

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 AOS VINTE E CINCO ANOS. BALANÇO CRÍTICO.

The Brazilian Constitution of 1988 and its twenty-five years. Critical Assessment.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹

SUMÁRIO I. Introdução. II. Os méritos da Constituição. III. A governança. IV. O sistema eleitoral e partidário. V. Alterações e mudanças na Constituição. VI. Observações finais.

RESUMO O texto analisa com precisão a evolução da Constituição Federal brasileira de 1988, com destaque aos seus méritos e, também, examina de forma crítica os temas da governança, sistema eleitoral e partidário, finalizando com reflexões sobre as consequências destas alterações e mudanças incorporadas ao longo dos vinte e cinco anos de vigência.

ABSTRACT The text accurately analyzes the evolution of the Brazilian Federal Constitution of 1988, highlighting its merits, and also critically examines the themes of governance, electoral and party system and the consequences of changes and mutations incorporated over twenty-five years of effectiveness.

Palavras-chaves: Constituição. Brasileira. Vinte e Cinco Anos. Méritos. Governança. Sistema Eleitoral. Sistema Partidário. Alterações. Mudanças.

Keywords: Constitution. Brazilian. Twenty-Five Years. Merits. Governance. Electoral System. Party System. Amendments. Mutations.

I. INTRODUÇÃO

1. O vigésimo quinto aniversário da Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, é ocasião oportuna para o registro de sua evolução, bem como de seus méritos e deméritos. É o que se vai agora fazer.

2. Para tanto, cumpre de início recordar o momento e o contexto em que foi editada.

A Lei Magna de 1988 marca o final de um processo de reinstitucionalização do país. Este processo, desencadeado em 1979, quando foi revogado o Ato

¹ Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP. Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de *Aix-en-Provence* (França). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

² Completado em 25/10/2013.

Institucional nº 5/68³ encaminhou-se para o término, quando a Emenda Constitucional nº 26/85 determinou, no art. 1º:

Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

3. Quanto ao seu contexto, basta esboçá-lo em longos traços.

No plano internacional, ainda existia a União Soviética, com todos os seus satélites e o seu prestígio ideológico. Cuba ainda era vista como um modelo desejável (e ainda o é para saudosistas).

No plano nacional, havia o entusiasmo por um recomeço, falava-se na *Nova República*. Neste reinício, combinavam-se vários ingredientes. Os principais eram:

Politicamente, o anseio pela democracia e a liberdade; o horror ao passado, como se nenhum ponto positivo nele houvesse existido, o que fez com que a Constituição houvesse sido feita “*olhando pelo retrovisor*”; a esperança num socialismo mais à moda da Revolução dos Cravos do que de Moscou, com a crença num Estado assistencialista; o culto aos direitos fundamentais, particularmente aos direitos sociais; o sentimento de culpa relativamente aos indígenas; o temor às repressões...

Juridicamente, a admiração pela Constituição portuguesa de 1976, o entusiasmo pela Constituição dirigente, a confiança num papel político por parte ao Judiciário a corrigir omissões e efetivar políticas e direitos; o devotamento aos princípios; a multiplicação dos meios de defesa contra acusações... etc.

Foi adotada com ampla participação de todos os segmentos sociais, o que deu lugar a uma forte pressão de grupos que lograram inscrever no texto seus principais interesses. A isto muito facilitou a ideia de fazer dirigente a Constituição, numa versão à brasileira das ideias de Canotilho.

4. Ora, o texto elaborado em 1987/1988 reflete esse contexto e esses idealismos. E também o velho fenômeno do “copismo”, conquanto os modelos tenham mudado...

É ele longo e detalhista – exatamente por ter a pretensão de ser dirigente – generoso nos direitos e nas promessas (que seriam – esperava-se – concretizadas por medidas judiciais, se necessário). É liberal quanto às liberdades, também quanto a medidas sociais. Abre enorme campo para a atuação dos juizes, tanto no controle de constitucionalidade, como na defesa de interesses difusos.

³ Este permanecia vigente, inscrito como tal na Constituição de 1967, na redação estabelecida pela Emenda nº 1/69 (art. 182), até que a Emenda nº 11/78 a revogou.

Dá ao Estado um imenso campo de ação, seja no plano econômico, seja no plano social. Engessa-lhe, todavia, a organização em muitos pontos, por exemplo, quanto à administração pública e ao estatuto do servidor, inclusive regime previdenciário, ao querer preordenar a disciplina legal dessa matéria.

Abre o terreno para a multiplicação dos partidos, idealizados como expressão de ideias e programas. Liberta, porém, os parlamentares das cadeias da fidelidade...

Entretanto, no plano da governança, não é inovador. Conserva o regime, dando prevalência absoluta ao Presidente da República (a proposta parlamentarista havendo sido rejeitada). Reforça-lhe até os poderes, mantendo-lhe o poder de legislar que se condenava na Constituição anterior.

E – complete-se o panorama – quanto à estrutura do Estado, mantém um federalismo centrado no poder da União, embora valorize formalmente os Municípios erigidos em componentes da República Federativa.

5. Nestes vinte e cinco anos de vigência, a aplicação de suas normas manteve, quando não exacerbou, traços já visíveis no texto. Por exemplo, quanto ao presidencialismo e quanto ao federalismo. Foi o seu texto alterado 80 vezes por Emendas – as seis ditas de revisão e mais 74 ordinárias, afora um trato incorporado. Isto se explica, por um lado, pela necessidade de romper o quadro petrificado como dirigente, em face de novos tempos (e em razão de ônus financeiros, como o pesado custo da previdência, daí, porém, sucessivas “reformas” em relação a esta). Nem se falando no vezo bem nacional de supor resolvido um problema social se se editar uma norma criando direito. Faltam habitações? Institui-se o direito à moradia....

A Constituição muito mudou, não só em decorrência dessas alterações formais por Emendas, como informalmente, em especial pela atuação do Judiciário e especialmente do Supremo Tribunal Federal, ao pretender interpretá-la e concretizá-la.

Igualmente, a sua vivência fez patentes alguns efeitos perversos que hoje se manifestam ostensivamente.

6. Aprofunde-se um pouco a análise. Primeiro, destacando seus méritos. Depois, apontando e discutindo alguns problemas que dela, direta ou indiretamente, decorrem. Se estes ocupam mais espaço que as virtudes, disto a razão é simples: a crítica é inspirada pelo desejo de apontar distorções, riscos, inconvenientes que merecem solução ou correção. Claro que numa visão pessoal, mas *sine ira ac studio*.

II. OS MÉRITOS DA CONSTITUIÇÃO

7. Considerando globalmente a vivência destes vinte e cinco anos, o grande mérito da Constituição é o de haver ensejado liberdade política e democracia. E, para usar um termo desusado, progresso.

Hoje, é plena a liberdade política, o que se faz evidente em múltiplos aspectos. Existe liberdade de crença ideológica, com os seus consectários – liberdade de expressão do pensamento, de imprensa, de manifestação, de atuação partidária. Existe liberdade pessoal em face do Estado, num nível certamente maior que no passado.

É também plena a democracia, com eleições livres e alternância no poder.

Igualmente, neste período, o país progrediu, tornou-se mais rico, mais moderno.

8. Sem dúvida, poder-se-ia discutir se esses resultados positivos são obra da Constituição. Ou são fruto de uma evolução das mentalidades, de medidas adotadas antes dela, de mudanças no quadro internacional.

Essas ressalvas têm seu valor. A liberdade política e a democracia muito devem ao abandono, de um lado, da pretensão de tomar o poder pela revolução, a fim de estabelecer um ideal ideológico milenarista, de outro, da tentação de tudo resolver autoritariamente. Esta mudança de mentalidade tem a ver, de um ângulo, com o fim do expansionismo soviético e com o fracasso da tentativa de tomar o poder por caminhos outros que a eleição, de outro, com o reconhecimento de que o resultado obtido autoritariamente, não corresponde ao ônus assumido, mormente a médio prazo. O progresso econômico resulta de um processo de desenvolvimento que tem mais de cinquenta anos; da modernização dos meios de comunicação, que vem dos anos setenta; de medidas como a liberação da pesquisa do petróleo, por exemplo, extremamente contestadas quando adotadas.

Mas é incontestável que a Constituição tem pelo menos o mérito de não ter bloqueado a evolução do quadro político, econômico e social – ao contrário, o estimulou – e, sobretudo, de haver legitimado o processo de desenvolvimento em suas diferentes facetas.

É verdade que, no que tange ao desenvolvimento econômico, por exemplo, isto se fez, ignorando-se muito do preceituado no capítulo sobre a atividade econômica – por exemplo, o planejamento determinante (art. 174, *in fine*⁴). Ou a discriminação de empresas com capital estrangeiro, como estava no art. 171, logo revogado⁵.

9. Os méritos apontados não significam a ausência de nuvens a obscurecê-los. Abusos deturpam a liberdade política, a segurança pessoal é abalada pela

⁴ Em entrevista publicada em 2 de outubro deste ano, o Ex-Presidente da república e líder incontestado do PT, Luís Inácio Lula da Silva, reconhece que o Brasil seria ingovernável se as propostas apresentadas na Constituinte por seu partido, que eram consubstanciadas num anteprojeto elaborado pelo Prof. Fábio Konder Comparato, houvessem sido acolhidas por inteiro. (*O Estado de S. Paulo*, p. A-7). Nisto, o mérito é do grupo de parlamentares que se tornou conhecido por *Centrão*, na época vilipendiado por toda a esquerda e por grande parte dos meios de comunicação de massa.

⁵ Pela Emenda nº 6/1965.

incapacidade do Estado de assegurar o combate à criminalidade e também pela persistência de práticas policiais condenáveis. A democracia sofre com a deliquescência do sistema partidário e com a inadequação do sistema eleitoral. Tudo, enfim, é envenenado pela corrupção.

Talvez Constituição alguma consiga suprimir esses males, pois derivam do nível de desenvolvimento cultural do país. Somente um processo educativo – moral e cívico – poderá corrigi-los.

III. A GOVERNANÇA.

10. O direito constitucional contemporâneo, como faz fé a Constituição francesa no art. 20, reconhece uma função governamental específica. Consistiria esta em determinar e conduzir a política nacional.

Essa governança, na Constituição vigente, é moldada segundo a separação dos poderes. Nela, não há um Governo, mas a função governamental é partilhada entre o Executivo e o Legislativo, poderes políticos, ficando à parte dessa tarefa o Judiciário. Esta é a estrutura típica do presidencialismo, já que no parlamentarismo tal função cabe ao gabinete, dada a sua situação particular de detentor do Executivo, mas ao mesmo tempo de cabeça da maioria parlamentar, portanto do Legislativo.

É verdade que há muito já se registrou ser o Executivo mais que Executivo, sendo de fato o principal na governança. Mais, que seu chefe – o Presidente da República – é mais do que mero chefe de um Poder, mas também chefe de Estado, afora exercer outras tarefas primordiais.

11. Essa preponderância do Executivo – também de há muito apercebida – é no Brasil personalizada em grau intenso, além de exacerbada. Sérgio Resende de Barros caracterizou o regime como um “presidentismo”, forma potencializada de presidencialismo personalizado. Autor estrangeiro, mais de meio século atrás, chegou a falar em *Sua Majestade, o Presidente do Brasil*, o que não é exato, visto que, jamais, um monarca absoluto teve tantos poderes como o nosso “chefe de governo-chefe de Estado”.

O fenômeno decorre em parte de uma razão política. Trata-se da sua legitimidade democrática, decorrente da eleição direta em dois turnos: ele aparece assim como o escolhido da maioria absoluta do povo brasileiro. É assim a expressão, por excelência da vontade popular.

Uma outra, de natureza cultural, acresce-lhe a força. Para a maioria do povo, em que preponderam os carentes, ele é o demiurgo, ou o taumaturgo, que poderá trazer para todos o bem-estar. Esta visão cultural tem sua razão de ser, quando se examinam os papéis que, na realidade, são confiados ao Presidente da República, pelo direito brasileiro, seja direta, seja indiretamente, pela Constituição.

12. Na verdade, se o fenômeno do “presidentismo” é antigo, no quadro da Constituição de 1988 e na prática dos seus vinte e cinco anos, é ele exacerbado.

Claramente, a Carta Magna atribui ao Presidente da República as funções capitais de chefe de Estado, chefe de Governo, comandante supremo das Forças Armadas, afora as de dirigente das relações exteriores e de superintendente da Administração.

Essa enumeração, todavia, não destaca o fato de que a Constituição em vigor prevê um Estado onipotente, o que alarga extremamente a esfera de atuação do governo que o Presidente encabeça.

Com efeito, a Constituição, no afã de regular não só a ordem política, mas também as esferas social e econômica, propicia ao Presidente da República vários papéis além dos mencionados, que têm de ser sopesados para medir o seu peso na vida nacional.

Realmente, é hoje o Presidente da República também o comandante da economia nacional. Sim, porque ele o é, na medida em que pode conceder estímulos e desestímulos às atividades produtivas. Tem nas mãos o Banco Central, que rege toda a política financeira, bem como a grande agência de financiamento que é o BNDES, bem como o maior banco, o Banco do Brasil. Controla a grande indústria energética, com a PETROBRAS à frente.

É o provedor dos mais pobres. Tem nas mãos o sistema previdenciário, o sistema unificado de saúde, programas assistenciais, como a bolsa-família, etc.

Também é, em última análise, o “patrão” de todos os que emprega a imensa máquina estatal e paraestatal. Os seus salários e vantagens dependem dele...

Além de ser o grande Irmão que tudo sabe, informado pela ABIN e pela Polícia Federal...

13. A este indisfarçável arsenal soma-se o aporte das Medidas Provisórias, que tende a operar uma concentração em suas mãos de dois Poderes, o Legislativo, além do Executivo.

Com efeito, ao editar a Medida Provisória, o Presidente da República amolda, segundo sua discricção, a ordem jurídica. Com isto, ele a conforma segundo melhor lhe parece com vistas aos objetivos e políticas que pretende instaurar. Somente depois de produzir efeitos, e de estar produzindo efeitos, é que o Legislativo a examina, para convertê-la ou não em lei. Ora, este *controle a posteriori* depara com fatos consumados que pesam decisivamente em favor de sua aprovação. Trata assim o Legislativo, não de um projeto, uma lei *in fieri*, mas de uma lei *facta*.

Inverte-se em resumo o modelo de processo legislativo desenhado por Montesquieu. Em vez da *faculté de statuer*, ou seja, de ter a faculdade de estatuir, estabelecer o conteúdo normativo da lei, o Legislativo fica com uma *faculté d'empêcher*, contudo, um veto bem menos eficaz, do que o que cabia e cabe ao Executivo, pois

não previne os efeitos da norma. Ao contrário, o veto do Executivo, embora superável, ao menos afasta a vigência e eficácia do conteúdo normativo.

A Emenda nº 32/2001, certamente aprimorou o controle que caía anteriormente no vazio, dada a possibilidade de reiteração ilimitada da Medida, mas evidentemente não eliminou a concentração de poder.

Enfim, como a moeda má expulsa a moeda boa, as Medidas Provisórias praticamente eliminaram as leis delegadas, que importam num controle prévio da legislação governamental.

Ademais, a pauta dos trabalhos legislativos do Poder Legislativo fica na dependência das Medidas Provisórias e no ritmo destas. Têm elas, com efeito, prazos obrigatórios de tramitação, sob pena do sobrestamento de outras “deliberações legislativas”. Isto significa uma prioridade para as Medidas Provisórias em relação aos projetos de lei que, estes, podem ser de iniciativa parlamentar. E como as Medidas Provisórias são muitas, pouco tempo resta para o exame destes projetos.

14. Pode-se dizer que o Legislativo, enquanto poder de legislar, fenece. Seu papel, no campo que foi sua razão de ser, torna-se apagado, reduzido a um controle às vezes inviável pela consumação dos efeitos da Medida Provisória. Evidentemente, isto esvazia a sua influência na governança.

Os parlamentares atuais bem o sentem, de modo que procuraram outra atividade que não a de legisladores, a fim de terem sobrevida política. Esta é a de investigação, com a instituição das CPIs, as Comissões Parlamentares de Inquérito – isto quando logram instalá-las. Estas Comissões não visam mais, como está nos livros, colher subsídios para a atuação do Parlamento, em suas tarefas próprias, sendo a essencial evidentemente a de legislar; voltam-se para a apuração de atos ilícitos, assumindo um papel policesco. Nisto, não raro invadem o terreno atribuído ao Judiciário. Mas este papel que idealmente configura controle, dá notícia, é acompanhado pelos meios de comunicação de massa. Por intermédio destes, salienta-se este ou aquele parlamentar. Frustram, entretanto, a opinião, porque não conduzem, como não o podem, a resultados práticos, por exemplo, a punição dos “corruptos”.

Fica destarte patente que o Legislativo brasileiro se reduziu essencialmente a um poder de controle do Executivo, controle este de pouca eficácia.

15. Em contrapartida, se o papel do Legislativo na governança se reduz, o do Judiciário cresce. Sem dúvida, é esse papel ensejado pela Constituição, com seus princípios cogentes, suas ações coletivas, etc., mas é potencializado pelo ativismo de alguns e pelo idealismo de outros. Estes querem corrigir o que os políticos fazem e fazer o que estes não fazem.

Manifesta-se, de modo nítido e inegável, a participação do Judiciário na governança, quando se tem presente todo um rol de decisões, visando à ordenação e

a imposição de políticas públicas. Nisto, ele se substitui ao Executivo, formulando claramente opções de oportunidade e conveniência.

Aponte-se mais que, se o Supremo Tribunal Federal pelo controle de constitucionalidade é naturalmente “legislador negativo”, tornou-se ele um legislador “positivo”. Com efeito, a instituição da ação declaratória de constitucionalidade o fez uma terceira Câmara legislativa, incumbido que ficou de confirmar a validade de lei contestada. Por outro lado, no exercício da sua função judicante, ele tem assumido o papel de legislador de fato. Os exemplos são muitos. Um, flagrante, está na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, em sede de mandado de injunção. Ou, estabelecendo, como o fez, no caso *Raposa, Serra do Sol*, cerca de duas dezenas de normas a serem aplicadas em todos os casos de demarcação de terras indígenas... Ou relendo a Constituição num sentido inovador, conscientemente oposto ao elemento histórico, no caso dos relacionamentos homossexuais. Ou, editando súmulas vinculantes (poder que lhe foi dado pela Emenda Constitucional nº 45/2004) que não se resumem a sintetizar jurisprudência, mas prescrevem, ou proscvem, como se leis fossem, procedimentos e condutas (casos das súmulas sobre as algemas e sobre o nepotismo, por exemplo).

Afora a atuação como que constituinte, assumida no caso da fixação do número de vereadores e no da definição de normas de fidelidade partidária, neste último caso apoiando o Tribunal Superior Eleitoral. (Deixe-se para mais tarde a questão das modulações).

Claro está que esse papel na governança tem como contrapartida uma politização do Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, politização que leva a fazer temer a sua partidarização. Com efeito, o sistema de composição desta Corte Suprema enseja que um partido possa indicar a maioria, se não a totalidade de seus membros, vitalícios...

IV. O SISTEMA ELEITORAL E PARTIDÁRIO.

16. A Constituição de 1988 adotou, como se sabe, o modelo da democracia indireta, dita representativa, abrindo, todavia, as portas para a participação popular direta. Entretanto, se esta é prevista no plano administrativo (as audiências), no plano legislativo (pela iniciativa popular), no Judiciário (pelos *amici curiae* e também por audiências públicas), inegavelmente a democracia no Brasil se faz pelas eleições e pelos partidos.

Reconhecendo-o, a Lei Magna fixou o sistema eleitoral para a escolha dos chefes do Executivo – eleição majoritária direta, eventualmente em dois turnos; para a seleção dos senadores – eleição majoritária direta; e para os deputados, eleição proporcional.

Igualmente, teve o cuidado de estabelecer um estatuto básico para os partidos políticos, num capítulo especial.

Ora, nestes vinte e cinco anos de vigência da Constituição, vários efeitos perversos do que foi estabelecido se tornaram manifestos. Na verdade, pode-se afirmar sem hesitação que provocaram uma deliquescência do sistema partidário e a deformação do sistema eleitoral.

17. A deliquescência do sistema partidário manifesta-se no reconhecimento formal de trinta e dois partidos, sem disciplina interna (apesar de o TSE e o STF terem declarado a existência de uma obrigação de fidelidade partidária), sem significação programática, simples máquinas de participar das eleições, usufruindo de recursos do fundo partidário, do tempo nos meios audiovisuais de comunicação de massa.

Decorre isso da ampla liberdade, decorrente da Constituição e favorecida pela lei, para a criação de partidos. É isto, sem dúvida, uma reação contra o bipartidarismo imposto no regime militar. Entretanto, os inconvenientes de tal quadro são muitos e incontestáveis.

O principal destes é ensejar, como a experiência estrangeira e brasileira o comprovam, uma “pequenezização” dos partidos. Considere-se que, nas últimas eleições, o maior partido brasileiro na atualidade – o PT – elegeu menos de um quinto da Câmara dos Deputados e passou a ter apenas um sexto das cadeiras no Senado. O segundo – o PMDB – elegeu pouco mais de um sexto da Câmara e veio a ter cerca de um quarto do Senado. Mas, por outro lado, na Câmara, ganharam representantes vinte e um outros partidos.

Hoje, após as trocas de outubro, o PT possui na Câmara 86 deputados e o PMDB, 77, ou seja, juntos têm cerca de um terço da Câmara. Em compensação, há vinte e três partidos representados, dos quais apenas seis possuem mais do que 5% das cadeiras da Casa.

Em resumo, no Brasil, há um esfarinhamento partidário que deprecia os partidos. Na realidade da vida parlamentar pesam mais agrupamentos suprapartidários, agregados por grandes interesses – as chamadas bancadas “evangélica”, “ruralista”, da “bola”, etc. – do que a esmagadora maioria dos partidos.

18. Ora, essa fragmentação tem um reflexo negativo na governança. Com efeito, embora o Presidente seja o Governo, num Estado de Direito as decisões básicas devem ser adotadas em lei, sejam leis geradas no Parlamento, sejam leis resultantes da conversão de medidas provisórias. Para isto, evidentemente, como para outras ações políticas, é preciso contar com a maioria. Esta maioria deve resultar do apoio disciplinado de partidos, dos partidos que seguem a liderança do Governo.

Isso é muito difícil num quadro de fragmentação partidária. Torna-se mais difícil ainda quando os partidos são meros rótulos, com programa apenas formal.

Pior, se desprovidos de coesão, portanto, de disciplina. Nesta situação, a formação da maioria se faz pela negociação – nos variados sentidos da palavra – incluída nesta a barganha, com troca de favores mensais, de cargos, de obras localizadas, do favorecimento a amigos e empresas, e de tudo o que pode ter valor pessoal ou eleitoral.

Não se esqueça, por outro lado, que essa fragmentação retira a significação programática dos partidos. Não há trinta e duas linhas programáticas a justificar trinta e dois partidos. Isto faz com que o eleitorado ao ser chamado a escolher o faça pelos mais variados motivos, o menos importante dos quais é a visão do bem comum que se pretende realizar, a qual deve estar contida no programa. Programa que não seja evidentemente uma coleção de lugares-comuns, de referências bem sonantes, enfim, um discurso de “generalidades genéricas”. Isto é politicamente deseducativo, isto desserve à democracia.

19. Apoiada na experiência, a doutrina política há muito condena a multiplicação excessiva de partidos. Isto já se reconhecia no Brasil no início dos anos sessenta e foi a inspiração, desastrada, da imposição do bipartidarismo.

E o direito bem o sabe, como demonstra a Alemanha, com a cláusula de barreira, segundo a qual não terá representantes o partido que não alcançar 5% dos votos. Aplicada ao Brasil, levando-se em conta as eleições de 2010, a Câmara dos Deputados não contaria com mais de oito partidos. Seria pouco?

Tenha-se presente que o partido é um instrumento de governança e que para tanto deva ter um mínimo de apoio. Não é meio de expressão de linhas de pensamento de peso infinitesimal, quando ainda exprime alguma, muito menos mera máquina para disputar eleições.

20. Desde a obra de Maurice Duverger ao menos, obra esta publicada nos anos cinquenta, sabe-se que os sistemas eleitorais não são neutros. Ao contrário, favorecem tipos determinados de sistema partidário, condicionam a opção do eleitorado, etc.

Não é o momento de expor toda a lição, cabe, porém, lembrar que o sistema de representação proporcional tende a multiplicar o número de partidos, enquanto o sistema majoritário naturalmente o reduz. Simplificando as coisas, a razão disto é um fenômeno psicossocial, qual seja o de que, na representação proporcional, o eleitor sabe que não “perde” seu voto se o atribuir a um determinado matiz doutrinário, mais, que ele vai pesar na distribuição do poder. Sua motivação, portanto, é antes ideológica. Já no sistema majoritário ela é mais pragmática: entre o pior e o menos pior, opte-se por este último.

Claro está que o mestre francês raciocina com partidos com programa. No quadro brasileiro, em que os partidos não têm programa, a multiplicação dos partidos não deriva de um elemento psicossocial, mas de um artificialismo criado em prol da “classe política” e em benefício dela.

Ademais, o sistema de representação proporcional tal qual funciona hoje no Brasil, corrompe de modo escandaloso o processo político. Advém isto da hábil invenção do “puxador” de voto. Como o partido vai receber lugares numa câmara em proporção ao número de votos que obtiver, obviamente procura ele maximizar, como é natural, a sua votação. Para isto, ele sempre seleciona lideranças que encarnem os seus supostos ideais e que possam desempenhar a função para a qual postulam a eleição. Não é isto, porém, o “puxador de votos”. É este uma figura de popularidade, mormente uma pessoa atuante nos meios de comunicação de massa – seja um palhaço – que chama votos, alarga a bancada do partido, “elege” os dirigentes (com votos poucos ou insuficientes), distorcendo perversamente a representação. Certamente, este fenômeno resulta da exploração esperta do sistema eleitoral, num quadro de eleitorado desavisado, aspecto cultural que a lei, por si só, não pode corrigir.

21. Cabe ainda nesse capítulo tratar brevemente de um ponto delicado, a questão do dinheiro. Ou seja, a do financiamento dos partidos e das campanhas eleitorais. Não é isto definido pela Constituição, mas pesa de modo importante sobre todo o sistema político a que ela preside.

Diretamente o afeta, porque um dos paradoxos da democracia moderna está em que o governo pelo povo por meio de eleições custa dinheiro, e muito dinheiro. Importa em propaganda, “marqueteiros”, cabos eleitorais... (excluindo-se evidentemente a ilícita compra de votos). Mesmo o que é dito “gratuito”, como os programas de televisão e rádio, tem preço alto, o necessário para a elaboração desses programas.

Indiretamente o afeta também – e nisto está o pior aspecto – porque é fonte de corrupção. De fato, o sistema de financiamento adotado pelo direito brasileiro, embora não prescrito na Constituição, é o do financiamento privado, conquanto haja o aporte público do fundo partidário. Nele, as contribuições raramente são desinteressadas, porque, não encarnando ideais, os partidos não passam de máquinas para a conquista e o exercício do poder. Assim, tais contribuições pela sua lógica intrínseca não visam senão acesso ao poder e aos poderosos, nunca ao apoio de ideário, pois este não existe. E têm uma contrapartida implícita que é a simpatia dos eleitos pelos contribuintes, facilitando-lhes o êxito quanto aos objetivos. E o político governante, por saber que sem dinheiro não logrará vencer nova eleição, procura não raro os recursos não apenas por favorecimentos, mas também por outros meios mais grosseiros. Juntam-se então, lembrando o anexam, “a fome com a vontade de comer”...

A corrupção é um fenômeno persistente na história, incluída a do Brasil. Deriva de fatores culturais, incluído aqui o aspecto moral, depende das personalidades e de seus apetites, não resulta apenas do financiamento político, mas tem uma nítida e próxima ligação com o poder e o custo para alcançá-lo.

É de se perguntar se o financiamento público – dadas as nossas condições e tradições – curaria a doença. O mal será sem remédio?

V. ALTERAÇÕES E MUDANÇAS NA CONSTITUIÇÃO

22. É acaciano apontar que no período ora estudado a Constituição mudou e mudou muito, a ponto de se chegar a falar em mutação da Constituição.

Antes de apontar as principais mudanças cumpre chamar a atenção para um fato de há muito apercebido pelos grandes constitucionalistas. Ou seja, as Constituições mudam – e crescem, acrescentaria Wheare – não somente pelas alterações formais decorrentes de Emendas, mas também de modo informal, por caminhos outros que tais Emendas. O registro é importante, porque contraria o dogma de que a Constituição é exclusivamente obra de um Poder Constituinte, mesmo na sua modificação, e igualmente desmente o conceito de Constituição rígida – a que apenas seria mudada por alteração formal.

23. Obviamente, a Constituição mudou em decorrência das 80 Emendas que se promulgaram nos vinte e cinco anos de sua vigência. Dentre estas mudanças formais, destaquem-se três de importância capital para o sistema constitucional: 1) A da reeleição do Presidente da República (Emenda nº 16/97) ; 2) A disciplinadora das medidas provisórias (Emenda nº 32/2001); e a Reforma do Judiciário (Emenda nº 45/2004).

A primeira contribuiu para exacerbação do <presidentismo>; a segunda procurou atenuar os malefícios da atribuição de poder legislativo ao Presidente – tentativa, pois, de conter o <presidentismo>; a última, por um lado, alargando a esfera de atuação política do Supremo Tribunal Federal – deu-lhe o poder de editar as súmulas vinculantes – ainda trouxe o pingente do acréscimo de parágrafo ao art. 5º, dispondo sobre a incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos à Constituição.

As demais Emendas, se muitas são importantes com relação a aspectos setoriais da atuação governamental, especialmente como correções ao detalhismo do texto, não têm significação quanto à ordenação institucional, matéria central da Constituição. É o caso das Emendas versando sobre a previdência. Outras apenas contribuem para fazer da Carta Magna uma lei qualquer, banalizando-a, desvalorizando-a.

24. No entanto, mudanças capitais são hoje perceptíveis na Constituição material do país que não advieram de alterações formais e sim de leis ordinárias, de práticas consagradas e mormente de decisões do Supremo Tribunal Federal. Quanto a este último ponto, a referência não é feita a uma jurisprudência interpretativa, mas sim a deliberações pontuais relevantes – sem arrimo no texto – depois, eventualmente repetidas.

Deem-se alguns exemplos.

25. O primeiro destes é a mudança da Constituição por meio de uma lei ordinária. Trata-se da Lei nº 9.868/99, editada para disciplinar o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Nela, o art. 27 estabeleceu poder o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de qualquer outro momento que venha a ser fixado. Isto, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” e – condição formal – por decisão tomada por maioria de dois terços.

Esta aí a modulação. Ora, está implícita na modulação uma transformação profunda quanto à natureza do ato inconstitucional. Este não é mais nulo – como até ontem enfatizava a doutrina e a jurisprudência do próprio STF – mas é anulável em grau variável quanto à incidência no tempo e quanto ao alcance que pode ser restringido. Disto decorre uma inegável fragilização da Constituição. Como disto deflui um papel constituinte para o Supremo que, pela modulação, muda a Constituição.

Mais, esse art. 27 confere um papel político ao STF. De fato, a modulação pode ser determinada com fundamentos jurídicos – a segurança jurídica – mas também por critério político – oportunidade e conveniência. É o que ocorre se o fundamento é “interesse social” – e o que não é de interesse social ou suscitando questão de constitucionalidade não se torna de interesse social? E ainda qualifica o interesse social de “excepcional”, uma apreciação puramente subjetiva. O sentido político, ainda, se reforça se se considerar que a modulação exige maioria de dois terços, enquanto a declaração de inconstitucionalidade, apenas a maioria absoluta.

26. De mudanças advenientes da prática, pode-se exemplificar com o fato de que o Congresso Nacional ignora, no processo de apreciação de medida provisória, a exigência de parecer de comissão mista que examine e dê parecer sobre as medidas provisórias, exigida pelo art. 62, § 9º da Constituição, com a redação dada pela Emenda nº 32/2001. Esta prática foi reconhecida como inconstitucional em decisão do STF, logo em seguida “desreconhecida”...

27. Enfim, muitas são as mudanças na Constituição introduzidas por decisões do STF que dela retira verdadeiras normas não escritas.

Uma é a de que, em situações de urgência, a competência de auto-organização do ente federativo Município, pode ser substituída por norma editada pelo TSE. É isto, posto de modo nu e cru, o que decorre da decisão que, declarada a inconstitucionalidade de leis orgânicas municipais no que se refere à fixação do número de vereadores, deu ao TSE o poder de fixar esse número. Há, nisto, não apenas a falta de competência desse Tribunal para essa tarefa, como expresso descumprimento do art. 29 da Constituição.

Outra está na assunção de poder legislativo. Isto é flagrante no já mencionado caso Raposa, Serra do Sol, com a fixação de normas aplicáveis a todas as demarcações de terras indígenas. E – insista-se – feito isto nem sequer em controle concentrado de constitucionalidade.

Igualmente, aparece no caso da regulamentação do direito de greve dos servidores, também já mencionado. Neste, o mandado de injunção previsto para casos particulares tem sua esfera alargada para definir um quadro normativo geral. A justificativa é a omissão do legislador. Ora, a Constituição prevê exatamente para o caso de omissão uma ação especial – a ação de inconstitucionalidade por omissão – que não confere o poder normativo de suprir a omissão ao STF.

Mais. Pelas súmulas, supostamente de jurisprudência, tem ele legislado, acrescentando complementações de conveniência a institutos jurídicos. Por exemplo, regulamentando o uso de algemas... Também a isto se aludiu mais alto.

Mencionem-se também de passagem decisões de profundo impacto político, mas de frágil fundamentação constitucional, como as que deram cobertura à reinstituição da fidelidade partidária, por obra do TSE em resposta a consultas, e a que fulminou a cláusula de desempenho exigida dos partidos, beneficiando os de representatividade irrisória – os partidos “nanicos” – e assim contribuindo para estimular a fragmentação do sistema partidário.⁶

E apenas se refira a pretensão – ainda não concretizada – de “revogar” o art. 52, X da Constituição. Ou seja, dispensar a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional por parte do Senado Federal, no controle desconcentrado, pois tal suspensão já é vista como desnecessária no controle concentrado. Está isto claro em reclamação a propósito de decisão de inconstitucionalidade tomada em controle incidental referente ao regime de cumprimento das penas decorrentes de crimes hediondos.

28. Volte-se, antes de concluir este capítulo, a uma alteração, polêmica, que logicamente era desnecessária e inútil.

Trata-se da inclusão do § 3º ao art. 5º da Constituição referente à incorporação à Lei Magna dos tratados e convenções internacionais relativos a direitos humanos.

Com efeito, o § 2º desse mesmo artigo, que exprime uma tradição que vem de 1891 no Brasil e tem raízes no *Bill of Rights* norte-americano de 1791, prevê a existência de direitos fundamentais implícitos. Ou seja, de direitos que, por sua natureza e caracteres, sejam fundamentais como o são os explicitados no texto. Disto decorre logicamente que os direitos que eventualmente sejam declarados nos

⁶ V. ADIN 1.351-3 e ADIN 1354-3, julgadas em 7.12.2002, Relator: Min. Marco Aurélio.

documentos internacionais, mas não estejam explicitados na Constituição brasileira, se forem verdadeiros e substanciais direitos fundamentais já integravam o direito brasileiro, embora implícitos. Assim, os tratados e convenções não trarão novos direitos ao sistema jurídico e constitucional brasileiro. Nesse ponto, torna-se evidente a inutilidade do acréscimo.

Na verdade, o que os tratados e convenções internacionais podem trazer para o direito brasileiro não vale a inserção.

Ou serão falsos direitos fundamentais – direitos fundamentais sem o conteúdo essencial destes – direitos esses que não passarão de direitos fundamentais formais, o que contribuirá para a banalização e a desvalorização da noção de direito fundamental, como o é a inserção do direito às certidões ao rol dos direitos fundamentais pelo art. 5º, XXXIV, b da Constituição federal.

Ou trarão simplesmente a regulamentação do exercício de direitos fundamentais – o seu regime – que é tarefa da lei e não da Constituição. É isto condenável, porque a inclusão do regime na Constituição “petrifica” o que deve ser adaptado a tempos e circunstâncias cambiantes no tempo e no espaço, além de poder não estar em consonância com o interesse nacional.

VI. OBSERVAÇÕES FINAIS

29. Cabe, encerrada a análise, responder a uma indagação que volta e meia reaparece no debate brasileiro e certamente passou pela mente dos que acompanharam as críticas, implícitas e explícitas, que esta palestra formulou. É ela: deve-se substituir essa Constituição por outra?

A pergunta se justifica por outro vezo bem brasileiro, qual seja o de querer volta e meia uma nova Constituição que provoque um repartir político melhor. Claro está que, subjacente à indagação, está a ideia de que a nova Constituição será melhor que a atual, combinada com a de que uma Constituição resolverá todos os problemas.

O derradeiro aspecto é ingênuo. Por melhor que seja uma Constituição, ela não resolverá problemas que dependem da cultura, da experiência histórica, da economia, do quadro internacional, etc. Ora, estes problemas são muitos, renovam-se a cada etapa e o mais das vezes não são passíveis de solução por meio de regras jurídicas.

Por outro lado, a pressuposição de que uma nova Constituição será melhor que a vigente, é otimista e arriscada. Com efeito, ela dependerá de que os que a elaborarem acertem no seu equacionamento. Isto é imprevisível, mesmo que os constituintes sejam sábios e prudentes, porque *errare humanum est*. E também, desde que, como deve ser, a escolha dos constituintes se faça democraticamente em eleições, é necessário assumir outra pressuposição qual seja a de que o eleitorado seja sábio. A

opção otimista vale tanto quanto a pessimista: a nova Constituição poderá ser pior do que a que está em vigor.

30. O posicionamento acima não exclui reformas necessárias, em pontos específicos. A necessidade prevalece sobre o risco.

Entretanto, para diminuir o risco, essas reformas devem ser previamente debatidas e não serem promovidas senão depois de existente um *consensus* mínimo, que transcenda os meros interesses partidários. Todo o povo e não apenas os políticos devem ter participação no debate.

Jamais devem elas ser realizadas de afogadilho, sob a pressão das ruas e dos meios de comunicação de massa.

31. Uma reforma que seria útil – ousou propor – é o estabelecimento de revisões periódicas da Carta (como está na Constituição portuguesa), impedindo-se a sua alteração no intervalo.

Isto teria algumas vantagens.

Uma seria a de evitar as alterações frequentes que banalizam a Constituição. Outra é a de que as alterações viriam integradas num sistema e assim não corresponderiam a “iluminações” parciais ou súbitas, ou gestos para a plateia popular.

Positivamente, ela obrigaria a todos os que se preocupam com o interesse geral – os verdadeiros cidadãos – prevenidos da vinda da revisão, a meditar sobre os problemas a resolver, discutissem as soluções a adotar. Disto se poderia esperar um amadurecimento das propostas e um consenso em torno delas.

32. Todavia, conclua-se, uma Constituição com defeitos é melhor que Constituição alguma.