
ALGUMAS REFLEXÕES A PRETEXTO DOS 20 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Fernando A. G. Trindade**

1. À guisa de introdução

No momento em que o Congresso Nacional comemora os 20 anos da Constituição de 1988 – a “Constituição Cidadã” –, devemos celebrar também a memória daquele que a “batizou” e que foi o condutor da Constituinte: Ulysses Guimarães, a personalidade política que mais simboliza a Constituição e a que mais personifica o que aquele processo representou e continua a representar.

Portanto, celebrar a Constituição de 1988 é recordar Ulysses Guimarães, a cuja memória dedicamos as reflexões que seguem.

2. O Golpe de 64 e a luta pela reconstitucionalização

A partir de abril de 1964, com o golpe contra o Presidente João Goulart e a edição do primeiro ato institucional, o País entrou num período em que a Constituição deixou de ser a Lei Maior (no sentido kelseniano, de topo da pirâmide jurídica), e que durou pelo menos até 1º de janeiro de 1979, quando passou a vigor a Emenda Constitucional nº 11, de 1978. Ao revogar os atos institucionais e complementares no que contrariassem a Constituição então vigente (a de 1967), a Emenda Constitucional nº 11 recolocou-a no lugar de Lei Maior do sistema jurídico-político do País¹, embora a Constituição de 1967 não tivesse a legitimidade necessária, pois gestada e nascida na ditadura, a partir de projeto do Poder Executivo e aprovada a “toque de caixa”, num prazo de 41 dias, com o Presidente do Congresso atrasando o relógio do Plenário para que o Projeto não fosse aprovado por decurso de prazo, como lembra Francisco Iglésias².

* **FERNANDO ANTONIO GADELHA DA TRINDADE** é Bacharel e Licenciado em História, Bacharel em Direito com habilitação em Direito Constitucional e Especialista em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB). É Consultor Legislativo do Senado Federal na área de Direito Constitucional, Eleitoral e Administrativo.

¹ Perceba-se que, entre abril de 1964 e dezembro de 1978, quando a norma presente no texto constitucional contrariasse a norma “revolucionária”, essa última prevalecia. Daí a nossa conclusão no sentido de que a Constituição não era a “lei maior”.

² IGLÉSIAS, Francisco, “Constituintes e Constituições Brasileiras”, Brasiliense, 3. ed., 1986, p. 75.

De qualquer modo, apesar de seu vício de origem, por dois anos a Constituição de 1967, mais ou menos efetivamente, vigora como a Lei Maior (sempre no sentido kelseniano), do início de sua vigência, em 25 de janeiro de 1967, até 13 de dezembro de 1968, data do Ato Institucional nº 5, que, novamente, volta a rebaixar a Constituição a plano secundário na pirâmide normativa (como o AI-1 e demais atos institucionais haviam feito com a Constituição de 46)³.

A sociedade política reage a esse recrudescimento do “Poder Revolucionário” com o AI- 5, e um dos motes dessa reação foi o desfraldar da bandeira da reconstitucionalização, que, até então, apesar de agitada num ou outro momento, não havia ido ao primeiro plano do programa da oposição à ditadura. A partir de então se amplia paulatinamente a percepção de que a reconstitucionalização exigiria uma Assembleia Constituinte.

Em 1971, o MDB acolhe a bandeira da Constituinte. Em 1977 a OAB aprova a luta pela Assembleia, e, em agosto do mesmo ano, é lançada a Carta aos Brasileiros, encabeçada pelo Professor Goffredo Telles Júnior, que pregava a redemocratização e a Constituinte. Cresce o movimento pela reconstitucionalização, e em 1984 surge o Movimento “Diretas Já”, quando amplas parcelas da sociedade se engajam na defesa da Proposta de Emenda Constitucional de iniciativa do Deputado Dante de Oliveira, que pretendia o retorno das eleições diretas para Presidente da República e que, embora não aprovada, levou à formação da Aliança Democrática entre a oposição e setores políticos que até então haviam participado do regime de 64 e que participavam da sua sustentação.

Com a sua titularização na Presidência da República após a morte do Presidente eleito Tancredo Neves, José Sarney envia ao Congresso uma proposta de Emenda à Constituição de 69 que seguia o caminho rumo à reconstitucionalização do País. Assim, a Emenda 25, de maio de 1985, adotou uma série de medidas preparatórias para a convocação da Constituinte, como o direito de voto para o analfabeto e a liberdade de organização partidária.

3. A Emenda 26, de 1985, que convocou a Constituinte

Curioso verificar que houve críticas à convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 por meio de proposta de Emenda à Constituição. A propósito, cabe recordar que a Constituinte de 1946 foi convocada por um ato do então Presidente da República *ad hoc*, José Linhares, Presidente do Supremo Tribunal Federal, que assumiu a Presidência com a

³ O Ato Institucional de 9 de abril de 1964, com vigência prevista até 31 de janeiro de 1966 e inicialmente sem numeração ordinal, depois AI 1, dizia, em seu art. 1º: “São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas emendas, **com as modificações constantes deste Ato.**” Fórmula repetida depois no AI2, em 27/10/65, com vigência prevista até 15 de março de 1967.

renúncia de Getúlio Vargas, em 1945. Esse Ato foi editado sob o fundamento do art. 180 da Constituição do Estado Novo, que dava poderes ao Presidente da República para legislar sobre todas as matérias da competência da União, enquanto o Congresso não fosse instalado. E, como é sabido, o Congresso permaneceu fechado durante todo o período de oito anos que durou a ditadura do Estado Novo (1937-1945).

A esse respeito, Raymundo Faoro escreveu, ainda em 1981⁴: *As Constituintes não são convocadas, ao contrário da tese insistentemente divulgada (...) unicamente pelo fato de que a constituição seja destruída pela via revolucionária.*

E mais – antecipando o procedimento que seria adotado em 1985 – afirmou, também em 1981⁵:

A experiência histórica do Brasil mostra que o Poder Executivo se incumbiu dessa tarefa, como manifestação inovatória, premido pela opinião pública, para se libertar de um impasse e de uma crise, provocados pela pressão do Poder Constituinte operante na sociedade. Os precedentes das quatro constituintes demonstram que a devolução e a recuperação, como expressões convergentes de uma conquista e de uma concessão, ocorreram em momentos em que não existia Poder Legislativo. Hoje, a realidade é outra e, em lugar do Executivo que absorvia as funções legislativas, a convocação pode nascer primariamente do poder que está habilitado a convocá-la.

4. A Constituição escrita de baixo para cima

Instalada a Constituinte e eleito o seu Presidente, passa-se à discussão do seu Regimento Interno.

A experiência da nossa história constitucional apontava para a formação de uma Comissão de Constituintes que trabalharia sobre um texto base (alguns cogitavam usar o da Constituição de 46). A Constituinte de 46 havia trabalhado assim, quando uma Comissão elaborou o projeto, a partir do texto da Constituição de 34⁶.

Aventou-se que, enquanto uma Comissão trabalharia no Projeto, o Parlamento ordinário funcionaria normalmente. Contudo, para surpresa dos que não tinham atentado para as mudanças ocorridas na sociedade brasileira desde 1946, houve uma espécie de “rebelião das bases”.

Com o apoio de setores da sociedade civil e de movimentos populares, a ampla maioria dos Constituintes discordou do método originalmente cogitado e terminou aprovando, no Regimento Interno, um processo de elaboração do Projeto de Constituição inédito em nosso País, de baixo para cima, a partir de Subcomissões temáticas, com audiência de

⁴ FAORO, Raymundo. “Assembleia Constituinte: a legitimidade recuperada”, Brasiliense, 1981, p. 89

⁵ idem, ibidem

⁶ IGLÉSIAS, Francisco. ob. cit., p. 62

personalidades públicas e entidades da sociedade civil, que depois seriam reunidas em Comissões, também por afinidade de temas. Por fim, uma Comissão sistematizaria os diversos textos aprovados pelas Comissões, resultando daí o projeto de Constituição.

Na verdade, o processo de elaboração da Constituição de 46 não mais poderia ser repetido em 1987.

A propósito, no discurso que fez por ocasião da promulgação do Regimento Interno da Constituinte, Ulysses Guimarães, que foi ao encontro da vontade majoritária dos Constituintes, registra algumas dessas mudanças.

Diz Ulysses que **pela primeira vez na história das nossas constituições a população brasileira é majoritariamente urbana. Lembra que o Parlamento passara por uma renovação de setenta por cento nas eleições para a Constituinte. Recorda que tiveram direito ao voto os analfabetos, que desde a instalação da República haviam tido tal direito suprimido.**

A situação histórica que vivíamos em 1987 era de retorno à democracia, quando as demandas reprimidas durante os mais de vinte anos de ditadura militar afloraram e escoaram para o processo constituinte. Todos queriam participar da elaboração do novo pacto político do País.

Os Constituintes eleitos representavam e expressavam essa nova realidade. Daí a sua inconformidade com a proposta elitista, oriunda de 1946, no sentido de que deveria ser escolhida comissão de “especialistas” para escrever o projeto da nova Constituição, enquanto a grande maioria dos demais aguardaria o texto-base exercendo as suas funções na legislatura ordinária.

5. A mais democrática das Constituições do Brasil

Ao fim e ao cabo de todo aquele processo, que perdurou por um ano e nove meses (a Constituinte de 1946 durou oito meses e meio), foi aprovada a mais democrática e representativa das Constituições brasileiras.

Nas palavras bem postas de José Afonso da Silva⁷, é plausível reconhecer que:

... a Constituição de 1988 não é a Constituição ideal de qualquer grupo nacional. **Talvez suas virtudes estejam exatamente em seus defeitos, em suas imperfeições, que decorreram do processo de sua formação lenta, controversa, não raro tortuosa, porque foi obra de muita participação popular, das contradições da sociedade brasileira, e, por isso mesmo, de muitas negociações.**

⁷ SILVA, José Afonso da “Poder Constituinte e Poder Popular”, Ed. Malheiros, 2000, p. 266-267.

Embora após a promulgação da então nova Carta tenha havido quem questionasse a sua legitimidade, fato é que hoje a Constituição de 5 de outubro de 1988 está legitimada e estabilizada.

Enfim, após 20 anos, nem o País ficou ingovernável, como vaticinaram alguns mais pessimistas que não a aceitavam, nem as reformas feitas desde 1988 a desfiguraram, como predisseram alguns outros, que tinham a Constituição como ‘imexível’.

Na verdade, o que ocorreu foi o oposto. A Nova Carta contribuiu para a governabilidade e teve preservada a sua estrutura básica, sem embargo das 56 Emendas que recebeu até hoje, além das seis revisionais.

Assim, por exemplo, na grave crise do Governo Collor, que culminou com o *impeachment* do primeiro Presidente eleito pelo voto popular desde 1960, a Constituição Federal foi garantia de segurança institucional.

Sobre o equilíbrio do texto original da Constituição, cabe trazer aqui as palavras insuspeitas do Senador e Constituinte Jarbas Passarinho – importante líder político conservador identificado com o regime de 64 – que, ao final dos trabalhos constituintes, declarou: *Ninguém poderá arrogar-se o direito de insurgir-se contra ela, seja qual for o seu poder ou a sua importância.* Na ocasião, disse ainda o Senador Passarinho que a esquerda havia sido *útil na obtenção de avanços sociais, assim como nós na contenção dos excessos.*

6. A marca do pluralismo

Já no Preâmbulo da Constituição é feita referência à sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos que se quer afirmar, e o texto da Constituição Federal estatui, no seu art. 1º, V, o **pluralismo político** como um dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil.

Tal inscrição, inédita em nossa história, insere-se em contexto de reconhecimento da alteridade e da legitimidade da diversidade presentes na sociedade brasileira, afastando elitismos e hegemonismos, tais como os que vigoraram durante o regime autoritário de 1964/1985.

A esse respeito, recordamos que o sistema jurídico-institucional daquele regime foi erigido sob inspiração direta da chamada *doutrina de segurança nacional*, ideologia estatista que não encontra paralelo na Constituição de 1988 e que não admitia o pluralismo político, antes, legitimava a noção de “inimigo interno”, o que levou até ao assassinato de dissidentes políticos.

A propósito, as revelações do jornalista Elio Gaspari⁸ de conversas telefônicas entre o então Presidente escolhido indiretamente, Ernesto Geisel, e aquele que seria o seu primeiro Ministro do Exército, Dale Coutinho, em que comentam a “necessidade” do assassinato ‘intramuros’ de dissidentes políticos, afastaram, vez por todas, qualquer dúvida recalcitrante a respeito.

7. Partidos políticos: não são mais entes paraestatais?

Também foi a Constituição de 1988 (art. 17) que desestatizou e devolveu à sociedade civil os partidos políticos que no regime de 64 eram considerados entes paraestatais. Nesse sentido, os partidos deixaram de ser pessoas de direito público e passaram a ser juridicamente pessoas de direito privado.

Contudo, é interessante notar que a sociedade e mesmo a jurisprudência, majoritariamente, continuam a enxergar os partidos não como entes privados, mas como entidades paraestatais.

Veja-se a recente decisão sobre a chamada fidelidade partidária. Contra a Constituição, o Supremo está reestatizando os partidos...

A propósito da tese que hoje tem recebido adesão, especialmente entre os chamados “formadores de opinião”, no sentido de que o Poder Judiciário deve atuar com sentenças de “perfil aditivo” no caso de vácuo legal, acreditamos que há que se ter prudência.

Nesse sentido, parecem-nos de todo adequadas as ponderações feitas pelo Professor Wanderley Guilherme dos Santos sobre o assunto⁹:

Politicamente relevante é saber até onde o Judiciário entende que pode definir os limites temporais da chamada modorra do Legislativo e interferir judicialmente. Mais ainda: em tudo aquilo que a Constituição é silenciosa deve o Judiciário legislar, mesmo se solicitado por partido político? Não se trata de questão simplória a que se deva dizer sim ou não, sem mais. O Poder Judiciário, em seu ativismo, está respondendo a uma pressa que não é necessariamente só dele. Existe uma urgência social que o progresso recente, inegável, exceto para a oposição, só faz alimentar.

É curial: quanto mais os países progridem, mais as respectivas sociedades desejam aumentar a velocidade do progresso. O Legislativo está sendo convocado a ajustar seus ritos e trâmites, sem perder a cautela democrática, às carências do país. Mas se eventual lentidão parlamentar preocupa, a pressa do Judiciário não é de forma alguma a mezinha adequada.

Ainda com relação à intervenção estatal (a nosso ver contra a Constituição de 1988) sobre os partidos políticos, cabe recordar a imposição da verticalização das coligações eleitorais, adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral em 2002.

⁸ GASPARI, Elio . “A Ditadura Derrotada”, Companhia das Letras, 2003, p. 324-326.

⁹ SANTOS, Wanderley Guilherme, “Cuidado com a pressa do Judiciário”, *Jornal Valor*, 2/5/2008.

Contudo, no que se refere à verticalização, registre-se que, em 2006, o Congresso Nacional terminou por afastar a ingerência indevida da Justiça eleitoral, ao aprovar a Emenda Constitucional nº 52, para deixar expresso e explícito que a abrangência de uma coligação eleitoral é matéria que deve ser decidida pelos partidos envolvidos e não pela Justiça eleitoral:

Art. 17.
 § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Quando surge nova ordem constitucional muitos permanecem com a mentalidade no sistema constitucional anterior.

A propósito desse preceito e sobre os começos da República, Ana Backes¹⁰ lembra Alcindo Guanabara, quando esse político e jornalista da época relatava que já sobre a égide da primeira constituição republicana a mentalidade de muitos permanecia no regime monárquico:

... pode-se dizer, sem risco de exagero, que muitos dos mesmos que a votaram (a Constituição de 1891) continuaram instintivamente a ver nesse ‘Governo Federal’ o antigo governo central do Império e a reclamar dos incumbidos de exercê-lo a prática de atos e a observância de normas que totalmente a desnaturavam.

De certo modo, isso também ocorreu com a Constituição de 88. Apesar da profunda renovação que procedeu no ordenamento institucional do País, após a sua entrada em vigor, muitos permaneceram com a mentalidade no regime anterior, inclusive no que se refere à interpretação e aplicação do texto constitucional.

A nosso ver, isso ajuda a compreender por que a jurisprudência ainda agora, 20 anos após a promulgação, enxerga os partidos como entes paraestatais, em desacordo com a Constituição (v.g. art. 17).

8. Um encontro com o Brasil real: cultura, família e questão indígena

Procurando superar o elitismo bacharelesco típico de nossa história constitucional, a Constituição de 1988 afirma que

constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (art. 216, *caput*).

¹⁰ BACKES, Ana Luíza. “Fundamentos da Ordem Republicana”, Plenarium, Brasília, 2006.

Tal definição tem permitido o reconhecimento institucional de danças, festas, comidas e outros modos de criar, fazer e viver como patrimônio cultural nacional.

No que se refere à família, foi-se ao encontro (e não *de encontro...*) à mudança dos costumes, da igualdade de direitos civis entre os sexos. Ficou reconhecida, como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Também ficou expresso que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º). Importantes conquistas das mulheres, por vezes não associadas à Constituição de 1988.

Não podemos também olvidar que a Constituição garantiu aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação e afastando do direito brasileiro a concepção mais que injusta, que permitia discriminações odiosas nesse assunto (art. 227, § 6º), como o não-reconhecimento de filhos havidos “fora do casamento”.

Impõe-se ainda registrar que a Constituição de 1988 avançou no sentido da superação do “integracionismo” como visão oficial sobre a questão indígena¹¹, o que contribuía para o esvaziamento da noção mesma de cultura indígena e legitimava a desqualificação do índio enquanto tal. Assim, houve o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, bem como do direito de os índios irem a juízo em defesa de seus direitos, com a assistência do Ministério Público (arts. 231 e 232).

9. Ficou faltando a Corte Constitucional

Uma lacuna em nossa Constituição, segundo entendemos, é a ausência de uma corte constitucional, embora tenha sido debatida essa questão na Constituinte. O País perdeu a oportunidade de constituir uma instituição que – especialmente em momentos de crises entre os Poderes – pudesse atuar com mais isenção e legitimidade para resguardar a democracia e o estado de direito, pois o atual Supremo Tribunal Federal, embora tenha algumas das características de tribunal constitucional, é especialmente uma instância do Poder Judiciário *stricto sensu*, o que dificulta a sua atuação como mediador institucional entre os Poderes.

¹¹ Contudo assistimos agora a uma volta das tendências integracionistas no caso atual das terras indígenas da Raposa-Serra do Sol.

Nesta questão, seguimos autores classificados como conservadores, como João Camilo de Oliveira Torres, que defendia que uma espécie de poder moderador seria necessária no Estado brasileiro, para mediar conflitos institucionais.

Creemos que, por meio de emendas, pode-se e deve-se transferir competências originárias e recursais estritamente judiciárias do STF para o STJ e deixar, paulatinamente, para a Suprema Corte, as atribuições mais especificamente relacionadas a matéria constitucional.

Entendemos também como inadequado que juízes da Suprema Corte tenham outras atribuições institucionais, como compor o Tribunal Superior Eleitoral.

10. Discriminações na Constituição: o caso da anistia dos marinheiros de 64

Apesar das características inegavelmente democráticas que marcaram a elaboração da Constituição de 1988, lamentavelmente, houve – isso deve ser dito – discriminações praticadas pela Constituinte. A anistia concedida não foi ampla, geral e irrestrita. Lembramos aqui, pois, que a anistia concedida pelo Texto Constitucional aos punidos em razão do Golpe militar de 1964 não alcançou militares subalternos, especialmente marinheiros, que embora punidos de fato em razão de seu posicionamento político, em termos legais tiveram a sua punição embasada, à época da ditadura, em normas administrativas.

O art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, *caput*, concedeu anistia aos que foram atingidos, **em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares**. A expressão **exclusivamente** tinha o objetivo de dificultar a anistia de militares “de baixo”, que acabaram não logrando êxito quando recorreram ao Poder Judiciário..

E – lamentavelmente – num sentido que, no limite, contraria o espírito mesmo da “Constituição cidadã”, a restrição da anistia foi assim sumulada pelo Supremo Tribunal Federal em 2003 (Súmula 674):

A anistia prevista no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não alcança os militares expulsos com base em legislação disciplinar ordinária, **ainda que em razão de atos praticados por motivação política**.

Sobre o assunto escreveu Elio Gaspari, ao fazer bela resenha do livro de memórias de um dos marinheiros não anistiados, Avelino Capitani¹²:

O assunto está esquecido, mas é bom lembrá-lo. Depois da anistia de 1981, todas as pessoas prejudicadas pela ditadura receberam de volta pelo menos uma parte dos direitos que lhes haviam furtado. (...).O almirantado de 1964 expulsou 1.509 marinheiros e 101 oficiais. **Todo o andar de cima foi automaticamente anistiado.** A turma da terceira classe luta até hoje na Justiça.

¹² Folha de São Paulo, 25/1/1998.

Essa discriminação odiosa nos faz recordar Joaquim Nabuco, citado por Evaldo Cabral de Mello em Prefácio a “Minha Formação”¹³:

Numa curva inesperada do capítulo de Minha Formação intitulado “Massangana”, o leitor esbarra nessa frase surpreendente, escrita um decênio após a Abolição:

A escravidão permanecerá por muito tempo como a característica nacional do Brasil.

Quando possibilitou a restrição da anistia, a Constituinte foi presa da herança escravista (que, nos termos em que cogitou Nabuco, projeta ainda suas sombras sobre o nosso presente), e fez distinção estranha ao regime democrático, porém, em termos históricos, característica do elitismo ainda muito presente no País: os *de cima* (oficiais) deviam ser anistiados, eis que *homens livres* como os seus iguais que os puniram, dos quais apenas divergiram por razões de formação político-ideológica. Já, aos *de baixo*, a esses não era legítimo ter posicionamento político-ideológico algum e, portanto, não se lhes caberia reconhecer legitimidade para a ação política e, por consequência, pleitear anistia política.

11. As Emendas relegitimam a Constituição

As Emendas Constitucionais aprovadas no primeiro governo Fernando Henrique Cardoso, que afastaram impedimentos à privatização de certos serviços e a participação de capital estrangeiro em certas atividades econômicas, geraram polêmica sobre se estariam desfigurando ou não a Constituição.

José Afonso da Silva¹⁴, por exemplo, entendeu que sim. Há que se concordar com o mestre quando afirma que há aqueles:

(...) que nunca se conformaram com a democratização do país, por uma Constituição voltada para os direitos fundamentais em sua dimensão mais ampla, insistem em acusá-la de inadequação, pois só aceitam a Constituição-garantia. Desprezam e agridem os documentos constitucionais, como a Constituição de 1988, que tenham um conteúdo de transformação em favor das classes populares.

Mas, com a sua devida vênia, dissentimos de sua avaliação negativa das Emendas que alteraram a Ordem Econômica. Tais Emendas, a rigor não privatizaram, apenas afastaram a proibição adotada pela Constituinte. A privatização – ou não – passa a ser matéria de lei e não de Constituição. O que houve foi uma desconstitucionalização da matéria.

Quanto à privatização em si, os resultados foram diversos. Ao sucesso da privatização no setor de telecomunicações, seguem-se os problemas provocados no setor elétrico.

Por outro lado, embora avaliando como positivas as Emendas das Reformas Administrativa e Previdenciária (tanto do Governo FHC como do Governo Lula), entendemos

¹³ NABUCO, Joaquim. “Minha Formação”, Topbooks, 1999, p.13-14.

¹⁴ SILVA, José Afonso da, “Poder Constituinte e Participação Popular”, Malheiros, SP,

que, em alguns aspectos, elas desconsideraram, de forma não-razoável, direitos adquiridos e em processo de aquisição, o que vai contra as garantias da Constituição.

De qualquer modo, importante perceber que, com as Emendas, a Constituição se relegitima. É saudável que a disputa político-ideológica se dê por dentro da Constituição e tendo-a como cenário. Preocupante seria se tal disputa se desse por fora ou contra a Constituição.

Como disse recentemente o constitucionalista português Canotilho¹⁵, não há nenhum aspecto negativo no fato de a Constituição brasileira ter recebido mais de 50 emendas: *A Constituição precisa ser revista para manter a atualidade. Não adianta não receber emendas e não ser aplicada.*

12. Duração do mandato presidencial e eleições em dois turnos

Ainda com relação às Emendas Constitucionais, a nosso ver foi correta a redução do mandato para quatro anos, adotada pela Emenda de Revisão nº 5, e seria inadequado, com prejuízos para a governabilidade, voltar ao mandato de cinco anos.

Como já foi bem lembrado por Eduardo Graeff¹⁶, a desvinculação entre os mandatos do Presidente da República e dos Congressistas, além de negativa, constitui uma das razões de fundo da grave crise ocorrida no Governo Collor:

Se as vantagens e desvantagens da reeleição são discutíveis, poucos negariam que a coincidência de mandatos do presidente e deputados a partir de 1995 foi um ganho para a governabilidade, na medida em que facilitou a sincronização das agendas do Executivo e do Legislativo.

(...) se o problema é a reeleição, por favor, vamos dar um jeito de acabar com ela sem mexer na duração dos mandatos, sob pena de trocar um suposto problema por outros piores.

Por outro lado, dentre as regras institucionais adotadas pela Constituição de 1988 que muito têm contribuído para a estabilidade das instituições políticas e para a governabilidade, destacamos a exigência de obtenção de maioria dos votos válidos para que um candidato à Presidência, aos Governos dos Estados e a parte das Prefeituras (Municípios com mais de duzentos mil eleitores) seja declarado vencedor em turno único.

Esse mecanismo institucional estimula a negociação para a formação de maioria política e parlamentar dos Governos, desestimulando os Governos de minoria parlamentar, que tantas crises já provocaram em nossa história.

¹⁵ COSTA, Priscyla, "Revista Consultor Jurídico", 16 de junho de 2007.

¹⁶ Folha de São Paulo, 22/12/2005.

13. Contra uma nova Constituinte, ainda que exclusiva para a reforma política

No que diz respeito à proposta de uma nova Constituinte, exclusiva para a chamada “reforma política”, manifestamos opinião contrária.

Nessa matéria, seguimos as magistrais ponderações do Deputado e constitucionalista Michel Temer¹⁷:

(...) uma constituinte só pode ser convocada para abrigar situações excepcionais. Somente a excepcionalidade político-constitucional a autoriza. Foi assim com a Constituinte de 87/88. (...)

Sob essa configuração, é inaceitável a instalação de uma constituinte exclusiva para propor a reforma política. Não vivemos um clima de exceção e não podemos banalizar a ideia da constituinte, seja exclusiva ou não.

Seu pressuposto ancora-se em certo elitismo, porquanto somente pessoas supostamente mais preparadas e com maior vocação pública poderiam dela participar. O que, na verdade, constitui a negação do sistema representativo. Numa sociedade multifacetada como a nossa, multiforme há de ser a representação popular.

Com todos os defeitos, o Congresso representa as várias classes sociais e os mais diversos segmentos produtivos do país. Para realizar a reforma política, não é preciso invocar uma representação exclusiva.

14. O Mundo na época da Constituinte

Em críticas que são feitas ao processo constituinte e à Constituição de 1988, por vezes é dito que o texto então aprovado refletiria um momento histórico ultrapassado, pois logo depois de sua promulgação, em outubro de 1988, teria acabado a Guerra Fria, o conflito Leste/Oeste, a divisão capitalismo/socialismo, uma vez que a “Queda do Muro de Berlim” sobreviria em 1989. Essas críticas têm sido feitas, especialmente, pela corrente de pensamento neoliberal.

Mas será que é isso mesmo? Que a Constituição foi feita com “os olhos voltados para trás”, para um tempo histórico que teria acabado logo depois da sua promulgação e que, portanto, o seu texto já nasceu envelhecido, tendo logo perdido o sentido? Vejamos.

Qual era a situação internacional por ocasião dos trabalhos constituintes? Aquele momento realmente se caracterizou por uma polarização Leste/Oeste? Não me parece bem assim.

Ocorre que uma tal avaliação pressupõe – erroneamente – que as divisões ideológicas existentes no período da Guerra Fria marcaram o processo de elaboração da Constituição de 1988. Na verdade, desde pelo menos meados dos anos 80, a situação internacional era de desanuiamento, de distensão, de abertura política e econômica.

¹⁷ Folha de São Paulo, 4/9/2007.

Com efeito, vejamos o que estava ocorrendo em termos de política mundial nos idos de 1987/1988, quando transcorreram os trabalhos da Constituinte.

Por um lado, desde 1985, a União Soviética passava por amplo processo de mudanças políticas, com a chegada ao poder de Mikhail Gorbatchev. Duas palavras russas passaram a frequentar as seções de política internacional dos jornais: *glasnost* e *perestroika*. Transparência e reestruturação. O projeto de Gorbatchev buscava, declaradamente, compatibilizar democracia e socialismo, com críticas explícitas ao burocratismo característico da URSS.

Como consequência desse movimento, visto como uma certa abertura para o Ocidente, Ronald Reagan, que havia começado o seu segundo mandato como Presidente dos Estados Unidos em 1985, amaina a retórica (e a política) anticomunista característica do seu primeiro mandato (1981/1984). Em 1987 (ano de instalação da Constituinte), União Soviética e Estados Unidos firmam importante acordo para destruição de mísseis nucleares de longo alcance.

Mais ou menos no mesmo momento histórico, mais a oriente, na China, Deng Xiao Ping, que já estava desde o final dos anos 70 – após a morte de Mao Zedong (1976) – no comando do Partido Comunista Chinês, consolida o seu poder, promovendo a introdução de mecanismos de mercado na economia. O lema da ação política que vinha desenvolvendo – *Não interessa a cor do gato, o importante é que ele pegue o rato* – era uma resposta à ortodoxia maoísta, que Deng derrotara na luta interna do PCC e que o criticava por adotar *métodos capitalistas*. Tal dito se tornou, desde então, lugar comum no discurso gerencial e é hoje comumente citado por *managers* globais em palestras para executivos mundo afora.

Por outro lado, em toda a América Latina, o ciclo das ditaduras militares havia chegado ao seu final, a exemplo dos vizinhos Argentina (1983) e Uruguai (1985).

Desse modo, conforme entendemos, não é correta a afirmação de que os constituintes de 1987/1988 aprovaram um texto voltado para o passado. Entendemos que o texto constitucional reflete e representa uma solução de compromisso entre uma posição, o liberalismo, e uma posição mais tendente à social democracia, solução essa que, por exemplo, pode ser constatada já no primeiro artigo da Lei Maior, que coloca em pé de igualdade os valores do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV). **Constituição portuguesa de 1976, Constituição brasileira de 1988: aproximações**

Por outro lado, há também os que criticam a Constituição de 88, afirmando que ela foi muito influenciada pela Constituição portuguesa de 1976, que seria uma Constituição estatista e socialista.

Realmente, a Constituição Portuguesa de 1976 era sim – originalmente – estatista e orientada para o socialismo, mas por ocasião da elaboração da Constituição de 1988 tal orientação já estava em plena revisão.

Quando ocorreu o processo de convocação e realização da Assembleia Constituinte de 1987/1988, a Lei Maior portuguesa já havia passado pela sua primeira revisão (1981/1982), quando a fórmula *A República portuguesa é um Estado democrático* foi substituída por *A República portuguesa é um Estado **de direito** democrático* (art. 2º).

(Parenteticamente, registamos que o texto original da Constituição portuguesa de 1976 não fazia referência ao Estado de Direito, talvez pelo entendimento equivocado da ideologia marxista sob hegemonia da qual foi escrita, no sentido de que Estado de Direito era expressão liberal-burguesa ultrapassada...)

Ademais, a primeira revisão da Constituição portuguesa de 1976 também reforçou o regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias individuais: por exemplo, adição do princípio da irretroatividade das leis restritivas desses direitos, liberdades e garantias (art. 18).

Além disso, ampliou a liberdade de iniciativa econômica (art. 61) e criou o Tribunal Constitucional, com funções de controle da constitucionalidade e da legalidade das normas, entre outras (arts. 277 a 284), extinguindo o Conselho da Revolução, que, em verdade, significava a institucionalização do chamado Movimento das Forças Armadas, que derrubou o regime salazarista em abril de 1974 e exerceu, até a Primeira Revisão Constitucional, uma espécie de tutela sobre as instituições portuguesas.

A propósito, cabe consignar que a Segunda Revisão da Constituição portuguesa – iniciada em 1988, mas só finalizada em 1989 – adota fórmulas normativas similares às da nossa Constituição de 1988.

Assim, logo no art. 1º da Carta portuguesa houve alteração de monta. No texto original desse artigo – não alterado na primeira revisão – constava que a República portuguesa estava *empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes*. Em 1989, essa expressão foi mudada para *empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*, tal como consta do art. 3º, I, da nossa Constituição.

Desse modo, texto idêntico ao adotado pela Constituição de 1988 foi acolhido pelos portugueses, com o objetivo de superar normas com influência ideológica socialista, não para adotá-las.

No mesmo sentido, a segunda revisão adota o pluralismo em outras alterações promovidas, como com relação à saúde, mediante atuação do particular e do Estado (art. 65), de modo similar à Constituição de 1988 (art. 197 e seguintes).

Enfim, como vemos – diversamente do que alguns insistem em afirmar – por ocasião da realização dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte não estávamos mais no “Mundo da Guerra Fria”. Na verdade, a Guerra Fria já estava se encerrando e – como vimos – na União Soviética e na China¹⁸ políticas de abertura política e econômica estavam em pleno andamento.

15. Canotilho e a revisão da Constituição dirigente

Ainda a propósito das influências e relações entre as Constituições portuguesa e brasileira cabe conjecturar em que medida a Constituição brasileira de 1988 contribuiu para a revisão que o importante constitucionalista português Canotilho fez da sua tese da Constituição dirigente¹⁹, de fato influenciada pelos eventos ocorridos em Portugal a partir da Revolução de abril de 1974.

Com efeito, constatando que muitos decretaram a falência da constituição dirigente num mundo caracterizado pela predominância da conjuntura, da circularidade, de particularismos e riscos, Canotilho²⁰ faz o seu “acerto de contas” com o chamado “socialismo real”: (...) *A má utopia do sujeito de progresso histórico alojou-se em Constituições plano e balanço onde a propriedade estatal dos meios de produção se misturava em ditadura partidária e coerção psicológica.*

Canotilho admite – com honestidade intelectual – que alguns, entre os quais se inclui (o modesto autor dessas reflexões também), só vieram a reconhecer isso tarde e lentamente demais.

Sem embargo, afirma que a ideia de diretividade constitucional terá ainda sentido quando inserida numa compreensão crítica. Essa diretividade teria lugar num contexto do que Canotilho intitula *constitucionalismo reflexivo*²¹, a ser baseado nas seguintes ideias:

No fim de contas, o projeto emancipatório das constituições vai continuar num contexto outro e através de instrumentos regulativos diferentes. A lei dirigente cede lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos “quatro contratos globais”. **Referimo-nos ao contrato para as “necessidades globais” – remover as desigualdades – o contrato cultural – tolerância e diálogo de culturas – contrato democrático – democracia como governo global e contrato do planeta terra – desenvolvimento sustentado.**²²

¹⁸ Importante aqui o registro de que o retrocesso na abertura política da China, com os lamentáveis eventos da Praça da Paz Celestial, iriam ocorrer em 1989, ou seja, após a promulgação da Constituição de 1988. Do mesmo modo a tentativa de golpe pela ortodoxia do Partido Comunista na URSS ocorreria em 1991, bem depois de 1988.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas”, Coimbra Editora, 1982.

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Ano 4, n. 15, abril-junho de 1996.

²¹ Idem, ibidem.

²² Idem, ibidem.

E, para rematar, conclui o Mestre:

Se assim for, a Constituição fica ou ficará menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela **constitucionalização da responsabilidade**, isto é, pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e ação. (Grifos nossos)

Parece-nos que essas lições do ilustre constitucionalista português vão ao encontro da Constituição de 1988. Deveras, as reformas nela empreendidas a têm tornado menos estatizante, diminuindo a presença do Estado na economia e na sociedade. Não obstante, a ideia de uma **diretividade constitucional crítica** defendida por Canotilho se mantém em nosso Texto Magno, eis que nele permanece *o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias pessoal, política e econômica intocáveis pelas maiorias parlamentares* (v.g. art. 60, § 4º).

Ademais, a nossa Carta repele a *completa desregulação constitucional dos ‘excluídos da justiça’ que legitima uma separação crescente dos in e dos out e não fornece qualquer arrimo à integração da marginalidade*. Pelo contrário, a sua efetiva aplicação torna legítimas e mesmo requer políticas no sentido da superação da marginalidade e da exclusão (v.g. art. 3º), como as que estão sendo praticadas hoje em nosso País.

Enfim, a Lei Maior de 1988 tem plenas condições de servir de instrumento de promoção dos **quatro contratos globais** apontados pelo ilustre constitucionalista português como o norte do novo projeto emancipatório das Constituições: **remoção das desigualdades; tolerância e diálogo das culturas; democracia como governo global; e desenvolvimento sustentado**.

A propósito, a atualidade da Constituição de 1988 em face do contexto mundial se revigora neste momento em que o neoliberalismo e a lógica da desregulamentação que o caracteriza entraram em refluxo.

A esse respeito cabe destacar aqui a grave crise financeira que vem afetando os mercados globais e o consenso que se vem formando entre analistas de tendências ideológicas diversas, como o Prêmio Nobel Joseph Stiglitz²³ e o importante jornalista Martin Wolf²⁴, de que há uma necessária relação entre essa crise e os exageros da desregulamentação dos últimos anos. Tal compreensão consta, inclusive, do recém publicado relatório anual do Banco Internacional das Compensações – BIS, conhecido como o banco central dos bancos centrais.

²³ Stiglitz, Joseph O Globo de 16/7/08.

²⁴ WOLF, Martin "A difícil e essencial regulação financeira", jornal Valor de 16/4/2008.

16. Considerações finais

Raymundo Faoro defendia – e a história lhe deu razão – que só uma Assembleia Nacional Constituinte poderia recuperar a legitimidade do exercício do poder político no País, rompida pelo Golpe de 64.

Vinte anos depois dessa recuperação, permanecem válidas as palavras ditas por Ulysses Guimarães em 5 de outubro de 1988, com as quais concluímos essas reflexões:

A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir reforma. (...)

A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia.

(...)

A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. E sua marca de fábrica.

(...)

Nosso desejo é o da Nação: que este plenário não abrigue outra Assembleia Nacional Constituinte. Porque antes da Constituinte, a ditadura já teria trancado as portas desta Casa. (...)