

PAINEL III – A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA, OS DIREITOS SOCIAIS E A TEORIADA DA LEGALIDADE

GERALDO FONTOURA
Mestre-de-cerimônias

Senhoras e senhores, reiniciamos os trabalhos da *Jornada Jurídica em Homenagem ao Professor Jorge Miranda: Os 20 Anos da Constituição Brasileira de 1988*.

Para tratar do tema *A Constituição Econômica, os Direitos Sociais e a Teoria da Legalidade* convidamos para compor a Mesa, na qualidade de expositores, a Professora Fátima Baracho, da Faculdade Estácio de Sá de Belo Horizonte; o Professor-Doutor Gilberto Bercovici, da Universidade de São Paulo (USP); o Exmo. Sr. Ministro Ives Gandra Martins Filho, do Tribunal Superior do Trabalho; e, para presidir este terceiro painel, a Dra. Haradja Torrens, da Faculdades Nordeste (Fanor).

A Presidente da Mesa, Dra. Haradja Torrens, é graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (1995) e Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2001). Atualmente, é coordenadora do Curso de Direito da Faculdades Nordeste. É autora da obra *Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos* e organizadora e co-autora do livro *A Expansão do Direito*, publicando periodicamente artigos em revistas especializadas e jornais. Atuou no projeto piloto de Mediação Comunitária do Ceará, em 2001, e na criação e implantação da primeira Casa de Mediação Comunitária no Estado. Foi responsável pela coordenação do programa de atividades complementares de diferentes Instituições de Educação Superior (IES) e coordenadora acadêmica do Congresso Brasileiro de Direito realizado em abril de 2004 no Centro de Convenções de Fortaleza. Em 2007, foi responsável pela coordenação acadêmica do I Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais. Exerce a advocacia em escritório particular desde 1995. Compõe o Conselho Executivo da Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, tendo sido nomeada consultora **ad hoc** da Revista do Centro de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça em Brasília.

Concedo a palavra à Professora Haradja Torrens.

HARADJA TORRENS

*Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Nordeste (Fonor)
e Presidente da Mesa*

Damos início ao terceiro painel da *Jornada Jurídica em Homenagem ao Professor Jorge Miranda: Os 20 Anos da Constituição Brasileira de 1988*, e quero aproveitar a oportunidade para agradecer o convite feito pela Sra. Ministra Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, do Supremo Tribunal Militar, que é uma pessoa que consegue consagrar qualidades únicas em uma só alma, o que é muito difícil; não é possível deixar de contemplá-la, pois, ao mesmo tempo, reúne inteligência, elegância, sabedoria e força.

O painel a ser tratado tem como tema: *A Constituição Econômica, os Direitos Sociais e a Teoria da Legalidade*, que me é, de há muito, caro, pois nos socorre da necessidade de eficácia e de efetividade da Constituição Federal, fazendo parte do propósito do programa de desenvolvimento social e humano e desenvolvimento da democracia participativa, a qual podemos perceber ao longo das nossas jornadas na área do Direito.

A democracia assemelha-se para o indivíduo com uma bela paisagem, que nos torna possível alcançar até mesmo a felicidade, é ela que nos enche os olhos e que socorre a alma. Costumo ilustrar o caminho para a democracia como se estivéssemos, na realidade, subindo por uma escada que, a cada degrau, nos proporciona ver uma paisagem ainda mais bela e mais completa. São esses degraus que nos levam à plenitude das instituições democráticas. Certamente, com base nos trabalhos que se desenvolverão no decorrer destes três dias, alcançaremos vários degraus.

A primeira expositora será a Professora Fátima Baracho, que possui graduação e mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais desde 2000; atualmente, é coordenadora de projetos de pesquisa da Faculdade Estácio de Sá de Belo Horizonte, realiza prestação de serviços advocatícios por meio do Escritório Oliveira Baracho, Advocacia e Consultoria, e é Professora-Assistente do Centro Universitário UNA. Possui experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Constitucional,

atuando principalmente nos seguintes temas: Estado, Justiça, Descentralização, Federalismo e Autonomia.

Passo a palavra para a Professora Fátima Baracho.

FÁTIMA BARACHO

Professora-Assistente do Centro Universitário UNA

Como professora que sou, vou valer-me da tribuna, porque penso que assim consigo expressar-me melhor.

Excelentíssima Dra. Haradja Torrens, eminente Presidente da Mesa que coordena os trabalhos desta tarde, Exmos. Srs. Ministros Ives Gandra Martins Filho e Professor-Doutor Gilberto Bercovici, ilustres expositores, com os quais tenho a honra de participar deste painel e cumprimentar todos os presentes.

Em primeiro lugar, gostaria de parabenizar os organizadores do evento, na pessoa da sua mentora, a Exma. Sra. Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, a quem saúdo de forma muito especial e carinhosa, pela amizade que adquirimos há longo tempo, pela realização deste encontro que, felizmente, coincidiu com o aniversário da nossa Constituição.

Creio que esta jornada, na verdade, expresse os valor jurídico e constitucional da figura ilustre do Professor Jorge Miranda. Por essa razão, peço um minuto de atenção para prestar-lhe uma pequena homenagem que, mesmo Sua Excelência não estando presente, com certeza, a receberá de coração.

Antes de iniciar a apresentação, quero dizer que o Professor Jorge Miranda é a representação viva não só da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, mas, sobretudo, do Direito Constitucional contemporâneo. O querido Professor Jorge Miranda, se assim me permitam, ultrapassa os limites do conhecimento jurídico. Sua retidão e genialidade, ao discorrer, sem temor sobre temas polêmicos, como, por exemplo, a relação entre os direitos fundamentais e o terrorismo, afirmando que os fins não justificam os meios, nem para um lado, nem para o outro, e a jurisdição do Tribunal Penal Internacional e os seus efeitos sobre o processo de revisão da Constituição portuguesa,

sobretudo, no que diz respeito à pena de morte e à prisão perpétua, demonstram claramente seu caráter de constitucionalista nato, sempre fiel às suas convicções e, principalmente, quando dizem respeito à consagração e à proteção dos direitos fundamentais.

Valho-me das palavras do Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Professor Eduardo Vera-Cruz Pinto, para também dizer a todos: conheçam o Professor Jorge Miranda, pois renovarão os interesses pelo estudo do Direito e os votos de fidelidade à idéia de que a justiça somente concretiza-se nos nossos dias quando homens de bem colocam a sua vida a serviço desse desiderato.

Como disse há pouco, decidi embrenhar-me pelo campo filosófico para que não haja muita polêmica quanto à nossa Constituição que defendo ferrenhamente, apesar das críticas, pois creio que seja uma excelente Constituição. Parece-me que haja controvérsias quanto ao seu conteúdo, mas, quanto ao seu valor, é uma boa Constituição. O que nos falta, no entanto, é uma vivência constitucional, um conhecimento sociológico do próprio Direito Constitucional e da norma maior que rege o País e a sua sociedade; por isso, começarei por um lado filosófico que, na verdade, é o início de todas as coisas.

Sobre o tema que me foi proposto, *Teoria Geral da Legalidade, a Lei, o Legislador e o Povo*, farei uma abordagem à luz da teoria discursiva, porque, nos dias atuais, não podemos mais considerar o Direito e, sobretudo, as práticas jurídicas como algo estático, ao qual devemos nos submeter sem qualquer questionamento ou participação.

O retorno, e não o retrocesso, às práticas políticas baseadas nos discursos de fundamentação e de aplicação demonstra quão importante é discutir os princípios e deles extrair a melhor forma de inserir o indivíduo como ser dotado de capacidade de participação e decisão. Pelo pacto social, os cidadãos dão existência e vida ao corpo político, sendo que o seu movimento e a sua vontade são atribuídos pelas leis.

Para Rousseau, não há vontade geral sobre o ponto particular, mas há na medida em que o objeto das leis é simples e geral por considerar os indivíduos um corpo concreto; no entanto, os atos são obstáculos, pois

jamais são dirigidos a um homem em particular e, conseqüentemente, se houvesse uma legislação perfeita à vontade particular esta seria nula.

Essas idéias trazem uma série de conseqüências, entre elas a de que as leis devem ser tidas como atos da vontade geral. O poder público, por meio dos governantes, enquanto membros do Estado, não está acima das leis, mas a elas está submetido. A lei não pode ser injusta, porque ninguém é injusto consigo mesmo, nem se é livre e, ao mesmo tempo, submetido às leis já que representam a expressão da nossa própria vontade.

Reunidas na lei a universalidade da própria vontade e a universalidade do objeto, o que o homem, seja qual for, ordena por si só não é uma lei, o que também acontece em relação ao poder público, porque quando, sobre determinado objeto particular, considera esse devido ato uma lei não pode ser considerado senão um decreto, nenhum ato de soberania, mas sim um ato de magistratura. As leis são as condicionantes de uma associação civil.

O povo submetido às leis deve ser o autor delas, pois, somente aos associados, compete regulamentar as condições dessa sociedade. Se assim não for, a relação entre o público e o privado, é novamente colocada em xeque. As associações da sociedade civil passam a representar o interesse público contra um estado privatizado ou omissivo.

Ao fixar a tese da co-autoria das leis, Rousseau coloca para o seu sistema jurídico outras questões de igual relevância: como são editadas as leis? Por um acordo ou por uma inspiração súbita? O corpo político possui um órgão para enunciar suas vontades? Quem lhe proporcionará a previsão necessária para a formação dos atos e sua exposição em determinado momento? Como uma multidão cega que, freqüentemente, ignora o que quer, levará a bom termo uma tarefa complexa como a construção de um sistema legislativo?

O povo, em geral, quer o bem, mas nem sempre o reconhece ou consegue distingui-lo. A vontade geral é reta; porém, o juízo que a guia nem sempre é claro. Assim, torna-se necessário atribuir a determinados indivíduos a conformação da vontade do povo à razão, da qual surge a

existência de se criar a figura do legislador, cuja função é descrita nos seguintes termos por Rousseau: aquele que ousa intentar a instituição de um povo deve sentir-se capaz de modificar, por assim dizer, a natureza humana; de transformar cada indivíduo que, por si só, é um todo perfeito e solitário em parte de um todo maior, do qual o indivíduo recebe, de algum modo, sua vida e seu ser; de alterar a constituição do homem para reformá-lo; de constituir uma existência física e independente que todos possamos reconhecer. Recebidos esses dons da natureza seríamos então pessoas acima de toda e qualquer lei. Portanto, nesse caso, é preciso retirar do homem suas próprias forças para dar-lhe outras que lhes são estranhas, porém é necessário o auxílio de outra pessoa ou de um determinado grupo.

Quanto mais mortas e anuladas estão as forças naturais, tanto mais sólida e perfeita é a instituição, de sorte que, quando cada cidadão nada é por si e nada pode, senão com os outros, é quando essa força adquirida pelo todo é igual ou superior à soma das forças naturais de todos os indivíduos, e, por essa razão, podemos dizer que a legislação se acha no mais alto grau de aperfeiçoamento que podemos pretender.

Aquele que redige as leis não tem, nem pode ter, qualquer direito legislativo, pois revestido está de uma função pública, e o povo, ao contrário, mesmo se quiser, não pode despojar-se desse direito, posto que intransferível.

Por meio do pacto fundamental, somente a vontade geral obriga aos particulares e não é possível ter certeza de que uma vontade particular esteja de acordo com a vontade geral, senão depois de tê-la submetido ao livre sufrágio popular.

A instituição de um estado importa, pois, na criação de um corpo político, ético e capaz de uma coletividade que não mais se orienta pela vontade ou pela força individual de seus membros, mas por um determinante moral que se expressa por meio da vontade geral.

Partindo de tais considerações, é preciso então estabelecer um paralelo entre as leis que regulam a conduta humana, sob o ponto de vista estritamente racional, e aquelas que, objetivando o mesmo fim, são

criadas a partir do âmbito moral, tendo em vista que dessa distinção surgem dois tipos de lei, a lei moral e a lei jurídica. Sob esse aspecto, são vários os critérios utilizados para promover a diferenciação entre o direito e a moral, fundamentos esses essenciais à dinâmica legislativa.

Norberto Bobbio, ao discorrer sobre a autonomia da vontade, em Kant, afirma que o filósofo estabelece uma distinção meramente formal, posto que tal distinção não se insere no conteúdo da lei, seja ela moral ou jurídica, e sim na forma da obrigação do cumprimento à lei exclusivamente. A ação moral, em Kant, exige não apenas a coerência com o dever, mas o cumprimento da norma moralmente e pelo próprio dever; contudo, não seria possível perceber, no conteúdo da lei, uma inclinação ou um interesse baseados inclusive em princípios morais sem um estudo prévio da formulação da mesma legislação, considerando que cada sociedade, que cada corpo social, que cada corpo político se vale das suas tradições, dos seus costumes, até mesmo dos seus aspectos religiosos.

Segundo Kant, o puro acordo ou desacordo de uma ação com relação à lei, sem respeito algum ao impulso da mesma, caracteriza-se como legalidade, ou seja, a conformidade à lei.

Entretanto, quando, em vez disso, a idéia do dever derivado da lei é, ao mesmo tempo, impulso para a ação, temos aí a moralidade. Por meio dessa análise, Kant demonstra uma necessidade de se impor limites à ação, principalmente à ação estatal, a partir das quais se deve conduzir para uma esfera externa a consciência do indivíduo em si mesmo, pois, como tal, ele somente é responsável pela ação diante dessa mesma consciência.

Nas sociedades contemporâneas a distinção entre moral e direito expressa, de forma evidente, a existência de um paradigma diferenciado a partir do estado liberal. Os princípios da liberdade e da legalidade, devidamente resguardados nas constituições escritas, demonstram claramente o vínculo entre eles e a ação estatal, seja diante do indivíduo, seja entre os próprios órgãos do poder público e até mesmo na relação dos indivíduos uns com os outros.

Em que pese poder o legislador ordinário editar leis, a lógica do estado liberal separa do aparato necessário a sua aplicação. Ao passo que o legislador extraordinário, em razão da necessidade, tem a faculdade de dar a todas as disposições singulares que adotar o caráter de lei.

O estado liberal cria um sistema de normas especialmente dirigido para a proteção da liberdade e da propriedade. A interferência do estado nesses direitos básicos estaria, portanto, submetido ao princípio da reserva legal.

O legislador extraordinário poderia, não obstante, dispor sobre a liberdade e a propriedade por via de atos não formalmente legislativos, mas que atuariam com a necessária força de lei. No entanto, não significa dizer que as relações mais livres, resguardadas pelo Estado de direito, não sejam passíveis de controle e que, para tal, o apelo à coerção seja indevido, pois, além de assegurar direito, a lei também é feita para evitar abusos.

As condições de coerção apenas precisam ser percebidas pelos destinatários como a ocasião para o comportamento conforme a norma, pois, tão-só com base em fundamentos analíticos, o agir por dever, isto é, a obediência moralmente fundada no Direito, não pode ser desprezada apenas pela própria coerção, considerando que o próprio diálogo seria uma forma que o poder público teria, até mesmo nos seus atos administrativos, de tratar não só de questões internas como também de questões externas – o que pode ser lido, inclusive, na obra do Professor Juarez Freitas: *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*.

De acordo com Habermas, uma unificação do arbítrio de cada um com o de todos os outros a partir da integração social, somente é possível sobre a base de regras normativamente válidas que mereçam respeito de seus destinatários não por medo da coerção, mas por seu fundamento racional, por reconhecimento de seu valor intrínseco do ponto de vista moral que, dentro do possível, deve estar em consonância com a lei universal da liberdade.

Embora as pretensões jurídicas estejam vinculadas às autorizações para o exercício da coerção, os indivíduos sempre devem estar prontos para, também, observar as normas por sua validade intrínseca para o temor além da lei, concluindo que o Direito é uma esfera distinta da moral, mas a legitimidade de que as normas jurídicas devem gozar precisa também permitir que sejam cumpridas por motivos morais.

Na antiga tradição e na moderna foi estabelecido um vínculo direto entre a razão prática e as práticas sociais. A esfera da prática social aproximou-se de questões normativas e, assim, como uma razão prática deveria orientar a ação do indivíduo, o Direito, é natural, até Hegel, queria determinar, de uma forma normativa única, a ordem sociopolítica correta – o que acabamos de dizer: em sociedades diferenciadas é impossível se estabelecer essa correlação.

Por outro lado, um conceito de razão, transportado para o meio lingüístico e liberto da relação exclusiva com questões de ordem moral, ocupa um lugar distinto na construção teórica, já que ele pode ser encontrado, mesmo que timidamente, tanto na reconstrução descritiva das estruturas de competência e de consciência, que anteriormente eram simplesmente operativas, como pode se ligar a enfoques funcionais e também a conclusões meramente empíricas.

A transposição do conceito de razão para a esfera lingüística leva Habermas a propor a superação da razão prática pela razão comunicativa. A diferença entre as duas se estabelece na medida em que a razão comunicativa não é adstrita ao ator individual ou a um macro sujeito ao nível do Estado ou até mesmo da própria sociedade. O que torna possível a razão comunicativa é o instrumento lingüístico por meio do qual as interações se equilibram conjuntamente e as formas de vida são devidamente estruturadas. A razão comunicativa, nos termos desenvolvidos, não seria uma fonte de normas de ação, teria um conteúdo normativo, apenas na medida em que os indivíduos, atuando comunicativamente – incluindo aí o próprio Estado –, comprometem-se com os pressupostos pragmáticos de um tipo **contrafactual**, como atribuir um mesmo significado aos termos, vincular vocábulos às

pretensões de validade que ultrapassam o contexto, e, ainda, pressupor que os destinatários são responsáveis uns para com os outros.

Segundo o jurista português José Adelino Maltês todo o processo político, incluindo aí o processo legislativo, necessita de um discurso de fundamentação no qual domina a normalidade da percussão antes do autoritarismo e da violência, já que o homem, o único ser que se comunica pela palavra, é aquele que detém o dom do discurso, o dom da fundamentação e o dom da dialética.

Em tal condição, o poder só atinge o nível essencial quando se concretiza pelo consentimento racional do cidadão enquanto participante das próprias decisões. De um consentimento racional normativo e de um consentimento racional axiológico é que deve se valer o próprio legislador, de um estado que não é apenas um contrato entre poder e sociedade, mas, também, instituição e comunidade – segundo o Professor Jorge Miranda. O sistema jurídico, como um todo, goza de maior medida de legitimidade do que uma norma jurídica isolada, considerando que por sistema podemos entender o conjunto de princípios e regras que se deve aplicar na ordenação de certos fatos para atingir a realização de determinado fim – se falarmos de sociedade ou de estado, esse fim seria a felicidade do próprio povo, seja pela música, pela poesia, ou até mesmo pelo Direito.

Assim sendo, na compreensão de Habermas, a positividade do Direito vincula-se à expectativa de que os procedimentos democráticos de elaboração de uma determinada lei justifiquem o pressuposto de que as normas promulgadas sejam racionalmente aceitáveis, ao contrário de revelar a facticidade de uma arbitrariedade, de uma vontade absolutamente contingente à positividade do Direito expressa à vontade legítima que deve a sua existência à autolegislação pressupostamente racional de cidadãos politicamente autônomos.

Convém ressaltar ainda que o Direito positivo não pode assegurar as bases de sua legitimidade simplesmente através da legalidade, considerando que normas abusivas e desprovidas de qualquer participação popular, não raro, integram o sistema jurídico de determinado estado. De

maneira inversa, sua fundamentação e aplicação devem ficar a cargo de seu maior destinatário: o povo.

Importante lembrar, neste momento, o ilustre Professor Jorge Miranda ao se referir às normas que se reportam direta e imediatamente ao estado e constituem o seu estatuto jurídico, pois exprimem um particular enlace da instância política e da instância jurídica das relações entre os homens. No seu entendimento, o político, é o todo; o global, que diz respeito a todos, que abrange, coordena e sintetiza a pluralidade de grupos, interesses e situações, está sempre a nossa volta. Sendo assim, tendo como instrumento de fundamentação as normas jurídicas, é o político que define a titularidade do poder, os modos de formação e a manifestação de vontade popular, os órgãos e procedimentos necessários à concretização de sua finalidade essencial, qual seja: a proteção do indivíduo, tanto na garantia de seus direitos quanto na proteção contra as arbitrariedades do estado.

A ordem jurídica ou permanece enraizada no etos social, subordinada à autoridade de um direito suprapositivo, ou as liberdades subjetivas são suplementadas por direitos de um tipo diferente, como, por exemplo, os direitos da cidadania, livres do arbítrio e fundamentados na autonomia do ser.

A noção de direito subjetivo exerce um papel fundamental se partir do pressuposto de que os cidadãos devem, reciprocamente, reconhecer se deseja regular de forma legítima sua convivência por meio do direito positivo, principalmente em sua correspondência com o conceito de liberdade subjetiva e sua relação com a autonomia da vontade que, dentro do possível, deve estar relacionada com a própria realização da justiça.

Porém, como muitos estados ainda se assumem superiores ao indivíduo, não é tarefa fácil exigir que o poder público, como representação que é do próprio corpo que o criou, se submeta ao direito e à moral, sobretudo, porque ainda não nos conscientizamos da força subversiva do Estado de direito como estado de justiça, confundindo-o, muitas vezes, como mero estado de legalidade – nós mesmos vivemos o

problema do Estado de legalidade durante a Ditadura militar. Existiam as leis e existia uma Constituição. A lei serviria, portanto, para controlar conduta, mas conduta essa derivada apenas da vontade política, e não considerando a vontade popular.

Assim como houve estados que nem eram democráticos nem de direito, mas que se assumiram como estados de legalidade, acirrando assim o normativismo positivista na formação dos juristas, também houve Estados democráticos que começaram por não serem estados de direito, assim também como há estados de direito que não assumiram ainda a plenitude do estado de justiça.

Nesse viés, podemos entender a justiça como a mãe do direito, que é superior à lei, e que a soberania não pode ser colocada acima de tudo e de todos, isso porque o estado é apenas um meio de acirrarmos uma civilização superior onde o estado não é uma coisa, mas um processo de consolidação dos interesses dos seus membros, onde o estado está acima do cidadão para manter a ordem, assim como o homem está acima do estado, pois a idéia de libertação que sempre se deu mal com os critérios hexógenos, como os estados e a soberania, tem de voltar a secundar os princípios da democracia, do humanismo, porque devemos caminhar para o princípio da "subsidiariedade", segundo o qual cada homem pode desdobrar-se numa pluralidade de feições políticas e para sucessivas hierarquias de "estadualidade", onde a dimensão do político pode harmonizar-se com as dimensões filosóficas da universalidade.

Para terminar, gostaria apenas de lembrar o Professor Gustavo Radbruch ao se despedir de seus alunos, solicitando que refletissem, por cinco minutos, sobre determinados princípios filosóficos e chamou essa atividade de "cinco minutos com a filosofia".

Qual seria o primeiro minuto? No primeiro minuto, o positivismo, por reconhecer que a lei vale por se lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor, ao mesmo tempo que deixa sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas, que não podem ser consideradas como lei.

No segundo minuto, Radbruch deveria dizer que tudo o que foi útil ao povo é direito, mas, em vez disso, diz que só o que for direito será útil ao povo.

No terceiro minuto, assinala que direito quer dizer o mesmo que vontade de justiça, pelo que, quando as leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, estão carecendo de igual validade.

No quarto minuto, embora considerando que ao lado da justiça o direito deve servir aos valores do bem comum e da segurança, reconhece que pode haver leis tais com tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum que, toda a validade e até o grau de juridicidade, não poderão jamais deixar de lhe ser negado.

Finalmente, no quinto minuto, salienta que há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada e invalidada. Há quem lhe chame de direito natural e há quem lhe chame de direito racional. Contudo, o esforço dos séculos conseguiu extrair desse único núcleo, seguro e fixo, que reuniu nas declarações dos direitos do homem e do cidadão, e sê-lo, com consentimento, de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático ceticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas quanto à própria ação do poder e o papel da sociedade.

Muito obrigada.

HARADJA TORRENS

Ao parabenizarmos a Professora Fátima Baracho pela palestra, em nome da comissão organizadora, da Professora Samantha Ribeiro Meyer-Plug, da Dra. Célia Cristina dos Santos Silva e da Professora Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, verificamos que nos trouxe conteúdos de jus direito e de jus filosofia, que vão para além do Direito e rememora os seus fundamentos, como os filosóficos, porque a Professora Fátima Baracho ressalta a instituição da constituição real e da constituição

virtual, ou seja, daquela constituição carta política que traz em si a residência dos princípios constitucionais, que nos incita a um propósito filosófico. Não há como se tentar decodificar, por meio apenas do direito, o que vem a ser paz, felicidade, dignidade, posto que de há muito se trata disso na filosofia. Esses conteúdos congêneres fazem parte da interpretação, hoje, levada a cabo pelo jurista, pois dele não se pode prescindir.

HARADJA TORRENS

Passo a palavra ao Professor-Doutor Gilberto Bercovici, que é Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo e Livre-Docente em Direito Econômico pela mesma Universidade de São Paulo. Atualmente, é Professor Associado do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. A ênfase da sua produção está voltada para as áreas de Direito Econômico, Teoria do Estado, História do Direito Público e Teoria da Constituição, desenvolvendo pesquisas em torno dos temas de Estado e Subdesenvolvimento, Desenvolvimento Econômico, Papel do Estado na Economia, Política Econômica e Soberania.

GILBERTO BERCOVICI

Professor-Doutor da Universidade de São Paulo (USP)

Quero agradecer, na pessoa da Sra. Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, o convite para estar presente a este evento para debater os 20 anos da Constituição de 1988 e, ao mesmo tempo, homenagear o Professor Jorge Miranda, que tantas contribuições trouxeram para o Direito Constitucional luso-brasileiro. Também aproveito para saudar os colegas de Mesa, a Dra. Haradja Torrens, a Dra. Fátima Baracho e o Sr. Ministro Ives Gandra Martins Filho, pois é um grande prazer debater tais temas com os colegas.

O tema que coube a mim versará sobre *A Constituição Econômica*. A [Constituição de 1988](#) tem, expressamente, não é segredo para ninguém, uma cônica econômica marcada justamente pelo tom de plano de transformação de estruturas sociais, como se pode perceber da leitura do texto.

O Capítulo que trata da atividade econômica vai do art. 170 ao art. 192, embora, obviamente, não esgote o tema, pois não estará restrito simplesmente a este Capítulo, mas faz uma tentativa de sistematizar a

maior parte dos dispositivos que dirão respeito à configuração jurídica da economia e a atuação do Estado no domínio econômico.

Como está estruturado esse Capítulo? Num primeiro momento, no art. 170¹, estão previstos os princípios fundamentais da ordem econômica brasileira, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, de acordo com a justiça social. Dentre esses princípios, há vários a destacar: a soberania nacional; a função social da propriedade; a livre concorrência; a redução das desigualdades sociais e regionais; a busca do pleno emprego entre outros.

Do art. 171, revogado pela [Emenda Constitucional nº 6](#), de 1995, ao art. 181 versará sobre a estruturação da ordem econômica e sobre o papel do Estado no domínio econômico, instituindo – como chamado pelo Professor Eros Grau – uma ordem econômica aberta para a construção de uma sociedade de bem-estar.

Além desses princípios estruturantes, a ordem econômica da Constituição englobará, ainda, dispositivos que projetam os temas e os conflitos que foram incorporados nos princípios da ordem econômica no espaço e no tempo.

A ordem econômica no espaço está configurada nas disposições sobre política urbana e política agrícola e fundiária e da reforma agrária dispostas desde o art. 182 até o art. 191, artigos que tratam essencialmente da projeção da ordem econômica, dos conflitos da ordem econômica no espaço, centrado na questão da ordenação da propriedade.

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

~~VI - defesa do meio ambiente;~~

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

~~IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.~~

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O art. 192² trata da projeção da ordem econômica no tempo, porque cuida do crédito e do sistema financeiro, ou seja, é a projeção temporal do conflito. O que, realmente, é o crédito? É a diferença da escassez no tempo, ou seja, é a definição de como os recursos serão distribuídos: quem os tem hoje, quem não os tem, quem os terá amanhã, quem não os terá. É como esses recursos serão distribuídos no decorrer do tempo.

Nessa ordem econômica constitucional, queria destacar algo curioso, nesses 20 anos de Constituição, tema que volta a debate, pois aparentemente estava excluído, sobre a soberania econômica.

A soberania econômica está prevista, formalmente, no inciso I³ do art. 170, como princípio da ordem econômica, mas esse artigo, por si só, não explica o que é soberania econômica na ordem Constitucional de 1988, pois precisa ser entendido em conjunto com outros dois dispositivos: art. 3^o⁴, inciso II, que trata de garantir o desenvolvimento nacional como um dos objetivos da República; e art. 219⁵, que vai proclamar o mercado interno como integrante do patrimônio nacional. Na verdade, são os três pilares do discurso sobre a soberania econômica constantes da Constituição.

Ao se falar sobre os objetivos da República, e, dentre eles, se configurar o desenvolvimento, o primeiro pensamento é sobre qual o modelo de desenvolvimento a Constituição está propondo, pois não se escreveu a palavra desenvolvimento, simplesmente, por ser bonita ou possuir uma configuração sonora interessante. Na verdade, ao se falar em desenvolvimento, pensou-se em um modelo, incorporado na Constituição de 1988, justamente, na tentativa de o constituinte, de 1987 e 1988, retomar o projeto nacional desenvolvimentista que havia sido

² Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)

³ Art. 170 (...)

I - soberania nacional;

⁴ Art. 3^o Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)

II - garantir o desenvolvimento nacional;

⁵ Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

interrompido com o Golpe Militar de 1964 e na tentativa de retomar a idéia de um desenvolvimento centrado na chamada internalização dos centros de decisão econômica, ou seja, na construção de toda uma infraestrutura econômica e industrial baseada nas idéias da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), de superação do subdesenvolvimento por meio de uma atuação deliberada e planejada do Estado, especialmente num processo de industrialização e de reformas estruturais.

É essa a idéia que está presente em vários dispositivos do texto Constitucional de 1988, o que começa a ser enunciado no inciso II⁶ do art. 3º e se refletirá também no art. 219. Quando se consagra constitucionalmente a proteção ao mercado interno, está se consagrando justamente a proteção constitucional da endogeneização do desenvolvimento tecnológico e, novamente, a internalização dos centros de decisão econômica, seguindo a idéia de superação do subdesenvolvimento. A idéia é a de que o Estado tem que ter autonomia não só econômica e política, mas tecnológica para poder enfrentar os desafios da superação da condição de subdesenvolvimento; com um detalhe – e creio que seja relevante lembrar – o subdesenvolvimento e o desenvolvimento não são etapas, na verdade, o subdesenvolvimento não é uma etapa histórica que veio antes do desenvolvimento. Os países desenvolvidos não necessariamente foram subdesenvolvidos, não vivem sem os países subdesenvolvidos. Na realidade, desenvolvimento e subdesenvolvimento são duas faces da mesma moeda: um não vive sem o outro. Na verdade, o sistema é um só e não foi criado um manual de etapas, um manual de instruções pelo qual os países atualmente desenvolvidos passaram por ele e chegaram ao paraíso prometido do desenvolvimento, pois a situação é muito mais complicada.

Celso Furtado dizia que o subdesenvolvimento é um fenômeno de dominação: econômica, política, social e ideológica. Superar o subdesenvolvimento significa superar, também, esse fenômeno de dominação e, para que ocorra, é necessário todo um Estado estruturado,

⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)
II - garantir o desenvolvimento nacional;

forte e equipado para poder coordenar a tarefa, obviamente, gigantesca que representa o grande projeto nacional desde a Revolução de 1930.

A partir dessa ideologia, que está por trás da idéia de desenvolvimento, proposta pela Constituição, dá para se entender o que ela quer dizer ao falar que a soberania econômica é um dos princípios da ordem econômica. Mas soberania econômica em que sentido? Soberania econômica para quê? Soberania econômica em que direção? Soberania econômica que, na verdade, não podemos nunca deixar de levar em consideração, pois, ao mesmo tempo em que se afirma tão categoricamente, é relativa. Como o sistema capitalista mundial é hierarquizado, ou seja, tem um centro e uma periferia, partindo da teoria da Cepal e abrangendo toda a teoria da história do capitalismo, com Braudel, Valentim, Arrighi e tantos outros autores, que mencionarão como se forma o sistema capitalista: sempre com uma potência hegemônica no centro e os satélites girando em torno dessa economia central, o que significa que cada país terá a percepção da soberania econômica a seu modo, por isso é relativa.

Nos Estados Unidos, por exemplo, que ainda hoje é uma potência hegemônica, esse é um debate, até uma semana atrás – entenderemos o porquê – quase inexistente, pois não tinha que se discutir soberania econômica, não havia um debate nesse sentido, pelo contrário, no caso do Brasil e dos demais países latino-americanos, da periferia do capitalismo, a soberania econômica é um tema central do debate público, econômico e político, tendo a visão do subdesenvolvimento como uma questão de dominação, porque, no fundo, a soberania econômica está tratando da autonomia das decisões de política econômica.

Pensando a soberania econômica, perceberemos as limitações, as possibilidades, os constrangimentos externos ao Estado brasileiro e às suas decisões políticas e econômicas; aliás, é o que vemos todos os dias nos jornais. É um debate presente no dia-a-dia.

Por que a soberania econômica vai ser percebida de maneira distinta nos vários países? Por que haverá essa hierarquia entre um centro e uma periferia? Por que nos Estados Unidos, até uma ou duas semanas,

esse tema não era de debate e, no Brasil, sempre foi o debate central do debate público, do debate político? Tal fato se explica, entre outros fatores, por um fenômeno que chamamos de hierarquia de moedas.

O sistema internacional é ancorado em uma moeda chave, que é aceita internacionalmente. Na verdade, diz-se que os Estados Unidos é o responsável pela emissão dessa moeda, mas não por acaso, que é o dólar, desde 1944 com o Sistema de Bretton Woods, pelo fato de ser uma moeda de alta conversibilidade, porque é aceita em qualquer negociação, em qualquer acordo, em qualquer contrato internacional.

Qual o problema existente em países como o Brasil e os periféricos? As moedas emitidas são de baixa ou nenhuma conversibilidade; não são ou são pouco aceitas nas trocas e negociações internacionais. Geralmente, esses países, como o Brasil, não emitem os seus títulos na sua própria moeda, mas os vinculam à moeda internacional, hegemônica.

O dólar, além da questão da hierarquia das moedas, possui um problema a mais: gerará uma série de inovações, o que explica um pouco o que estamos passando nesses últimos tempos no mundo e tem relação com a questão da soberania econômica.

O dólar foi imposto em 1944, ao final da Segunda Guerra Mundial, no Acordo de Bretton Woods, como moeda internacional, pois os Estados Unidos tinham poder militar, econômico e político para impor o dólar aos seus aliados, e podiam fazê-lo. Mas o Acordo de Bretton Woods definia que o dólar tinha que estar vinculado a algo que fosse uma referência de valor, que era o ouro. Para determinada quantia de dólar, deveria haver determinada quantia de ouro, porque era uma espécie de garantia do valor da moeda.

A partir dos anos 70, no Governo Nixon, os Estados Unidos romperam com o Acordo de Bretton Woods e, simplesmente, acabaram com a paridade do dólar em ouro. O dólar passou a não ter mais lastro desde 1970, pois deixou de estar vinculado a qualquer garantia material.

Mas por que o dólar ainda vale? Por que o dólar é aceito como moeda internacional se não possui mais garantia, se não pode ser trocada aquela quantia por determinada quantia em ouro? Porque o dólar é a moeda dos Estados Unidos, a moeda da principal potência econômica, política e, especialmente, militar. O dólar é aceito, porque é uma moeda boa de se aceitar, entre outras coisas. Não é simplesmente pelo fato de haver a garantia material do ouro que a moeda valerá; valerá porque se trata de uma moeda da potência central do sistema; valerá em função de seu poder.

Ao se quebrar com o Acordo de Bretton Woods, o que aconteceu com a economia mundial? A gestão monetária dos Estados Unidos passou a determinar o rumo da economia do mundo. Se os Estados Unidos sobem ou descem as taxas de juros, significa que o mundo crescerá mais ou menos, comprarão mais ou menos, pois todas as taxas de juros, todas as taxas de câmbio dos outros países serão influenciadas a partir dessa falta de vínculo, visto que conseguirão controlar os fluxos de capital. Os Estados Unidos começarão a se financiar pelo dólar, emitindo dólares e títulos em dólar. São uma espécie de banco do mundo, os maiores bancos, porque emitem moeda sem tê-la. Da mesma maneira que ocorre com o banco que pega um dinheiro emprestado ou depositado e o empresta, pois, na prática, estará emitindo moeda; o banco empresta muito mais do que tem. A lógica do sistema é a de que as pessoas não vão todas ao mesmo tempo ao banco resgatar dinheiro, senão ele quebrará, pois não terá dinheiro para pagar a todas.

Ao se depositar um dinheiro no banco, ele o empresta e, com isso, o multiplica. Os Estados Unidos começaram a agir igualmente aos bancos, passando a ser uma espécie de banco do mundo, atraindo os recursos de uma maneira cada vez mais solta, mais desregulada, mais liberalizada com **deficit** freqüente sem nenhum tipo de limite e de endividamento. Qual a conseqüência gerada para nós em um primeiro momento? Sabemos que para atrair capital devemos elevar as taxas de juros e, conseqüentemente, quebrar as contas públicas, porque, quem paga a brincadeira, é o poder público.

Ao se elevar a taxa de juros, eleva-se o que se tem que pagar pelos títulos públicos, ou seja, o governo quebra para dar uma remuneração mais atraente para os recursos que têm uma garantia, pois confiam ou não no dólar. Caso não se tenha dólar, terá que captar recursos de outra forma.

Além de se agir dessa forma, terá também que se criar uma série de medidas para garantir que esses investimentos sejam remunerados sem qualquer tipo de dúvida. A [Lei de Responsabilidade Fiscal](#)⁷ é apenas um desses instrumentos, porque a garantia por serviço da dívida não será suspensa, não será cortada, não há margem de manobra alguma, a não ser cumprir com as obrigações financeiras que forem assumidas.

Não é à toa que o teórico argentino Antonio Ocampo afirma que, na questão econômica, o centro é *policy making* e a periferia é *policy taking*, de forma a recebermos os reflexos dos movimentos externos.

Os países passarão a ter maior ou menor autonomia de acordo com a maior ou menor capacidade de controlar os fluxos de capitais, que são determinados por uma dinâmica externa, que é da economia americana. Haverá mais ou menos dinheiro, dependendo de como está a economia norte-americana e da política monetária de quem emite a moeda do mundo, que são os Estados Unidos.

No momento em que há uma crise – e estamos vivendo este momento – para onde vai o dinheiro? Para a moeda que se tem segurança. Comprarão os títulos da dívida americana ou o dólar, pois terão segurança. Para evitar que o dinheiro saia do mercado, precisa-se remunerar e ter reservas altas. No momento em que o dinheiro sai, gastam-se as reservas, porque tem de remunerar aqueles que investiram e querem o dinheiro com a taxa de juros prometida. Por tal motivo, existem todos esses fluxos de reservas que cansamos de ver nos últimos anos, especialmente na crise cambial de 1998, na qual se gastou tudo para tentar segurar o dinheiro no Brasil, mas não deu certo, porque se tentou manter o câmbio alto.

⁷ Cf. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

Há um dado interessante trazido pela crise de 15 de setembro de 2008 – os americanos talvez tenham algum problema com o mês de setembro –, que não havia ainda sido percebido, mas está na hora de percebê-lo. O primeiro ponto, e não se trata de uma novidade, diz respeito ao livro lançado pelo autor Michael Hudson, na década de 70, intitulado *Super Imperialismo*, no qual conta que não existe sistema financeiro internacional, no sentido que é dado para o Direito Internacional, mas finanças nacionais dos Estados Unidos que têm impacto internacional, por tal motivo são reguladas de forma nacional e não internacionalmente.

A crise ocorrida em 2008 mostra o que, realmente, ocorreu nos Estados Unidos. Qual foi o estopim da crise, que não é o motivo único? É a desregulamentação do sistema financeiro com a revogação, em 1999, da *Glass-Steagall Act*, de 1933 – à época em que Roosevelt era o presidente –, que proibia os bancos comerciais de atuarem no mercado financeiro. Existia o banco de investimento e o banco comercial, em que um não fazia o mesmo que o outro. A partir de 1999 passaram a atuar no sistema financeiro com a revogação da lei de 1933, utilizando a chamada securitização dos créditos. Mas venderiam o quê? Especulariam sobre o quê? Sobre as garantias e os empréstimos, a chamada *subprime*, que é a garantia da hipoteca.

Os americanos hipotecam seus bens, suas casas e aplicam ou investem esse dinheiro, utilizando-o de outra maneira, como uma forma de poupança. A garantia sobre esses recursos foi jogada para frente: fazia-se a garantia da garantia e a garantia da garantia, quase que construindo uma pirâmide, até que, em determinado momento, essa modalidade não funcionou, como o que ocorreu agora, em setembro de 2008, e teve como repercussão, para quem dizia que o Estado não tinha mais nenhum papel no sistema econômico, para quem dizia que o Estado não tinha que atuar na esfera financeira, vir o Estado norte-americano a atuar de maneira maciça, o que não se via acontecer, desde à época de Roosevelt com a crise de 1929, nos Estados Unidos, com a estatização das companhias hipotecárias e seguradoras, com o pacote que, somente ontem, passou no Senado em versão modificada, de ajuda aos bancos

com o dinheiro público, de ajuda ao sistema financeiro, levando o Professor Nouriel Roubini, da New York University, a afirmar que o Governo Bush, de neoconservador, passou a “neobushevista”, tamanha a intervenção que estão propondo no padrão norte-americano.

Independentemente do debate norte-americano, o que nos interessa – e tem a ver com o nosso sistema de soberania econômica, por isso tratei da crise americana –, o que chama a nossa atenção para a crise que os Estados Unidos estão passando? Apesar de a crise ser supostamente do sistema financeiro internacional, que não é internacional, mas americano, é sentida nacionalmente. E as soluções para as crises são buscadas nacionalmente.

A sede do Banco Central americano, ou melhor, o Governo dos Estados Unidos não está preocupado em salvar o sistema financeiro internacional, pois não existe, e, se existisse, também não estariam nem um pouco preocupados, estão preocupados apenas em salvar a economia norte-americana, que é outro problema, e estão tentando impor medidas para os seus aliados, que também não estão aceitando-as.

A Europa, o Chile e o Japão têm resistências a uma série de pontos, porque não interessa a eles salvar a economia dos americanos e não salvar a deles. Cada um está pensando no impacto que terá na sua economia, se é que vai haver o impacto que se está dizendo, que se prevê, e a previsão não é o forte dos economistas. Ou seja, um tema que, aparentemente, estava relegado à curiosidade arqueológica, da soberania econômica, voltou ao foco do debate não só no Brasil, mas no centro financeiro, político e militar do sistema capitalista. Trata-se de uma amostra de como esse debate será essencial para entender determinadas questões, pois não é um debate ultrapassado e sem importância, mas manifesta-se em relação à inserção da política financeira do País.

Há outro debate atual no Brasil, também curioso, que trata dos 20 anos da Constituição de 1988, sobre a soberania econômica, que diz respeito novamente ao controle dos recursos estratégicos do País. Debate que é antigo no Brasil e foi, de certa maneira, “solucionado” com a Revolução de 1930, com a nacionalização do subsolo, que veio com o

[Código de Minas](#), que foi constitucionalizado em 1934. É mantida, desde então, em todas as constituições brasileiras, inclusive na de 1988, a nacionalização do subsolo, da mesma forma como se manteve o monopólio estatal do petróleo, criado, em 1954, por Getúlio Vargas, e constitucionalizado em 1967, após a campanha do *Petróleo é Nosso* e da criação da Petrobrás. Debate em que, na década de 90, parecia ter sido invertida a lógica: as privatizações, aparentemente, deslocam o debate de forma a torná-lo ultrapassado, inócuo, sem grande importância, embora, na contestação, serem alegadas questões de soberania econômica. A Companhia Vale do Rio Doce é um exemplo não somente por causa das reservas minerais, mas também porque detém o mapa geológico do País, é a empresa que sabe onde estão todas as reservas minerais.

No caso das telecomunicações, quando se vendeu a Telebrás, vendeu-se também o satélite. O Brasil é um fenômeno, é o País do mundo que vendeu um satélite. Enquanto que, hoje, para privatizar um satélite, o Governo brasileiro não tem um instrumento essencial de controle de obtenção de informações, precisa pedir ou comprar as informações de satélites de outros países, tanto que há uma disputa entre Peru e Colômbia sobre o espaço que teria direito a América do Sul a um satélite, para o Brasil poder ainda lançar um satélite nessa curvatura, visto ter perdido o que possuía ao permitir que fosse privatizado com a empresa.

Houve uma série de questões envolvidas na privatização, mas foram deixadas de lado, pois, aparentemente, não provocava mais a opinião pública e o debate público. Mas, apesar de toda a retórica anti-estatal, no final das contas, o grande modelo de empresa bem-sucedida no Brasil, é uma estatal, a Petrobrás que é a maior empresa do País, e, mais do que isso, talvez seja um dos mais importantes agentes econômicos do Brasil, porque gira em torno dela uma série de políticas públicas, como as políticas de compras governamentais, porque, dependendo das compras da Petrobrás, se cria ou se destrói toda uma cadeia produtiva, tamanho o poder econômico dessa empresa.

Quanto à política de inovação tecnológica, a Petrobrás é a única empresa no País que investe nesse setor, além das universidades

públicas, de existir uma política oficial de ciência e tecnologia ou de fomentos à tecnologia, porque a empresa privada prefere comprar a tecnologia pronta por ser mais barata. A ótica do empresário está no lucro e está certo ao pensar nessa lógica, não pode ser condenado por pensar assim, pois para ele é mais barato comprar um produto pronto do que investir na pesquisa, no desenvolvimento. Pagar patente sai muito mais barato.

A Petrobrás, por ser uma empresa estatal, possui uma política de investimento e, também, de desenvolvimento territorial; basta vermos o Rio de Janeiro, a Bahia, com o Pólo de Camaçari, e outros lugares para se perceber a importância dos pólos regionais que a indústria petrolífera cria em vários estados brasileiros. A Petrobrás é apenas um exemplo das empresas bem-sucedidas. Teríamos exemplos de outras empresas, mas por que mencionar a Petrobrás? Porque, nos 20 anos da Constituição, é retomado o debate sobre o controle dos recursos estratégicos em virtude do petróleo e das descobertas da chamada camada do pré-sal, o que nos coloca diante de um debate não muito público sobre o que fazer com esses possíveis recursos, que podem e devem ser essenciais para o futuro do País. O que quer dizer que a questão da soberania econômica, novamente, está no centro do debate público após 20 anos de tentativa de interdição da discussão sobre como se deve desenvolver ou para quem se deve desenvolver o País.

Na realidade, todo o problema que envolve o pré-sal é para evitar que o Brasil vire, o que é uma tentação, de acordo com a literatura econômica, o chamado Estado rentista ou de doença holandesa, ou seja, que viva tanto da extração de um produto mineral, que por gerar tanta renda seja desperdiçada, como foi o caso da Venezuela, ocorrido nos anos 70, e como foi o caso dos países árabes, e se perca a oportunidade de agregar uma série de recursos que poderão ser utilizados no interesse público de desenvolvimento do País.

O debate público, amplo e democrático sobre os recursos naturais do País não é só necessário, mas uma obrigação constitucional. Um Estado republicano e democrático, estruturado a partir da Constituição de

1988, com uma soberania econômica, com o princípio da ordem econômica, como objetivo da República de garantir o desenvolvimento, só faz sentido se for compreendida como equivalente à soberania popular, o que quer dizer que cabe ao povo brasileiro, cabe a nós decidirmos sobre o nosso próprio destino, inclusive sobre os nossos recursos minerais. Portanto, cabe a nós decidirmos o que fazer com eles e, ao fazer isso, esse debate deve ser um reflexo de toda a necessidade de ampliação da democracia brasileira, da esfera política, da esfera econômica e social, como, aliás, prevê a própria Constituição de 1988.

Muito obrigado.

HARADJA TORRENS

Parabenizo o Professor Gilberto Bercovici pela palestra, que é de magnitude anunciada pela própria maestria de seus consagrados livros como a *Constituição Econômica e Desenvolvimento* e a recente obra *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*, reeditando o debate sobre a soberania, pois se os economistas não fizeram as previsões, o Professor Bercovici as fez ao lançar esse livro, em 2008 pela Quartier Latin, São Paulo.

É de se notar também a força dialética histórica dos fatos. Em 1929, o *crash* da bolsa americana fez nascer uma política de controle estatal do mercado econômico americano. Com o tempo, surgem os programas sociais derivados dessa situação econômica. Tempos depois, a magnitude da economia americana fez com que o processo de desregulamentação fosse evidenciado; e, agora, uma nova quebra, um novo *crash*, uma nova crise, leva-se a rediscutir os mesmos caminhos traçados há muitos anos.

Gostaria de explicitar que houve uma quebra de protocolo ao se transferir a palestra do Sr. Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho para o final, mas tal se deve apenas ao fato de que tratará dos direitos sociais, pois, ao se pensar o tema deste painel, se pensou também no liame necessário entre a legalidade, entre a Constituição econômica e os direitos sociais.

O Sr. Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho é formado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com especialização em Direito Empresarial; fez mestrado em Direito na Universidade de Brasília; foi aprovado em 1º lugar no um concurso público para Procurador do Trabalho; possui uma grande carreira como Procurador do Trabalho de 1ª Categoria; atuou no Tribunal Superior do Trabalho como Coordenador da 3ª Turma de Procuradores; foi membro e Coordenador da Coordenadoria da Defesa de Interesses Difusos e Coletivos, Vice-Procurador-Geral do Trabalho, Subprocurador-Geral do Trabalho e Assessor Especial da Casa Civil da Presidência da República, e Ministro do Superior Tribunal do Trabalho, desde 14 de outubro de 1999; foi também o primeiro Diretor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho; possui uma ampla publicação referente à matéria trabalhista, a recursos no processo trabalhista e manuais de Direito do Trabalho, além de abordar os temas de Legitimidade do Direito Positivo.

Passamos a ouvir o Sr. Ministro Ives Gandra Martins Filho.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho

Cumprimento a Dra. Haradja Torrens, Presidente da Mesa; os colegas que muito ensinaram-me, a Dra. Fátima Baracho e o Professor Gilberto Bercovici, que, inclusive, me aproveitei muito das lições recebidas de suas palestras para poder também glosar um ou outro ponto que considero interessante; a Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha pela organização deste evento, assim como a Dra. Samantha Ribeiro

Meyer-Pflug e a Dra. Célia Cristina dos Santos Silva, que foi minha colega na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Vejo com alegria a presença do Professor Ney Prado, que se apresentará em seguida; do Dr. Altino Pedrozo, membro do Conselho Nacional de Justiça Federal e nosso colega do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Cumprimento também a todos os presentes, pois, para mim, é uma satisfação participar deste evento justamente por homenagear não somente os brasileiros constituintes de 1988, mas o português Professor Jorge Miranda.

Mantenho uma ligação com os dois Países, porque minha ascendência também é portuguesa: meu avô é da região de Braga, que, por acaso, é a mesma região do Professor Jorge Miranda. Então, tenho imensa alegria de estar presente a este evento.

O tema que me coube tratar é o da análise do título que diz respeito aos *Direitos Sociais* da Constituição de 1988. Farei uma espécie de balanço desses 20 anos e uma prospectiva para os próximos decênios.

O que mais me impressiona, e creio que impressione a todos, é o título dos direitos sociais na Constituição de 1988, que foi pródiga na concessão dos direitos. Se fizermos uma comparação entre a Constituição de 1988 e a [Constituição de 1967](#) – que recebeu nova redação em 1969 por uma emenda – veremos, exatamente, dezessete incisos a mais, dezessete direitos que foram concedidos e outros que foram majorados.

Somente para se ter uma idéia do impacto em termos de direitos, tivemos: seguro desemprego; piso-salarial; redução de seis horas para turno ininterrupto de revezamento; licença-maternidade de 120 dias; licença-paternidade; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço; adicional para atividades penosas; jornada de 44 horas semanais reduzida; aumento para cinquenta por cento do adicional de horas extras; abono de um terço de férias, em que se recebem as férias e mais um terço.

Mas o que representou a concessão desses direitos? Em primeiro lugar, diria que a Constituição Federal passou a ser, verdadeiramente, celetização no Capítulo Dos Direitos Sociais, trazendo para si muitos dos

direitos constantes da [Consolidação das Leis do Trabalho](#) (CLT). Mas perguntaríamos por quê? E, em segundo, por aumentar alguns desses direitos e trazer novos direitos.

Para resumir, que conseqüências tivemos em termos de impacto dessa prodigalidade da Constituição de 1988 no campo do Direito material e no campo do Direito processual? No campo do Direito material, diria que houve o aumento da informalidade.

Se tivermos mais de cinquenta por cento, pois supera bastante esse valor, do número de trabalhadores que não têm carteira assinada ou contrato formal, a informalidade será prevalente no Brasil. Mas o que vemos? Ao se fazer um levantamento de um pouco do impacto desse aumento de direitos na folha de pagamento das empresas – divergem alguns economistas –, fica clara a duplicação de encargos sociais, o que é fato, ou seja, alguns dizem que têm de pagar 200% do que foi gasto com determinado empregado; outros dizem que são 210%; e outros ainda que são 215%, mas o fato é que, para cada salário, para cada remuneração que se paga para um empregado diretamente, os encargos indiretos serão de 1.1 ou 1.2 da folha. O que essa situação tem gerado? Tem gerado, efetivamente, a informalidade.

Na semana passada, visitei o Tribunal Superior do Trabalho para participar de uma reunião com os ministros da Casa, pois o Ministro Mangabeira Unger, da Secretaria de Assuntos Estratégicos, queira conversar conosco para discutir o novo modelo de relações trabalhistas, visto criticar os dois discursos: o da flexibilização e o do direito adquirido, na tentativa de chegar a um meio-termo, dizendo que tínhamos que encontrar uma solução para trazer para dentro do sistema aqueles que se encontram fora.

Comentava com o Ministro que, se, atualmente, um dos campos que se busca trazer para a formalidade é o do setor agrícola – falava ele, principalmente, dos setores agrícola e industrial –, pois o discurso que faz atualmente é o de trazê-lo para o sistema, verificamos que o próprio Governo acaba por bombardeá-lo, quando temos um Programa de Bolsa

Família que, no setor agrícola, praticamente inviabiliza qualquer formalidade na contratação.

Ocorre que trabalhador rural não quer, de jeito algum, ter sua carteira assinada, seu contrato de trabalho formalizado, porque, no dia em que tiver, perderá a bolsa família, ou seja, o interessante é ganhar tal vantagem sem trabalhar; mas se, eventualmente, precisar trabalhar, não quer ser contratado formalmente. Ao conversar, às vezes, com pessoas ligadas ao setor agrícola, a perplexidade que se verifica é que o Ministério Público compele-se para que se cumpra a legislação. No momento em que se tenta formalizar o contrato, por exemplo, de um trabalhador de safra, poderá dizer: “Não aceito. Vou trabalhar em outra fazenda, porque, se me contratar e tiver a obrigação de cumprir o contrato, no meio da safra – o que às vezes acontece –, se descobrir que em outra fazenda estão pagando mais, não vou querer nada que me prenda aqui”.

Portanto, muitas vezes, o que vemos, do ponto de vista do Direito material, de direitos trabalhistas, é que quanto mais se tenta formalizar de cima para baixo, colocando o que deve ser feito pelo trabalhador, por meio do Ministério Público, do legislador ou da Justiça, mais as relações fogem do que achamos que seja bom para o trabalhador ou para o setor em que atua, o que tem que ser regulado e disciplinado pelas próprias partes.

Uma segunda consequência quanto à ampliação dos direitos trabalhistas ou a celetização dos direitos sociais, sob o ponto de vista processual, diria que o Tribunal Superior do Trabalho – não se trata de uma queixa, mas poderia ser tomada como tal –, do ponto de vista constitucional, é o intérprete máximo da legislação infraconstitucional trabalhista e quem daria a última palavra quando esses direitos passaram para a Constituição, mas, atualmente, quem dá a última palavra é o Supremo Tribunal Federal, o que é bom e é mau. Por quê? Porque quando se verifica aumentada, cada vez mais, a litigiosidade, em vez de se compor os conflitos trabalhistas – função do Judiciário –, são instigados. Às vezes, interpreta-se que o juiz trabalhista não é aquele que tem que compor o conflito, mas dar tudo ao trabalhador, garantir um sistema que

seja absolutamente protetivo. Mas o que leva a essa interpretação? Atualmente, o TST, é uma espécie de – usando uma expressão de Minas Gerais ou, talvez, do norte de São Paulo –, verdadeiro apeadeiro: dá uma parada na caravana de processos que seguirão para o Supremo Tribunal Federal, porque se identifica, por exemplo, numa reclamação trabalhista na qual o reclamante coloca, logo no começo, todos os dispositivos da Constituição que tenham alguma relação com o caso – nem que seja espiritual –, com o direito que está pleiteando.

Garanto que, se não conseguir atingir sucesso na primeira instância, no Tribunal Regional do Trabalho, e, depois, no Tribunal Superior do Trabalho, chegará ao Supremo Tribunal Federal, pois irá às últimas conseqüências para defender seus direitos. E vemos o Supremo Tribunal Federal atolado, mas, graças a Deus, pode se valer do instrumento da repercussão geral para desafogar-se da quantidade de processos que nele chegam.

Basta o Supremo Tribunal Federal decidir determinado processo – às vezes, é criticado por tal atitude – para editar uma súmula vinculante, e é para isso que a repercussão geral foi criada: escolhe-se um processo daquela enorme quantidade que trata exatamente da mesma matéria e, fixada a jurisprudência, estará dada uma finalização rápida à sociedade.

Ontem, comentava com alguns colegas no TST que o STF resolveu o seu problema por meio da repercussão geral, no sentido de dar uma resposta dinâmica à sociedade de forma a não ficar acumulando processos; que o STJ resolveu o seu problema por meio dos recursos repetitivos; e nós estamos “batendo a cabeça” até o momento, porque não regulamentamos uma transcendência.

O que acontece com tal situação? Estamos com uma matéria relativa à previdência social sobre contribuição previdenciária: manda cobrar de toda a relação de emprego de vinte anos, somente do valor que foi objeto do acordo, ou do valor que foi objeto da condenação? Estávamos aguardando o relator trazer para o Pleno o seu voto e, ao começarmos a discutir o assunto, o Supremo Tribunal Federal, rapidamente, já decidiu a matéria. Então, perdeu-se o objeto, perdeu-se o

jus. O que significa dizer que, muitas vezes, acabamos não racionalizando o sistema, mas complicando-o: se se pode complicar, por que vamos simplificar? Às vezes é o que acontece.

Retomando à palavra que utilizei: atualmente, há uma celetização da Constituição Federal em matéria de direitos sociais. Seria interessante pensar no que seria a Consolidação das Leis do Trabalho.

Recentemente, o Sr. Ministro Arnaldo Süssekind, último sobrevivente dos elaboradores da CLT, de 1943, numa entrevista concedida, citou as quatro fontes que inspiraram os consolidadores: a primeira refere-se aos pareceres dos dois consultores magnos do Ministério do Trabalho, do Professor Oliveira Viana e do Professor Oscar Saraiva, pois praticamente não existia legislação trabalhista, que era esparsa, e estava sendo criada ao surgir esse problema, que tinham a base, nesse pouco de legislação, de praticamente criar normas. Então, a primeira fonte material é encontrada nos pareceres desses consultores.

Depois, cita uma grande fonte: que são as 115 teses aprovadas no Primeiro Congresso Brasileiro de Direito Social, o que mostra a importância da realização desses congressos, principalmente, quando há teses para se debater e aprovar. Pois bem, essas 115 teses nortearam muitos desses princípios. O Ministro Arnaldo Süssekind colocou algo interessante: com que finalidade esse Congresso começou no dia 15 de maio de 1941? Comemorar os 50 anos da edição, da publicação, da encíclica **rerum novarum**, reconhecida como a Carta Magna da justiça social.

Por isso se dizia que a terceira fonte material para nós foi, exatamente, a doutrina social cristã, por estar elencados e desenvolvidos nessa encíclica, que tentava, num momento de crise da época, escapar dessa disjuntiva ou da desumanização de um sistema coletivista que despreza o homem, ou esse capitalismo selvagem que, prezando tanto o indivíduo, se esquece da função social, encontrando quais seriam os pontos de equilíbrio.

A quarta fonte material eram as próprias convenções, recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A

encíclica era de 1891, as convenções da OIT começaram em 1919 e os pareceres vinham desde 1923, quando havia o ministério, e vinha o Congresso, em 1941, trazer uma série de teses.

Ao ouvir as duas palestras que me antecederam, uma de cunho filosófico e outra de cunho econômico, pensava exatamente como os princípios da doutrina social cristã são atualíssimos. Um deles trata, exatamente, do princípio ético da subsidiariedade, que diz que o Estado não deve substituir-se aos indivíduos, nem às sociedades menores, mas apoiá-los e prestigiá-los. Nos momentos de crise, quando as sociedades menores não têm condições de resolver seus problemas, o Estado deve intervir. O princípio da subsidiariedade respeita os princípios anteriores, como o da dignidade da pessoa humana, o da dignidade do trabalhador e o da solidariedade. Pelo princípio da solidariedade, existem duas decorrências, e, uma delas, é a de que os trabalhadores têm o direito a unir-se para defender os seus direitos.

Naquela época, em que os sindicatos eram considerados como algo criminoso, vinha o Papa Leão XIII defender o direito de os trabalhadores unirem-se de forma solidária para defender seus direitos. Quando a doutrina marxista vinha e dizia que o que move a história é a luta de classes, que só há progresso quando o trabalhador briga pelos seus direitos, vem e opõe-se ao empregador, a doutrina social cristã diz: será que não é possível a harmonia de relações? Será que sempre o patrão será um crápula? Será que sempre o empresário não terá qualquer espírito de solidariedade? Se os princípios do evangelho forem vividos, o empresariado não buscaria condições melhores para aqueles que trabalham com esse empregador, com esse empresário?

O princípio da subsidiariedade vem a calhar exatamente com o que ouvimos há pouco, quer dizer, no momento em que o Estado ultrapassa – como foi lembrado pela Professora Haradja Torrens – uma crise, como a de 1929, em que houve uma drástica intervenção, e, depois, passa a haver uma desregulamentação que vai se estendendo, de repente, o Professor Gilberto Bercovici traz a atualidade da crise do 15 de setembro. O que vemos? A necessidade de uma nova intervenção. Mas terá que ser

do tipo coletivista? O Estado sempre tem que assumir a atividade econômica? Em determinados momentos sim, mas não é sempre que o Estado estará, como no caso do Brasil, no momento em que não havia recursos da iniciativa privada para muitas das atividades, em que foi necessário o capital estatal, a intervenção estatal, montar empresas estatais, disposto a dizer que terá de viver sempre o regime de empresas estatais.

No momento em que o Professor Gilberto Bercovici falava do exemplo do petróleo, fiquei a imaginar: puxa vida! Antes de entrarmos de chofre na era da informática é preciso ver o exemplo de empresas como a *Microsoft* e a *Google*, que tem atualmente um capital imaterial impressionante e está se figurando entre as maiores empresas do mundo, a ponto de, ao participar de uma roda de filosofia há poucos dias, um dos participantes dizer – o que me fez divertir: “Se não está na página da *Google*, não existe; não está no mundo”. É o idealismo moderno, pois na página da *Google* há de tudo.

Antes de estarmos na era da informática, o melhor negócio do mundo era o petróleo, mas o petróleo bem administrado; o segundo melhor negócio do mundo é o petróleo mais ou menos administrado; o terceiro melhor negócio do mundo é o petróleo mal administrado; depois, vem o resto das empresas.

Se uma empresa estatal colocar como paradigma que está dando certo no domínio econômico a intervenção por meio de empresas estatais de petróleo, não usaria muito o petróleo como exemplo. Mas o que vemos? O princípio da subsidiariedade e outros princípios básicos, como o da dignidade da pessoa humana, da dignidade do trabalhador.

É claro que o Papa sempre utilizará a base evangélica, porque o ser humano, qualquer que seja ele, é digno, porque todos somos filhos de Deus, somos criados à imagem e à semelhança de Deus. Mas por que, por exemplo, na Índia, há o sistema de castas? Porque partem do pressuposto, também de base religiosa, de que uns saíram da cabeça de Brama, outros dos braços e outros das pernas; quem saiu da cabeça, tem

mais direitos e menos obrigações; quem saiu dos pés, tem muito mais obrigações e menos direitos.

Por que se insiste na dignidade do trabalhador? Porque se o próprio Deus se fez homem, foi trabalhador e escolheu a profissão das mais simples, uma profissão manual e, ao mesmo tempo, humilde, significa que daí para cima tudo é digno. Não dá para dizermos não. O trabalho intelectual deve ser reconhecido, valorizado, da mesma forma que o trabalho de uma empregada doméstica, do pessoal terceirizado da limpeza, pois cada trabalhador é digno pelo simples fato de estar desenvolvendo uma atividade em serviço dos outros.

Brinco muito com os que trabalham comigo, dizendo que o próprio nome ministro vem do latim **ministerium** e significa servir. Quer dizer, se tem alguém que está para servir os outros sou eu; aqui, quem mais tem que servir a todos sou eu. A partir daí, todo mundo tem a obrigação de servir.

Queria salientar também que Arnaldo Süssekind disse que os princípios básicos que nortearam a elaboração da CLT foram os da doutrina social cristã, e que um deles é o da primazia do trabalho sobre o capital, ou seja, se estou em dúvida, devo dar a justa retribuição ao capital, capital que foi fruto do trabalho, e trabalho tem que ser prezado como o início de tudo.

Se esses princípios nortearam a CLT devem ser também norteadores da interpretação da própria Constituição. O que vemos é que muito do que foi prometido, do rol dos dezessete novos direitos e de cinco direitos ampliados, na verdade, veremos que muitos deles estão na plena ineficácia.

Como exemplo, qual dos maiores problemas existentes em termos de fator de desemprego? Da automação, da substituição do trabalhador pela máquina. O constituinte promete: um dos direitos é o da proteção em face da automação na forma da lei. Pergunta-se: já foi publicada essa lei? Lembro-me de que, quando trabalhava com a Dra. Célia Cristina, na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República, chegamos a preparar um projeto de lei para regulamentar esse dispositivo, porque

era difícil. Como se conseguirá dar uma proteção que não seja simplesmente dar uma indenização a mais? O empregador dá um “chute” no empregado, mas paga um pouco a mais. Lembro-me até que um dos temas mais discutidos na Justiça do trabalho era o do dano moral. Outro dia, ao assistir um seriado na televisão, um pouco antigo, mas muitos dos senhores devem lembrar-se, *A Família Dinossauro*, em um dos episódios, e costumo citá-lo muito nos casos de dano moral, vem o pai da família dinossauro e entrega para o chefe os micos-leões que os filhos tinham, porque o chefe gostava muito de mico-leão, e o chefe come os dois animaizinhos. Os filhos viram-se para o pai e dizem: “Pai, o senhor vendeu? E a sua dignidade pessoal?” Ele responde: “Tive que incluir no preço”. Muitas vezes, o que vemos é isso, pensar que simplesmente pagar um pouco a mais vai a dignidade pessoal também. Pensamos muito e vimos que não havia vontade política de regular esse dispositivo, porque era um direito difícil, e é um dos direitos que mais as pessoas sentem necessidade de garantia.

O que estamos vendo – a realidade é cruel? Automatiza-se algo e não funciona. Quem já não passou por este tipo de situação: ao chegar num estacionamento em que há uma máquina para apertar o botão e pegar o papel para dar entrada no estacionamento e há um funcionário para apertar o botãozinho e entregar o papel. Por quê? Porque geraria tanto desemprego que acabam colocando esse pessoal para realizar essa atividade.

Lembro-me, da mesma forma como deve lembrar-se o Dr. Altino Pedrozo, da questão dos estivadores. No Paraná é um problema que deve ocorrer com a Área de Proteção Ambiental (APA). O que acontece? Brigam para continuar recebendo a mesma remuneração, apesar de o nível de engajamento ser menor por existir menos trabalhadores. Com as máquinas, antes, engajava-se quarenta estivadores, e, agora, engaja-se sete, o quebra o porto. Tudo bem, podem engajar sete, mas paguem os quarenta. Não é querer continuar carregando saco nas costas. O que temos que conseguir? Alguma fórmula pra fazer com que esse trabalhador passe por um treinamento, atue em uma atividade que esteja mais direcionada à cabeça e menos ao tronco e aos membros, para, a partir

daí, num primeiro momento, receber a mesma remuneração que recebia, o que seria vantagem para o empregador, até que consiga outro emprego que lhe pague mais.

Não vou estender-me mais, podia até falar do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, que até hoje não saiu do papel, e do adicional de penosidade, mas queria apenas concluir tocando em um tema que me parece um dos temas centrais da questão dos direitos sociais na Constituição de 1988, que foi a abertura constitucional, que já havia na CLT, da flexibilização.

Muitos atacam a idéia da flexibilização, porque a colocam como sinônimo de precarização de direitos, mas colocaria como sinônimo de negociação coletiva, de prestigiar a autonomia negocial das partes, o princípio da subsidiariedade, do negociado sobre o legislado, respeitados sempre os limites da autonomia negocial.

Como o TST tem enfrentado a questão? Tem dito: “Não se pode suprimir direito por negociação coletiva. Não se pode flexibilizar normas de medicina e segurança do trabalho, normas que digam respeito a terceiros – direito de terceiros, por exemplo, contribuição previdenciária, contribuições fiscais, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) –, e não se pode flexibilizar normas processuais”. Fora isso, quem melhor do que as próprias partes para estabelecer quais as condições que são interessantes pra esse segmento.

Lembro-me da época em que era Procurador do Trabalho e tinha acabado de ser publicada a lei dos portos, o primeiro dissídio coletivo nacional de portuários, que tinha revogado todos os dispositivos trabalhistas, remetendo-os à negociação coletiva. Veio o dissídio coletivo – não sou especialista em Direito portuário –, e, ao acabar a audiência de negociação, à época do Ministro Ajuricaba que se dirige a mim e pergunta: “O Procurador quer dar o parecer?” Disse a ele: peço prazo legal para manifestar-me. Terminada a audiência, o Ministro Ajuricaba havia liberado todos, mas pedi que permanecessem. Depois que o Ministro se retirou, disse a todos: agora, os senhores vão explicar-me até a terminologia, porque, no momento em que peguei o dissídio coletivo –

imaginem não ser especialista em uma área –, como disciplinar todo o trabalho portuário, se o legislador não quis fazer e fugiu? Os próprios portuários não estavam conseguindo entrar em um acordo, estavam levando para Justiça, porque era obrigatório. Então, se não conseguir fazer o acordo vou levar para a Justiça.

Agora, se não for de comum acordo, conforme a Emenda Constitucional nº 45, se acertem, pois não vou suprir, se um de vocês não quiser, pois não haverá acordo se vier pra mim, agirei como se fosse um árbitro. Pois bem, hoje, entendo que a questão da flexibilização não é de precarização, mas de prestigiar duas convenções da OIT, que foram ratificadas pelo Brasil: a [Convenção nº 95](#) e a [Convenção nº 154](#), que dizem que temos que prestigiar a negociação coletiva. Ao mesmo tempo, quando há aqueles que defendem que o art. 7º⁸ ou os direitos sociais são cláusulas pétreas, digo: não pode ser cláusula pétrea, pois o dispositivo que estabelece as cláusulas pétreas trata de direitos e garantias individuais, e, nesse caso, estamos tratando de direitos coletivos e direitos sociais. O que as próprias partes podem flexibilizar, como vou dizer que o legislador não pode mexer? Portanto, não seriam cláusulas pétreas.

Concluo dizendo que, se queremos, efetivamente, tornar reais e efetivos os direitos sociais da Constituição de 1988, em primeiro lugar, temos que prestigiar a negociação coletiva (art. 7º, inciso XXVI⁹). Segundo, para que ocorra, temos que fortalecer os sindicatos. Mas como vamos fortalecê-los? Acabando com a contribuição sindical, com o sindicato de fachada, com a unicidade sindical, admitindo um regime de pluralismo sindical. Mas, para admitir que a substituição processual pelos sindicatos tem que ser ampla, do ponto de vista objetivo, tudo quanto é direito pode ser defendido pelo sindicato; e aí é bom, porque o sindicato dará a cara para bater na ação e não o empregado que entra com a ação e é despedido no dia seguinte. Então, se despersonaliza, mas, por outro lado, estimula-se a filiação aos sindicatos ao dizer que a substituição só pode ser restrita aos associados.

⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

⁹ XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

Com isso, a impressão que tenho é a de começamos pela reforma sindical; depois, passamos para a reforma trabalhista; e teremos, efetivamente, a realidade da Constituição de 1988, que, sendo pródiga em direitos trabalhistas, ainda não conseguiu torná-los efetivos.

Muito obrigado.

HARADJA TORRENS

Em nome da comissão organizadora e da coordenação do evento gostaria de parabenizar os membros da Mesa, a Professora Fátima Baracho, o Ministro Ives Gandra Martins Filho e o Professor Gilberto Bercovici, mas gostaria, também, de parabenizar a comissão organizadora, a Professora Samantha Ribeiro, a Professora Maria Elizabeth e a Dra. Célia Cristina pela maestria em trazer tantos temas interessantes e conseguir conjugá-los com juristas de todo o Brasil.

Neste momento, encerramos o terceiro painel para aguardar a abordagem do próximo, que abordará o tema *A Assembléia Nacional Constituinte de 1987*.

GERALDO FONTOURA

Nossos agradecimentos à Mesa. Teremos uma pausa de 15 minutos para o *coffee break* e retomaremos as atividades.

GERALDO FONTOURA

Dando continuidade aos trabalhos desta jornada jurídica para abordar o tema *A Assembléia Nacional Constituinte de 1987* convidamos para compor a Mesa os expositores: a Professora Eneida Desiree Salgado, da Universidade Federal do Estado do Paraná; o Professor-Doutor Willis Santiago Guerra Filho, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; o Professor-Doutor Ney Prado, jurista e membro da Academia Internacional de Direito e Economia; e o Exmo. Sr. Ministro Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, do Superior Tribunal Militar. Para presidir este quarto painel, convidamos o Dr. Ronald Bicca, Presidente da Associação Nacional dos Procuradores de Estado.

O Presidente da Mesa, Dr. Ronald Bicca, é Bacharel em Direito pelo UniCeub e em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB), é Procurador-Chefe do Estado de Goiás nos Tribunais Superiores, é Professor Universitário de Pós-Graduação em Deontologia Jurídica, é autor do livro *Recurso Extraordinário e Recurso Especial em matéria Civil no STF e no STJ* e co-autor da obra *Distinções e Brocados Jurídicos*, Presidente reeleito da Associação Nacional dos Procuradores de Estado (Anape), Vice-Presidente do Centro-Oeste da referida entidade; exerceu as funções e cargos no Tribunal Superior Eleitoral, Justiça Federal, Senado Federal, Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Ciência e Tecnologia e ainda Ministério da Educação; foi Procurador-Geral de município, Assessor Parlamentar, Assessor da Diretoria do Banco Regional do Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE-Brasília); observador internacional da Organização Internacional das Nações Unidas na África do Sul e Moçambique; membro, pela segunda vez, da Comissão da Advocacia Pública do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Na política estudantil, foi Vice-Presidente do Centro Acadêmico da Faculdade de Direito, Vice-Presidente do Diretório Central dos Estudantes e Diretor do Centro Acadêmico do Curso de Relações Internacionais da Universidade de Brasília; exerce ainda a advocacia privada com especialidade em Tribunais Superiores. Com a palavra, portanto, o coordenador dos trabalhos, Dr. Ronald Bicca.

RONALD BICCA
*Presidente da Associação Nacional dos Procurados
de Estado (Anape) e
Presidente da Mesa*

Inicialmente, gostaria de agradecer a Presidência da Mesa à Exma. Sra. Ministra Maria Elizabeth, do Superior Tribunal Militar, que, com toda dedicação que lhe é peculiar, permitiu a concretização deste grande e prestigioso seminário, que já extrapolou as fronteiras do Brasil, tendo repercussões em Portugal, ao trazer o grande constitucionalista, principal autor da constituição portuguesa, Professor Jorge Miranda. Não poderia ser de outra forma o sucesso deste seminário, pois, em tudo o que a Ministra Maria Elizabeth dedica o seu trabalho é com todo amor, idealismo e desprendimento, e tudo o que é feito com amor, idealismo e desprendimento tem como resultado bons frutos. Então, os procuradores de todo o Brasil, aos quais represento, sentem-se honrados pela Presidência desta Mesa.

Gostaria de registrar que o Sr. Ministro Bierrenbach, do Superior Tribunal Militar, é uma história viva não por estar chamando Sua Excelência de velho, mas pelo fato de ter sido Relator da Constituinte, à época da convocação feita pelo Presidente José Sarney, pois defendia a idéia de que a Constituição brasileira deveria ser fruto de uma Assembléia Constituinte originária e ser decidida pelo povo brasileiro. Mas se aquele Congresso teria sido convocado para elaborar a Constituição ou simplesmente uma legislatura normal, é claro que trará as palavras corretas, porque fôra o autor das grandes propostas. Quero dizer que o Sr. Ministro Bierrenbach, com essas breves palavras, é alguém que participou não simplesmente estudando a doutrina em livros e teve conhecimentos por terceiros, mas foi o realizador é uma presença viva da história desta Mesa.

A primeira palestrante é a Dra. Eneida Desirre Salgado, da Universidade Federal do Paraná, cujo currículo farei a leitura.

A Professora Eneida é Bacharel em Direito e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Atualmente, cursa créditos do programa do Doutorado em Direito do Estado da Universidade Federal

do Paraná; é Professora assistente do Departamento de Direito Público da mesma Universidade; tem experiência na área de Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Constitucional, Direito Eleitoral, Democracia, Princípio Republicano, Poder Público e Representação Política.

Com a palavra, a Professora Eneida Desirre Salgado.

ENEIDA DESIREE SALGADO

Professora da Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Agradeço o convite feito pela Sra. Ministra Elizabeth Rocha, apesar de sentir-me um tanto desconfortável por não ser o Repórter Esso, por não ser testemunha ocular da história, mas escrevi sobre a Constituinte – motivo do convite que me foi feito – a partir das atas, da análise do material produzido por movimentos populares, por sindicatos e pelas universidades.

A exposição que farei será desde um olhar extemporâneo sobre a Assembléia Constituinte; a Constituinte vista de fora; a Constituinte vista por uma *outsider*, que, durante os trabalhos, sequer tinha idade para saber do que se tratava. Talvez a minha fala traga simplesmente uma pitada científica com todos os limites de uma pesquisa científica para preparar a palestra dos demais, que, ao contrário de mim, foram atores, muitos deles estavam no olho do furacão e fizeram acontecer.

Decidi estudar a Constituinte porque, como sou Professora de Direito Constitucional, sempre me perguntei de onde vem o apreço imenso que temos desde a Constituição de 1988. Os meus colegas de faculdade, assim como um professor de Direito Constitucional daquela instituição, estão perguntando se gostamos da Constituição e se a achamos legítima simplesmente por que o seu produto nos é agradável? Levam o questionamento a respeito da legitimidade ou não da origem da Constituição, o que me parece um tanto quanto perigoso. Negar legitimidade a essa Constituição parece-me mais contraproducente à República Federativa do Brasil do que, de fato, a uma busca à realização do ideal democrático. O que fiz? Como não fui testemunha ocular da história, como não estava presente, sequer a distância, do processo

constituente, passei a estudar o momento. Como afirmei, com todos os riscos de fazê-lo.

Fui atrás de um projeto democrático que teria sido desejado naquele momento e construído a partir de uma participação intensa não apenas da classe política ou de dirigentes, mas um projeto democrático construído efetivamente pela população brasileira, pelo povo, porque imaginava que a nossa Constituição teria sim uma aura de legitimidade, até pela forma como foi recebida por todas as pessoas, autoridades e instituições. Fui atrás do trabalho de juristas que escreveram alguns projetos de constituição, de algumas cartilhas de movimentos populares, movimentos de favelados, de mulheres na política, de sindicatos, de universidades.

Na praça imediatamente em frente à universidade onde atuo, foi formado um circo sobre a constituinte, que provocava a reflexão não apenas daqueles que estavam voltados para a academia, mas também do povo que ali se aproximava para saber o que era e para que servia a Constituinte. Como resultado, acabei por debruçar-me – o que me tomou um tempo imenso de trabalho e quase custou-me o prazo do mestrado –, sobre os 72 mil 719 formulários encaminhados pela população à Assembléia Constituinte.

Foi um momento de mobilização popular, em que encontramos, muitas vezes, naqueles formulários, o povo, o verdadeiro soberano, pedindo desculpas por estar opinando sobre política, pois acreditavam existir ali quase uma benesse pelo fato de oportunizá-los a dizer o que gostariam da nova ordem constitucional.

Também fui atrás das atas da Assembléia Nacional Constituinte – e corro um risco enorme, mas acredito que eventos como este sejam exatamente o lugar e o momento de se arriscar –, o que me fez sentir bastante frustrada ao realizar a leitura pelo fato de que, ao começar a acompanhar a intensa discussão, o debate, de repente, verifiquei que foi aprovado por acordo partidário, ou por acordo entre os líderes, ou ainda foi retirado dos textos por acordo que, obviamente, não está transcrito nas atas da Assembléia. Então, para alguém que está lendo fatos

ocorridos a uma distância temporal e até geográfica do lugar, não saber contar os termos firmados daquele acordo, por exemplo, do voto destituente, por ter sido retirado o *recall* de um subprojeto e, depois, de um projeto elaborado por um acordo, o que foi conquistado no lugar da retirada do *recall*? Foi algo um pouco frustrante, pelo fato de chegar a um determinado momento em que falavam: "Em algum lugar deve estar registrado".

A convocação da Constituinte, causou-me uma certa perplexidade a partir de uma análise completamente teórica do poder constituinte e do papel de uma Assembléia Constituinte.

Ontem, ao ouvir o Professor Jorge Miranda, fiquei um pouco mais tranqüila no sentido de que seja possível questionar, sim, aqueles que apontam a ilegitimidade de origem da Assembléia Nacional Constituinte, por conta de sua convocação, trazendo a noção de transição constitucional, a que o Professor Jorge Miranda fez referência.

Na realidade, o poder constituinte se autoconvocou no movimento das Diretas Já. Naquele momento, houve a convocação efetiva e material do poder constituinte, e o povo fez-se soberano, trazendo uma nova idéia de direito.

Não obstante toda essa mobilização, sabemos que acabou frustrando-se pela representação política. Aliás, estávamos em 1984 e existia todo um questionamento a respeito do regime militar. E ainda assim – conto-lhes porque li e não porque lembro ou vi – houve uma série de restrições à liberdade de expressão e de medidas emergenciais para evitar que houvesse um debate muito grande a respeito da votação das diretas.

Existem dois livros, um de Domingos Leonelli com Dante de Oliveira e outro de Alberto Tosi, que fazem referência às medidas impostas pelo Governo que proibiam notícias sobre a votação da emenda das Diretas Já. De qualquer forma, toda a vontade popular acabou sendo frustrada pela representação, e a vontade pela eleição direta para presidente recuperou uma situação constituinte, que a Ordem dos

Advogados do Brasil (OAB) já estava, pelo menos, sinalizando desde 1977, logo após o pacote de abril.

A situação da constituinte tomou corpo de tal forma que os juristas se dividiram: alguns defendendo apenas reformas constitucionais e outros defendendo uma nova Constituição não de ruptura, mas que fizesse frente aos verdadeiros princípios da revolução.

Ainda que existisse um anseio popular em que se evidenciava o desacordo com aquela idéia de direito, não era tão homogêneo ou tão consensual na classe dos juristas. De qualquer forma, essa idéia vai tomando corpo, sendo discutida a necessidade de uma nova constituinte, paralelamente, acaba o Governo do General Figueiredo e vem a eleição do Colégio Eleitoral do Presidente Tancredo Neves, tendo como Vice-Presidente José Sarney. Conto a vocês que fiquei perplexa ao fazer essa leitura, porque até o ponto em que tive conhecimento, o Presidente José Sarney, enfim, Vice-Presidente da Aliança Democrática, era Presidente do partido contrário àquele que estava propondo uma alternativa ao Governo ditatorial. Pensei: em que momento se deu essa passagem? Em que momento o Presidente de um partido, que dava sustentação a um regime, passa para a oposição. Ainda não me convenci sobre a questão, mas a candidatura de Tancredo Neves veio com uma aura de certo consenso social da sua necessidade.

No programa da Aliança Democrática, o Presidente Tancredo Neves sinalizava a possibilidade, ou mesmo a intenção, de convocar uma Constituinte, inclusive, com a nomeação de uma comissão de notáveis, uma comissão com estudos constitucionais que elaboraria o projeto de Constituição a ser discutido pela Constituinte. Sobre esse e outros projetos de constituição, elaborados por outros juristas, houve certa reação negativa por parte dos intelectuais, por assim dizer, e de alguns dirigentes partidários, dizendo que seria trazida mais uma constituição outorgada. Então, esse projeto de constituição acabou não vingando da maneira como deveria ser, e veio uma Constituinte eleita, como sabemos, sob a forma de Congresso Constituinte ainda que com um mandato constituinte expresso, ainda que com uma série de questionamentos a

respeito da eleição para esses constituintes com alguns problemas, inclusive, de ordem eleitoral e que, no entanto, se estabelece como uma Assembléia Constituinte.

Deixarei esse fato para ser tratado pelo Sr. Ministro Flávio Bierrenbach, porque foi Repórter Esso, foi testemunha ocular da história; mas a minha perplexidade na leitura das atas e, antes disso, na leitura de algumas posturas de juristas, alguns, inclusive, constitucionalistas, defendendo que essa convocação por emenda era de um poder constituído para um poder constituinte de reforma. Não sei se mal acostumados com uma Constituição que se chamava Emenda Constitucional, e alguns juristas fizeram essa leitura, elencando várias restrições a essa Assembléia Constituinte: o mandato do Presidente da República, a proteção à propriedade, o presidencialismo, além de outras questões.

Pensei: poderiam escrever o que quisessem, porque a Constituinte, no momento em que se instalasse, ainda que a emenda fizesse referência até ao processo de aprovação da Constituição, seria efetivamente soberana. Falo quase que com mea-culpa por ser eu uma teórica e por pensar que toda uma teoria do poder constituinte transformaria a Assembléia Constituinte em um poder constituinte originário, incondicionado, ilimitado etc. Mas não foi assim que aconteceu, porque a [Emenda nº 26](#), de 1985, não fez ressalva à participação dos senadores eleitos em 1982, senadores biônicos, como chamados por alguns, que não tinham nenhum mandato constituinte. Instalada a Assembléia, presidida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, foi questionada a participação desses senadores. O Presidente do STF disse: “Temos de obedecer à emenda que convoca essa Assembléia”. Daí, começa a fechar a porta para uma assembléia efetivamente ilimitada, incondicionada.

Além disso, nas atas – algo que me surpreendeu bastante –, os componentes da Constituinte referiam-se uns aos outros como: senhor deputado, senhor senador e não senhor constituinte. Ora, pela teoria do poder constituinte, a Assembléia poderia inclusive acabar com o Congresso Nacional, com o Senado e com a Câmara dos Deputados.

Que sentido faria se referir uns aos outros como senadores e como deputados? Havia certa restrição à possibilidade de uma elaboração plena de um regimento interno. Alguns se posicionaram contra, por exemplo, a emendas populares, dizendo que iriam contra o papel da representação. Em algumas passagens bastante peculiares da história nacional, em que há um ataque direto à participação democrática sem representação, penso que seriam efeitos nefastos, sim, de um Congresso Constituinte, efeitos nefastos da não aprovação do relatório do Sr. Ministro Flávio Bierrenbach, então Deputado Federal, que foi o primeiro que se debruçou sobre a [Mensagem nº 330](#) do então Presidente José Sarney.

Não obstante tal situação, foi realizada toda uma divisão, quase lúdica, da Constituição, entre oito comissões, cada uma com três subcomissões, comissão de sistematização, votação em plenário, audiências públicas, emendas populares, formulários endereçados aos constituintes. Houve toda uma manifestação popular. Veio, como contrapartida, o movimento conservador – posso chamá-lo assim porque gostariam de conservar as coisas como estavam – e o centro democrático, repito, de uma visão totalmente extemporânea, afastada do tempo e do espaço, de centro tinha pouco e democrático, ao que me parece, tinha menos.

Conseguiu inverter a votação pelo destaque de votação em separado, trazendo um projeto de Constituição daquele grupo, que ficou muito aquém para uma visão, obviamente, daquele discutido nas subcomissões e nas comissões. De qualquer forma, ainda pela convocação de um Congresso Constituinte, ainda pela atuação do centrão, tivemos uma Constituição debatida em todos os cantos da República, uma Constituição que acabou revelando-se uma idéia de direito compartilhado pela sociedade, aquém dos desejos de uns, além dos desejos de outros, mas é, sim, uma Constituição que espelha, inclusive, a quase esquizofrenia da sociedade brasileira. Essa intensa divisão de pensamentos ou heterogeneidade acaba estabelecendo determinados compromissos na Constituição, ou ainda postergando algumas decisões, pensando que aquele não era o momento de decidir num sentido ou em outro.

Houve ainda a atuação do então Presidente, em algumas declarações bastante complicadas, que inclusive concedeu uma entrevista recentemente no programa Roda Viva, em que se questionava a respeito das críticas feitas a ele no Governo, mas o fato é que permitiu que a Assembléia Constituinte funcionasse livremente. Para quem estuda a teoria do poder constituinte, era o verdadeiro soberano, um ato de desprendimento, permitindo então que a Constituição se fizesse da maneira que o povo desejava.

Ainda tínhamos outra liderança que fazia o contraponto, que era a do Dr. Ulysses Guimarães, que conseguiu que se estabelecesse mais ou menos uma Constituição como a desejada.

Veio a Constituição – até trouxe para a apresentação a que foi de meu avô, a primeira edição original de fábrica –, e temos uma Constituição bastante celebrada, bastante esperada por trazer muitos anseios e, talvez, por isso seja tão peculiar, tão confusa ou tão extensa. Os nossos desejos naquele momento – digo nossos porque faço parte do pacto social, ainda que tenha aderido a ele posteriormente – eram também um tanto complexos e, certamente, era o desejo de um País que trazia muitos anseios, e por isso a sua extensão.

Essa Constituição, digamos, retalhada, recortada, vilipendiada em muitos momentos, passou por duras provas: por um processo de *impeachment*, ou, ao menos, não se falou seriamente, em desrespeito à Constituição naquele momento, e pela aprovação de uma emenda de reeleição, que é contrária a toda história republicana. Passou pela eleição de um presidente que, pelo menos, teoricamente, é o representante das classes populares, e manteve-se íntegra, ao menos em seu espírito, ainda que tenha sido retalhada em algumas questões bastante importantes.

A Constituição tem silêncio sim, tem lacunas, tem dispositivos contraditórios, porque temos uma idéia de direito contraditório, porque decidimos escolher o pluralismo de idéias de políticas e de políticos – e por que não? Porque desejamos que a Constituição fosse assim. Qual é a grande questão que se coloca hoje? O que fazemos com as decisões não tomadas? E mais, o que esperamos dos Poderes constituídos? O Poder

Legislativo mostra-se muitas vezes inerte. Os palestrantes anteriores mostraram o problema da falta de atuação do Poder Legislativo.

A crise de representatividade mostra-se marcante, cada dia mais evidente e há quase uma paralisação do Poder Legislativo em torno disso. Eles acabam, primeiramente, alterando a Constituição por meio das emendas e, segundo, não complementando a Constituição aonde estabelece suas tarefas diretamente. Não é um desejo da Constituição, mas sim um mandamento que deveria ser seguido.

O Poder Executivo adapta a Constituição ao seu plano de governo em vez de adaptar o seu plano de Governo à Constituição.

O Poder Judiciário que, num primeiro momento, se agarra a uma interpretação retrospectiva, como, por exemplo, esvaziando o conteúdo do mandado de injunção, ainda possivelmente trazendo a idéia das constituições anteriores, acaba, depois, em determinados momentos, titularizando o poder constituinte, primeiro dizendo que não devemos esperar o Poder Legislativo já que os direitos não podem esperar e ao juiz não cabe deixar de decidir pelo fato de ter de concretizar aquele direito, o que deve ser feito. Não chego ao ponto de defender que o Poder Judiciário deve atuar apenas de maneira procedimentalista. E por que não faço isso? Porque a nossa Constituição não é uma Constituição procedimentalista, traz valores que podem e devem ser aplicados pelo Poder Judiciário ainda que não sistematizados ou trabalhados intensamente pelo Poder Legislativo.

O que não me parece conveniente para um regime democrático é a ascensão de novos valores não diretamente estabelecidos pela Constituição. Digo isso para falar principalmente de dois pontos: um é a fidelidade partidária e outro é a instrumentalização do princípio da moralidade.

A fidelidade partidária, parece-me que foi um silêncio eloqüente do constituinte, era uma norma que existia no âmbito da Constituição anterior. A perda de mandato por desfiliação partidária era uma norma que estava presente no Projeto de Constituição da Comissão Afonso Arinos e não foi repetida pelo constituinte. Parece-me que seja plausível e

defensável dizer que o constituinte não quis a perda de mandato por desfiliação partidária e, no entanto, é o que ocorre hoje, por resolução retroativa com inversão do ônus da prova, com o deslocamento do juiz natural e, ainda, festejada largamente por vários setores do Estado brasileiro.

Além disso, existe a questão do princípio da moralidade e de como tem sido instrumentalizado para defender um ativismo judicial. Ora, o que é o princípio da moralidade? Existe uma possibilidade de defendermos um padrão ético comum a toda população brasileira? Se o tivermos, será possível que o poder constituído, o Poder Judiciário, o preencha, ou seja um leitor privilegiado? Quem sabe esteja na hora de voltarmos à questão do consenso democrático: o do respeito à Constituição. E, mais que uma cruzada à moralidade, quem sabe uma cruzada à República.

Termino minha fala citando Joaquim Manuel de Macedo, escritor do romance *A Moreninha*, que também teve alguns escritos políticos muito importantes, entre eles *A Carteira do Meu Tio*, que trata sobre a Constituição do Império e traz uma crítica que também pode repetir-se neste momento. Ele fala sobre como a Constituição deveria ser e como era na época do Império:

"A Constituição do Império devia ser como as asas de um anjo, a cuja sombra se acolhessem sempre todos os brasileiros. É, porém, como dizia aqui, há anos, um dos tais entusiastas, uma espécie de chapéu de chuva que os ministros trazem aberto ou fechado conforme o tempo que se faz. A constituição devia ser uma virgem formosa, de quem os ministros e magistrados da Nação fossem amantes apaixonados, mas é, pelo contrário, como uma velha, pobre e coberta de cicatrizes, de quem eles se riem e zombam constantemente.

A Constituição devia ser a arca santa do povo, e que não é mais do que a peteca dos opressores do mesmo povo. A Constituição devia ser um objeto sagrado, no qual nenhuma mão sacrílega tocasse sem que ficasse mirrada, e é como a terra aurífera, que vem enriquecerem-se e engrandecerem-se aqueles cujas mãos lhes rasgam o seio e as entranhas, devia ser como uma mãe idolatrada, cujos filhos lhe pagassem a maternal

ternura com amor e dedicação, e é como a árvore frondosa que definha e morre, porque certos parasitas que nela se enroscam lhe roubam a seiva, o pagam com morte o favor daquela que os elevou até a sua cúpula altaneira.

Enfim, devia ser um escudo encantado, um asilo seguro para o inocente, perseguido pela prepotência ou pelo poder opressor e é como uma casa sem portas, onde ninguém se julga livre de ser agarrado, por mais que um pobre homem se apadrinhe, muito em regra, com o mais claro e positivo de seus artigos, qualquer beleguim lhe põe a mão em cima”.

Muito obrigada.

RONALD BICCA

Agradecemos à Professora Eneida Desirre Salgado por sua brilhante exposição. Podemos perceber que é uma grande entusiasta do Direito Constitucional e da nossa Constituição de 1988.

Antes de passar a palavra ao segundo expositor, Professor Ney Prado, jurista e membro da Academia Internacional de Direito e Economia, farei a leitura de seu currículo, que, apesar de solicitar-me não realizá-la pela brevidade do tempo, pelo brilhantismo, houve o indeferimento da Mesa.

Percebemos que o Professor também foi agente atuante na formulação da Constituição de 1988, exercendo uma função relevante na sua redação; então, gostaríamos de registrar todo o seu trabalho em prol da Constituição.

O professor Ney Prado possui formação multidisciplinar, tanto no Brasil como no exterior e é detentor de um grande número de títulos conquistados durante sua vitoriosa carreira jurídica, tanto no magistério como na magistratura; é Professor de Ciência Política da Escola de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo; Coordenador do Curso de Especialização de Direito do Trabalho e Professor de Direito Constitucional do Centro de Extensão Universitária também em São Paulo. Juiz do trabalho aposentado, o jurista Ney Prado

possui os seguintes títulos: Vice-Presidente da Associação Promotora de Estudos da Economia no Rio de Janeiro, membro e Secretário-Geral da Comissão de Estudos Constitucionais, nomeado pelo Presidente da República para a elaboração do Anteprojeto Constitucional de 1986 e 1987 – percebe-se a relevância do seu papel na redação dessa Constituição –; membro do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, do Conselho Consultivo da Federação da Agricultura do Estado de São Paulo, do Conselho Técnico da Confederação do Comércio do Rio de Janeiro, do Conselho Consultivo do Centro de Integração Empresa-Escola de São Paulo, do Centro de Estudos Estratégicos e Avançados do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (Ciesp), da Comissão de Defesa do Contribuinte da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, da Academia Paulista de Direito, da Academia Nacional de Direito do Trabalho; e Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia.

Em 1979, representou o Brasil na Junta Interamericana de Defesa em Washington, nomeado pelo Presidente da República. Tem também em seu vasto currículo inúmeras condecorações e centenas de palestras e conferências no Brasil e no exterior. São de sua autoria os seguintes livros: *Os Notáveis Erros dos Notáveis*; *Análise Crítica do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos*; *A Economia Informal e o Direito no Brasil*; *Razões das Virtudes e Vícios da Constituição de 1988* e *Futuro da Justiça do Trabalho*. Participou ainda com outros autores da confecção de outros livros, como: *Direito Sindical Brasileiro*; *Reformas Constitucionais*; *Ética no Direito e na Economia*; *Estudos de Direito*; *Reforma Trabalhista*; *Princípios Constitucionais Fundamentais* e *O Direito Brasileiro e os Desafios da Economia Globalizada*. Por último, possui honrosos títulos de professor emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME).

Parabéns ao Professor, a quem passo a palavra.

Inicialmente, meus agradecimentos sinceros aos organizadores deste evento e saúdo as coordenadoras Sra. Ministra Maria Elizabeth, a minha querida amiga Samantha Ribeiro e os meus colegas preclaros que compõem a Mesa, e parabéns à Professora Eneida Desiree pelo brilho da sua exposição.

Costumo dizer aos meus alunos que quando emitimos juízos de valor, se é certo ou errado, se é bom ou ruim, e estamos emitindo juízos de valor nesta oportunidade, temos que levar em conta dois parâmetros: o parâmetro de tempo e o de espaço. A Constituição brasileira, em termos temporais, é melhor ou pior do que a que tivemos no passado? Do ponto de vista espacial, é melhor ou pior do que a americana, a de Bangladesh, a da Suíça? Essa análise exige de nós um estudo comparativo.

Os jovens que não viveram o processo constituinte precisam fazer o esforço que a minha colega fez, pelo menos de se inteirar do que está escrito, apesar de o que está escrito nem sempre refletir o que aconteceu.

Não concebo o Direito, principalmente o Direito Constitucional, apenas como um estatuto jurídico. A Constituição é mais do que um estatuto voltado para os constitucionalistas. Como dizia La Salle: "A Constituição é mais um estatuto do poder". E se quisermos invocar Karl Marx, vamos dizer que a Constituição é uma superestrutura para normatizar os grupos que dominam a sociedade, dar uma formatação para que o exercício do poder se faça de uma maneira aparentemente formal, mas que se saiba qual o objetivo.

Começaria a minha fala citando, e abro aspas, duas frases muito significativas. A primeira de um filósofo francês que diz o seguinte: "O passado explica o presente e o presente elucida o passado". A outra frase é do Sr. Ministro Carlos Ayres Britto, que, referindo-se ao poder da Constituinte, disse: "Deus no céu e o poder constituinte na terra, há similitude possível" Então vejam em que terreno estamos pisando:

precisamos conhecer o passado para saber o que está acontecendo hoje, e precisamos saber o que está acontecendo hoje para elucidar o passado.

Afinal de contas, após vinte anos, devemos comemorar ou lamentar essa data? A Constituição foi um avanço ou um retrocesso? Para obter tais respostas, precisamos fazer uma avaliação crítica, levantando argumentos prós e contra. Estabeleci, apenas do ponto de vista didático, uma simples classificação para mostrar que essa Constituição já era polêmica antes da sua elaboração, tornou-se mais polêmica durante a sua elaboração e nunca esteve tão polêmica como agora dias atuais.

Não cumprimento os meus amigos dizendo: como é que você vai? Pergunto-lhes: qual é o grande problema que a Constituição de hoje lhe trouxe? Porque, realmente, todos nós, de alguma forma, estamos sendo atingidos pelos preceitos constitucionais; alguns vantajosos, outros que eventualmente nos prejudicam. Na minha classificação, então, coloco os otimistas que fazem críticas positivas ao nosso Texto Magno. Não citarei todas as referências, porque são tiradas de autores, não são anônimas, não são cerebrinas.

Começamos pela afirmação muito utilizada no processo histórico de Karl Marx: a Constituição de 1988 é um salto qualitativo na história do constitucionalismo brasileiro. Outros dizem: é um modelo para o mundo; é de tanta qualidade que, como os franceses, na revolução, diziam que essa constituição não vale só para a França, mas vale para todo o mundo. Os entusiastas da nossa Constituição de 1988, também entendem que serve como modelo. Aliás, parece-me que o Professor Jorge Miranda fez tal insinuação. Outros ainda dizem que é uma Constituição realmente democrática e acrescentam que, além de democrática, é cidadã, é includente, é humanitária, é inovadora, é progressista, é redentora. Enfim, ela é repleta de virtudes as quais precisam ser reconhecidas.

Existem, também, os pessimistas, os que fazem críticas negativas. Vejam esta citação: "A Constituição nasceu há vinte anos com a missão de reformar o Brasil, o que se vê é o contrário, hoje é o Brasil que tenta reformar a Constituição".

Uma frase de Thomas Skidmore, que é um brasilianista afirma: “O problema do Brasil não é de homens nem de recursos, é da Constituição de 1988, ela torna o Brasil rigorosamente ingovernável”. Se quiserem o testemunho dessa afirmação, basta consultar os Presidentes da República Fernando Henrique Cardoso, Itamar Franco, o atual e assim por diante.

Os pessimistas, quando tratam de rotular a Constituição, lançam mão de epítetos desairosos. Vejam alguns: O que é a Constituição?

- Seria uma mistura de dicionário de utopias e regulamentação minuciosa do efêmero.

- É um misto de panacéia e paixão.

- É a glorificação do absurdo.

- É um carnaval cívico.

- É uma favela jurídica.

- Uma utopia jurisdicista.

- Uma Constituição de miúdos.

- É um instrumento biodegradável.

- É um avanço, mas não na direção do desenvolvimento, mas é o avanço do retrocesso.

E para nós todos:

- É um feixe bacharelesco de idealidades inviáveis.

O Professor Miguel Reale dizia: “É uma Constituição terceiro-mundista”. Outros acrescentam: “É anacrônica; é assimétrica; é revanchista”. Um deputado chegou a dizer: “É uma ode à vagabundagem” O Dr. Antônio Ermírio de Moraes chegou a dizer: “Vai transformar o Brasil em um País preguiçoso e anárquico”.

Mas existem também os realistas, os realistas que dizem: “Não podemos ficar nesses pólos opostos. A Constituição tem virtudes e tem vícios”.

Tive a oportunidade de escrever um livro exatamente com o título, *Razões das Virtudes e Vícios da Constituição de 88* em que listo uma série

de virtudes: o simbolismo, os princípios, a sistematização, a forma inovadora, a democracia, a moralidade ou moralismo, o federalismo, o meio ambiente, as novas atribuições do Ministério Público, as instituições jurídicas, dentre outras.

Reconheço também e qualquer um de bom senso reconheceria que toda obra humana, individual ou coletiva, é passível de imperfeições e, portanto, de censura. De fato, acertar e errar é uma incontingência humana. Seria mera idealização esperar dos constituintes que produzissem um trabalho que fosse totalmente perfeito, sistematizado, autêntico, representativo da vontade popular etc. Mas, realisticamente, entendo que os nossos constituintes erraram tanto a ponto de tornar o nosso Texto Constitucional quase imprestável. Costumo utilizar também uma outra frase que, aparentemente, traz um jogo de palavras, mas possui um grande conteúdo analítico: a diferença entre a Constituição como valor e o valor da Constituição, o que responde à indagação: por que que nós exaltamos a Constituição? Porque possui um simbolismo. O grande mérito da Constituição de 1988 é que ela foi um marco, um traço na história do Brasil que sempre foi, do ponto de vista político, pendular e cíclica, de um lado o autoritarismo, militar ou civil, não importa, que, esgotado o seu ciclo desandarà em um outro sistema que é o populismo que, como sabemos, é a corruptela, é a democracia degenerada.

Então, quando gostamos, admiramos, exaltamos e reverenciamos a Constituição, deveremos distinguí-la como valor e se quisermos vamos entrar no campo dos conceitos dos juízos filosóficos ou vamos avaliar a Constituição do ponto de vista da sua efetividade. O que vale? É a ética das intenções ou a ética de resultados? Todos os realistas, para não entrar muito em pormenores, revelam apenas quatro macrocrises que a Constituição de 1988 provocou no Brasil de uns tempos a esta parte: a crise da insegurança jurídica, a ponto de nenhum jurista por mais credenciado, erudito, biografado, se for realmente intelectualmente honesto, poderá dizer: parece problema jurídico – a resposta é essa.

Hoje nos tornamos rábulas jurídicos. Todos temos dúvidas muito mais do que certezas. Então, a insegurança jurídica é um dado que não se

pode negar e cria problemas não apenas do ponto de vista individual, mas para os grandes investimentos econômicos, privados, nacionais e estrangeiros. Outra crise é a da legitimidade. As nossas instituições, pelas pesquisas realizadas, caíram em seu valor, tido como legítimo, em termos de representatividade. Por quê? Em função da fricção entre os Poderes, em função da invasão dos Poderes, Roberto Campos dizia algo interessante: há determinados países que adotaram a separação dos Poderes; outro, a fusão dos Poderes; o nosso sistema é o da invasão dos Poderes. Tal situação provoca, obviamente, um problema sério de legitimidade para as nossas instituições.

A legitimidade é um conceito polifacético, pode ser originária quando tratar da gênese do Poder. Ela se transforma em corrente ou arquitetônica no exercício do poder e quando visa finalidade, a forma teleológica do poder, então, é uma legitimidade finalística. A Constituição perdeu a legitimidade porque é um documento pouco lido, fora do alcance do cidadão comum, desconhecido e freqüentemente violado.

Existe outra crise, como bem mencionou a Dra. Eneida, que é a de ilicitude. Sabemos, e Péricles já dizia, nos bons tempos gregos, que quanto mais houver intervenção em um maior número de leis, maior o estímulo à corrupção. Por último, uma macro crise que está travando a governabilidade, e não estou referindo-me à governabilidade política. O Professor Jorge Miranda, ao falar que há vinte anos estamos vendo os Poderes trabalharem não tanto com a harmonia desejada, mas estão produzindo leis, políticas públicas etc. Mas ao falar da governabilidade refiro-me à crise de governabilidade administrativa, ou, se quiserem, os Poderes na sua atuação concreta dentro dos seus propósitos finalíssimos.

Foi dito aqui que o surgimento da idéia de uma Constituinte veio com a eleição de Tancredo Neves. O nosso saudoso político, que não chegou a ser presidente da república, adotou como *slogan* para ganhar a eleição o das Diretas Já e o da Constituinte Já. As promessas de campanha deveriam ser cumpridas tão logo assumisse o poder, mas não o assumiu. Atualmente, estou convencido de que essa Comissão, da qual participei, fui Secretário-Geral, foi uma idealização inteligente do nosso

Presidente Tancredo Neves para postergar a Assembléia Nacional Constituinte, para dar tempo, com a legitimidade que possuía, e formar o novo Congresso e torná-lo sem os vícios que foram aqui apontados e eventualmente os apontarei.

Como é possível um Congresso tornar-se Constituinte no meio do mandato dos deputados e dos senadores por um ato convocatório? Ao se fala da ilegitimidade da Constituição, com base no ato convocatório, é porque o poder já estava constituído, não havia ruptura, mas não poderíamos compatibilizar duas coisas que não casam, que é o interesse imediato cotidiano do deputado, que discute e legisla sobre assuntos ordinários com uma Assembléia Nacional Constituinte que tem poderes, segundo jargão da Escola Superior de Guerra, que são os objetivos nacionais permanentes. Quem viveu isso da forma como vivi todos os dias, verificava que o que se passava na Assembléia Nacional Constituinte e o que acontecia no Congresso ordinário entremeava-se. Muito do que foi feito, não estava dentro dos padrões constitucionais, mas foi criada uma comissão de estudos constitucionais.

O nosso Ministro aqui presente foi citado em meu livro porque, em um dado momento, ele diz: "Essa Constituição já vem formatada com um propósito dirigido e com o objetivo bem claro de colocar goela abaixo um projeto remetido à Assembléia para que fosse obrigada a aceitá-la por inteiro". Vejam a composição dos membros dessa comissão, que tinha representatividade social mas não tinha representatividade política. A crítica que faço à comissão é exatamente a de que os membros da Comissão Afonso Arinos arvoraram-se, em um dado momento, como representantes do povo a ponto de elaborarem até o preâmbulo. Vejam bem, alguns nomes notáveis que compuseram o quadro dessa Comissão: Afonso Arinos de Melo Franco, Miguel Reale, José Afonso da Silva, Hélio Jaguaribe, Jorge Amado, Antônio Hermírio de Moraes, Barbosa Lima Sobrinho, Bolívar Lamounier, Celso Furtado, Cristovam Buarque, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Saulo Ramos.

Não deixa de ser uma provocação também ao nosso querido Ministro Flávio Bierrenbach porque falará de uma Constituinte exclusiva,

pois, na verdade, é uma tentativa de reunirmos alguns luminares, alguns indivíduos que tenham o que falar e o que ensinar, durante um ano e dizer assim: vamos trabalhar em prol do Brasil, para ver se realmente funcionará. No momento em que percebi que o conteúdo da Comissão nos levaria a uma posição muito incômoda, do ponto de vista do interesse Nacional, escrevi um outro livro: *Os Notáveis Erros dos Notáveis*. Errei no título. Foi vendido 10 mil exemplares porque muitas pessoas não identificavam os notáveis erros dos notáveis com trabalhos Constituintes. Se tivesse colocado como título *Advertência aos Constituintes*, teria vendido 100 mil exemplares.

O livro *Os Notáveis Erros dos Notáveis* é uma crítica não tirada da minha cabeça em uma elucubração mental; é uma análise crítica com base no texto. Presentearei a pesquisadora, Dra. Eneida, com esse livro para que posteriormente acrescente aos seus estudos.

Carlos Chagas, um comentarista político, prefaciou o livro, e vejam o que disse a respeito dessa Comissão: "O anteprojeto dos notáveis representa uma peça escrita em chinês, traduzida para o árabe, ensaiada em grego para uma platéia que fala dinamarquês. Uma feijoada completa, onde bóiam pés de porco, orelhas, toucinho, chouriço e carne seca. Só que nem a refeição foi servida, nem a peça encenada". Muito bem!

A finalidade do meu livro era a de advertir os Constituintes para não incidirem nos mesmos erros. Mas houve um desfecho surpreendente até pra mim, no dia em que entregamos ao Presidente da República Afonso Arinos, em um ato solene, o anteprojeto ao, no momento em fui abraçá-lo pedi desculpas pelo estrago que havia feito. Disse ele: "Não, você está me ajudando".

Fui para o hotel, totalmente excluído, porque cada uma daquelas figuras, muito embora privassem da minha amizade, eram amigos pessoais. Quando declarei-me rebelde, tanto mais porque a revista Manchete publicou num caderno do texto a expressão "o casuísmo do anteprojeto". Tal fato causou-me um grande abalo e vou repetir a forma o que passou pela minha cabeça: "Insistir em dizer a verdade antes do tempo é um pecado que a política não perdoa". Paguei um alto preço por

essa atitude. Como já me encontrava no hotel, liguei a televisão, e o Jornal Nacional acabara por noticiar: "O Presidente acaba de arquivar o projeto da Comissão Afonso Arinos". Pensei, então, diante disso, pelo menos, a Assembléia Nacional Constituinte ficará livre dessa proposta, apesar de ter muitas coisas boas, como se poderá observar, mas o conteúdo é muito ruim!

Vem, então, a fase constituinte com um debate nacional sobre essa matéria. Havia um consenso, ao que o Professor Miguel Reale chamou de "constitucionalite". O grande problema, e vou tratar desse assunto, fazendo uma outra provocação ao Ministro Bierrenkach, é que, se haveria realmente a necessidade de uma nova Constituição ou apenas uma reforma da Constituição anterior para eliminar o entulho autoritário, tomando como base a Constituição então vigente para, ao longo do tempo, aprimorá-la.

Outras perguntas para debate: a Constituição deveria ser exclusiva ou deveria haver um Congresso Constituinte? - O Ministro Bierrenbach esclarecerá posteriormente, apesar de sua idéia não ter sido consagrada. - Os Constituintes deveriam ter mandatos independentes ou serem eleitos somente através dos partidos? Deve ou não a Constituição ser referendada pelo povo? - Michel Temer defendia essa tese. - Deve haver anteprojeto de constituição? Todos esses temas foram debatidos longamente. Quais foram as teses vitoriosas? Precisamos de uma nova Constituição, o Congresso deve ser constituinte, os constituintes têm que ser eleitos pelos partidos, não há necessidade de referendo e a elaboração do constitucional prescinde de qualquer anteprojeto.

Elaborei um trabalho, mas não o lerei para não utilizar-me do tempo disponível dos meus colegas, em que fiz constar todas as alegações de legitimidade, de inautenticidade, de falta de metodologia e de sistematização da nossa Constituição e, direi mais, em relação também às atitudes dos constituintes. Verifique-se, como dizia um ilustre constitucionalista: "Juntar as funções constituintes e legislativas e atribuí-las ao mesmo Congresso Nacional a ser eleito em 15 de novembro de 1986 só contribuirá para frustrar as esperanças jurídicas da Nação". O que

aconteceu no tocante à atitude dos constituintes? Inclusão de artigos não submetidos à votação pela Assembléia, que foi denunciada pelo Ministro Jobim; um revanchismo manifesto contra o regime anterior, em que o problema não era construir para o futuro, mas punir o passado. Há alguns que rotularam a Constituição como a do contra; um fisiologismo corporativo, porque transformamos a democracia representativa em uma democracia de pressão, tal qual a que Hernando Del Soto menciona em seu livro ao tratar da realidade peruana; as decisões foram todas de compromisso quando não era possível acertar de acordo com a lei, por isso ficou inacabada. Todos foram contemplados, de alguma forma, pela Constituição.

O Professor Miguel Reale Júnior disse uma coisa muito interessante: "Desde a tanga até a toga". Há outros exemplos no livro que escrevi, como na pág. 52 que trata das corporações que foram contempladas pela Constituição; sem falar na demagogia.

É bom que se faça a distinção entre demagogia enquanto ato subjetivo e a demagogia enquanto produto de um trabalho, como foi feito na Assembléia Nacional Constituinte. A atitude é um dado subjetivo. O produto demagógico está na pessoa, está no demagogo. Agora, a Constituição como produto demagógico está no texto. Vejam bem: 44 garantias, 76 direitos, deveres apenas 4. Palavras como produtividade aparece uma única vez; usuário e eficiência aparecem 2 vezes; fiscalização, 15 vezes; controle, 22 vezes.

No tocante à forma, Ana Lúcia Tavares, constitucionalista do Rio de Janeiro, fez uma análise comparativa da Constituição brasileira com a Constituição portuguesa. Quase **ipsis literis** a cópia. Só que lá eles previram uma revisão a cada cinco anos, então, já ocorreram cinco revisões e tudo aquilo que deveria ser expurgado do texto português, já expurgaram, mas somos mais autênticos, ficamos com a linha portuguesa e mantivemos o texto.

Ao falar da doutrina, será que a nossa Constituição possui alguma doutrina definida? Creio que seja, saudavelmente, libertária na política, timidamente capitalista na ordem econômica e francamente socializante e

utópica na ordem social, o que já foi dito até pelo próprio Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. Um dado ao qual precisamos ficar atentos é quanto ao tipo de constituição. Existem classicamente o tipo sintético e o tipo analítico. A nossa Constituição não é nem sintética, nem analítica, mas casuística; é a patologia da forma analítica, ao ponto de o Professor Miguel Reale falar que vivemos no chamado totalitarismo normativo. Tudo está previsto na Constituição, tudo está regulado, a sociedade está engessada, e, quando se quer modificar o texto, muitas pessoas, dando um entendimento amplo, dizendo que as cláusulas são pétreas e, quando não são pétreas vão bater no Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, a Nação torna-se refém da sua Constituição.

Ainda iria abordar sobre o centrão, que possuiu aspectos que, também, podem não estar compatíveis com a pesquisa da Dra. Eneida Desirre, mas queria terminar a minha palestra, perguntando aos senhores que tipo de atitudes podemos tomar diante desta nova Constituição? Depende. Se o indivíduo for autoritário, basta rasgá-la; se for anárquico ou rebelde, basta descumpri-la; se o indivíduo for fisiológico, vamos aproveitá-la. Quantos tributaristas estão fazendo fortunas, como no caso dos advogados, que é um prato cheio para ele, pelo menos em São Paulo. Tenho um amigo que me pediu para não falar nada de mau da Constituição, porque ele está cada vez mais rico. Ele é um fisiológico. Há os legalistas que dizem: "Vamos cumprir a Constituição". O Ministério Público pensa assim, pois a lei está aí, e, quando a lei não é suficiente, invoca-se o princípio, e, se o princípio não for jurídico, coloca-se o metajurídico, e, se não for metajurídico, coloca-se o metafísico. De qualquer forma, precisa-se cumprir a Constituição.

Existe a solução política, é nesse sentido que o Ministro Bierrenbach nos dará uma aula. Alguns entendem que devemos continuar a reformá-la por meio de emendas; outros, que deveremos voltar àquele texto que permite a revisão de cinco em cinco anos; outros defendem uma nova Constituinte; e, outros defendem uma nova Constituinte que seja exclusiva.

Vou terminar lendo um pequeno trecho do que escrevi: “A Constituição, não obstante seja a parte essencial da democracia, não é bastante para produzi-la”. - Esse pensamento até não é meu, é de Giovanni Sartori, mas acrescento: - “A nossa Constituição possui, reconhecidamente, vícios e virtudes, mas, necessária ou não, progressista ou retrógrada, boa ou má, bem-vinda ou não, estamos diante de um dado de fato inarredável, qualquer que seja a avaliação do seu contexto e inclinação política do intérprete”.

Vamos respeitar a nossa Constituição, vamos fazer o possível para que seja aprimorada, porque, embutida nela há um valor que, para nós, a partir de agora, é imprescindível, que é a democracia.

Muito obrigado.

RONALD BICCA

Gostaríamos de agradecer o Professor Ney Prado pela sua brilhante conferência, registrando o seu realismo, a sua lucidez que trata a Constituição como um produto humano, e não a trata como um ícone, como muitos a tratam.

Teremos a conferência do Dr. Willis Santiago Guerra Filho, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

O Professor Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1982), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1986) e Doutorado em Ciência do Direito - Fakultät Für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld (1995), devidamente revalidado como equivalente ao título de Doutor do Sistema Educacional Brasileiro, consoante Declaração firmada por autoridade do Sistema Federal de Ensino Superior, em 19 de abril de 1995. Obteve ainda a Livre-Docência em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (1997), o cargo de professor titular de Filosofia da Universidade Estadual do Ceará (1998) e o Pós-Doutorado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2003). Atualmente é professor titular da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), professor colaborador nos programas de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) e Universidade Cândido Mendes, no Rio de Janeiro, RJ, bem como da pós-graduação "lato sensu" em Direito Constitucional da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo, SP, onde também leciona disciplina de História do Direito no curso de graduação em Direito. Tem experiência em Direito e Filosofia, Tem maior experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, processo

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

Professor e Doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Gostaria de parabenizar a nossa colega de Mesa, Dra. Eneida Desiree Salgado, que não a conhecia, por fazer tempo que não vou ao Paraná e, realmente, honra a excelente universidade da qual pertence, o Professor Ney Prado, que é uma figura histórica, o Dr. Ronald Bicca, que é um jovem promissor, e o Sr. Ministro Bierrenbach, que também é uma figura histórica e muito nos honra com a sua presença. Agradeço também à Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e a Sra. Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Primeiramente, tentarei explicar o motivo da minha presença neste encontro, pelo menos como a entendi para fazer parte deste painel. Ministra Elisabeth, agradeço pelo carinho no convite, que não poderia faltar, visto ter como homenageado o Professor Jorge Miranda, antigo amigo da família. Mas o mote do evento, os 20 anos da Constituição brasileira, estimula-me, embora não tenha sentido inveja alguma do querido amigo Luis Roberto Barroso, no dia de ontem, ao dizer-me que tem feito uma palestra em cada estado da Federação por ocasião dos 20 anos da Constituição. Realmente, admiro e invejo a vitalidade do colega, que é um pouco mais velho do que eu.

Não sou um estudioso do tema e um pesquisador, como a Professora Eneida. Vivi naquela época não como o Professor Ney Prado e o Sr. Ministro Bierrenbach, que estavam no olho do furacão, apenas acompanhei a formação do furacão, de forma presencial, o que vem de muito tempo. Considerarei interessante a proposta abordada pelo Professor Jorge Miranda sobre a idéia da transição constitucional, que é um certo substituto para um requisito de legitimidade das constituições que caiu em desuso, que é o da ruptura revolucionária. Dentro de uma visão mais clássica do que seriam os condicionantes de uma legitimidade de uma constituição, estaria a revolução. Mas, ou bem mudamos o conceito de revolução, para vê-las. Na nossa época, que de fato não são mais as barricadas, em geral, mas nem sempre as barricadas têm levado a um processo constituinte, que, por outro lado, tem barricadas. Então, é uma transição constitucional.

Tenho tendência a ver a situação seguindo mais na linha do La Salle, como também a de Marx. Em um momento formal do início de um processo de transição, podemos até eleger, mas, a mim, preocupa-me muito mais o momento material, quando começa a transição e, também, quando termina. Porque dizer que terminou quando o Dr. Ulysses fez a histórica proclamação, que cheguei a assistir pela televisão: "Está feita a Constituição cidadã". Lindo discurso. Acabou a Constituinte, acabou o processo Constituinte, acabou a transição constitucional, considero algo muito formal não que a formalidade não seja importante, interessante no Direito, pois sabemos que é uma prática milenar. Mas, penso que é

preciso se ver o conteúdo também e não só a forma, pois acabamos tendo uma visão fantasmagórica do Direito, idealizada, descolada na realidade. É o produtor de uma realidade, na qual os estudantes de Direito, e mesmo os estudiosos, durante muito tempo, acreditam e vivem, praticam, ganham dinheiro, inclusive, o que não quer dizer que, afinal de contas, seja um critério de veracidade da sua compreensão do Direito, é um critério de sucesso, invejável, por sinal, por nós professores, sobretudo, que ganhamos, como titular de uma universidade federal em fim de carreira, o mesmo que um soldado da polícia militar, no início da carreira, o que considero uma medida muito salutar de aplainamento das diferenças sociais.

O problema está quando a transição começa de fato é quando termina de fato. Então, a nossa me parece que foi programada.

Estou na fase, apesar de não me considerar muito velho, comecei a atuar muito cedo na minha carreira acadêmica, mas estou cansado. Então, estou com esse modo inconfidente de ser, que é próprio dos mais velhos.

Por exemplo, o Professor Manoel Gonçalves, que é um dos presentes a este evento, fez uma pequena confidência, mas não pediu segredo de que estava no Ministério da Justiça, no Governo Médici, assessorando o Ministro Buzaid, sem ter muito o que fazer, porque, realmente, naquele momento mais endurecido da Ditadura, a Justiça estava, digamos, um tanto quanto ociosa, escreveu um livro: *A Democracia Possível*. Quem sabe nele não estaria o momento, do ponto de vista intelectual, que desencadeara o processo de transição. O fato é que, inspirado pelo Ministro Golbery do Couto e Silva, o Presidente Figueiredo iniciou a tal da abertura lenta e gradual. No final do Governo ele já estava bastante aborrecido, pois gostava mesmo de cavalo, e não escondia de ninguém.

Muitas pessoas reclamavam pelo fato de a abertura já estar avançada, e ele dizia que instalaria a democracia no País nem que tivesse que prender ou arrebentar quem fosse contra. Estávamos num processo avançado de transição constitucional, por vota de 1982. Poderíamos fazer

o movimento das Diretas Já, poderíamos reabrir os centros acadêmicos que estimularam muito esse movimento, e estava lá o General Figueiredo.

Realmente, em que momento começa essa transição? No pacote de abril o General Ernesto Geisel já estava preocupado com essa transição e o pacote de abril foi feito, ficou muito, e não queria que fosse assim.

Em que momento termina de fato essa transição? Será que já terminou? Já fizemos essa maravilhosa travessia do rubicão para o Estado democrático de direito anunciado na Constituição e prenunciado – algo interessante para quem gosta do Poder Constituinte como a Dra. Eneida comentou sobre as condicionantes que estavam presentes, como é muito comum ao buscarmos a realidade e vemos que o que está nos livros de direito é quase que um conto de fadas, idealizações que vem, em geral, do século XVIII, que ainda permanecem no século XXI. Então, é muito interessante, quase que um ato falho que existe no preâmbulo da Constituição: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para (...)”; esse para já diz tudo, pois a Assembléia Nacional Constituinte tinha uma tarefa a cumprir: instituir um Estado democrático de direito com todos aqueles princípios que constam do preâmbulo. Aliás, bastava apenas haver o preâmbulo.

A minha dificuldade é que não estava no Brasil em 1987, estava na Alemanha, acompanhando a transição constituinte alemã que estava no auge. O Tribunal Constitucional estava a todo vapor na Alemanha, fazendo e acontecendo, e a doutrina ajudando a desenvolver os princípios, que neste momento está no auge, e eu inclusive alimentei muitas esperanças de que funcionasse no Brasil.

Antes de sair do País escrevi um texto sobre o que seria a Constituição ideal para o Brasil, publicado no Diário do Nordeste, no Ceará, no qual disse muitas coisas, até pelo fato de não ser constitucionalista, como ainda não o sou, era processualista civil, agora sou processualista constitucional do ponto de vista dogmático, mas sempre fui, tento ser ou continuarei tentando ser filósofo, como irão perceber os que lerem a minha contribuição para o livro que foi escrito em homenagem ao Professor Jorge Miranda, e até expliquei o fundamento do

texto a ele, porque sobre Direito Constitucional consta apenas uma nota de rodapé no final do texto. Nesse livro procurei explicitar as bases filosóficas e até as metafísicas, senão as teológicas do que seria, afinal, um modo mais adequado de se pensar o Direito e a Constituição, que é um fundamento, que chamei de possibilista em vez de positivista: tentar ver o Direito com possibilidades que sempre estarão além da realidade; porém, algumas delas se realizam, nem sempre aquela que imaginávamos, pois é exatamente o que me parece e falarei de uma perspectiva pessoal de alguém que sente o processo, que sentiu o processo a distância; e a distância, às vezes, sentimos mais, por sentirmos saudade, algo que só é sentido por um brasileiro, o português também tem um pouco desse sentimento, mas não é igual, pois penso que seja mais triste, mais geradora de um fado.

A saudade brasileira tem um quê de banzo dos africanos, é mais selvagem, é visceral. Quem não gosta de feijão, passa a adorar uma feijoada, quem não gosta de samba, não pode ouvir um samba que cai na roda. Na Europa é como acontece. Fiquei acompanhando a distância o processo constituinte de forma muito atenta.

Mas, como disse, antes de sair do Brasil, eu, jovem professor de processo, desafiado a escrever um texto sobre o que seria a Constituição ideal, inspirado no Professor Paulo Bonavides, muito admirado no Ceará, meu Mestre e Mestre de meus pais, para o Diário do Nordeste que, em síntese, dizia: "Constituição Ideal: Carta de princípios de Corte Constitucional". E deixo o processo histórico resolver do que se farão esses princípios, controlados por uma Corte Constitucional que pinçará problemas mais graves e dar uma direção a eles. Penso que mantenho esse posicionamento até hoje, e tomo como parâmetro inclusive de avaliação crítica da Constituição que está se fazendo entre nós. Tenho outro trabalho que foi republicado na minha obra *Teoria Processual da Constituição* e ficou atual; no qual pinço um conceito do Professor Paulo Bonavides que ele próprio não tem mais trabalhado, pois nele trabalhou na época da constituinte, escrevendo um calhamaço de folhas sobre Constituição e Constituinte, fez parte dos notáveis, participação que durou apenas um dia, e quando viu que não estava ali para lançar as bases

constitucionais como tinha sido feito em 1930, era golpe, escreveu uma carta e renunciou.

O Professor Paulo Bonavides, em primeiro lugar, é um historiador do constitucionalismo brasileiro, e possui um conceito que é o de microconstituintes permanentes, uma verdadeira pérola, que não precisa ser explicado, inclusive, existe um aqui um que está cada vez maior, e o percebam ao longo da minha exposição. Agora diria macroconstituente permanente, todo o tempo produzindo a Constituição real, não uma folha de papel em que, por baixo dessa folha, há a realidade constitucional.

Aliás, o texto escrito pelo Professor José Afonso para essa coletânea trata muito da realidade constitucional, o que é ótimo, pois temos que ver a realidade constitucional não apenas a idealidade normativa, é preciso tentar aproximar o real do ideal. Não se aproxima o ideal do real, rebaixando-o ao real como há alguns colegas que, infelizmente, fazem. Por exemplo, no caso do mandado de injunção que está esvaziado, deve ser tirado, pois não está funcionando, é uma vergonha, pega mal, é imoral, desmoraliza.

A medida provisória é algo que está funcionando muito bem. Devemos, pelo menos, adequar à realidade, eliminando da Constituição a proibição de reedição, eliminar os requisitos de urgência. Ao mesmo tempo, não vamos nos perder na idealidade, não importando o que façam, porque essa Constituição é maravilhosa. Estou preocupado, pois já se passaram vinte anos e ainda existem dispositivos que pensávamos que chegariam até o mês seguinte, o que não ocorreu até hoje. Outras coisas ocorreram, muito inesperadas por sinal, para quem lê ainda hoje o Texto Constitucional.

Houve problemas da Constituinte que pude observar da Alemanha de uma maneira incrível, pois se passaram apenas vinte anos e tínhamos que contar com a boa vontade da aeromoça da Varig para entregar algum exemplar da revista *Veja*, que havia sobrado, para alguém em Frankfurt que o lia e fazia circular entre os brasileiros que estavam interessados. Era outro mundo, não havia internet, nos correspondíamos ainda por carta, pois era caríssima a ligação telefônica. Observávamos fatos

interessantes na revista *Veja* que, às vezes, muitas pessoas nem o observavam, pois a folheavam e não percebiam.

Nunca esqueci de uma foto que vi na revista *Veja*, onde havia uma foto de todos os ministros do Supremo Tribunal Federal em um churrasco, creio que na Granja do Torto, oferecido pelo Presidente General Figueiredo, que havia nomeado alguns deles, e todos estavam rindo e comemorando, até que um deles deve ter feito o comentário para um jornalista. A chamada da matéria trazia o texto: "Se a Constituinte instituir um Tribunal Constitucional, iremos declarar a inconstitucionalidade". Seria bom resgatar esse recorte da revista e pesquisar o que teria de real nisso daí, porque é muito grave.

Existe um episódio, em que foi mencionado que o presidente da Constituinte que abria os trabalhos era o Ministro do Supremo Tribunal Federal. Houve muita reação a esse fato naquela época, e as pessoas não gostaram. Aliás, havia um grupo, dito de esquerda, que era, na verdade, antijurídico, antidireito, porque quando existia o grupo de esquerda considerava o de direita como algo da burguesia. Então, o Partido dos Trabalhadores (PT) não assinou a Constituição. Naquele momento, não estava tão forte, mas, alguns anos depois, a chamada esquerda, inviabilizou a última e única chance que tivemos de revisão.

Ontem, foi mencionado que não foi feito quase nada, ou seja, apenas três artigos foram alterados pela revisão, algo muito pouco, porque a correlação de força naquele momento, os fatores reais de poder – como diria o La Salle –, não permitiram que se mexesse na Constituição, aquelas mesmas forças que na época não queriam que se fizesse a Constituição, mas entendiam que já que a fizeram, não se deveria mexer mais porque poderia piorar. Nunca se deve apostar nas possibilidades. Mas caminhamos, sob certo sentido, de mal a pior. Não sou pessimista, nem otimista, talvez não seja nem realista, sou, talvez, possibilista.

Então, o Supremo Tribunal Federal – fixar-me-ei apenas nesse ponto pelo fato de estar tentando medir as palavras –, direi a primeira palavra que me veio à mente, é uma excrescência, era e continua sendo,

e parece que continua aumentando, não sei se pelo impacto das súmulas vinculantes, não estou muito otimista como o Sr. Ministro Ives Gandra Filho se mostrou. Até surpreendeu-me, como membro do Tribunal Superior do Trabalho, estar tão otimista, porque, ao que me parece, justamente o TST tem sido recentemente vítima de súmulas vinculantes “desautorizadoras” – expressão que estou inventando agora, fruto do “possibilismo”, que é o de criar palavras que sequer existem no *Google*, o que adoro fazer.

Não podia ter ficado funcionando, pior do que ao meu ver, a Assembléia Constituinte ter virado constituinte sem ter sido eleita para ser Constituinte, o que é muito grave, porque não havia bandeira, ninguém elegeu alguém, considerei ótima a situação do circo. Fez-se o circo para explicar o que é, mas não era melhor ter feito o circo em uma campanha, mostrando o que é a Constituinte, o que vamos fazer ao chegarmos lá, como vamos defendê-los. Foi algo grave, mas o processo parece-me que, de qualquer modo, superou esse defeito originário de legitimidade, em parte pelo menos, ou seja, nessas condições é surpreendente que o resultado ainda tenha sido tão bom, talvez em grande parte porque era na forma da lei.

Meu amigo Marcelo Neves possui um trabalho muito conhecido, pelo menos entre os constitucionalistas, em que trata do simbolismo constitucional, a Constituição simbólica, e consegue ver o lado ruim do simbolismo, o que é algo curioso. O homem é um animal simbólico. É importante esses símbolos que existem na constituição. Mas o Marcelo vê a patologia, quer dizer, utiliza o termo alemão, conhecido como *alibi*, legislação *alibi*, que é uma reprodução da concepção de legislação *alibi* para o nível constitucional. Pratica-se um crime, mas tem-se um *alibi* e escapa até da condenação porque tem existe um *alibi*.

O personagem da novela *A Favorita*, Dodi, antes de cometer o crime, arquitetado por ele, agrediu um policial e foi para a prisão. Na hora do crime, estava na prisão. Genial, não? Estava na prisão na hora do crime que havia planejado. Quer dizer: constituição *alibi*. Pratica-se crimes contra a Nação e a cidadania, sabendo que não vai ter nenhuma

conseqüência, mas prometeu e não teve conseqüências porque o legislador não fez a lei.

Infelizmente, não foi suficiente importar, de certo modo, toda uma concepção da Alemanha de que não precisa lei, pois já existe o mais importante que é a norma constitucional. Então, aplica-se. Defende-se o direito pelo mandado de injunção, mesmo na ausência de lei, pois é uma arma de defesa produzido como uma evolução, penso assim. Da mesma forma como ocorre com o "possibilismo", em que se fica pensando nas melhores possibilidades, no melhor dos mundos possíveis como diria Leibniz, que vem da Teologia, de se ter uma odisséia, o Laibinitis escreveu uma obra chamada Teodicéia. Deus fez o melhor dos mundos possíveis, mas poderia ser o pior. Ficamos pensando que poderia ser o melhor direito possível, mas também tem que ser viável, porque caso contrário não é possível.

Pensamos: poderia ser assim o mandado de injunção, que é um mandado de segurança constitucional. O mesmo direito líquido e certo que se defende quando garantido pelo direito infraconstitucional, por meio de mandado de segurança, defende-se o direito líquido e certo garantido por norma constitucional por meio do mandado de injunção.

É simples, mas o Supremo Tribunal Federal não entendeu dessa forma. Desenvolveu toda uma jurisprudência, que posso fazer uma série de críticas sobre todos os pontos de vista, inclusive técnicos, que é a vantagem de estudarmos processo e não somente filosofia.

Processualmente, pode-se confundir o objeto da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão com o objeto do mandado de injunção? Ações que, inclusive, têm legitimidade completamente diferentes para aqueles que podem propor? Não pode, mas foi o que o Supremo Tribunal Federal fez logo depois de editada a Constituição, porque era o mesmo Supremo Tribunal Federal eleito, nomeado pelos generais militares. A questão, como diria Marx, não é pessoal.

Concluindo, posso dizer que o Estado brasileiro ficou macrocéfalo porque tem na cúpula o Supremo Tribunal Federal, que não tem legitimidade política para realizar o que vem realizando, porque não é,

nunca foi, e não quiseram que fosse uma Corte Constitucional, porque não quiseram que fosse, quiseram que fosse órgão de cúpula do Poder Judiciário e, agora, animaram-se para ser órgão de cúpula da República sem as mínimas qualificações republicanas para o exercício do poder político que estão o exercendo: não tem mandato, não tem eleição, não foram eleitos, não são responsabilizáveis, mas são irresponsáveis no sentido jurídico, não há *impeachment* de Ministro do Supremo Tribunal Federal, infelizmente. Como se tornará Corte Constitucional, vamos fazer de forma correta, porque quando disse: basta princípio e Corte Constitucional. Terá que se ver o que é Corte Constitucional. Evidentemente, não é o Supremo Tribunal Federal, porque senão, não bastava reformar a Constituição anterior, acrescentando princípios, pois já existia o Supremo Tribunal Federal.

Fizeram a operação, a transição e o pós-operatório está difícil; a transição não se consumou; a operação ainda não; e parece que esqueceram o bisturi dentro do operado.

Muito obrigado.

RONALD BICCA

A Mesa gostaria de agradecer ao Professor-Doutor Willis Santiago que, com sua inteligência e humor peculiar, além de muito nos ensinar nos divertiu bastante ao demonstrar ao mesmo tempo a seriedade do momento constitucional em que vivemos.

Ouviremos o Ministro Flávio Flores da Cunha Bierrenbach. Lerei apenas a última linha de seu currículo, a pedido de Sua Excelência. Foi nomeado Ministro do Superior Tribunal Militar, por decreto de 22 de dezembro de 1999. Mas gostaria de acrescentar como Deputado Federal foi o Relator da proposta da Assembléia Nacional Constituinte à época do Presidente José Sarney. Trata-se de uma pessoa que, além da sua competência técnica, historicamente, está muito autorizado a tratar sobre o tema.

FLÁVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH
Ministro do Superior Tribunal Militar

Meus amigos, Dr. Ronald Bicca, Presidente da Mesa e da Associação Nacional de Procuradores do Estado, minha carreira de origem, meus companheiros de Mesa, minha querida colega Ministra Maria Elizabeth que, mais uma vez, dá um testemunho da sua generosidade, convocando esta jornada para celebrar os vinte anos da Constituição de 1988.

Preparei algumas fichas para não ser traído pela memória, com duas ou três idéias, mas como recebi tantas provocações tanto da esquerda quanto da direita, e muito mais da direita, topograficamente. Mas a maior provocação, foi a de se chegar a cogitar que foi o livro do Manoel Gonçalves que iniciou a transição no Brasil. Livro escrito quando ele, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, trabalhava no Ministério da Justiça, cujo titular tem um nome que não pronuncio.

Como tenho que responder a algumas provocações e dar seguimento às fichas, além de ser o tempo curto, quero começar dizendo que a Constituição, que faz agora 20 anos, tem que ser vista sob um ângulo histórico. E qualquer que seja o ângulo de análise, 20 anos, na sociedade brasileira, significa um lapso de tempo muito considerável, principalmente na história republicana do nosso País.

Ontem à noite, na abertura desta Jornada, o Ministro Tarso Genro disse que o Brasil vive um momento virtuoso, porque tem as suas questões institucionais resolvidas.

Como usou esse advérbio, creio, no sentido maquiavélico da palavra, visto que Maquiavel falava em *fortuna* e em *virtù*. Imagino que o Brasil viva um momento mais afortunado do que virtuoso, porque as questões institucionais, nos últimos 20 anos, transformaram-se em questões teóricas.

Não precisamos mais hoje lutar por uma democracia. Estamos vivendo um Estado de direito democrático. Não faço parte do coro de turiferários que coloca a Constituição de 1988 em um altar e fica jogando incenso, mas também não faço parte do coro grego de detratores.

Tenho em relação à ela, a mesma atitude de cetissismo e de esperança, que nessa fase da vida, tenho em relação a quase tudo. Penso que a questão da transição, como foi dito por todos os companheiros de Mesa que me precederam e que foi o tema do Professor Jorge Miranda, ontem à noite – quero abrir um brevíssimo parêntese para dizer que pela primeira vez ouvi o Professor Jorge Miranda a falar. Já havia lido os seus textos, e no ano passado ao visitar o Superior Tribunal Militar, encontrava-me ausente de Brasília e não pude atender ao convite que então me foi feito pela Ministra Maria Elizabeth. Ontem, pude ver que o Professor Jorge Miranda tem uma das cabeças mais organizadas que tive a ventura de conhecer nos últimos tempos, antípoda de algumas cabeças com as quais temos que conviver todos os dias.

Quero dizer que a Constituição de 1988 é um marco simbólico do esgotamento do regime autoritário, regime que perdurou, na verdade, com sua Carta Constitucional de 1967/1969, até o dia 4 de outubro de 1988, pois à véspera do 5 de outubro, era a Carta de 1988 que as cortes aplicavam. Era aquela Carta que os juízes tinham para julgar as suas questões para resolver os seus litígios, que continuava em vigor, portanto, não houve uma ruptura. Aliás, na história do Brasil e, nessa perspectiva histórica, o único momento constitucional de ruptura que o Brasil viveu,

foi a passagem da Monarquia para a República. Não existiu outra Constituição no Brasil que significasse uma ruptura.

Todos os outros momentos constitucionais foram, de certa forma, uma transição maior ou menor. Nos 120 anos de República, o Brasil, na verdade, tem vivido uma democracia intermitente, alternando períodos de razoáveis franquias democráticas com períodos de acentuado autoritarismo.

Essa ruptura e este momento transitivo, a meu ver, no Brasil, depois do Golpe Militar de 1964, teve início no ano de 1974, 10 anos depois, quando houve uma ruptura sócio-política da burguesia nacional com o regime militar tecnocrático, diante do esgotamento do modelo do milagre econômico.

Recordo-me que, em 1974, em uma reunião de uma frente de oposições em São Paulo, ao se falar em lançar pelo Movimento Democrático Brasileiro (MDB), que era então o único estuário político que permitia uma oposição institucional ao regime, um grande militante da resistência democrática, ao ligar a televisão, naquele momento, estava aparecendo a inauguração da ponte Rio-Niterói, e dizia: "Vejam, é isto que o povo quer, o povo quer a ponte, quer obras e o Governo está dando obras". Não temos nenhuma chance de apresentar candidaturas alternativas àquelas que o Governo admita, e, no entanto, em 1974, foi o início da virada institucional, porque o MDB ganhou as eleições para o Senado em dezesseis estados do País. Foi o momento em que elegeu Franco Montoro em São Paulo, Saturnino Braga no Rio de Janeiro, Paulo Brossard no Rio Grande do Sul, e tantos outros, que, depois, se tornaram expoentes da resistência democrática institucional.

Essa transição política, com a bandeira de uma Assembléia Constituinte, que começou com uma ruptura sócio-política, em 1974, em um momento eleitoral, afirmou-se teoricamente como bandeira de uma constituinte que, ao meu ver, em Curitiba, na Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1978, então, presidida por Raymundo Faoro, cujo nome pronuncio com grande veneração. Grande cientista político, grande advogado e grande *batonier* que iniciou um processo de

debate que levou à transição. Pode se dizer uma transição acordada, de certa forma sim, quer dizer, o processo histórico, sobretudo um processo histórico onde quer se tenha um vertente marxista ou não, um processo que envolva uma luta depende sempre de concessões e de conquistas.

No marxismo se diz que a classe dominante de concessão, em concessão, chega a um determinado momento que se fizer mais uma deixa de ser dominante e passa a ser dominada. E em um processo de dominação política, que não é fruto do consenso, e sim da coação, um processo de conquista de quem vem de baixo, acaba dando o mesmo resultado.

No Brasil, em 1974, uma ruptura sócio-política, com o esgotamento do modelo do milagre econômico, e, em 1978, com o hasteamento de duas bandeiras: a bandeira da Assembléia Nacional Constituinte e a bandeira da Anistia. Esses foram momentos determinantes para o processo de transição, cujo ato final deu-se no dia 5 de outubro de 1988.

Em 120 anos, desde a Proclamação da República até a Constituição de 1988, aqui, fiz uma relação, o Brasil participou de grandes momentos de ruptura não constitucionais. Participou de duas guerras mundiais: da primeira, de uma forma discreta; da segunda, como era possível naquele momento. Teve doze estados de sítio, dezessete atos institucionais, dezenove rebeliões militares, seis dissoluções do Congresso, duas renúncias presidenciais, três presidentes depostos, um Governo interrompido por suicídio, seis textos constitucionais diferentes, nove Governos autoritários, além de duas Ditaduras – vejam que não foi pouco.

A Constituição de 1988, a meu ver, vem de uma Constituinte que demanda algum tipo de reflexão, hoje, felizmente, num plano teórico, a respeito da legitimidade do poder, que é, absolutamente, essencial para a estabilidade política. E, ao falar de estabilidade política, cito mais uma vez de Maquiavel, que é o primeiro cientista político que cunhou no século XVI, no Renascimento, a palavra Estado, cuja raiz etmológica tem o mesmo significado, do qual deriva a palavra estabilidade, e Maquiavel definiu o Estado como um poder dotado de estabilidade.

Nesse sentido, nessa perspectiva e com esse substrato que dá para fazer um pequeno resumo histórico do processo de transição e de pequenas rupturas que levou à Constituição de 1988. Assim, a despeito, a meu ver, da sua baixíssima taxa de legitimidade de origem, a Constituição de 1988 conquistou, ao longo desses 20 anos, a sua legitimidade pela abertura de espaços públicos que permitiu neste País, e pela ampliação da taxa de democracia que o Estado democrático de direito pode assegurar.

No biênio 1984-1985, estava no Congresso Nacional quando o maior movimento de mobilização de massa da história do Brasil viu-se derrotado, por uma escassa margem de 22 votos no Congresso Nacional, porque a taxa de representatividade do Congresso Nacional era muito baixa e não fazia eco ao clamor que vinha das ruas; repito que foi o maior movimento de mobilização de massa jamais ocorrido na história do Brasil.

Lembro-me do primeiro comício das Diretas, promovido contra todos os vaticínios e expectativas pelo Governador Franco Montoro, na Praça da Sé, em São Paulo, que deflagrou a questão das Diretas.

Naquela época, quando a emenda das Diretas, a emenda Dante de Oliveira foi derrotada no Congresso Nacional, o Professor José Ignácio Botelho de Mesquita, eminente processualista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, escreveu um artigo na Revista Senhor que teve grande repercussão política, muito mais do que jurídica, porque não era um artigo referente ao Direito, que se chamava *Mudança e Mesmice*. Acredito que esse artigo, se lido hoje, ainda vai revelar alguma atualidade, porque a Constituição de 1988, a meu ver, encerra inúmeros paradoxos, entre a mudança e a mesmice, entre o transitório e o permanente, entre o efêmero e o eterno.

Não há Constituição que possa ser eterna, mas o primeiro paradigma constitucional republicano que foi adotado no Brasil, do qual resultou a Constituição de 1891, é a Constituição norte-americana que tem bem mais de 200 anos e foi concebida com 7 artigos e que, ao longo desses 200 anos, recebeu apenas 26 emendas. Não é um texto perene, mas é um texto que vem prolongando-se no tempo, e acredito que o Brasil— creio, na sua história republicana, se tivesse seguido mais de perto

esse paradigma, e se os juristas brasileiros, abrindo também um novo parêntese, quero dizer que, salvo, os pais da Pátria, fundadores do constitucionalismo americano, os juristas nunca constituíram vanguarda em sociedade nenhuma, vêm sempre depois do fato político, salvo esses curtos interregnos de franquias democráticas plenas – sempre teve que se preocupar com seus fenômenos institucionais de uma forma não teórica.

E, hoje, nesses 20 anos, as questões institucionais, se não estão resolvidas, pelo menos têm uma dimensão teórica maior do que a dimensão prática a que atribuímos grande força no momento de luta, pela restauração das franquias democráticas.

Essa Constituição, a meu ver, é o último projeto democrático que foi formulado no Brasil. Com base nela, o Brasil ainda não formulou outro projeto democrático.

Quero trazer uma reflexão de Gilberto de Mello Kujawski, que penso ser um dos maiores filósofos vivos hoje no Brasil, e que diz o seguinte: “A substância de uma nação reside na sua forma de projetar o futuro”. Como é que o Brasil, hoje, está projetando o seu futuro dentro do patamar de conquistas democráticas que vêm revelando-se sólidas nos últimos vinte anos?

Nesse sentido, quero trazer uma palavra que quase saiu de moda no Brasil, que é a palavra Nação. Quase não é usada, nem em artigos jurídicos e mesmo em artigos de jornal, não mais se fala em Nação. Mas, penso que o conceito de Nação, mais do que um território, do que uma etnia, do que um idioma, uma Nação só se revela em um projeto de convivência entre as pessoas que o Brasil, nos últimos 20 anos, a despeito de todas as suas garantias, não fez e não está fazendo.

Para concluir, falarei um pouco do Poder ao qual pertencço, que é o Poder Judiciário; já participei do Poder Executivo, fui Funcionário Público por quase toda a minha vida, da União, do Estado e do Município; fui Vereador, Deputado Estadual, Deputado Federal por São Paulo, Procurador do Estado, legislador e, depois, já na contagem regressiva para minha aposentadoria compulsória, sou magistrado, membro do Poder Judiciário, nos últimos nove anos, e digo, aqui, com a responsabilidade de

pertencer ao Tribunal mais antigo do Brasil, que o Poder Judiciário, dos três Poderes que há, é o Poder que presta o pior serviço à população – não tenho dúvida daquilo que falo, nem sempre foi assim.

No sistema de separação de Poderes, o Poder Executivo, seja na União, no Estado ou no Município, cumpre o seu papel, arrecada imposto no Brasil de uma forma muito eficiente, desde o Império. O Império só assegurou a integridade territorial do nosso País, imenso, enorme, porque possuía um sistema eficiente de coleta de impostos.

O Brasil tem a sua feição geográfica atual graças a um homem e a duas circunstâncias: O homem foi Caxias, sem dúvida nenhuma; e as circunstâncias vieram do café, que deu ao Império recursos para ter um exército, e o sistema eficiente de coleta de impostos que o Império montou, e que a República executa com enorme eficiência.

Então, dizer que o Estado é ineficiente e inoperante – vamos, lá, poderia ser melhor, talvez pudesse, mas o Brasil tem um grande sistema de coleta de impostos, e o Poder Executivo, a seu modo, nas três esferas do Poder Político, cumpre o seu papel. E o Poder Legislativo? O Poder Legislativo tem basicamente três funções, e não cumpre nenhuma delas. O Poder Legislativo não cumpre a sua função de natureza nomotética, que é de legislar, de produzir ordenamento jurídico do País – não produz, quem legisla é o Poder Executivo que o faz com mensagens ao Congresso Nacional, quando não o faz por meio de medidas provisórias.

Falou-se em segurança jurídica, que é o maior fator do Brasil. A segurança jurídica repousa na continuidade do passado e no presente. E o mundo jurídico brasileiro das medidas provisórias é como se fosse uma tela de espera de computer, em mutação contínua. E o aplicador do Direito no Brasil, como já se disse, não tem nenhuma segurança para saber qual é o direito que deve aplicar e qual é o direito justo a ser aplicado.

O Legislativo também não cumpre sua segunda função, que é a de fiscalizar o Executivo, pois todo dia aparece no Congresso Nacional uma comissão parlamentar de inquérito com muitos debates, e qual é a conclusão? Qual foi a comissão parlamentar de inquérito nesses 20 anos

de Constituição Federal de 1988, que resultou em algo que sirva ao Brasil para projetar o seu futuro, que ajude o nosso projeto comum de convivência. A terceira função do Legislativo cumpre mal e mal, que é uma função de representação da sociedade e de que o Legislativo tenha, seja na Câmara Municipal, seja no Senado da República, uma função de caixa de ressonância; cumpre mal mas cumpre, pior do que esse Legislativo é não ter nenhum.

O que dizer do Judiciário? Afogado no oceano de litígios e este mérito a Constituição de 1988 teve, pois fez o povo acreditar na solução judicial dos seus litígios. A Constituição de 1988 serviu para incentivar uma escala de litigiosidade que país nenhum viu no mundo.

Trabalho em um Tribunal que recebe, freqüentemente, uma crítica de setores mal informados, dizendo que é um Tribunal que poderia não existir porque julga poucos processos, cerca de mil processos por ano, considerando que somos quinze juízes, recebo, em média, trinta processos por mês, um processo por dia, que é a mesma carga de processo que a Ministra Maria Elizabeth recebe, mas nós lemos todos: ela, eu e os outros ministros. E assim é que se faz justiça, isso é o que a Constituição diz que um juiz deve fazer.

Neste Tribunal onde estamos, os ministros recebem uma carga de 450 processos por dia cada um. Então, a Constituição fez o povo acreditar na solução judicial das pendências, mas o Poder Judiciário ainda não enfrentou na perspectiva deste projeto de convivência, que é democrático a pretensa inexorabilidade da onda globalizante, o que provoca dois fenômenos: o primeiro é a desterritorialização do Direito, e o segundo é a perda do monopólio estatal da solução dos litígios.

Atualmente, é comum, como disse há pouco o Ministro Ives Gandra, que falou há pouco, em litígio de natureza trabalhista, conflitos entre empregador e empregado que começam a ser resolvidos pela solução arbitral e nos contratos de direito internacional privado, cada vez mais as partes abrem mão da solução judicial em benefício de uma solução arbitral que é produzida lá fora, no estrangeiro, não se realizam os negócios se os litígios ficarem na dependência das soluções judiciais.

Quero dizer, que acredito, ainda, hoje, na eficácia da doutrina da tripartição do Poder, velha, de 250 anos, que começou com Locke e Montesquieu, como todos sabem; acredito nessa solução e vejo que, no Brasil, o sistema de separação de Poderes, como alguém disse aqui, da invasão dos Poderes, corre seriíssimo risco.

Darei apenas um breve exemplo, ontem à noite, na cerimônia de abertura, fui apresentado ao Dr. Rogério Favreto, que veio precedido das melhores referências, pois vários amigos já tinham me falado dele, atestando sua competência e sua idoneidade; tive ótima impressão pessoal no diálogo que travei com ele, só que ele é um Secretário de Reforma do Judiciário, isso sim é uma excrescência no sistema de separação de Poderes, um Poder não reforma os outros. Então, proponho que no Judiciário, também, se instaure uma Secretaria de Reforma do Executivo e outra do Legislativo, essa é mais uma excrescência, pois no Brasil há várias outras. Mas acredito na separação de Poderes e na permanência, cada vez maior, da abertura do espaço público para que atividade política, exercida no Executivo, no Legislativo e no Judiciário, possa condicionar para o nosso futuro uma grande dimensão de dignidade humana.

RONALD BICCA

A Mesa agradece a brilhante exposição do Sr. Ministro Flávio Bierrenbach que, além de um grande jurista é um partícipe e um ator na história recente deste Brasil, na história constitucional e abstém-se de seus últimos comentários e observações em razão do adiantado da hora, agradece aos expositores, à Sra. Ministra Maria Elizabeth pela organização do evento e às outras coordenadoras.

Muito obrigado pela presença de todos.