmente, por serem apenas uma função essencial à administração da Justiça, como o é a advocacia, e não um Poder – e a classe dos agentes do Erário, que se considera uma categoria superior às demais e acima de qualquer suspeitas, apesar de terem em seus quadros elementos de expressão, conformaram, à revelia da lei suprema, a verdadeira governança do país. Com

imposição de regras, de recursos e de afastamento de representantes do povo em virtude de meras suspeitas, entendo que a democracia brasileira corre sérios riscos de se tornar uma "Ditadura Tecnocrática". Tais cidadãos inimputáveis subvertem as regras e transformam o suspeito, que poderia, sob certas condições legais, ser provisoriamente preso, em condenado definitivo, até com base em "provas ilícitas obtidas de boa fé", visto que, apesar de não eleitos pelo povo, são o que de melhor a República possui, em sua auto avaliação.

Admiro grande parte dos membros destas instituições, mas entendo que tal visão, na medida em que exclui os representantes eleitos por 140 milhões de brasileiros, é uma visão raquítica, amputadora, desfiguradora do bom direito e, principalmente, da democracia no Brasil...

Não é porque advogo há 62 anos, 60 como advogado e 2 como solicitador, e seja considerado pela nova classe de operadores de Direito ultrapassado, pelas tradicionais concepções do direito que albergo –embora o que eu propugno seja atualmente defendido também pelos mais jovens, como o Ministro Dias Toffoli, para quem o Legislativo é a Casa do Futuro, pois legisla para o amanhã, o Executivo é a Casa do presente, pois administra a nação na atualidade, e o Judiciário, a Casa do Passado, por decidir as questões criadas no pretérito– esta é, a meu ver, a melhor visão no direito, pois não aceito a percepção minúscula da democracia daqueles que destroem a .autonomia e independência dos Poderes, pretendo a criação de uma nova ordem.

Para mim –e como isto encerro este artigo–a tripartição de Poderes é fundamental, com respeito às diversas competências de cada um, nos termos da lei maior. Só assim o Brasil será o Estado de Direito defendido no art. 1º da Carta da República e os Poderes serão independentes e harmônicos entre si, sendo esta bandeira apenas possível com o respeito às competências (art. 2º). E, no caso de conflito entre eles, as forças armadas só poderão intervir para repor a lei e a ordem, mas não, para rompê-las, como impõe o artigo 142 .

Esta é a minha visão da conformação do Estado Brasileiro, desde a sua origem, em 1140, até aos prognósticos para o seu futuro, na esperança de que, um dia, os brasileiros, governantes e governados, pensem mais no país do que na sua realização pessoal.

História e futuro do direito brasileiro