

A Carta de 1988 e a tradição constitucional brasileira

Júlio Aurélio Vianna Lopes *

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I- A Forma Federativa de Estado;
 - II- O Voto Direto, Secreto, Universal e Periódico
 - III- A Separação dos Poderes
 - IV- Os Direitos e Garantias Individuais
- Art. 60 § 4º da C.F./88.

Da tutela à recondução do estado

A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL IBÉRICA E LATINO-AMERICANA tem se caracterizado por um Constitucionalismo tutelar, o qual é marcado pela primazia do Estado em suas relações com a Sociedade¹. Em contraste com o Constitucionalismo comunitário euro-ocidental (continental), em que o Estado contém a Sociedade como seu invólucro protetor e se legitima como sua expressão institucional, no Constitucionalismo tutelar o Estado se distingue radicalmente da Sociedade como uma entidade sólida (as instituições públicas), diante de uma massa amorfa e

* Pesquisador em Direito da Fundação Casa de Rui Barbosa e Doutor em Ciência Política pelo IUPERJ

¹ Esta primazia do Estado sobre a Sociedade se revela na ênfase, como matérias constitucionais, nos temas da Administração Pública e da Ordem Social. Assim, as constituições que detalham as atividades administrativas, alcançando aspectos específicos dos próprios servidores públicos, têm sido as brasileiras, espanholas, argentinas, chilenas, cubana, mexicanas, paraguaias, portuguesas, peruanas, uruguaias e venezuelanas. Também são as brasileiras, portuguesas, cubana, espanholas, peruanas, paraguaias e japonesa que dispõem sobre as relações familiares de modo abrangente. Excetuando a japonesa (alheia à tradição ocidental) pertencem ao que caracterizo como Constitucionalismo tutelar. (*Índice temático das Constituições*. Subsecretaria de Edições do Senado Federal, Brasília, Volume III, p. 1132-1133, 1196, 1211, 1293-1294).

caótica (as relações sociais), consistindo a legitimidade daquele nas constantes intervenções disciplinadoras sobre esta. Em contraponto ao Constitucionalismo agregacionista anglo-americano, em que o Estado se acopla à Sociedade como um complemento de sua dinâmica própria e legitimando-se como um constructo inventado por ela para seu aperfeiçoamento, no Constitucionalismo tutelar o Estado se sobrepõe à Sociedade como a prefiguração de seu destino histórico e se legitima pela dinâmica que confere à sociabilidade (incapaz por si de produzi-la) através de suas intervenções. Trata-se de experiência constitucional na qual a esfera pública se apresenta plenamente separada e acima da Sociedade, com a qual celebra uma relação de estranhamento.

Ao invés de uma “superestrutura”, o Estado é a “infra-estrutura” da Sociedade, mediante autonomia absoluta perante ela e sobre a qual reitera sua descontinuidade, como primeira e única instância da História. Ao contrário dos demais constitucionalismos ocidentais, a Sociedade resulta do impacto institucional ininterrupto do Estado e, portanto, ele não se esgota no papel de guardião daquela, sendo-lhe indispensável a condição de depositário de um *ethos* próprio e superior a ser desempenhado. Nesta tradição constitucional, perpassando *todas as suas variantes* (inclusive liberais e democráticas), a tutela da Sociedade mediante intervenções que a *constituíam* como tal, exigiu a configuração de Estados apetrechados para o controle social. O esmero deste Constitucionalismo no controle da Sociedade se revelou em dois aspectos institucionais de seus Estados: num *Executivo concentracionista* e nas *agências institucionais de cooperação estatal*.

O primeiro aspecto é relativo à centralidade assumida pela função executiva em face das funções legislativa e judiciária do Estado moderno², ambas posicionadas como complementares daquela no Constitucionalismo tutelar. Isto distingue a experiência ibérica inclusive das unificações italiana e alemã (onde o papel aglutinador do Executivo também foi importante), nas quais o Parlamento desempenhou relevante papel de legitimação, condicionando o processo decisório arbitrado pelos chefes de Estado.

² MORSE, Richard. *O espelho de Próspero*. São Paulo: Cia. das Letras, 1996, capítulos “A escolha política espanhola” e “Liberalismo e democracia no contexto ibero-americano”.

Também marca a trajetória constitucional latino-americana um Executivo alocado como centro do sistema político. Sua proeminência advém da ampliação do caráter administrativo no Estado interventor, correspondente ao Constitucionalismo tutelar da Sociedade, ora impulsionando, ora direcionando sua modernização.

O segundo aspecto é relativo à formulação de entidades paraestatais dotadas de personalidade jurídica própria como meios privilegiados na relação Estado/Sociedade. Se a ampla gama de prerrogativas conferidas ao Executivo serve para atenuar a influência parlamentar e judiciária sobre as atividades administrativas, as agências institucionais incrementam o caráter interventor do Estado sobre a Sociedade como uma malha que se imiscui nas relações sociais. A autonomia relativa destas instituições pró-Estado também distingue o corporativismo ibérico e latino-americano do europeu. Estruturalmente alheias ao Estado³, as agências institucionais se vinculam funcionalmente a ele como “correias de transmissão” do Executivo (o que também as distingue da experiência anglo-americana, na qual seus congêneres se vinculam ao Parlamento).

Desde fins do século XX, a tradição constitucional tutelar vem apresentando inflexões importantes, à medida que se radicaliza a modernização social e se obsoletizam os mecanismos administrativos de controle estatal. Jorge Miranda⁴ acentua, neste sentido, a institucionalização de constrictões ao Executivo como tendência no Constitucionalismo latino-americano recente – o que também se verificou nas reformulações do Parlamentarismo português (1976) e espanhol (1978). O que altera a relação entre os Poderes de Estado, dado que, embora mantidas as atribuições do Executivo sem ampliação significativa do arco funcional do Legislativo e do Judiciário, estes são incumbidos da aplicação daquelas constrictões. Outra variável institucional introduzida foi a autonomização (quando não a independência institucional) de agências anteriormente vinculadas ao

³ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 332-33.

⁴ MIRANDA, Jorge. *Constituições de Diversos Países*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1979; CARVALHO, Nelson R. Do PRI ao Sistema Plural na Transição Mexicana. Em *Lua Nova*, n. 40/41, 1997.

Executivo, tornadas órgãos do Estado alheios aos Poderes e auxiliares do controle social daquele – de certo modo invertendo sua relação tradicional⁵ com a Sociedade. O processo político real corrobora tal percepção com destituições *formais* de chefes de governo, ou figuras equivalentes, mediante mobilizações populares variadas: Marcelo Caetano em Portugal, comandantes militares na Espanha, Pinochet na *concertación* chilena, Fujimori no Peru, De La Rúa na Argentina... Mesmo as formalizações, ainda quando não concludentes, de iniciativas neste sentido (Equador e Venezuela recentes) indicam uma dinâmica política pela qual a *Sociedade se projeta no Estado*. E isto ocorre através de instrumentos vinculados, tradicionalmente, ao exercício da função executiva, como o plebiscito e o *impeachment* ou de agências *funcionalmente* autonomizadas do Executivo, como o Ministério Público ou organismos de extração sindical.

De fato, a modernização das sociedades ibéricas e latino-americanas tornou perempta a relação de tutela Estado/Sociedade, tornando esta última altamente reativa aos métodos de controle tradicionais, apesar de reiteradamente renovados. Entre nós também é perceptível essa inflexão do Estado, de fórceps da modernização social a sustentáculo da mesma.

1988 e o constitucionalismo brasileiro

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 é o marco institucional da inflexão de nossa tradição constitucional. Pode-se detectá-la na própria ordem política que prescreve, com as constringências ao Executivo (particularmente o federal) mediante incremento da “parlamentarização” do sistema (ainda que sem estabelecer o Parlamentarismo) e profusão de agências institucionais autônomas⁶ (como os conselhos de políticas públicas) dos Poderes

⁵ TELLES, Vera. Sociedade Civil, Direitos e Espaços Públicos. *Revista Pólis*, n. 14, São Paulo, 1994, e BOSCHI, Renato Raul. *A Arte da Associação – Política de Base e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Vértice/RT, 1988, p. 23-4. DAGNINO, Evelina (Org.). *Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra/Unicamp, 2002.

⁶ LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e Cidadania: O Novo Ministério Público Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; AVRITZER, Leonardo. *Sociedade Civil e Democratização*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994 e LESSA, Ricardo. Conselhismo Invade Cidades. *Gazeta Mercantil*. São Paulo, 16/05/2001.

de Estado, problematizando substancialmente os dois focos característicos do Constitucionalismo tutelar. Bem como no processo político em cujo curso desponta a nova Magna Carta: a mobilização popular “Diretas Já” (1984), pela eleição direta do presidente da República – coroando a ascendente (desde as eleições para os governos estaduais em 1974) pressão social pela democratização do centro da estrutura política; a reprodução posterior da mobilização (com a derrota da iniciativa das “Diretas Já”), pela eleição de Tancredo Neves no próprio Colégio Eleitoral da ditadura (vitoriosa em virtude do caráter negociado desta candidatura com setores do regime); o Plano Cruzado mediante o controle da inflação com ampla fiscalização popular dos preços (1986); a vitória do Presidencialismo (1993) no plebiscito constitucional (art. 2º ADCT⁷), como efetivo veto popular à reforma da ordem política, então propagandeada e com adesão da maioria parlamentar – o que se evidenciou na freqüente ausência de *quorum* durante a revisão constitucional posterior (art. 3º ADCT).

Além de todos os eventos supracitados, que compõem o processo político relacionado à constitucionalização democrática, a inversão da primazia do Estado, característica da tradição constitucional brasileira, tornando-o foco privilegiado das projeções da sociabilidade, se patenteou, principalmente, com o *impeachment* do Presidente Collor em 1993. Este episódio consistiu no “batismo de fogo” da nova Constituição, a qual parametrizou as relações entre os poderes durante situação constitucional de óbvia excepcionalidade política: não houve subordinações entre os mesmos, cujas autoridades – sem exceções – se ativeram à solução constitucional para a longa crise institucional. Mesmo a sanção do *impeachment* (com o afastamento da vida pública) apesar da renúncia do presidente no momento do seu julgamento pelo Senado, representou imposição constitucional (oriunda do afastamento do *exercício* do cargo⁸) lastreada na opinião popular.

⁷ Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988. (N.A.)

⁸ Art. 86 § 1º, II da C.F./88.

Assim, se ao Constitucionalismo tutelar corresponde a projeção do Estado sobre a Sociedade e um Executivo centrífugo, tendendo a se estender sobre as demais instituições públicas e as relações sociais, a inflexão desta tradição constitucional na transição democrática dos anos 80 aponta para uma institucionalização política que canaliza as projeções *da Sociedade sobre o Estado* e formula um Executivo *centrípeto*, tendendo à atração e mobilização das outras instituições públicas (o Congresso Nacional, o STF, as demais entidades federativas estaduais e municipais), não mais conferindo, mas absorvendo a dinâmica da sociabilidade

Tais mobilizações têm caráter negativo ou positivo (como na recente instituição do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, a título de interlocução com a sociedade civil), tornando a Presidência da República, desde o processo de remoção do governo autoritário (1984), o foco – por ação e por omissão! – da Democracia, congregando e possibilitando a interlocução entre os vários agentes. O presidente não fixa a agenda política, a qual, porém, é definida mediante a aglutinação que ocorre em torno do mesmo, ora com sua anuência, ora sem ela.

Constitucionalização e transição democrática

Na distinção assentada por O'Donnel⁹ entre *transição* e *consolidação* democrática, o primeiro termo designaria o processo marcado pela elaboração de instituições democráticas *pari passu* à desconstrução das instituições autoritárias, enquanto o segundo termo designaria o processo caracterizado pela igualmente progressiva operacionalização das instituições democráticas, que vão afirmando sua “governança” nas relações Estado/Sociedade.

Tal distinção não é absoluta na democratização brasileira dos anos 80, nela se imbricando, a partir da nova Carta, ambos os processos. De fato, a Constituição elaborada não encerrou a transição democrática, visto que a formulação da ordem constitucional permaneceu na

⁹ O'DONNEL, Guillermo. Hiatos, instituições e perspectivas democráticas. Em REIS, Fábio Wanderley (Org.). *A Democracia no Brasil: Dilemas e Perspectivas*. São Paulo: Vértice/RT, 1988.

ordem do dia, com a previsão do plebiscito (art. 2º ADCT) sobre forma/sistema de governo (questão evidentemente essencial ao sistema político); de uma revisão, de todo o texto, em cinco anos (art. 3º ADCT) e a formação de coalizões hegemônicas em torno da reforma constitucional como agenda pública, a partir do Executivo Federal. Na verdade, além de *não esgotar a transição* democrática, a Magna Carta *iniciou a consolidação* democrática (a qual se situou, na democratização brasileira, como uma fase/aspecto do processo de transição), como alvo das críticas do Governo Sarney, que a caracterizava como indutora de ingovernabilidade pela universalização de direitos pretendida (considerada irrealizável) e sua hibridização dos regimes parlamentar/presidencial de governo, bem como e principalmente de emendas constitucionais do Governo Collor de Mello, eleito com a bandeira de amplas mudanças na Constituição. Este Governo foi o rubicão da nova ordem constitucional, ameaçada diretamente por um “Emendão” (conjunto de emendas constitucionais propostas em bloco sobre as diversas partes do texto) e por um plano de estabilização inflacionária mediante confisco de liquidez monetária da economia.

Deste modo, os primórdios da Carta de 1988 se caracterizaram pela contraposição entre a tradição do Constitucionalismo tutelar, brandida principalmente nas iniciativas do Governo Collor e a tendência à sua inflexão, emergente desde as “Diretas Já” até a relevância das “emendas populares” (em sua ampla maioria aprovadas) no processo decisório da Assembléia Nacional Constituinte. Esta última tendência, apesar dos movimentos avassaladores do Executivo, foi se impondo, à medida que o Congresso Nacional atenuou a margem de confisco dos ativos financeiros pela modificação da Medida Provisória governamental de estabilização econômica e não sustentou a tramitação célere das propostas do “Emendão”, bem como o Poder Judiciário recepcionou as postulações, através do sistema difuso de controle de constitucionalidade, de desbloqueio das contas bancárias e o STF/Procuradoria Geral da República problematizavam a iniciativa do “Emendão”, sinalizando para o seu desmembramento, considerando que a mudança generalizada da Carta não condizia com o mecanismo da emenda à Constituição (art. 60).

Neste sentido, 1993 foi decisivo para a sorte da ordem constitucional emergente, na medida em que o plebiscito sobre forma/sistema de governo (art. 2º do ADCT) optou pelo

Presidencialismo (preferindo, dentre as propostas apresentadas, a que primava pela escolha *direta* do chefe de Governo) por larga vantagem e apesar das inclinações parlamentaristas da ampla maioria da classe política brasileira; a revisão constitucional (art. 3º ADCT), método excepcional de reforma do texto, fracassou rotundamente¹⁰ por reiteradas faltas de *quorum* (indicando a não-mobilização da opinião pública pelas forças políticas reformadoras) e, principalmente, pelo *impeachment* do Presidente Collor como crise institucional durante a qual os poderes, travando relações de equivalência e respeito à *Constituição como solução do processo* de remoção do primeiro mandatário do País, inéditas na história brasileira. Portanto, o *impeachment* encerrou a claudicante consolidação da ordem democrática, ao tornar a Constituição objeto da ética pública pela Sociedade em geral, e findou a longa transição à democracia, ao ratificar a opção presidencial anterior (a qual enfraqueceu o ânimo revisionista posterior), legitimando o regime pelo emprego da solução de crise institucional (e destituição do chefe de governo) própria do Presidencialismo. *Como relação Estado/Sociedade*, a Carta Magna de 1988 se tornava realidade, inaugurando uma nova tradição constitucional e um novo Constitucionalismo.

O fortalecimento da ordem constitucional, a partir de então, também se evidencia pela profusão de emendas promulgadas a partir de 1994. Ao contrário das análises que atribuem fragilidade às constituições reformadas¹¹, creio que há reformas que vulneram e outras que fortalecem ou atestam a solidez constitucional. E é neste caso que se deveriam enquadrar as reformas posteriores ao governo Collor, por duas razões:

1. Durante os governos (dois mandatos) de Fernando Henrique Cardoso ocorreram 34 (das 40 emendas havidas¹²) modificações constitucionais. Em sua maioria resultaram de

¹⁰ A revisão produziu apenas seis emendas, destacando-se a diminuição do mandato presidencial para quatro anos (n. 5) e o detalhamento da disciplina parlamentar (n.s 4 e 6).

¹¹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p.23-25.

¹² No Governo Lula ocorreu a 40ª emenda (sobre os aparelhos de regulação financeira), estando em curso emendas previdenciária (setor público) e tributária (dimensão federativa);

iniciativas do Executivo Federal, no sentido de enfatizar o aspecto regulatório em detrimento do aspecto participativo¹³ do Estado em suas intervenções sobre o mercado. No entanto, apesar do êxito reformador de um governo informado por esta orientação política, a proveniência de tantas emendas do Executivo atesta a resistência da ordem constitucional, visto que *todos os seus projetos* foram substancialmente alterados para sua adaptação à institucionalidade de 1988. É o que se evidenciou, desde o início das reformas, no seu conflito com o Congresso Nacional em torno da alocação política dos órgãos reguladores. De fato, não vingou a tentativa presidencial de institucionalizar as agências executivas formuladas pela *intelligentsia* governamental¹⁴, predominando o estabelecimento de instâncias regulatórias, *compartilhadas com o Legislativo* e dotadas de ampla autonomia estrutural /funcional.

2. O ciclo reformador de Fernando Henrique Cardoso distinguia-se do governo Collor pela inserção de institutos *market-oriented* sem a ênfase na busca da recentralização política, típica da revitalização do Constitucionalismo tutelar, intentada pelo então “caçador de marajás” do serviço público. O compromisso com a democracia, ao menos como método de governo, foi explicitado pela coalizão hegemônica, enquanto que, embora o período se tenha caracterizado pela *ampliação* de edições e *re-edições* das Medidas Provisórias¹⁵, também se iniciou o processo (ainda em curso) de constrição do Executivo Federal no emprego deste instrumento¹⁶, privilegiado de modo crescente, desde a sua institucionalização.

¹³ NETO, Diogo de Figueiredo M. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar.

¹⁴ “Subsídios para a reforma do Estado – Desregulamentação e Novas Regulações” Seminário ENAP/IPEA/IBAM – Ministério de Estado da Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação da Presidência da República, 1994.

¹⁵ PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o Processo Legislativo nas Constituições Brasileiras (ANEXO IV). Em Vianna, Werneck (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

¹⁶ LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Lições de Direito Constitucional*, p.155-161.

Tal constrição se evidenciou desde o início das reformas *market-oriented*, com a inclusão do primeiro novo artigo à Constituição Federal (art. 246), proibindo o emprego das Medidas Provisórias na regulamentação daquelas, a qual só adviria, portanto, do processo legislativo comum (emenda 07/1995). Esta vedação constitucional ao Presidente da República se repetiu, especificamente, nas demais emendas constitucionais da mesma natureza e, ao final do Governo FHC, as Medidas Provisórias foram objeto (emenda 32/2001) de verdadeiro redimensionamento como instituto, incrementando seu controle formal pelo Legislativo e as hipóteses de seu controle material pelo Judiciário. São modificações que reforçaram a parlamentarização do Presidencialismo brasileiro, cujas conseqüências ainda devem ser observadas.