

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988:
O ESTADO A QUE CHEGAMOS

Luís Roberto Barroso¹

Resumo: O presente estudo procura analisar os 20 anos de vigência da Constituição Federal de 1988. Os capítulos iniciais são dedicados à análise do contexto histórico em que se deu a convocação da Assembléia Constituinte, bem como o desenvolvimento de seus trabalhos e as múltiplas circunstâncias a que esteve sujeita. No restante do texto, empreende-se um balanço dos avanços e revezes do período, com destaque para o desempenho das instituições ao longo dessas duas décadas.

Abstract: The present study aims to analyze the main aspects of the first 20 years of the Brazilian Federal Constitution of 1988. The initial chapters are dedicated to the analysis of the historical context of the time when the Constituent Assembly was convoked, as well as the development of its works and the multiple circumstances to which it was submitted. The rest of the text is dedicated to a balance of the progress and of the setbacks experienced in the period, especially in what concerns the performance of the institutions throughout these two decades.

Palavras-chave: Constituição, democracia, Assembléia Constituinte, direitos fundamentais e Emendas à Constituição.

Key words: Constitution, democracy, Constituent Assembly, fundamental rights and Amendments to the Constitution.

Sumário: I. Introdução. Da vinda da família real à Constituição de 1988. Parte I. Do regime militar à democracia constitucional. II. O longo caminho; II.1. 1964-1985: ascensão e ocaso do regime militar; II.2. Convocação, instalação e natureza da Assembléia Nacional Constituinte; II.3. Os trabalhos de elaboração da Constituição; II.4. O texto aprovado. III. A consolidação democrática brasileira; III.1. O sucesso institucional da Constituição de 1988; III.2. Os governos Fernando Collor e Itamar Franco; III.3. O governo Fernando Henrique Cardoso; III.4. O governo Luís Inácio Lula da Silva. IV. Um balanço preliminar; IV.1. Alguns avanços; IV.2. Algumas circunstâncias; IV.3. Alguns reveses. Parte II. O desempenho das instituições. V. Poder Executivo. VI. Poder Legislativo. VII. Poder Judiciário. Parte III. As transformações da teoria constitucional. VIII. A doutrina brasileira da efetividade. IX. Neoconstitucionalismo ou o novo direito constitucional. X. A constitucionalização do Direito. XI. Conclusão. A vitória do constitucionalismo democrático; XI.1. O que ficou por fazer; XI.2. O que se deve celebrar.

¹ Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela *Yale Law School*. Doutor e Livre-docente pela UERJ. Diretor-Geral da *Revista de Direito do Estado*.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

I. INTRODUÇÃO DA VINDA DA FAMÍLIA REAL À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Começamos tarde. Somente em 1808 – trezentos anos após o descobrimento –, com a chegada da família real, teve início verdadeiramente o Brasil. Até então, os portos eram fechados ao comércio com qualquer país, salvo Portugal. A fabricação de produtos era proibida na colônia, assim como a abertura de estradas. Inexistia qualquer instituição de ensino médio ou superior: a educação resumia-se ao nível básico, ministrada por religiosos. Mais de 98% da população era analfabeta. Não havia dinheiro e as trocas eram feitas por escambo. O regime escravocrata subjugava um em cada três brasileiros e ainda duraria mais oitenta anos, como uma chaga moral e uma bomba-relógio social. Pior que tudo: éramos colônia de uma metrópole que atravessava vertiginosa decadência, onde a ciência e a medicina eram tólhidas por injunções religiosas e a economia permaneceu extrativista e mercantilista quando já ia avançada a revolução industrial. Portugal foi o último país da Europa a abolir a inquisição, o tráfico de escravos e o absolutismo. Um Império conservador e autoritário, avesso às idéias libertárias que vicejavam na América e na Europa²⁻³.

Começamos mal. Em 12 de novembro de 1823, D. Pedro I dissolveu a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa que havia sido convocada para elaborar a primeira Constituição do Brasil⁴. Já na abertura dos trabalhos constituintes, o Imperador procurara estabelecer sua supremacia, na célebre “Fala” de 3 de maio de 1823⁵. Nela manifestou sua expectativa de que se elaborasse uma Constituição que fosse digna dele e merecesse sua imperial aceitação. Não mereceu⁶. O Projeto relatado por Antônio Carlos de Andrada, de corte moderadamente liberal, limitava os poderes do rei, restringindo seu direito de veto, vedando-lhe a dissolução da Câmara e subordinando as Forças Armadas ao Parlamento. A

² Sobre o tema, v. Oliveira Lima, *Dom João VI no Brasil*, 1945; Pedro Calmon, *História do Brasil*, v. IV, 1959; Boris Fausto, *História do Brasil*, 2003; Patrick Wilcken, *Império à deriva*, 2005; Francisco Iglesias, *Trajatória política do Brasil 1500-1964*, 2006; Laurentino Gomes, *1808*, 2007; e Jorge Pedreira e Fernando Dores Costa, *D. João VI: um príncipe entre dois continentes*, 2008.

³ A crítica severa não nega, por evidente, o passado de glórias de Portugal e o extraordinário Império marítimo que construiu. Não desmerece, tampouco, o grande progresso trazido ao Brasil com a vinda da família real. Nem muito menos interfere com os laços de afeto e de afinidade que ligam os brasileiros aos portugueses.

⁴ Curiosamente, a convocação da constituinte se dera em 3 de junho de 1822, antes mesmo da Independência, e fazia menção à união “com a grande família portuguesa”. A Independência veio em 7 de setembro, a aclamação de D. Pedro como imperador em 12 de outubro e a coroação em 1º de dezembro de 1822.

⁵ “Como imperador constitucional, e mui principalmente como defensor perpétuo deste império, disse ao povo no dia 1º de dezembro do ano próximo passado, em que fui coroado e sagrado, que com a minha espada defenderia a pátria, a nação e a Constituição, *se fosse digna do Brasil e de mim*. (...) [E]spero, que a Constituição que façais, *mereça a minha imperial aceitação...*” (grifos acrescentados). V. “A fala de D. Pedro I na sessão de abertura da constituinte”. In: Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 1991, p. 25.

⁶ Marcello Cerqueira, *A Constituição na história: origem e reforma*, 2006, p. 387.

LUÍS ROBERTO BARROSO

constituinte foi dissolvida pelo Imperador em momento de refluxo do movimento liberal na Europa e de restauração da monarquia absoluta em Portugal. Embora no decreto se prevísse a convocação de uma nova constituinte, isso não aconteceu. A primeira Constituição brasileira – a Carta Imperial de 1824 – viria a ser elaborada pelo Conselho de Estado⁷, tendo sido outorgada em 25 de março de 1824⁸.

Percorremos um longo caminho. Duzentos anos separam a vinda da família real para o Brasil e a comemoração do vigésimo aniversário da Constituição de 1988. Nesse intervalo, a colônia exótica e semi-abandonada tornou-se uma das dez maiores economias do mundo. O Império de viés autoritário, fundado em uma Carta outorgada, converteu-se em um Estado constitucional democrático e estável, com alternância de poder e absorção institucional das crises políticas. Do regime escravocrata, restou-nos a diversidade racial e cultural, capaz de enfrentar – não sem percalços, é certo – o preconceito e a discriminação persistentes. Não foi uma história de poucos acidentes. Da Independência até hoje, tivemos oito Cartas constitucionais: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, em um melancólico estigma de instabilidade e de falta de continuidade das instituições. A Constituição de 1988 representa o ponto culminante dessa trajetória, catalizando o esforço de inúmeras gerações de brasileiros contra o autoritarismo, a exclusão social e o patrimonialismo⁹, estigmas da formação nacional¹⁰. Nem tudo foram flores, mas há muitas razões para celebrá-la.

⁷ O Conselho de Estado era composto por dez membros, nomeados pelo Imperador para elaborar a Constituição.

⁸ V. Waldemar Ferreira, *História do direito constitucional brasileiro*, 1954; Afonso Arinos de Mello Franco, *Curso de direito constitucional brasileiro*, v. II, 1960; Marcelo Caetano, *Direito constitucional*, v. 1, 1987; Manoel Maurício de Albuquerque, *Pequena história da formação social brasileira*, 1981; Aurelino Leal, *História constitucional do Brasil*, 1915, edição fac-similar; e Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 1991.

⁹ V. Ricardo Lobo Torres, *A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal*, 1991.

¹⁰ Para uma densa análise da formação nacional, das origens portuguesas até a era Vargas, v. Raymundo Faoro, *Os donos do poder*, 2001 (1ª. ed. 1957). Embora sob perspectivas diferentes, são igualmente considerados marcos para a compreensão do Brasil: Gilberto Freyre, *Casa grande e senzala* (1ª. ed. 1933); Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil* (1ª. ed. 1936); e Caio Prado Júnior, *Formação do Brasil contemporâneo* (1ª. ed. 1942). Sobre a importância dessas três últimas obras, v. Antonio Candido, “O significado de raízes do Brasil”. In: Silviano Santiago (coord.), *Intérpretes do Brasil*, 2002. Para uma anotação sobre a obra de Raymundo Faoro e de Sérgio Buarque de Holanda, que considera representantes de correntes opostas, v. Fernando Henrique Cardoso, *A arte da política: a história que viv*, 2006, p. 55-6, onde também averbou: “Ancorado na tradição ibérica, o patrimonialismo transportado para as terras americanas confunde família e ordem pública, interesse privado e Estado”.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

PARTE I DO REGIME MILITAR À DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

II. O LONGO CAMINHO

II.1. 1964-1985: ASCENSÃO E OCASO DO REGIME MILITAR¹¹

O movimento militar deflagrado em 31 de março de 1964, que derrubou o presidente João Goulart, tinha o compromisso declarado de manter as eleições presidenciais do ano seguinte. Não o cumpriu. Após seguidas cassações de direitos políticos, inclusive os de Juscelino Kubitschek, candidato favorito no pleito que não houve, atos institucionais dissolveram os partidos políticos¹² e prorrogaram o mandato do Marechal Castelo Branco, primeiro Presidente do regime militar¹³. Em 1967, sob a imposição de prazos fatais e grande pressão do Poder Executivo, foi aprovada uma nova Constituição, votada por um Congresso privado de suas principais lideranças, cujos direitos políticos haviam sido compulsoriamente retirados¹⁴. A Constituição de 1967 não resistiu à ascensão da linha dura nas Forças Armadas e ao curso ditatorial inexorável, cuja força se impôs sobre a resistência democrática esboçada em diferentes capitais. No Brasil, 1968 foi o ano do embate ideológico entre a

¹¹ Para um rico e documentado relato do período militar, indo da deposição de João Goulart ao final do governo de Ernesto Geisel, v. os quatro volumes escritos por Elio Gaspari: *A ditadura envergonhada*, 2002; *A ditadura escancarada*, 2002; *A ditadura derrotada*, 2003; e *A ditadura encurralada*, 2004. Sobre o processo de redemocratização, v. a obra coletiva Alfred Stepan (org.), *Democratizando o Brasil*, 1985, com textos de autores que viriam a ter papel relevante após a redemocratização, como Fernando Henrique Cardoso, Edmar Bacha, Pedro Malan e Francisco Weffort.

¹² Ato Institucional nº 2, de 27.10.1965, que também tornou indireta a eleição presidencial. O Ato Complementar nº 4, de 27.10.1965, estabeleceu as regras para a formação de novos partidos. A partir daí, produziu-se um sistema bipartidário artificial, composto de um partido de sustentação do governo militar – a Aliança Renovadora Nacional (Arena), fundado em 4.04.1966 – e outro de oposição: o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), fundado em 24.03.1966. Ambos existiriam até 29 de novembro de 1979, quando se reestruturou o sistema partidário e deu-se a volta ao pluripartidarismo (v. *infra*).

¹³ Ato Institucional nº 3, de 5.02.1966, que marcou a data da eleição presidencial para 3 de outubro de 1966. A rigor, o adiamento já havia sido previsto no AI nº 2, tendo sido apenas fixada a nova data. O AI nº 3, ademais, tornou indireta a eleição de governadores de Estado e de prefeitos de capitais, claramente uma resposta à vitória da oposição nas eleições para os governos do Rio de Janeiro e Minas Gerais, realizadas em 1965.

¹⁴ O Ato Institucional nº 4, de 7.12.1966, convocou o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente entre 12.12.1966 e 7.12.1967, para o fim de discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República. Em demonstração da falta de soberania da Assembléia Constituinte *ad hoc* que instituíra, O AI nº 4 fixava a data em que a nova Constituição seria publicada. Para uma análise crítica do processo, v. Oscar Dias Corrêa, *A Constituição de 1967: contribuição crítica*, 1969.

LUÍS ROBERTO BARROSO

ditadura e as forças que defendiam a volta à legalidade¹⁵. Venceu a ditadura, com data certa: em 13 de dezembro de 1968 foi baixado o Ato Institucional nº 5, que dava poderes praticamente absolutos ao Presidente da República¹⁶.

O Marechal Artur da Costa e Silva, que assumira a presidência da República em 15 de março de 1967, afastou-se por motivo de doença em 31 de agosto de 1969, morrendo meses depois. Em golpe dentro do golpe, o poder foi arrebatado por uma Junta Militar, que impediu a posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo e outorgou a Constituição de 1969¹⁷. Após acirrada disputa interna entre os militares, o General Emílio Garrastazu Médici foi indicado Presidente da República, cargo que exerceu de 30 de outubro de 1969 até 15 de março de 1974. Seu período de governo ficou conhecido pela designação sugestiva de *anos de chumbo*. A censura à imprensa e às artes, a proscrição da atividade política e a violenta perseguição aos opositores do regime criaram o ambiente de desesperança no qual vicejou a reação armada à ditadura, manifestada na guerrilha urbana e rural¹⁸. A tortura generalizada de presos políticos imprimiu na história brasileira uma mancha moral

¹⁵ Sobre a seqüência de fatos desse ano fatídico, v. Zuenir Ventura, *1968: o ano que não terminou*, 1988. Um dos últimos atos de resistência política foi a “Passeata dos cem mil”, no Rio de Janeiro. No plano cultural, foi o lançamento do disco-manifesto *Tropicália*, de Caetano Veloso e Gilberto Gil. 1968 foi um ano agitado em todo o mundo: houve a insurreição estudantil na França, os assassinatos de Martin Luther King e Robert Kennedy nos Estados Unidos, a repressão à “Primavera de Praga”, na Tchecoslováquia, e o acirramento do “apartheid” na África do Sul, dentre muitos episódios. V. *Folha Online* – Especial – 2008 – Maio de 1968. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2008/maiode68/>. Acesso em: 1º mai. 2008.

¹⁶ O AI nº 5 permitia ao Presidente da República: decretar o recesso do Congresso Nacional, Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores, assumindo ele próprio poderes legislativos plenos; decretar a intervenção federal nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição; suspender os direitos políticos de qualquer cidadão por dez anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais. Suspendiam-se, ainda, as garantias constitucionais e legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, podendo o Presidente da República, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas, bem como reformar militares. Ficava igualmente suspensa a garantia do *habeas corpus*. Os atos praticados com base no AI nº 5 ficavam excluídos da apreciação judicial.

¹⁷ A Constituição de 1969 foi aprovada sob o rótulo formal de Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969. Sem negar a autoria, o preâmbulo da Constituição se inicia com a seguinte dicção: “Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar...”. Em seguida, o preâmbulo explica que a competência constituinte é exercida com base nos Atos Institucionais nºs 16 e 5, e em razão de ter sido decretado o recesso do Congresso Nacional.

¹⁸ V. Elio Gaspari, *A ditadura escancarada*, 2002, que se inicia com a seguinte passagem: “Escancarada, a ditadura firmou-se. A tortura foi o seu instrumento extremo de coerção e o extermínio, o último recurso da repressão política que o Ato Institucional nº 5 libertou das amarras da legalidade. A ditadura envergonhada foi substituída por um regime a um só tempo anárquico nos quartéis e violento nas prisões. Foram os Anos de Chumbo”. Sobre a luta armada, v. tb.: Fernando Gabeira, *O que é isso companheiro?*, 1979; Fernando Portela, *Guerra de guerrilha no Brasil: a saga do Araguaia*, 1979; e Alfredo Sirkis, *Os carbonários*, 1980.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

indelével e perene¹⁹. A abertura política, “lenta, gradual e segura”, teve seu início sob a presidência do General Ernesto Geisel, que tomou posse em 15 de março de 1974²⁰.

Apesar de ter se valido mais de uma vez de instrumentos ditatoriais²¹, Geisel impôs sua autoridade e derrotou resistências diversas à liberalização do regime, que vinham dos porões da repressão e dos bolsões de anticomunismo radical nas Forças Armadas²². A posse do General João Baptista Figueiredo, em 15 de março de 1979²³, deu-se já após a revogação dos atos institucionais, que representavam a legalidade paralela e supraconstitucional do regime militar²⁴. Figueiredo deu continuidade ao processo de

¹⁹ Sobre o tema da tortura, v. *Brasil: nunca mais*, 1985, publicado pela Arquidiocese de São Paulo, com prefácio de D. Paulo Evaristo Arns, ex-Cardeal Arcebispo de São Paulo e figura proeminente na defesa dos direitos humanos durante o regime militar.

²⁰ Em convenção nacional realizada em 23 de setembro de 1973, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) lançou como candidatos à presidência e à vice-presidência Ulysses Guimarães e Barbosa Lima Sobrinho. Como as eleições eram um jogo cujo resultado já se sabia de antemão, Ulysses se apresentou ao país como “anticandidato” e viajou pelo país denunciando a “anti-eleição”. Sem surpresa, venceu a chapa Ernesto Geisel-Adalberto Pereira dos Santos. Apesar da derrota previsível, o episódio deu ao presidente do MDB visibilidade e prestígio. Sobre o tema, v. Alzira Alves de Abreu, Israel Beloch, Fernando Lattman-Weltman e Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão (coords.), *O dicionário histórico-biográfico brasileiro*, v. III, 2001, p. 2.709. Para um registro jornalístico do episódio, v. *Veja Online*, 23 mar. 2005, “Vitória da democracia”. Disponível em: http://veja.abril.com.br/230305/p_046.html. Acesso em: 1º mai. 2008.

²¹ Em abril de 1977, o Presidente decretou o recesso do Congresso Nacional e outorgou as Emendas Constitucionais nº 7, de 13.04.1977, e nº 8, de 14.04.1977, que continham uma reforma do Judiciário, medidas casuísticas que asseguravam a preservação da maioria governista no Legislativo e mantinham eleições indiretas para governadores. Além disso, ao longo do seu governo, Geisel cassou o mandato de vereadores, deputados estaduais e federais.

²² Sobre seu período na presidência, v. o longo depoimento prestado pelo ex-presidente em Maria Celina D’Araújo e Celso Castro (orgs.), *Ernesto Geisel*, 1997. V. tb. Elio Gaspari, *A ditadura derrotada*, 2003, e *A ditadura encurralada*, 2004, em que relata a parceria entre Geisel – o “Sacerdote” – e o General Golbery do Couto Silva – o “Feiticeiro” – na terminologia que cunhou.

²³ O MDB lançou como candidatos à presidência e à vice-presidência o General Euler Bentes Monteiro e o Senador Paulo Brossard. Na eleição realizada em 15.10.1978, venceu a chapa da situação, integrada por Figueiredo e Aureliano Chaves, que obteve 355 votos contra 226.

²⁴ A Emenda Constitucional nº 11, de 13.10.1978, revogou todos os atos institucionais e os atos complementares que lhes davam execução.

LUÍS ROBERTO BARROSO

descompressão política, promovendo a anistia²⁵ e a liberdade partidária²⁶. Centenas de brasileiros voltaram ao país e inúmeros partidos políticos foram criados ou saíram da clandestinidade. As forças ditatoriais ainda se manifestariam em espasmos de violência²⁷, seqüestrando personalidades civis e religiosas²⁸, enviando cartas-bomba a instituições representativas da luta pela redemocratização – como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)²⁹ e a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) – ou cometendo atentados, como o estarrecedor episódio da bomba no Riocentro, em 1981³⁰.

²⁵ A anistia política foi concedida pela Lei nº 6.683, de 28.08.1979, que em seu art. 1º previa: “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares”.

²⁶ Em 1979, foi reformulado o sistema partidário, com a extinção de MDB e ARENA e a implantação do pluripartidarismo. O PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro), fundado em janeiro de 1980, foi o herdeiro do MDB, tendo como principal liderança Ulysses Guimarães. Formaram-se, no entanto, outros partidos de oposição ao regime militar: o Partido dos Trabalhadores (PT), fundado em fevereiro de 1980, liderado por Luís Inácio da Silva, o Lula; o Partido Democrático Trabalhista (PDT), fundado em setembro de 1980, sob a liderança de Leonel Brizola, que voltou do exílio; e, mais à frente, em junho de 1988, foi criado o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), tendo à frente nomes como Mário Covas e Fernando Henrique Cardoso. A ARENA, por sua vez, foi sucedida pelo Partido Democrático Social (PDS), fundado em janeiro de 1980, que teve como primeiro presidente o então Senador José Sarney. Uma dissidência do PDS, iniciada em 1984, veio a formar o Partido da Frente Liberal (PFL), oficialmente fundado em janeiro de 1985, mas que desde o ano anterior oficializara seu apoio à candidatura de oposição, de Tancredo Neves. Formada a Aliança Democrática entre o PFL e o PMDB, José Sarney foi indicado como candidato a vice-presidente. Para informações mais aprofundadas sobre os partidos políticos nacionais, v. Alzira Alves de Abreu, Israel Beloch, Fernando Latman-Weltman e Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão, *Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro*, v. IV, 2001.

²⁷ Sobre esses episódios e outros relacionados à abertura política, v. Thomas Skidmore, *A lenta via brasileira para a redemocratização: 1974-1985*. In: Alfred Stepan (org.), *Democratizando o Brasil*, 1985, p. 27 e ss., especialmente p. 58-61.

²⁸ Sobre o papel da Igreja no processo de redemocratização no Brasil, v. Ralph Della Cava, *A Igreja e a abertura, 1974-1985*. In: Alfred Stepan (org.), *Democratizando o Brasil*, 1985, p. 231 e ss.

²⁹ A Ordem dos Advogados do Brasil foi uma das principais instituições da sociedade civil brasileira na resistência ao regime militar e no processo de reconstrução democrática. Merece destaque a atuação, à frente da entidade, de Raymundo Faoro. Presidente no período entre 1977-1979. Em 27 de agosto de 1980, uma carta-bomba dirigida ao então Presidente, Eduardo Seabra Fagundes, explodiu na sede da OAB, no Rio de Janeiro, causando a morte da funcionária Lyda Monteiro da Silva.

³⁰ Militares ligados ao Departamento de Operações de Informação do I Exército, no Rio de Janeiro, organizaram um atentado que consistiria na colocação de bombas no local de realização de um espetáculo de música popular brasileira, promovido por organizações de esquerda. Uma das bombas explodiu no veículo em que se encontravam dois dos militares, matando um e ferindo o outro. Sobre o episódio, escreveu o jornalista Chico Otávio, anos depois, em caderno especial do jornal *O Globo*, 28 mar. 2004: “O exército passou 18 anos sustentando a versão de que o sargento (...), morto na ação, e o capitão (...), gravemente ferido, haviam sido vítimas do atentado. Só em 1999 um novo inquérito sobre o caso responsabilizou os dois militares pela ação, mas o tratou como um ato isolado”.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

Apesar da incapacidade ou inapetência do governo para punir os envolvidos em atos de terrorismo de Estado, a verdade é que tais grupos se tornavam cada vez mais isolados e o apoio a suas ações definhava. A derrota do movimento pela convocação imediata de eleições presidenciais – as *Diretas já* –, em 1984, após ter levado centenas de milhares de pessoas às ruas de diversas capitais, foi a última vitória do governo e o penúltimo capítulo do regime militar. Em 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral elegeu, para a presidência da República, a chapa contrária à situação, encabeçada por Tancredo Neves, que tinha como vice José Sarney³¹. O regime militar chegava ao fim e tinha início a *Nova República*, com a volta à primazia do poder civil. Opositor moderado da ditadura e nome de consenso para conduzir a transição pacífica para um regime democrático, Tancredo Neves adoeceu às vésperas da posse e não chegou a assumir o cargo, morrendo em 21 de abril de 1985. José Sarney, que fora um dos próceres do regime que se encerrava – mas que ajudou a sepultar ao aderir à oposição – tornou-se o primeiro Presidente civil desde 1964.

II.2. CONVOCAÇÃO, INSTALAÇÃO E NATUREZA DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

Cumprindo compromisso de campanha assumido por Tancredo Neves, o Presidente José Sarney encaminhou ao Congresso Nacional proposta de convocação de uma constituinte. Aprovada como Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985, nela se previu que “os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” reunir-se-iam em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana³². Instalada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Carlos Moreira Alves, em 1º de fevereiro de 1987, a Assembléia Constituinte elegeu em seguida, como seu Presidente, o Deputado Ulysses Guimarães, que fora o principal líder parlamentar de oposição aos governos militares. Da constituinte participaram os parlamentares escolhidos no pleito de 15 de novembro de 1986, bem como os senadores eleitos quatro anos antes, que ainda se encontravam no curso de seus mandatos. Ao todo, foram 559 membros – 487 deputados federais e 72 senadores –, reunidos unicameralmente.

Como se constata do teor da EC 26⁸⁵, não prevaleceu a tese, que teve amplo

³¹ Por 480 votos a 180, Tancredo Neves, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), derrotou Paulo Maluf, candidato do Partido Democrático Social (PDS), que era o partido de sustentação política do governo militar, sucessor da Aliança Renovadora Nacional (ARENA).

³² Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985, art. 1º: “Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Art. 2º. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente. Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte”.

apoio na sociedade civil, da constituinte exclusiva, que se dissolveria após a conclusão dos seus trabalhos³³. Optou-se, ao contrário, por atribuir poderes constituintes aos membros das duas casas do Congresso Nacional, aí incluídos os senadores que não haviam sido eleitos para esse fim específico. Circunstâncias da conjuntura política impediram que se adotasse a fórmula ideal, consistente na separação clara entre poder constituinte e poder legislativo, isto é, entre política constitucional e política ordinária³⁴. Em vez de uma Assembléia Constituinte, um Congresso Constituinte³⁵. As conseqüências dessa opção manifestaram-se muito nitidamente no trabalho elaborado, que trouxe para o texto constitucional inúmeras matérias que teriam melhor sede na legislação comum.

Em razão de a Assembléia Constituinte ter sido convocada por emenda constitucional, houve quem sustentasse não ter sido a Constituição de 1988 obra do poder constituinte originário, mas, sim, de um poder reformador, derivado, que não expressava a soberania popular³⁶. Não se está aqui de acordo com esse ponto de vista. O poder constituinte é um fato político, consistindo na capacidade de elaborar e fazer valer uma Constituição. Situa-se ele na confluência entre o Direito e a Política, e sua legitimidade repousa na soberania popular. Nas sociedades democráticas, costuma vir associado a um momento cívico especial, caracterizado pela mobilização ampla do povo em torno de novos valores e de uma nova idéia de Direito. É fora de dúvida que todos esses elementos estavam presentes nas diferentes manifestações do conjunto da sociedade brasileira, que se densificaram nos anos de 1984 e 1985, exigindo o fim do regime militar, eleições diretas

³³ Relator da Proposta de Emenda Constitucional nº 43, de 1985, que previa a convocação da Assembléia Constituinte, o Deputado Flavio Bierrenbach apresentou substitutivo no qual propunha que, mediante consulta plebiscitária, o povo se manifestasse diretamente sobre dois pontos: (i) se delegava o poder constituinte originário a uma Assembléia exclusiva ou ao Congresso Nacional; e (ii) se os senadores eleitos em 1982 poderiam exercer funções constituintes. O substitutivo não foi aprovado. Sobre o tema, v. Flavio Bierrenbach, *Quem tem medo da constituinte*, 1986.

³⁴ V. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, v. 1, 2008. Entendendo que a não adoção da constituinte exclusiva teria comprometido a legitimidade democrática da Constituição, v. Fábio Konder Comparato, "E agora, Brasil?". In: *Folha de São Paulo*, 3 mar. 2008. Sobre política ordinária e política constitucional, v. Bruce Ackerman, *We the people: foundations*, 1995, p. 6-7. Há uma edição brasileira dessa obra: *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*, 2006, coord. Luiz Moreira, 2006, p. 7-8.

³⁵ V. José Afonso da Silva, *Poder constituinte e poder popular*, 2007, p. 78: "Não se tire das conclusões *supra* que eu aprove o modo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte feita pela Emenda Constitucional 26, de 27.11.1985. É procedente a crítica que se fez e ainda se faz à forma como a Constituinte foi convocada, porque, a rigor, foram outorgados poderes constituintes ao futuro Congresso Nacional. O modo correto seria convocar a Assembléia Nacional Constituinte a ser composta pelos representantes do povo a serem eleitos na data marcada. (...) o que teremos é um Congresso Constituinte, ou uma Constituinte Congressual".

³⁶ Nesse sentido, v. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O poder constituinte*, 1999, p. 37 e, também, Significação e alcance das "cláusulas pétreas", *Revista de Direito Administrativo* 202:11, 1995, p. 16. Esse ponto de vista foi igualmente defendido pelo Consultor-Geral da República e, depois, Ministro da Justiça no governo José Sarney, Saulo Ramos, conforme escreveu em *Código da vida*, 2007, p. 204.

VINTEANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

e uma nova ordem constitucional. O mecanismo formal da emenda foi um ato de reconhecimento e de acatamento da vontade popular soberana. Vale dizer: do poder constituinte originário³⁷.

II.3. OS TRABALHOS DE ELABORAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Após a eleição e antes da posse que não viria a ocorrer, Tancredo Neves havia anunciado o propósito de designar uma comissão formada por personalidades de diversas áreas de atuação para elaborar um anteprojeto de Constituição a ser encaminhado à Assembléia Constituinte. A despeito da morte do Presidente eleito, José Sarney instalou a comissão³⁸, integrada por cinquenta membros, sob a Presidência do jurista Afonso Arinos de Mello Franco³⁹. A “Comissão Arinos” produziu um texto com muitos aspectos positivos, que poderia ter servido como um bom ponto de partida para os trabalhos constituintes⁴⁰. Não foi, todavia, o que aconteceu. O anteprojeto enfrentou resistências diversas. O Presidente Sarney não tinha, nas circunstâncias, força política para enviá-lo como um projeto do Governo⁴¹, além de não haver apreciado a opção parlamentarista nele

³⁷ No mesmo sentido, José Afonso da Silva, *Poder constituinte e poder popular*, 2007, p. 66-79; e Luís Virgílio Afonso Silva, Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado, *Revista de Direito Administrativo* 226, pp. 13-4 e 27-8, 2001.

³⁸ Pelas condições especiais em que se dera sua posse e pela delicadeza do momento político de transição, o Presidente Sarney esteve sujeito, sobretudo no início de seu governo, a duas contingências. A primeira foi a de preservar todas as decisões políticas e todas as nomeações já anunciadas por Tancredo Neves. A segunda foi aceitar o papel de preeminência desempenhado por Ulysses Guimarães, Presidente do PMDB e fiador político de sua posse, quando se levantaram dúvidas acerca da legitimidade da investidura. Ulysses, que viria a ser escolhido Presidente da Assembléia Constituinte, exerceu grande influência nas deliberações políticas do governo.

³⁹ O Decreto nº 91.450, de 18.07.1985, instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, integrada por nomes representativos que incluíam juristas, empresários, sindicalistas, escritores, jornalistas, economistas, sociólogos. Alguns dos inúmeros “notáveis” que participaram da comissão, além de seu Presidente: Candido Mendes, Celso Furtado, Cristovam Buarque, Gilberto Freyre, Jorge Amado, José Afonso da Silva, José Paulo Sepúlveda Pertence, Miguel Reale, Paulo Brossard e Raul Machado Horta.

⁴⁰ A despeito de sua criticável extensão, com 436 artigos e 32 disposições transitórias. Para um testemunho positivo dos trabalhos da Comissão, na ótica de uma de suas duas integrantes do sexo feminino, v. Rosah Russomano, “Facetas da ‘Comissão Arinos’ – e eu...”, *Revista de Informação Legislativa* 95:281, 1987. Para uma crítica severa do Anteprojeto elaborado, v. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Anteprojeto dos notáveis*, 1987.

⁴¹ Nelson Jobim, à época líder do PMDB e, posteriormente, Ministro da Justiça, do Supremo Tribunal Federal e da Defesa, ofereceu seu testemunho na matéria: “A morte de Tancredo tinha destruído a possibilidade do modelo que nós usamos no Brasil de 1891 a 1934, que era um projeto enviado pelo Poder Executivo a ser votado pelo Congresso constituinte. (...) O Presidente Sarney não tinha força política para enviar um Projeto à Assembléia Constituinte, pois seria rejeitado. Qual a razão? Porque havia disputa, naquele momento, entre Ulysses e Sarney. Isso era 1987”. V. Nelson de Azevedo Jobim, “A constituinte vista por dentro – Vicissitudes, superação e efetividade de uma história real”. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), *Quinze anos de Constituição*, 2004, p. 10.

contida. Ulysses Guimarães, por sua vez, liderança de destaque na *Nova República*, não desejava um texto-base produzido fora da Assembléia Constituinte, além de alimentar a idéia – que não se concretizou – de elaborar um projeto preliminar sob sua coordenação⁴². Sem apoios políticos relevantes, o Anteprojeto da Comissão Arinos foi encaminhado aos constituintes como mero subsídio, tendo sido praticamente ignorado.

A ausência de um texto que servisse de base para as discussões dificultou de modo significativo a racionalização dos trabalhos, que se desenvolveram em três grandes etapas: (i) a das Comissões Temáticas; (ii) a da Comissão de Sistematização; e (iii) a do Plenário⁴³. O processo constituinte teve início com a formação de oito Comissões Temáticas⁴⁴, cada uma delas dividida em três Subcomissões, em um total de 24⁴⁵. Coube às Subcomissões a apresentação de relatórios, que foram consolidados pelas Comissões Temáticas, surgindo daí o primeiro projeto de Constituição, que foi encaminhado à Comissão de Sistematização. Na elaboração do Projeto da Comissão de Sistematização⁴⁶, prevaleceu a ala mais progressista do PMDB, liderada pelo Deputado Mário Covas, que produziu um texto “à esquerda do Plenário”⁴⁷: nacionalista, com forte presença do Estado na Economia e ampla proteção aos trabalhadores. Em Plenário verificou-se uma vigorosa reação das forças liberal-conservadoras, reunidas no “Centro Democrático” (apelidado de *Centrão*),

⁴² Ainda no depoimento de Nelson Jobim: “Restava à Assembléia Constituinte de 87 trabalhar no modelo de 46. (...) Nereu Ramos e a Assembléia Constituinte de 46 resolvem construir, dentro do seu conjunto, uma Comissão, chamada Grande Comissão Nereu Ramos, composta de Deputados e Senadores, para que se votasse um projeto para a Assembléia Constituinte de 1946. Podíamos, portanto, em 1987, fazer um processo constituinte pelo modelo de 46”. Essa possibilidade, segundo o mesmo relato, frustrou-se pelo fato de o Deputado Fernando Lyra, também do PMDB, ter decidido disputar a presidência da Câmara dos Deputados (e da Constituinte) com Ulysses Guimarães, e haver denunciado essa intenção de elaboração de um projeto por um grupo seletivo. De posse do esboço, disparou, segundo relata Jobim: “Estão vendo o quê o doutor Ulysses quer fazer? (...) Quer eleger a sua Grande Comissão, modelo de Nereu Ramos, composta, e lembrem-se dessa linguagem, composta pelo *clube do poir* ampliado, e vocês, deputados de segunda categoria, vão aguardar o trabalho no sabies”. E conclui Nelson Jobim: “E isto, ao se espalhar, ateou fogo dentro da Assembléia Constituinte. Eleito Ulysses, não havia mais como fazer um projeto de Constituição no modelo de 1946”. V. Nelson de Azevedo Jobim, “A constituinte vista por dentro – Vicissitudes, superação e efetividade de uma história real”. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), *Quinze anos de Constituição*, 2004, p. 11.

⁴³ V. José Roberto Rodrigues Afonso, *Memória da Assembléia Constituinte de 1987*⁸⁸: *as finanças públicas*. In: www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1102.pdf.

⁴⁴ Para uma descrição detalhada dos trabalhos da Assembléia Constituinte, v. Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 1991, p. 449 e ss.. V. tb. José Adércio Leite Sampaio, “Teoria e prática do poder constituinte. Como legitimar ou desconstruir 1988 – 15 anos depois”. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), *Quinze anos de Constituição*, 2004, p. 36.

⁴⁵ No âmbito das Subcomissões realizaram-se incontáveis audiências públicas, com ampla participação de setores econômicos, movimentos sindicais e entidades de classe.

⁴⁶ A Comissão de Sistematização era presidida pelo Senador Afonso Arinos, tendo como relator o Deputado Bernardo Cabral, ex-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil.

⁴⁷ Nelson de Azevedo Jobim, “A constituinte vista por dentro – Vicissitudes, superação e efetividade de uma história real”. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), *Quinze anos de Constituição*, 2004, p. 12.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

que impuseram mudanças substantivas no texto afinal aprovado⁴⁸. Em 5 de outubro de 1988, após dezoito meses de trabalho, culminando um processo constituinte exaustivo e desgastante, muitas vezes subjugado pela política ordinária⁴⁹, foi aprovada, em clima de moderada euforia, a Constituição da República Federativa do Brasil.

II.4. O TEXTO APROVADO

Aclamada como “Constituição cidadã”⁵⁰ e precedida de um incisivo *Preâmbulo*⁵¹, a Carta constitucional foi promulgada com 245 artigos, distribuídos em nove títulos, e setenta disposições transitórias. O Título I foi dedicado aos *Princípios Fundamentais*, com a enunciação dos fundamentos, objetivos e princípios que deveriam reger a República em suas relações internas e internacionais. O Título II transportou para a parte inicial da Constituição *Os Direitos e Garantias Fundamentais*, mudança simbólica, típica das Constituições promulgadas após o segundo pós-guerra, que procurava remarcar a sua primazia na nova ordem⁵². O Título III, *Da Organização dos Poderes*, disciplinou o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, bem como as denominadas funções essenciais à justiça, que incluem o Ministério Público e a advocacia (pública, privada e defensoria pública). O Título V cuidou da *Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*, provendo sobre o estado de defesa, o estado de sítio, as Forças Armadas e a segurança pública. O

⁴⁸ Enviado à Comissão de Redação, o Projeto ainda sofreria acréscimos de natureza material, que obrigaram a uma nova votação em Plenário, em dois turnos e por maioria absoluta.

⁴⁹ A Assembléia Constituinte, que teve a maioria de seus membros eleitos no embalo do sucesso temporário do Plano Cruzado, em novembro de 1986, teve o final dos seus trabalhos marcado pela disputa presidencial do ano de 1989 e pelos múltiplos interesses que ela engendrava.

⁵⁰ *Constituição cidadã* foi o título de discurso proferido por Ulysses Guimarães, na presidência da Assembléia Constituinte, em 27 de julho de 1988, onde afirmou: “Repito: essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria”. V. íntegra do texto em http://www.fugpmdb.org.br/frm_publ.htm. A expressão tornou a ser por ele utilizada quando da promulgação da nova Carta, em 5 de outubro de 1988, em discurso intitulado *Constituição coragem*. Disponível em: http://www.fugpmdb.org.br/frm_publ.htm. Acesso em: 5 abr. 2008.

⁵¹ No texto do *Preâmbulo*, a fotografia, retocada pela retórica e pelo excesso de boas intenções, do momento histórico de seu nascimento e das aspirações de que deveria ser instrumento: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

⁵² Tradicionalmente, as Constituições brasileiras, desde a do Império, abriam o seu texto com a organização do Estado e dos Poderes, e não com a declaração de direitos.

LUÍS ROBERTO BARROSO

Título VI teve por tema *Tributação e Orçamento*, ordenando o sistema tributário nacional e as finanças públicas. O Título VII foi cometido à *Ordem Econômica e Financeira*, regulando o papel do Estado na Economia, as políticas urbana e agrícola e o sistema financeiro nacional. O Título VIII abrigou diferentes temas associados à *Ordem Social*, que vão da saúde à proteção dos índios, passando por educação, ciência e família, dentre outros. Por fim, o Título IX contemplou as *Disposições Constitucionais Gerais*.

III. A CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

III.1. O SUCESSO INSTITUCIONAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, realizaram-se cinco eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. Mais que tudo, a Constituição assegurou ao país duas décadas de estabilidade institucional. E não foram tempos banais. Ao longo desse período, diversos episódios deflagraram crises que, em outros tempos, dificilmente teriam deixado de levar à ruptura institucional. O mais grave deles terá sido a destituição, por *impeachment*, do primeiro presidente eleito após a ditadura militar, sob acusações de corrupção. Mas houve outros, que trouxeram dramáticos abalos ao Poder Legislativo, como o escândalo envolvendo a elaboração do Orçamento, a violação de sigilo do painel eletrônico de votação e o episódio que ficou conhecido como “mensalão”. Mesmo nessas conjunturas, jamais se cogitou de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Não há como deixar de celebrar o amadurecimento institucional brasileiro.

Até aqui, a trágica tradição do país sempre fora a de golpes, contra-golpes e quarteladas, em sucessivas violações da ordem constitucional. Não é difícil ilustrar o argumento. D. Pedro I dissolveu a primeira constituinte. Logo ao início do governo republicano, Floriano Peixoto, vice-presidente da República, deixou de convocar eleições após a renúncia de Deodoro da Fonseca, como exigia a Constituição, permanecendo indevidamente na presidência. Ao fim da República Velha, vieram a Revolução de 30, a Insurreição Constitucionalista de São Paulo, em 1932, a Intentona Comunista, de 1935 e o golpe do Estado Novo, em 1937. Em 1945, ao final de seu período ditatorial, Getúlio Vargas foi deposto pelas Forças Armadas. Reeito em 1950, suicidou-se em 1954, abortando o golpe que se encontrava em curso. Eleito Juscelino Kubitschek, foi necessário o contra-golpe preventivo do Marechal Lott, em 1955, para assegurar-lhe a posse. Juscelino ainda enfrentaria duas rebeliões militares: Jacareacanga (1956) e Aragarças (1959). Com a renúncia de Jânio Quadros, em 1961, os Ministros militares, inicialmente, vetaram a posse do vice-presidente João Goulart, levando à ameaça de guerra civil, diante da resistência do Rio

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

Grande do Sul⁵³. Em 1964 veio o golpe militar. Em 1968, o Ato Institucional nº 5. Em 1969, o impedimento à posse do vice-presidente civil, Pedro Aleixo, e a outorga de uma nova Constituição pelos ministros militares. A enunciação é meramente exemplificativa, mas suficientemente esclarecedora.

A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira. Nos últimos vinte anos, superamos todos os ciclos do atraso: eleições periódicas, Presidentes cumprindo seus mandatos ou sendo substituídos na forma constitucionalmente prevista, Congresso Nacional em funcionamento sem interrupções, Judiciário atuante e Forças Armadas fora da política. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

III.2. OS GOVERNOS FERNANDO COLLOR E ITAMAR FRANCO⁵⁴

O governo Sarney ainda duraria pouco mais de um ano após a promulgação da Constituição, que reduziu o mandato presidencial de seis para cinco anos⁵⁵. O primeiro governo civil desde o movimento militar de 1964 chegou ao fim podendo creditar-se do início bem sucedido da transição democrática, embora o Presidente tenha conservado, desde a primeira hora e ao longo dos anos, uma visão crítica severa da Carta constitucional⁵⁶. Na Economia, vivia-se um quadro grave de hiperinflação, que derrotou seguidos planos econômicos e mudanças de moeda⁵⁷. As primeiras eleições presidenciais

⁵³ Para assegurar a posse de Goulart, adotou-se uma fórmula de compromisso: uma emenda constitucional foi aprovada às pressas, instituindo o sistema parlamentar com o fim de enfraquecer o poder do Presidente. O parlamentarismo nunca funcionou na prática e sua superação por plebiscito, em 1963, apenas acirrou a tensão política.

⁵⁴ V. Abreu, Beloch, Lattman-Weltman e Lamarão, *Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro*, v. V, 2001; www.cpdoc.fgv.br, verbetes José Sarney e Fernando Collor de Mello; Mario Sergio Conti, *Notícias do Planalto: a imprensa e Fernando Collor*, 1999; e Pedro Collor, *Passando a limpo. A trajetória de um farsante: memórias*, 1993.

⁵⁵ V. Abreu, Beloch, Lattman-Weltman e Lamarão, *Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro*, v. V, 2001, p. 5.301: “Em 2 de junho, o plenário da Constituinte determinou que o mandato de Sarney duraria cinco anos e marcou para 15 de novembro de 1989 a escolha do sucessor. Alguns anos mais tarde, Sarney revelaria, em entrevista à *Folha de São Paulo* (22/8/1993), que, na expectativa da resolução da assembléia, informara ao ministro da Justiça, Paulo Brossard, que, caso a Constituinte optasse por reduzir seu mandato para quatro anos, entenderia o fato como uma ‘moção de desconfiança do Congresso’ e renunciaria. A decisão da Constituinte fez com que os membros do Bloco Independente do PMDB, partidários do prazo de quatro anos, abandonassem a legenda para fundar, em 24 de junho, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB)”. V. tb. www.cpdoc.fgv.br, verbete José Sarney:

⁵⁶ Em entrevista à *Folha de São Paulo*, 18 fev. 2008, o ex-Presidente José Sarney reiterou sua posição em relação à Constituição: “Eu não tive condições nenhuma de influir na Constituinte, fiquei como contestador da Constituinte dizendo que ela ia tornar o país ingovernável. E na realidade isso ocorreu”.

⁵⁷ A inflação, desde o início da década de 80 até meados da década de 90, assombrou o país com índices mensais de mais de dois dígitos, desorganizando a economia, impedindo o planejamento de médio e longo prazos e corroendo os salários. O Plano Cruzado, deflagrado em 28 de fevereiro de 1986, trouxe resultados iniciais e ajudou o PMDB a eleger 22 dos 23 Governadores nas eleições de 1986, bem como 46 dos 72 Senadores e 260 dos 487 deputados (cabe lembrar que esses parlamentares, eleitos em 1986, exerceriam o papel de constituintes). No entanto, pouco após as eleições de 15 de novembro, voltou-se à situação de descontrole inflacionário. Ainda no governo Sarney, foram lançados os Planos Cruzado II (novembro de 1986), Bresser (1987) e Verão (1989). Na passagem do governo a Fernando Collor, a inflação disparou, como registra Saulo Ramos, *Código da vida*, 2007: “Sarney (...) transmitiu o cargo a seu sucessor no mês de março, quando a inflação bateu em 84,32%, e isso em virtude das medidas anunciadas pelo próprio Collor, pois, até dezembro anterior, o surto inflacionário estava sob controle”.

LUÍS ROBERTO BARROSO

no país desde a sagração de Jânio Quadros, em 1960, realizaram-se em 15 de novembro de 1989. Vinte e cinco candidatos se apresentaram⁵⁸, sendo que Fernando Collor de Mello, do minúsculo PRN (Partido da Reconstrução Nacional), e Luís Inácio Lula da Silva, do PT (Partido dos Trabalhadores), passaram ao segundo turno. Collor venceu obtendo 42,75% do eleitorado, correspondentes a 35.089.998 votos. Com um discurso fundado no combate à inflação, na moralidade administrativa e na abertura da economia, sua campanha contou com o apoio dos grandes grupos empresariais e de setores liberais e conservadores.

Collor tomou posse em 15 de março de 1990 e, no dia seguinte, editou medida provisória veiculando um ambicioso plano econômico⁵⁹, que incluiu a controvertida retenção de ativos depositados em instituições financeiras⁶⁰. O período inicial do governo foi marcado pelos propósitos de abertura da economia, pela extinção e privatização de empresas estatais e por uma inédita e exagerada exposição à mídia. A partir de junho de 1991, com recrudescimento no primeiro semestre de 1992, uma disputa local entre o irmão do presidente, Pedro Collor, e o tesoureiro da campanha eleitoral, Paulo Cesar Farias, gerou uma enxurrada de denúncias, expôs um universo de manipulação privada do poder e de benefícios indevidos ao Presidente. Em 1º de junho de 1992 foi instalada uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar os fatos, na qual foram colhidos depoimentos altamente incriminadores. Em 22 de agosto, foi aprovado o relatório final da CPI, que concluiu que o presidente recebera 6,5 milhões de dólares do “Esquema PC” e recomendou seu *impeachment*.

Em meio a ampla mobilização, que reunia diferentes setores da sociedade civil, incluídos os estudantes que voltaram às ruas, foi apresentado à Câmara dos Deputados o pedido de *impeachment* de Collor, firmado por Barbosa Lima Sobrinho, presidente da Associação Brasileira de Imprensa (ABI), e por Marcelo Lavenère, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)⁶¹. Em 29 de setembro, por 421 votos contra 38, foi admitida

⁵⁸ Concorreram com Collor, no primeiro turno, 24 candidatos, dentre os quais: Aureliano Chaves (PFL), Guilherme Afif Domingos (PL), Leonel Brizola (PDT), Luís Inácio Lula da Silva (PT), Mário Covas (PSDB), Roberto Freire (PCB), Paulo Maluf (PDS) e Ulysses Guimarães (PMDB). V. Abreu, Beloch, Lattman-Weltman e Lamarão, *Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro*, v. II, 2001, p. 1.443. V. tb. www.cpdoc.fgv.br, verbete Fernando Collor.

⁵⁹ O Plano Brasil Novo, que ficou conhecido como Plano Collor, dentre outras medidas, extinguiu 24 empresas estatais, reintroduzia o cruzeiro como moeda nacional, em substituição ao cruzado novo, previa o fim de cheques e títulos ao portador acima de determinados valores, instituía o câmbio flutuante, congelava preços e salários e previa a redução progressiva das alíquotas de exportação. V. Abreu, Beloch, Lattman-Weltman e Lamarão, *Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro*, v. V, 2001, p. 1.445. V. tb. www.cpdoc.fgv.br, verbete Fernando Collor.

⁶⁰ A Medida Provisória nº 168, de 15.03.1990, instituiu o cruzeiro como nova moeda e dispôs sobre a “liquidez dos ativos financeiros”. Na prática, tornou indisponíveis por 18 meses os depósitos à vista e os saldos de caderneta de poupança superiores ao R\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros).

⁶¹ O procedimento de *impeachment* é disciplinado na Lei nº 1.079, de 10.04.1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. O art. 14 da Lei prevê ser permitido a “qualquer cidadão” – e, portanto, não a órgão público ou entidade privada – denunciar o Presidente da República ou ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

a acusação e o presidente foi afastado. Em 29 de dezembro de 1992, no início da sessão do Senado Federal que iria julgar o seu afastamento definitivo, Collor enviou, por meio de advogado, a carta renúncia. Ainda assim, o Senado prosseguiu no julgamento e decretou a perda de seus direitos políticos por oito anos⁶². O Presidente ainda viria a questionar, perante o Supremo Tribunal Federal, a continuação da sessão do Senado após a renúncia, mas sem sucesso⁶³. Mais à frente, todavia, o STF, por maioria de votos, julgou improcedente ação penal instaurada contra Collor⁶⁴.

Itamar Franco, que assumira interinamente a presidência após a decisão da Câmara dos Deputados que importou no afastamento do titular, foi efetivado no cargo com a renúncia de Collor, no apagar das luzes de 1992. Poucos meses depois, em 21 de abril de 1993, realizou-se o plebiscito sobre a forma e o sistema de governo, previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Por 66% contra 10,2%, venceu a República sobre a Monarquia; e por 55,4% contra 24,6%, o país reincidiu na fórmula presidencialista, ficando vencida a proposta parlamentarista. Itamar recebeu o governo em meio a grave crise econômica, tendo a inflação atingido 1.100% em 1992 e chegando a 2.484% no ano seguinte⁶⁵. Após diversas trocas de Ministros da Fazenda, o presidente convidou para o cargo o então Ministro das Relações Exteriores, Fernando Henrique Cardoso. Em fevereiro de 1994 foi lançado o Plano Real, primeiro plano de estabilização econômica, dentre os muito deflagrados desde 1986, que produziu resultados de longo prazo, permitindo que a inflação fosse finalmente controlada. Embalado pelo sucesso do Real, Fernando Henrique Cardoso, lançado pelo PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira), saiu vitorioso nas eleições presidenciais de 3 de outubro de 1994, derrotando o candidato do PT, Luís Inácio Lula da Silva. Com Cardoso, finalmente chegou ao poder a geração que fora perseguida pelo regime militar.

⁶² CF/88, art. 52, parágrafo único.

⁶³ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, edição especial intitulada *Impeachment*, 1996, MS nº 21.689-DF, Rel. Min. Carlos Velloso. Por maioria, o STF entendeu que as penas de perda do cargo e de inabilitação por oito anos eram autônomas e que, como consequência: “A renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de ‘impeachment’”.

⁶⁴ STF, *DJU* 13 out. 1995, AP nº 307-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão. A denúncia imputava ao ex-presidente o crime de corrupção passiva (Código Penal, art. 317). Para uma crítica política e técnica à essa decisão, v. Evandro Lins e Silva, *O salão dos passos perdidos*, 1997.

⁶⁵ De acordo com o DIBESE – Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. V. <http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatec36SalarioeBaixaInflacao.pdf>). Fernando Henrique Cardoso, que assumiria a área econômica quase sete meses depois, em 19 de maio de 1993, afirmou em seu *A arte da política*, 2006, p. 141: “Fui o quarto ministro da Fazenda em sete meses (...). A inflação poderia ultrapassar, se anualizada nos momentos de pico, os 3.000% ao ano”.

III.3. O GOVERNO FERNANDO HENRIQUE CARDOSO⁶⁶

Fernando Henrique Cardoso foi eleito em primeiro turno – com maioria absoluta de votos, portanto – nas eleições de 3 de outubro de 1994, tendo tomado posse em 1º de janeiro de 1995. Durante seu primeiro governo foi aprovada a controvertida Emenda Constitucional nº 16, de 4.06.1997, que em contraste com a tradição republicana brasileira, admitiu a reeleição do Presidente⁶⁷. Foi reeleito em 4 de outubro de 1998, novamente em primeiro turno de votação, derrotando ainda uma vez o candidato do PT, Luís Inácio Lula da Silva. Permaneceu no poder até 31 de dezembro de 2002⁶⁸. Seus dois mandatos foram marcados pelo esforço bem sucedido de consolidação da estabilidade econômica – ao custo de juros elevadíssimos e de períodos de recessão –, de combate ao déficit público e por reformas econômicas e administrativas que modificaram substancialmente o papel do Estado no domínio econômico. Fernando Henrique governou sob oposição cerrada do PT e da esquerda em geral, que condenavam a desestatização, a abertura aos investidores internacionais e a adoção de políticas públicas preconizadas no “Consenso de Washington”⁶⁹.

De fato, sucessivas emendas constitucionais suprimiram restrições ao capital estrangeiro⁷⁰, flexibilizaram monopólios estatais⁷¹ e, coadjuvadas por ampla legislação

⁶⁶ V. Fernando Henrique Cardoso, *A arte da política: a história que vivi*, 2006; sítio pt.wikipedia.org/wiki/Fernando_Henrique_Cardoso; e sítio do Instituto Fernando Henrique Cardoso: www.ifhc.org.br

⁶⁷ A EC nº 16, de 2005, permitia, também a reeleição de governadores e prefeitos.

⁶⁸ O prazo de mandato, no texto da Constituição original, era de cinco anos. A Emenda Constitucional de Revisão nº 5, de 7.06.1994, reduziu esse período para 4 anos.

⁶⁹ A expressão “Consenso de Washington” foi cunhada por John Williamson, referindo-se ao “menor denominador comum” das políticas públicas recomendadas para os países latino-americanos, em 1989, pelas instituições financeiras baseadas em Washington, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. Tais políticas incluíam: disciplina fiscal, redirecionamento de gastos públicos para áreas como saúde primária, educação elementar e infraestrutura, reforma tributária para aumentar a base tributável, juros e taxa de câmbio fixados pelo mercado, abertura comercial, eliminação de restrições ao investimento estrangeiro direto, privatização, desregulamentação e respeito ao direito de propriedade. Com o tempo, a locução passou a ser associada, pelo pensamento de esquerda, ao “neoliberalismo” e aos efeitos negativos da “globalização”. V. sítio do *Center for International Development at Harvard University*: <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/washington.html>, com referências a John Williamson, “What should the world bank think about the Washington Consensus?”, *World Bank Research Observer* 2, 2000, p. 251-64. V. tb. Déborah Barros Leal Farias, Reflexos da teoria neoliberal e do Consenso de Washington na Constituição brasileira de 1988, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 59:70, 2007.

⁷⁰ A Emenda Constitucional nº 6, de 15.08.1995, suprimiu o art. 171 da Constituição, que trazia o conceito de “empresa brasileira de capital nacional”, à qual poderiam ser outorgados proteção, benefícios especiais e preferências. A mesma Emenda eliminou a exigência de controle por capital nacional para as empresas da área de mineração. Já a Emenda Constitucional nº 7, também de 15.08.1995, modificou o art. 178, extinguindo restrições protecionistas na navegação de cabotagem.

⁷¹ A Emenda Constitucional nº 5, de 15.08.1995, permitiu que os Estados-membros concedessem a empresas privadas a exploração dos serviços locais de distribuição de gás canalizado, que antes só podiam ser delegados à empresa sob controle estatal. A Emenda Constitucional nº 8, de 15.08.1995, suprimiu a exigência de que serviços de telecomunicações só poderiam ser explorados por empresa sob controle acionário estatal, permitindo a privatização das empresas de telefonia. E a Emenda Constitucional nº 9, de 9.11.1995, permitiu a contratação de empresas privadas para as atividades relativas à lavra, às pesquisas e a outras etapas do ciclo econômico do petróleo.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

infraconstitucional, deram ensejo a um abrangente programa de desestatização⁷². Nesse processo, foram privatizadas inúmeras empresas controladas pelo governo federal, tanto as que exploravam atividades econômicas – e.g., siderurgia e mineração – como as prestadoras de serviços públicos, em áreas como telefonia e energia elétrica. Outros serviços públicos relevantes, como a construção, recuperação e manutenção de rodovias foram dados em concessão à iniciativa privada, com base em legislação específica aprovada⁷³. A diminuição da atuação direta do Estado no domínio econômico foi acompanhada pelo surgimento e a multiplicação de agências reguladoras⁷⁴. Merece registro, também, a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal⁷⁵, bem como o saneamento e venda dos bancos públicos estaduais, com renegociação da dívida dos Estados e seu enquadramento no programa de ajuste fiscal.

O governo Fernando Henrique ainda conseguiu aprovar, no Congresso Nacional, uma indispensável Reforma da Previdência⁷⁶ e uma Reforma Administrativa⁷⁷ de alto custo

⁷² A Lei nº 8.031, de 12.04.90, ainda do governo Collor, instituiu o Programa Nacional de Desestatização, sendo depois substituída pela Lei nº 9.491, de 9.09.97. Os anos 90 foram assinalados por fecunda produção legislativa em temas econômicos, que incluiu diferentes setores, como energia (Lei nº 9.427, de 26.12.96), telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16.07.97) e petróleo (Lei nº 9.478, de 6.08.97), com a criação das respectivas agências reguladoras; modernização dos portos (Lei nº 8.630, de 25.02.93) e defesa da concorrência (Lei nº 8.884, de 11.06.94).

⁷³ Sobre concessões e permissões, vejam-se as Leis nºs 8.987, de 13.02.95, e 9.074, de 7.07.95.

⁷⁴ V. Luís Roberto Barroso, *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. In: *Temas de direito constitucional*, v. II, 2003, p. 283. Até o início de 2002, haviam sido criadas no país as seguintes agências: a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; a Agência Nacional do Petróleo – ANP; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária; a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; a Agência Nacional de Águas – ANA, e as recentes Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. No primeiro governo Lula foi deflagrado um debate – que ficou inconcluso – acerca da legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras, seu controle social e os riscos de captura pelo setor regulado. Sobre o tema, v. Alexandre dos Santos Aragão, *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de direito*, *Revista de Direito Administrativo* 242:1, 2006.

⁷⁵ Lei Complementar nº 101, de 4.05.2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. A Lei procura restabelecer a saúde fiscal das entidades estatais, impondo a supremacia do orçamento e instituindo medidas relevantes como a fixação de limites para as despesas com pessoal e para a dívida pública, o estabelecimento de metas para controle de receitas e despesas e a limitação da atuação dos governantes em ano eleitoral.

⁷⁶ A Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, enfrentando grande resistência, modificou as regras referentes à aposentadoria, tanto no setor privado (regime geral, art. 201), quanto no público (regime próprio dos servidores, art. 40). A Reforma introduziu inovação substantiva na contagem do tempo para a aposentadoria, com substituição do critério *tempo de serviço* pelo *tempo de contribuição*, além da previsão de idade mínima para aquisição do direito de passar à inatividade.

⁷⁷ A Emenda Constitucional nº 19, de 4.06.1998, criou a figura do subsídio para retribuição dos servidores públicos, refixou o teto remuneratório e procurou flexibilizar a estabilidade dos servidores públicos. Nenhuma dessas providências produziu o impacto esperado sobre a estrutura e sobre os gastos da Administração Pública.

LUÍS ROBERTO BARROSO

político e poucos resultados práticos. Ao longo do segundo mandato, o governo conviveu com crises políticas no Legislativo⁷⁸, crises econômicas⁷⁹ e com problemas graves no abastecimento de energia elétrica, que levaram à necessidade de racionamento no ano de 2001. Apesar da popularidade e da avaliação histórica positiva, Fernando Henrique Cardoso não conseguiu fazer seu sucessor. O candidato do PSDB, José Serra, importante quadro do governo que se encerrava – no qual foi Ministro do Planejamento e da Saúde –, foi derrotado pelo candidato do PT, Luís Inácio Lula da Silva. Em sua quarta tentativa, o sindicalista que ajudou a reorganizar politicamente os trabalhadores, no final do regime militar, e que liderou a formação de um partido de esquerda de grande militância, chegou finalmente ao poder.

III.4. O GOVERNO LUÍS INÁCIO LULA DA SILVA

Lula inicia seu governo em 1º de janeiro de 2003, sob o forte simbolismo do trabalhador de origem humilde alçado ao topo, que não se abateu nas derrotas. Ligado aos setores políticos de esquerda e aos movimentos sociais, o novo Presidente, ainda na campanha eleitoral, já dera passos em direção ao centro, ampliando seu apoio entre as classes médias urbanas e na comunidade internacional⁸⁰. Surpreendendo adversários e desagradando aliados, o governo perseguiu a estabilidade econômica e o controle da inflação, dando autonomia na prática ao Banco Central e chancelando uma política monetária ortodoxa, apesar das críticas de crescente relaxamento fiscal. O governo conseguiu aprovar no Congresso Nacional, com altíssimo custo político e esgarçamento da sua base de apoio⁸¹, uma nova e igualmente indispensável Reforma da Previdência, diminuindo o desequilíbrio entre as aposentadorias do setor público e do setor privado⁸².

⁷⁸ A crise teve sua origem, em 2001, em razão da violação do sigilo do painel eletrônico do Senado Federal. Três destacados senadores responderam a acusações por abuso de poder e quebra de decoro e, após longa agonia, tiveram de renunciar para evitar a cassação. A imprensa considerou que esta foi “a crise mais grave dos 175 anos do Senado” (v. *Almanaque Abril*, 2008, p. 342).

⁷⁹ Em janeiro de 1999, na esteira de crises ocorridas em outros países da América Latina, como Equador e Argentina; o país sofreu grave abalo econômico, com queda significativa da Bolsa de Valores e ataque especulativo ao real, gerando perda de divisas internacionais e drástica desvalorização da moeda.

⁸⁰ Lula escolheu como candidato a Vice-Presidente José Alencar, político e empresário mineiro, que representava a convivência harmoniosa com as classes produtoras. Além disso, em junho de 2002, em meio à campanha, credores e investidores internacionais foram tranquilizados com declarações de respeito às obrigações internacionais do país, veiculadas em uma “Carta ao brasileiros”. V. [http://pt.wikipedia.org/wiki/Carta_aos_Brasileiros_\(Lula\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Carta_aos_Brasileiros_(Lula)).

⁸¹ Foi sobretudo em torno da aprovação da Reforma da Previdência que ganhou corpo a criação do PSOL – Partido do Socialismo e Liberdade, fundado por parlamentares dissidentes do PT que foram expulsos do partido, como Heloísa Helena, Luciana Genro e João Batista.

⁸² Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003. Sobre o tema, v. Marcelo Leonardo Tavares (org.), *A reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controversos*, 2004; Paulo Modesto, *Reforma da previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional nº 41/2003*, 2004; e Luís Roberto Barroso, *Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência (Ascensão e queda de um regime de erros e privilégios)*. In: *Temas de direito constitucional*, t. III, 2005, p. 167 e ss..

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

inclusive ao ADCT, espicharam ainda mais a carta constitucional ao longo dos anos⁹⁴.

Outra circunstância que merece ser assinalada é a do contexto histórico em que se desenrolaram os trabalhos constituintes. Após muitos anos de repressão política, o pensamento de esquerda finalmente podia se manifestar livremente, tendo se formado inúmeros partidos políticos de inspiração comunista, socialista, trabalhista e social-democrata. Mais organizados e aguerridos, os parlamentares dessas agremiações predominaram amplamente nos trabalhos das comissões, até a reação, de última hora, já narrada, das forças de centro e de direita. Ainda assim, o texto aprovado reservava para o Estado o papel de protagonista em áreas diversas, com restrições à iniciativa privada e, sobretudo, ao capital estrangeiro, af incluídos os investimentos de risco. Pois bem: um ano após a promulgação da Constituição, caiu o muro de Berlim e começaram a desmoronar os regimes que praticavam o socialismo real. Simultaneamente, a globalização, com a interconexão entre os mercados e a livre circulação de capitais, impôs-se como uma realidade inelutável. Pelo mundo afora, ruíam os pressupostos estatizantes e nacionalistas que inspiraram parte das disposições da Constituição brasileira.

IV.3. ALGUNS REVESES

A Constituição brasileira, como assinalado, consubstanciou-se em um texto excessivamente detalhista e que, além disso, cuida de muitas matérias que teriam melhor sede na legislação infraconstitucional. De tais circunstâncias decorrem conseqüências práticas relevantes. A primeira delas é que a constitucionalização excessiva dificulta o exercício do poder político pelas maiorias, restringindo o espaço de atuação da legislação ordinária. Em razão disso, diferentes governos, para implementar seus programas, precisaram reunir apoio de maiorias qualificadas de três quintos, necessárias para emendar a Constituição, não sendo suficientes as maiorias simples próprias à aprovação da legislação comum. O resultado prático é que, no Brasil, a política ordinária – *i.e.*, a implementação da vontade das maiorias formadas a cada época – se faz por meio de emendas constitucionais, com todo o incremento de dificuldades que isso representa.

Chega-se, assim, sem surpresa, à segunda conseqüência da constitucionalização excessiva e minuciosa: o número espantoso de emendas, que antes do vigésimo aniversário

⁹⁴ Em prática singularíssima, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foi tendo novos artigos e disposições acrescentados por emendas constitucionais, passando de 70 para 89 artigos (o art. 89 foi acrescentado pela EC nº 38, de 2002), sendo que muitos deles tiveram sua redação alterada, igualmente por emenda (a EC nº 56, de 2007, prorrogava prazo previsto no art. 76 do ADCT). Sobre o ponto, v. Oscar Dias Corrêa, Os 15 anos da Constituição de 1988 (Breves anotações), *Revista da EMERJ* 6:15, 2003, p. 19: “E foi o que se viu: o ADCT, ao invés de servir, como usual, de roteiro à passagem do regime velho para o novo, *normas de transição*, na verdade se transformou em espaço que passou a recolher todas as normas não transitórias que não encontrassem lugar no texto vigente, e servissem às conveniências da hora”.

LUÍS ROBERTO BARROSO

da Carta já somavam 56. Houve modificações constitucionais para todos os gostos e propósitos: limitação da remuneração de parlamentares, restrições à criação de Municípios, realização de reformas econômicas, administrativas, previdenciárias, do Judiciário, prorrogação de tributos provisórios, desvinculação de receitas, atenuação da imunidade parlamentar formal, contenção das medidas provisórias, redução do mandato presidencial, admissão da reeleição e daí por diante. Há risco de se perder o fôlego, a conta e a paciência. Tudo isso sem qualquer perspectiva de inversão de tendência. Naturalmente, essa disfunção compromete a vocação de permanência da Constituição e o seu papel de simbolizar a prevalência dos valores duradouros sobre as contingências da política.

PARTE II O DESEMPENHO DAS INSTITUIÇÕES

Empreende-se, a seguir, uma análise de aspectos relevantes associados ao funcionamento dos três Poderes da República ao longo dos vinte anos de vigência da Constituição. São examinadas, ainda que brevemente, algumas das mudanças constitucionais que repercutiram sobre a atuação de cada um deles, bem como o desempenho do Executivo, Legislativo e Judiciário na realização concreta de seus papéis constitucionais. Não será difícil detectar a subsistência do presidencialismo hegemônico da tradição brasileira, sem embargo da recuperação de espaço político pelo Legislativo, que vive, no entanto, grave crise de legitimidade. Talvez o traço mais nítido da paisagem política dos últimos anos seja a ascensão institucional do Poder Judiciário, que teve participação decisiva em diversos acontecimentos políticos da história recente, das reformas constitucionais aos processos criminais contra agentes públicos do primeiro escalão.

V. PODER EXECUTIVO

Examinam-se, a seguir, alguns aspectos relacionados à estrutura e à atuação do Poder Executivo ao longo da vigência da Constituição de 1988. São destacados pontos como a manutenção do presidencialismo, a redução do mandato presidencial, a previsão da possibilidade de reeleição dos chefes do Executivo, a criação do Ministério da Defesa e duas competências que têm dado margem a abusos: as relativas à edição de medidas provisórias e à possibilidade de contingenciamento de verbas orçamentárias.

Revelando uma aspiração dos setores mais progressistas, tanto o anteprojeto da Comissão Arinos como o anteprojeto apresentado pela Comissão de Sistematização propunham a implantação de um sistema de governo parlamentarista. A proposta foi derrotada em Plenário, com a mobilização do Presidente Sarney e de outras forças políticas, que aspiravam conquistar a presidência nas eleições de 1989. Como fórmula de compromisso, aprovou-se o art. 2º do ADCT, que previa a realização de um plebiscito para

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

definir o sistema de governo. A consulta popular direta veio a ser antecipada⁹⁵, tendo vencido, por ampla maioria (v. *supra*), a manutenção do presidencialismo. Registre-se uma irônica curiosidade histórica: PT, PDT e PMDB, cujos candidatos potenciais imaginavam ter boas chances nas eleições do ano seguinte (1994) – respectivamente, Lula, Leonel Brizola e Orestes Quêrcia – apoiaram a causa presidencialista. O PSDB, de Mário Covas e Fernando Henrique Cardoso, que à época não tinha um candidato forte à presidência, defenderam sem sucesso o parlamentarismo, na linha do programa partidário. Por trapaça da sorte, Fernando Henrique tornou-se, por dois mandatos sucessivos, o principal beneficiário do modelo que combatia: o presidencialismo imperial à brasileira.

No primeiro semestre de 1994, o ambicioso projeto de se proceder a uma ampla revisão constitucional, tal como previsto no art. 3º do ADCT, viu-se reduzido à aprovação de apenas seis emendas constitucionais de revisão (ECR), em temas de menor controvérsia política. Uma delas, a ECR nº 5, de 9.06.1994, reduziu o mandato presidencial, previsto no art. 82 da Constituição, de cinco para quatro anos. Vivia-se o último ano do governo Itamar. Na seqüência histórica, já no governo Fernando Henrique e em meio a debate acirrado, foi aprovada a EC nº 16, de 5.06.1997, que passou a permitir a reeleição, para um único período subsequente, do presidente, governadores e prefeitos. Merece registro destacado, no tocante à estrutura do Poder Executivo, a criação do Ministério da Defesa, pela EC nº 23, de 3.09.1999, marco simbólico relevante da submissão do poder militar ao poder civil.

Dois competências frequentemente malversadas pelo Executivo devem ser assinaladas em um balanço da experiência dos últimos vinte anos. A primeira delas é o emprego abusivo das medidas provisórias (MPs). Concebidas como um mecanismo excepcional de exercício de competência normativa primária pelo Presidente da República, reservada aos casos de “relevância e urgência” (CF, art. 62), tornaram-se um instrumento rotineiro de o Executivo *legislar*, inclusive sobre questões de menor relevância e de nenhuma urgência, minimizando o papel do Congresso Nacional e comprometendo, em muitos casos, a transparência e o debate público que devem preceder a inovação da ordem jurídica. Em razão da tolerância do próprio Legislativo e do Judiciário⁹⁶, foram

⁹⁵ A EC nº 2, de 1º.09.1992, antecipou o plebiscito, previsto para 7 de setembro de 1993, para 21 de abril de 1993. A constitucionalidade da Emenda foi argüida perante o Supremo Tribunal Federal, que considerou válida a medida. V. STF, ADIn nº 830-7, DJU 16 set. 1994, Rel. Min. Moreira Alves.

⁹⁶ O Legislativo não exercitou, ao longo do período, sua competência para rejeitar liminarmente medida provisória, no momento do seu recebimento. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, admitiu a prática da reedição de medidas provisórias (e.g., DJU 19 dez. 2003, ADIn nº 1.614-MG, Rel. Min. Nelson Jobim) e entendeu que, como regra geral, os requisitos de relevância e urgência tinham natureza discricionária, só sendo passíveis de controle judicial em caráter excepcional (e.g., DJU 27 fev. 2002, ADIn-MC nº 1.910-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e DJU 23 abr. 2004, ADIn-MC nº 2.213-DF, Rel. Min. Celso de Mello).

LUÍS ROBERTO BARROSO

editadas e reeditadas, entre 1988 e 2002, cerca de seis mil medidas provisórias⁹⁷. A disfunção só veio a ser coibida, ainda que não integralmente, com a edição da EC n° 32, de 12.09.2001, que previu a vigência da medida provisória pelo prazo máximo de 60 dias, prorrogáveis uma única vez, por igual período, com trancamento da pauta até que haja deliberação por parte de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

A segunda competência utilizada abusivamente pelo Executivo diz respeito ao contingenciamento da execução orçamentária. Aliás, a elaboração do orçamento e, posteriormente, a arrecadação de receitas e a realização de despesas constituem um grande espaço democrático negligenciado no Brasil⁹⁸. A competência do Executivo é máxima, já no momento de elaboração da proposta, até porque é ele que detém os dados e as informações que permitem ordenar as estimativas de receitas e de despesas. Enviado o projeto de lei orçamentária para o Congresso, o poder de emenda dos parlamentares é extremamente reduzido e antes dá margem ao paroquialismo e ao fisiologismo do que a discussões abertas e republicanas. Pior que tudo, uma vez aprovado o Orçamento – tido como meramente autorizativo, e não impositivo –, o Presidente da República, de maneira discricionária e sem dever de motivação, pode contingenciar as verbas, deixando de liberá-las e sem que tal decisão esteja sujeita a qualquer tipo de controle por parte do parlamento. À exceção dos repasses feitos por mandamento constitucional – como os do Legislativo, do Judiciário, do Ministério Público, dentre outros –, as demais destinações são implementadas se e quando o Presidente desejar, a despeito da aprovação e vigência da lei orçamentária⁹⁹.

VI. PODER LEGISLATIVO

No que toca ao Poder Legislativo, cabe assinalar a recuperação de suas prerrogativas dentro do novo quadro democrático, embora permaneça visível o decréscimo

⁹⁷ V. quadro geral das medidas provisórias no Brasil, antes e depois da EC n° 32, de 2001, no sítio eletrônico da Presidência da República (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Principal.htm). A estatística referida encontra-se em *Almanaque Abril*, 2008, p. 67.

⁹⁸ De fato, ao contrário do que se passa em outros países, entre nós simplesmente não há debate público relevante acerca das grandes opções nacionais de gastos e de investimento. No ano de 2006, o orçamento foi aprovado cinco meses após o início do exercício, sem que houvesse qualquer consequência mais significativa e até mesmo sem que a maior parte da sociedade sequer se desse conta.

⁹⁹ Sobre o tema, v. Eduardo Mendonça, *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia*, 2008, mimeografado, dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito Público da UERJ. V. tb., do mesmo autor, Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a Constituição. In: Luís Roberto Barroso, *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, 2007, p. 666: “Em um sistema presidencialista, como o existente no Brasil, a modificação do orçamento por ato unilateral e imotivado do Executivo deveria suscitar ainda mais perplexidade. Diversas razões podem exigir adaptações no orçamento e deve haver meios para realizá-las com a agilidade necessária e sem abrir espaço para o estabelecimento de um balcão de negócios entre os Poderes. Isso é diferente de dizer que o Executivo pode simplesmente ignorar as escolhas veiculadas na lei orçamentária e renovar todas as decisões a respeito da alocação de recursos sem qualquer exigência de fundamentação”.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

de sua importância no processo legislativo. É certo, contudo, que, como contrapartida, expandiram-se suas competências de natureza fiscalizatória e investigativa. Merecem registro, também, algumas disfunções estruturais e funcionais do sistema político brasileiro, que têm comprometido a representatividade e a legitimidade da classe política.

Ao longo do regime militar, o Poder Legislativo foi o que sofreu as conseqüências mais graves do autoritarismo. Com efeito, inúmeros de seus membros, de 1964 a 1977, tiveram os mandatos e direitos políticos cassados. Nesse período, em diversos momentos, o Congresso Nacional foi fechado, passando o general-presidente a concentrar todos os poderes legislativos, inclusive os de reforma constitucional. Paralelamente a isso, sob as Constituições de 1967 e 1969, exacerbaram-se as competências materialmente legislativas do Presidente da República, por meio da edição de decretos-leis. E, além de tudo, a maior parte dos projetos de lei relevantes votados pelo Congresso eram de iniciativa do Poder Executivo. Com a reconstitucionalização do país, em 1988, desapareceram os riscos de cassação e de recesso parlamentar. A verdade, no entanto, é que o papel do Congresso Nacional, no processo de produção legislativa, continuou bastante reduzido, à vista do espaço ocupado pelas medidas provisórias (v. *supra*) e pelos projetos resultantes de mensagens do Executivo¹⁰⁰.

Diante da crescente hegemonia do Poder Executivo no desempenho da função legislativa – fenômeno que não é típico apenas da experiência brasileira, mas global –, a ênfase da atuação do Legislativo tem se deslocado para a fiscalização dos atos de governo e da Administração Pública, de uma maneira geral. Sob a Constituição de 1988, um dos principais instrumentos dessa linha de atuação tem sido as comissões parlamentares de inquérito (CPIs). Muitas delas tiveram grande visibilidade pública, como a que apurou as denúncias de corrupção no governo Collor (1992 – CPI de PC Farias), a que investigou o conjunto de parlamentares que controlava a elaboração do Orçamento (1993 – CPI dos “Anões do Orçamento”), a CPI do Judiciário (1999) e, no ano de 2005, as CPIs dos Bingos, dos Correios e do Mensalão. As comissões parlamentares de inquérito, nos termos do art. 58, § 3º da Constituição, têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias, devendo suas conclusões ser encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a

¹⁰⁰ Sobre o tema, v. Clèmerson Merlin Clève, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2000. Merecem registro, a propósito, algumas leis relevantes aprovadas na vigência da Constituição de 1988, quase todas de iniciativa do Executivo: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.1990); o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, 11.09.1990); a Lei de Licitações (Lei nº 8.666, de 21.06.1993); a Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784, de 29.01.1999); a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, que disciplina o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade; a Lei nº 9.882, de 3.12.1999, que disciplina o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental; o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.07.2001); a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2.06.1992); o novo Código Civil (Lei nº 10.406, 10.1.2002); e a Lei de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101, de 9.02.2005). A elas se somam diversas leis de reforma do Código de Processo Civil e as já mencionadas leis relativas a desestatização, concessões, petróleo, telecomunicações, etc.

responsabilidade civil ou criminal dos implicados, se for o caso. Os limites dos poderes de tais comissões foi sendo paulatinamente definido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*v. infra*)¹⁰¹.

Um problema estrutural importante do sistema eleitoral brasileiro, com repercussão sobre a composição do Legislativo, é a desproporcionalidade da representação política na Câmara dos Deputados. O art. 45, § 1º da Constituição prevê um número mínimo de oito deputados e um máximo de setenta deputados por Estado. De tal previsão resulta que Estados muito populosos tenham uma sub-representação, e que Estados menos populosos sejam super-representados. Isso faz com que o peso dos votos, por exemplo, de cidadãos de São Paulo e de cidadãos de Roraima não sejam os mesmos, não vigorando a máxima de *um homem, um voto*¹⁰². Esses limites poderiam ser justificados, em tese, por razões de equilíbrio federativo¹⁰³, o que não ocorre no caso brasileiro, em razão da composição paritária do Senado Federal. Sob o prisma da própria idéia de proporcionalidade, o problema está em que tal regra de alocação de cadeiras também se reflete na distribuição partidária na Câmara de Deputados, distorcendo a justa participação de cada um. Tal descompasso não é desimportante¹⁰⁴.

Durante a vigência da Constituição de 1988, algumas modificações do texto constitucional repercutiram sobre o funcionamento do Poder Legislativo dos diferentes níveis da Federação e sobre o regime jurídico dos parlamentares. A EC nº 1, de 6.04.1992, estabeleceu limites para a remuneração de deputados estaduais e de vereadores. A EC nº 25, de 15.02.2000, fixou limites de despesas com o Poder Legislativo municipal. No plano federal, a EC nº 50, de 15.02.2006, aumentou em algumas semanas os períodos de reunião do Congresso Nacional¹⁰⁵. A ECR nº 6, de 9.06.1994, previu que a renúncia do parlamentar,

¹⁰¹ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. In: *Temas de direito constitucional*, v. I, 2002, p. 97 e ss..

¹⁰² Sobre a questão, v. Vandrê Augusto Búrigo, Sistema eleitoral brasileiro – A técnica de representação proporcional vigente e as propostas de alteração: breves apontamentos, *Revista de Informação Legislativa* 39:177, 2002, p. 182; e Fabiano Santos, Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil, *Dados* 1, 1999, p. 8.

¹⁰³ Por todos, v. Luis Virgílio Afonso da Silva, *Sistemas eleitorais*, 1999, p. 160.

¹⁰⁴ Por exemplo: nas eleições de 1994, o PFL, embora tenha conseguido 12,9% dos votos, obteve 17,3% das cadeiras, enquanto o PT, que contabilizou 12,8% de votos, conseguiu apenas 9,6% das cadeiras. V. Jairo Nicolau, As distorções na representação dos Estados na Câmara dos Deputados, *Dados* 3, 1997, p. 10; David Samuels, Determinantes do voto partidário nos sistemas eleitorais centrados no candidato: evidências sobre o Brasil, *Dados* 3, 1997, p. 10. Isso ocorreu porque o PT tinha maior representatividade em Estados sub-representados e o PFL, nos Estados super-representados. Nessas condições não é possível afirmar que a Câmara de Deputados possa representar fielmente o pluralismo de idéias que caracteriza o meio social.

¹⁰⁵ Na redação original da Constituição, o Congresso Nacional se reunia entre 15 de fevereiro e 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro. O art. 1º da EC nº 50, de 2006, fez ligeira alteração nos prazos, prevendo: “Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro”.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

após a instauração de processo que envolva a perda de mandato, não impede a deliberação final da Casa Legislativa¹⁰⁶. Em tema de imunidade parlamentar processual, a EC nº 35, de 21.12.2001, introduziu modificação substantiva, deixando de exigir prévia licença da Câmara ou do Senado para a instauração de processo criminal contra parlamentar. No novo regime, o Supremo Tribunal Federal pode receber diretamente a denúncia. A casa legislativa pertinente, todavia, poderá, pelo voto da maioria, até a decisão final, sustar o andamento da ação durante o exercício do mandato, ficando suspensa a fluência do prazo prescricional.

O país vive, no vigésimo aniversário da Constituição, um momento delicado, em que a atividade política passa por uma situação de preocupante desprestígio¹⁰⁷. Uma grave crise no sistema representativo compromete a legitimidade democrática das instituições legislativas. Nesse cenário, não é possível negar a falta de sintonia entre a sociedade civil e os órgãos de representação popular, em decorrência de um modelo político que deixou de servir adequadamente ao país. Por essa razão, tornou-se imprescindível a realização de uma Reforma Política, já de há muito adiada, capaz de fomentar a legitimidade democrática, a governabilidade e as virtudes republicanas. Adiante se voltará ao ponto.

VII. PODER JUDICIÁRIO¹⁰⁸

Nos últimos vinte anos, o Judiciário ingressou na paisagem institucional brasileira. Já não passa despercebido nem é visto com indiferença ou distanciamento. Há mais de uma razão para esse fenômeno. A ascensão do Poder Judiciário se deve, em primeiro lugar, à reconstitucionalização do país: recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o

¹⁰⁶ Disso resulta que, mesmo renunciando, o parlamentar estará sujeito à inelegibilidade de oito anos, prevista na Lei Complementar nº 64, de 18.05.90, com a redação dada pela Lei Complementar nº 81, de 13.04.94.

¹⁰⁷ Refletindo esse sentimento, o presidente do Senado Federal e do Congresso Nacional, em entrevista à Revista *Veja*, de 2 abr. 2008, p. 13-4, declarou: "O Congresso deixou de votar, de legislar, de cumprir sua função. É uma agonia lenta que está chegando a um ponto culminante. Essa questão das medidas provisórias é emblemática da crise do Legislativo, que não é mais uma voz da sociedade, na é mais uma caixa de ressonância da opinião pública. Está meio sem função. O Congresso está na UTI, e ninguém do mundo político percebe que esse desapareço pelo Poder Legislativo é uma coisa que está minando as suas bases de sustentação (...). Hoje, o Congresso só quer atuar na fiscalização de outros poderes, através das CPIs, mas esquece que precisa antes fazer uma faxina dentro de casa".

¹⁰⁸ No mesmo ano em que se registra o vigésimo aniversário da Constituição de 1988, está sendo comemorado, por iniciativa do Supremo Tribunal Federal (v. Portaria nº 14, de 31.01.2007, da Ministra Ellen Gracie, então presidente da Corte), o "bicentenário do Judiciário independente no Brasil". A contagem do tempo toma como marco a instalação no Rio de Janeiro, em 10 de maio de 1808, da Casa de Suplicação, mais alta Corte de Justiça portuguesa, que deu origem ao Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema, v. Roberta Jansen, Supremo Tribunal Federal tropical, *Caderno História do Jornal O Globo*, 17 mai. 2008.

Executivo. Uma segunda razão foi o aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira. De fato, sob a Constituição de 1988, houve uma revitalização da cidadania e uma maior conscientização das pessoas em relação à proteção de seus interesses. Além disso, o texto constitucional criou novos direitos e novas ações, bem como ampliou as hipóteses de legitimação extraordinária e de tutela coletiva. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo¹⁰⁹.

Aos fatores mencionados acima – ascensão institucional do Judiciário e aumento da demanda por justiça – somam-se inúmeros outros que contribuíram para alçar a atuação de juízes e tribunais a uma posição central na vida pública contemporânea. De fato, circunstâncias como a amplitude da Constituição, a combinação da jurisdição constitucional concentrada e difusa, bem como a constitucionalização do Direito (v. *infra*) deram lugar a um fenômeno muito visível no Brasil contemporâneo: a judicialização das relações políticas e sociais. Judicialização, entenda-se bem, não se confunde com usurpação da esfera política por autoridades judiciárias, mas traduz o fato de que muitas matérias controversas se inserem no âmbito de alcance da Constituição e podem ser convertidas em postulações de direitos subjetivos, em pretensões coletivas ou em processos objetivos¹¹⁰. Assim, o Supremo Tribunal Federal ou outros órgãos judiciais têm dado a última palavra em temas envolvendo separação de Poderes, direitos fundamentais, políticas públicas, constitucionalidade de planos econômicos, preservação ambiental, demarcação de terras indígenas e mesmo em questões do dia a dia. Não é difícil ilustrar a tese.

Inúmeros programas de governo ou decisões políticas importantes, veiculadas, inclusive, por via de emendas à Constituição, tiveram sua deliberação definitiva em ações perante o Supremo Tribunal Federal. Antes que tudo, a Corte firmou sua própria competência para o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais¹¹¹. Em matéria de Reforma do Judiciário, a criação do Conselho Nacional de Justiça só foi possível após chancela do STF, por decisão majoritária¹¹². As diferentes Reformas da Previdência geraram

¹⁰⁹ Uma das principais reformas constitucionais do período foi a do Judiciário, materializada na EC nº 45, de 31.12.2004, que criou o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público, institucionalizou figuras processuais como a súmula vinculante e a repercussão geral, previu a possibilidade de federalização dos crimes contra os direitos humanos e de se dar *status* constitucional aos tratados sobre direitos humanos, democratizou o acesso aos órgãos especiais dos tribunais de justiça e instituiu um direito fundamental à razoável duração do processo, em meio a outras providências.

¹¹⁰ Em seu discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, em 23 de abril de 2008, o Ministro Gilmar Mendes se manifestou sobre o ponto: “Não há ‘judicialização da política’, pelo menos no sentido pejorativo do termo, quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direitos”. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/posseGM.pdf>. Acesso em 25 abr. 2008.

¹¹¹ STF, *DJU* 18 mar. 1994, ADIn nº 939-DF, Rel. Min. Sydney Sanches: “Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituinte originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição”.

¹¹² STF, *DJU* 17 mar. 2006, ADIn nº 3367-DF, Rel. Min. Cezar Peluso.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

embates judiciais, tanto em relação aos limites máximos dos benefícios¹¹³ como no tocante à contribuição de inativos, que foi rejeitada quando instituída por lei¹¹⁴, mas admitida quando veiculada pela EC nº 41, de 2003¹¹⁵. Nas discussões envolvendo o sistema político, o STF se pronunciou sobre a não aplicação das novas regras sobre coligações (fim da verticalização) às eleições que se realizariam em menos de um ano¹¹⁶, derrubou a cláusula de barreira¹¹⁷, determinou a redução do número de vereadores nas Câmaras Municipais¹¹⁸ e impôs regra sobre fidelidade partidária, superando longa inércia do Legislativo na matéria¹¹⁹.

Em matéria de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal entendeu que eles não se esgotam no elenco do art. 5º da Constituição, podendo ser encontrados fora dele, como é o caso do direito à anterioridade da lei tributária¹²⁰. Em decisão histórica,

¹¹³ STF, *DJU* 16 mai. 2003, ADIn nº 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches. O STF deu interpretação conforme a Constituição ao art. 14 da EC nº 20, de 1998, para excluir do limite máximo dos benefícios pagos pela Previdência Social o salário da licença gestante, em nome da proteção da maternidade e da não discriminação da mulher no mercado de trabalho.

¹¹⁴ STF, *DJU* 12 abr. 2002, ADIn-MC nº 2.010-DF, Rel. Min. Celso de Mello.

¹¹⁵ STF, *DJU* 18 fev. 2005, ADIn nº 3105-DF, Rel. p/ ac. Min. Cezar Peluso.

¹¹⁶ STF, *DJU* 10 ago. 2006, ADIn nº 3.685-DF, Rel. Min. Ellen Gracie. O STF entendeu que a EC nº 52, de 8.03.2006, com novas regras sobre coligações partidárias (extinguindo a denominada "verticalização"), não poderia ser aplicada nas eleições que se realizariam a menos de sete meses de sua promulgação, violando a anterioridade exigida pelo art. 16 da Constituição.

¹¹⁷ STF, *DJU* 30 mar. 2007, ADIn nº 1.351-DF, Rel. Min. Marco Aurélio. O Tribunal considerou inconstitucionais dispositivos legais que condicionavam o funcionamento parlamentar a determinado desempenho eleitoral, o que acabaria limitando de maneira drástica a participação de alguns partidos no Fundo Partidário, bem como o tempo de que dispormam para a propaganda partidária nos meios de comunicação.

¹¹⁸ STF, *DJU* 7 mai. 2004, RE nº 197.971-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa. A Corte determinou que o número de vereadores fosse reduzido, para ser fixado proporcionalmente à população dos Municípios, nos termos do art. 29, IV da Constituição. Em nome do princípio da segurança jurídica, deu-se à decisão efeitos prospectivos.

¹¹⁹ STF, *Inf.STF* 482, j. 3 e 4 out. 2007, MS nº 26.602-DF, MS nº 26.603-DF e MS nº 26.604-DF, Rel. Mins. Eros Grau, Celso de Mello e Carmen Lúcia. O STF chancelou o entendimento manifestado pelo TSE de que "os partidos políticos e as coligações partidárias têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, se, não ocorrendo razão legítima que o justifique, registrar-se ou o cancelamento de filiação partidária ou a transferência para legenda diversa, do candidato eleito por outro partido".

¹²⁰ STF, *DJU* 18 mar. 1994, ADIn nº 939-DF, Rel. Min. Sydney Sanches. Veja-se, a propósito, passagem do voto do Min. Carlos Mário Velloso: "No que tange ao princípio da anterioridade, deixei expresso o meu pensamento de que as garantias dos contribuintes, inscritas no art. 150 da Constituição, são intangíveis à mão do constituinte derivado, tendo em vista o disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição".

LUÍS ROBERTO BARROSO

repudiou o racismo anti-semita¹²¹. Decidiu, igualmente, ser inconstitucional dispositivo de lei que vedava a progressão de regime prisional para os condenados pela prática de crimes hediondos¹²². Em memorável julgamento, considerou constitucional a lei que autoriza e disciplina as pesquisas com células-tronco embrionárias¹²³. Em meados de 2008, ainda se encontravam pendentes de julgamento, dentre diversas outras ações, a ADPF acerca da legitimidade ou não da interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos¹²⁴ e outra ADPF na qual se discute a extensão do regime jurídico da união estável às parcerias homafetivas¹²⁵.

No tocante às comissões parlamentares de inquérito, o sentido da cláusula constitucional “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” foi progressivamente fixada pelo STF. Ao definir o limite das competências das CPIs, o Tribunal admitiu a possibilidade de elas ordenarem, sem intermediação judicial, a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico (para fins de obtenção de dados e de registros, não de interceptação), desde que exista causa provável (i.e., indícios suficientes) e motivação prévia. Deverão, por outro lado, respeitar o direito à não-incriminação e não podem exercer competências decisórias de cunho materialmente jurisdicional, como decretação da indisponibilidade de bens ou prisão¹²⁶. O STF estabeleceu, também, que a instalação de uma CPI é prerrogativa das minorias parlamentares e, preenchidos os requisitos constitucionais, não pode ser frustrada por ação ou omissão das majorias¹²⁷.

A lista poderia prosseguir, indefinidamente, para incluir temas como a vedação do nepotismo, a limitação à criação de Municípios, o combate à guerra fiscal entre Estados, o teto remuneratório dos servidores públicos, a revitalização do mandado de injunção, a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, em meio a muitos outros. Como inevitável, essa

¹²¹ STF, *DJU* 19 mar. 2004, HC n° 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa. Da ementa do julgado constam as seguintes passagens que merecem destaque: “10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. (...) 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica”.

¹²² STF, *DJU* 1º set. 2006, HC n° 82.959-SP: “Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n° 8.072/90”.

¹²³ STF, ADIn n° 3.510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

¹²⁴ STF, ADPF n° 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

¹²⁵ STF, ADPF n° 132, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

¹²⁶ STF, *DJU* 12 mai. 2000, MS n° 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

¹²⁷ STF, *DJU* 4 ago. 2006, MS n° 24.831-DF, Rel. Min. Celso de Mello.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

expansão do papel do Poder Judiciário, notadamente do STF, acende o debate acerca da legitimidade democrática de sua atuação. Não é o caso de se aprofundar, nessa instância, a reflexão sobre o tema, salvo para breve registro. O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais, deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

Por fim, uma referência ao que a Constituição denominou de “funções essenciais à justiça”. O Ministério Público viu consagrada sua independência político-administrativa e financeira, teve reconhecido um conjunto amplo de funções próprias e, ao lado do Judiciário, viveu, sob a Constituição de 1988, uma fase de expressiva ascensão institucional. Ao lado do seu papel proeminente no processo penal, o Ministério Público tem experimentado uma significativa expansão do seu papel em matéria cível e administrativa, com intensa atuação na tutela do meio ambiente, do consumidor e da moralidade administrativa. Em meados de 2008, ainda se encontrava pendente de decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de promotores e procuradores conduzirem diretamente a investigação criminal¹²⁸. A Advocacia-Geral da União, por sua vez, foi criada pela Constituição de 1988 e implantada a partir de 1993¹²⁹, consumando a separação entre a defesa da sociedade, que cabe ao Ministério Público, e a defesa da Fazenda Pública, que cabe aos advogados da União. As Procuradorias-Gerais dos Estados encontram-se estruturadas em todas as unidades federativas, o que já não é o caso das Defensorias Públicas, que em muitos Estados não existem ou estão sujeitas a condições extremamente precárias. Tal fato, como intuitivo, compromete o acesso à justiça das pessoas necessitadas.

A advocacia, liderada pela Ordem dos Advogados do Brasil, vencida a batalha pela consolidação democrática, vive as complexidades inerentes à prática profissional contemporânea. Ao mesmo tempo em que procura assegurar ensino jurídico de qualidade e conduzir processos de seleção que preservem a proficiência dos profissionais que ingressam no mercado de trabalho, a Ordem enfrenta as incompreensões rotineiras em relação à profissão, procurando resguardar as prerrogativas dos advogados e

¹²⁸ A matéria está sendo discutida no HC nº 84.548, Rel. Min. Marco Aurélio.

¹²⁹ Prevista no art. 131 da Constituição, foi organizada pela Lei Complementar nº 73, de 10.02.93, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

confrontando-se, por vezes, com os arroubos policialescos do Estado brasileiro¹³⁰.

PARTE III AS TRANSFORMAÇÕES DA TEORIA CONSTITUCIONAL

Nas últimas duas décadas, a teoria constitucional, sob a influência de movimentos históricos, políticos e doutrinários – domésticos e internacionais –, passou por um processo de reelaboração extenso e profundo. Tais concepções inovadoras são a seguir sistematizadas em três grandes blocos: a conquista de *status* normativo e de efetividade pela Constituição; o surgimento de um novo constitucionalismo, sobre bases filosóficas e teóricas diversas; e a constitucionalização do Direito, vale dizer, a irradiação dos valores e princípios constitucionais por todo o sistema jurídico.

VIII. A DOCTRINA BRASILEIRA DA EFETIVIDADE

Na ante-véspera da convocação da constituinte de 1988, era possível identificar um dos fatores crônicos do fracasso na realização do Estado de direito no país: a falta de seriedade em relação à Lei Fundamental, a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser. Dois exemplos emblemáticos: a Carta de 1824 estabelecia que a “a lei será igual para todos”, dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Outro: a Carta de 1969, outorgada pelo Ministro da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, assegurava um amplo elenco de liberdades públicas inexistentes e prometia aos trabalhadores um pitoresco rol de direitos sociais não desfrutáveis, que incluíam “colônias de férias e clínicas de repouso”. Buscava-

¹³⁰ Em seu discurso na posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência do Supremo Tribunal Federal, em 23 de abril de 2008, assinalou o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Cezar Britto: “Aqui, a ‘lógica policialesca’ também ousa se instaurar. Volta-se a dizer que bandido bom é bandido morto, especialmente quando metralhado exemplarmente do alto de um helicóptero. Começa-se a pregar que no combate ao crime tudo é permitido. Dados da CPI dos Grampos revelam que mais de quatrocentas mil escutas telefônicas foram autorizadas judicialmente. E, longe de combatê-las ou coibir o seu abuso, as autoridades, hoje, disputam quem tem o maior poder de bisbilhotagem sobre a vida dos outros. (...) Por essa razão, a OAB tem se empenhado em denunciar ações que atropelam fundamentos elementares do Estado Democrático de Direito, a começar pelas prerrogativas da advocacia - que são, na verdade, prerrogativas do cidadão, já que a ele, à sua defesa, se destinam. Deflagram-se operações que põe em cena um arsenal de práticas ilegais e autoritárias: grampos ambientais em escritórios de advocacia, prisões espalhafatosas, cerceamento do trabalho dos advogados e a criminalização da própria atividade advocatícia. Quase sempre essas operações findam na libertação da maioria dos detidos, com ações de reparação junto à Justiça, por danos morais, a serem pagas pelo contribuinte”. V. <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocezarbritto.pdf>, acesso em 25.04.2008.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

se na Constituição, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, era a falta de efetividade das normas constitucionais. Indiferentes ao que prescrevia a Lei Maior, os estamentos perenemente dominantes construíam uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado.

É bem de ver que o próprio reconhecimento de força normativa às normas constitucionais é conquista relativamente recente no constitucionalismo do mundo romano-germânico¹³¹. No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como *doutrina brasileira da efetividade*¹³². Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas das crônicas disfunções da formação nacional, registradas acima, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Como consequência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio da *ação* e da *jurisdição* –, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais¹³³.

Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que se tornou fonte de direitos e de obrigações, independentemente da intermediação do legislador. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O

¹³¹ Sobre o tema, v. Konrad Hesse, *La fuerza normativa de la Constitución*. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983. Trata-se da tradução para o espanhol de um ensaio seminal, publicado em 1958. V. tb., Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2006. No modelo que vigorou na Europa até o segundo pós-guerra, a Constituição não era vista como uma norma invocável perante os tribunais. As proposições nela contidas funcionavam como mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. Somente quando tais conteúdos eram desenvolvidos por atos do parlamento ou por atos administrativos, é que se tornavam exigíveis judicialmente.

¹³² Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2006 (a primeira versão do texto é de 1987).

¹³³ Aqui cabe lembrar que o constitucionalismo europeu seguiu trajetória diversa do americano até a segunda metade do século passado, quando iniciou um percurso de aproximação. Nos Estados Unidos, desde a primeira hora, a Constituição foi vista como um documento jurídico, dotado de supremacia e força normativa, passível de aplicação direta pelos tribunais. V. *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803.

positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em *reduzir* o direito à norma, mas sim em *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania.

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter atuação decisiva na realização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se registrou acima, de uma metodologia *positivista*: direito constitucional é norma; e de um critério *formal* para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base *pós-positivista*, como a teoria dos princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e o mínimo existencial.

IX. NEOCONSTITUCIONALISMO OU O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL

O direito constitucional, nas últimas décadas, notadamente no mundo romano-germânico, passou por um vertiginoso conjunto de transformações que modificaram o modo como ele é pensado e praticado. É possível reconstituir essa trajetória, objetivamente, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico. Neles estão contidas as idéias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

O marco *histórico* do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. Como assinalado no presente estudo, sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição promoveu uma transição democrática bem sucedida e assegurou ao país estabilidade institucional, mesmo em momentos de crise aguda. Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. O surgimento de um *sentimento constitucional* no país é algo que merece ser celebrado¹³⁴. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

¹³⁴ Sobre o sentido e alcance dessa expressão, v. Pablo Lucas Verdú, *O sentimento constitucional*, 2004.

VINTEANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

O marco *filosófico* das transformações aqui descritas é o pós-positivismo¹³⁵. Em certo sentido, apresenta-se ele como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando da sua elaboração. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética¹³⁶.

Por fim, o marco *teórico* do novo direito constitucional envolve três conjuntos de mudanças de paradigma. O primeiro, já referido, foi o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata, transformando-se em fundamentos rotineiros das postulações de direitos e da argumentação jurídica. O segundo foi a expansão da jurisdição constitucional. No mundo, de uma maneira geral, esse fenômeno se manifestou na criação de tribunais constitucionais na grande maioria dos Estados democráticos. No Brasil, em particular, materializou-se ele

¹³⁵ Autores pioneiros nesse debate foram: John Rawls, *A theory of justice*, 1980; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977; e Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997 (1ª. ed. Alemã 1986). Sobre o tema, vejam-se também: Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: lei, derechos, justicia*, 2005 (1ª. ed. 1992); e Ernesto Garzón Valdés e Francisco J. Laporta, *El derecho y la justicia*, 2000 (1ª. ed. 1996). No Brasil, vejam-se: Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 2004; Luís Roberto Barroso, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003; e Antonio Carlos Diniz e Antônio Carlos Cavalcanti Maia, *Pós-positivismo*. In: Vicente Barreto (org.), *Dicionário de filosofia do direito*, 2006. A propósito do sentido do termo, v. a pertinente observação de Albert Calsamiglia, *Postpositivismo*, *Doxa* 21:209, 1998, p. 209: “En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política”.

¹³⁶ V. Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*, 2005, p. 41: “De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de ‘virada kantiana’ (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas idéias”.

LUÍS ROBERTO BARROSO

na atribuição do direito de propositura de ações constitucionais diretas a um longo elenco de órgãos e entidades, o que permitiu fossem levadas ao Supremo Tribunal Federal algumas das grandes questões do debate político, social e moral contemporâneo. A terceira grande transformação teórica se verificou no âmbito da hermenêutica jurídica, com o surgimento de um conjunto de idéias identificadas como *nova interpretação constitucional*. Nesse ambiente, foram afetadas premissas tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como foram elaboradas ou reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica¹³⁷.

X. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

“Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma”¹³⁸. O fenômeno da constitucionalização do Direito tem como ponto de partida a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde foi deslocado o Código Civil¹³⁹. No Brasil, a partir de 1988 e, especialmente, nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. Compreendida como uma ordem objetiva de valores, transformou-se no filtro através do

¹³⁷ Sobre a interpretação constitucional contemporânea, v. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2008, especialmente o capítulo “Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional”.

¹³⁸ A primeira parte da frase (“Ontem os Códigos; hoje as Constituições”) foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB: “Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer”.

¹³⁹ V. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 6: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”. Vejam-se, também, Maria Celina B. M. Tepedino, A caminho de um direito civil constitucional, *RDC* 65:21, 1993 e Gustavo Tepedino, O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil-constitucional*, 2001.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

qual se deve ler todo o ordenamento jurídico¹⁴⁰.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

A constitucionalização do Direito produz impacto relevante sobre todos os ramos jurídicos. No direito civil, exemplificativamente, além da vinda para a Constituição de princípios e regras que repercutem sobre as relações privadas – e.g., função social da propriedade, proteção do consumidor, igualdade entre cônjuges, igualdade entre filhos, novas formas de entidade familiar reconhecidas –, houve o impacto revolucionário do princípio da dignidade da pessoa humana. A partir dele, tem lugar uma *despatrimonialização*¹⁴¹ e uma *repersonalização*¹⁴² do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica. A aplicação dos direitos

¹⁴⁰ Na Alemanha, a idéia da Constituição como ordem objetiva de valores, que condiciona a leitura e interpretação de todos os ramos do Direito, foi fixada no julgamento do célebre caso *Liith*, julgado em 1958, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que assentou: “*Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho*” (Jürgen Schwabe, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003, Sentencia 7, 198). No caso concreto, o Tribunal considerou que a conduta de um cidadão convocando ao boicote de determinado filme, dirigido por cineasta de passado ligado ao nazismo, não violava os bons costumes, por estar protegida pela liberdade de expressão.

¹⁴¹ O termo foi colhido em Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 33. Aparentemente, o primeiro a utilizá-lo foi Carmine Donisi, Verso la ‘despatrimonializzazione’ del diritto privato. In: *Rassegna di diritto civile* 80, 1980 (conforme pesquisa noticiada em Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 115).

¹⁴² Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, *Revista Trimestral de Direito Civil* 4:243, 2000: “(A) aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da *repersonalização* imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da proteção da dignidade humana em relação às relações jurídicas patrimoniais”. A respeito da *repersonalização* do direito civil, v. também Adriano de Cupis, *Diritti della personalità*, 1982.

fundamentais às relações privadas também passou a ser um tema objeto de crescente interesse¹⁴³. No direito administrativo, a constitucionalização produziu mudanças doutrinárias e jurisprudenciais importantes, que incluíram a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a vinculação do administrador à noção mais ampla de juridicidade e não apenas à lei e a possibilidade de controle de mérito do ato administrativo, com base em princípios como razoabilidade, moralidade e eficiência¹⁴⁴.

XI. CONCLUSÃO

A VITÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

XI.1. O QUE FICOU POR FAZER

A comemoração merecida dos vinte anos da Constituição brasileira não precisa do falseamento da verdade. Na conta aberta do atraso político e da dívida social, ainda há incontáveis débitos. Subsiste no país um abismo de desigualdade, com recordes mundiais de concentração de renda e déficits dramáticos em moradia, educação, saúde, saneamento. A lista é enorme. Do ponto de vista do avanço do processo civilizatório, também estamos para trás, com índices inaceitáveis de corrupção, deficiências nos serviços públicos em geral – dos quais dependem, sobretudo, os mais pobres – e patamares de violência que se equiparam aos de países em guerra¹⁴⁵. Por outro lado, o regime de 1988 não foi capaz de conter a crônica voracidade fiscal do Estado brasileiro, um dos mais onerosos do mundo para o cidadão-contribuinte. Sem mencionar que o sistema tributário constitui um cipocal de tributos que se superpõem e cuja complexidade exige a manutenção de estruturas

¹⁴³ Sobre este tema, v. Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005.

¹⁴⁴ V. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003; Gustavo Binbenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de direito administrativo* 239:1, 2005; Daniel Sarmiento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados*, 2005; e Humberto Ávila, Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, *Revista Trimestral de Direito Público* 24:159, 1999. V. tb. Diogo Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, 2000; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003; e Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 1998.

¹⁴⁵ V. Ilona Szabó de Carvalho e Pedro Abramovay, O custo da violência. In: *O Globo*, 14 mar. 2008, p. 7, Opinião. À época em que publicaram o artigo, os autores eram, respectivamente, Coordenadora do Programa de Segurança Humana do Viva Rio e Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça: “O país perde cerca de 50.000 brasileiros por ano, vítimas de homicídio. Segundo o IPEA, as perdas econômicas para a nação com a violência são de mais de 90 bilhões de reais por ano. A maior concentração de violência ocorre nas periferias das grandes cidades, locais de enorme desagregação social, sobretudo em consequência da ausência de políticas públicas consistentes para essas regiões”. Sobre o tema da segurança pública, v. Cláudio Pereira de Souza Neto, A segurança pública na Constituição Federal de 1988, *Revista de Direito do Estado* 8:19, 2007.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ESTADO A QUE CHEGAMOS

administrativas igualmente custosas. Há, todavia, uma outra falha institucional, que por sua repercussão sobre todo o sistema, compromete a possibilidade de solução adequada de tudo o mais.

Nos vinte anos de sua vigência, o ponto baixo do modelo constitucional brasileiro e dos sucessivos governos democráticos foi a falta de disposição ou de capacidade para reformular o sistema político. No conjunto de desacertos das últimas duas décadas, a política passou a ser um fim em si mesma, um mundo à parte, desconectado da sociedade, visto ora com indiferença, ora com desconfiança. As repetidas crises produzidas pelas disfunções do financiamento eleitoral, pelas relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e pelo exercício de cargos públicos para benefício próprio têm trazido, ao longo dos anos, uma onda de ceticismo que abate a cidadania e compromete sua capacidade de indignação e de reação. A verdade, contudo, é que não há Estado democrático sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem parlamento atuante e investido de credibilidade. É preciso, portanto, reconstruir o conteúdo e a imagem dos partidos e do Congresso, assim como exaltar a dignidade da política. O sistema político brasileiro, por vicissitudes diversas, tem desempenhado um papel oposto ao que lhe cabe: exacerba os defeitos e não deixa florescer as virtudes.

É preciso desenvolver um modelo capaz de resgatar e promover valores como legitimidade democrática, governabilidade e virtudes republicanas¹⁴⁶, produzindo alterações profundas na prática política¹⁴⁷. Há inúmeras propostas na matéria, apesar da pouca disposição para o debate. Uma delas defende para o Brasil, como sistema de governo, o semipresidencialismo, nos moldes de França e Portugal; como sistema eleitoral, a fórmula do voto distrital misto, que vigora, por exemplo, na Alemanha; e, como sistema partidário,

¹⁴⁶ A expressão "virtudes republicanas" é aqui utilizada para designar a preservação da integridade pessoal dos agentes públicos e a observância de padrões éticos de gestão da coisa pública, que levem à promoção do interesse público, e não dos interesses particulares dos governantes ou de terceiros identificados. Tais virtudes se expressam nos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da finalidade pública na ação política e administrativa. A expressão também é freqüentemente empregada, no debate político, para denotar o exercício consciente e ativo da cidadania.

¹⁴⁷ Com efeito, é preciso: 1. em relação à *legitimidade democrática*: a) propiciar maior identificação entre sociedade civil e classe política, com aumento da coerência entre discurso e prática, e maior visibilidade e controlabilidade da atividade parlamentar; b) conferir maior autenticidade programática aos partidos políticos, fomentando a fidelidade e mitigando a pulverização partidária; e c) reduzir a influência do poder econômico no processo eleitoral, com o barateamento das campanhas, a limitação dos gastos e, eventualmente, o financiamento público; 2. em relação à *governabilidade*: a) facilitar a formação de maiorias de sustentação política do governo; b) institucionalizar as relações entre Executivo e Legislativo, com predomínio dos partidos e não do poder individual atomizado de cada parlamentar; e c) criar mecanismos de superação de crises políticas, que impeça a longa agonia de governos que perderam sua base de apoio no parlamento e na sociedade; 3. Em relação às *virtudes republicanas*: a) eliminar o poder de barganha individual de cada parlamentar, gerador de mecanismos de troca de favores por votos; b) tornar o debate político mais programático e menos clientelista; e c) esvaziar a necessidade de loteamento de órgãos públicos e de distribuição de cargos em troca de apoio.

um modelo fundado na fidelidade e na contenção da pulverização dos partidos políticos¹⁴⁸.

XI.2. O QUE SE DEVE CELEBRAR

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. O imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institucional, que procura combinar Estado de direito (supremacia da lei, *rule of the law*, *Rechtsstaat*) e soberania popular, a melhor forma de realizar os anseios da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância e – quem sabe? – até felicidade. Para evitar ilusões, é bom ter em conta que as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem do plano das idéias vitoriosas para a plenitude do mundo real. O curso do processo civilizatório é bem mais lento do que a nossa ansiedade por progresso social. O rumo certo, porém, costuma ser mais importante do que a velocidade.

O modelo vencedor chegou ao Brasil com atraso, mas não tarde demais, às vésperas da virada do milênio. Os últimos vinte anos representam, não a vitória de uma Constituição específica, concreta, mas de uma idéia, de uma atitude diante da vida. O constitucionalismo democrático, que se consolidou entre nós, traduz não apenas um modo de ver o Estado e o Direito, mas de desejar o mundo, em busca de um tempo de justiça, fraternidade e delicadeza. Com as dificuldades inerentes aos processos históricos complexos e dialéticos, temos nos libertado, paulatinamente, de um passado autoritário, excludente, de horizonte estreito. E vivido as contradições inevitáveis da procura do equilíbrio entre o mercado e a política, entre o privado e o público, entre os interesses individuais e o bem coletivo. Nos duzentos anos que separam a chegada da família real e o vigésimo aniversário da Constituição de 1988, passou-se uma eternidade.

¹⁴⁸ V. Luís Roberto Barroso, A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil, *Revista de Direito do Estado* 3:287, 2006.